



Dr. Javier Llobet Rodríguez

DERECHOS HUMANOS y Justicia Penal



Dr. Javier Llobet Rodríguez

DERECHOS HUMANOS
y Justicia Penal



Poder Judicial Escuela Judicial



ESCUELA JUDICIAL
"Lic. Édgar Cervantes Villalta"

DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA PENAL

Dr. Javier Llobet Rodríguez

323

L1792d Llobet Rodríguez, Javier
Derechos humanos y justicia
penal / Javier Llobet Rodríguez
Heredia: Poder Judicial, Depto.
de Artes Gráficas, 2007
250 p.

ISBN: 978-9968-770-42-2

1. DERECHOS HUMANOS 2. JUSTICIA
PENAL 3. COSTA RICA I. Título

Especialista en contenido: Javier Llobet Rodríguez
Coordinador del proyecto: Gustavo Céspedes Chinchilla
Revisión de contenidos: Gustavo Céspedes Chinchilla
Consejo Editorial ad hoc: Consejo Directivo. Escuela Judicial.
Integrantes:
Ana Virginia Calzada Miranda
Marvin Carvajal Pérez
Víctor Ardón Acosta
Horacio González Quiroga
Francisco Dall' Anese Ruiz
Marta Iris Muñoz Cascante
Jorge Rojas Vargas
Asesoría didáctica: Sonia Méndez González
Sigifredo Rojas Vargas
Asistente de investigación: Mario Fco. Piedra Díaz
Revisión filológica: Irene Rojas Rodríguez
Diagramación y revisión
de diagramación: Departamento de Artes Gráficas, Poder Judicial
Adrián Alfaro Obando, Escuela Judicial
Diseño de portada: Sheyla Quesada Valverde

Edición 2007

Reservados todos los derechos
Hecho el depósito de Ley

Impreso por:
Departamento de Artes Gráficas, Poder Judicial.

Prohibida la reproducción parcial o total de esta obra, por cualquier medio, sin el consentimiento por escrito del autor.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PRESENTACIÓN.....	5
ABREVIATURAS.....	9
INTRODUCCIÓN	11

CAPÍTULO I

Aspectos generales sobre la aplicación de los instrumentos de derechos humanos por la justicia penal costarricense	15
1.1. Derechos humanos y derecho internacional de los derechos humanos	15
1.2. Desarrollo histórico del derecho internacional de los derechos humanos	22
1.2.1. Antecedentes históricos dentro del derecho interno	22
1.2.2. Antecedentes dentro del derecho internacional público	31
1.2.3. Surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos.....	34
1.2.4. Consolidación del derecho internacional de los derechos humanos	41
1.3. El principio de dignidad de la persona	45
1.3.1. El principio de dignidad de la persona como base de los derechos humanos	45
1.3.2. Consecuencias del principio de dignidad de la persona humana	47
1.3.3. Dignidad humana y lucha en contra de la delincuencia	67
1.3.4. Dignidad humana versus Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo.....	74
1.3.5. Principio de dignidad de la persona y democracia	82
1.4. El principio pro homine	92
1.5. Generaciones de derechos humanos	95
1.6. Derechos fundamentales y derechos humanos	105
1.7. Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos	106
1.8. Universalidad o relativismo de los derechos humanos	116
1.9. Universalismo y regionalismo de los sistemas de protección de los derechos humanos	124

CAPÍTULO II

Aspectos generales sobre la aplicación de los instrumentos de derechos humanos por la justicia penal costarricense	127
2.1. La autoejecutividad (carácter self-executing) de derechos ante la justicia penal establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos ...	127
2.1.1. La normativa de la CADH sobre la obligatoriedad de su cumplimiento	127
2.1.2. La tesis estadounidense del carácter programático de la CADH	128
2.1.3. La tesis de la autoejecutoriedad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	128
2.1.4. Las dificultades para el reconocimiento de la autoejecutoriedad en Costa Rica de la CADH.....	136
2.1.4.1. El derecho a recurrir la sentencia condenatoria y la autoejecutoriedad de la CADH	137

2.1.4.1.1.	La tesis del carácter programático del derecho a recurrir la sentencia condenatoria según la CADH, sostenida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en la década de los ochenta	140
2.1.4.1.2.	La tesis del problema de legalidad y no de constitucionalidad con respecto al derecho a recurrir la sentencia condenatoria, sostenida por la Corte Plena en la década de los ochenta	141
2.1.4.1.3.	Quejas en contra de Costa Rica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por no garantizar el derecho a recurrir la sentencia condenatoria.....	145
2.1.4.1.4.	La autoejecutoriedad del derecho a recurrir la sentencia condenatoria, de acuerdo con la Sala Constitucional	147
2.1.4.1.5.	La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 2 de julio de 2004 (Caso Mauricio Herrera) y la autoejecutividad de la Convención Americana de Derechos Humanos	149
2.1.5.	La autoejecutoriedad de las convenciones de derechos humanos según la legislación costarricense	150
2.1.5.1.	Referencias expresas en la legislación costarricense a los instrumentos internacionales como fuentes de derecho aplicables en Costa Rica	150
2.1.5.2.	Referencias expresas en la normativa constitucional, legal y reglamentaria a la aplicación de las normas sobre derechos humanos	154
2.2.	El valor jurídico de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en Costa Rica.....	166
2.2.1.	El valor jurídico de los tratados internacionales sobre derechos humanos en Costa Rica	166
2.2.2.	El valor jurídico de instrumentos internacionales sobre derechos humanos no aprobados a través de un tratado internacional	171
2.3.	El juez ordinario ante la contravención de un instrumento internacional de derechos humanos vigente en Costa Rica por una ley	185
2.4.	La prioridad de la protección de los derechos humanos a través de la jurisdicción interna y la subsidiariedad de los órganos de protección internacionales	191
2.5.	Ejecutoriedad en el ámbito interno de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	207
2.5.1.	Ejecutoriedad de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana en los procesos contenciosos	211
2.5.2.	Ejecutoriedad de las opiniones consultivas dadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos	226
CONCLUSIONES		233
BIBLIOGRAFÍA		235

PRESENTACIÓN

Hoy en día, nadie más se cuestiona que el respeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye un deber ineludible de toda sociedad, así como de las instituciones que la dirigen. Superadas las tesis que propugnaban el dominio exclusivo del Estado en determinados ámbitos de regulación, sustituidas por el dogma de la universalidad de los derechos humanos, no cabe duda que la plena garantía de los derechos de las personas constituye un elemento legitimador de cualquier forma de ejercicio del poder.

Ya ni siquiera cabe intentar distinguir entre Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados. El lugar que ocuparon estas divisiones –por demás artificiales– en el imaginario de los operadores del Derecho y de los detentadores del poder político, ha sido paulatinamente superpuesto por una idea de unidad conceptual, que el maestro Cançado Trindade ha denominado “Derecho de Protección”.

La comunidad internacional, pese a que en los últimos años ha demostrado una marcada debilidad en la limitación del ejercicio abusivo del poderío económico y militar, así como del unilateralismo, sigue siendo, sin lugar a dudas, la más eficaz y creativa fuente de desarrollo de los derechos humanos, sustituyendo y aventajando al constitucionalismo en la tarea de descubrir y reconocer (también en muchos casos, en tutelar), los derechos de los hombres y mujeres. La vertiginosa evolución del bloque de prerrogativas de las personas, experimentada a partir de la segunda mitad del siglo XX, es debida, de manera esencial, a la contribución del Derecho Internacional Público, cuyos instrumentos convencionales (Hard Law) y declarativos (Soft Law), han servido como motor impulsor de grandes y favorables cambios en el bienestar y seguridad de las personas.

Al participar los Estados en forma soberana de la constitución y regulación de los organismos internacionales, así como en la negociación de los instrumentos de derechos humanos, aceptan irremediabilmente que se someterán a las normas que de ellos emanen, sin que para la aplicación doméstica de una regla de esta naturaleza, resulte indispensable el desarrollo normativo interno. Por el contrario, la regla de la autoejecutividad de los derechos humanos impone una barrera a la discrecionalidad estatal en cuanto al respeto pleno de la personalidad y la ciudadanía, en el concepto amplio (único válido en un Estado que pretenda ser democrático) de Hannah Arendt.

Las normas internacionales que reconocen derechos humanos constituyen obligaciones ineludibles para los gobiernos y para sus habitantes. Esto

implica que el espectro protector del Estado no se agota con la Constitución formal, sino que abarca todas aquellas prerrogativas reconocidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En Costa Rica, esta relevancia es subrayada por la expresa inclusión de tales derechos en el parámetro de constitucionalidad, tanto para el ejercicio del control de constitucionalidad como para la defensa expresa de los derechos fundamentales. No significa lo anterior que en nuestro país, tales instrumentos sean de rango constitucional, o que –como por indulgente error se ha afirmado– que sean jerárquicamente superiores a la propia Ley Fundamental. Ello es no sólo imposible en un contexto institucional de Estado unitario como el nuestro, sino incluso innecesario, pues la propia Constitución Política ha reconocido la obligatoriedad, indivisibilidad y universalidad de los derechos humanos, así como de la jurisprudencia internacional relacionada con éstos.

En mi recién asumida posición de Director de la Escuela Judicial, resulta para mí de especial satisfacción presentar un texto que, como éste, aborda un tema de especial relevancia e impacto social, basado en una clara vocación humanista por parte de su autor, valores que sin duda comparte la Escuela, como órgano auxiliar del Poder Judicial, institución concebida para el servicio a las personas y la protección de sus derechos e intereses. Del doctor Javier Llobet Rodríguez, destaco también su característica rigurosidad científica, así como la claridad de su pensamiento, fruto de una cultura jurídica que excede cualesquiera parámetros usuales.

Para la Escuela Judicial, la promoción de los valores democráticos y del respeto pleno de los derechos de las personas constituye un norte ajeno a toda discusión. Esperamos, por ende, que esta obra –y muchas otras de similar importancia y calidad– sean desarrolladas en el seno de sus programas de investigación y formación judicial, o auspiciadas para beneficio del Poder Judicial, pero ante todo de la sociedad que dicha institución está llamada a servir y proteger.

San José, enero de 2007.

Dr. Marvin Carvajal Pérez
Director
Escuela Judicial, Costa Rica.

La validez y exigencia de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, constituyen un aspecto relevante en nuestra realidad jurídica, que no se ha percibido ni rezeptado por los currículos de la mayoría de las escuelas y facultades de Derecho iberoamericanas. Por ello, durante los últimos años, la Escuela Judicial de Costa Rica ha venido implementando proyectos dirigidos a fortalecer los conocimientos que sobre el tema deben aplicar los(as) funcionarios(as) judiciales. Estos proyectos contemplan la realización de diversas acciones que van desde la asistencia técnica, hasta la investigación y elaboración de materiales didácticos.

Mientras, la normativa referente al derecho internacional de los derechos humanos adquiere cada día mayor importancia y vigencia. Por tanto, demanda su aplicación en la práctica judicial, principalmente en la práctica penal por tratar directamente la libertad y la dignidad humanas. Así, resulta indispensable que la persona jueza esté preparada para aplicar normas internacionales de derechos humanos en el ámbito interno, para lo cual debe tener conocimiento de los instrumentos internacionales y sus métodos interpretativos.

Costa Rica realizó un diagnóstico situacional con el propósito de investigar la realidad social del país, con respecto a la incorporación de las garantías de protección de los derechos humanos al derecho interno, así como el grado de reconocimiento de la autoejecutoriedad de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos en el ámbito judicial.

Por medio del referido diagnóstico se determinaron la naturaleza y magnitud de las necesidades de capacitación en las áreas relativas a la tutela de los derechos humanos, así como a sus causas y consecuencias.

Para ello, además, fueron necesarios el análisis e interpretación de los datos con respecto a la tendencia histórica que origina y explica la existencia del problema. Asimismo, se trató de conocer e interpretar la dinámica de los hechos que se han manifestado en el pasado y que inciden en el presente.

Para cumplir con los objetivos del diagnóstico, se realizó una investigación basada en un enfoque sistemático que permitió analizar los hechos sociales, de tal manera que nos proporcionara una visión para esclarecer el problema por investigar, que caracterizara los grupos sociales que estaban siendo afectados, así como los elementos que facilitarían un análisis de la evolución de la situación inicial hasta el presente.

Esta fase anterior facilitó la determinación de las necesidades de capacitación de los(as) funcionarios(as) judiciales, mediante un programa académico que incluye la sensibilización y concientización del tema.

Como consecuencia de esto, la Escuela Judicial formuló estratégicamente, en su plan de trabajo, el diseño de un curso y la producción del texto

doctrinal que se presenta, escrito por el Dr. Javier Llobet Rodríguez, con la finalidad de llenar los vacíos relacionados con el sistema de tutela del derecho internacional de los derechos humanos.

Lic. Mateo Ivankovich Fonseca, LL.M.
Subdirector
Escuela Judicial, Costa Rica.

ABREVIATURAS

AIDP: Asociación Internacional de Derecho Penal
Art.: Artículo(s)
BGH: Tribunal Federal alemán
BVerfG: Tribunal Constitucional Federal alemán
BVerfGE: Decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán
CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos
CEDH: Convención Europea sobre Derechos Humanos
Cf.: Confrontar
C.P.: Código Penal
C.P.P.: Código Procesal Penal
ILANUD: Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente
IIDH: Instituto Interamericano de Derechos Humanos
JA: Juristische Arbeitsblätter
JR: Juristische Rundschau
JuS: Juristische Schulung
Jura: Juristische Ausbildung
JW: Juristische Wochenschrift
JZ: Juristenzeitung
KJ: Kritische Justiz
KritV: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
MDR: Monatsschrift für Deutsches Recht
M.P.: Ministerio Público
MschrKrim: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NJW: Neue Juristische Wochenschrift
N°.: Número
NStZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht
OIJ: Organismo de Investigación Judicial
OLG: Tribunal Superior del Land (Estado federado)
ONU: Organización de Naciones Unidas
O.P.P.: Ordenanza Procesal Penal
p.: Página
pp.: Páginas
Par.: Parágrafo
PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RIDP: Revue internationale de droit pénal
RCP: Revista de Ciencias Penales
RJC: Revista de Jurisprudencia Constitucional

RUDH: Revue Universelle des Droits de L'Homme

Sch/HA: Schleswig- holsteinische Anzeigen

SJZ: Schweizerische Juristen-Zeitung

ss.: Sigüientes

StuR: Staat und Recht

StV: Strafverteidiger

T.: Tomo

ZAkDR: Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht

ZaöRV: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

ZRP: Zeitschrift für Rechtspolitik

ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

INTRODUCCIÓN

Dos aspectos en que ha tenido relevancia la globalización son el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y el surgimiento de una jurisdicción internacional para el juzgamiento de crímenes en contra de la humanidad, ello a través de la creación de la Corte Penal Internacional. Se ha dado todo un desarrollo de normas de derecho penal internacional, que reclaman la persecución penal de crímenes como la práctica de la tortura y la desaparición forzosa de personas. Por otro lado, se nota un fortalecimiento de los tribunales de derechos humanos, por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo funcionamiento cada día se asimila más a como operan los tribunales constitucionales, solamente que estableciéndose como una instancia superior a ellos.

El derecho internacional de los derechos humanos surgió como una rama del derecho internacional público, con todas las limitaciones que caracterizan a este. Sin embargo, con el transcurso del tiempo se ha ido dando una consolidación del derecho internacional de los derechos humanos, de modo que la tendencia es hacia una posición monista de la relación entre dicho derecho y el derecho interno de cada uno de los Estados, de modo que no se está ante dos órdenes separados, sino ante un solo orden. Siguiendo los mismos planteamientos elaborados por Hans Kelsen, se ha llegado a una concepción piramidal del orden jurídico, en el que el vértice superior lo ocupa el derecho internacional y dentro de este el derecho internacional de los derechos humanos. Ello se refleja, en primer lugar, en el reconocimiento del carácter self-executing que, en general, tienen los tratados internacionales de derechos humanos, en especial los concernientes a la justicia penal, que lleva a que sean derecho vigente por aplicar en los diversos Estados; es decir, se trata de derecho invocable ante los tribunales de justicia y aplicable por estos. Conforme a ello mismo se ha llegado a reconocer el rango supraconstitucional, o al menos constitucional, de los tratados de derechos humanos. Consecuencia de lo cual se llega a reconocer en el ámbito americano la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el carácter obligatorio de las resoluciones de la misma con respecto a los Estados partes en un proceso contencioso. De esto resulta como se indicó con anterioridad, que la Corte Interamericana llega a constituirse en una instancia superior a cualquier instancia que exista a nivel estatal, imponiéndose las decisiones de esta sobre cualquier resolución de un Tribunal estatal.

En el presente trabajo se estudia, en particular, la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en Costa Rica. Es importante resaltar las dificultades que han existido para el reconocimiento del carácter

de self-executing de los tratados internacionales por parte de la jurisdicción costarricense. Por otro lado, es relevante hacer la distinción entre los diversos instrumentos internacionales de derechos y el trato que se les ha dado en Costa Rica, debido a que se ha llegado, incluso, a admitir un carácter supraconstitucional a instrumentos internacionales diferentes de los tratados internacionales, lo que, como se verá, es muy polémico, al tomar en cuenta el tratamiento que a dichos instrumentos le otorga el derecho internacional de los derechos humanos.

Por otra parte, tiene una gran relevancia el tratamiento dado a las resoluciones de la Corte Interamericana en Costa Rica, ya sea opiniones consultivas o sentencias dictadas en la jurisdicción contenciosa. Costa Rica pidió diversas opiniones consultivas, pero luego, ante la resolución desfavorable, tardó en cumplir lo resuelto por la Corte Interamericana. Se agrega a ello que en forma reciente esta Corte dictó el primer fallo contencioso en contra de Costa Rica. Dicho fallo ha provocado una gran polémica en Costa Rica en lo relativo a la forma en que debe cumplirse.

En el primer capítulo de esta investigación se tratan aspectos generales sobre los derechos humanos, para ello se parte de los conceptos básicos relacionados con los mismos y del desarrollo histórico del derecho internacional de los derechos humanos, el cual es imprescindible para entenderlo. Luego se trata el principio de dignidad de la persona humana como base de los derechos humanos, haciéndose referencia a la importancia que tiene en la justicia penal y como límite a consideraciones meramente utilitaristas, que pretendan convertir al imputado o al condenado en un chivo expiatorio. En lo atinente a ello mismo, se resalta este principio como infranqueable, incluso a la voluntad de las mayorías expresada democráticamente. De importancia también es el desarrollo que se hace entre universalismo y relativismo de los derechos humanos, lo que está en la base de las críticas al carácter universal del derecho internacional de los derechos humanos. Se trata también la discusión sobre universalismo y regionalismo, lo que tiene relevancia ya que gran parte del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos se ha dado en el ámbito regional.

Mientras que en el primer capítulo se hace referencia, en general, al derecho internacional de los derechos humanos, en el segundo se menciona, en particular, la aplicación de los instrumentos internacionales en Costa Rica, tratándose las dificultades para el reconocimiento del carácter self-executing de los tratados internacionales de derechos humanos relacionados con la justicia penal, lo mismo que las discusiones sobre el valor jurídico de los instrumentos internacionales de derechos humanos en Costa Rica, específicamente a partir del desarrollo realizado por la Sala Constitucional costarricense.

cense, la que, debe decirse, ha sido bastante amplia al respecto, al punto de reconocer el carácter de norma aplicable a cualquier instrumento internacional relacionado con los derechos humanos, aunque no haya sido ratificado como tratado por Costa Rica y admitiendo el carácter supraconstitucional de los tratados internacionales. Ello ha tenido una gran trascendencia política en Costa Rica, particularmente a partir de la resolución que declaró la reforma constitucional que prohibió la reelección presidencial que violentaba los derechos humanos. Se hace mención, también, sobre la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos por los jueces ordinarios, destacándose la prioridad en la protección de los derechos humanos que tiene la jurisdicción interna y la subsidiariedad de los órganos de protección internacionales. Precisamente, en relación con estos últimos, la investigación termina al analizar la ejecutoriedad en el ámbito interno de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CAPÍTULO I

Aspectos generales sobre la aplicación de los instrumentos de derechos humanos por la justicia penal costarricense

1.1. Derechos humanos y derecho internacional de los derechos humanos

Ha de diferenciarse entre teoría de los derechos humanos, que se lleva a cabo desde el punto de vista filosófico, y el derecho internacional de los derechos humanos. La primera de esas perspectivas está relacionada con la doctrina del derecho natural.

Es importante anotar que el derecho natural se ha contrapuesto al derecho positivo, y se reclama la prioridad del primero; para este fin, a través de la historia, se han dado diversas fundamentaciones, dentro de las que destacan, por un lado, las de carácter teológico y, por otro, las basadas en el carácter racional del ser humano.

La doctrina del derecho natural clásico, desarrollada en particular por la Ilustración, desempeñó un papel importante como antecedente del surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, este último debe ser considerado, en definitiva, como derecho positivo y no como derecho natural.

Es de gran importancia que el derecho internacional de los derechos humanos se preocupa más por proteger los derechos humanos que por fundamentarlos¹, razón por la cual se desvincula de esta perspectiva de las consideraciones de carácter filosófico. En este sentido, indica Michael Ignatieff:

Algunas personas no tendrán problemas a la hora de pensar que los seres humanos son sagrados, porque creen en la existencia de un Dios que creó la humanidad a su imagen y semejanza. Las personas que no crean en Dios deben rechazar la sacralidad de los seres humanos, o bien creer que son sagrados si se emplea en forma laica una metáfora religiosa que no convencerá a un creyente. Las afirmaciones fundacionales de este tipo dividen, y esas divisiones no pueden solucionarse de la misma forma que los humanos solucionan sus disputas, mediante el diálogo y el compromiso. Sostendré que es mucho mejor olvidarnos de esta cla-

1 Cf. Bidart Campos (1997, p.13).

se de argumentos fundacionales y centrarnos en la búsqueda de apoyo para los derechos humanos por lo que estos hacen en realidad a los seres humanos. Las personas pueden no estar de acuerdo por qué tenemos derechos, pero sí pueden coincidir en que son necesarios. Mientras que los fundamentos para la creencia de los derechos humanos están sujetos a discusión, los motivos prudenciales para creer en los derechos humanos son mucho más seguros².

Por esto, en la Declaración Universal de Derechos Humanos se eludieron argumentos de carácter metafísico con respecto a los derechos humanos, por ejemplo la fundamentación de los mismos en consideraciones religiosas. Así, no se encuentra en el preámbulo ninguna referencia a Dios, lo que habría sido vetado por las delegaciones de los países socialistas, unido a que las diferentes concepciones religiosas no habrían llegado a un acuerdo³. Sobre esto, indica Ignatieff que la Declaración Universal enuncia derechos, pero no explica por qué se tienen esos derechos. Señala:

El proceso de redacción de la Declaración Universal deja claro que este silencio era deliberado. Cuando Eleanor Roosevelt convocó por primera vez al comité de redacción en su apartamento de Washington Square en febrero de 1947, un confuciano chino y un tomista libanés se enzarzaron en una profunda discusión acerca de los fundamentos filosóficos y metafísicos de los derechos. La señora Roosevelt concluyó que el único camino posible pasaba por el acuerdo a discrepar de occidentales y orientales. Por tanto, existe un silencio deliberado en el corazón de la cultura de los derechos humanos. En lugar de un conjunto sustantivo de justificaciones que nos expliquen por qué los derechos humanos son universales, en lugar de razones que se remontan a los principios fundacionales –como en el inolvidable preámbulo de Thomas Jefferson a la Constitución norteamericana–, la Declaración Universal de los Derechos Humanos simplemente da por hecho que existen los derechos humanos y procede a enunciarlos⁴.

Todo lo anterior lleva a la obligación de partir, efectivamente, de una concepción de los derechos humanos que enuncie el carácter de derecho

2 Ignatieff (2003, pp.76-77).

3 Cf. Ignatieff (2003, p.85). Al respecto, véase también: Oraá/Gómez Isa (2002, p.50).

4 Cf. Ignatieff (2003, p.97).

positivo de los mismos, regulado en diversos instrumentos internacionales, o bien expresión de la costumbre internacional o de principios generales del derecho. Así las cosas, debe entenderse por derecho internacional de los derechos humanos aquella rama del derecho internacional público que establece los derechos del ser humano por el simple hecho de serlo, basándose en última instancia en el principio de dignidad de la persona, el cual sostiene que todos los seres humanos tienen una misma dignidad y debe garantizárseles un mínimo de derechos como consecuencia de ello⁵. Esta idea parte del concepto de dignidad de la persona, base de la universalidad de los derechos humanos, pero no deja de ser una concepción de los derechos humanos del derecho internacional como ligada al derecho positivo, y no propiamente al derecho natural. Resulta importante al respecto que una de las características, precisamente del derecho internacional de los derechos humanos, es que se ha llegado a positivizar a nivel internacional los reclamos formulados por la doctrina clásica del derecho natural, aunque en definitiva se ha ido mucho más allá, a través de la admisión no solamente de derechos que implican una protección frente a las injerencias arbitrarias del estado. Esta era la preocupación principal de la doctrina ilustrada, y se regulaba no solo los derechos humanos de la primera generación que estarían relacionados con ello, sino también los derechos humanos de la segunda generación y de la tercera, discutiéndose además si existiría una cuarta generación de derechos humanos, de todo lo cual se hará mención luego.

Debe advertirse que el derecho internacional de los derechos humanos forma parte del derecho internacional público pero a diferencia de este, tiene la particularidad de que no regula propiamente las relaciones entre los estados, sino que establece más bien derechos del ser humano frente al estado⁶. En este sentido, señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

5 La Sala Constitucional costarricense se refirió al concepto de derechos humanos en el voto 2771-2003 del 4 de abril de 2003 (voto de mayoría). Dijo que ellos: Se pueden entender, como el conjunto de institutos que, con el desarrollo histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, en un amplio contexto geográfico que desborda a un Estado o una región y que tiene vocación universal. En tanto que con la noción de derechos fundamentales se alude a aquellos derechos humanos garantizados expresamente por el ordenamiento constitucional de un Estado en particular, y que se caracterizan por una tutela reforzada". En dicho voto se aprecia, dentro del concepto de derechos humanos, una falta de referencia al derecho internacional público, con lo que parece acercarse a concepciones del derecho natural.

6 Así: Faúndez Ledezma (1999, pp. 37-38); Villán Durán (2002, pp. 222-223); Pinto (1999, pp. 57-59); Abregú (1998, pp. 7-8).

en opinión consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, emitida en relación con el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la CADH:

Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción⁷.

En forma similar había indicado la Corte Internacional de Justicia, en 1951, al pronunciarse con respecto a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio:

La Convención fue adoptada manifiestamente con un propósito puramente humanitario y civilizador. Uno no puede concebir una convención que ofrezca en un más alto grado este doble carácter, puesto que ella está orientada, por otra parte, a salvaguardar la existencia misma de ciertos grupos humanos y, por la otra, a confirmar y endosar los más elementales principios de moralidad. En tal convención los Estados contratantes no tienen ningún interés propio; todos y cada uno de ellos simplemente tienen un interés común, que consiste en el cumplimiento de estos altos propósitos que son la razón de ser de la Convención⁸.

7 En sentido similar: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia 54 del 24 de setiembre de 1999, N°. 43-44, que resolvió la competencia en el caso Ivcher Bronstein; sentencia 55 del 24 de setiembre de 1999, N°. 41-42, que se trata de una resolución de competencia en relación con el llamado caso del Tribunal Constitucional; opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, N°. 24, que señaló que el sistema establecido en la convención está destinado a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo.

8 Citada por: Faúndez Ledezma (1999, p. 38).

Como consecuencia, los tratados internacionales de derechos humanos no se basan en principios de reciprocidad de derechos y deberes entre los estados⁹, lo que impide que pueda justificarse, por ejemplo, la violación de los derechos humanos de las personas de otra nacionalidad, con base en que el estado al que pertenecen no respeta los derechos de los extranjeros. No podría tampoco, por ello, alegarse la ineficacia de un tratado de derechos humanos como consecuencia de la violación grave del mismo por parte de otro estado¹⁰.

Es conveniente anotar que el concepto de derechos humanos ha estado generalmente asociado a derechos frente al estado¹¹. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, señaló:

21. (...) La protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal¹².

Dado lo anterior, no se habla en general propiamente de una violación a los derechos humanos por parte de agentes no estatales. Así, en principio no es correcta la afirmación hecha con frecuencia de la violación de los derechos humanos por los delincuentes. Todo esto sin perjuicio de que el estado tenga la obligación de prevenir las violaciones a los derechos y que deba, además, emprender una investigación seria que lleve, eventualmente, a la sanción de los responsables, de modo que la falta del cumplimiento de sus obligaciones al respecto pueda derivar en una responsabilidad estatal, aun

9 Cf. Villán Durán (2002, pp. 222-223); Pinto (1999, pp. 60-61).

10 Cf. art. 60, inciso 5) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre estados y organizaciones internacionales, o entre organizaciones internacionales.

11 Cf. Faúndez Ledezma (1999, pp. 28-30); Nikken (1994, pp. 27-28).

12 Véase también: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 5 de julio de 2004 (Caso 19 comerciantes vs. Colombia) (Nº. 181).

cuando la conducta haya sido desplegada por agentes no estatales¹³. En este sentido, deben entenderse también las obligaciones estatales relacionadas con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia en contra de la Mujer. Así, dice Héctor Faúndez Ledezma:

Se ha sugerido que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (...) reflejaría que los derechos humanos también pueden ser violados por los particulares. Para este efecto, se cita el art. 2 de la referida Convención, que entiende que la violencia en contra de la mujer incluye la que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica, o en cualquier otra relación interpersonal; sin embargo, se asume, incorrectamente, que la 'violencia contra la mujer' es técnicamente, un sinónimo de derechos humanos, y se omite citar el capítulo III de la Convención –titulado 'Deberes de los Estados'–, que atribuye al Estado –y solamente al Estado– la obligación de adoptar todas las medidas indispensables para prevenir, sancionar, y erradicar la violencia en contra de la mujer; asimismo, se ignora que el art. 12 de la Convención permite a cualquier persona o grupo de personas presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de la violación del art. 7 de la Convención por un Estado parte. Que la violencia contra la mujer pueda tener lugar dentro de la familia o unidad doméstica no exime de responsabilidad por no haber adoptado las medidas indispensables para prevenirla, o para castigarla¹⁴.

Debe reconocerse, sin embargo, que el tema de la violación de derechos humanos por agentes no estatales es sumamente controvertido hoy día. Incluso hoy día la creación del Tribunal Penal Internacional a través del Estatuto de Roma, lo mismo que los Tribunales Internacionales de Yugoslavia y Ruanda, ha introducido nuevos aspectos, admitiéndose la responsabilidad penal internacional de sujetos individuales, no necesariamente ligados a un Estado, ello en el caso de violaciones graves de los derechos humanos¹⁵, ello de acuerdo con el catálogo de delitos a perseguir establecidos como competencia de cada uno de esos Tribunales.

13 Véase en particular: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 5 de julio de 2004 (Caso 19 comerciantes vs. Colombia) (N°. 140).

14 Faúndez Ledezma (1999, p. 30).

15 Sobre ello: Ambos (2006, pp. 21-25).

Se agrega a ello que algunos han llegado a defender la violación de los derechos humanos a través de la actividad del narcotráfico, o bien por medio de la comisión de actos terroristas, materias con respecto a las cuales se han suscrito diversas convenciones internacionales que ordenan su represión. A pesar de los graves quebrantos a los derechos de otros, que pueden darse por medio de esas actividades y de la normativa internacional que dispone su represión, es preferible seguir manteniendo la conceptualización de los derechos humanos como derechos frente al estado¹⁶, ello con la excepción indicada relativa a los Tribunales Penales Internacionales.

Igualmente ha de reconocerse que la globalización económica ha llevado al planteamiento de la controversia sobre la violación de los derechos humanos por las compañías transnacionales, dada la pérdida de poder del estado ante las mismas. Esto tiene particular importancia en lo atinente a la violación de los derechos de los trabajadores, consagrados en diversos convenios internacionales de la OIT. Sin embargo, hasta el momento no se ha llegado a un consenso para admitir tal extensión.

Se señaló que el derecho internacional de los derechos humanos es derecho positivo y no derecho natural. Se trata de una rama del derecho internacional que ha surgido especialmente a partir del término de la Segunda Guerra Mundial. Este se ha venido desarrollando a través de diversos instrumentos internacionales, tales como tratados, declaraciones, directrices, principios y reglas mínimas aprobadas por la comunidad internacional. Igualmente, se afirma la consolidación de diversos derechos humanos por medio de la costumbre internacional, como fuente que es del derecho internacional público.

El derecho internacional de los derechos humanos puede definirse, también, como aquella rama del derecho que regula los derechos del ser humano con base en el principio de dignidad de la persona humana, mediante los instrumentos internacionales, o bien la costumbre internacional.

16 Al respecto, señala Faúndez Ledezma: Tratar de extender el concepto de derechos humanos, que tiene connotaciones jurídicas y políticas muy precisas, para equiparar la responsabilidad del Estado, la de grupos insurgentes, terroristas y delincuentes comunes, es una forma muy sutil de intentar eludir las obligaciones que le corresponden al Estado; con ello se ha pretendido trivializar la noción de derechos humanos, y justificar el abuso y la arbitrariedad como única respuesta posible frente al delito. (Faúndez Ledezma: 1999, p.34). Véase además: Hutter (2003, pp.74-75).

1.2. Desarrollo histórico del derecho internacional de los derechos humanos

1.2.1. Antecedentes históricos dentro del derecho interno

Los antecedentes históricos remotos del derecho internacional de los derechos humanos deben ser buscados, fundamentalmente, dentro del derecho interno. En este caso es importante mencionar la influencia de las concepciones del derecho natural de la doctrina ilustrada, los cuales llevaron a la aprobación de diversas declaraciones de derechos en los Estados Unidos de América, dentro de las que sobresale la de Virginia en 1776, lo mismo que la aprobación de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Estas habían recibido influencia de diversas declaraciones de derechos inglesas y norteamericanas. En definitiva, los reclamos de la doctrina ilustrada se llegaron a plasmar en el derecho positivo, siendo recogidos, incluso, en diversas constituciones latinoamericanas del siglo XIX, entre ellas la costarricense. Con posterioridad se dio el paso del derecho positivo interno al derecho internacional público, y se desarrolló dentro de este el derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido señala Norberto Bobbio:

Nos sentiríamos tentados a describir el proceso de desarrollo que acaba con la Declaración Universal (...) sirviéndonos de las tradicionales categorías del derecho natural y del derecho positivo: los derechos del hombre nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares para hallar luego su plena realización como derechos positivos universales. La Declaración Universal contiene en germen la síntesis de un movimiento dialéctico que comienza con la universalidad abstracta de los derechos naturales, pasa a la particularidad concreta de los derechos positivos nacionales, termina con la universalidad ya no abstracta sino concreta de los derechos positivos universales¹⁷.

Hoy puede decirse que el proceso se invierte, y llegar a una situación en que el derecho internacional de los derechos humanos influencia el derecho interno, lo cual se expresa de manera particular en Costa Rica al reconocer

17 Bobbio (1992, p.136). Al respecto, véase también: Bobbio (1997, pp.154-155).

la Sala Constitucional el carácter supraconstitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes, tal y como se indica posteriormente¹⁸. Como antecedente mediato del derecho internacional de los derechos humanos en general se cita la Carta Magna inglesa, otorgada por Juan Sin Tierra el 17 de junio de 1215, aunque se trata de un documento que consagró derechos no para la totalidad de las personas, sino para los caballeros¹⁹. De gran importancia al respecto es el artículo 38 que señaló: Ningún aguacil pondrá en el futuro en juicio a ningún hombre sobre su acusación singular, sin que se produzcan testigos fidedignos para probarla.

Por su parte el artículo 39 indicó:

Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión o despojado de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera, y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país.

El artículo 40 estableció: A nadie venderemos, a nadie negaremos ni retardaremos el derecho a la justicia²⁰.

En 1628 fue aprobada en Inglaterra la petición de derechos (Petition of Rights), por medio de la cual se ordena que no podían establecerse tributos sin la autorización del Parlamento, ni se podía detener a alguien o ser juzgado sin base en la ley ordinaria, y quedaron suprimidas tanto la ley marcial como la obligación de alojar soldados²¹. Se trata de una petición de derechos que fue formulada por el Parlamento al rey inglés, al reunirse a discutir los impuestos

18 Véase: Capítulo II, N°. 2.2.1.

19 Cf. Doebling (1991, N°. 547, pp.216-217); Pérez Luño (1995, pp. 112-113).

20 Pacheco (Editor) (1987, p.6). Dentro de la prehistoria de los derechos fundamentales puede mencionarse también una serie de textos otorgados por los monarcas. Por ejemplo, el Concilio de Toledo del año 653; la carta del convenio entre el rey Alfonso I de Aragón y los moros de Tudela de 1119; los decretos de la curia de León de 1188; la carta de Neuchâtel de 1214; la carta jurada del rey Teobaldo II, reconociendo las libertades de Navarra, del 1º de noviembre de 1215; las disposiciones de Oxford de 1258; el Pacto del 1º de agosto de 1291, que dio origen a la Confederación Suiza; la Ordenanza número 29 de Gran Bretaña de 1311; el Código de Magnus Erikson de Suecia de 1350; la Constitución Neminem Captivabimus del rey Wladislaw Jagiello de Polonia de 1430; la Pragmática de los Reyes Católicos que declara la libertad de residencia del 28 de octubre de 1480. Cf. Peces Barba (Editor) (1987, pp.24-38).

21 Sobre el texto de la petición de derechos: Peces Barba (Editor) (1987, pp.62-65).

para pagar los gastos de la guerra que había tenido lugar en contra de España. Se dio en un contexto de opresión de parte del monarca anterior, que había llevado al desconocimiento de las conquistas políticas anteriores²².

Un cambio significativo hacia la regulación de derechos para todos y no solo para los nobles se dio con el habeas corpus amendment act del 26 de mayo de 1679, que trata de un acta para asegurar la libertad de los súbditos y prevenir los encarcelamientos en ultramar, lo cual básicamente reguló el derecho de hábeas corpus.

El 13 de febrero de 1689 se aprobó la Bill of Rights que, entre otros derechos, estableció la prohibición de exigir fianzas o multas excesivas, lo mismo que de ordenar castigos crueles y desacostumbrados.

Deben resaltarse también los diversos textos jurídicos aprobados con motivo de la colonización española de América, por ejemplo la instrucción de los Reyes Católicos a Nicolás Obando, Gobernador de las Indias del 16 de setiembre de 1501; las leyes de Burgos del 27 de diciembre de 1512; la cédula concedida por Fernando el Católico en 1514; el decreto de Carlos I sobre la esclavitud en Indias de 1526; la Bula sublimis deus, concedida por Paulo III el 2 de junio de 1537 y las leyes nuevas de Indias del 20 de noviembre de 1542²³. Es importante, con respecto a la discusión relacionada con el trato a los indígenas, la lucha desarrollada por la Escuela de Salamanca²⁴.

Dentro de los textos que ejercieron gran influencia sobre el surgimiento posterior del derecho internacional de los derechos humanos, se encuentra una serie de declaraciones de derechos norteamericanos, que luego dieron lugar a la Constitución de los Estados Unidos, por ejemplo la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776²⁵, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América del 4 de julio de 1776²⁶ y la Declaración de derechos y normas fundamentales de Delaware del 11 de setiembre de 1776²⁷. Dichas declaraciones recibieron influencia de las inglesas, pero fueron impulsadas fundamentalmente mediante la lucha por la tolerancia religiosa. La más importante de las declaraciones norteamericanas es la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, que estableció un catálogo de derechos de gran importancia. Por ejemplo se dijo:

22 Sobre el tema: Peces Barba (Editor) (1987, p. 62).

23 Véase: Peces Barba (Editor) (1987, pp. 48-56).

24 Pérez Luño (1992); Durán Luzio (1992); Marín Guzmán (1992, pp.63-71, 80-86).

25 Cf. Peces-Barba (Editor) (1987, pp.101-105).

26 Cf. Peces-Barba (Editor) (1987, pp.106-108).

27 Cf. Peces-Barba (Editor) (1987, pp.109-111).

Que el Gobierno es instituido, o debería serlo, para el común provecho, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad: que de todas formas y modos de gobierno, es el mejor, el más capaz de producir el mayor grado de felicidad y seguridad, y el que está más eficazmente asegurado contra el peligro del mal Gobierno; y que cuando un Gobierno resulta inadecuado o es contrario a estos principios, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo de la manera que se juzgue más conveniente al bien público²⁸.

Se dispuso, además, que los cargos de magistrado, legislador o juez no sean hereditarios. Asimismo, que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial deben ser separados y que los miembros de los dos primeros poderes deben ser conscientes de las cargas del pueblo y participar en ellas y abstenerse de imponerle medidas opresivas²⁹. Se señaló:

Que en todo proceso criminal, inclusive aquellos en que se pide la pena capital, el acusado tiene derecho a saber la causa y naturaleza de la acusación, a ser careado con sus acusadores y testigos, a pedir pruebas a su favor y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial de doce hombres de la vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no podrá considerársele culpable; tampoco puede obligársele a testificar contra sí mismo; que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales³⁰.

Por otro lado, se previó que: No se exigirán fianzas excesivas ni se impondrán multas excesivas ni se infligirán castigos crueles o inusitados³¹.

La influencia de esta norma se aprecia en las diversas declaraciones y tratados de derechos humanos de carácter general. Se indicó además:

Que los autos judiciales generales en los que se mande a un funcionario o aguacil el registro de hogares sospechosos, sin pruebas de un hecho cometido, o la detención de una persona o personas sin identi-

28 Cf. Peces-Barba (Editor) (1987, p.102).

29 Cf. Peces-Barba (Editor) (1987, p.102).

30 Cf. Peces-Barba (Editor) (1987, p.103).

31 Cf. Peces-Barba (Editor) (1987, p.103).

carlas por su nombre, o cuyo delito no se especifique claramente y no se demuestre con pruebas, son crueles y no deben ser concedidos³².

Se dispuso también en relación con la libertad religiosa:

Que la religión, o los deberes que tenemos para con nuestro Creador y la manera de cumplirlos, solo pueden regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; en consecuencia, todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión de acuerdo con el dictamen de su conciencia, y que es deber recíproco de todos el practicar la paciencia, el amor y la caridad cristiana para con el prójimo³³.

Es importante anotar que la Declaración de Virginia tenía una serie de antecedentes en los Estados Unidos que en última instancia habían sido influenciados, a su vez, por las declaraciones de derechos inglesas. De especial importancia, en cuanto al establecimiento de garantías ante la justicia penal, es el cuerpo de libertades de la Bahía de Massachusetts de diciembre de 1641³⁴. Por otro lado, puede citarse el acta de tolerancia de Maryland de 1649, preocupada por el respeto a las creencias religiosas³⁵. Se agrega a esto las normas fundamentales de Carolina de 1669-1670, que establecían derechos de los propietarios. Igualmente cabe mencionar las concesiones y acuerdos de West New Jersey del 13 de marzo de 1677³⁶; además de la carta de privilegios de Pennsylvania de 1701³⁷.

De gran relevancia es la Declaración de Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776, en la que se manifiesta:

Sostenemos por ser evidentes, por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de go-

32 Cf. Peces-Barba (Editor) (1987, pp.103-104).

33 Cf. Peces-Barba (Editor) (1987, p.105).

34 Cf. Peces-Barba (Editor) (1987, pp.66-72).

35 Cf. Peces-Barba (Editor) (1987, pp.73-74).

36 Cf. Peces-Barba (Editor) (1987, pp.80-83).

37 Cf. Peces-Barba (Editor) (1987, pp.99-100).

bierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o a abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en estos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la más adecuada para alcanzar la seguridad y la felicidad (...) ³⁸

Debe resaltarse la Declaración de Derechos de los Estados Unidos del 15 de diciembre de 1791, por medio de la cual se le introdujeron diez enmiendas a la Constitución Política, las cuales regularon diversos derechos, en particular ante la justicia penal. Debe resaltarse entre ellas la enmienda sexta, que dispuso:

En toda causa criminal tendrá el acusado derecho a que se le juzgue pronto y públicamente por un jurado imparcial del Estado y del distrito en que se haya cometido el delito, distrito que de antemano determinarán las leyes; a que se le haga saber la naturaleza y la causa de la acusación; a que se le caree con los testigos que contra él depongan; a que se le concedan medios para hacer comparecer a los testigos de descargo, y a tener la asistencia de un abogado para su defensa³⁹.

Al lado de la Declaración de Derechos de Virginia y la de Independencia de los Estados Unidos, debe señalarse la gran importancia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea francesa el 26 de agosto de 1789⁴⁰. En el preámbulo de la misma se dispuso:

38 Cf. Peces-Barba (Editor) (1987, p.107).

39 Cf. Peces-Barba (Editor) (1987, p.117).

40 Con respecto a los antecedentes que llevaron a la aprobación de la declaración francesa, véase: Gauchet (1991); Gauchet (1989); Baecque, de (Editor) (1988). Sobre la discusión acerca de los orígenes de la declaración francesa en las declaraciones norteamericanas: Doumergue (1983, pp. 147-201); Jellinek (1964, pp. 1-77); Jellinek (1964a, pp. 113-128); Boutmy (1964, pp. 78-112); Kriele (1994, pp. 130-145); González Amuchástegui (1983, pp. 117-145); Del Vecchio (1914, pp. 143-147). La tesis de Jellinek era que la declaración francesa se había basado en las declaraciones norteamericanas de derechos, en particular la de Virginia. Con ello Jellinek trata de relacionar cada artículo de la declaración francesa con las declaraciones norteamericanas. A pesar de esto, dicha relación no parece que pueda hacerse, por ejemplo, con la presunción de inocencia, de base ilustrada, puesto que el artículo con el que trata de relacionarla es el correspondiente a la abstención de declarar. En artículos como el de la presunción de inocencia se aprecia, en particular, la influencia de Cesare Beccaria. En realidad, la influencia de las declaraciones norteamericanas es innegable, aunque también se aprecia la influencia de la doctrina ilustrada, por ejemplo de Rousseau y Locke. Por otro lado, no debe desconocerse que los autores ilustrados también influenciaron las declaraciones norteamericanas.

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta Declaración, teniéndola siempre presente todos los miembros del cuerpo social, les recuerde constantemente sus derechos y deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y del ejecutivo, pudiendo ser, en todo instante, comparados con el objeto de toda institución política, sean más respetados; y a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundándose desde ahora en principios simples e incontestables, tiendan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos⁴¹.

Se estableció un catálogo de derechos de los que, en relación con la materia penal, han de resaltarse los siguientes. En el artículo 7 se indicó:

Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la ley y con las formalidades prescritas en ella. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o preso en virtud de la ley debe obedecer al instante y si resiste se hace culpable.

El artículo 8 estableció el principio de proporcionalidad de las penas y el de legalidad de las mismas: La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada.

Por su parte, el artículo 9 reguló la presunción de inocencia, siendo tal vez el artículo de la declaración de mayor influencia concreta posterior sobre el derecho internacional de los derechos humanos, por cuanto ha tenido una recepción en los documentos básicos del mismo. Así reza dicho artículo: Debiendo presumir setodo hombre inocentemientras nosea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todorigorquenoseanecesario paraasegurarsu persona, debe ser severamente reprimido por la ley.

Debe reconocerse que a pesar de las proclamaciones dadas por la Declaración de Virginia y la de Independencia de los Estados Unidos, así como por la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, en los Estados

41 Véase el texto de la declaración en: Pacheco (Editor) (1987, pp. 50-52).

Unidos se mantuvo la esclavitud hasta 1848, mientras que en Francia no se impidió el período del terror posterior a la Revolución Francesa.

Sin embargo, estos documentos tuvieron gran influencia en el desarrollo constitucional del siglo XIX. Puede citarse al respecto, por ejemplo, las constituciones de Francia del 4 de junio de 1814 y del 4 de noviembre de 1848⁴², la Constitución de Bélgica del 6 de febrero de 1831⁴³, la Constitución de Austria del 25 de abril de 1848⁴⁴, la Constitución del Reich alemán del 28 de marzo de 1849⁴⁵, la Constitución de Prusia del 31 de enero de 1850⁴⁶. Con respecto a los países latinoamericanos, de gran relevancia fue la Constitución de la Monarquía Española del 19 de marzo de 1812, promulgada en Cádiz⁴⁷.

En cuanto a Costa Rica, es importante la Constitución Política de la República Federal de Centroamérica de 1824, en cuyo preámbulo se señaló:

Congregados en asamblea nacional constituyente nosotros los representantes del pueblo de Centro-américa sic, cumpliendo con sus deseos y en uso de sus soberanos derechos, decretamos la siguiente constitución para promover su felicidad; sostenerla en el mayor goce posible de facultades; afianzar los derechos del hombre y del ciudadano sobre los principios inalterables de libertad, igualdad y seguridad; establecer el orden público y formar una perfecta federación⁴⁸.

Por otro lado, dicha Constitución contenía un título con numerosos artículos destinado a las garantías de la libertad individual⁴⁹. Constituciones posteriores de Costa Rica continuaron estableciendo una serie de garantías individuales, resaltando además de ello en algunas de estas, al igual que en la Constitución Política de la República Federal de Centroamérica de 1824, las referencias a los derechos del hombre, influenciadas claramente por las declaraciones de derechos norteamericanas y por la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano. Así, por ejemplo, en el artículo 8 de

42 Heidemeyer (Editor) (1982, pp. 72-75).

43 Heidemeyer (Editor) (1982, pp. 93-96).

44 Heidemeyer (Editor) (1982, pp. 75-77).

45 Heidemeyer (Editor) (1982, pp. 77-87).

46 Heidemeyer (Editor) (1982, pp. 87-92).

47 Cf. Peces-Barba (Editor) (1987, pp. 121-124).

48 Véase el texto de la Constitución en: Mena (Editor) (2000, pp. 49-76).

49 Arts. 152-174.

la Ley Fundamental del Estado de Costa Rica del 25 de enero de 1825 se estableció: Toda Ley que viole los sagrados derechos del hombre y Ciudadano, declarados en los artículos precedentes, es injusta y no es ley.

Por su parte el artículo 9 dispuso: La resistencia moral á la opresion es consiguiente á los derechos del hombre, y del Ciudadano, y unodesusmasinteresantes deberes⁵⁰ sic.

En el artículo 2 de la Constitución Federal de Centroamérica del 13 de febrero de 1835 se reguló: Es esencial al Soberano y su primer objeto de conservación de a la libertad, igualdad, seguridad y propiedad⁵¹ sic.

La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Costa Rica del 9 de abril de 1844 previó en el artículo 1:

Todos los Costarricenses nacen libres é independientes, y tienen ciertos derechos inalienables é imprescriptibles, y entre estos se enumeran con mas especialidad el de defender la vida y la reputacion, el de propiedad, igualdad y libertad, y el de procurarse por cualquier medio honesto su bienestar⁵² sic.

Por otro lado, la Constitución Política de 1847 estableció en su artículo 1:

Los habitantes del Estado cualquiera que sea su clase y condicion, tienen ciertos derechos naturales preexistentes á toda ley, inenagenables é imprescriptibles, como son: el de defender la vida, reputacion, propiedad y otros derechos civiles que se enumeran: 1o. el de ser considerados ante la ley según sus virtudes, cualquiera que sea su clase, estado y diferencia de fuerzas físicas y morales: 2o. el de gozar y reclamar la libertad civil acordada por las leyes; y 3o. El de procurar por cualquier medio honesto su bienestar⁵³ sic.

Resulta esencial anotar que la regulación de derechos ante la justicia penal es una constante desde las primeras constituciones costarricenses aprobadas luego de la independencia de España, o bien en las mismas constituciones de la Federación Centroamericana. En general, se encuentran en ellas normativas que prohíben las detenciones arbitrarias y regulan el derecho al hábeas corpus, que

50 Mena (Editor) (2000, p.80).

51 Mena (Editor) (2000, p.101).

52 Mena (Editor) (2000, p.151).

53 Mena (Editor) (2000, p.181).

establecen la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, reglamentan el derecho de defensa del imputado, disponen el derecho de abstención de declarar, la prohibición de la tortura y de las penas crueles, prevén el principio del juez natural y el de justicia pronta, contemplan el principio de legalidad y regulan el derecho del detenido a obtener su libertad bajo fianza. Por otro lado, Costa Rica fue uno de los primeros países que derogó la pena de muerte⁵⁴.

Respecto del desarrollo de los derechos económicos y sociales, hay que resaltar el impulso dado por parte de la Constitución mexicana de 1917⁵⁵, la Declaración rusa de los derechos del pueblo trabajador y explotado del 10 de julio de 1918⁵⁶, y la Constitución de la República de Weimar del 14 de agosto de 1919⁵⁷. En este sentido, Costa Rica reformó la Constitución Política de 1871 el 25 de julio de 1943 e introdujo un capítulo sobre las garantías sociales⁵⁸. La Constitución costarricense de 1949 continuó con una regulación de las garantías individuales y sociales⁵⁹.

Luego, conforme con las tendencias del derecho constitucional comparado, se han llegado a regular en la Constitución derechos de carácter difuso, los cuales corresponden a lo que se conoce como derechos humanos de la tercera generación; por ejemplo, el derecho a un ambiente sano⁶⁰.

1.2.2. Antecedentes dentro del derecho internacional público

En este punto vale anotar que la protección de los extranjeros, garantizándoles un mínimo de civilización y justicia, formó parte del derecho internacional público desde sus comienzos, aunque ello fundamentalmente como una obligación debida al estado de nacionalidad del extranjero y no propiamente a los individuos⁶¹. Generalmente, las disputas por daños sufridas por extranjeros eran resueltas a través de negociaciones internacionales, por medio del arbitraje, o bien en la jurisdicción internacional. Sin embargo, en ocasiones, algunos estados recurrieron al uso de la fuerza como forma de

54 Con respecto a las constituciones de Costa Rica: Mena (Editor) (2000).

55 Véase el texto en: Peces Barba (Editor) (1987, pp. 153-177).

56 Sobre el texto de esta: Peces Barba (Editor) (1987, pp. 178-181).

57 Véase el texto en: Peces Barba (Editor) (1987, pp. 182-194).

58 Véase el texto en: Mena (Editor) (2000, pp. 445-450).

59 Véase: arts. 20-55. Consúltese: Mena (Editor) (2000, pp.501-509).

60 Art. 50, párrafo 2) de la Constitución Política, según la reforma introducida por Ley 7412 del 3 de junio de 1994.

61 Buergenthal, Thomas/Grossmann, Claudio/Nikken (1990, p. 14).

coacción, lo que justificó, en definitiva, intervenciones internacionales⁶². En Latinoamérica eso se veía con escepticismo, pues las inversiones extranjeras, en las que los estados de los inversionistas eran muy poderosos, podían dar lugar a la justificación de invasiones del estado de estos. Por lo tanto se favoreció en Latinoamérica, en vez del principio del mínimo de civilización de justicia, el principio de no discriminación, de acuerdo con el cual a los extranjeros les correspondía el mismo trato que se les daba a los nacionales. Por otro lado, la cláusula Calvo, formulada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Argentina en 1875, estableció que los extranjeros podían renunciar expresa o tácitamente a solicitar la protección diplomática del estado de su nacionalidad⁶³. La responsabilidad del estado por daños a los extranjeros no implicaba un abandono de la concepción del derecho internacional que establecía privilegios y obligaciones entre los estados, sin reconocer propiamente derechos a los individuos, puesto que los daños sufridos por los extranjeros no dejaban de considerarse como un daño al estado de su nacionalidad, y no propiamente como un daño a ellos mismos⁶⁴. Así se marca una diferencia importante con el derecho internacional de los derechos humanos, aunque puede mencionarse entre los antecedentes de este.

Un paso trascendental en relación con el reconocimiento de la necesaria protección de los individuos se dio con diversos convenios aprobados en el siglo XIX y principios del siglo XX, relativos a la tutela frente a situaciones que llegaban a una cosificación de seres humanos, especialmente a través de la esclavitud y la trata de blancas. De este modo, durante el Congreso de Viena en 1815, se prohibió la trata con esclavos negros, aunque solamente se hizo referencia a estos y no a otros grupos⁶⁵.

Es relevancia de la Convención sobre la Esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de setiembre de 1926, la cual pretendía prevenir y reprimir la trata de esclavos y procurar de una manera progresiva, tan pronto como fuera posible, la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas⁶⁶.

62 Buergenthal/Grossmann/Nikken (1990, pp. 14-15).

63 Buergenthal/Grossmann/Nikken (1990, pp. 14-15).

64 Buergenthal/Grossmann/Nikken (1990, p. 15).

65 Cf. Verdross/Simma (1984, N°. 1260, pp. 843-844).

66 Entró en vigor el 9 de marzo de 1927. La Convención fue modificada por el Protocolo aprobado en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York el 7 de diciembre de 1953, y así modificada entró en vigor el 7 de julio de 1955, fecha en que las modificaciones enunciadas en el anexo al Protocolo del 7 de diciembre de 1995 entraron en vigor. Véase esta Convención en: Pacheco, Máximo (Editor) (1987, pp. 383-390).

Se menciona también el Convenio para garantizar una protección efectiva en contra de la trata de blancas del 18 de mayo de 1904⁶⁷, aprobado en contra de la prostitución forzosa de mujeres. Además el Convenio internacional para el combate de la trata de blancas del 4 de mayo de 1910⁶⁸. A estos se agrega el Convenio internacional para la eliminación de la trata de mujeres y niños del 30 de setiembre de 1921⁶⁹.

En el siglo XIX tuvo gran desarrollo el derecho humanitario⁷⁰, que después de la Segunda Guerra Mundial influiría en la regulación de los tratados de Ginebra. Así, el 22 de agosto de 1864 se firmó en Ginebra el Convenio para aliviar la suerte que corren los militares heridos de las fuerzas armadas en campaña⁷¹; se trata de un resultado de los horrores causados por la guerra de Crimea, ocurrida entre 1854 y 1856, la cual elevó a un millón el número de muertos. De esta cifra, tres cuartas partes murieron víctimas de gangrena, pulmonía, cólera, tífus y otras enfermedades, lo que dio lugar a la fundación del Comité Internacional de la Cruz Roja⁷², a través del cual se procuraba proteger fundamentalmente a médicos y hospitales⁷³.

El movimiento luego extendió su protección en 1899 a los heridos, enfermos y náufragos en los conflictos marítimos⁷⁴. El Convenio de La Haya sobre la Ordenanza de la Guerra Terrestre del 18 de octubre de 1907 complementó los esfuerzos de protección del individuo en el ámbito internacional⁷⁵. Posterior-

67 Sobre ello véase: Pisen (1990, p. 631). Este convenio fue objeto de un protocolo modificativo el 4 de mayo de 1949.

68 Cf. Ipsen (1990, p. 631); Verdross/Simma (1984, N° 1261, p. 844). El convenio fue modificado a través de un protocolo el 4 de mayo de 1949.

69 Pisen (1990, pp. 631-632). Se produjo una modificación del convenio a través de un protocolo el 12 de noviembre de 1947.

70 El derecho internacional humanitario regula la conducta de las partes en un conflicto armado, con el fin de salvaguardar el respeto de ciertos principios de humanidad. En sentido estricto, indica Villalpando, el derecho humanitario, aunque aliado del derecho internacional de los derechos humanos, puesto que comparte el objetivo de la protección del ser humano, no forma parte de él. Villalpando, 2000, p. 137.

71 Villalpando (2000, p. 142).

72 Al respecto: García de Enterría/Linde, Enrique/Ortega/Sánchez Morón (1983, pp. 28-29).

73 Cf. Buergenthal/Grossman/Nikken (1990, p. 16).

74 Buergenthal/Grossman/Nikken (1990, pp.28-29).

75 Doehring (1991, N° 579, p. 226).

mente, en un convenio de 1929, como consecuencia de las experiencias de la Primera Guerra Mundial, se reguló el trato a los prisioneros de guerra⁷⁶.

Es también relevante la creación de la Organización Internacional del Trabajo, en 1919 en el Tratado de Versalles, dentro del marco posterior a la revolución rusa y a las repercusiones de la misma en Europa⁷⁷. Dentro de los convenios internacionales aprobados por dicha organización, al amparo de la Sociedad de las Naciones y antes de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, debe resaltarse el N°. 29, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, adoptado el 28 de junio de 1930⁷⁸.

Resulta particularmente notable el sistema de protección de las minorías que surgió después del Convenio de Versalles, firmado después de la Primera Guerra Mundial, que provocó una modificación de las fronteras europeas. Esto suscitó que grupos de nacionales de diversos países quedasen habitando en territorios que, a partir de la finalización de esa guerra, pertenecían a otros países. Gracias al primer tratado firmado en Versalles el 29 de junio de 1919 entre las potencias aliadas y Polonia, se estableció el modelo de protección de las minorías, que fue seguido por otros tratados posteriores. Los estados bajo el régimen de protección se comprometían a garantizar la no discriminación de los miembros de las minorías protegidas y a concederles los derechos necesarios para preservar su integridad étnica, así como el derecho a mantener escuelas y a practicar su religión. Relevante era el artículo 12 del tratado con Polonia, que fue seguido por otros tratados, conforme al cual Polonia reconocía como obligaciones de carácter internacional, colocadas bajo la protección de la Sociedad de las Naciones, las contraídas a través del tratado en cuanto afectaran personas de las minorías raciales, religiosas o idiomáticas⁷⁹.

1.2.3. Surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos

Los horrores consecuencia del holocausto causado por el nacionalsocialismo, crearon las condiciones necesarias para que se llegara a reconocer en

76 García de Enterría/Linde/Ortega/Sánchez Morón (1983, pp.28-29).

77 García de Enterría/Linde/Ortega/Sánchez Morón (1983, p. 29).

78 Entró en vigor el 1° de mayo de 1932.

79 Buergenthal/Grossmann/Nikken (1990, p. 13).

el derecho internacional de los derechos humanos la existencia de derechos de todo ser humano, sin distingos de ningún tipo⁸⁰. Ya la coalición de países aliados había señalado en la declaración del 1 o de enero de 1942, firmada por 26 estados, que se comprometían a procurar una protección general de los derechos humanos después de la victoria⁸¹, y señalaban su convencimiento de que la derrota del enemigo era esencial para defender la vida, la libertad, la independencia y la libertad religiosa, y para preservar los derechos y la justicia humanos en sus propias tierras como asimismo en otras⁸².

Un año antes, el 6 de enero de 1941, el presidente de los Estados Unidos de América F.D. Roosevelt, en su mensaje al Congreso, había diseñado una nueva sociedad mundial que tendría que surgir al terminar la guerra. Habló de cuatro libertades que debían ser garantizadas, la de palabra y pensamiento, la religiosa, la de necesidad (relacionada con los derechos económicos y sociales) y la libertad del miedo (destinada a la reducción de los armamentos y a prevenir las agresiones armadas)⁸³. Por otra parte, en la Carta del Atlántico, suscrita por Roosevelt y Winston Churchill, adoptada el 14 de agosto de 1941, se proclamó la esperanza de que después de la destrucción de la tiranía nazi se estableciera una paz que proporcionara a todas las naciones los medios para vivir seguras dentro de sus propias fronteras y que ofreciera seguridad de que todos los hombres de todas las tierras puedan vivir sus vidas en libertad del miedo y de la miseria⁸⁴.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial se empezó el proceso de elaboración de la Carta de las Naciones Unidas en la Conferencia de San Francisco, en la que se hizo referencia a los derechos humanos, principalmente por iniciativa de los países medianos y pequeños, dentro de los que sobresalen diversas naciones latinoamericanas como Panamá, Brasil, Uruguay, México y

80 Sobre ello indica Ignatieff: El Holocausto puso al descubierto cómo se mostraba el mundo cuando la pura tiranía obtuvo permiso para explotar la crueldad humana natural. Por tanto, si no hubiera habido Holocausto no tendríamos ahora de la Declaración Universal, pero dado que lo tuvimos, tampoco podemos mostrar una fe incondicional en la Declaración. El Holocausto demuestra tanto la necesidad prudencial de los derechos humanos como su intrínseca fragilidad. (Ignatieff, 2003, p. 100).

81 Cf. Verdross (1980, p. 541).

82 Citado conforme a Carrillo Salcedo (1999, p. 36).

83 Cassese (1991, p. 37); Carrillo Salcedo (1999, pp. 35-36).

84 Se hace referencia a ello conforme a: Carrillo Salcedo (1999 p. 36).

República Dominicana⁸⁵. Cabe anotar aquí que la preocupación de las grandes potencias era, fundamentalmente, el mantenimiento y preservación de la paz y seguridad mundiales, tal y como quedó plasmado en las propuestas formuladas en Dumbarton Oaks en 1944, en donde se hacía solamente breves referencias a los derechos humanos. En este sentido, señala Juan Antonio Carrillo Salcedo:

En las propuestas adoptadas por las Cuatro Potencias invitantes en relación con los propósitos de la nueva Organización Internacional que iba a crearse, únicamente aparecía una mención de la cooperación internacional para resolver problemas humanitarios de orden económico y social, y, en el capítulo dedicado a las disposiciones relativas a la cooperación económica y social en el plano internacional, dos escuetas referencias a los problemas humanitarios y a la promoción del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales⁸⁶.

La Carta de las Naciones Unidas fue firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al finalizar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Mundial, y entró en vigencia el 24 de octubre del mismo año⁸⁷.

85 Señala Carrillo Salcedo: La delegación de Panamá propuso una mención más explícita de la salvaguarda y protección de los derechos humanos entre los propósitos de la Organización, de conformidad con la Declaración de derechos esenciales del hombre que Panamá pretendía incorporar a la Carta. Por su parte, Brasil, México y la República Dominicana propusieron que entre los propósitos de las Naciones Unidas figuraran los siguientes: 'promover el respeto de los derechos del ser humano y de las libertades fundamentales, y alentar el principio democrático de la igualdad de estatuto jurídico y responsabilidades de hombres y mujeres (...)' (Carrillo Salcedo, 1999: p. 37). Indican Podestá Costa y José María Ruda que una enmienda uruguaya por la que los miembros se comprometían a respetar los derechos humanos no fue aceptada. Cf. Podestá Costa/Ruda (1979, p. 442).

86 Así: Carrillo Salcedo (1999, p. 35). Señalan Jaime Oraá y Felipe Gómez Isa: La oposición más fuerte en torno a que los derechos humanos figurasen en la Propuesta de Dumbarton Oaks sobre la creación de las Naciones Unidas vino de la mano del delegado británico, Sr. Alexander Codogan. En su opinión ello 'podría abrir la posibilidad de que la Organización pudiese criticar la organización interna de los Estados Miembros', en clara alusión a la cuestión colonial, aspecto este tremendamente sensible para los británicos (...). La Unión Soviética tampoco era muy favorable a que los derechos humanos ocupasen un lugar privilegiado entre los principios de la nueva Organización que se iba a crear, aunque no oponía escollos insalvables. Ante estas dificultades, Estados Unidos tuvo que rebajar sus pretensiones, por lo que, finalmente, la Propuesta de Dumbarton Oaks tan solo incluyó una 'vaga referencia a los derechos humanos'. (Oraá/Gómez Isa, 2002: p. 26).

87 Véase el texto de la Carta en: Soto Harrison, F. (1997, pp. 124-167).

En el preámbulo de la Carta se dispuso que los estados miembros reafirmarían su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana⁸⁸ y el artículo 1, inciso 3) estableció que entre los propósitos de las Naciones Unidas se encuentra:

Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión⁸⁹ (el subrayado no es del original).

El artículo 13, inciso 1.b) señala que la Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para:

Fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (el subrayado no es del original).

El artículo 55, inciso c) manifiesta que la Organización de Naciones Unidas promoverá: el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades⁹⁰ sic.

88 Con respecto a la regulación de los derechos humanos en la Carta de la ONU: Pinto, M. (1999, pp. 15-31).

89 Indica Mónica Pinto: No se postula simplemente el respeto de los derechos humanos sino la cooperación internacional en el logro de ese respeto (...). Se está legitimando no solo la actuación de los órganos de las Naciones Unidas en los casos expresamente previstos y en los que quepan a la luz de sus propósitos, sino también la acción de los Estados en el tema. En una palabra todo el denominado 'derecho internacional de los derechos humanos' encuentra sustento jurídico en la norma del artículo 1:3. (Pinto, 1999: p. 17).

90 Sobre este artículo véase: Pinto (1999, p. 18), que dice: La promoción del respeto universal no solo supone respeto en todos los Estados miembros, sino incluso en los que no lo son. No se trata de imponer una obligación a cargo de terceros Estados –lo que no podría hacerse efectivo sin su consentimiento– sino, por el contrario, de una expresión de lo enunciado por el artículo 2:6, esto es, hacer que los Estados que no son miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con los principios de la Carta en la medida que sea necesario para mantener la paz y la seguridad internacionales.

En relación con lo anterior, el artículo 56 establece que: Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjuntas o separadamente en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55.

El artículo 62, inciso 2) establece: El Consejo Económico y Social podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades sic.

El artículo 76, inciso c) señala entre los objetivos básicos del régimen de administración fiduciaria: promover el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinciones por motivos de raza, sexo, idioma o religión (...) sic.

A pesar de las diversas referencias al respeto de los derechos humanos, a las libertades fundamentales que se expresan en la Carta de la ONU y a la prohibición de cualquier trato discriminatorio al respecto, no se encuentra en dicha Carta un catálogo de derechos humanos; tampoco un deber claro de respetar determinados derechos, ni se contempla un procedimiento para su puesta en práctica⁹¹. De ahí que se hacía necesario que la Carta de la ONU fuera complementada por otro instrumento internacional, en el que destacó la relevancia del aporte latinoamericano a la decisión de redactar una Declaración Universal de Derechos Humanos. En este sentido, Miguel Osset indica que gracias a los esfuerzos de Ricardo Alfaro de Panamá, con el apoyo de Chile, Cuba, Ecuador, Egipto, Francia y Liberia, se aprobó redactar una Declaración Universal de Derechos Humanos⁹². Es importante anotar que una de las discusiones era si debía aprobarse un tratado internacional, lo que le dotaba de un carácter obligatorio, apoyada por Australia y el Reino Unido de Gran Bretaña; o bien, debía aprobarse una declaración sin carácter obligatorio, y se dejó para después la aprobación de un tratado internacional. Esta última posición fue la que prevaleció⁹³.

Las referencias hechas a los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas necesitaban su complemento con la aprobación de un texto que hiciera mención en concreto a los diversos derechos humanos, y se llegó

91 Así: Verdross (1980, p. 542), Gros Espiell (1988, p. 25), Podestá Costa/Ruda (1979, T.I, p.441).

92 Cf. Osset (2001, pp. 35-36).

93 Carrillo Salcedo (1999, p.48). Como dato interesante señala este autor que Sudáfrica proponía la aprobación de un tratado que en definitiva obligara a los países que lo ratificasen, pues temía que se pudiera afirmar el carácter obligatorio para todos los estados de una declaración. Cf. Carrillo Salcedo (1999: pp. 48-49).

definitivamente al acuerdo por la Asamblea General de la ONU de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, en cuya redacción tuvieron un papel protagónico Eleanor Roosevelt, el doctor Chang de China, los profesores Charles H. Malik del Líbano y René Cassin de Francia, y John P. Humphrey, secretario de las Naciones Unidas⁹⁴.

El texto aprobado fue producto del consenso y de la lucha ideológica. Valga señalar que la composición de las Naciones Unidas en ese entonces era muy diferente de la actual, ya que aun no había tomado fuerza el proceso de descolonización, de modo que, por ejemplo, continentes como África tuvieron muy poca participación. Así, mientras que actualmente la cantidad de países de la ONU asciende a 191, en ese momento el número de miembros era solamente de 58. De ellos, 14 eran occidentales en el sentido político (incluido Australia), 20 latinoamericanos, 6 socialistas de Europa central y oriental (la Unión Soviética, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, Bielorrusia y Yugoslavia), 4 africanos (Egipto, Etiopía, Liberia y la Unión Surafricana), 14 asiáticos (Birmania, China, India, Irán, Irak, Líbano, Pakistán, Filipinas, Siam, Siria, Turquía, Yemen, Afganistán y Arabia Saudita)⁹⁵.

Fundamentalmente se produjo una disputa política, puesto que los países occidentales pretendían la regulación de los derechos civiles y políticos⁹⁶, mientras que los socialistas reclamaban, por un lado, la vigencia del principio de soberanía y, por otro, el énfasis en algunos derechos de carácter económico y social⁹⁷. Un papel mucho menos relevante correspondió a los países asiáticos, salvo los musulmanes, quienes tenían reservas dada su tradición cultural, particularmente en materia religiosa y de vida familiar⁹⁸.

En definitiva, y con un texto de consenso fue aprobada la declaración por la Asamblea General de la ONU mediante resolución 217A (III) del 10 de diciembre de 1948, con 48 votos a favor, 8 abstenciones y cero votos en contra. Las abstenciones provinieron, en primer lugar, de los países del bloque soviético (Unión Soviética, Polonia, Checoslovaquia, Ucrania, Rusia Blanca), los cuales criticaron que no se definieran las obligaciones de los ciudadanos frente al estado, además de que el tema de los derechos humanos suponía

94 Cf. Carrillo Salcedo (1999, p. 47).

95 Así: Cassese (1991, p. 40).

96 Así: Cassese (1991, p. 43).

97 Cf. Cassese (1991, pp. 43-45).

98 Cf. Cassese (1991, p. 41).

un quebranto al principio de no inmiscuirse en los asuntos internos de otros estados. Yugoslavia se abstuvo al reclamar la poca consideración que recibieron los derechos sociales, a diferencia de lo que ocurría con los derechos de índole liberal. La República Sudafricana se abstuvo, pues argumentaba en contra de dar cabida a los derechos económicos y sociales⁹⁹. Arabia Saudita, por su parte, se abstuvo debido en particular a su rechazo al artículo 18 de la Declaración, que establece el derecho a la libertad de conciencia y de fe religiosa. La preocupación particular de Arabia Saudita se daba en cuanto a su compatibilidad con la religión musulmana, que no permite que los musulmanes cambien de religión. Igualmente, expresaba reservas con respecto a la concepción del matrimonio y a la posición de la mujer¹⁰⁰.

La Declaración Universal, como consecuencia de la búsqueda del consenso, reguló tanto derechos individuales y políticos como económicos y sociales¹⁰¹. Pocos meses antes de su aprobación por parte de la ONU, se aprobó por la IX Conferencia Internacional Americana la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, concebida en un inicio como una norma sin carácter obligatorio. Es importante anotar que los trabajos relacionados con la Declaración Americana se estaban dando desde hace años. Durante la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, llevada a cabo en la Ciudad de México del 21 de febrero al 8 de marzo de 1945, surgió la idea de que la región contara con un instrumento internacional que estableciera un régimen de derechos humanos, por lo cual se encomendó al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un anteproyecto¹⁰², cuya primera versión fue presentada el 31 de diciembre de 1945.

La Declaración Americana, al igual que la Universal, previó no solamente los derechos individuales y políticos, sino también los económicos y sociales,

99 Cf. Oraá/Gómez Isa (2002, p. 75).

100 Cf. Oraá/Gómez Isa (2002, p. 70). Sobre los argumentos dados por los estados que se abstuvieron: Guradze (1956, pp. 119-120), Tetzlaff (1993, pp. 30-33).

101 Con respecto al texto aprobado véase: Asociación Costarricense Pro Naciones Unidas (Editora) (1979).

102 Cf. Faúndez Ledezma (1999, p. 47), Osset (2001, p. 34). Jaime Oraá y Felipe Gómez Isa en la Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz los Estados latinoamericanos declararon que la futura Organización de las Naciones Unidas debería asumir la responsabilidad en cuanto a la protección internacional de los derechos humanos mediante un catálogo de derechos y deberes en una declaración que adoptaría la forma de convención. Cf. Oraá/Gómez Isa (2002: p. 30).

y se señala que, en relación con estos, la Declaración Americana es superior, ya que la Declaración Universal los resumió demasiado¹⁰³.

Entre las deficiencias de la Declaración Americana se encuentra que no hace referencia a la pena de muerte. Tampoco se menciona la prohibición de la tortura, la esclavitud y la servidumbre, a pesar de que se conocía el proyecto de declaración universal, que sí las mencionaba. Se critica, además, que no se citan las limitaciones a la propiedad por motivos de interés público o social¹⁰⁴.

1.2.4. Consolidación del derecho internacional de los derechos humanos

A partir de las declaraciones Universal y Americana el derecho internacional de los derechos humanos ha tenido un gran desarrollo. La Declaración Universal fue complementada, fundamentalmente, a través de dos pactos aprobados por separado para lograr el máximo de adhesiones en momentos en que imperaba la guerra fría: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹⁰⁵ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁶, ambos adoptados por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966. Estos pactos tienen la particularidad de que aunque no regulan órganos jurisdiccionales de control, establecen comités de vigilancia, aun cuando el correspondiente al segundo de los pactos internacionales mencionados no fue establecido sino hasta 1985, por medio de una decisión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU¹⁰⁷. Debe tenerse en cuenta que esto tenía como antecedente en el marco de la ONU lo estipulado en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada en diciembre de 1965, que había establecido el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial como órgano de supervisión¹⁰⁸.

103 Gros Espiell (1988, p. 100).

104 Gros Espiell (1988, p. 100).

105 Entró en vigor el 23 de marzo de 1976 .

106 Entró en vigor el 3 de enero de 1976 .

107 Al respecto: Villalpando (2000, p. 93).

108 Villalpando (2000, p. 93).

El PIDCP ha sido complementado por medio de dos protocolos facultativos, el primero aprobado junto con el pacto el 16 de diciembre de 1966. En dicho protocolo se regula el reconocimiento de la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se encuentren bajo la jurisdicción de un estado parte, y que aleguen ser víctimas de una violación. Se regula, en definitiva, un órgano de control de naturaleza cuasijudicial¹⁰⁹. El segundo protocolo, destinado a la abolición de la pena de muerte, fue aprobado el 15 de diciembre de 1989. Ambos pactos, junto con los dos protocolos facultativos indicados y la Declaración Universal de Derechos Humanos, constituye lo que se conoce como la Carta Internacional de los Derechos Humanos.

Valga anotar, en relación con los derechos individuales establecidos en esos instrumentos, particularmente con respecto a los derechos ante la justicia penal, que la ONU ha aprobado una serie de instrumentos a través de los cuales se ha tratado de concretizar con mayor precisión lo estipulado en los instrumentos que forman la Carta Internacional de los Derechos Humanos. Dentro de estos destacan las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de 1955 pero, además, se ha aprobado una serie de documentos adicionales relativos a la actuación de los médicos, fiscales, abogados, jueces, funcionarios encargados de cumplir la ley, uso de armas de fuego por la policía, etc. De gran importancia, por cuanto marca un cambio hacia la preocupación de los derechos de las víctimas, es la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder del 29 de noviembre de 1985¹¹⁰.

Dentro del marco de tratados de carácter general sobre derechos humanos, merece resaltarse el desarrollo logrado en el ámbito regional. Por un lado, en Europa se llegó a aprobar en 1950 la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, con la que se instauró un control jurisdiccional sobre el respeto de los derechos

109 Sobre el sistema cuasijudicial de protección de los derechos humanos en el derecho internacional de los derechos humanos: Pinto (1999, pp. 129-146).

110 Con respecto a los diversos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, se ha consultado en este trabajo en particular el sitio de Internet de la ONU y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además, las siguientes recopilaciones de instrumentos: Pacheco (Editor) (1987), Peces Barba (Editor) (1987), Heilmeyer (Editor) (1982), Tomuschat (Editor) (1992), Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Editor) (1999) Saborío Valverde (1993), Rodríguez Rodríguez (Editor) (1998). En particular para la consulta de los instrumentos internacionales de derechos humanos se recomienda la recopilación de Rodríguez Rodríguez.

humanos a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el auxilio de la Comisión Europea de Derechos Humanos, la cual fue eliminada recientemente al ser fusionada en la Corte¹¹¹. Similarmente, en el ámbito americano se aprobó la CADH en 1969; sin embargo entró en vigencia en 1979, al crearse una Corte Interamericana de Derechos Humanos. Antes ya se había creado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Tanto la Convención Europea como la Americana previeron básicamente los derechos individuales, lo que hacía imprescindible un complemento en cuanto a los derechos de carácter social. En Europa se aprobó la Carta Social Europea del 18 de octubre de 1961. En América se aprobó el 17 de noviembre de 1988 el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido como Protocolo de San Salvador. Debe tenerse en cuenta, respecto de los derechos económicos y sociales, no solamente el Pacto de la ONU sobre los mismos, sino también una gran cantidad de convenios suscritos en el marco de la OIT.

Por otro lado, en África se adoptó la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) el 27 de julio de 1981; aunque esta reguló los derechos humanos de carácter individual y los de índole social, tuvo como una de las preocupaciones fundamentales la previsión de los derechos de los pueblos, dando un gran impulso a los derechos de la tercera generación.

Precisamente una de las tendencias del derecho internacional de los derechos humanos, a partir de la década de los ochenta del siglo XX, fue el reconocimiento de los derechos humanos de la tercera generación, los cuales se distinguen por su carácter difuso. El convenio internacional de mayor importancia al respecto es la Carta Africana mencionada arriba; sin embargo cabe mencionar también el Convenio 169 de la OIT, con importantes implicaciones para el sistema penal, que es sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Se ha aprobado, asimismo, una gran cantidad de declaraciones de la ONU relativas a los derechos a la paz, al desarrollo, al medio ambiente, etc. Merece resaltarse la gran preocupación con respecto al medio ambiente por parte de la comunidad internacional.

Otra de las grandes inquietudes del derecho internacional de los derechos humanos atañe a la inmigración, fundamentalmente expresada a través de convenios con respecto a los refugiados; por ejemplo la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados del 28 de julio de 1951.

111 Cf. Van Ooyen (2002, pp. 295-304).

Una de las temáticas que ha tenido un destacable desarrollo a partir de los años ochenta corresponde a los derechos de los niños. Es relevante la Convención de Derechos del Niño de 1989, complementada en relación con los derechos ante la justicia penal por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, del 29 de noviembre de 1985, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil del 14 de diciembre de 1990 (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, aprobadas el 14 de diciembre de 1990. Toda esta normativa enlazada con el derecho penal juvenil no tiene paralelo en cuanto a la regulación del derecho de adultos por el derecho internacional de los derechos humanos, cuyo principal desarrollo se ha llevado a cabo en lo relativo al trato de los privados de libertad y a la prevención y sanción de la tortura. Recientemente y respecto del derecho de la infancia, desarrollado también en la Convención de Derechos del Niño, fue aprobado en el 2002 el protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. El tema de la prostitución y la pornografía infantiles es uno de los que en los últimos años ha preocupado más a la comunidad internacional.

Otro tema de gran significación actual dentro del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos es el alusivo a los derechos de la mujer y a la prevención y sanción de la violencia doméstica. En lo concerniente a los documentos de la ONU, el 20 de diciembre de 1952 se aprobó la Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer, y el 18 de diciembre de 1979, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. En América se aprobó la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, del 2 de mayo de 1948. De gran importancia es la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), aprobada el 9 de junio de 1994.

Dentro de las tendencias recientes del derecho internacional de los derechos humanos está la exigencia de responsabilidades de personas individuales y no solamente de estados, tal y como ha sido la tradición. Lo anterior, a partir de la creación de los tribunales ad hoc de Yugoslavia y Ruanda. Recientemente, de gran trascendencia fue la creación de la Corte Penal Internacional a través del Estatuto de Roma. Es notable que, a partir de la Segunda Guerra Mundial, la temática de la prevención y sanción de los crímenes de guerra y de lesa humanidad había tenido un desarrollo considerable. No debe olvidarse el desarrollo mostrado por el derecho humanitario desde el siglo XIX, y que tuvo en el marco de la ONU su continuación al aprobarse los cuatro convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, complementados por dos protocolos adicionales del 8 de junio de 1977. Por otro lado, en 1949 se aprobó la Convención para la

Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. En 1968 se suscribió la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. En el ámbito americano ha de resaltarse la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Merecen distinguirse, en relación con lo anterior, diversas convenciones en contra de graves violaciones al principio de dignidad de la persona, tales como la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y la Convención americana para prevenir y sancionar la tortura. Ambas convenciones tienen una gran importancia para el sistema penal. No debe desatenderse la gran trascendencia que tuvo la primera de ellas para el arresto de Pinochet en Inglaterra, que marcó importantes cambios en la exigencia de responsabilidades individuales por violación a los derechos humanos¹¹².

En conjunto con la prohibición de la tortura debe distinguirse toda la normativa que, desde sus inicios, se ha llegado a aprobar por la ONU en contra de graves quebrantos al principio de dignidad de la persona. Por ejemplo, el Protocolo de Ginebra para modificar la Convención en contra de la esclavitud del 23 de octubre de 1953, lo mismo que la Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud del 30 de abril de 1956. También ha de citarse el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena del 2 de diciembre de 1949. Además de estos existen diversos convenios en contra de la discriminación, en los que destacan los firmados en contra de la discriminación racial, tal es el caso del Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial del 21 de diciembre de 1965, y la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen del apartheid.

1.3. El principio de dignidad de la persona

1.3.1. El principio de dignidad de la persona como base de los derechos humanos

El principio sobre el que giran los diversos derechos humanos es el de dignidad de la persona¹¹³, el cual parte de que todo ser humano, por el hecho

112 Cf. García Arán/López Garrido (Editores) (2000).

113 Así: Delgado Pinto (1989, p. 138), Schöne (1992, p. 193), Llobet Rodríguez (1999, p. 90), Verdross (1980, p. 543), Blanc (2001, pp. 17-19), Oraá/Gómez Isa (2002, p. 47).

de serlo, tiene una serie de derechos, y se prohíbe el trato discriminatorio¹¹⁴. En ese sentido, es relevante la consideración del ser humano conforme al imperativo kantiano, como un fin en sí mismo, al no podersele tratar como un mero objeto o instrumento¹¹⁵.

La referencia al principio de dignidad de la persona se encuentra en el preámbulo tanto de la Declaración Universal de Derechos Humanos como de la Declaración Americana de Derechos del Hombre.

En la Declaración Universal se señala que: (...) La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...).

Por su parte, la Declaración Americana dice en su preámbulo: Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados, como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros (...).

El reconocimiento de que los diversos derechos humanos provienen del principio de dignidad de la persona aparece en el preámbulo del PIDCP de 1966, que dice: (...) estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana (...). Una mención similar se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de ese mismo año.

El fundamento de los derechos humanos en el principio de dignidad de la persona recibió el reconocimiento de la Sala Constitucional costarricense, la que señaló en el voto 1319-97 del 4 de marzo de 1997:

Tales principios de los derechos en general postulan y defienden una filosofía profundamente humanista. En la base de todas esas normas, se encuentra el principio capital de la dignidad de la persona

114 Como indica Antonio Blanc: El reconocimiento específico de derechos a determinados colectivos, como las mujeres, los niños, los trabajadores migrantes o los refugiados, entre otros, no tiene como objetivo incorporar un catálogo de derechos cuya titularidad solo afectaría a las personas pertenecientes a dicho grupo, sino que partiendo de la situación de especial vulnerabilidad o indefensión, se adoptan instrumentos específicos de reconocimiento y protección para reforzar el respeto de los derechos humanos fundamentales, incluso con la incorporación de determinados mecanismos de 'discriminación positiva'. (Blanc, 2001: p. 18).

115 Cf. Kant (1994, pp. 78-80), Kant (1990, p. 192), Kant (1990a, pp. 44-46), Kant (1988, pp. 110-116). Sin embargo, como lo indican Jaime Oraá y Felipe Gómez Isa la Declaración Universal de Derechos Humanos no contiene una definición de lo que entiende por dignidad. (Cf. Oraá/Gómez Isa, 2002: p. 48).

humana –sin distinción de ninguna especie– que parte del postulado de que todos los hombres, por su condición de tales, tienen un –y mismo– valor intrínseco. Cualquier excepción implica una derogación del principio. El que de alguna manera quede inmerso dentro de la función represiva del sistema penal, trátese, en consecuencia, de un menor o un adulto, tiene derecho a que se le respete su dignidad y su condición de sujeto de derecho. La normativa de los derechos humanos no solo implica el cumplimiento de los derechos ahí consagrados, sino que significa una interpretación, más aun, una relectura de las legislaciones internas en función de estas disposiciones internacionales y de los postulados incorporados a las legislaciones nacionales como parte del ordenamiento. Es por esto que las garantías procesales revisten una particular importancia para los derechos humanos e identifican, por esencia, al Estado de Democrático de Derecho sic.

1.3.2. Consecuencias del principio de dignidad de la persona humana

Como lo indican Jaime Oraá y Felipe Gómez Isa la Declaración Universal de Derechos Humanos no contiene una definición de dignidad humana: La Declaración no nos ofrece ninguna definición de lo que se entiende por dignidad, rechazando expresamente cualquier alusión de carácter metafísico para fundamentar la dignidad. Según algunos, se sobreentiende que la dignidad es la cualidad de ser reconocido como persona, de donde derivan necesariamente las nociones de libertad e igualdad. No nos encontraríamos, como se ha defendido, ante una definición descriptivo-psicológica de la dignidad humana, la cual solo es inteligible a nivel de sentido común y comprensible hasta cierto punto situándose en el momento preciso del final de la II Guerra Mundial, cuando lo más urgente era asegurar un mínimo de paz y tranquilidad tras la contienda¹¹⁶.

Importante es que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se preocupa más que por proteger los derechos humanos que por fundamentarlos, de modo que desde esta perspectiva se desvincula de las consideraciones de carácter filosófico¹¹⁷. En este sentido indica Michael Ignatieff: Algunas personas no tendrán problemas a la hora de pensar que los seres humanos son sagrados, porque creen en la existencia de un Dios que creó la humanidad a su imagen y semejanza. Las personas que no creen en Dios deben

116 Cf. Oraá /Gómez Isa (2002, p. 48).

117 Cf. Bidart Campos (1997, p. 13).

rechazar la sacralidad de los seres humanos, o bien creer que son sagrados si se emplea en forma laica una metáfora religiosa que no convencerá a un creyente. Las afirmaciones fundacionales de este tipo dividen, y esas divisiones no pueden solucionarse de la misma forma que los humanos solucionan sus disputas, mediante el diálogo y el compromiso. Sostendré que es mucho mejor olvidar a esta clase de argumentos fundacionales y centrarnos en la búsqueda de apoyo para los derechos humanos por lo que éstos hacen en realidad a los seres humanos. Las personas pueden no estar de acuerdo por qué tenemos derechos, pero sí pueden coincidir en que son necesarios. Mientras que los fundamentos para la creencia de los derechos humanos están sujetos a discusión, los motivos prudenciales para creer en los derechos humanos son mucho más seguros¹¹⁸.

Por ello mismo en la misma Declaración Universal de Derechos Humanos se eludieron argumentos de carácter metafísico con respecto a los derechos humanos, por ejemplo la fundamentación de los mismos en consideraciones religiosas. Así no se encuentra en el preámbulo ninguna referencia a Dios, lo que habría sido vetado por las delegaciones de los países socialistas, unido a que las diferentes concepciones religiosas no habrían llegado a un acuerdo¹¹⁹. Sobre ello indica Ignatieff que la Declaración Universal enuncia derechos, pero no explica por qué se tienen esos derechos. Señala: El proceso de redacción de la Declaración Universal deja claro que este silencio era deliberado. Cuando Eleanor Roosevelt convocó por primera vez al comité de redacción en su apartamento de Washington Square en febrero de 1947, un confuciano chino y un tomista libanés se enzarzaron en una profunda discusión acerca de los fundamentos filosóficos y metafísicos de los derechos. La señora Roosevelt concluyó que el único camino posible pasaba por el acuerdo de discrepar de occidentales y orientales. Por tanto, existe un silencio deliberado en el corazón de la cultura de los derechos humanos. En lugar de un conjunto sustantivo de justificaciones que no se expliquen por qué los derechos humanos son universales, en lugar de razones que se remontan a los principios fundacionales – como en el inolvidable preámbulo de Thomas Jefferson a la Constitución norteamericana –, la Declaración Universal de los Derechos Humanos simplemente da por hecho que existen los derechos humanos y procede a enunciarlos¹²⁰.

Debe tenerse en cuenta que el principio de dignidad de la persona humana está relacionado estrictamente con el principio de igualdad, en cuanto

118 Ignatieff (2003, pp. 76-77).

119 Cf. Ignatieff (2003, p. 85). Sobre ello véase también: Oraá /Gómez Isa (2002, p. 50).

120 Ignatieff (2003, p. 97).

se parte de que todos los seres humanos tienen una dignidad¹²¹ y que no puede hablarse de una mayor dignidad de unos con respecto a otros, lo que lleva a la prohibición de cualquier tipo de discriminación. Ello se encuentra en las diversas convenciones y declaraciones de derechos humanos, siendo previsto también en el artículo 33 de la Constitución Política.

Usualmente cuando se trata de explicar el principio de dignidad humana se acude a la formulación del imperativo categórico, realizada por Immanuel Kant, el que dijo en la Introducción a la metafísica de las costumbres: “Yo digo: el hombre y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre al mismo tiempo como fin”¹²². Agregó luego: “El imperativo práctico será, pues, como sigue: obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”. Señaló también: “El hombre no es una cosa; no es, pues, algo que pueda usarse como simple medio; debe ser considerado en todas las acciones, como fin en sí”¹²³.

Immanuel Kant en la metafísica de las costumbres reiteró dicho criterio, ello para criticar la prevención general negativa como el fin de la pena. Dijo: El hombre no puede nunca ser manejado como medio para los propósitos de otros confundido entre los objetos del derecho real (Sachenrecht)¹²⁴.

Ya Beccaria había dicho, adelantándose al imperativo categórico kantiano: No hay libertad cuando algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se repunte como cosa¹²⁵.

En sentido similar se pronunció Francesco Carrara en 1875, al decir: No; un delito, por más grave que sea, o una serie de delitos, aun cuando sean repetidos

121 Peter Singer, sin embargo, ha puesto en duda ello, señalando, por ejemplo, que matar a un recién nacido, lo mismo que a un bebé de un año, no es lo mismo que matar a una persona, o sea a un ser que quiere seguir viviendo. Ha señalado lo mismo con respecto al ser humano intelectualmente discapacitado de forma profunda e irreparable. Fundamental para él es la distinción entre ser humano y persona, considerando que el concepto de esta exige un ser consciente de sí que se percibe con un pasado y un futuro, siendo por ello capaz de tener deseos con respecto a su propio futuro. Singer (2002, pp. 159, 162, 369). Por otro lado, defiende Peter Singer que se aplique el principio de igualdad entre seres humanos, chimpancés, gorilas y orangutanes. Sobre el tema en particular: Cavalieri/Singer (Editores) (1998).

122 Kant (1990, p. 44).

123 Kant (1990, p. 45).

124 Kant (1994, p. 166).

125 Beccaria (1988, capítulo 20, p. 62).

y atroces, no despojan al desgraciado que se manchó con ellos de ningún uno de los derechos inherentes a la personalidad humana; no lo transforman en un acosado de la cual la autoridad social pueda hacer, sin medida, un instrumento para servir sus fines, en la misma forma que lo hacía el *civis romanus* con sus esclavos¹²⁶.

La Iglesia Católica ha acudido también al imperativo categórico kantiano. Así Juan Pablo II en su Carta a las Familias hizo mención a dicha fórmula, al decir: La persona jamás ha de ser considerada un medio para alcanzar un fin; jamás, sobre todo, un medio de 'placer'. La persona es y debe ser sólo el fin de todo acto. Solamente entonces la acción corresponde a la verdadera dignidad de la persona¹²⁷.

La doctrina y la jurisprudencia, acuden en general al imperativo categórico kantiano. Así en lo relativo a la doctrina es importante citar la admisión que de dicho imperativo ha hecho Juan Marcos Rivero, al decir: El postulado kantiano del respeto a cada ser humano considerado como un fin en sí mismo continúa, según mi criterio, teniendo plena vigencia¹²⁸.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin acudir expresamente al imperativo categórico kantiano, ha llegado a una formulación no lejana al mismo, al considerar que la aplicación de la pena de muerte a todo homicidio intencional, sin consideración de las circunstancias del caso es contraria al principio de dignidad de la persona humana. Dijo en la sentencia del 21 de junio de 2002 (Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad Tobago).

105. La Corte coincide con la afirmación de que al considerar a todo responsable del delito de homicidio intencional como merecedor de la pena capital, "se está tratando a los acusados de este crimen no como seres humanos individuales y únicos, sino como miembros indiferenciados y sin rostro de una masa que será sometida a la aplicación ciega de la pena de muerte".

Esta posición fue reiterada por la Corte Interamericana en la sentencia de 15 de septiembre de 2005 (Nº. 80) (Caso Raxcacó vs. Guatemala).

En lo atinente a la jurisprudencia costarricense debe citarse la polémica sentencia Nº. 2306-2000 del 15 de marzo de 2000, ordenada por la Sala Constitucional, en la que se consideró que la fecundación *in vitro* es contraria a la Constitución Política, por ir en contra del producto de la concepción. Entre las consideraciones que se hicieron en dicha sentencia se dijo:

126 Carrara (1980, Tomo V, p. 20).

127 Juan Pablo II (1994, pp. 39-40).

128 Rivero Sánchez (2005, p. 26 A).

El ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues es el único que vale por sí mismo y no en razón de otra cosa. Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano.

El Tribunal de Casación Penal en diversos fallos ha acudido al imperativo categórico kantiano. Así en el voto 417-2001 del primero de junio de 2001 dijo:

La prohibición de la venta de un hijo es derivada de un principio fundamental en materia de derechos humanos cual es el de dignidad de la persona humana, del que en definitiva se derivan los otros derechos (véase el preámbulo de la Convención de Derechos del Niño). Dicho principio conforme a la formulación kantiana implica que no puede reducirse a una persona al carácter de un mero objeto, resultando que efectivamente cuando se vende y aun antes, cuando se pone en venta a un hijo se le está reduciendo a un simple objeto.

En varios votos no unánimes el Tribunal de Casación Penal ha acudido al imperativo categórico kantiano para el establecimiento de límites a la fijación de la pena. Así en el voto 603-2004 del 21 de junio de 2004 dijo:

El principio de culpabilidad debe ser un límite a las consideraciones de índole preventiva, de modo que ni por razones de prevención general ni por consideraciones de prevención especial pueda imponerse una pena superior a la culpabilidad del sujeto, siendo posible, por supuesto, la consideraciones preventivas para imponer una pena por debajo de la culpabilidad del sujeto. Lo señalado hace que se respete el principio de dignidad de la persona humana, ello de acuerdo a las críticas a la prevención, en particular la general, sustentadas por Immanuel Kant en la *Metafísica de las Costumbres*, en cuanto dijo que no podía instrumentalizarse al sujeto como un mero objeto de la colectividad, ello al fijarse la pena con base en meras estimaciones preventivas¹²⁹.

129 En el voto 37-2004 del 22-1-2004 el Tribunal de Casación Penal llegó a conclusiones diversas a las que condujo el voto arriba citado, aunque en los razonamientos hizo mención al imperativo categórico kantiano, negando que se hubiera violentado en el caso concreto. Dijo: "No se aprecia que en la sentencia se esté utilizando al imputado como un mero instrumento en beneficio de la colectividad, ello en el sentido indicado por Immanuel Kant en la *metafísica de las costumbres*. Téngase en cuenta que esas referencias las hace el filósofo de Königsberg al criticar que se utilicen argumentos de prevención general negativa en relación con la pena. Sin embargo, en la fundamentación de la pena impuesta no se encuentran consideraciones de prevención general. Lo mismo cabe indicar a la prevención general positiva. No hay referencias a la misma en la fijación de la pena".

Este criterio ha sido reiterado por el Tribunal de Casación Penal en el voto 547-2005 del 15 de junio de 2005.

También la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha acudido al imperativo kantiano. Así en el voto 1063-2004 del 3 de setiembre de 2004 señaló:

Las circunstancias propias en las que se ejecutaron los hechos implicaron el más completo desprecio a la dignidad humana de la ofendida, a quien disminuyó el sentenciado a la condición de un mero objeto, aprovechándose de su estado mental y de los vínculos que existían entre ambos.

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Federal Constitucional alemán de 16 de julio de 1969, también acudió al imperativo kantiano, indicando:

Se le atribuye al ser humano en la sociedad un derecho a ser respetado y valorado. Contraviene la dignidad humana, el hacer del ser humano un simple objeto del Estado¹³⁰.

Destacable es también la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Federal Constitucional alemán del 15 de diciembre de 1970, en la audiencia de 7 de julio de 1970, en la que dijo:

Las fórmulas generales, como la que prevé que los seres humanos no pueden ser profanados al ser tratados por el poder estatal como un simple objeto, establecen las directrices que sirven para determinar los casos en los que se da una violación de la dignidad humana. El ser humano no es raras veces un simple objeto de las circunstancias y del desarrollo social, sino también del derecho, en la medida en que sin tener en cuenta sus intereses, debe adherirse a éste. La violación de la dignidad humana no se da por esta sola razón. Se debe añadir el hecho de que la persona haya sido sometida a un trato que cuestiona principalmente su calidad de sujeto, o que en el tratamiento dado en un caso concreto exista una desvalorización arbitraria de la dignidad humana. El trato que afecta la dignidad humana, otorgado por el poder público al ser humano en cumplimiento de la ley, debe ser considerado como una minusvalorización de las garantías de que goza el ser humano en virtud de ser persona, y en ese sentido tiene también el carácter de un 'trato abyecto'¹³¹.

130 Cf. Schwabe (2003, p. 35).

131 Cf. Schwabe (2003, p. 17).

La fórmula kantiana ha sido criticada por su generalidad, lo que, se dice, conduce a una aplicación muy limitada, en casos extremos. Así en el salvamento de voto de los magistrados Geller, Dr. von Schlabrendorff y Dr. Rupp, dado en la sentencia del Tribunal Federal Constitucional alemán arriba indicada, se señaló:

En estas circunstancias, para responder a la pregunta de lo que significa 'dignidad humana', se debe entender la patética expresión exclusivamente en su sentido más amplio que aquel en el que, por ejemplo, se parte de que la dignidad humana sólo se viola cuando el trato que afecta la dignidad humana, otorgado por el poder público a los seres humanos en cumplimiento de la ley, debe ser considerado una minusvaloración de las garantías de que goza el ser humano por virtud de ser persona, y en ese sentido tiene también el carácter de un 'tratamiento adyecto'. Si se hace esto entonces se reduciría el art. 79 inc 3 LF (Ley Fundamental) a la prohibición de reintroducir por ejemplo, las torturas, la picota y los métodos del Tercer Imperio (Tercer Reich). Una restricción tal, sin embargo, no corresponde a la concepción y al espíritu de la Ley Fundamental. Todo poder estatal tiene que considerar y proteger al ser humano en sus valores propios y su autonomía. No puede ser tratado de manera 'impersonal', como un objeto, aún cuando esto ocurra sin desconocer los valores personales, sino con 'buenas intenciones'¹³².

Una importante crítica en sentido similar es formulada por Benda, quien critica la generalidad de la formulación kantiana, señalando además que el Estado moderno siempre tendrá que tomar en cuenta los intereses colectivos para limitar la libertad personal. Indica: Contradice la dignidad humana convertir al individuo en mero objeto de la acción del Estado. En la degradación de la persona a la condición de objeto, a su valor de cambio, se suele ver la decisiva vulneración del art. 1.1. GG. Pero esta fórmula sólo apunta a la dirección en la que deberá concretarse el contenido y con ella esferas de protección de la dignidad humana. Tal fórmula resulta demasiado vaga y genérica, ya que en el Estado contemporáneo siempre habrá que limitar la libertad individual en beneficio de los intereses generales y precisamente el servicio del logro de condiciones de existencia dignas para todos¹³³.

132 Cf. Schwabe (2003, p. 18).

133 Benda (1996, p. 125).

A ello debe decirse que el imperativo categórico kantiano supone un buen punto de partida con respecto al principio de dignidad humana, aunque debe considerarse que tiene un carácter general, lo que lleva a discusiones sobre las consecuencias que deben extraerse del principio. Así de dicha formulación solo puede deducirse en forma clara la prohibición de toda discriminación, de la tortura y las penas y tratos degradantes y toda forma de esclavitud. Frente a lo dicho por Benda debe decirse que el principio de dignidad de la persona humana no implica que no pueda limitarse la libertad de una persona en beneficio de otros, puesto que es claro que toda persona tiene no solamente derechos, sino también deberes dentro de la comunidad. El principio de dignidad de la persona humana, sin embargo, establece límites a la injerencia estatal, basados en materia penal en principios como el de culpabilidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad, debiendo respetarse el núcleo básico del derecho. Por supuesto hay disposiciones como la prohibición de la tortura y los malos tratos, la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, que no admiten ninguna relativización en beneficio de la colectividad.

Una interpretación en un sentido más amplio de la formulación kantiana debe conducir a considerar que el Derecho debe tener un carácter antropológico, lo mismo que el Estado¹³⁴. Los mismos existen en función de los seres humanos y no estos en función del Estado. En este sentido dice Albin Eser: Allí donde se aprecia que el Estado se haga cargo de la función de protección del ser humano y en definitiva de la humanidad, no debe perderse de vista en ningún momento el carácter básicamente subsidiario y de servicio de aquél. El Estado no puede llegar a erigirse en fin en sí mismo sino que, por el contrario, debe orientarse siempre a la protección de la persona y al bienestar de la sociedad a la que sirve¹³⁵. Ello lleva a que: "la protección y el respeto por el ser humano debe enigerse en piedra angular también en lo relativo a la concepción y construcción del derecho penal y procesal penal"¹³⁶. Todo ello supone una concepción ideológica, tal y como lo indica Albin Eser: Este conjunto de postulados de partida obedecen al convencimiento político, jurídico y filosófico de que debe otorgarse prioridad a la persona frente al Estado¹³⁷.

134 Sobre la necesidad de una fundamentación antropológica del Derecho Penal: Zaffaroni (1996, pp. 301-302).

135 Eser, 1999, p. 61. Sobre ello: Maunz /Zippelius (1991, Par. 23, p. 177); Scholz (1990, pp. 26-28); Rivero Sánchez (2005, p. 26 A).

136 Eser (1999, pp. 60-61).

137 Eser (1999, p. 61).

Deben rechazarse con ello las diversas concepciones organicistas del Derecho, las que tienen una gran tradición en la filosofía del Derecho¹³⁸, pero que en definitiva han servido para legitimar los regímenes totalitarios¹³⁹. En este sentido el nacionalsocialismo rechazó la existencia del principio de dignidad de la persona humana y de hecho uno de sus postuladores era la negación del carácter de personas a grupos enteros de la población, entre ellos los judíos y los gitanos. Se agrega a ello que la concepción organicista llevaba a que se negara la existencia de derechos fundamentales, incluso de los ciudadanos alemanes, sosteniéndose que lejos de que el individuo tuviera derechos, más bien tenía deberes con la comunidad del pueblo. Desde esta perspectiva en el nacionalsocialismo se eliminaron los derechos fundamentales, partiéndose de la inexistencia de los mismos¹⁴⁰. Aunque pueda parecer increíble hoy día, uno de los lemas nacionalsocialistas era "Tu no eres nada, el pueblo es todo"¹⁴¹. La idea de la obligación del individuo ante la comunidad había sido expresada ya por Adolf Hitler en "Mi lucha", ello al decir: Existe en nuestra lengua alemana una expresión (Pflichtserfüllung), que describe con admirable exactitud la disposición a obedecer llamado del deber, vale decir, a servir los intereses generales. A la idea fundamental de esta actitud la llamamos idealismo, en contraposición

138 Acerca de las concepciones organicistas: Del Vecchio (1991, pp. 419-423).

139 Señala Gustav Radbruch: "La teoría orgánica, supraindividualista, constituye (...) la base de los partidos autoritarios o conservadores, para los que el Estado, el todo, no existe en gracia a sus miembros, sino que, por el contrario, son éstos los que existen en función de aquél, estando las funciones del Estado por encima de los intereses de sus ciudadanos, incluso de la mayoría de ellos" (Radbruch, 2002, p. 37).

140 Cf. Bundesminister der Justiz (1989, p. 104); Bedürftig (1994, p. 268); Menger (1993, p. 187); Zippelius (1994, pp. 141-142). Con respecto a la posición de los individuos como "Miembros de la Comunidad" y no como portadores de derechos fundamentales durante el nacionalsocialismo véase el texto de la época: Hederian (1939-1940, pp. 21-31). Un análisis de dicha concepción en: Schäfer (1985, pp. 106-121). En relación con esto dice Edgar Bodenheimer con respecto al nacionalsocialismo: "El fin del Derecho no es proteger la esfera privada del ciudadano, sino servir al interés de la nación como persona colectiva. 'El Derecho es lo que es útil a la nación alemana', es una afirmación de un destacado jurista alemán que se cita frecuentemente. El alcance del interés alemán lo determina únicamente el Führer de la nación y el jefe del gobierno, Adolf Hitler. Declaraciones como la de que 'el Derecho es el plan formulado por el Führer son expresiones características de esta actitud respecto al Derecho'" (Bodenheimer, 1976: pp. 281-282).

141 Un análisis de la frase "Tú no eres nada, el pueblo es todo", se encuentra en: Hattenhauer (1983, Par. 633, pp. 301-302).

alegoísmo, y por ella entendemos la capacidad del individuo para sacrificarse en favor de la comunidad, o sea a favor de sus semejantes¹⁴².

También el fascismo italiano partía de una concepción organicista. Así el artículo primero de la "Carta del Lavoro", documento fundamental del Estado corporativista fascista, estableció: La nación italiana es un organismo que tiene unos fines, una vida y unos medios de acción superiores en potencia y duración a los diferentes individuos y grupos de individuos que lo componen. Es una unidad moral, política y económica que se realiza íntegramente en el Estado fascista¹⁴³.

En forma similar a lo indicado durante el nacional socialismo dijo Mussolini: para el fascismo el Estado es un absoluto frente al cual individuos y grupos son lo relativo. Agregó: el individuo en el Estado fascista no es anulado, sino más bien multiplicado; el Estado fascista... limita las libertades inútiles y nocivas y conserva las libertades esenciales. Ahorabien (...) quien juzga sobre esa cuestión no puede ser el individuo, sino solamente el Estado¹⁴⁴.

Ello debe llevar también al rechazo de la Teoría de los Sistemas en sus diferentes concepciones, entre ellas la sostenida por Niklas Luhmann, que precisamente parte de una concepción organicista, que encuentra clara expresión en la adopción que hace del concepto de autopoiesis, proveniente de la biología¹⁴⁵. El apartarse de los seres humanos sean el fin del Estado y el Derecho, es una característica de la teoría de los sistemas¹⁴⁶, lo que queda claro en la explicación que da Juan Marcos Rivero, al decir: desde la pers-

142 Hitler (s. f., p. 111).

143 Citado por: Díaz, Elías (1998, p. 75).

144 Citado por: Díaz, Elías (1998, p. 85).

145 Sobre la autopoiesis: Corsi/Esposito/Baraldi (1996, pp. 31-34). Señala Luigi Ferrajoli: "Niklas Luhmann (...) partiendo de una representación del estado como 'sistema' y de la sociedad como 'ambiente', postula la primacía del primero sobre la segunda, sometiendo el conjunto a una especie de ley biológica: la necesidad que tiene el sistema de dominar su ambiente modificándolo, simplificándolo y en todos los casos plegándolo a sus propias instancias funcionales, para sobrevivir y desarrollarse. En todos los casos, la pérdida de un punto de vista ético-político externo, independiente del jurídico o interno, se resuelve en la negación de la legitimidad o, cuando menos, de la relevancia de todo punto de vista autónomo del individuo y de los otros sujetos sociales y, consiguientemente, en una doctrina de la ausencia de límites al poder del estado". (Ferrajoli, 1995: p. 882).

146 Sobre ello indica Ferrajoli: "Para las doctrinas auto-poyéticas, el Estado es un fin y encarna valores ético-políticos de carácter supra-social y supra-individual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el derecho y los derechos" (Ferrajoli, 1995: p. 881).

pectiva epistemológica la teoría de los sistemas obliga (...) a replantearse la visión del derecho penal como un producto (de y para seres humanos)¹⁴⁷. Explica más adelante: Resulta claro que no son los seres humanos los que (re) producen el sistema jurídico penal. Más bien es el propio sistema jurídico penal el que (se) produce a sí mismo. Este sistema, al igual que cualquier sistema social, se compone única y exclusivamente de redes de comunicaciones especializadas sobre la base del binomio delito/sanción. Estas redes de comunicaciones (re) produce el conocimiento relativo a los delitos y las penas de manera recursiva, por 'computación de la computación'. Por eso es que los seres humanos, ni aisladamente ni de manera grupal, pueden considerarse autores del sistema de represión jurídico penal. El sistema penal nunca será un sistema de, por y para los seres humanos. Más bien es el producto de un sistema de comunicaciones especializadas en ganar y procesar información sobre los problemas que plantea la criminalidad. Así, a la pregunta relativa al quién y cómo produce el conocimiento penal, debe responderse diciendo que es el propio sistema jurídico penal el que, por medio del mecanismo de autopoiesis, lleva a cabo esta función. El sistema jurídico penal se crea y una vez creado, se recrea, recursivamente, en y por la creación de nuevos delitos y sanciones. Y es gracias al establecimiento de la diferencia delito/nodelito y punible/impune, que el derecho penal produce y gana información de su entorno¹⁴⁸.

Debe rechazarse también el funcionalismo de Günther Jakobs, que pretende fundarse en la teoría de los sistemas de Luhmann, aunque también re-

147 Rivero Sánchez, 2004, p. 250. Sin embargo, Juan Marcos Rivero recientemente ha señalado que el gobierno debe ser "de los seres humanos, por los seres humanos y para los seres humanos", indicando además que el Estado debe existir por el hombre y no a la inversa (Rivero Sánchez, 2005: p. 26- A). Señala Juan Antonio García Amado: "No es que en Luhmann los sujetos desaparezcan para dejar su lugar al autodespliegue de los sistemas. En realidad cada sistema será sujeto de sí mismo y para sí mismo. Lo que se esfuma es la idea del sujeto individual como centro de todo el sistema (...). La sociedad y sus subsistemas, según Luhmann, no se componen de individuos, sino de comunicaciones (...). Lo anterior no significa que la sociedad pudiera existir si no existieran individuos, en su doble dimensión, biológica y psicológica. Estos son un presupuesto necesario. Lo único que ocurre es que no forman parte como tales de la autorreferencialidad del sistema. Los individuos no forman parte de los sistemas sociales, sino de su medio, de su Umwelt. Ningún individuo pertenece por completo, como identidad total, a un sistema. Cada sistema funcional abarca bajo su perspectiva a todos los individuos, pero no en su integridad, sino sólo en la dimensión de su existencia que importa para cada sistema" (García Amado, 1997: pp. 154-156).

148 Rivero Sánchez (2004, pp. 256-257).

cibe una fuerte influencia de Hegel. Es importante anotar que Jakobs formula una concepción sociológica, influenciada por la teoría de los sistemas, que pretende describir como funciona el sistema social. La influencia sociológica proveniente de la teoría de los sistemas lleva a una concepción positivista, acrítica, desde la perspectiva político criminal. Así indica Jakobs: Si realmente la sociedad está inmersa en una tendencia hacia una disminución de los derechos de la libertad, esta tendencia no se dará exclusivamente en el Derecho penal, y de hecho cabe imaginar ciertas crisis en las que sólo una tendencia de este tipo puede ofrecer un ultimátum. La decisión acerca de si se trata de un proceso de criminalización excesivo o innecesario, o, por el contrario, de la necesaria defensa del núcleo puramente político, pero no jurídico penal¹⁴⁹.

Ello conduce a que su concepción pueda servir de justificación a cualquier régimen político, incluso uno de orden autoritario y hasta violatorio de las concepciones más elementales del principio de dignidad de la persona humana¹⁵⁰. Téngase en cuenta que el simple mandato de que hay que respetar a otro como persona no forma parte de las exigencias sistémicas. En este sentido dice Jakobs: La formulación clásica de Hegel, 'El mandato del Derecho es portanto: sé una persona y respeta a los demás' es perfectamente compatible con una perspectiva funcional, aunque si es posible adoptar otros puntos de vista distintos¹⁵¹.

El mismo Jakobs estima que su posición es conciliable con la existencia de esclavos en el período colonial, o bien con los "tiradores del muro de Berlín", los que deben quedar exentos de pena, por haber actuado conforme al sistema político y jurídico que existía en la Alemania Democrática. En este sentido manifiesta: ¿Está todo ser humano incluido en ese mandato (de tratar a los otros como personas). Por regla general, un esclavo no está incluido. El hecho de que un sistema social que hoy endiáparezca mínimamente aceptable no permite

149 Jakobs (1996, pp. 40-41).

150 Con respecto a las críticas hechas a Günther Jakobs por el autoritarismo de sus planteamientos, señalan Suárez y Cancio: "La afirmación de que el sistema que propone persigue algún oscuro fin político, no es más que una mera afirmación carente de cualquier apoyo en el análisis de la construcción dogmática propuesta por Jakobs. Pues su concepción precisamente pretende describir en un sistema normativo el funcionamiento de un determinado sistema de imputación, esto es, se trata de una concepción que quiere separar política criminal y dogmática penal". Suárez González/Cancio Meliá (1996, pp. 79-80).

151 Jakobs (1996, p. 39).

tal exclusión, no es razón para asignar artificialmente una prohibición de exclusión a todas las sociedades. No describe correctamente el Derecho romano clásico o el Derecho de ambas Américas en la época colonial quien declaran nulos los contratos de compraventa de esclavo y no describe correctamente el Derecho de la República Democrática Alemana quien afirma que los disparos contra fugitivos eran punibles dentro del sistema. Semire como semire, estos ordenamientos de hecho conciben exclusiones (...). Es evidente que esta cuestión y otras muchas más que se imponen como una avalancha, no pueden ser resueltas en el plano interno del Derecho Penal conforme al modelo social que el intérprete estima ideal: no se trata del Derecho penal de una sociedad deseable, sino del Derecho penal de aquella sociedad que ha generado el sistema jurídico¹⁵².

En definitiva con Jakobs se pierde el carácter antropológico del Derecho, llegando a ocupar un lugar esencial la autoconservación del sistema, partiendo de una concepción de persona que no concuerda con el principio de dignidad de la persona humana¹⁵³.

El principio de dignidad de la persona humana debe llevar a afirmar la autonomía de la voluntad de los seres humanos, rechazándose las concep-

152 Jakobs (1996, pp. 39-40).

153 Dice Jesús María Silva Sánchez: "En sus últimas publicaciones –alguna de ellas no traducida todavía al español, como un libro de prolegómenos del derecho del año 1997– se reflejan algunas ideas que me han impresionado, como la de hacer una filosofía sin filosofía, o un concepto de persona que no voy a decir que sea peligroso, pero que no comparto, pues prescinde por completo de la dimensión ontológica del ser humano que procede a una relativización absoluta de lo que es o no persona en función del modelo social (...). Me ha dejado perplejo una frase de este libro (...), según la cual en este modelo de sociedad basado en las relaciones económicas es persona quien produce, quien todavía no produce, pero (...) producirá, es persona quien ya no produce, pero produjo, manteniendo su condición de persona aunque sólo sea para estabilizar la expectativa de quien todavía está trabajando; pero quien ni produce, ni ha producido, ni producirá no es persona. Bueno, creo que este concepto de persona, que no me parece muy distante de algunos planteamientos de la ética moderna y que justifica por otra parte ciertas aproximaciones a fenómenos humanos, es una carga de profundidad contra el componente metafísico fundamental que, a mi juicio, hay en todo ser humano. Jakobs dice que no pretende legitimar nada, sino se limita a describir realidades, pero en el fondo la descripción de algo como existente por parte de un hegeliano –para quien todo lo real es racional por el solo hecho de serlo– efectivamente supone un factor de legitimación. En su sistema se explica muy bien que a un recién nacido con un síndrome determinado se le ponga una inyección letal y no pasa nada, ya que no va a ser más que una carga durante toda su vida (ni ha producido, ni produce ni producirá). Esto contradice frontalmente mi idea de lo que es una persona" (Silva Sánchez: 2000, p. 6).

ciones deterministas. Ese es precisamente uno de los postulados de los que parte la concepción de Immanuel Kant¹⁵⁴, ya que sin ello no podría entenderse su imperativo categórico, en cuanto parte del carácter de autolegisador que tiene el ser humano con respecto a su ética¹⁵⁵, al decir: obra sólo según unamáximalaquepuedasquereralmismotiempoquesetorneleyuniversal¹⁵⁶. Precisamente el imperativo categórico parte de la concepción del ser humano como un ser autónomo, de carácter racional, que lo lleva a diferenciarse de las cosas, debiendo actuar siempre del carácter de fin que tiene él mismo, al igual que los otros seres humanos. En este sentido señala Kant: El hombre, y engeneral,todoserracional,existecomofinensímismo,nosólocomomedio,para usoscualesquieradeestaoaquellavoluntad;debeentodassusacciones,nosólo las dirigidasasímismo,sinoladirigidasalosdemás seres humanos,ser considerado, siempre al mismo tiempo como fin¹⁵⁷.

Ello tiene consecuencias con respecto al Derecho Penal, ya que implica el rechazo del biologismo del positivismo criminológico, que partiendo de un determinismo biológico, niega el libre arbitrio¹⁵⁸. Sobre ello debe señalarse que la doctrina reconoce que no ha podido ser demostrada la autodeterminación de la persona humana, en la que se basa el principio de culpabilidad penal. Sin embargo, el reconocimiento del principio de dignidad de la persona humana debe llevar como un postulado fundamental a reconocer el carácter racional del ser humano y con ello la autodeterminación de la persona humana (libre albedrío), lo que conduce a admitir el principio de culpabilidad. Sobre ello es importantecitarlodichoporClausRoxin:Elprincipiodeculpabilidadcumpleuna importantefunciónliberal:impidequeelinteréscolectivoenimponeralreountratamientoresocializadorouninternamiento puramenteaseguratorio,sesuperpongaal interésindividualdelreo,condesconsideracióndesugradodeculpabilidad(...).Puede afirmarsequelapolémicaacercadelibrealbedrío esirrelevante para elDerechoPenal. Efectivamente correcto que ellibrealbedrío humanonoresultacomprobable desde el punto de vista de las ciencias naturales ni del de la teoría del conocimiento. Pero no

154 Cf. Frondizi (1977, pp. 79-83, 153-161); Rivero (2004, pp. 42-44).

155 Cf. Kant (1990, pp. 46-47).

156 Kant (1990, p. 39).

157 Kant (1990, p. 44).

158 Sobre la escuela positiva de la criminología: Agudelo Betancur (1991); Bustos Ramírez (1994, pp. 125-128); García-Pablos de Molina (1988, pp. 239-285); García-Pablos de Molina (1992, pp. 106-118); Kunz (1994, pp. 89-97); Ochs (1957); Schneider (1993, pp. 13-14). Sobre la influencia del positivismo criminológico en Latinoamérica: Baedeker (1984, pp. 251, 254-257); Blau (1951). Zaffaroni (1993, 171-176).

sóloeso, existen incluso razones para negar su existencia. Lo que ocurre es que nada de ello afecta al Derecho Penal pues éste no depende en absoluto del interrogante acerca de si las decisiones de los hombres resultan determinadas en todo o en parte por impulsos o condicionamientos externos, sino que sólo de la exigencia político-jurídica, ajena al problema ontológico, de si el Estado ha de tratar o no a sus ciudadanos como hombres libres, autónomos y responsables. Y no deberíamos renunciar a este postulado no sólo en el Derecho Penal, sino en todo el ordenamiento jurídico, pues encierra su fundamento en el principio y la garantía constitucionales de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad¹⁵⁹.

Precisamente los derechos humanos de la primera generación, que tienen sus correlativos derechos fundamentales, se basan en dicha autodeterminación y la negación de la misma conduciría a negarlos, lo mismo que a no establecer los límites al poder punitivo que implica el principio de culpabilidad¹⁶⁰, llegándose en definitiva a un Derecho de peligrosidad, de límites

159 Roxin (1989, pp. 58-58). La Sala Tercera en el voto 486-97 del 23-5-1997 dijo: "El fundamento del principio de culpabilidad radica, precisamente, en la capacidad del sujeto de escoger, actividad que depende también de lo que él pudo comprender para realizar esa escogencia. Por ello, el análisis jurídico del reproche debe tomar en cuenta esas condiciones personales por las cuales se pudo optar y seleccionar una conducta. Este basamento subjetivo de la culpabilidad es una conquista democrática, ya que un reproche sin subjetividad o reconocimiento de tales circunstancias sería negador de la persona humana y de su dignidad, y de ahí el portillo a la justificación de los reproches de un Estado totalitario, que bien podría encontrar sustento incluso a la puesta en marcha de una policía moral por la vía del derecho represivo. Nuestro Código Penal recoge, como ya se ha dicho, la estructura de un Estado democrático y republicano, que ya se encuentra claramente delineado en los artículos 1, 28 segundo párrafo y 39 de la Constitución Política, que integrados en nuestro sistema constitucional establecen los requisitos para una aplicación de un derecho penal que sepa determinar no sólo la realización de una determinada conducta, sino también de su contrariedad con el sistema y del reproche personal que deba realizarse". Véase también: Sala Tercera, votos 561-F-93 del 15-10-1993 y 166-F-93 del 16-4-1993.

160 Indica Wolfgang Schöne: "No hay que ocultar que la discusión internacional de vez en cuando habla de una 'crisis del principio de culpabilidad' por la dificultad de comprobar, sea generalmente, sea en un caso concreto, la capacidad de motivarse según una norma. Pero hay también que reconocer que las tendencias de reemplazar el Derecho Penal de culpabilidad por otros sistemas no han tenido éxito, porque en la realidad nadie quiere apartarse, por lo menos, de los resultados que conlleva el principio de culpabilidad. La razón es que, a pesar de todas las diferencias teóricas respecto a la fundamentación de la pena, nadie está dispuesto a renunciar al contenido garantizador del principio. Sea fundamento, sea límite de la pena, la culpabilidad como tal es indispensable. Esta afirmación se apoya también en la experiencia de que las penas aplicadas sin atención a la posibilidad de un reproche personal se consideran como injustas y que así se convierten en un argumento contra tal sistema y, a la larga, contra el Estado, a quien este sistema representa" (Schöne, 1992, p. 211).

bastante difusos, que ampliaría considerablemente las posibilidades del sistema penal de reducción de la libertad personal, como puede extraerse de los postulaciones del positivismo criminológico y del Derecho Penal de autor, postulado por la doctrina nacionalsocialista¹⁶¹.

El reconocimiento de la dignidad de la persona humana lleva a establecer límites al poder punitivo, en cuanto a que el Estado no puede imponer una determinada moral¹⁶², debiendo regirse por la tolerancia. Ello conduce a que debe regir el principio penal de lesividad¹⁶³.

Dentro de ello el Estado debe permitir el desarrollo libre de la personalidad, lo que lleva también a la protección de la intimidad, estableciendo límites a las intervenciones estatales en dicho ámbito, por ejemplo en relación con el domicilio, las comunicaciones orales privadas, la correspondencia, etc. Igualmente como consecuencia del principio de dignidad humana se ha reconocido el derecho a la autodeterminación informativa.

El principio de dignidad de la persona humana implica reconocer la personalidad jurídica de todos los seres humanos y el carácter de sujetos de derechos, con derechos y obligaciones. Ello tiene grandes consecuencias dentro del proceso penal, ya que significa reconocerle al imputado el carácter de sujeto de derecho, lo que exige que debe garantizarse su derecho de defensa y dentro de este el derecho de audiencia, de modo que pueda influir sobre el resultado final del proceso¹⁶⁴.

Por otro lado, como consecuencia del principio de dignidad de la persona humana se debe garantizar el derecho de abstención de declarar, de modo que no puede ser compelido a aportar prueba en su contra¹⁶⁵. Ello lleva también a la proscripción de toda forma de tortura y malos tratos¹⁶⁶, careciendo de todo valor la declaración recibida en esta forma, lo mismo que la prueba que sea obtenida como consecuencia de dicha declaración. La tortura y los malos tratos constituyen violaciones extremas del principio de dignidad de

161 Sobre la doctrina penal nacionalsocialista: Hartl, Benedikt (2000); Telp (1999).

162 Cf. Llobet Rodríguez (2005, N°. 3.6).

163 Sobre ello: Llobet Rodríguez (2005, N°. 3.5).

164 Con respecto a que del principio de dignidad de la persona humana se extrae el derecho de audiencia: Maunz /Zippelius (1991, Par. 23 I, pp. 179 y 181); Pieroth/Schlink (1990, N°. 409, p. 90); Benda (1996, p. 127); Starck (1981, p. 459).

165 Cf. Benda (1996, p. 127).

166 Cf. Starck (1981, p. 459).

la persona humana. También se ha llegado a considerar que el uso de sueros de la verdad y detectores de mentiras constituye una degradación de la dignidad humana y deben ser proscritos¹⁶⁷.

Importante en relación con el Derecho Penal sustantivo es que se prohíben las penas crueles o desproporcionadas¹⁶⁸, lo mismo que la prisión perpetua y la pena de muerte¹⁶⁹.

El principio de dignidad de la persona humana lleva también al necesario respeto del principio de proporcionalidad en la actuación estatal¹⁷⁰. Es importante tomar en cuenta que el principio de proporcionalidad es expresión de la justicia material y traza los límites de cuando una acción estatal no debe ser tolerada por el administrado, aunque formalmente esté autorizada. Se requiere el respeto de la necesidad, que manda a que se actúe conforme al principio de ultima ratio, de modo que se escoja entre todas las intervenciones posibles e idóneas para obtener el fin perseguido, la menos gravosa para el administrado. Se necesita además que la injerencia estatal sea idónea

167 Cf. Starck (1981, p. 459). Señaló la Sala Tercera en el voto 226-2002 del 8-3-2002: "Cualquier manifestación que se produzca, inobservándose las formalidades previstas en el ordenamiento jurídico, sin importar la autoridad ante la cual se presente (v.gr. el Ministerio Público o el Juez), sería absolutamente nula, pues "el fundamento de la protección constitucional –cuya inobservancia aquí se acusa– es el garantizar que las declaraciones emitidas por el imputado se produzcan en absoluta libertad y espontaneidad, tanto en lo relativo a su efectiva realización, como en lo referido a su contenido, persiguiéndose con ello una triple finalidad: 1) excluir cualquier método de interrogatorio que se oponga al respeto que merece la dignidad humana del imputado; 2) erradicar cualquier método que se oponga a la dignidad del Estado democrático (como cuando se prefiere forzar la confesión antes de seguir investigando por vías más complejas y difíciles), y; 3) evitar que se ponga en peligro la misma seguridad exigible en la determinación de los hechos en tanto que, tales métodos conllevan un riesgo elevado de asumir declaraciones falsas. De ahí que se prohíban los métodos de interrogatorio que influyen psíquicamente en el sujeto y que afectan su voluntad, facultad de comprensión o memoria (por ej., el uso de preguntas capciosas o sugestivas; la coacción o amenaza; el engaño al procesado o la promesa de ventajas no previstas legalmente); o los métodos que inciden físicamente en el sujeto y que afectan a su voluntad en sentido amplio (por. ej., la tortura o la provocación de fatiga o cansancio en el interrogado que le conduzca a perder el dominio sobre sí mismo declarando en contra de su voluntad); o los métodos de carácter técnico, químico o psiquiátrico que afectan la voluntad del sujeto (por ej., los narcóticos, el alcohol, la hipnosis, el polígrafo de Keller o detector de mentiras, el pentotal sódico o suero de la verdad, etc."

168 Cf. Starck (1981, p. 459).

169 Llobet Rodríguez (2005, N.º. 3.13); Ferrajoli (1995, p. 387); Calamandrei (1974, p. 71).

170 Cf. Bleckmann (1994, pp. 177-178); Llobet Rodríguez (1999, p. 225).

o adecuada para la obtención del fin que se persigue y además se necesita que se realice un balance entre el interés estatal y el grado de injerencia en los derechos del administrado, de modo que no pueda considerarse la acción estatal como injusta o arbitraria. Lo que no permite el principio de dignidad de la persona humana es que se trata a la persona como un mero objeto o medio del interés de la colectividad, pero no que se restrinjan dentro de cierto margen razonable los derechos de la persona, tomando en cuenta las necesidades de la vida en sociedad, respetándose un núcleo básico del derecho y el principio de proporcionalidad, lo mismo que la autorización legal.

Debe agregarse que el principio de dignidad humana tiene relación también con la presunción de inocencia¹⁷¹. Así se violaría el primero de los principios indicados si se convirtiera a un imputado en un chivo expiatorio de la sociedad, penándolo a pesar de que no se le hubiera demostrado la culpabilidad.

En los últimos años ha existido también una preocupación por la regulación de los derechos humanos de las víctimas, principalmente tratando de evitar una segunda victimización, dotando a la víctima de derechos de participación en el proceso penal¹⁷². Ello se reflejó en la declaración de principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos de abuso del poder del 29 de noviembre de 1985, aprobada por la Asamblea General de la ONU. En el mismo sistema interamericano de derechos humanos se nota la preocupación por las víctimas, en particular por las víctimas de violaciones a los derechos humanos, resaltándose el derecho de las víctimas a que se lleve a cabo una investigación seria de los delitos, lo mismo que el derecho a la reparación del daño sufrida por ellas. En el sistema interamericano, incluso la mayoría de las resoluciones de la Corte Interamericana tienen relación con un derecho de las víctimas en ese sentido, empezando con la sentencia del 29 de julio de 1988, dictada en el caso Velásquez Rodríguez. Desde esta perspectiva se ha afirmado no solamente el derecho de los imputados al debido proceso, sino también el derecho al mismo de las víctimas. Sobre ello es importante citar lo dicho en la sentencia de la Corte Interamericana del 24 de enero de 1998, ello en el caso Blake, en donde se señaló que el

171 Cf. Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE 74, 358 (371); Elibol (1965, p. 64); Linß (1991, pp. 31-33); Marxen (1980, p. 373); Sax (1959, p. 987); Schorn (1963, p. 63); Llobet Rodríguez (1995, pp. 40-41). Un estudio del principio de presunción de inocencia como derivado del principio de dignidad de la persona humana en: Köster (1979, pp. 140-146).

172 Cf. Llobet Rodríguez (2003, pp. 345-376).

artículo 8.1 de la Convención comprenda también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales. Se dijo más adelante que dicho artículo: confiere a los familiares del señor N. B. el derecho a que su desaparición y muerte sean efectivamente investigadas por las autoridades de Guatemala; a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; a que en sus casos se impongan las sanciones pertinentes, y a que se indemnicen los daños y perjuicios que han sufrido dichos familiares¹⁷³.

El principio de dignidad de la persona humana se refleja en la justicia penal en el trato que debe darse a todos los sujetos que intervienen en el proceso penal. Exige por ello un trato respetuoso y humano, a imputados, víctimas, testigos, peritos, fiscales y abogados. La Sala Tercera en el voto 1088-98 del 13 de noviembre de 1998 al respecto dijo:

Es válido recordar que en virtud del principio de dignidad de la persona humana, en su labor de interpretación del tipo penal el Juzgador debe guardar respeto y consideración para todos los intervinientes en el proceso, de ahí que consideraciones tales, como que: ‘... ella no se portaba bien, no vivía con decencia y muchos (sic) se trataba de la mujer honorable y recatada...’ (...) o que poseía: ‘... baja estima y carencia de condición moral, mujer sin recato ni pura ...’; y además: ‘... escasa calidad moral tenía ...’ (...), deben suprimirse del marco fáctico, pues resultan ajenas al examen jurídico pertinente. Por otra parte, tanto ante este, como ante cualquier otro delito de índole sexual, el Tribunal debe apreciar con suma prudencia las deposiciones de las partes, de forma que evite insertar en el texto sentenciador, frases que lejos de contribuir a solucionar el conflicto, puedan más bien exacerbarlo.

La Sala Tercera en el voto 397-F-96 del primero de agosto de 1996 ya había dicho:

Debe recordarse que los funcionarios judiciales no son más que simples depositarios de la autoridad, que no pueden arrogarse la facultad de faltar al respeto que merece el procesado en su condición de ser humano con derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su

173 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 24 de enero de 1998 (caso Blake), N.º 97.

dignidad (cfr. artículos 11 y 33 de la Constitución Política, y 11.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Con mayor precisión se ha señalado por normativa jurídica internacional que ‘En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas’ (Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979, Resolución 34/169 Naciones Unidas).

No debe perderse de consideración que la Administración de Justicia es un servicio público, que se debe en definitiva a las personas de carne y hueso, lo que debe llevar a eliminar la despersonalización de la justicia¹⁷⁴. Dentro de ello tiene por supuesto una gran relevancia la regulación del juicio oral y público, en donde queda reflejada la existencia de un drama humano, en el que se resuelve la suerte del imputado, implicándole graves consecuencias, estando además de por medio otros sujetos, como la víctima, la que debe ser tratada también dignamente, dándosele participación y evitando ante todo que sufra una segunda victimización.

Por otro lado, el principio de dignidad de la persona humana requiere que el lenguaje utilizado en el transcurso del proceso, sea entendible para los sujetos que intervienen en el mismo, de modo que no sea un diálogo sólo entre juristas, sino entendible para el imputado, la víctima, los testigos y el público. Debe evitarse lo denunciado por Juan Marcos Rivero: Con razón se ha hablado repetidamente del carácter antidemocrático de la terminología jurídica, en cuanto deja a las personas comunes a merced de los juristas, esto es, sin posibilidad real de comprender lo que se hace en el proceso ni de intervenir efectivamente en él¹⁷⁵.

174 Señala Juan Marcos Rivero: “Humanizar en sentido estricto significa crear una justicia con rostro humano. Con ello se pretende dar una respuesta al problema de la conformación del proceso y en general de la actividad judicial como una enorme, anónima, despersonalizada, extraña, lejana, fría, burocrática y deshumanizada maquinaria, cuya manera de ser y funcionamiento escapa a la inteligencia y comprensión del hombre común y entierra su confianza en el aparato judicial. El elevado tecnicismo y abstracción del lenguaje jurídico, el excesivo formalismo y la enorme duración de los litigios, convierten al proceso en un laberinto intimidatorio, que se asemeja, por lo desconcertante, al proceso Kafkiano” (Rivero Sánchez, 1998: p. 64).

175 Rivero Sánchez (1998, pp. 66-67).

1.3.3. Dignidad humana y lucha en contra de la delincuencia

Con frecuencia se llega a afirmar que los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales operan en definitiva en protección de los delincuentes, dejando desvalidos a los que no lo son. Se ha podido así leer en nuestros diarios: Ya es hora de que los defensores de los sonados derechos humanos se pregunten dónde están los derechos de los asaltados, apuñalados, violados y asesinados¹⁷⁶.

Es frecuente que se proteste ante ello, indicándose que existe un exceso de garantismo a favor del imputado, dejándose desprotegidas a las víctimas. Así se ha dicho en Costa Rica que hoy detener a un delincuente no es difícil, lo que resulta casi imposible es dejarlo encarcelado por mucho tiempo¹⁷⁷. Se agrega que 'es palabra' justicia poco a poco pierde significado. Lo cotidiano tiende a ser impunidad. Asaltantes, criminales y estafadores retornan a la calle pocas horas después de su detención y aparte de la queja popular no ocurre nada¹⁷⁸. En resumen se ha criticado que cuando las autoridades han logrado atrapar a alguno de esos bandidos, incluso con las manos en la masa... invariablemente, en seguida aparece un juez en un instante, interpretando con fanática pulcritud cualquier oscuro recoveco del procedimiento, lo pone en la calle, libre como el viento. Por ejemplo, la interpretación del sano precepto jurídico 'in dubio pro reo' ha llegado a tal paroxismo que la ley termina protegiendo a los delincuentes y dejando indefenso a los ciudadanos honrados¹⁷⁹.

En definitiva la crítica al no dictado de la prisión preventiva o a la concesión de la excarcelación, se traduce en una crítica a la presunción de inocencia¹⁸⁰. Se señala al respecto que los tribunales garantizan la impunidad de los delincuentes¹⁸¹. Como un resumen, es importante citar las argumentaciones

176 Opinión de M. K. R. La Nación, 28 de setiembre de 1993, p. 18 A. Sobre esta opinión véase: Llobet Rodríguez (1998, p. 47).

177 Opinión de R. G. E., La República, 24 de abril de 1994, p. 15 A.

178 Opinión de A. M., La Nación, 11 de junio de 1993.

179 Editorial de la Prensa Libre, 16 de enero de 1995. En sentido similar: La República, 22 de setiembre de 1993, p. 20 A: "Es hora que no sólo se piense en los derechos de los delincuentes. La gente honrada tiene derechos y alguien debe defenderlos".

180 Véase la opinión de E. S. P. en La Nación del 3 de febrero de 1995, p. 14 A y la del Editorial de la Prensa Libre del 16 de enero de 1995.

181 Diario Extra, 24 de setiembre de 1993, p. 2; La Nación, 3 de febrero de 1995, p. 14 A: "derecho a la impunidad".

que dio hace unos años un diputado costarricense al abogar por un proyecto por medio del cual se extendiera el dictado de la prisión preventiva. Así dijo que se garantizaría a la ciudadanía que no habrá ladrones, violadores y asesinos en las calles, porque es obligación del Estado tener los instrumentos de respuesta para poder defenderse, se rechaza que al eliminar la excarcelación se estén violentando derechos, porque los que se deben asegurar son los de la gente honesta... Agregó que no hay que preocuparse de los sinvergüenzas, sino que son los no delinquentes y no los delinquentes, los que están guardados y acosados y son asesinados. Dijo que las medidas propuestas son fuertes, pero necesarias para frenar la delincuencia que tiene atemorizada a la población en general. Si el delito es reflejo del deterioro de la situación socioeconómica..., ello nos significa que (se debía)... esperar a mejorar para que los índices de delincuencia empiecen a reducirse¹⁸².

Se trata de argumentaciones que en forma similar han sido sostenidas por los adversarios de la reforma procesal en Centroamérica. Así en las discusiones con respecto a la aprobación de un Código Procesal Penal de El Salvador, se dijo por José Homero Cabrera Díaz en un artículo en un periódico el 30 de setiembre de 1992: El sistema penal y procesal penal está más orientado a proteger al delincente y a desproteger a la víctima. 'Todavía, más al autor de acciones punibles, le acompaña siempre la presunción de inocencia, un defensor público de oficio, etc. Contrariamente, al sujeto pasivo o víctima de tales acciones punibles, le acompaña casi siempre un tímido acusador particular...'. 'No hace falta reiterar una inexplicable teoría proteccionista del delincente, pues muchos 'sabios del derecho moderno', transitan, pretendiendo convertirse en imputado a la propia víctima, aunque se trate de los más repugnantes delitos¹⁸³.

En un sentido similar Roberto Antonio Mendoza Jérez criticó el proyecto de Código Procesal Penal que existía en ese entonces, señalando en la Prensa el 9 de octubre de 1992 que las reformas tendían a favorecer únicamente al imputado, olvidándose de las víctimas. Agregó: Además (...) existen ante la Asamblea Legislativa otros proyectos de reforma orientadas a suprimir la confesión extrajudicial y las presunciones de culpabilidad, así como reducir el término de la detención administrativa a un plazo de 24 horas y como máximo 48 horas. Indicó que esas reformas eran inconvenientes en El Salvador, debido a que el mismo venía saliendo de un conflicto armado. Dijo que: Es necesario también tomar muy en cuenta la situación de las personas ofendidas por el delito, por ejemplo, los

182 La República del 20 de noviembre de 1994, p. 10 A.

183 Citado por: Trejo/Serrano/Rodríguez/Campos Ventura (1994, p. 66).

padre a quienes se les viola una hija, la esposa y los hijos a quienes se les mata su cónyuge o padre, la persona que es asaltada y lesionada, la familia a quien se le despoja de sus haberes, etc.¹⁸⁴.

Un artículo periodístico publicado en El Salvador el 28 de octubre de 1992 señaló: Si un policía se extralimita con un vulgar y peligroso ladrón todo el mundo protesta. Pero cuando el ladrón es quien agrede a un ciudadano honrado nadie abre su boca por temor al delincuente. Los derechos de protección parecen ser ahora propiedad exclusiva del criminal, del asaltante, del narco o del psicópata sexual¹⁸⁵.

Sobre ello señala Héctor Faúndez Ledezma: Sugerir que el Derecho de los Derechos Humanos es un conjunto de garantías del delincuente, para que sea senta seguro y pueda actuar impunemente, más que una tergiversación abusiva del lenguaje y las instituciones, es una insensatez. La función del Derecho de los Derechos Humanos es servir de estatuto del hombre libre, para que toda persona sea tratada con el respeto inherente a su dignidad; con tal fin, se ha dispuesto que los agentes del Estado no pueden ser la excepción en lo que concierne al imperio del Derecho, y que éstos no pueden ejercer el poder en forma ilimitada, con plenos desprecios de los ciudadanos que están llamados a servir y de los principios y valores que sirven de fundamento a la vida en comunidad. En correspondencia con lo anterior, insinuar que quienes luchan por el imperio de la ley y la vigencia del Estado de Derecho están defendiendo al delincuente es un argumento maniqueo e inmoral, que intenta escamotear la verdad y desvirtuar el papel que le corresponde al Estado en una sociedad democrática, pretendiendo presentarse como legítimo el que –parafraseando a George Bernard Shaw– los misioneros se comen a los caníbales. Sin duda que los bienes jurídicos involucrados pueden ser los mismos y que, desde el punto de vista ético, pudieran sostenerse que en cualquier caso se han violado los derechos humanos. Pero, sin perjuicio de la responsabilidad penal del delincuente, la responsabilidad jurídica y política por el respeto de los derechos humanos corresponde solamente al Estado, en cuanto garante de los mismos, y en cuanto ente del que tenemos derecho a esperar un comportamiento digno y decente¹⁸⁶.

Lo indicado por dicho autor debe ser apoyado. Debe reconocerse que existe un derecho de toda persona de ser protegido por el Estado frente a las acciones de terceras personas que perturben su vida, integridad física o sus derechos. Por ejemplo, el derecho a la vida supone en primer lugar la

184 Citado por: Trejo/Serrano/Rodríguez/Campos Ventura (1994, p. 67).

185 Citado por: Trejo/Serrano/Rodríguez/Campos Ventura (1994, p. 72).

186 Faúndez Ledezma (1999, p. 35).

obligación del Estado de no lesionar ese derecho, pero también su deber de adoptar medidas tendientes a evitar su lesión¹⁸⁷. En ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado el deber estatal de prevención de las violaciones de los derechos humanos realizadas por los agentes estatales, como también de prevenir las violaciones de derechos realizadas como agentes no estatales, de modo que frente a una ausencia de prevención puede existir responsabilidad estatal. Por otro lado, existe también un deber estatal de emprender una investigación seria destinada a la sanción de los sujetos responsables. La omisión de esos deberes provoca una responsabilidad estatal. Sin embargo, no debe olvidarse que la protección otorgada por el Estado debe realizarse dentro del margen de respeto de los derechos humanos, asumidos por el ordenamiento jurídico costarricense como derechos fundamentales. Es importante anotar que, como se dijo, en definitiva todos los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales emanan del principio de dignidad de la persona humana, llegándose a la conclusión de que todo ser humano es un fin en sí mismo, no pudiendo ser un mero objeto del interés de la colectividad o del Estado. En este sentido indica Luigi Ferrajoli: No puede castigarse a un ciudadano porque ello responda al interés de la mayoría. Ninguna mayoría por más aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de un solo ciudadano. Y ningún consenso político, del parlamento, la prensa, los partidos o la opinión pública puede suplantar la falta de prueba de una hipótesis acusatoria. En un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad ni el interés general ni ningún otro principio de autoridad pueden hacer verdadero lo falso, o viceversa¹⁸⁸. Precisamente la base de la legitimación de un Estado de Derecho es que incluso a aquellos a los que se les acusa de haber quebrantado los derechos de otros o se les ha condenado por ello, debe respetarse sus derechos. Caso contrario, el Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, no podría argumentar ninguna moral superior sobre los delincuentes¹⁸⁹, puesto que se habría puesto al nivel de ellos, a lo que se hará mención luego al tratarse el derecho penal del enemigo.

187 Indican José María Rico y Luis Salas que la necesidad de seguridad ha sido siempre uno de los principales resortes de la vida social garantizada. Garantizar la seguridad de los miembros de la comunidad –agregan– ha constituido en cualquier época la razón de ser, la justificación e incluso la legitimación del poder ejercido por los gobernantes. Rico/Salas (1988, p. 13).

188 Ferrajoli (1995, p. 544). Sobre ello véase: Llobet Rodríguez (1997, pp. 155-162).

189 Ferrajoli (1995, p. 396).

En relación con el respeto a los derechos humanos es importante lo indicado por la Corte Interamericana en sentencia del 29 de julio de 1988, correspondiente al caso Velásquez Rodríguez, en la que dijo:

154. Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana¹⁹⁰.

Debe resaltarse además que la Sala Constitucional costarricense ha dicho en diversas resoluciones que el imputado y el condenado son sujetos de derechos, debiendo respetar su dignidad¹⁹¹. Así en voto 1261-90 indicó:

En una democracia, el delincuente no deja, por el solo hecho de haber sido condenado, de ser sujeto de derechos, algunos se le restringen como consecuencia de la condenatoria, pero debe permitírsele ejercer todos los demás. Al imputado –contra quien se sigue una causa penal y en consecuencia no ha sido condenado– y aún al delincuente no se les puede constituir en una mera categoría legal, calificado según los tipos penales, debe reconocérsele como sujeto de derechos.

A ello hace mención expresa la Constitución Política de Honduras, tal y como se señaló, en cuanto indica en su artículo 68:

“(...) Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Con respecto al respeto de los derechos humanos por la justicia penal debe anotarse que se critica por algunos que el proceso penal garantiza demasiado los derechos de los imputados. Pero precisamente el proceso penal trata de que

190 Igual: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 20 de enero de 1989, relativa al caso Godínez Cruz, N.º. 162.

191 Sobre ello: Mora Mora/Navarro Solano (1995, pp. 155-163).

la persecución penal se desarrolle dentro del respeto de los derechos del imputado¹⁹². Como se dijo en el tomo primero de esta obra: Frente al poderío del Estado, capaz de encarcelar por largo espacio de tiempo a las personas que habitan en él, deben establecerse mecanismos de garantía de que se respetará el debido proceso cuando se disponga el encarcelamiento, y se apegue al cumplimiento de una pena privativa de libertad. Igualmente debe garantizarse el derecho con respecto a aquellos que permanecen en libertad durante su juzgamiento. Si no fuera así estaríamos no ante el juzgamiento de delitos, sino ante una mera represión policial, con las arbitrariedades a lo que lleva esto, como lo demuestra la historia universal más reciente. Porello, no es de extrañar que dentro de las declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos ocupe un lugar importante la regulación de los derechos del imputado¹⁹³.

En el voto razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia sobre el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 18 de junio de 2005, se dijo con respecto al respeto al debido proceso en el combate de la delincuencia:

6. Parece natural que abunden los asuntos en torno al debido proceso en el panorama de las transgresiones a los derechos humanos. En el despacho de la justicia penal –o de la injusticia penal– existe un amplio contingente de violencias sólo comparables, acaso, con las consumadas por los delincuentes: existe un curso paralelo entre la historia del crimen y la de las reacciones ideadas para combatirlo, generalmente bajo el nombre de justicia penal. Es en aquel espacio, que siempre se ha querido legitimar y a menudo no se ha acertado siquiera a legalizar, que se desarrolla el más dramático encuentro –como he recordado en diversas ocasiones– entre el Estado investido con todo el poder y el individuo desvalido de méritos y defensas, salvo las que pueda proveerle la benevolencia del poderoso, primero, y el desarrollo del Derecho, más tarde.

7. El desbordamiento de la represión ocurre con mayor facilidad aquí que en otros espacios del quehacer público, porque aquélla se vuelca sobre quien ha sido titulado como ‘enemigo social’: el delincuente que lesiona bienes individuales y colectivos muy apreciados –de ahí la condición precisamente delictuosa, y no simplemente ilícita, de la conducta

192 En este sentido dice Daniel González Álvarez: “Sin garantías no hay proceso, es más un proceso es eso: una garantía, es decir, no tiene sentido pensar en que a un sujeto, lo vamos a someter a proceso, si no es en función de una garantía” (González Álvarez: 1994, p. 19).

193 Llobet Rodríguez (2005a, p. 26).

que realiza– y con ello pone en riesgo la existencia de la sociedad. Es, pues, un adversario social mayor; un enemigo inclusive. Difícilmente habría destinatario más natural y vulnerable de la acción estatal. Esto explica el desempeño de las persecuciones y los castigos, su fenomenología, sus características, sus consecuencias, y la lenta aparición de los medios de tutela del individuo que se enfrenta al Estado a título de inculpado, y que puede ser culpable, en efecto, pero también puede ser inocente de los cargos que se le hacen, y en todo caso es un ser humano.

8. En el ejercicio de la civilización se ha llegado a conciliar la necesidad imperiosa de que el Estado provea seguridad a la sociedad –provisión que constituye una de las razones de ser del Estado, entre las más radicales y necesarias– y la exigencia ética y hoy jurídica de que lo haga sin lesionar la dignidad humana ni prejuzgar sobre la responsabilidad que está sujeta a juicio. De esta complicada conciliación –ámbito natural para la construcción y preservación del Estado de Derecho–, que garantiza la libertad de todos, no sólo la seguridad del inculpado, surge el debido proceso legal en sus diversas vertientes, la penal a la cabeza, y con ella se disipa lo que de otra suerte pudiera plantearse como dilema: seguridad o justicia, paz o derecho. En la era del garantismo, el debido proceso que conduce al esclarecimiento de los hechos y a la sentencia justa –debido proceso que sirve, pues, al acceso formal y material a la justicia– es prenda de aquella conciliación y del frágil equilibrio en el que se instala.

9. Cuando crece la criminalidad, impulsada por numerosos factores que rara vez considera el político –salvo que se trate de un político acostumbrado a mirar a través de las apariencias y a actuar más allá de los síntomas–, la persecución se extrema. Es explicable que así ocurra. Ante la desesperación social, pronto convertida en exasperación, vuelve a la escena el conflicto entre due process y crime control, una dialéctica que hoy se agita a lo largo y ancho del proceso penal, como ha observado Mireille Delmas-Marty por lo que toca a Europa, y que ciertamente encuentra múltiples manifestaciones en otros países asediados por la criminalidad tradicional y la delincuencia evolucionada, que los esfuerzos públicos no alcanzan a prevenir, enfrentar y reducir con éxito.

Agregó:

14. “La ausencia o el desconocimiento de esos derechos destruyen el debido proceso y no pueden ser subsanados con la pretensión de acre-

dictar que a pesar de no existir garantías de enjuiciamiento debido ha sido justa la sentencia que dicta el tribunal al cabo de un procedimiento penal irregular. Considerar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que 'el fin justifica los medios' y la licitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento. Hoy día se ha invertido la fórmula: 'la legitimidad de los medios justifica el fin alcanzado'; en otros términos, sólo es posible arribar a una sentencia justa, que acredite la justicia de una sociedad democrática, cuando han sido lícitos los medios (procesales) utilizados para dictarla."

1.3.4. Dignidad humana versus Derecho Penal y Procesal Penal del enemigo

El Derecho Penal nacionalsocialista era un Derecho Penal del enemigo, pretendiendo en definitiva la aniquilación de las personas que catalogaba como indeseables para el régimen, opositores y delincuentes¹⁹⁴.

Hoy día Günther Jakobs, dentro de la concepción del funcionalismo penal extremo¹⁹⁵, hace referencia a un Derecho Penal del enemigo, catalogando como enemigos a los que en forma no incidental, sino presuntamente duradera, han abandonado el Derecho. Con ello llega a distinguir entre dos Derechos Penales, el Derecho Penal del enemigo y el Derecho Penal jurídico estatal interno, señalando que aun no se ha indagado en absoluto la cuestión de si aquel se revela como Derecho¹⁹⁶. Dice que en el Derecho Penal del

194 Con respecto a ello señala Ebenstein como característica del fascismo, dentro del cual ubica el nacionalsocialismo: "El punto de vista fascista es que la política está caracterizada por la relación amigo-enemigo. La política empieza y termina, según la forma de pensar fascista con la posibilidad de un enemigo y su total aniquilación". Ebenstein (1975, p. 199). Es importante anotar que la concepción amigo-enemigo fue formulada por Carl Schmitt. Sin embargo, debe decirse que independientemente de ello, el nacionalsocialismo en general utilizaba la referencia al "enemigo de la comunidad", que había que aniquilar. Véase por ejemplo la terminología que se utilizaba en el Proyecto de Ley sobre el tratamiento de extraños a la comunidad en su versión del 17 de marzo de 1944 (Art. 3, Par. 6). Consúltese el texto en: Muñoz Conde (2003, pp. 194-195).

195 Sobre el funcionalismo extremo: Llobet Rodríguez (2002b, pp. 173-193).

196 Cf. Jakobs (2000, pp. 29-35); Jakobs (2000a, pp. 47-56); Jakobs (2003, pp. 57-59); Jakobs (2003a, pp. 19-56).

enemigo se llega a adelantar la punibilidad, combatiendo con penas más severas y limitando las garantías procesales. Indica que para la mayoría de los ciudadanos la supervivencia individual está por encima de la juridicidad; sino, no habría dictaduras—el que escape a morir, no puede ser obligado por la fuerza—¹⁹⁷. Agrega que el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el derecho penal pasa a ser una reacción de la sociedad ante el hecho de unodesus miembros a ser reacción contra un enemigo¹⁹⁸.

En la Latinoamérica actual no es infrecuente no sólo que se proceda por las vías de hecho en contra de las personas catalogadas como delincuentes, tal y como se indicó antes, sino también que se pretenda que el control social formalizado abandone las garantías del Derecho Penal sustantivo y Derecho Procesal Penal, ello como parte de una guerra que se dice se libra en contra de la delincuencia, conforme a una concepción de Derecho Penal del enemigo¹⁹⁹. Se dice que el Derecho debe ocuparse de los derechos de las víctimas y no de los derechos de los delincuentes. Se reclama así el aumento draconiano de las penas, el establecimiento de la pena de muerte y que se abandonen las garantías procesales. Se indica que el respeto de los derechos de los imputados es un obstáculo para el combate de los delitos violentos, los delitos sexuales, el terrorismo y la delincuencia organizada. Como consecuencia de ello se exige la aprobación de leyes represivas no sólo en la materia penal, sino también en la procesal penal. Se pretende también un endurecimiento de la forma en que los tribunales aplican el derecho, de modo que se les exige penas altas y que no absuelvan al imputado con base en “legalismos”. Por ello existe un sobresalto a nivel de la opinión pública cuando se absuelve por los tribunales a un imputado que había “confesado”, ante la presión psicológica o física de la policía²⁰⁰. Debe recordarse, por otro lado, que ello

197 Jakobs (2000, p. 30).

198 Jakobs (2000, p. 30).

199 En este sentido dicen Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar: “Buena parte de la comunicación masiva y de los operadores del sistema penal tratan de proyectar el poder punitivo como una guerra a los delincuentes”. Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2005, p. 17. Señala Kai Ambos, con razón, que la concepción del Derecho Penal del enemigo, formulada por Jakobs, es particularmente preocupante en cuanto pueda servir de legitimación teórica a futuros regímenes injustos. Señala que debe pensarse al respecto en la propagación masiva de las tesis de Jakobs en Latinoamérica: Ambos, Kai (2005, pp. 56-57); Ambos, Kai (2002, pp. 62-63).

200 Una crítica a ello en: Llobet Rodríguez (1998, pp. 43-54).

tiene como antecedente la llamada “Doctrina de la Seguridad Nacional”, con la que las dictaduras latinoamericanas trataron de justificar la práctica de la tortura y las desapariciones forzadas, decía que ello era necesario, ya que se estaba en una guerra en contra de la subversión²⁰¹.

A nivel internacional debe indicarse que sucesos como el de los atentados a las Torres Gemelas el 11 de setiembre de 2001, han llevado a defender un Derecho Penal del enemigo, ello al partir de que los terroristas son enemigos de la humanidad. Se ha llegado por algunos a defender que la protección de los derechos humanos se encuentra en contradicción con el efectivo combate del terrorismo, por lo que se ha llegado incluso a decir que el peligro del terrorismo justifica la limitación o la suspensión de los derechos humanos. Así en los Estados Unidos se ha puesto en discusión la misma prohibición de la tortura²⁰².

Günther Jakobs ha desarrollado recientemente, con ocasión del 11 de setiembre de 2001, las ideas que había formulado antes sobre el Derecho Penal del enemigo. Pone como ejemplo de dicho Derecho la custodia de seguridad, como medida de seguridad. Indica además que en diversos ámbitos se aprecia una tendencia del legislador a disminuir la disposición a tratar al delincuente como persona, por ejemplo en la lucha en contra de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de “delitos sexuales y otras infracciones peligrosas”, pretendiendo combatir a los individuos por su actitud, adelantando la punición a la mera conspiración para delinquir. Señala que quien no admite ser obligado a entrar en los beneficios de la ciu-

201 Zaffaroni/Alagia/Slokar (2005, p. 18). Sobre la relación entre la “Doctrina de la Seguridad Nacional” y la “Doctrina de la Seguridad Ciudadana” véase la misma página citada de estos autores. Consúltese además: Zaffaroni (1992, pp. 173-189).

202 Sobre ello: Amnesty Internacional (2002, p. 80). Michael Walzer llega a justificar “medidas extremas” o “manos sucias”, en contra de los terroristas cuando existe la amenaza inminente de la extinción política y física. Cf. Walter (2004, pp. 65, 73-74). Indica que la represión y las represalias no deben repetir los males del terrorismo, lo que significa que éstas deben dirigirse contra los propios terroristas, nunca contra las personas en nombre de las cuales los terroristas afirman actuar. Cf. Walter (2004, p. 79). Sin embargo, admite que en situaciones extremas pueden llegar a estar justificadas las muertes de inocentes, cuando está en juego la extinción de la comunidad. Llega, por ejemplo, a justificar los bombardeos británicos a ciudades alemanas en 1940 y 1941, aunque no con posterioridad, ya que estaba claro que Alemania no podía ganar la guerra. Cf. Walter (2004, pp. 65-66). Indica que bien entendida la emergencia suprema consolida la normalidad de los derechos, garantizándoles la posesión de la mayor parte, con diferencia del mundo moral. Cf. Walter (2004, p. 69).

dadanía, no puede participar de los beneficios del concepto de persona. Dice: Aquientodoestolesigapareciendodemasiadooscurosele puede ofrecer un esclarecimiento cual rayo mediante una referencia a los hechos del 11 de septiembre de 2001. Lo que aúnesobreentienderespectodeldelincuente de carácter cotidiano, es decir, no tratarlo como individuo peligroso, sino como persona que actúa erróneamente, ya pasa a ser difícil (...) en el caso del autor por tendencia o que está implicado en una organización—lanecesidad de la reacción frente al peligro que emana de su conducta reiteradamente contraria a la norma pasa a un primer plano—y finaliza en el terrorista, denominando así a quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden. Ahorabien, nose pretende poner en duda que también un terrorista que asesina y abordea otras empresas puede ser representado como delincuente que debe ser penado por parte de cualquier Estado que declare que sus hechos son delitos. Los delitos siguen siendo delitos aun que se cometan con intenciones radicales y a gran escala. Pero sí hay que inquirir si la fijación estricta y exclusiva en la categoría del delito no impone al Estado una atadura—precisamente, lanecesidad de respetar al autor como persona—que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal, sencillamente resulta inadecuada. Dichodeotromodo: quien incluye al enemigo en el concepto de delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezcla con los conceptos ‘guerra’ y ‘proceso penal’. De nuevo, en otra formulación: quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho—control de las pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios; respecto a la personalidad del delincuente en el proceso penal, etc.—debería llamar de otro modo a aquello que hay que hacer con los terroristas sino quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada²⁰³.

Como bien lo ha indicado Albin Eser esas ideas de un Derecho Penal del enemigo llevaron en su momento al Estado contrario al Derecho (Unrechtsstaat), término con el que alude al Estado nacionalsocialista²⁰⁴.

Sobre lo anterior es importante citar lo indicado por Francisco Muñoz Conde en una entrevista: Independientemente de la actitud intelectual que puedan

203 Jakobs (2003a, pp. 41-42).

204 Eser (2000, p. 445). El término “Unrechtsstaat” se contrapone al “Rechtsstaat”, que significa Estado de Derecho, por lo que “Unrechtsstaat” puede ser considerado como la antítesis del Estado de Derecho. En Alemania con frecuencia cuando se quiere aludir al Estado nacionalsocialista, se llega a utilizar precisamente el término “Unrechtsstaat”. Cf. Kritische Justiz (Editor) (1983).

tener algunas construcciones de Jakobs, siempre sugerentes, en estos casos creo que la expresión incluso del derecho penal de enemigos (Feindstrafrecht) en todo caso suena muy mal. Suena muy mal porque recuerda inmediatamente la teoría de Carl Schmitt sobre amigo y enemigo, que fundamentó la teoría política de la Gestapo nazi, y suena muy mal porque lo contrapone a un derecho penal para ciudadanos, en el que sí existirían las garantías y en el que el poder punitivo del Estado quedaría limitado. En cambio, en el derecho penal para enemigos se trataría ante todo de establecer seguridad cognitiva, puesto que el enemigo no es persona, expresión desafortunada con la que quiere decir que no es sujeto de derecho igual que los que son normales ciudadanos. Como esta formulación parece tan dura, hagoun primer esfuerzo de interpretación diciéndome 'no, no está duro lo que dice', pero la verdad es que sí lo es: emplea esa expresión de 'no personas' y lo vuelve a repetir y realmente eso es lo que suscitó la fuerte crítica de Eser en el Congreso de Berlín, después de una discusión fuerte entre Jakobs y Burkhardt en la ponencia de éste y a raíz de la ponencia de Jakobs, en la que desarrolló, amplió y justificó la tesis del derecho penal de enemigos con gran contundencia y brillantez. Jakobs se ampara en que él ni apoya ni critica, sino que describe. Pero limitarse a describir el presente contexto, después del 11 de Septiembre, equivale a amparar barbaridades como el derecho penal excepcional del Sr. Bush para todo lo que suene a amenaza para el sistema norteamericano (no para otros sistemas), eliminando las garantías procesales en un país que se ha caracterizado siempre por su respeto de las mismas, sometiendo a los presos talibanes a un tratamiento rayano en los delitos contra la integridad moral. Porque lo que lo justifica es la presunta necesidad de un derecho penal dirigido contra los enemigos del sistema. Todo esto es muy peligroso, porque además no hay límites en la definición del concepto de enemigo: ¿quiénes es el enemigo?, ¿los sociales en el nacional socialismo, los judíos?, ¿los inmigrantes ilegales?, ¿los talibanes?, ¿son enemigos los somalíes para el sistema norteamericano? Lo que conduce a que, según la coyuntura política, definamos como enemigos a quienes nos convenga. Realmente a mí me preocupa el funcionalismo extremo de Jakobs en muchos temas, pero especialmente en éste, sabiendo que el derecho penal puede ser tan terrorista como más desde el Estado que los que atacan al Estado, sabiendo por lo que pasó Alemania en el nacional socialismo, con leyes que ocasionaron tantos sufrimientos y costaron tantas vidas humanas. Poro eso, coincido con Eser cuando, en el congreso de Berlín, en sus palabras finales, después de citar el caso de Mezger, se dirigió directamente a Jakobs y le dijo: 'Señor Jakobs, no nos convence con su propuesta de derecho penal de enemigos, eso es muy peligroso, usted no nos define quiénes es el enemigo. El derecho penal no puede renunciar frente a nadie a las garantías que son intrínsecas al sistema del Estado de Derecho. Usted, señor Jakobs, mantiene unas ideas que no nos gustaría que fueran representantes de la ciencia penal alemana del momento presente, etc.' (...). Yo admito que Jakobs puede ser perfectamente un demócrata y que su punto de

referenciase a el de la democracia de la República Federal Alemana, pero el peligro de estos desarrollos de su teoría es manifiesto y debe ser criticado²⁰⁵.

Sobre ello mismo Muñoz Conde en otro texto señala que de acuerdo a Günther Jakobs en el Derecho Penal del enemigo (...) el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. El problema principal que plantea este derecho penal del enemigo es su difícil compatibilidad con los principios básicos del derecho penal del Estado de derecho, porque ¿dónde están las diferencias entre ciudadano y enemigo?, ¿quié define al enemigo y cómo se le define?, ¿es compatible esta distinción con el principio de que todos somos iguales ante la ley?²⁰⁶.

Es importante citar también lo indicado por Ulrich Beck con respecto a las reacciones frente al 11 de setiembre de 2001, en donde hace mención a la posición amigo-enemigo, con lo que estaría refiriéndose a lo indicado entre otros por Günther Jakobs, alertando en contra del autoritarismo y el racismo. Dijo: Se perfilan dos tipos ideales de cooperación transnacional entre Estados: los Estados vigilantes y los Estados abiertos al mundo. En ambos casos la autonomía nacional se reduce para renovar y ampliar la soberanía nacional en la sociedad del riesgo mundial. Existe la amenaza de que con este nuevo modelo de cooperación los Estados vigilantes se conviertan en Estados fortaleza, unos Estados en los que seguridad y milicia se escriben en mayúsculas y democracia en minúsculas. Yacorren voces de que las sociedades occidentales, acostumbradas a la paz y el bienestar, carecen de un pensamiento amigo-enemigo lo suficientemente agudo y de la predisposición a sacrificar la preeminencia que poseía hasta ahora la maravilla de los derechos humanos frente a unas medidas de defensa imprescindibles. Este intento de construir una fortaleza occidental contra los culturalmente distintos es omnipresente y seguramente será progresivo en los próximos años. De ahí que pudiera ser la fragua de una política de autoritarismo estatal (étnico) que, puertas afuera, se adaptara a los mercados mundiales y, puertas adentro, se comportara autoritariamente. Para los ganadores de la globalización, el neoliberalismo es lo pertinente; para los perdedores de la globalización, así se aviva el miedo al terrorismo y lo extranjero se inocula dosificadamente el veneno del terrorismo. Tal cosa equivaldría a una victoria de los terroristas, ya que los países modernos se privarían espontáneamente de lo que los hace atractivos y superiores: la libertad y la democracia²⁰⁷.

205 Muñoz Conde (2002).

206 Muñoz Conde (2003a). Sobre el tema véase además: Muñoz Conde (2003, pp. 123-124).

207 Beck, Ulrich (2003, pp. 54-55).

Debe agregarse que la lucha en contra del terrorismo ha justificado restricciones importantes a la libertad personal y a la intimidad, más allá de lo razonable. Es importante lo indicado por Ulrich Beck en sentido crítico, al describir la situación que se da actualmente: Las construcciones de imágenes terroristas del enemigo o matan la pluralidad de la sociedad y de las racionalidades de los expertos, la independencia de los tribunales y la validez incondicional de los derechos humanos. Dan poder a los Estados y los servicios secretos para hacer una política de desdemocratización. Buena muestra del poder de la percepción del riesgo que dentro de las democracias desarrolladas hay derechos civiles y políticos fundamentales que de pronto resultan revocables (y revocados), y encima con el asentimiento de la arrolladora mayoría de una población democráticamente experimentada. Ante la alternativa entre seguridad y libertad, los gobiernos, parlamentos, partidos y población (que, sino, compiten y se bloquean recíprocamente) se deciden, tan unánime como rápidamente, a la restricción de libertades fundamentales. Al mismo tiempo, entemas policiales y militares los derechos de soberanía nacionales se sacrifican (más o menos unilateralmente) a las necesidades de la cooperación transnacional en el combate contra el terrorismo militante²⁰⁸.

Frente a las ideas actuales del Derecho Penal de enemigos debe indicarse que el terrorismo y otros fenómenos delictivos de gravedad deben ser enfrentados firmemente, emprendiéndose acciones preventivas y sancionándose penalmente a los responsables de esos actos, pero ello debe realizarse dentro del marco establecido de protección de los derechos humanos.

208 Beck (2004, p. 39). Sobre la restricción de las libertades que se ha dado en los Estados Unidos de América como consecuencia del atentado del 11 de setiembre de 2001: Raventós Marín, Nuria (2005, p. 13); Singer, 2004, pp. 119-126. En sentido contrario con respecto a la lucha en contra del terrorismo y las restricciones a las libertades que ello implica señala Michael Walzer: "El trabajo policial es la primera prioridad y esto plantea cuestiones no sobre la justicia, sino sobre las libertades civiles. Liberales y libertarios saltan en defensa de la libertad, y tienen razón en ello, pero cuando o hacen (lo hacemos), tenemos que aceptar una nueva carga de la prueba: hemos de ser capaces de defender que puede hacerse el trabajo policial necesario, y que puede hacerse con eficacia, dentro de las limitaciones que creemos que se precisan para preservar la libertad estadounidense. Si no lo conseguimos, tendremos que estar dispuestos a pensar en modificar las limitaciones. Ello no implica traicionar los valores liberales o estadounidenses; en realidad es lo que corresponde hacer, puesto que la primera obligación del Estado es proteger las vidas de sus ciudadanos (pues para esto sirven los Estados), y ahora las vidas estadounidenses están visible y ciertamente en peligro. Una vez más, la prevención es crucial. Pensemos qué les sucedería a nuestras libertades civiles si se producen otros ataques terroristas". Walter (2004, p. 148).

Debe tenerse en cuenta que aun a aquellas personas a las que se les acusa, o inclusive se les ha condenado, por no respetar los derechos de los otros, debe respetárseles los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales. La Administración de Justicia debe llevarse a cabo manteniendo intangible la dignidad de la persona humana²⁰⁹. De acuerdo con dicho principio se exige que el imputado sea tratado como un sujeto procesal y no como un mero objeto de la persecución estatal. Por ello la dignidad de la persona humana no puede relativizarse con base en un supuesto interés de la mayoría. Derechos procesales como la presunción de inocencia, el derecho de defensa del imputado, el derecho al juez natural, el derecho de abstenerse de declarar, la prohibición de la tortura, etc., no son sino expresión del principio de dignidad de la persona humana. Lo mismo cabe indicar con respecto a garantías penales como el principio de legalidad, el de lesividad, de culpabilidad, de proporcionalidad y de humanidad en lo atinente a las penas. Afirmaciones como la negación del carácter de persona a los que han cometido actos delictivos de gravedad, deben ser rechazadas firmemente. No debe olvidarse que, como se dijo antes, la base de la legitimación de un Estado de Derecho es que respeta la dignidad de la persona de aquellos que no respetan la de otros. Como bien lo indica Luigi Ferrajoli: "Un Estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no solo pierde su legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes"²¹⁰.

En Costa Rica en sentido similar, pero refiriéndose a la lucha contra el terrorismo, indica Rafael Ángel Herra: El estado pone en juego su legitimidad en la manera de reaccionar a la violencia externa. Un ejemplo de cómo responde frente al terrorismo y garantiza la paz y la seguridad del conjunto de la sociedad y de los individuos. Si el estado reacciona con medios ilegales, con recursos de terror contra-terrorista indiscriminado, entonces hace de contrapunto al terrorismo, se asocia con él en el otro extremo, le hace el juego dialéctico, y entonces el torbellino de la violencia queda abierto, y se inicia un drama que puede agravarse si ya existe una situación de tensiones latente que nadie, ni el estado ni los grupos dominantes, ha sabido enfrentar, y que los extremistas cosechan. Si el estado contra pesa adecuadamente su reacción con recursos jurídicos pertinentes y mecanismos democráticos, las posibilidades de que subsista la sociedad son mayores. Si comienza a aplicar el

209 Una crítica al Derecho Penal del enemigo por no reconocer el principio de dignidad de la persona humana en: Gracia Martín (2005).

210 Ferrajoli (1995, p. 396).

terrorestatalindiscriminadooaignorarsuaplicaciónporpartedeentidadesquele pertenecen, corre graves riesgos de deslegitimarse²¹¹.

1.3.5. Principio de dignidad de la persona y democracia

Dentro del sistema interamericano se ha establecido como derecho humano el derecho a la democracia política. Así, el artículo 23 de la CADH establece:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país (...)

A pesar de que con frecuencia la doctrina establece una relación entre democracia y derechos humanos, partiendo de que la primera supone el respeto de los segundos, esta no es una relación clara, puesto que el respeto de los derechos humanos está relacionado propiamente con el principio del estado de derecho²¹². Es importante anotar que incluso puede afirmarse que los derechos humanos implican un límite para la democracia política, pues se constituyen en derechos frente a la mayoría, que no los puede conculcar²¹³. En este sentido es de gran importancia en una democracia el respeto de los derechos de las minorías.

Esto tiene gran valor con respecto a los derechos que establece el sistema penal para los imputados y los condenados. De este modo debe citarse

211 Herra (1983, p. 25).

212 Acerca de esto véase: Böckenförde (2000, p. 119).

213 Al respecto: Ferrajoli (1996, p. 22), Ferrajoli (1999, p. 24), Peña Freire (1997, pp. 64-74), Bodenheimer (1976, pp.182-183), Llobet Rodríguez (1997, p. 161), Horn (1999, pp. 131-132), Dworkin (1989, pp. 223, 289, 295).

lo indicado por Luigi Ferrajoli: El derecho penal es el terreno en el que, en forma más emblemática, se expresan los límites de la 'democracia política', entendida esta expresión en el sentido de poder y voluntad del pueblo, y por tanto de la mayoría. Continúa diciendo:

Si este, y solo este, fuera el sentido de 'democracia' resultaría excluida cualquier posibilidad de fundar una axiología democrática y garantista del derecho penal. Un derecho penal 'democrático' en tal sentido se orientaría inevitablemente hacia formas de derecho penal máximo, o sea, al máximo represivo, privado de límites y garantías. Ello por dos motivos: Ante todo porque el punto de vista de las mayorías conduce a concebir el derecho penal como un instrumento de defensa social, es decir de prevención de los delitos, y por tanto de defensa precisamente, de las mayorías no desviadas, contra los atentados a la seguridad provenientes de las minorías desviadas; y es claro que el parámetro de máxima utilidad posible de los no desviados no solo proporciona criterios para limitar o minimizar la aflicción de la pena, sino que proporciona, por el contrario, criterios para maximizarla. La idea de la defensa social, sostenía hace un siglo Francisco Carrara, tiene como resultado inevitablemente el terrorismo penal. En segundo lugar, porque la desviación provoca siempre la movilización de la mayoría, que se asume ella misma, como 'no desviada', contra la minoría de los desviados, percibidos por ella como 'diversos' y fuente de peligros sombríos²¹⁴.

Esto implica que los poderes legislativos ejercidos por vía indirecta en una democracia representativa o, incluso, por vía plebiscitaria, cuando se establece como expresión de democracia directa, no pueden llevar a desconocer los derechos humanos, en cuanto ellos se basan en el principio de dignidad de la persona humana.

Precisamente, las relaciones de tensión, que existen entre el principio democrático y el respeto de la dignidad humana de una persona que se opone al criterio de la mayoría, han dado lugar en los diversos países al establecimiento de los tribunales constitucionales. En el caso costarricense se presenta la Sala Constitucional, creada en 1989, que ha tenido un papel de mucha relevancia con respecto a la justicia penal y a la aplicación en la misma, de una normativa respetuosa de los derechos fundamentales y con-

214 Ferrajoli (1999, pp. 15-16).

forme con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos²¹⁵. Especialmente cuando estuvo en vigencia el Código de Procedimientos Penales de 1973, se declaró la inconstitucionalidad de diversas normas del mismo²¹⁶. Han sido declarados inconstitucionales también varios artículos del Código Penal de 1970.

En el ámbito internacional se han ido creando órganos de protección de los derechos humanos, y se destacan entre ellos los de índole jurisdiccional, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esos tribunales pueden incluso declarar la responsabilidad del estado por ejercicio del Poder Legislativo, y establecer la responsabilidad internacional del estado y la obligación de reparar los daños²¹⁷. La responsabilidad correspondiente podría fundarse, por ejemplo, en la aprobación de una ley. Al respecto es importante la sentencia del 5 de febrero del 2001, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso La última tentación de Cristo, en el cual se decidió que el estado chileno:

debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película 'La Última Tentación de Cristo'; y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.

En este asunto, debe resaltarse que la prohibición de proyectar dicha película se había basado en el artículo 19, inciso 12) de la Constitución de Chile, que autorizaba la censura. Sin embargo, también podría fundarse la responsabilidad estatal en la omisión de aprobar una normativa que haga que se cumpla con las obligaciones internacionales contraídas. Esto ha sido discutido en diversos fallos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con respecto a Costa Rica, cabe mencionar la sentencia de 2 de julio de 2004 de la Corte Interamericana, que ordenó la modificación del sistema de recursos, en contra de la sentencia condenatoria.

215 Sobre este tema en particular: Mora Mora, Navarro Solano (1995), González Álvarez (1993, pp. 10-25); Mora Mora (1993, pp. 233-276), Armijo Sancho (1991), Armijo Sancho (1991a).

216 Llobet Rodríguez (1999a, pp. 19-21).

217 Con respecto a la responsabilidad del estado-legislador: Piza Rocafort, Trejos (1989, pp. 133-142).

El control jurisdiccional llevado a cabo por la Sala Constitucional costarricense y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo, debe ejercerse con cautela y moderación, pues se debe reconocer que hay un ámbito discrecional dentro del cual el poder legislativo puede ser ejercido a través de diversas regulaciones, y se debe tratar de afectar en la menor medida posible la voluntad del legislador²¹⁸.

Al respecto, es importante citar lo que indica Rainer Grote en relación con el Tribunal Constitucional alemán y la Corte Europea de Derechos Humanos. En lo relativo al primero de ellos señala:

En Alemania, el Tribunal Constitucional reconoce que el Poder Legislativo no sólo tiene competencia para fijar las finalidades de la ley que interviene en los derechos fundamentales en el marco de la Constitución, sino que puede elegir entre varias posibilidades para alcanzar sus objetivos. En este contexto el legislador, goza, según la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional, de un margen de apreciación en la selección de las medidas adecuadas para perseguir dichos objetivos. Meros errores de pronóstico del legislador en la previsión de los efectos futuros de la regulación adoptada no conducen necesariamente a la inconstitucionalidad de la ley. No parece razonable exigir al legislador la previsión de todas las circunstancias que afectarán el logro del fin que mediante la medida se procura. El Tribunal pronuncia la inconstitucionalidad de la medida por falta de idoneidad tan solo cuando el legislador ha optado por una medida objetiva o manifiestamente inadecuada. La aplicación de estos criterios está destinada a garantizar que el control de la adecuación o idoneidad de la medida no se convierta en un mero examen de oportunidad. Si la finalidad de la decisión se fundamenta o deriva de la Constitución, no contradice el texto constitucional y mantiene algún tipo de relación con la restricción ocasionada en el derecho fundamental va a ser considerada adecuada. El control de la necesidad de la ley se inspira en consideraciones similares a las aplicadas en el

218 Así: Horn (1999, pp. 138-139). Indica Gregorio Peces-Barba que se (...) exige una gran prudencia por parte de los jueces para evitar un intento de sustitución de la ideología del legislador por la ideología propia, como ocurrió en 1936 con el Tribunal Supremo americano, que anulaba las medidas 'liberal-socialistas' del presidente Roosevelt como contrarias a la libertad económica y de comercio. Si esta prudencia se mantiene, y se actúa dentro del marco de las coordenadas no hay duda del valor positivo de esta función creadora de los jueces (Peces-Barba: 1986, p. 147).

examen de la idoneidad. El Poder Legislativo tiene libertad en cuanto a la selección del medio que considere oportuno para la intervención. No corresponde al juez constitucional establecer si el medio elegido es el mejor, entre varios posibles, es decir, si el elegido es o no el más eficaz. Para el cumplimiento de la exigencia de necesidad es suficiente que no exista otro medio igualmente efectivo que suponga una restricción menor para el derecho fundamental. Con respecto a la apreciación de la eficacia de diversos instrumentos para realizar la finalidad perseguida, el legislador puede hacer valer el mismo derecho a equivocarse en el pronóstico que le ha sido concedido en el marco del control de idoneidad. Plantear diversos tipos de restricción y elegir el más benigno es evidentemente una decisión de oportunidad legislativa que solo puede ser censurada constitucionalmente en el caso de que la opción del legislador sea arbitraria²¹⁹ sic.

En lo relativo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica Rainer Grote:

En el nivel europeo, al respeto debido a la legitimación democrática del legislador se añade el carácter subsidiario de la protección europea de los derechos humanos en relación con los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Por esta razón, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha reconocido de manera constante que los Estados gozan de un margen de apreciación en la adopción de las medidas más adecuadas para cumplir sus obligaciones bajo el Convenio. El margen de apreciación se concede tanto al legislador nacional como a los órganos judiciales y ejecutivos, aunque tiene una relevancia especial para la actividad legislativa del Estado. El ámbito de margen de apreciación varía según las circunstancias, los campos y el derecho. En concreto, está determinado por dos factores. En primer lugar, depende de la naturaleza de los fines invocados. Cuanto menos uniforme sea la comprensión del fin legítimo perseguido en Europa, mayor será el poder de apreciación de las autoridades nacionales y menor el control en el nivel general europeo, pues el Tribunal Europeo no podrá imponer una forma de entender el fin si

219 Grote (2003, pp. 104-105).

previamente no existiese esta noción común. Respecto a este fin, los poderes nacionales se encuentran gracias a sus contactos directos con las fuerzas vivas del país, en mejor situación que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias. Al contrario, el margen de apreciación es más reducido con respecto a medidas que aspiran a la defensa de la independencia judicial, pues sobre este punto el consenso europeo es mucho más avanzado que en el campo de la moral. En segundo lugar, el margen de apreciación depende de la intensidad de la injerencia estatal en el derecho fundamental. Cuanto mayor sea la limitación que realiza la regulación en la posición jurídica del individuo, mayor gravedad deben tener las razones esgrimidas para legitimar la intervención en el derecho protegido²²⁰.

En relación con lo indicado por Rainer Grote, es importante señalar que en Europa se ha desarrollado la doctrina del margen de apreciación en la garantía por los estados de los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales, basándose para ello en que no se pretende garantizar una legislación uniforme²²¹. Sin embargo, debe reconocerse que no se ha determinado claramente cuál es el margen de apreciación, ya que se ha estimado que el mismo varía de acuerdo con las circunstancias, las áreas y el contexto. Señala Lilita Variña, no obstante, que nada permite afirmar que la doctrina del margen de apreciación haya sido receptada por los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos, ni por la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU²²².

Sin embargo, la sentencia de 2 de julio de 2004 de la Corte Interamericana parece haber cambiado eso, al hacer referencia expresa al margen de apreciación.

Debe reconocerse que uno de los problemas que siempre existe es el de los conceptos indeterminados que abundan en la legislación internacional sobre derechos humanos²²³, para la búsqueda de un consenso en la adopción de la misma. Estos conceptos establecen injerencias autorizadas en esos

220 Cf. Grote (2003, pp. 106-107).

221 Al respecto: Variña (1998, pp. 178-180).

222 Variña (1998, pp. 180-182).

223 Al respecto: Haba (1986, T. I, pp. 241-373).

derechos²²⁴. Es claro que, en general, los derechos humanos no son ilimitados²²⁵, por ejemplo la libertad personal y la intimidad admiten límites. Esto es reconocido también en cuanto a la teoría de los derechos fundamentales que se ha desarrollado en el ámbito de los tribunales constitucionales. Por ejemplo, se ha sostenido en Alemania que los derechos fundamentales admiten limitaciones, siempre que tengan una base legal, no quebranten el principio de proporcionalidad y respeten un núcleo básico del derecho²²⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ocupó de los límites a los derechos humanos en la opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. En dicho fallo enfatizó, por un lado, la importancia de que las injerencias en los derechos humanos tuvieran una base legal, partiendo de un concepto de ley en sentido formal; es decir, de una ley aprobada por el parlamento y que no provenga simplemente del Ejecutivo. Señaló allí la importancia de la garantía de que se trate de una ley, aunque dejó la posibilidad de que a través de esta se lleguen a quebrantar los derechos humanos establecidos en la CADH, tal como ha declarado con posterioridad en otros fallos. Dijo:

21. El sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atri-

224 Acerca de este tema, en relación con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, dice Antonio Cassese: Quisiera ahora llamar la atención sobre una de las principales carencias de aquel texto: una carencia que me apresuro a precisar, probablemente inevitable. Se trata de esto; en muchos puntos importantes, la Declaración se limita a remitir a las 'leyes' que cada Estado emanará para disciplinar la materia que ha dejado 'al descubierto' el texto internacional. Desde este punto de vista, la norma crucial es el artículo 29 (norma de importancia esencial porque indica cuáles son las limitaciones admisibles de los derechos humanos). Esta disposición establece que dichas limitaciones deben estar 'determinadas por la ley' y luego enumera 'la moral,' 'el orden público,' 'el bienestar general en una sociedad democrática,' etcétera. Es evidente que se trata de conceptos muy vagos, que podrían ser definidos concretamente solo por las leyes nacionales: una vez más, por tanto, las opciones decisivas se remiten a la legislación de cada Estado (Cassese: 1991, p. 48).

225 Indica Norberto Bobbio: Algunos artículos de la Convención europea de los derechos del hombre están, como se sabe, divididos en dos párrafos, el primero de los cuales enuncia el derecho y el segundo las restricciones, con frecuencia numerosas. Existen además situaciones en que un derecho que algunos consideran fundamental no logra hacerse reconocer, porque sigue prevaleciendo el derecho fundamental que se le contrapone (Bobbio: 1992, p. 152). Véase también: p. 124 y 151.

226 Cf. Pieroth/Schlink (1990, N°. 225-396, pp. 56-86), Llobet Rodríguez (1997, pp. 158-159).

butos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.

22. Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no solo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder.

23. Lo anterior se deduciría del principio –así calificado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (*Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City, Advisory Opinion, 1935, PCIJ, Series A/B, N.º. 65, pág. 56*)– de legalidad, que se encuentra en casi todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del Siglo XVIII, que es consubstancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales solo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación.

24. La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los

principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no solo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.

25. Ya en 1789, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano expresaba en su artículo 4 que la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites solo pueden ser determinados por la Ley.

Desde entonces este criterio ha constituido un principio fundamental del desarrollo constitucional democrático.

26. En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual 'los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos'.

27. La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el

órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.

Se hacen referencias en esta opinión consultiva al respeto al principio de proporcionalidad; por ejemplo, el principio de adecuación, de acuerdo con el cual los medios obtenidos para lograr el fin deben ser adecuados para ello. Por otro lado, se menciona la importancia de los objetivos que se persiguen.

Se señaló al respecto:

28. La Convención no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades sean jurídicamente lícitas. Requiere, además, que esas leyes se dicten 'por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas'. El criterio según el cual las restricciones permitidas han de ser aplicadas 'con el propósito para el cual han sido establecidas' se encontraba ya reconocido en el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (1959), en el que se expresaba que tales restricciones 'no podrán ser aplicadas con otro propósito o designio que aquel para el cual han sido previstas' (Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968, Washington, D.C.: Secretaría General, OEA, 1973, pág. 248). En cambio, la exigencia de que la aplicación de las restricciones esté 'conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general' es el resultado de una enmienda introducida al proyecto final, en la Conferencia Especializada de San José, en 1969 (Actas y Documentos, supra 14, pág. 274).

29. El requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del 'bien común' (art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es 'la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad' ('Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre', en adelante 'Declaración Americana', Considerandos, párr. 1).

30. 'Bien común' y 'orden público' en la Convención son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la

democracia representativa' (Carta de la OEA, art. 3.d); y los derechos del hombre, que 'tienen como fundamento los atributos de la persona humana, deben ser objeto de protección internacional (Declaración Americana, Considerandos, párr. 2; Convención Americana, Preámbulo, párr. 2).

Con posterioridad se resalta la trascendencia de garantizar un núcleo básico del derecho, al indicarse la importancia de preservar el objeto de la CADH. Por otro lado, se menciona el balance de intereses, propio del principio de proporcionalidad. Se señaló:

31. La Corte expresó al respecto en anterior ocasión que es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana... No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de 'orden público' y 'bien común', ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las 'justas exigencias' de 'una sociedad democrática' que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención (La colegiación obligatoria de periodistas arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N°. 5, párrs. 66 y 67).

1.4. El principio pro homine

Dentro de los principios interpretativos que establece el derecho internacional de los derechos humanos, destaca el principio pro homine, el cual, siguiendo lo indicado por Mónica Pinto:

es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o la interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre²²⁷.

Este principio encuentra expresión en el artículo 29, inciso b) de la CADH, de acuerdo con el cual ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de: limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocida de acuerdo con las leyes de cualquier uno de los Estados Partes, o de acuerdo con otra convención en que se aparte uno de dichos Estados. Resulta así que las normas establecidas en las convenciones de derechos humanos suponen estándares mínimos, susceptibles de ser ampliados por otras convenciones o bien por la legislación interna.

Relacionado con la consideración del principio pro homine por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es importante mencionar la opinión separada del juez Rodolfo Piza Escalante en la opinión consultiva OC-T, relativa a la colegiación obligatoria de los periodistas, en donde manifestó:

12. A la misma conclusión se llega si se recuerda que el artículo 13.3 prohíbe todo tipo de restricciones a la libertad de expresión mediante 'vías o medios indirectos... encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones'. En efecto, si la Convención prohíbe tales restricciones indirectas, no es posible entender que permita las directas. Por lo demás, el hecho de que esa prohibición expresa solamente se refiera a la comunicación o circulación de ideas u opiniones, no puede interpretarse como que sí permite restricciones a la libertad de información, en el sentido de la búsqueda y difusión de noticias sin contenido ideológico, porque esta libertad implica también la comunicación y, sobre todo, la circulación de ideas u opiniones ajenas, al lado de las simples noticias, que serían las únicas no incluidas expresamente en la prohibición. De todos modos estas pueden y deben considerarse implícitamente contempladas en ellas en virtud del principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limita-

227 Pinto (1998, p. 163).

ciones (principio pro homine), y del criterio universal de hermenéutica de que 'donde hay la misma razón hay la misma disposición'.

El juez Piza Escalante mencionó también el principio pro homine en su voto separado relativo a la opinión consultiva OC-U, concerniente a la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta. Dijo:

36. En este aspecto, me parece que el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. Ese criterio fundamental –principio pro homine del Derecho de los Derechos Humanos–, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción, de manera que si, en los términos en que está definido por la Convención el derecho de rectificación o respuesta, podría ser aplicado aun a falta de las referidas 'condiciones que establezca la ley', es un derecho exigible per se.

La Sala Constitucional costarricense en varios votos ha hecho mención al principio pro homine. Así, por ejemplo, en el voto 3550-92 del 24 de noviembre de 1992, citado por muchos otros votos, dictó:

El orden público, la moral y los derechos de terceros deben ser interpretados y aplicados rigurosamente, sin licencias que permitan extenderlos más allá de su sentido específico; sentido que, a su vez, debe verse en armonía con el principio pro libertate, el cual, junto con el principio pro homine, constituye el meollo de la doctrina de los derechos humanos: según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano.

Es relevante anotar que la Sala Constitucional en diversos fallos, a partir del voto 3435-92 del 11 de noviembre de 1992, ha interpretado que los derechos establecidos en los instrumentos internacionales de derechos imperan sobre la misma Constitución Política cuando establecen mayores garantías que esta. Esto implica también que los derechos de dicha Constitución tienen prioridad cuando son mayores que los contemplados en un instrumento internacional, lo cual puede considerarse como una expresión del principio pro homine.

Al resolverse el recurso de inconstitucionalidad en contra de la imposibilidad de que los expresidentes de la República pudieran ser electos de nuevo presidentes (voto 2771-2003 del 4 de abril de 2003), la mayoría de la Sala llegó a pronunciarse porque los derechos una vez establecidos en la Constitución Política no pueden ser restringidos, de modo que solamente se permite la ampliación de los mismos.

La Sala Constitucional en el voto de mayoría concerniente a la inconstitucionalidad de la prohibición de la reelección presidencial estableció, refiriéndose a los derechos fundamentales:

Estos derechos pueden ser objeto de reforma parcial, únicamente cuando se trate de modificaciones positivas, que son aquellas que amplían los contenidos de los derechos ciudadanos, –particularmente el de libertad– por la Asamblea Legislativa, sin embargo, las negativas, que son aquellas que reducen los contenidos de los derechos ciudadanos, únicamente pueden ser reformadas por una Asamblea Constituyente. Es decir, la Asamblea Legislativa puede ampliar los contenidos y alcances de los derechos fundamentales, pero no puede el poder constituyente derivado suprimir o reducir tales contenidos, pues de esta forma podría destruir el orden básico instituido por el poder constituyente originario.

Aunque no lo indica, la Sala se apoya en el principio *pro homine*. Sin embargo, el criterio vertido en dicha resolución es muy discutible, pues resulta claro que los derechos fundamentales, al igual que los derechos humanos, admiten injerencias en los mismos, siempre que se dé el respeto del contenido del núcleo básico y del principio de proporcionalidad. Por tal razón no parece incorrecto que con posterioridad a la regulación de un derecho fundamental se precisen sus límites, logrando el adecuado balance entre los derechos de una persona, los de los demás y de la misma colectividad. Incluso, puede afirmarse que el establecimiento de un nuevo derecho fundamental implica límites a otros derechos fundamentales; por ejemplo, la regulación del derecho a un medio ambiente sano y, con ello, a la protección de los bosques, trae como consecuencia límites al derecho a la propiedad.

1.5. Generaciones de derechos humanos

El desarrollo progresivo que ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos ha llevado a una ampliación del listado de derechos humanos, haciéndose una clasificación en derechos humanos de la primera, la segunda

y la tercera generación o dimensión²²⁸. La clasificación hace referencia al desarrollo progresivo que han tenido los derechos humanos, en cuanto el listado de los mismos no es acabado, sino está en constante desarrollo, de modo que se llegan a reconocer derechos que no se admitían con anterioridad. La división en generaciones hace mención a diversas etapas del desarrollo de los derechos humanos. Hoy día, como se verá luego, se discute mucho sobre la utilidad de la distinción entre generaciones de derechos, puesto que en ocasiones se ha utilizado en forma indebida para otorgarle un carácter de mayor importancia a los derechos de la primera generación sobre los de la segunda generación.

Los derechos humanos de la primera generación son los llamados derechos de carácter clásico, que protegen al individuo frente a los abusos del poder estatal, y establecen así límites a este. Dentro de esta categoría están los derechos humanos ante la justicia penal; por ejemplo, la protección frente a las detenciones arbitrarias, el derecho a un hábeas corpus, a la presunción de inocencia, la prohibición de la tortura, el derecho a un juez imparcial, etc. También se encuentran los derechos de carácter político.

Los derechos humanos de la segunda generación implican derechos a estándares de vida dignos para el ser humano; por ejemplo, en vivienda, salud y educación, lo que supone la obligación estatal de actuar para compensar las carencias existentes. Por otro lado, se prevén dentro de esta categoría los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

La posición tradicional, imperante en un pasado, destacaba el menor grado de protección que reciben los derechos económicos, sociales y culturales, que los derechos civiles y políticos.

Ello se veía de la comparación entre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados ambos en el ámbito de la ONU en 1966. Así el artículo 2, inciso 2) del primero de ellos dice:

“Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”

Por su parte el artículo 2, inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

228 Cf. Haba (1986, pp. 122-123), Ipsen (1990, p. 642), Lafer (1993, pp. 49-53).

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, incluso en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

La Convención de Derechos del Niño se caracteriza por haber contemplado tanto derechos civiles y políticos, como derechos económicos, sociales y culturales. Se señala en el artículo 4:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

La concepción tradicional de los derechos económicos, sociales y culturales le asignaba un carácter meramente programático a dichas disposiciones, de modo que se consideraban como meras directivas, que eran ajenas a un derecho subjetivo, siendo en definitiva principios meramente políticos, abandonados para su reconocimiento a la discrecionalidad del legislador²²⁹.

229 Sobre esta posición: Baldasarre (2001, p. 30). Critica Martín Prats: “No es entonces por un tema de reconocimiento constitucional que los Derechos Humanos encuentran dificultades para ser protegidos o amparados sino que la no aplicación o mala interpretación de ciertos preceptos ha llevado a menoscabar en ocasiones la dignidad humana. En muchas ocasiones invocando razones de hecho de índole política, económicas o sociales se han justificado incumplimientos en las obligaciones constitucionales (...). La definición de muchas de las normas constitucionales que amparan derechos como programáticas ha dado lugar a que al no existir normas legales que la instrumenten sean dejadas como meros ideales a cumplir pero siempre y cuando las circunstancias lo permitan. De esa manera derechos fundamentales no son respetados en su integralidad y se justifica la actitud omisiva del Estado en tal sentido”. Prats (1997, p. 51). Señala más adelante que a los derechos económicos, sociales y culturales las políticas oficiales los conducen: “(...) a su consideración como meros principios programáticos y por tanto muchas veces postergables”. Sin embargo, luego en forma confusa señala: “Estos Derechos que si bien es cierto no pueden ser directamente exigibles por los particulares al existir una ausencia de vías o recursos procesales y legales correspondientes, igual obligan a los Estados, quienes no deben eludir la responsabilidad alegando la falta de recursos materiales”. Prats (1997, p. 64).

Otra posición, no muy distante a ésta, califica los derechos económicos, sociales y culturales como normas de principio, que el legislador está obligado a desarrollarlas, pero que sirven a configurar la estructura del Estado y a la interpretación de las normas jurídicas²³⁰. Ninguna de estas posiciones llega a reconocer un instrumento jurídico por el que se pudiera, por ejemplo, obligar al legislador a adoptar determinadas normas²³¹.

La tendencia actual es a reconocer la interdependencia que existe entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, de modo que estos últimos tienen relevancia para hacer efectivos los primeros, estando todos relacionados con la garantía del principio de dignidad de la persona humana. En este sentido la Declaración de Teherán de 1968, proclamada por la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos de la ONU dijo:

“Como los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social.”²³²

Sobre ello indica Carlos Villán Durán con acierto: “En cuanto a la indivisibilidad, es otro principio de interpretación y de realización de los derechos humanos, pues no cabe establecer una separación entre las diversas categorías de derechos, toda vez que el ser humano los necesita todos para conseguir su realización personal y social en dignidad. De ahí que la extrema pobreza constituya una negación de los derechos humanos más elementales, pues genera una exclusión social que impide el acceso al disfrute de los derechos que son básicos para asegurar la subsistencia humana en dignidad, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales y el derecho

230 Acerca de esta concepción: Baldasarre (2001, pp. 30-31).

231 Cf. Baldasarre (2001, p. 319).

232 En: Pacheco (1987, p. 187). Es conocida, sin embargo, la crítica realizada por Ernst Forsthoff a la compatibilidad entre el Estado de Derecho y el Estado Social, indicando que no son compatibles en el plano constitucional, teniendo prioridad los principios de una constitución liberal, relacionados con el Estado de Derecho. Señala que debe dársele prioridad a éste, de modo que el Estado Social puede abrirse paso solamente en la medida en que sea compatible con el Estado de Derecho. Indica que cualquier intento de fusionar el Estado de Derecho con el Estado Social está destinado al fracaso. Cf. Forsthoff (1986, pp. 43-67) (se trata de un artículo publicado originalmente en Alemania en 1961), pp. 43-67; Forsthoff (1986a, pp. 70-106).

al desarrollo”²³³. Agrega más adelante: “Forzoso es concluir que el disfrute de las libertades individuales debe ir acompañado del disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Dicho en términos más gráficos; de poco les sirve al ser humano tener reconocido el derecho de asociación si no dispone de recursos para cubrir sus necesidades básicas de subsistencia que le permitan ejercer simultáneamente sus derechos a la alimentación, salud, educación y vivienda”²³⁴.

Debe agregarse que la diferenciación entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales no es fácil de hacer, existiendo derechos de muy difícil clasificación, por ejemplo el derecho de propiedad, la libertad de enseñanza y la libertad de trabajo. Por otro lado, ya no puede admitirse la diferenciación que se hacía tradicionalmente entre ellos, en cuanto se indicaba que frente a los primeros el Estado desempeña primordialmente una función pasiva, de no interferir violentándolos, mientras que en los segundos la obligación del Estado es principalmente positiva, de hacer, brindando prestaciones a los administrados. Así hoy día se ha indicado que con relación a los derechos civiles y políticos la obligación del Estado es también la de evitar violaciones a los derechos por parte de los mismos particulares, lo mismo que en caso de que se den, debe realizar una tutela judicial, de modo que, por ejemplo, con respecto a los hechos delictivos tiene el deber de llevar a cabo una investigación seria y eficiente. Igualmente con relación a los hechos delictivos debe tener una legislación que respete el debido proceso y debe dotarse de los medios económicos a la Administración de Justicia, de modo que cumpla adecuadamente su función.

Se tiende hoy a defender la juridicidad de los derechos económicos, sociales y culturales²³⁵. Se dice así por Ferrajoli que ninguna mayoría puede

233 Villán Durán (2002, pp. 93-94).

234 Villán Durán (2002, p. 95). Sobre ello véase también: Gros Espiell (1988, pp. 324-325).

235 Cf. Ferrajoli (1995, pp. 860-866). Debe llegarse a adoptar la concepción del enfoque de derechos con respecto a los derechos de los niños y los adolescentes. Sobre dicha concepción: Esta concepción implica: 1) la acción es obligatoria, 2) las personas gozan de derechos establecidos, 3) La gente pobre tiene derecho a la ayuda como sujeto de derechos, 4) todas las personas tienen el mismo derecho a la plena realización de su potencial: se les debe ayudar para que lo logren, 5) las personas con quienes se realiza el trabajo de desarrollo son participantes activos por derecho, 6) los derechos son universales e inalienables, no se les puede diluir ni negar, 7) se deben cambiar eficazmente las estructuras de poder que obstaculizan el progreso en el cumplimiento de los derechos humanos, 8) los agentes de desarrollo deben empoderar a los sujetos de derechos para que reclamen sus derechos y participen en forma activa en la toma pública de decisiones y 9) los derechos son invisibles e interdependientes, aunque en cualquier situación se requiera priorizar desde un aspecto práctico. Esta enumeración es tomada de: Save the Children (2005, p. 31).

dejar de decidir las medidas necesarias para que a una persona le sea asegurada la subsistencia y la supervivencia. Indica así que son vitales el derecho a la vivienda, al trabajo, a la enseñanza y similares²³⁶.

Tanto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, como el Comité de Derechos del Niño de la ONU, admiten la juridicidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Se ha dicho por el primero de ellos que el Estado al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adquiere una serie de obligaciones que se dividen en “estratos”, debiendo: a) respetar, b) proteger, c) promover y d) hacer efectivo cada uno de los derechos. Así se requiere en primer lugar que el Estado adopte las medidas legislativas y de otro carácter (administrativas, judiciales, políticas, económicas, sociales, educacionales), que sean necesarias para el pleno goce de los derechos contemplados en el Pacto. Se dice por el Comité que conforme al Pacto debe lograrse en forma progresiva la plena efectividad de los derechos, pero que ello en ocasiones ha sido malinterpretado, ya que no se trata que deben hacerse efectivos los derechos del Pacto, sólo una vez que un Estado haya alcanzado un nivel de desarrollo económico, sino “alcontrario, el deber en cuestión obliga a todos los Estados Partes, independientemente de cuál sea su nivel de riqueza nacional, a avanzar de inmediato y lo más rápidamente posible hacia la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales”. Agrega: “La interpretación de esta cláusula nunca debe conducir a pensar que permite a los Estados aplazar indefinidamente sus esfuerzos para asegurar el goce de los derechos proclamados en el Pacto”²³⁷. Indica que aunque ciertos derechos deben prestarse para hacerse efectivos a una obligación progresiva, otros, por ejemplo la prohibición de discriminación, deben cumplirse inmediatamente²³⁸. Señala además el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que la mención de que debe tratarse de hacerse efectivos los derechos hasta el máximo de los recursos de que se disponga, ha llevado con frecuencia para justificar la falta de disfrute de los derechos²³⁹. Sin embargo, indica, este requisito obliga a los Estados a garantizar al menos el mínimo de

236 Cf. Ferrajoli (1995, pp. 865-866).

237 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (s.f.).

238 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, s.f. Sobre la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad: Abramovich/Courtis (2004, pp. 92-116).

239 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (s.f.).

los derechos de subsistencia para todos, independientemente del desarrollo económico de un país determinado²⁴⁰.

El Comité de Derechos del Niño de la ONU ha asumido lo indicado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de dicha organización²⁴¹. Ha señalado que cuando un Estado ratifica la Convención de Derechos del Niño adquiere la obligación de aplicarla²⁴², debiendo traducir en realidad los derechos humanos de los niños. Ha enfatizado que el Estado debe reconocer el derecho a invocar ante los tribunales no solamente los derechos civiles y políticos, sino también los derechos económicos, sociales y culturales²⁴³. Ha agregado: "Para que los derechos cobren sentido, se debe disponer de recursos efectivos para reparar sus violaciones. Esta exigencia está implícita en la Convención, y se hace referencia a ella sistemáticamente en los otros seis principales instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. La situación es especial y dependiente de los niños les creadificultades reales cuando los niños quieren interponer recursos por la violación de sus derechos. Por

240 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (s.f.). Con respecto a lo indicado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales comenta Víctor Bazán: "La observación general N.º 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (ONU) –en adelante, también, Comité de DESC– pone de manifiesto que la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos 'grupos' de derechos (refiriéndose a la DESC y a los civiles y políticos) son indivisibles e interdependientes, al tiempo que 'reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad". Bazán (2005, p. 550). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, dado el 26 de febrero de 1999, dijo: "35. La Comisión reconoce que el deber del Estado en este contexto es el de avanzar hacia la protección cabal de conformidad con sus posibilidades. De esta manera, la Convención de Derechos del Niño establece que las medidas que debe adoptar el Estado para garantizar la nutrición y la vivienda son las posibles 'de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios'. De la misma manera en relación con los derechos económicos y sociales en general, la Convención Americana compromete a los Estados a adoptar medidas 'para lograr progresivamente la plena efectividad' de dichos derechos. 36. Sin embargo, la naturaleza del deber del Estado reseñada en el párrafo anterior no implica que no exista obligación concreta. De hecho, dado que los niños deben gozar de una especial protección requerida por su condición de menor, el deber de garantizarles un nivel de vida adecuado debe ser una prioridad entre los programas del Estado y el gasto público (...)". Cf. Relatoría de la niñez CIDH/OEA (2002, p. 205).

241 Comité de Derechos del Niño (2003 p. 3).

242 Comité de Derechos del Niño (2003, p. 2).

243 Comité de Derechos del Niño (2003, p. 3).

consiguiente, los Estados deben tratar particularmente de lograr que los niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de los niños. Ello debería incluir el suministro de información adaptada a las necesidades del niño, el asesoramiento, la promoción, incluido el apoyo a la autopromoción, y el acceso a procedimientos independientes de denuncia y a los tribunales con la asistencia letrada y de otra índole necesaria. Cuando se comprueba que se han violado los derechos, debería existir una reparación apropiada, incluyendo una indemnización, y, cuando sea necesario, la adopción de medidas para promover la recuperación física y psicológica, la rehabilitación y la reintegración, según lo dispuesto en el artículo 39". Indica a continuación: "El Comité subraya que los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos civiles y políticos, deben poder invocarse ante los tribunales. Es esencial que en la legislación nacional se establezcan derechos lo suficientemente concretos como para que los recursos por su infracción sean efectivos"²⁴⁴.

Debe reconocerse que la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales da un cierto margen de apreciación a los Estados sobre la forma de implementarlos, ello a través de las diversas políticas económicas y sociales, debiendo eso sí reflejar una razonabilidad²⁴⁵. Este margen es propio del sistema democrático²⁴⁶. Es decir con respecto a los medios para la garantía de dichos derechos, se permite con frecuencia un ámbito discrecional, aun-

244 Comité de Derechos del Niño (2003, p. 9).

245 Dicen Víctor Abramovich y Christian Courtis: "Cabe destacar que el examen judicial no necesariamente debe centrarse sobre la conducta concreta que debe exigirse al Estado. Cuando el Estado asume una vía de acción en el cumplimiento de la obligación de adoptar medidas de satisfacción de un derecho social, el Poder Judicial puede analizar también la elección efectuada por el Estado a partir de nociones tales como la razonabilidad, o bien de carácter adecuado o apropiado, que tampoco son ajenas a la tradición de control judicial de actos de los poderes políticos. Los jueces no sustituyen a los poderes políticos en la elección concreta de la política pública diseñada para la satisfacción del derecho, sino que examinan la idoneidad de las medidas elegidas para lograr esa satisfacción. Aunque el margen que tiene el Estado para adoptar decisiones es amplio, aspectos tales como la exclusión de ciertos grupos que requieren especial protección, la notoria deficiencia de la cobertura de las necesidades mínimas definidas por el contenido del derecho o el empeoramiento de las condiciones de goce de un derecho son pasibles de control judicial en términos de razonabilidad o de estándares similares". Abramovich/Courtis (2004, p. 126).

246 Señala, sin embargo, con razón el Comité de Derechos del Niño: "El Comité, subrayando que las políticas económicas no son nunca neutrales en sus consecuencias sobre los derechos del niño, expresa su profunda preocupación por los frecuentes efectos negativos que tienen sobre los niños los programas de ajuste estructural y la transición a una economía de mercado". Comité de Derechos del Niño (2003, pp. 15-16).

que está reglado el fin al que debe dirigirse la política estatal, esto es a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales²⁴⁷, de modo que, como se dijo antes, se llegue a garantizar un nivel esencial de los derechos²⁴⁸, debiéndose llegar en forma progresiva a la plena efectividad de los derechos reconocidos²⁴⁹. Se agrega a ello que el principio del interés superior del niño lleva a la prioridad que deben tener para el Estado los programas para la protección de la niñez y la adolescencia, de modo que incluso podría llegarse a discutir la insuficiencia del presupuesto nacional destinado a ello²⁵⁰. El Comité de Derechos del Niño de la ONU ha llegado a indicar que debe existir una “visibilidad de los niños en los presupuestos”. Ha dicho que: “Ningún Estado puede decirse parado por la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales está adoptando medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, como lo dispone el artículo 4, a menos que pueda determinar la proporción de los presupuestos nacionales y de otros presupuestos que se destinan al sector social, dentro de éste, a los niños, tanto directa como indirectamente”²⁵¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al dar la opinión consultiva del 28 de agosto de 2002 sobre la condición y derechos de los niños partió de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales del niño, recogiendo los criterios arriba indicados. Allí hizo mención a la obligación estatal de realizar todas las medidas para la plena vigencia de los derechos de los niños (Nº. 91), señalando que el Estado para la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales debe realizar el mayor esfuerzo, ello “de manera constante y deliberada”, “evitando retrocesos y demoras injustificadas” y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles” (Nº. 81).

Debe considerarse además que los derechos civiles y políticos están relacionados con lo que se conoce como el Estado de Derecho, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales con el Estado Social, formando la concepción unitaria de unos y otros. La preocupación se da porque los derechos de la primera generación tengan un ámbito de realidad práctica, de modo que se garanticen niveles de vida adecuados al respecto. Las dificultades de distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales se refleja en el derecho a una defensa técnica, incluso pagada por el Estado cuando se carece de medios, que en principio forma

247 Cf. Gialdino (2002, p. 143).

248 Cf. Gialdino (2002, p. 136).

249 Cf. Gialdino (2002, p. 135).

250 Comité de Derechos del Niño (2003, p. 3).

251 Comité de Derechos del Niño (2003, p. 15).

parte de los derechos individuales, es, sin embargo, expresión del principio de Estado Social, reflejándose claramente esta interrelación entre derechos individuales y sociales.

Por otro lado, en lo relativo a la justicia penal es reconocido que la realización de una buena política social, relacionada con los derechos económicos, sociales y culturales, es la mejor política criminal. Así para la prevención de los delitos debe procurarse más que la penalización, la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Ello se refleja claramente, por ejemplo, en las reglas para la prevención de la delincuencia juvenil.

Los derechos humanos de la tercera generación, llamados también derechos de solidaridad, suponen derechos de carácter colectivo, y conforman lo que se conoce como los derechos de carácter difuso, entre los cuales se encuentran el derecho a la paz y consiguientemente al desarme, al desarrollo, el derecho de los pueblos a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, a un medio ambiente sano y la participación en el patrimonio colectivo de la humanidad²⁵². Se trata de derechos en formación, ya que en general no se ha logrado el consenso necesario para que encuentren acogida en instrumentos internacionales de obligatorio cumplimiento²⁵³. Se agrega a ello que son reflejo de un mundo globalizado²⁵⁴. Así las afectaciones a un medio ambiente sano trascienden las fronteras de los Estados, tal y como quedó reflejado en el accidente de Chernovyl. Eso se refleja también, por ejemplo, en lo relativo al derecho a la paz, de modo que incluso las guerras locales tienen trascendencia internacionalmente. Una de las características de los derechos de la tercera generación es que corresponden a la comunidad como un todo, de modo que corresponden a una generalidad de personas, pero también a cada una de ellas en particular. Por otro lado, se hace mención a dichos derechos en cuanto derechos de las futuras generaciones, ya que su quebranto tiene trascendencia para la calidad de vida de los que aún no han nacido, de modo que la afectación no se circunscribe a un determinado momento histórico y a las personas que viven en ese momento. Una de las características de los derechos de la tercera generación es que su carácter difuso permite que cualquiera de las personas de la comunidad pueda estar legitimada para accionar en defensa de los mismos, por ejemplo a través de un recurso de amparo ante la Sala Constitucional. En lo concerniente a la justicia penal debe resaltarse entre los derechos humanos de la tercera gene-

252 Cf. Ipsen (1990, p. 642).

253 Villán Durán (2002, p. 101).

254 Villán Durán (2002, p. 101).

ración los derechos establecidos en el Convenio 169 de la OIT, relativo a los pueblos indígenas y tribales en países independientes, que contiene normas que disponen la necesidad de respeto de las formas en que los pueblos indígenas dan solución de los conflictos penales.

Hoy día se habla, incluso, de la existencia de una cuarta generación de derechos humanos, sin existir claridad sobre los derechos que se ubicarían dentro de esta generación, aunque algunos han ubicado en la misma los derechos correspondientes a la esfera de la bioética²⁵⁵.

1.6. Derechos fundamentales y derechos humanos

Con frecuencia, se utilizan en forma indistinta los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos, y se llegan a considerar como sinónimos, lo que con razón ha sido criticado en Costa Rica por Juan Marcos Rivero Sánchez²⁵⁶.

Debe tenerse en cuenta que los derechos humanos son aquellos reconocidos como tales por el derecho internacional de los derechos humanos, mientras que los derechos fundamentales son los garantizados por un estado determinado²⁵⁷. En un estado de derecho, incluso, los derechos fundamentales deberían tener un ámbito mayor que los derechos humanos, ya que debería ir adelante en cuanto al reconocimiento de derechos que aun no han sido admitidos como tales por el derecho internacional de los derechos

255 Citado por Osset: (2001, p. 40). Sobre la cuarta generación de derechos humanos: En las últimas décadas del siglo XX se ha introducido el concepto de 'cuarta generación de Derechos Humanos'. En la práctica lo que el concepto pone de manifiesto es la continua emergencia de nuevas formas de derechos no contempladas con anterioridad: derechos que, en buena medida, surgen como formas de reivindicación en las sociedades desarrolladas. Asignar los 'derechos emergentes' a una tercera o hipotética cuarta generación resulta más bien irrelevante. A mi juicio es más práctico y razonable referirnos a 'nuevas fronteras' de los Derechos Humanos.

256 Rivero Sánchez (2001, pp. 102-112).

257 Señala Gregorio Peces Barba: Las exigencias necesarias para que la filosofía de los derechos humanos se convierta en derecho positivo vigente en un país determinado son los siguientes: 1. Que una norma jurídica positiva los reconozca (normalmente con rango constitucional o de ley ordinaria). 2. Que de dicha norma derive la posibilidad para los sujetos de derecho de atribuirse como facultad, como derecho subjetivo, ese derecho fundamental. 3. Que las infracciones de esas normas, y por lo tanto el desconocimiento de los derechos subjetivos que derivan de ellas, legitime a los titulares ofendidos para pretender de los tribunales de justicia el restablecimiento de la situación y la protección del derecho subjetivo, utilizando si fuera necesario para ello el aparato coactivo del Estado. Solamente en este caso estaremos ante la plenitud de un derecho fundamental (Peces Barba: 1986, p. 63).

humanos, lo cual da como resultado que la lista de unos y otros nunca puede estimarse como cerrada. En otras palabras, los derechos fundamentales son vistos desde la perspectiva del derecho interno de un estado, mientras que los derechos humanos desde la del derecho internacional.

Es relevante anotar que el estado, al receptor normas del derecho internacional de los derechos humanos como aplicables al mismo, llega a convertir los derechos establecidos en ellas en derechos fundamentales.

1.7. Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos

En relación con las fuentes del derecho internacional público es importante citar el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual señala que la misma debe aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59 (...)²⁵⁸

La fuente de obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos es, por antonomasia, los tratados internacionales, que son convenios bilaterales o multilaterales entre estados u organizaciones internacionales, siendo de gran importancia para la interpretación de los mismos la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales. De hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos con frecuencia acude a dicha convención para precisar aspectos relacionados con las obligaciones contraídas por los estados en el sistema interamericano de derechos humanos. El término tratado debe considerarse como sinónimo de pacto o convención internacional. Por su parte, el término protocolo hace referencia a un tratado interna-

258 Véase el texto del estatuto en: Soto Harrison (1997, pp. 167-191).

cional que llega a complementar otro tratado, el cual tiene, en definitiva, el mismo valor que este.

Sin embargo, el derecho internacional de los derechos humanos ha tenido un gran desarrollo a través de diversas declaraciones, directrices, principios y códigos de conducta de derechos humanos, y se puede decir que llegan a adelantarse a los tratados internacionales en cuanto a la regulación de derechos humanos, de modo que estos últimos han llegado a admitir derechos que anteriormente habían sido contemplados a través de una declaración²⁵⁹.

Dentro de las declaraciones de derechos humanos destacan la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ambas aprobadas en 1948.

Ha existido una gran discusión con respecto al valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Al momento de ser aprobada no fue concebida como un instrumento de carácter obligatorio²⁶⁰, sino como un valor moral, habiendo sido aprobada por la Asamblea General de la ONU, órgano que no tiene, en principio, competencia legislativa y solo puede hacer recomendaciones²⁶¹. Sin embargo, se discute si con el transcurso del tiempo ha ido cambiando de carácter, debiéndose estimar como de acatamiento obligatorio, en cuanto se pudiera estimar como expresión de una costumbre internacional. Es importante anotar que la costumbre es la fuente más antigua del derecho internacional público, que requiere el consenso de la comunidad internacional, la que estime una norma determinada como obligatoria²⁶².

A favor del carácter obligatorio de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como expresión de una costumbre internacional, se argumenta que fue reconocido por la Proclamación de Teherán, dada por la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de

259 Al respecto: Villán Durán (2002, p. 232).

260 Véase: Verdross (1980, p. 543), Kelsen (1965, pp. 124-125), Pinto (1999, p. 34). Al respecto, dice Ignatieff: En realidad los Estados que firmaron la Declaración Universal nunca creyeron que constreñiría su conducta. Después de todo, carecía de un mecanismo para su aplicación. Se trataba de una mera declaración, y no de un tratado estatal o una convención que requiriese una ratificación nacional (Ignatieff: 2003, p. 34).

261 El haberle dado el nombre de declaración, sin embargo, tiene relevancia, ya que en el lenguaje de la ONU dicho término se utiliza solamente en casos muy especiales, de gran importancia, siendo en definitiva un instrumento formal y solemne, a diferencia de una recomendación, que tiene un carácter menos formal. Así: Oraá, Gómez Isa (2002, pp. 99-100).

262 El art. 38, inciso 1 b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece como fuente por aplicar la costumbre internacional como prueba de una práctica aceptada por derecho. Véase el Estatuto en: Soto Harrison (1997, p. 181).

1968²⁶³, que señaló: 2. La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional²⁶⁴.

En Costa Rica, la Sala Constitucional se ha basado en la Declaración de Teherán para afirmar el carácter obligatorio de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Así, en el voto 769-90 del 10 de julio de 1990 dijo:

Con la Carta de la ONU que el concepto de derechos humanos se consolida en un tratado universal. De seguido, se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que se ha considerado como una interpretación de las normas de la Carta sobre la materia, y cuyo valor jurídico fue reconocido por varias resoluciones de la Asamblea General sobre el deber de todos los Estados de observarla plenamente. Así también lo hicieron las Conferencias de Montreal y Teherán en 1968 y la de Helsinki de 1975, todo lo cual ha rodeado de fuerza legal a la Declaración sic.

Sin embargo, una proclamación similar a la de Teherán no se hizo en la Declaración y Programa de Acción de Viena del 25 de junio de 1993, aprobada por consenso en la segunda Conferencia Internacional de Derechos Humanos, celebrada en Viena. En la misma se indicó:

Destacando que la Declaración Universal de Derechos Humanos, que constituye una meta común para todos los pueblos y todas las naciones, es fuente de inspiración y ha sido la base en que se han fundado las Naciones Unidas para fijar las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos (...)²⁶⁵

La renuencia a reiterar la obligatoriedad de la Declaración Universal de Derechos Humanos, tal y como se había establecido en la Declaración de Teherán, hace dudar que dicha declaración pueda, en su totalidad, ser considerada como expresión de una costumbre internacional, de modo que es de carácter

263 Cf. Villán Durán (1989, p. 21), véase también: O' Donnell (1988, p. 16), Tiedemann (1963, pp. 69-70), Gros Espiell, H. (1988, p. 21, 288-290). Sobre la discusión acerca del carácter jurídico obligatorio de la declaración universal de 1948: Guradze (1956, pp. 127-132).

264 Véase el texto de dicha Declaración en: Pacheco (Editor) (1987, pp. 184-188).

265 Citada por: Villán Durán (2002, p. 229).

obligatorio²⁶⁶. Más bien, la tendencia es establecer diversas categorías de los derechos humanos. Así se ha llegado a distinguir entre un núcleo duro de los derechos humanos previstos en la Declaración Universal, llamado también de los derechos humanos fundamentales²⁶⁷, y el resto de los derechos humanos, de modo que el primero sí habría llegado a considerarse como expresión de una costumbre internacional, mientras que el segundo aun no ha adquirido ese carácter²⁶⁸. Ejemplos de derechos humanos fundamentales establecidos en la Declaración Universal serían la prohibición de la privación arbitraria de la vida, la prohibición de la tortura, de la esclavitud y de la servidumbre, lo mismo que la prohibición de la discriminación. Igualmente deben considerarse las detenciones arbitrarias y la garantía mínima de un juicio justo (garantía del derecho de defensa, presunción de inocencia e imparcialidad del juzgador)²⁶⁹.

266 Indica Villán Durán que la Declaración de Viena, a diferencia de la Declaración de Teherán, no se pronunció sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo que significa que en 1993 los Estados no lograron alcanzar el consenso necesario para revalidar el valor jurídico imperativo de dicha Declaración, al menos en los términos expresados en la Declaración de Teherán. Cf. Villán (2001, p. 57).

267 La Sala Constitucional, en el voto 2771-2003 del 4 de abril de 2003 (voto de mayoría), parece utilizar como sinónimos derechos humanos y derechos humanos fundamentales, lo que no sería correcto, pues este último concepto dentro del derecho internacional de los derechos humanos hace referencia a una categoría especial de los derechos humanos.

268 Así: Villán Durán (2002, pp. 223-232), Villán (2001, pp. 60-61). En sentido similar: Nikken (1989, pp. 80-81), Tomuschat (1992, p. 8). En contra del carácter obligatorio de la declaración universal de derechos del hombre: Maunz, Zippelius (1991, Par. 18 II 3, p. 143), Hesse (1990, Par. 9 I, p. 111), Kimminich (1993, pp. 358-359), Schaber (1994, p. 57).

269 Al respecto, véase Villán (2001), que menciona: Los derechos a la vida e integridad de las personas, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la irretroactividad de la ley penal y las libertades del pensamiento, conciencia y religión, sí como el principio de no discriminación gozán de una aceptación generalizada. Por tanto, son obligatorios para todos los Estados miembros de la comunidad internacional a título de principios generales del Derecho o de normas consuetudinarias internacionales, con independencia de que los Estados sean Partes o no de algún tratado internacional de derechos humanos. Agrega: En cambio, otros derechos consagrados en la DUDH tales como el derecho a la nacionalidad, la libertad de circulación, el derecho de propiedad o el derecho a buscar asilo, no se han concretado todavía en ulteriores instrumentos internacionales que precisen su contenido, ya que los Estados no han mostrado la voluntad política necesaria para concertar sus obligaciones internacionales en esas materias. En estos casos, es evidente, que se trata de simples pautas jurídicas que se ofrecen a los Estados miembros, pero en modo alguno obligatorias (Villán: 2001, pp. 60-61). Por su parte, Antonio Blanc señala como parte del núcleo duro de los derechos humanos o derechos humanos fundamentales el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud o servidumbre, y el derecho a las garantías jurídicas y procesales mínimas e indispensables. Blanc (2001, p. 28). Véase también: Nikken (1989, p. 80).

En relación con esto, es importante mencionar lo indicado por el Comité de Derechos Humanos de la International Law Association, que rindió un informe en la Conferencia de Buenos Aires, llevada a cabo en 1994. De acuerdo con dicho Comité, según lo indican Jaime Oraá y Felipe Gómez Isa, serían normas vinculantes para todos los estados de la comunidad internacional como parte del derecho consuetudinario:

1. Las contenidas en los artículos 1, 2 y 7, que expresan el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación en el goce de los derechos (...). Así a las mujeres muchas veces se les impide ejercer sus derechos en plena igualdad con los hombres; distinciones basadas en creencias políticas y religiosas se encuentran en bastantes constituciones; y una efectiva garantía de los derechos de los ricos y los pobres es a menudo muy diferente. La discriminación por motivos de raza es aceptada por toda la doctrina como prohibida por el derecho internacional e incluso declarada como norma de 'ius cogens'. 2. Las garantías del artículo 3 (derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad) están formuladas de manera muy general como para constituir un standard útil y operativo; sin embargo, la protección del derecho a la vida ha sido citado siempre como una de las normas de derecho internacional consuetudinario; de tal modo que la práctica de los asesinatos, desapariciones, y la privación arbitraria de la vida, han sido condenadas universalmente como violaciones al derecho a la vida. 3. La prohibición de la esclavitud (art. 4), la prohibición de la tortura, la prohibición de las detenciones arbitrarias prolongadas (art. 9), el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad (art. 6), el derecho a un juicio justo (arts. 10 y 11), el derecho a contraer matrimonio (art. 16), también entrarían dentro de las normas consuetudinarias²⁷⁰ sic.

En lo atinente a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la tendencia es admitir su obligatoriedad. Se dice que la Declaración fue aprobada como una mera recomendación, sin fuerza obligatoria formal²⁷¹. A pesar de ello, es admitido por la doctrina que la Declaración

270 Oraá, Gómez Isa (2002, pp. 115-116).

271 Nikken (1989, p. 82). En sentido contrario: Sancinetti, Ferrante (1999, p.390), quienes indican que La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre ya desde su nacimiento contó con un incuestionable valor en tanto fuente de obligaciones jurídico internacionales.

Americana adquirió un carácter obligatorio y con ello vinculante²⁷². Con la incorporación de la Comisión Interamericana, que había sido creada en 1959, como órgano permanente de la OEA en 1967, al modificarse la Carta de la misma, se estima, en general, que indirectamente se incorporó la Declaración a la Carta, partiendo de las funciones que tenía asignada la Comisión de velar por el cumplimiento de la Declaración. El carácter obligatorio de la Declaración fue ratificado por la CADH, no solamente por la referencia a la misma en el preámbulo, sino por lo establecido en el artículo 29, inciso d) de la CADH, que establece que ninguna disposición de la convención puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

A través de dicha norma se está atribuyendo carácter obligatorio a la declaración, puesto que con base en ella pueden reclamarse mayores derechos que los establecidos en la convención²⁷³. Por otro lado, es importante anotar que en el sistema interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede recibir quejas con base en la declaración americana, en contra de estados que no hayan suscrito la CADH, lo cual hace que existan dos regímenes: uno basado en la Carta de la OEA y la Declaración Americana cuyo órgano de protección es la Comisión, y otro fundado en la CADH, en el que operan como órganos la Comisión y la Corte Interamericana²⁷⁴. Con respecto a esto y al valor jurídico obligatorio de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-10/109 del 4 de julio de 1989, en la que dijo:

39. La Carta de la Organización hace referencia a los derechos esenciales del hombre en su Preámbulo ((párrafo tercero) y en sus arts. 3.j), 16, 43, 47, 51, 112 y 150; Preámbulo (párrafo cuarto), arts. 3.k), 16, 44, 48, 52, 111 y 150 de la Carta reformada por el Protocolo de Cartagena de Indias), pero no los enumera ni los define. Han sido los Estados Miembros de la Organización los que, por medio de los diversos órga-

272 Así: Salvioli (1996, p. 240), Nikken (1989, pp. 84-85), Pinto (1999, pp. 37-40).

273 En otro sentido, dice Thomas Buergenthal que duda que pueda darse una interpretación tan amplia al art. 29 d) como para considerar que los derechos establecidos en la declaración quedan incorporados en la CADH. Sin embargo, –dice– al menos la convención acepta que la Declaración puede tener carácter normativo. Cf. Buergenthal, 1989, p. 116.

274 Cf. Nikken (1989, p. 96).

nos de la misma, han enunciado precisamente los derechos humanos de que se habla en la Carta y a los que se refiere la Declaración.

40. Es así como el artículo 112 de la Carta (art. 111 de la Carta reformada por el Protocolo de Cartagena de Indias) dice:

Habrà una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá como función principal la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia.

Por su parte, el artículo 150 de la Carta dispone:

Mientras no entre en vigor la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos a que se refiere el Capítulo XVIII (Capítulo XVI de la Carta reformada por el Protocolo de Cartagena de Indias), la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos velará por la observancia de tales derechos.

41. Estas normas atribuyen a la Comisión Interamericana la competencia de velar por los derechos humanos y estos derechos no son otros que los enunciados y definidos en la Declaración Americana. Es lo que se deduce del artículo 1 del Estatuto de la Comisión, aprobado por la resolución N°. 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su Noveno Período Ordinario de Sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979. Tal artículo dice:

1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de la Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

2. Para los fines del presente Estatuto, por derechos humanos se entiende:

a. los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados Partes en la misma;

b. los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la relación con los demás Estados miembros.

Los artículos 18, 19 y 20 del mismo Estatuto desarrollan estas atribuciones.

42. La Asamblea General de la Organización ha reconocido además, reiteradamente, que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA. Por ejemplo, en la resolución 314 (VII-0/77) del 22 de junio de 1977, encomendó a la Comisión Interamericana la elaboración de un estudio en el que 'consigue la obligación de cumplir los compromisos adquiridos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre'. En la resolución 371 (VIII-0/78) del 1 de julio de 1978, la Asamblea General reafirmó 'su compromiso de promover el cumplimiento de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre' y en la resolución 370 (VIII-0/78) del 1 de julio de 1978, se refirió a los 'compromisos internacionales' de respetar los derechos del hombre 'reconocidos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre' por un Estado Miembro de la Organización. En el Preámbulo de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada y suscrita en el Decimoquinto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General en Cartagena de Indias (diciembre de 1985), se lee:

Reafirmando que todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Carta de las Naciones Unidas y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

43. Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.

44. Teniendo en cuenta que la Carta de la Organización y la Convención Americana son tratados respecto de los cuales la Corte puede ejercer su competencia consultiva en virtud del artículo 64.1, esta puede interpretar la Declaración Americana y emitir sobre ella una opinión

consultiva en el marco y dentro de los límites de su competencia, cuando ello sea necesario al interpretar tales instrumentos.

45. Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales.

46. Para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA.

47. La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto.

En el derecho internacional de los derechos humanos se encuentra una serie de instrumentos adicionales, entre los cuales están diversas resoluciones aprobadas por la Asamblea General de la ONU. En particular, en lo relativo a la justicia penal, destacan diversas reglas mínimas, directrices, principios y declaraciones, las que no tienen, en principio, un carácter obligatorio, sino que se trata de meras recomendaciones, aunque pueden llegar a ser obligatorias si su aceptación generalizada por los Estados lleva a que puedan ser catalogadas como parte del Derecho consuetudinario. En este sentido, indica Carlos Villán Durán:

Los textos no convencionales, tales como las declaraciones, conjunto de principios, reglas mínimas, resoluciones o recomendaciones, no nacen como normas jurídicas, sino como meros criterios orientadores de la conducta de los Estados. Pero si la práctica posterior de los Estados y de las OI (Organizaciones Internacionales) muestra una aceptación generalizada

de las reglas contenidas en un texto no convencional, tal práctica será la prueba de la cristalización del consenso de los Estados en favor del carácter jurídico, y por consiguiente obligatorio, de tales reglas²⁷⁵.

Lo anterior, ya que la Carta de las Naciones Unidas, en principio, no le concedió facultades legislativas al respecto. En especial es importante el artículo 13, inciso 1 b) de la Carta de la ONU, en el que se dice:

La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: (...) b) fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (...)

Además, entre las fuentes del derecho que serán aplicadas por la Corte Internacional de Justicia, no se señalaron en el artículo 38 del Estatuto de dicha Corte las resoluciones y declaraciones emitidas por la Asamblea General de la ONU²⁷⁶. Valga señalar, sin embargo, que dichos instrumentos internacionales no convencionales pueden tener una gran importancia para la interpretación de las convenciones internacionales, por cuanto, en general, presentan un desarrollo con aspectos más concretos que los establecidos en esas convenciones. Se debe resaltar que con frecuencia acude a esos instrumentos la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos para precisar un determinado derecho humano²⁷⁷. Incluso, se puede afirmar que los instrumentos internacionales no

275 Cf. Villán Durán (2002, p. 124). Véase también: pp. 210, 221, 232. En sentido similar: Podes-tá, Ruda (1979, T. I, p. 22), Ipsen (1990, Par. 16, N°. 23, p. 197), Verdross, Simma (1984, Par. 634-639, pp.405-412), Verdross (1980, p. 498), Bovino (1998, p. 432). Gregorio Peces Barba no incluye los instrumentos internacionales no convencionales como fuente de derecho positivo, ni siquiera la Declaración Universal de los Derechos Humanos ni la Declaración Americana. Cf. Peces-Barba (1986, pp. 157-160).

276 Sobre dicho artículo: Soto Harrison (1997, pp. 181-182).

277 Señala Alberto Bovino: Las disposiciones de este tipo de instrumentos pueden, de hecho, resultar exigibles para los Estados, esto sucede, por ejemplo, cuando tales disposiciones son utilizadas por los órganos internacionales de protección como criterios de interpretación de las obligaciones y deberes impuestas en instrumentos de carácter vinculante. De esta manera, estas disposiciones determinan, en la práctica, el alcance, significado y contenido de las cláusulas de los instrumentos internacionales que sí revisten carácter obligatorio para el Estado (Bovino: 1998, pp. 432-433).

convencionales constituyen con frecuencia una vía anticipada de regulación de lo que será previsto luego a través del tratado internacional²⁷⁸. Sin embargo, como se dice posteriormente, la Sala Constitucional les ha otorgado a esos instrumentos un carácter obligatorio para Costa Rica, convirtiéndolos en fuente de derecho, incluso con un rango superior a la Constitución, cuando conceden más derechos que los previstos en esta.

1.8. Universalidad o relativismo de los derechos humanos

Al mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos como fuente del derecho internacional de los derechos humanos, se hizo alusión a las discusiones sobre su valor y referencia a si la Declaración en sí había adquirido carácter obligatorio a raíz de su admisión como costumbre internacional, o si eso solamente podía afirmarse con respecto a algunos de los derechos establecidos en la misma.

Durante el tiempo que duró la guerra fría, los países del bloque soviético fueron muy críticos respecto de los derechos humanos, en particular en lo atinente a los derechos humanos de la primera generación, considerados como una consecuencia de la situación histórica y de los intereses de la época burguesa, que fue superada con el socialismo. Por otro lado, se estimaba que la prioridad la debían tener los derechos humanos de la segunda generación. Dicha polémica se planteó durante la misma redacción y aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y resultó, como se dijo arriba, que los países socialistas decidieron abstenerse en la votación final. La resistencia en relación con los derechos humanos de la primera generación, dentro de los que se encuentran los derechos ante la justicia penal, se mantuvo firme en el bloque soviético, especialmente mientras duró el estalinismo. Después de la caída del comunismo en Europa, los antiguos países socialistas se apresuraron a reformar sus legislaciones internas, entre ellas las respectivas constituciones, que regulando ampliamente las garantías ante el sistema penal, de modo que la controversia en cuanto al relativismo en esos países, por concernir a la división suscitada por la guerra fría, perdió importancia.

278 En este sentido indica Mónica Pinto: Cronológicamente, primero se consagran los derechos y luego su sistema de control. De este modo, luego de la etapa de declaraciones internacionales de derechos, se adoptan los tratados, obligatorios para las partes, que, además, establecen su propio sistema de protección (Pinto: 1999, p. 119).

Sin embargo, las discusiones sobre el universalismo o relativismo de los derechos humanos no han perdido intensidad, puesto que en las últimas décadas en el ámbito del tercer mundo, en particular africano y asiático, se han criticado los derechos humanos como expresión de los valores del mundo occidental, señalándose que dichos derechos son utilizados como una nueva forma de colonialismo en los países del tercer mundo²⁷⁹. En particular, los países en los que el estado se ha proclamado como defensor de la religión musulmana, son especialmente críticos con respecto a la existencia de derechos humanos de carácter universal. Es importante recordar las discusiones que se dieron para la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Así, Arabia Saudita fue uno de los países que se abstuvo de votar dicha Declaración, dadas sus reservas de carácter religioso, en especial por la posición de la mujer y el matrimonio, así como lo concerniente a la libertad religiosa. En las discusiones también Egipto había expresado reservas, aunque finalmente votó a favor de la Declaración Universal.

Debe tenerse en cuenta que, como se dijo antes, la composición de la ONU al aprobar la Declaración era muy diferente a la actual, pues de los 58 miembros había 14 asiáticos y 4 africanos. No se había iniciado aun el proceso de descolonización, en particular en África²⁸⁰.

Por otro lado, en el ámbito africano se critica específicamente que en el plano internacional, como consecuencia de la cultura individualista occidental, se le da un gran énfasis a los derechos individuales, pero no a los colectivos, lo cual resulta que en culturas como la africana el ser humano no puede ser desligado de la colectividad a la que pertenece, por lo que tienen gran importancia los derechos colectivos, los cuales conforman lo que se conoce como los derechos humanos de la tercera generación.

279 Cf. Bielefeldt (1992, pp. 146-149), Bielefeldt (1993, pp. 165-184), Bujo (1991, pp. 211-224), Forstner (1991, p. 250), Heinz (1986, pp. 81-90), Heinz (1994, pp. 129-130), Kühnhardt (1987, pp. 174-194), Ludwig (1991, pp. 241-248), Tessmer (1994, p. 16). Sobre la discusión acerca del relativismo o universalidad de los derechos humanos: Chipoco (1992, pp. 19-26).

280 Se descarta, en general por la doctrina, la participación de representantes del Tercer Mundo en los trabajos previos de elaboración de la Declaración Universal. Por otro lado, se ha afirmado que la participación del Dr. Chang de China implicó la consideración del confucianismo y que la del profesor Malik de Líbano, la del islamismo. Sin embargo, eso es solo parcialmente cierto, puesto que ambos habían recibido una educación occidental. Cf. Carrillo Salcedo (1999, p. 113).

Las discusiones sobre el universalismo o relativismo no tuvieron expresión en la Declaración de Teherán de 1968, a lo que se debe la afirmación hecha de que la Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene un carácter universal. Debe tenerse en cuenta que la Declaración de Teherán se aprobó en medio de la euforia que había producido la aprobación en el ámbito de la ONU, dos años antes, del PIDCP y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁸¹.

Sin embargo, al llegarse a la Segunda Conferencia Universal de Derechos Humanos de Viena en 1993, la polémica había adquirido caracteres importantes, pretendiéndose en un inicio por los países africanos y asiáticos una proclama sobre el relativismo, lo cual los enfrentaba a los países del ámbito occidental, que defendían la universalidad.

La Declaración de Viena supuso una solución de compromiso, en la que no se ratificó el carácter obligatorio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamado en la Declaración de Teherán. Así, en el parágrafo 1 se estableció que: El carácter universal de los derechos y libertades no admite dudas.

Luego en el parágrafo 5 se dice:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso (...)

No obstante luego, como concesión a los reclamos formulados por los países africanos, asiáticos y musulmanes, se acogió, en forma ambigua²⁸², una relativización de la afirmación del carácter universal de los derechos humanos, al decirse:

Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales²⁸³.

281 Cf. Villán (2001, p. 58).

282 Cf. Oraá, Gómez Isa (2002, p. 97).

283 Véase la Declaración de Viena en: IIDH (Editor) (1999, pp. 457-499).

A pesar de la controversia existente, hay que resaltar el consenso que se logró para obtener afirmaciones contundentes, en lo relativo a la justicia penal, en contra de la tortura y las desapariciones forzadas. En particular, con respecto a la primera, se dijo:

55. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos subraya que una de las violaciones más atroces a la dignidad humana es el acto de tortura, que destruye esa dignidad de las víctimas y menoscaba la capacidad de las víctimas de reanudar su vida y sus actividades.

56. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma que, con arreglo a las normas de derechos humanos y al derecho humanitario, el derecho a no ser sometido a torturas es un derecho que debe ser protegido en toda circunstancia, incluso en situaciones de disturbio o conflicto armado interno o internacional.

Agregó:

60. Los gobiernos, deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases para el imperio de la ley.

Relativo a las desapariciones forzadas se dijo:

La Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, acogiendo con beneplácito la aprobación de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, pide a todos los Estados que adopten eficaces medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole para impedir las desapariciones forzadas, acabar con ellas y castigarlas. La Conferencia reafirma que es obligación de todos los Estados, en cualquier circunstancia, emprender una investigación siempre que haya motivos para creer que se ha producido una desaparición forzada en un territorio sujeto a su jurisdicción y, si se confirman las denuncias, enjuiciar a los autores del hecho.

Es valioso anotar que, frente a los reclamos que se hacen muchas veces a los estados por violaciones graves a los derechos humanos, incluidas la tortura y las desapariciones forzadas, dichos Estados reclaman el derecho a la no injerencia en sus asuntos internos, pero se agregan a ello alegatos relacionados con el relativismo de los derechos humanos. Esto debido a que

los cargos que se les atribuyen son consecuencia de la concepción occidental e individualista de los derechos humanos, se deja de lado que lo más importante para los estados del Tercer Mundo son los derechos humanos de la tercera generación, dentro de los cuales sobresale el derecho al desarrollo. En realidad, el argumento que se da al respecto es falaz puesto que un estado, para lograr el desarrollo, no necesita torturar. En este sentido, es importante citar lo indicado por Carlos Chipoto:

Las violaciones de derechos humanos no se producen porque dictadores o los miembros de las fuerzas represivas expresen sus profundas costumbres ancestrales, sino porque quieren mantener el poder político usando métodos autoritarios y represivos. Es una crisis política, de gobierno o de Estado lo que genera la base para el desarrollo de las violaciones de los derechos humanos y no una cierta 'comprensión cultural' de esos derechos²⁸⁴.

Por otro lado, frente a las concepciones relativistas de los derechos humanos, ha de anotarse que las afirmaciones realizadas al respecto provienen, en general, del ámbito de los gobernantes²⁸⁵, pero en diversos estados existen grupos organizados de habitantes de los mismos, o bien de exiliados, que se dedican a defender la necesidad del respeto de los derechos humanos. Así, incluso, mientras se realizaba la Conferencia de Bangkok, preocupada por los particularismos asiáticos, más de cien organizaciones no gubernamentales se reunieron en esta ciudad y aprobaron una declaración paralela a la oficial, en la que afirmaron la universalidad de los derechos humanos²⁸⁶.

284 Chipoto (1992, p. 22).

285 Miguel Osset señala que, en lo relativo al reconocimiento de los derechos humanos por los diversos estados, se da un modelo que es conocido por las organizaciones no gubernamentales como el modelo de espiral, que va desde la total negativa inicial, hasta la aceptación final plena, real y efectiva. Indica que se dan varias etapas: 1) fase represiva, 2) fase de negación: represión con negativa pública a adoptar las normas y la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos, 3) fase de concesiones tácticas, en la que el Estado se ve obligado a hacer algunas concesiones para aliviar la tensión, pero sin que tengan aun efectividad real, 4) fase prescriptiva, en la que el Estado acepta la normativa internacional, adopta tratados, institucionaliza a escala doméstica las normas y 5) comportamiento consecuente. Cf. Osset (2001, pp. 98-102).

286 Cf. Villán Durán (2002, p. 113), Carrillo Salcedo (1999, pp. 118-119). Al respecto, véase también: Villán Durán (2001, p. 56), quien indica: Es curioso observar cómo los Gobiernos enfatizan al máximo esos particularismos culturales, mientras que sus sociedades civiles claman por la universalidad de los derechos humanos, incluidos los de las mujeres y niños, como reacción ante países como Irán que utilizan la islamización de la cultura como una cultura de humo tras la cual se ocultan serias violaciones de derechos humanos sic. En contra, sin embargo, Diane Orentlicher dice: Los activistas internacionales mencionan

Por otra parte, mientras los estados musulmanes en una reunión previa a la Conferencia de Viena se pronunciaron porque los derechos humanos están sometidos a la ley islámica, las organizaciones no gubernamentales árabes expresaron su preocupación por el énfasis que se daba a las particularidades culturales de cada región y a la soberanía nacional en relación con los derechos humanos²⁸⁷.

La universalidad de los derechos humanos es consubstancial a la concepción de los mismos, basada en el principio de dignidad de la persona humana. Sin embargo, como se indicó en la Declaración de Viena, existe una interrelación entre los diversos derechos humanos y entre las diversas generaciones de los mismos. Es claro que para el pleno ejercicio de los derechos individuales, propios de la justicia penal, se requiere una serie de condiciones económicas y sociales, las cuales se reflejan en la interrelación que existe entre el estado de derecho y el estado social, que da lugar al estado social de derecho. Solamente cuando se garantizan las condiciones mínimas de existencia, pueden ejercerse de manera plena los derechos individuales. Sin embargo, esto no debe llevar a afirmar el carácter meramente formal de las garantías ante la justicia penal, puesto que tienen un ámbito de realidad, como lo demuestra la práctica de violación de los derechos humanos realizada por diversos países del Tercer Mundo, entre ellos los latinoamericanos, especialmente durante la vigencia de la doctrina de la seguridad nacional.

Los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales conforman lo que se conoce como derechos humanos de la segunda generación, no han adquirido el grado de protección a nivel internacional ni local que existe en lo atinente a los derechos humanos de la primera generación, en parte porque se

su colaboración con los activistas locales como prueba de que no intentan imponer los valores occidentales en culturas tremendamente diferentes. Su defensa tiene un poderoso atractivo, pero casi estrictamente para aquellos que ya están comprometidos con los derechos humanos. Como respuesta al desafío relativista, elude ciertas preguntas fundamentales. En muchas de las sociedades 'no occidentales' citadas por Ignatieff, los individuos que demandan la protección de los derechos humanos globales constituyen una minoría. Por tanto ¿Qué nos dicen sus puntos de vista sobre el grado en que la idea de los derechos humanos disfruta de aceptación universal? En muchas sociedades un amplio porcentaje de la población ni siquiera ha abrazado el paradigma minimalista de derechos humanos defendido por Ignatieff, y en sus filas no hay únicamente déspotas cínicos. Orentlicher (2003, pp. 151-152). De manera opuesta, debe anotarse que la temática de los derechos humanos implica la protección, incluso, frente a las mayorías, unido a que no debe desconocerse las dificultades para expresar la oposición a las concepciones adoptadas oficialmente por un estado de carácter autoritario.

287 Carrillo Salcedo (1999, p. 119).

afirma que la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales debe realizarse por los estados hasta el máximo de los recursos de que se disponga, debiendo lograrse una protección progresiva, conforme lo establece el artículo 2, inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esto está relacionado con el derecho al desarrollo, que se establece como derecho humano de la tercera generación. Lo anterior, sin embargo, no debe llevar a negar la judicialidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Es importante anotar que la garantía de los mismos derechos humanos ante la justicia penal no se puede desvincular del contexto económico, social y cultural de un Estado determinado. Así, dichas garantías no suponen simplemente un deber de abstención, por parte del Estado, de realizar injerencias indebidas en los derechos de los habitantes, sino también la obligación de estructurar todo un aparato de justicia penal, que implica, por un lado, la policía, el órgano acusador (Ministerio Público), tribunales y sistema penitenciario²⁸⁸. No puede dejarse de considerar que esto está condicionado según las particularidades de cada país, de modo que las exigencias que al respecto se pueden hacer a los países industrializados son mayores que las que se podrían realizar a los países del Tercer Mundo. Lo anterior se puede apreciar, por ejemplo, en lo atinente a aquello que puede considerarse como una investigación seria de las violaciones de los derechos humanos, para lo cual pueden ser necesarias no solamente transformaciones políticas, sino también jurídicas²⁸⁹. Por otro lado, no puede negarse que esto tendrá tam-

288 En este sentido indica Franz-Josef Hutter que sin un aparato de justicia y una policía financiada por el estado no pueden garantizarse los derechos humanos, por lo que aun con respecto a los derechos clásicos no puede decirse simplemente que se exige una actuación positiva del estado. Cf. Hutter (2003, p. 70).

289 Aparentemente, en este sentido, son las afirmaciones que hace Diane Orentlicher cuando dice: Consideremos, por ejemplo, la prohibición de la tortura, que aparece en todas las listas esenciales de verdaderos estándares universales. Se reconoce desde hace tiempo que, para disponer de una prohibición efectiva, los Estados deben adoptar unos regímenes legales bastante sofisticados, y habitualmente emprender reformas legales. Así mucho tiempo después de que el derecho internacional proscribiera la tortura, las Naciones Unidas adoptaron un tratado que especificaba las medidas legales que debían adoptarse para asegurar su erradicación. Las implicaciones de estas garantías quedaron claras cuando sirvieron como base para la afirmación de los Lores británicos de que el general Augusto Pinochet podía ser extraditado a España para ser sometido a juicio bajo la acusación de haber ordenado torturas. Este mandato fragmentó las expectativas bien establecidas incluso entre países occidentales con una larga tradición de respeto al imperio de la ley. En aquellas sociedades que carecen de esta tradición, la Convención contra la Tortura requerirá cambios institucionales de envergadura, que no pueden ocurrir sin la correspondiente transformación de las culturas políticas y jurídicas de estas sociedades (Orentlicher: 2003, pp. 155-156).

bién gran relevancia en lo correspondiente a las condiciones penitenciarias y lo que puede dar lugar a considerar que existen malos tratos como consecuencia de ellas. Todo, por supuesto, implica la existencia de un mínimo de condiciones que puede exigírseles, incluso, a los países del Tercer Mundo, debiendo estimarse al respecto las características de cada uno de ellos. Además, el sistema de justicia no puede dejar de estimar las condiciones de carácter cultural y religioso que imperan en cada uno de los países, de modo que implícitamente no puede afirmarse, por ejemplo, la necesidad de una estructuración del proceso penal de manera uniforme, sino que debe darse cabida a los diversos sistemas procesales, sin dejar de lado la necesidad de la garantía de derechos como el de defensa, de imparcialidad y de presunción de inocencia. Estos argumentos culturales deben llevar a considerarse, también, el mismo sistema de penas existente, puesto que es claro que el significado de la pena de prisión en el mundo occidental es muy diferente al que tiene en el africano, en donde se tiende a rechazar como inhumana. Esto, por supuesto, no implica el desconocimiento de los problemas que tiene la prisión dentro del mundo occidental.

Pese a ello, las particularidades de carácter cultural no deben llevar a admitir penas como la lapidación, la flagelación o la amputación, que se aplican en diversos países del mundo árabe, por ejemplo en Irán y Arabia Saudita. En la misma reunión que los países del mundo árabe llevaron a cabo antes de la Conferencia de Viena, aunque se reafirmó la prohibición de la tortura, no se consideró como parte de esa prohibición el sistema de penas establecido conforme con la ley musulmana²⁹⁰. Se trata de un tema que está en el centro de la discusión con respecto al reclamo del relativismo de los derechos humanos, aunque debe indicarse que los órganos de protección de los derechos humanos de la ONU han rechazado que como consecuencia de ello puedan admitirse dichas penas²⁹¹.

290 Cf. Villán (2002, p. 109).

291 Cf. Villán (2002, p. 110). Indica Amy Gutmann: Afirmar que un régimen universal de derechos humanos debería ser compatible con el pluralismo moral no equivale a decir que debe ser compatible con cualquier sistema de creencias. Los derechos humanos no pueden suscribir indiscriminadamente cada uno de los sistemas existentes de creencias o, al menos, cada una de las interpretaciones dominantes de los actuales sistemas de creencias. El sistema actual de creencias de los talibanes niega la agencia de las mujeres y su dignidad, y lo hace incompatible con cualquier régimen de derechos humanos. Gutmann (2003, p. 20). Sobre el tema véase también: Villán (2001, p. 56), quien señala que las diferencias culturales no deben justificar la violación de normas imperativas del derecho internacional de los derechos humanos.

1.9. Universalismo y regionalismo de los sistemas de protección de los derechos humanos

Debe anotarse que actualmente el sistema de protección de los derechos humanos es dual, puesto que, por un lado, existen los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos aprobados en el marco de la ONU; o sea, en un contexto universal, lo mismo que los órganos de protección de los derechos humanos propios de la ONU, tales como el Comité de Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos. Por otro lado, se aprecia la existencia de diversos sistemas regionales que llevan a la aprobación de instrumentos internacionales con un alcance regional, lo mismo que se regulan sistemas de protección de los derechos humanos propios de una región, como se aprecia en Europa, África y América. Estos sistemas de protección no pretenden, de ninguna manera, suplantarse los sistemas universales, sino más bien complementarlos²⁹², al ser un principio que no puede acudir a su vez a reclamar una violación de los derechos humanos ante dos órganos diversos de protección de los mismos.

En este último caso, es importante mencionar la CADH y diversos convenios que la complementan, así como órganos de protección de los derechos humanos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También en Latinoamérica se ha discutido sobre la universalidad o relativismo de los derechos humanos, los cuales han sido negados durante las dictaduras que se basaban en la doctrina de la seguridad nacional. Superadas, en general, dichas dictaduras, se ha producido un proceso de uniformidad legislativa en una serie de materias, en particular la procesal penal, a partir del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, que pretendía encauzar la reforma procesal hacia una normativa respetuosa del derecho internacional de los derechos humanos, que sustituyera los procedimientos inquisitivos que regían hasta entonces.

A pesar de las diferencias entre los países latinoamericanos, se aprecia una cierta similitud en una serie de aspectos económicos y culturales. Por otro lado, frente a los reclamos de relativización de los derechos humanos no debe olvidarse que diversos países latinoamericanos desempeñaron una posición de vanguardia en la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, e incluso pretendían ir mucho más allá que ella. A esto se une que pocos meses antes de la aprobación de la Declaración Universal

292 Al respecto, Gros Espiell (1988, p. 292), Blanc Altemir (2001, p. 19).

de los Derechos Humanos se llegó a admitir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

No obstante todo lo anterior, que habla a favor de un proceso de regionalización de los derechos humanos, debe afirmarse también la existencia en Latinoamérica de una considerable cantidad de población indígena, que en algunos países constituye incluso la mayoría. Esto lleva, asimismo, a que deba actuarse en defensa de los derechos culturales de los pueblos indígenas, en el marco de lo establecido por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, debiéndose respetar las formas tradicionales de solución de los conflictos por parte de los indígenas.

CAPÍTULO II

Aspectos generales sobre la aplicación de los instrumentos de derechos humanos por la justicia penal costarricense

2.1. La autoejecutividad (carácter self-executing) de derechos ante la justicia penal establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos

Una de las discusiones con respecto a las convenciones de derechos humanos es si las mismas tienen un carácter auto-ejecutivo, de modo que puedan ser invocadas como derecho aplicable por los tribunales en los estados que las lleguen a ratificar; sin necesidad de que el estado apruebe una normativa legislativa que llegue a desarrollar lo establecido en la convención.

Se trata de una discusión que se ha dado en el ámbito latinoamericano, en particular en cuanto a la normativa de la CADH, pero puede aplicarse también en lo relativo al PIDCP.

2.1.1. La normativa de la CADH sobre la obligatoriedad de su cumplimiento

Artículo 1 de la CADH:

Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. (...)

Por su parte, el artículo 2 de la Convención indica:

Deber de Adoptar disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1o. no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

2.1.2. La tesis estadounidense del carácter programático de la CADH

La tesis del carácter programático de la CADH ha sido sostenida por los Estados Unidos de América, la cual funda su posición en lo establecido por el artículo 2 de la CADH. Así, en el informe de la delegación de los Estados Unidos a la Conferencia de San José, en la que se aprobó la Convención, se dijo con respecto al artículo indicado: No es la intención de los Estados Unidos interpretar los artículos del Tratado en la Parte I como siendo ejecutables por sí mismos. En el mismo sentido, el Poder Ejecutivo de los Estados Unidos, al enviar la Convención al Senado para su ratificación, dijo:

La Convención, comienza con una disposición general sobre no discriminación (Artículo 1) y continúa con la obligación de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para conferirle efecto a los derechos y libertades protegidos por la Convención (Artículo 2). Mientras la última disposición indica que las disposiciones sustantivas de la Convención no se aplican directamente, con el fin de evitar posibles discrepancias y con el objeto de dejar la implementación sustantiva a la jurisdicción y legislación doméstica, se recomienda la siguiente declaración. Los Estados Unidos declaran que los Artículos 1 a 32 de esta Convención no se aplican directamente, esto es no son 'self-executing'¹.

Es importante destacar que los Estados Unidos de América tienen una larga tradición de resistencia a la ratificación de los tratados de derechos humanos², lo que explica la cautela de la postura estadounidense con respecto a la autoejecutoriedad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.1.3. La tesis de la autoejecutoriedad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

La doctrina, en general, admite el carácter autoejecutivo como regla en la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Con frecuencia cita la doctrina latinoamericana lo indicado por Eduardo Jiménez Aréchaga, quien señaló:

1 Citado por Jiménez de Aréchaga, 1988, pp. 40-41.

2 Sobre ello: Kaufman/Whiteman, 1989, pp. 5-10.

Se requieren dos condiciones para que una norma sea auto-ejecutiva: primero, debe ser una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión en favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación; en segundo lugar, la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes³.

Agrega:

La existencia en un tratado de una disposición ejecutable por sí misma ('self executing') depende fundamentalmente de la intención de las Partes Contratantes. Tal norma existe cuando las Partes han tenido la intención de conceder un derecho definido y exigible al individuo que solicita ante el Juez la aplicación de esa norma en su favor⁴.

Dice, además, que la regla es que una disposición de un tratado es ejecutable por sí misma, salvo que contenga una estipulación expresa de la necesidad de ejecución a través de una ley o pertenezca, por su naturaleza, a tratados a los que no se les puede dar un carácter autoejecutivo⁵. Indica que la materia relativa a los derechos humanos se presta a ser autoejecutable, lo que no significa que todas las normas de un tratado de derechos humanos lo sean. Dice que, por ejemplo, los artículos 13 (5), 17 (4), 19 y 21 (3) establecen expresamente la necesidad del dictado de una ley o de medidas complementarias⁶.

La tesis de que la regla es la autoejecutoriedad de la CADH, tiene carácter dominante, con razón, en la doctrina que interpreta la Convención⁷. La Corte Interamericana se pronunció acerca de dicha tesis, ello al emitir la opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, que se refirió a la exi-

3 Jiménez de Aréchaga (1988, p. 34).

4 Jiménez de Aréchaga (1988, p. 34).

5 Jiménez de Aréchaga (1988, p. 35).

6 Jiménez de Aréchaga (1988, p. 38).

7 Cf. Piza Rocafort, Trejos (1989, pp. 97-107), Llobet Rodríguez (1991a, pp. 20-23), Cruz Castro (1997, pp. 130-134), Cançado Trindade (1990, pp. 21-22), Gros Espiell (1991, pp. 67-69), Buergenthal, Grossman, Nikken (1990, p. 83), Trejos Salas (1991, pp. 64-100), Urioste Braga (2002, pp. 11-12).

gibilidad del derecho de rectificación y respuesta, solicitada precisamente por el gobierno de Costa Rica. Dijo la Corte:

28. El hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquellos han contraído según el artículo 1.1, que establece el compromiso de los propios Estados Partes de 'respetar los derechos y libertades' reconocidos en la Convención y de 'garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...'. En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por 'toda persona' sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos.

29. Esta conclusión se refuerza con lo prescrito por el artículo 2 de la Convención, que dispone: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

30. Este artículo, que es el implicado en la segunda pregunta, recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole. En el contexto de la Convención esta conclusión concuerda con el artículo 43 que dice: Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que esta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.

En su criterio separado a dicha opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el juez Rodolfo Piza Escalante enfatizó ese carácter autoejecutivo de la CADH. Manifestó:

25. Todo esto, unido a las exigencias mismas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, hace que la obligación de respetarlos y garantizarlos, establecida en el artículo 1.1, sea la verdaderamente esencial al sistema de la Convención, y que se entienda precisamente como un deber inmediato e incondicional de los Estados, resultante directamente

de la propia Convención: la noción misma de una protección de carácter internacional, aunque sea solo coadyuvante o subsidiaria de la del derecho interno, requiere que los Estados se comprometan inmediatamente a respetarlos y garantizarlos, como una obligación de carácter internacional, por encima de las vicisitudes de sus ordenamientos internos.

26. En cambio, el deber de dictar las medidas necesarias para garantizar plenamente la eficacia de tales derechos en el orden interno, a que se refiere el artículo 2, no puede ser entendido, en el sistema de la Convención, como mera repetición del ya establecido en el artículo 1.1, porque esto equivaldría a vaciar de sentido este último, ni tampoco como equivalente del simple deber genérico de darle eficacia en el orden interno, propio de toda obligación internacional, porque entonces habría sido innecesario consagrarlo por parte del mismo artículo 1.1, y quizás hasta innecesario del todo. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no contiene ninguna disposición semejante a la del artículo 2 de la Convención Americana, y sin embargo nadie podría suponer, ante esa ausencia, que la misma obligación no existiera para sus Estados Partes.

Agregó luego, en relación con el artículo 2 de la CADH:

27. Por el contrario, las incidencias de la inclusión de esta norma en la Convención demuestran, a mi juicio con toda claridad, que tiene en ella un carácter marginal, para los supuestos en que el artículo 1.1 resulte inoperante o, al menos, insuficiente, pero no por limitaciones propias del derecho interno, que implicarían violaciones del propio artículo 1.1, sino en virtud de que determinados derechos -no todos- necesitan en sí mismos de normas o medidas complementarias de orden interno para ser exigibles de manera inmediata e incondicional. Dicho de otra manera: tratándose de derechos reconocidos por la Convención de manera inmediata e incondicional, basta con el deber de los Estados Partes de respetarlos y garantizarlos, de conformidad con el artículo 1.1, para que sean plenamente exigibles frente a esos Estados de la misma manera inmediata e incondicional, por lo menos como derechos de la Convención, que es lo único sobre lo cual la Corte ejerce su jurisdicción. Lo que ocurre es que algunos derechos, de conformidad con su naturaleza o con la propia Convención, carecen de esa virtualidad sin que normas u otras medidas complementarias permitan tenerlos por plenamente exigibles, como ocurre, por ejemplo, con los políticos (art. 23) o con los de

protección judicial (art. 25), que no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque son por su misma naturaleza inoperantes sin toda una detallada regulación normativa e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman, como derechos de la propia Convención, es decir, en el plano internacional, y no solo como cuestión del orden interno de cada Estado: si no hay códigos o leyes electorales, registros de electores, partidos políticos, medios de propaganda y movilización, centros de votación, juntas electorales, fechas y plazos para el ejercicio del sufragio, este sencillamente no se puede ejercer, por su misma naturaleza; de igual manera que no puede ejercerse el derecho a la protección judicial sin que existan los tribunales que la otorguen y las normas procesales que la disciplinen y hagan posible.

28. Es por esto también que, sabiamente, el artículo 2 se refiere, no solo a disposiciones normativas, sino también a 'medidas de otro carácter', en las cuales se engloban claramente las institucionales, económicas y humanas citadas. Pero no las administrativas o jurisdiccionales como tales, porque estas simplemente constituyen aplicación de las anteriores y, en tal sentido, se enmarcan dentro de los deberes de respeto y garantía del artículo 1.1, no dentro de los del artículo 2 - aun en los Estados de jurisprudencia vinculante, como los del sistema del common law, porque es obvio que en estos lo que crea derecho general no es el acto jurisdiccional sino la potestad normativa de los tribunales, decantada en sus precedentes sic.

Indicó, además, rechazando la posición en contra de la postura de la delegación de los Estados Unidos en la Conferencia de San José:

33. Independientemente de la validez que esa interpretación o una reserva de ese tenor pudieren tener en el caso concreto de los Estados Unidos de América –cuya determinación excedería de los límites de la presente consulta–, no parece aceptable como tesis general, ni fue de hecho lo que motivó la inclusión del artículo 2 en la Convención. Por el contrario, considero que, de acuerdo con esta, los Estados que no reconozcan la automática recepción del derecho internacional en su ordenamiento interno, están obligados a incorporar los derechos reconocidos en aquella, en su totalidad, en virtud de su deber de respetarlos y garantizarlos de conformidad con el artículo 1.1, no del de desarrollarlos en su derecho interno establecido en el artículo 2.

Por su parte, el juez Héctor Gros Espiell, al emitir su opinión separada a la referida opinión consultiva, citó también la relación entre los artículos 1 y 2, al indicar que este último establece simplemente una obligación adicional del estado. Señaló refiriéndose al artículo 2 de la Convención:

6 (...) Es evidente que este artículo de la Convención impone el deber a los Estados Partes de adoptar las medidas requeridas para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención. El ser de estos derechos no está condicionado a la existencia de normas pertinentes en el derecho interno de los Estados Partes. Pero estos Estados se hallan obligados a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter, si no existieran ya, para hacer 'efectivos' tales derechos y libertades. Se trata de una obligación adicional, que se suma a la impuesta por el artículo 1 de la Convención dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades que la Convención reconoce. Por eso es que la obligación que resulta del artículo 2, complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1. Como se dijo cuando se propuso la inclusión del actual artículo 2 en el Proyecto de Convención, en las observaciones del Gobierno de Chile al Proyecto de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos:

La argumentación de que la inclusión de esta cláusula en la Convención Interamericana podría justificar la alegación de un Estado en el sentido de no estar obligado a respetar uno o más derechos no contemplados en su legislación interna, no se sostiene dentro de los términos del proyecto; y menos aun si su alcance queda expresamente establecido durante la Conferencia (Actas y Documentos, supra 4, pág. 38).

El artículo 2 de la Convención, aparece en el proceso de elaboración de este instrumento en su última etapa, ya que no se halla en los proyectos iniciales ni en el elaborado finalmente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ello fue la consecuencia de que originalmente se pensó, con razón, que un compromiso del tipo del referido en el actual artículo 2 existe naturalmente por aplicación del Derecho Internacional, como consecuencia lógica de las obligaciones que derivan de un tratado internacional. Por eso es que, cuando se propuso su inclusión, se aclaró que su único sentido era clarificar y precisar, haciendo más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de tal obligación, pero sin que ello signifique alterar o desconocer el

deber esencial que resulta del artículo 1. Sin esta interpretación lógica de por qué se incluyó este artículo 2 en la Convención, ello carecería de sentido. Es más, conduciría al resultado irracional y absurdo de que el artículo 1 sería inaplicable si no se dictaran las medidas a que se refiere el artículo 2. Y esta conclusión es inadmisibles, porque paralizaría todo el sistema aceptable de aplicación de la Convención y quitaría prácticamente efecto, con respecto a las personas humanas protegidas, a la obligación esencial que resulta para los Estados Partes del artículo 1 de la Convención. Al respecto no puede olvidarse que la fuente del artículo 2 de la Convención Americana es el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, que tanto por su ubicación como por su letra, constituye, evidentemente, un complemento de la obligación esencial impuesta por el párrafo 1 de dicho artículo 2. En cambio, la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales no contiene una disposición análoga al artículo 2 de la Convención Americana o al párrafo 2 del artículo 2 del Pacto Internacional. En su artículo 1, los Estados Partes se limitan a reconocer a toda persona sometida a la jurisdicción de esos Estados los derechos y libertades definidas en su Título I. Pero este reconocimiento implica el deber de los Estados Partes de respetar y garantizar dichos derechos y de ser necesario, también, de adoptar las medidas requeridas en el derecho interno para el mejor y más adecuado cumplimiento de las obligaciones que son la consecuencia del reconocimiento de esos derechos y libertades.

En relación con el carácter autoejecutivo de la CADH, es importante también el voto disidente del juez Cançado Trindade en el caso Caballero Delgado, en la sentencia sobre reparaciones del 29 de enero de 1997, en la que dijo:

6. Es verdaderamente sorprendente, y lamentable, que, al final de cinco décadas de evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la doctrina todavía no haya examinado y desarrollado suficiente y satisfactoriamente el alcance y las consecuencias de las interrelaciones entre los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos, y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a la normativa internacional de protección. Las pocas indicaciones existentes se encuentran en la jurisprudencia. Esta Corte empezó a considerar aquellas interrelaciones en su séptima Opinión Consultiva, de 1986, en la cual advirtió que 'el hecho de que los Estados Partes puedan fijar

las condiciones del ejercicio' de los derechos protegidos 'no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquellos han contraído según el artículo 1.1' de la Convención; y agregó que tal conclusión se reforzaba con lo prescrito por el artículo 2 de la Convención.

7. Transcurrida una década desde esta ponderación de la Corte, habría que retomar la cuestión y profundizar su examen. El deber general y fundamental del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos encuentra paralelo en otros tratados de derechos de la persona humana, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1), la Convención sobre Derechos del Niño (artículos 2.1 y 38.1), las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario (artículo 1) y el Protocolo Adicional de 1977 a estas últimas (artículo 1.1). A su vez, también el deber general del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene equivalentes, en su Protocolo Adicional de 1988 en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.2), en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 1), en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 2.1) (...)

Agregó luego:

9. Las dos obligaciones generales consagradas en la Convención Americana –la de respetar y garantizar los derechos protegidos (artículo 1.1) y la de adecuar el derecho interno a la normativa internacional de protección (artículo 2)– me parecen ineluctablemente interligadas. De ahí que la violación del artículo 2 acarrea siempre, a mi modo de ver, la violación igualmente del artículo 1.1. La violación del artículo 1.1 configúrase siempre que haya una violación del artículo 2. Y en casos de violación del artículo 1.1 hay una fuerte presunción de inobservancia del artículo 2, en virtud, v.g., de insuficiencias o lagunas del ordenamiento jurídico interno en cuanto a la reglamentación de las condiciones del ejercicio de los derechos protegidos. Asimismo, no hay cómo minimizar la obligación del artículo 2, una vez que esta confiere precisión a la obligación inmediata fundamental del artículo 1.1, de la cual configúrase como casi un corolario. La obligación del artículo 2 requiere que se adopte la legislación necesaria para dar efectividad a las normas convencionales de

protección, supliendo eventuales lagunas o insuficiencias en el derecho interno, o entonces que se alteren disposiciones legales nacionales a fin de armonizarlas con las normas convencionales de protección.

10. Como estas normas convencionales vinculan los Estados Partes –y no solamente sus Gobiernos–, también los Poderes Legislativo y Judicial, además del Ejecutivo, están obligados a tomar las providencias necesarias para dar eficacia a la Convención Americana en el plano del derecho interno. El incumplimiento de las obligaciones convencionales, como se sabe, compromete la responsabilidad internacional del Estado, por actos u omisiones, sea del Poder Ejecutivo, sea del Legislativo, sea del Judicial. En suma, las obligaciones internacionales de protección, que en su amplio alcance vinculan conjuntamente todos los poderes del Estado, comprenden las que se dirigen a cada uno de los derechos protegidos, así como las obligaciones generales adicionales de respetar y garantizar estos últimos, y de adecuar el derecho interno a las normas convencionales de protección, tomadas conjuntamente. Como sostuve también en mi Voto Disidente en el caso El Amparo (Caso El Amparo, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C N°. 28), las violaciones de derechos humanos y las reparaciones de los daños de ellas resultantes deben determinarse bajo la Convención Americana teniendo presentes las obligaciones específicas relativas a cada uno de los derechos protegidos juntamente con las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. El reconocimiento de la indisolubilidad de estas dos obligaciones generales inter se constituiría un paso adelante en la evolución de la materia sic.

2.1.4. Las dificultades para el reconocimiento de la autoejecutoriedad en Costa Rica de la CADH⁸

Costa Rica desempeñó un papel protagónico en la aprobación de la CADH, lo mismo que en el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; igualmente, en la asunción del ejercicio de dicha Corte, cuya sede fue establecida en San José. Sin embargo, ello no

8 Cf. Volio Echeverría (1990, pp. 313-332), Llobet Rodríguez (1991b, pp. 20-23).

se tradujo en el pronto reconocimiento de la autoejecutoriedad de la CADH, a lo que se hará mención luego.

En cuanto a la importancia del papel desplegado por Costa Rica con respecto a la CADH y la Corte Interamericana, es importante destacar que la primera fue firmada en el Teatro Nacional en San José de Costa Rica, en el gobierno de José Joaquín Trejos. Lo anterior, como consecuencia de una reunión de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, que fue presidida por Fernando Lara Bustamante, Ministro de Relaciones Exteriores de Costa Rica⁹. Por otro lado, a través del decreto ejecutivo N°. 7060-RE del 26 de mayo de 1977, en el gobierno de Daniel Oduber, Costa Rica se convirtió en el primer país que reconoció la jurisdicción de la Corte Interamericana¹⁰. El depósito del instrumento de reconocimiento de la competencia de la Corte y la Comisión se llevó a cabo el 2 de julio de 1980¹¹. Por otro lado, gracias a la iniciativa de Costa Rica se decidió que la sede de la Corte Interamericana se estableciera en este país, hecho que se dio el 3 de setiembre de 1979 en el Teatro Nacional¹². Se añade a esto que Costa Rica fue quien sometió el primer asunto que llegó a conocimiento de la Corte Interamericana, precisamente por el homicidio de Viviana Gallardo, en el cual el gobierno de Rodrigo Carazo presentó una acusación en contra de la misma Costa Rica por violación de la CADH¹³.

2.1.4.1. El derecho a recurrir la sentencia condenatoria y la autoejecutoriedad de la CADH

Una de las características del Código de Procedimientos Penales de 1973 es que no reguló el derecho a apelar la sentencia condenatoria, sino so-

9 Cf. Ventura (1983, p. 11).

10 Indica Manuel Ventura que en el año 1980, durante la Administración Carazo Odio 1978-1982, debido a que en los archivos de la Secretaría General no aparecía constancia de haber sido presentada la declaración, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Lic. Bernd Niehaus Quesada sic, de conformidad con las disposiciones del Decreto Ejecutivo N°. 7060-RE (...), reiteró a la Secretaría General mediante instrumento de fecha 27 de junio de 1980, a través del Representante Permanente de la OEA, Embajador José Rafael Echeverría Villafranca, las declaraciones hechas por Costa Rica desde el año 1977 (Ventura: 1983, p. 12).

11 Cf. Ventura (1983, p. 12).

12 Ventura (1983, pp. 12-13).

13 Cf. Ventura (1983, p. 12).

lamente estableció la posibilidad de interponer recurso de casación en su contra, pero dicho recurso dependía inicialmente del monto del agravio, es decir de la pena impuesta. Así, el artículo 474 del Código de cita establecía:

El imputado podrá interponer el recurso contra:

- 1) La sentencia del Tribunal de Juicio que lo condene a dos años o más de prisión, ciento ochenta días multa o tres de inhabilitación; o cuando se le imponga restitución o indemnización por un valor superior a cinco mil colones, o una medida de seguridad de internación por dos años o más;
- 2) La sentencia del Juez Penal que lo condene a más de seis meses de prisión, ciento ochenta días multa o un año de inhabilitación; o cuando se le imponga restitución o indemnización por un valor superior a dos mil quinientos colones, o una medida de seguridad de internación por dos años o más;
- 3) La sentencia de sobreseimiento o absolutoria que le imponga una medida curativa de seguridad por tiempo indeterminado;
- 4) Los autos que denieguen la extinción de la pena; y
- 5) Las resoluciones que impongan una medida de seguridad por dos años o más, cuando se considere que el cumplimiento de la pena ha sido ineficaz para la readaptación del reo¹⁴.

Valga anotar que en la práctica se había dado una serie de manipulaciones por parte de los jueces, puesto que con frecuencia imponían una pena que no autorizaba la casación, esto hacía también que no se tuvieran que preocupar demasiado por las formalidades de la sentencia, entre ellas la fundamentación de la misma. Por otro lado, la estructura de la Corte Suprema de Justicia, conforme a un sistema napoleónico, el cual hacía que los jueces de la Sala Tercera, quienes conocían de la casación, intervinieran en el sistema de nombramientos de todos los jueces, provocaba que muchos de ellos no quisieran que se les revocaran sentencias, lo cual eventualmente podría ser considerado como un obstáculo para un ascenso posterior, de ahí que

14 Cf. Llobet Rodríguez (1987, p. 573).

optaran por imponer penas que no permitiesen el control de la sentencia a través de la casación¹⁵.

La CADH, en su artículo 8, inciso 2) h) contempló el derecho del imputado de recurrir la sentencia condenatoria, derecho que se encuentra previsto también en el PIDCP¹⁶. No se tratará aquí lo relativo a los alcances de dichas normas y si se satisface con las mismas cuando se contempla un recurso de casación en contra de la sentencia de condena o si es necesaria la previsión de un recurso de apelación, todo de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en la sentencia de 2 de julio de 2004 (caso Mauricio Herrera). Aquí lo que interesa son las discusiones que se suscitaron en Costa Rica con respecto al carácter autoejecutivo o programático de la norma de la Convención Americana que establece el derecho a impugnar la sentencia condenatoria.

Al respecto, resulta relevante que la entrada en vigencia de la CADH, en 1978, llevó a la doctrina costarricense a sostener dos tesis relacionadas entre sí. La primera indicó que la Convención Americana tenía no solamente fuerza superior a las leyes, de acuerdo con el artículo 7 de la Constitución Política, sino también era ley posterior, por lo que las limitaciones a recurrir la sentencia condenatoria, según el agravio, establecidas en el artículo 474 del Código de Procedimientos Penales de 1973, habían sido derogadas, de modo que podía interponerse un recurso de casación en contra de cualquier sentencia condenatoria. Esta tesis implicaba que los tribunales ordinarios, en particular la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, encargada de conocer los recursos de casación en materia penal, debían aplicar directamente la CADH, conforme al principio de que la ley posterior deroga a la ley anterior¹⁷. La segunda tesis le daba énfasis no al carácter posterior de la Convención, sino al rango superior a las leyes asignado por la Constitución Política a los tratados internacionales en su artículo 7. Se sostuvo desde esta perspectiva que el artículo 474 del Código de Procedimientos Penales de 1973 era inconstitucional, por cuanto no contemplaba la posibilidad de interponer un recurso en contra de toda sentencia condenatoria, contraviniendo lo establecido por la Convención Americana y por el PIDCP¹⁸. Esa posición, en definitiva, im-

15 Al respecto: Llobet Rodríguez (1987, pp. 556-557).

16 Art. 14, inciso 5) del PIDCP.

17 Cf. Castillo González, Francisco. El derecho a recurrir. La Nación (periódico), 15 de marzo de 1986, p. 16 A; López Madrigal, R. (1985, pp. 156-160); Méndez, Odilón. Doble instancia penal. La Nación (periódico), 26 de noviembre de 1986, p. 15 A; Llobet Rodríguez, J. (1987, p. 557).

18 Cf. Castillo González, F. (1980, pp. 29-54).

plicaba la posibilidad de interponer un recurso de inconstitucionalidad en contra del Código de Procedimientos Penales de 1973, de modo que fuera la Corte Plena, encargada hasta 1989 de resolver las inconstitucionalidades, la que dispusiera la aplicación directa de la CADH.

2.1.4.1.1. La tesis del carácter programático del derecho a recurrir la sentencia condenatoria según la CADH, sostenida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en la década de los ochenta

Con la aprobación de la CADH se llegó a interponer una serie de recursos de casación ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, con la tesis esbozada arriba de la derogatoria de las limitaciones a recurrir la sentencia condenatoria. Se trataba de asuntos en que la pena impuesta por el tribunal colegiado (Tribunal Superior Penal) o por el juez unipersonal (juez penal), no daba lugar a que pudiera presentarse un recurso de casación.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en diversas resoluciones declaró inadmisibles recursos de casación en contra de sentencias condenatorias, con el argumento de que no estaban autorizados por el artículo 474 del Código de Procedimientos Penales de 1973, y resultó que la Convención Americana de Derechos Humanos no tenía un carácter autoejecutivo al respecto, sino un mero carácter programático. Esta posición la sostuvo, en numerosos votos, por ejemplo en los números 366 del 18 de octubre de 1983; 258 A del 23 de julio de 1985 y 188 A del 28 de abril de 1989. En el segundo de los votos citados el recurrente alegaba que:

(...) El derecho a recurrir el fallo del Juez o Tribunal que describen los ordinales concernientes al tratado (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14 aparte 5) y art. 8.2. h)) y a la convención (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.2.h)) es un derecho que posee en el plano legal un mayor alcance jurídico que la situación concreta y específica del art. N°. 474 del C.P.P. Ante esta tesitura, no debe hacerse una interpretación restrictiva, del art. 474, ya que de lo contrario se estaría ante una limitación del ejercicio de un poder conferido al sujeto en el proceso, como es el de recurrir del fallo ante el Superior.

La Sala dijo:

(...) No comparte esta Sala el criterio del impugnante por cuanto, si bien es cierto que existe la norma enmarcada en el aparte h) del citado

art. 8o del pacto, también es verdad, que ello constituye una recomendación para los gobiernos de los países donde no existe ese derecho conforme al art. 2o de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, aludido por el recurrente(...). Y en cuanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el referido art. 14, aparte 5, la frase final dice: ‘... conforme a lo prescrito por la ley’. Tal enunciación de ley, no viene a ser otra que el CPP, concretamente el art. 474, inciso 1), consagrándose el principio de taxatividad en dicha legislación procesal.

Es primordial resaltar que en ese fallo se llega a sostener la posición que habían mantenido los Estados Unidos de América con respecto a la CADH y no la autoejecutoriedad de los derechos establecidos en la misma. Ha de tenerse en cuenta que la inadmisibilidad del recurso de casación no se llega a fundamentar ni siquiera en dificultades para garantizar el derecho a recurrir la sentencia condenatoria, que harían ese derecho en particular, en vista de la normativa del Código de Procedimientos Penales de 1973, como no autoejecutable, sino que se llega a sostener una posición general del carácter

2.1.4.1.2. La tesis del problema de legalidad y no de constitucionalidad con respecto al derecho a recurrir la sentencia condenatoria, sostenida por la Corte Plena en la década de los ochenta

La Corte Plena, que antes de la creación de la Sala Constitucional en 1989 ejercía el control de constitucionalidad de las leyes, en diversas resoluciones se ocupó de la auto-ejecutoriedad de la CADH, particularmente en lo relativo a la garantía del derecho a recurrir la sentencia condenatoria.

Al respecto se destaca, en especial, el voto ordenado en sesión N°. 28-86 de las trece horas del 22 de mayo de 1986. En ese asunto se pedía declarar inconstitucionales los artículos 447, 452, 458, 472 y 474, inciso 2) del Código de Procedimientos Penales de 1973, en cuanto impiden interponer el recurso de casación que es el único existente en nuestra legislación procesal penal contra las sentencias definitivas, como medio para amparar el derecho a recurrir la sentencia condenatoria contemplado en el artículo 8, inciso 2 h) de la CADH. Señaló la Corte de acuerdo con lo resuelto en sesión N°. 37 del 9 de mayo de 1983:

(...) Lo que se plantea en un caso como el presente no es un problema de inconstitucionalidad sino de otra índole, pues todo se reduce a exa-

minar los siguientes puntos: 1o. Si la ley de que se trata se enfrenta a la Convención; y 2o. Si, en caso afirmativo, sus disposiciones han quedado sin efecto por la Convención en tanto se le opongan, pues la Convención tiene fuerza superior a la ley. No hay ninguna cuestión de inconstitucionalidad, porque lo único que se hace en el artículo 7o. de la Constitución es dar predominio a una norma respecto de la otra, lo cual no significa que las normas de rango inferior, las del Código, se enfrentan al citado artículo 7o., pues ello solo podría ocurrir si la Constitución dispusiera que los tratados, convenios y concordantes tienen categoría de norma constitucional, o si alguna regla del Código le diese éste igual o mayor jerarquía que a la Convención sic; y es claro que el Código, ni expresa ni implícitamente, dispone que sus normas tengan esa jerarquía. De manera que el conflicto, de existir sería entre la Convención y el Código, mas no entre este y la Constitución. No falta decir que los problemas de inconstitucionalidad de las leyes no surgen por el solo hecho de que se aplique una determinada norma constitucional en relación con una ley. Con frecuencia los Jueces ordinarios, para interpretar y aplicar las leyes, deben orientarse en normas constitucionales que le establecen pautas de interpretación y aplicación, –como ocurre entre otros casos– con el artículo 34 de la Carta Política. De lo expuesto se desprende que si por el predominio de la Convención sobre el Código este tuviera que ceder ante ella, el problema planteado así no es de inconstitucionalidad y la Corte carece de competencia para resolverlo, pues sus atribuciones se limitan, en esta materia, a conocer de los enfrentamientos entre la Constitución y las leyes, decretos y otras disposiciones normativas y resoluciones, sin posibilidad de hacerlo en los conflictos entre un tratado o convención y una ley'. La situación es la misma respecto del artículo 2º. del Código Civil, según reforma introducida recientemente por la Ley 7020 de 6 de enero de 1986, en cuanto dispone que 'Carecerán de validez las disposiciones que contradigan a otra de rango superior'. Sea que, de existir, se trataría de un conflicto de leyes, mas no entre una de estas y la Constitución. Lo expuesto conduce a que de haber contraposición entre un tratado y una ley, no interesa distinguir cuál es anterior y cuál es posterior, porque siempre prevalecerá el tratado por tener 'autoridad superior a las leyes'. Es claro que resulta más fácil de entender la solución del problema cuando el tratado es posterior a la ley, a base del principio contenido en el artículo 129, párrafo 5º., de la Constitución, de que la ley posterior deroga la anterior. Pero la verdad es que la solución es la misma aun cuando la ley común sea posterior al tratado a que se contrapona, porque esta prevalece sobre aquella, por tener autoridad

superior, lo que confirma la citada reciente reforma al artículo 2o. del Código Civil, en el sentido de que carecerán de validez las disposiciones que contradigan a otra de rango superior¹⁹.

En ese voto la Corte Plena, en definitiva, no se pronunció en contra del carácter autoejecutivo de la CADH, más bien indicó que el juez debía aplicar esta directamente aun cuando la misma estuviera en contraposición de un mandato legal. Por ejemplo, debía desaplicar el Código de Procedimientos Penales, al hacer imperar el mayor rango de la Convención, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la Constitución Política, sin que tuviera importancia si la Convención es posterior o anterior al Código, de modo que el problema no era que la ley posterior derogara a la anterior, sino que la ley de mayor rango; es decir, un tratado internacional se impone sobre la de menor rango. Señaló por esta razón que el problema no era de inconstitucionalidad, al rechazar que pudiera darse la misma por quebranto al artículo 7 de la Constitución. Como se dijo en el voto señalado, ese criterio había sido ya exteriorizado por la Corte Plena en otras ocasiones. Es importante citar, con respecto a la CADH, el voto tomado por la Corte Plena en sesión de las trece horas y treinta minutos del 7 de octubre de 1982. Este mismo criterio fue reiterado por la Corte Plena en sesión N°. 32-86 del 5 de junio de 1986, al conocer de otro recurso de inconstitucionalidad en contra de las limitaciones a recurrir la sentencia condenatoria, establecidas por el artículo 474 del Código de Procedimientos Penales de 1973²⁰.

Debe indicarse que aunque la posición de la mayoría de la Corte Plena se basó en que no podían plantearse acciones de inconstitucionalidad en contra de disposiciones legales, por contravenir tratados internacionales, debiéndose simplemente aplicar de manera directa por el juez la norma del tratado internacional, por ser de mayor rango, dos de los magistrados de la Corte dieron un voto particular en el que se pronunciaron porque cuando se aprueba una ley que se contrapone a un tratado internacional, aprobado con anterioridad, el problema puede ser discutido a través de una acción de inconstitucionalidad. Sin embargo, resaltaron el carácter programático de la norma de la CADH que establece el derecho a recurrir la sentencia condenatoria. Indicaron en el voto correspondiente a la sesión extraordinaria 28-86, arriba citada, que el artículo 2 de la Convención:

19 Véase: Sala Constitucional (2000, T. III, pp. 656-660).

20 Sala Constitucional, Jurisprudencia (2000, T. III, pp. 661-665).

(...) se refiere a 'medidas legislativas', lógicamente para el caso de que la solución no pueda lograrse de otra manera; y eso es lo que ocurre con el conflicto planteado entre la Convención y el Código, por existir imposibilidad de aplicar un régimen abierto que se compagine con el artículo 8o. párrafo 2, inciso h) de la Convención. Es obvio que si se declarara la inconstitucionalidad del artículo 474 inciso 2o. del Código (en cuanto es restrictivo), el recurso de casación resultaría admisible en el proceso seguido contra el licenciado (...), pero los efectos del fallo constitucional tendrían otras mayores consecuencias, pues trascenderían a los demás procesos pendientes en los Juzgados Penales de toda la República, y regirían 'erga omnes' sic hacia el futuro (...). Habría que crear nuevos tribunales para atender ese voluminoso trabajo, lo cual solo puede hacerse por disposiciones legislativas, y de ahí proviene el obstáculo inmediato que impide adoptar otra solución, por ser materialmente imposible que la Sala Tercera de la Corte –único tribunal de casación en lo penal– pueda conocer del elevado número de recursos que se interpondrían contra las sentencias de los Jueces Penales, que ahora son irrecurribles. El atraso sería inevitable, con las graves consecuencias que allí se derivarían (...). El problema debe resolverse íntegramente, por vía legislativa, previa revisión de todo el sistema de recursos contra los fallos, inclusive con estudio de si conviene o no restablecer la apelación en algunos procesos y atribuir su conocimiento a Tribunales Superiores, o si es preferible mantener el recurso de casación, dentro de la tesis doctrinaria de que los principios de 'oralidad' y de 'inmediatez' no son compatibles con el régimen de segunda instancia.

El voto de esta minoría de magistrados de Corte Plena se enmarca dentro de la tesis del carácter programático del derecho a recurrir la sentencia condenatoria, con base en el artículo 2 de la Convención Americana. No obstante, se aprecian diferencias importantes con respecto al criterio exteriorizado por la Sala Tercera en los votos citados arriba. Dicha Sala parece, por su posición, estar cerca de la sostenida por el Poder Ejecutivo de los Estados Unidos de América, en las discusiones sobre la convención y al enviarla al Senado para su ratificación, ello en cuanto al carácter programático en general de la Convención. La minoría de la Corte, por su parte, más bien hace referencia a las particularidades del derecho a recurrir la sentencia condenatoria, de acuerdo con la normativa del Código de Procedimientos Penales de 1973, al considerar que, por razones prácticas, no sería viable conceder recurso en contra de toda sentencia condenatoria, mientras no se haya producido una reforma legislativa que llegue a crear nuevos tribunales para conocer

de los recursos, dejando abierta la posibilidad incluso de que el recurso que se llegue a conceder sea el de apelación. No se parte por esto de la minoría de la Corte del carácter programático, en general, de las disposiciones de la Convención Americana; sino por vía de excepción se considera que no sería posible, por razones prácticas, conceder, sin reforma legislativa previa, el derecho a recurrir la sentencia condenatoria en todos los casos.

Lo interesante de los votos indicados de la Corte Plena, es que los votos de minoría de la misma no provinieron de magistrados de la Sala Tercera, la que se había pronunciado por el carácter programático de la Convención Americana. Los magistrados de dicha Sala sostuvieron en el voto de Corte Plena que debía aplicarse la norma de mayor rango; es decir, la CADH debía imperar sobre la normativa del Código de Procedimientos Penales de 1973, en cuanto se opusieran.

La posición de la mayoría de la Corte Plena, a pesar de partir de la autoejecutoriedad de la Convención Americana, como tratado internacional con fuerza superior a la ley, quedó sin importancia en la práctica jurisprudencial desde el momento en que la Sala Tercera, en la década de los ochenta del siglo pasado, mantuvo su criterio de no aplicar directamente la Convención Americana en cuanto contempla el derecho a recurrir la sentencia condenatoria, esto con base en la afirmación de la necesidad de una reforma legislativa de acuerdo con el artículo 2 de la Convención. Así, la Sala Tercera, en vez de aplicar directamente la Convención Americana, como parecía deducirse de lo resuelto por la Corte Plena, continuó declarando inadmisibles los recursos de casación presentados en contra de la condenatoria, cuando la pena impuesta no permitía al imputado recurrir²¹.

2.1.4.1.3. Quejas en contra de Costa Rica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por no garantizar el derecho a recurrir la sentencia condenatoria

En lo atinente al derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria, es importante anotar que en contra de Costa Rica se presentó, entre abril de 1984 y agosto de 1989, una serie de denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por no garantizar el derecho a recurrir la sentencia condenatoria, puesto que la normativa vigente no autorizaba

21 Véase, por ejemplo: Sala Tercera, voto 188 A del 28 de abril de 1989. Al respecto: Llobet Rodríguez, J. (1991 b, p. 22).

un recurso de casación en contra de todas las sentencias de condena, sino solamente a partir de la imposición de determinada pena²².

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante resolución N°. 26-86 (caso 9328, Costa Rica), en sesión del 18 de abril de 1986 dispuso:

1. Declarar que el señor NEVC no tuvo oportunidad de ejercer el derecho que le reconoce el art. 8°, inciso 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual constituye una violación de la Convención. 2. Recomendar al Gobierno de Costa Rica, que con arreglo a sus procedimientos constitucionales y, en particular, a la letra y la doctrina del artículo 7°. de la Constitución, adopte las medidas legislativas y de otro carácter. 3. Otorgar al Gobierno de Costa Rica un plazo de 6 meses para que adopte tales medidas legislativas y de otro carácter. 4. Disponer que en caso de que el Gobierno de Costa Rica, en el plazo de 6 meses, no hubiera adoptado las recomendaciones de la Comisión, referir el asunto a la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, a menos que antes de que expire dicho plazo sea el propio Gobierno de Costa Rica el que decida someter este asunto a la mencionada Corte y al reclamante, advirtiéndole que no están facultados para publicarla, hasta que no transcurra el plazo arriba indicado.

Con posterioridad, el Gobierno de Costa Rica gestionó y obtuvo dos plazos adicionales, de seis meses cada uno, para cumplir con los términos de la resolución. En setiembre de 1988 la Comisión recordó a Costa Rica el cumplimiento de la resolución 22-86. Al mes siguiente se pidió una nueva prórroga del plazo, en virtud de haberse presentado un proyecto de ley a la Asamblea Legislativa. La Comisión otorgó una prórroga por 120 días.

En setiembre de 1989, Costa Rica presentó ante la Comisión un proyecto de ley y solicitó una prórroga hasta la siguiente sesión de la Comisión, que se llevaría a cabo en mayo de 1990. En espera de la aprobación del proyecto la Comisión paralizó el trámite de los demás casos. El proyecto de ley²³, que nunca llegó a ser aprobado, pretendía establecer el recurso de casación para toda sentencia condenatoria, creando un Tribunal de Casación Penal con la función de resolver los recursos junto con la Sala Tercera²⁴.

22 Una lista de los casos presentados puede verse en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe N°. 24/92 del 2 de octubre de 1992.

23 Véase el proyecto de ley en La Gaceta N°. 113 del 14 de junio de 1989.

24 Véase: Llobet Rodríguez (1991, p. 582 y 584).

En la sesión de mayo de 1990 la Comisión entró a deliberar sobre el incumplimiento de Costa Rica y si debía enviarse el asunto ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como resultado el Gobierno de Costa Rica informó que la Sala Constitucional había establecido que podía recurrirse toda sentencia condenatoria en casación, a consecuencia de lo establecido en la CADH, de lo que se hará referencia en el apartado siguiente. Por lo tanto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe N°. 24-92 del 2 de octubre de 1992, resolvió archivar las quejas presentadas en contra de Costa Rica por no garantizar el derecho a recurrir las sentencias condenatorias²⁵.

2.1.4.1.4. La autoejecutoriedad del derecho a recurrir la sentencia condenatoria, de acuerdo con la Sala Constitucional

Poco tiempo después de la creación de la Sala Constitucional, en 1989, la misma se pronunció acerca del derecho a recurrir la sentencia condenatoria, considerando que la CADH tiene un carácter autoejecutivo en cuanto hace referencia al derecho a recurrir la sentencia condenatoria, de modo que las limitaciones a recurrir, establecidas por el artículo 474 del Código de Procedimientos Penales de 1973, fueron derogadas por la Convención Americana. Esto lo decidió la Sala al resolver un recurso de hábeas corpus, mediante voto 282-90 del 13 de marzo de 1990, en el que dijo:

II.-En lo que se refiere al objeto concreto del presente recurso, considera la Sala que la norma invocada, artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por Ley N° 4534 de 23 de febrero y ratificado el 8 de abril de 1970), es absolutamente clara e incondicionada en cuanto reconoce como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en una causa penal por delito, el de recurrir del fallo (entiéndase condenatorio) para ante un superior. IV.-Ese derecho es, como se dijo, incondicionado, en cuanto que

25 Además del informe indicado es importante ver el relato que se hace de las quejas presentadas en contra de Costa Rica en la opinión consultiva OC-12-91 del 6 de diciembre de 1991, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que declaró inadmisibile la solicitud de opinión consultiva presentada por Costa Rica con respecto al proyecto de ley arriba mencionado. Una crítica a las prórrogas otorgadas a Costa Rica y a la falta de protección del sistema interamericano en un plazo razonable en: Dulitzky (1998, pp. 383-384).

la Convención no se subordina a su desarrollo por la legislación interna ni a ninguna otra condición suspensiva o complementaria; pero también resulta incondicionado respecto del ordenamiento interno cuando este provea la organización institucional y procesal (órgano y procedimientos) necesarios para el ejercicio de ese derecho de recurrir, o, dicho de otra manera, cuando ese ordenamiento no carezca de los medios institucionales y procesales necesarios para que el derecho se ejerza; si no los tuviera, obviamente el recurso no podría ejercerse sin ellos, en cuyo caso la obligación internacional del Estado de respetar y garantizar el derecho, que resulta del artículo 1.1 de la Convención, se traduciría en la de crearlos conforme con el artículo 2º. V.-En el caso concreto, considera la Sala que se está ante un supuesto de aplicación inmediata del tratado, porque existen en Costa Rica tanto el órgano como el procedimiento para recurrir de los fallos en cuestión, ya que el artículo 474 incisos 1º y 2º del Código de Procedimientos Penales admite, en general, el recurso de casación a favor del imputado contra la sentencia condenatoria, solo que restringiéndolo a los casos de condena por dos o más años de prisión u otros, en juicio común; o por más de seis meses de prisión u otros, en los de citación directa; en consecuencia, negándolo contra las sentencias de condena inferior. De tal manera, pues que, para dar cumplimiento a la exigencia citada del artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana basta con tener por no puestas las indicadas limitaciones, y con entender que el recurso de casación a que ahí se alude está legalmente otorgado a favor del reo, condenado a cualquier pena en sentencia dictada en una causa penal por delito. VI.-En vista de que está vigente la orden de encarcelamiento de las personas a cuyo favor se interpone el recurso y algunas de ellas se encuentran ya en prisión, en cumplimiento de la pena que les fuera impuesta en sentencia, sin que esta esté constitucionalmente firme en virtud de que no se les ha reconocido el derecho de recurrir contra ella en casación, es procedente declarar con lugar el hábeas corpus, y ordenar su libertad hasta tanto no se haya resuelto la causa por Sentencia firme, una vez concedida a los imputados la plena oportunidad legal de recurrir del fallo en casación con las modalidades y requisitos propios del recurso –salvo, en el presente caso y por razones obvias, lo dispuesto en el inciso 2) in fine del artículo 471 del Código de Procedimientos Penales–. Lo cual podrán hacer a partir de la notificación personal de esta sentencia.

En dicha resolución se dejó abierta la posibilidad de que posteriormente se discutiera de nuevo el asunto, al resolverse una acción de inconstitucionalidad. Esto sucedió pocos meses después por medio del voto 719-90 del 26

de junio de 1990, dispuesto por la Sala Constitucional, a través del cual se declaró inconstitucional el artículo 474 del Código de Procedimientos Penales de 1973, en cuanto establecía el derecho a recurrir la sentencia condenatoria según del monto de la pena impuesta²⁶.

2.1.4.1.5. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 2 de julio de 2004 (Caso Mauricio Herrera) y la autoejecutividad de la Convención Americana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia dictada el 2 de julio de 2004, en el caso de Mauricio Herrera contra Costa Rica, declaró que Costa Rica no había garantizado el derecho a recurrir la sentencia condenatoria establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, ello ya que el recurso que había presentado no había permitido una revisión integral de la sentencia. Dispuso la Corte Interamericana que Costa Rica dejara sin efecto la sentencia condenatoria, por haber lesionado la libertad de expresión y que debía reformar en un plazo razonable la legislación procesal para garantizar de manera adecuada el derecho a recurrir la sentencia.

Se trata de una resolución de gran importancia con respecto a Costa Rica ya que fue el primer asunto en que en la jurisdicción contenciosa la Corte Interamericana declaró la violación de los derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos por Costa Rica. Debe tenerse en cuenta que ya se habían dispuesto en la década de los ochenta del siglo pasado varias sentencias en la jurisdicción consultiva, que se habían pronunciado en contra de Costa Rica.

La sentencia ordenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una gran importancia en el proceso de reconocimiento de la autoejecutoriedad de la Convención Americana de Derechos Humanos. En primer lugar ya que la Corte Interamericana dispuso que se debía anular una sentencia condenatoria firme ordenada por un Tribunal de Juicio costarricense y cuyo recurso de casación penal fue declarado sin lugar por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Esto tiene como implicación hacer conciente en Costa Rica que la misma Sala Constitucional, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal de Casación Penal pueden hacer incurrir en responsabilidad internacional al Estado de Costa Rica a través de sus pronunciamientos. Además que en definitiva sobre la misma Sala Constitucional se encuentra un

26 Véase también: Sala Constitucional, voto 1319-97 del 4 de marzo de 1997, referido también al derecho a recurrir la sentencia condenatoria.

Tribunal de mayor jerarquía que es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se resalta además la ejecución inmediata que tienen las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Costa Rica, de modo que las resoluciones de la misma concernientes a nuestro país deben ser ejecutadas igual que las de los tribunales de la jurisdicción interna costarricense. Por ello para ejecutar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no fue necesario presentar una solicitud de revisión de la sentencia, sino con una simple comunicación realizada por la Procuraduría General de la República el Tribunal de Juicio respectivo dejó sin efecto la sentencia condenatoria.

Todo ello ha tenido un efecto muy positivo, por ejemplo, a partir de la resolución de la Corte Interamericana la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal de Casación Penal adecuaron sus resoluciones a la exigencia de imparcialidad hecha por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que en el caso de Mauricio Herrera declaró que se había quebrantado el derecho a la imparcialidad al resolver el recurso de casación los mismos integrantes de la Sala Tercera que habían intervenido en la resolución anterior de la Sala Tercera que había anulado la sentencia absolutoria y en la cual habían hecho referencia al fondo del asunto. Por otro lado, a partir de la sentencia de la Corte Interamericana se modificaron las prácticas sobre admisibilidad y la admisión de prueba nueva por la Sala Tercera y el Tribunal de Casación Penal, para garantizar en forma amplia el derecho a impugnar la sentencia. Lo anterior se une con la aprobación de la Ley de Ampliación de la Casación Penal, con la que el legislador costarricense ha pretendido cumplir con la exigencia de la Corte Interamericana de modificar la regulación procesal penal para garantizar un recurso que permita la revisión integral de la sentencia.

2.1.5. La autoejecutoriedad de las convenciones de derechos humanos según la legislación costarricense

2.1.5.1. Referencias expresas en la legislación costarricense a los instrumentos internacionales como fuentes de derecho aplicables en Costa Rica

En el apartado siguiente se hará referencia al artículo 48 de la Constitución Política (según la reforma introducida por Ley 7128 del 18-8-1989) y a la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley 7135 del 11-10-1989), las que hacen mención a que se discuta ante dicha jurisdicción el quebranto de los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica. Con ello claramente se les reconoce el carácter de fuentes de derecho, siendo por consiguiente en principio autoaplicables.

Además, numerosas normas en nuestro ordenamiento establecen expresamente el carácter de fuente del derecho de los tratados internacionales, en general. Aquí solamente se resaltarán algunas de ellas.

De gran importancia al respecto es el título preliminar del Código Civil (según la reforma introducida por Ley 7020 del 6-1-1986), en cuanto se establece una serie de principios aplicables a todo el ordenamiento jurídico costarricense. En su artículo 1 establece:

Las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley. La costumbre, los usos y los principios generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las buenas fuentes escritas del ordenamiento jurídico (el subrayado no es del original).

En cuanto regula la actividad administrativa estatal, debe destacarse la Ley General de la Administración Pública (Nº. 6227 del 2-5-1978), que en su artículo 6 resalta el carácter superior a las leyes que tienen los tratados internacionales. Dice:

1. La jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo se sujetará al siguiente orden:
 - a) La Constitución Política;
 - b) Los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana;
 - c) Las leyes y los demás actos con valor de ley;
 - d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia;
 - e) Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados; y
 - f) Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas.

- g) Los reglamentos autónomos del Poder Ejecutivo y los de los entes descentralizados están subordinados entre sí dentro de sus respectivos campos de vigencia.
- 2. En lo no dispuesto expresamente, los reglamentos estarán sujetos a las reglas y principios que regulan los actos administrativos (el subrayado no es del original).

La Ley Orgánica del Poder Judicial (según la reforma dada por Ley 7728 del 26 de diciembre de 1997) en su artículo 6, inciso 1) resalta que las normas de derecho internacional se imponen sobre las leyes dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento. Así dispone que los funcionarios que administran justicia no podrán:

Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitario vigentes en el país. Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, necesariamente deberán consultar ante la jurisdicción constitucional (...) (el subrayado no es del original).

De gran importancia con respecto a la aplicación de la normativa sobre derechos humanos, por la justicia penal, son las múltiples referencias que se encuentran en el Código Procesal Penal al derecho internacional, dentro del que debe destacarse el derecho internacional de los derechos humanos, como derecho aplicable. Así el artículo 5 al regular la independencia indica que: Los jueces solo están sometidos a la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y a la ley (...) (el subrayado es del original)²⁷.

El artículo 12 establece que:

(...) Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que, en esa condición, prevén la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en Costa Rica y esta ley (el subrayado no es del original)²⁸.

27 Cf. Llobet Rodríguez (2003, pp. 45-46).

28 Cf. Llobet Rodríguez (2003, pp. 66-67).

El artículo 63 prevé al regular el deber de objetividad del Ministerio Público:

En el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo y velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en el país y la ley (...) (el subrayado no es del original)²⁹.

Al regularse la actividad procesal defectuosa, se establece como principio general en el artículo 175:

No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código salvo que el defecto haya sido saneado, de acuerdo con las normas que regulan la corrección de las actuaciones judiciales (el subrayado no es del original)³⁰.

En cuanto a los defectos absolutos, se contemplan en el inciso a) del artículo 178 los concernientes:

A la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la ley (el subrayado no es del original)³¹.

El artículo 277, al hacer mención del juez del procedimiento preparatorio dice:

Corresponderá al tribunal del procedimiento preparatorio realizar los anticipos jurisdiccionales de prueba, resolver excepciones y demás solicitudes propias de esta etapa, otorgar autorizaciones y, en general, controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código. Lo anterior no impedirá que el interesado

29 Cf. Llobet Rodríguez (2003, pp. 142-143).

30 Cf. Llobet Rodríguez (2003, pp. 209-210).

31 Cf. Llobet Rodríguez (2003, pp. 211-212).

pueda replantear la cuestión en la audiencia preliminar (...) (el subrayado no es del original)³².

Por su parte, el artículo 379, refiriéndose a los procedimientos especiales, indica que:

(...) . Los tribunales velarán especialmente porque la aplicación de las normas especiales no desnaturalice los principios y garantías previstos en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigente en Costa Rica y la ley (el subrayado no es del original)³³.

En materia policial, la Ley General de Policía (N°. 7410 del 26-5-1994) en numerosas normas indica que la actuación de la policía debe ser conforme a la Constitución Política, los tratados internacionales y la ley. Con ello se resalta el carácter de aplicación directa que tienen dichos tratados. Así, por ejemplo, el artículo 2 señala que las fuerzas de policía(...) Deberán observar y cumplir, fielmente, la Constitución Política, los tratados internacionales y las leyes vigentes(...) (el subrayado no es del original). Esto se reitera en el artículo 10, el cual señala que deben Observar la Constitución Política, los tratados internacionales y las leyes vigentes (el subrayado no es del original).

2.1.5.2. Referencias expresas en la normativa constitucional, legal y reglamentaria a la aplicación de las normas sobre derechos humanos

Desde la creación de la Sala Constitucional, en 1989, se aprecia no solamente el reconocimiento a nivel jurisprudencial del carácter autoejecutivo de los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, sino también a nivel legislativo y reglamentario se hace mención constante del respeto de los derechos humanos, como principio que debe regir en nuestro país.

La creación de la Sala Constitucional fue de gran importancia en la tendencia al reconocimiento normativo de la aplicación de los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, y dio lugar a una reforma de diversos artículos constitucionales, dentro de los que destaca el artículo 48, que

32 Cf. Llobet Rodríguez (2003, pp. 286-287).

33 Cf. Llobet Rodríguez (2003, p. 274).

hizo referencia expresa a dichos instrumentos. Así, el mencionado artículo (según la reforma introducida por Ley 7128 del 18-8-1989) establece:

Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10 (el subrayado no es del original).

La reforma constitucional al respecto fue completada con la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (N°. 7135 del 11-10-1989), que en diversos artículos hace referencia a que puede reclamarse ante la misma el quebranto de instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables en Costa Rica. Así, el artículo 1 establece:

La presente Ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica (el subrayado no es del original).

El artículo 2, inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone que le corresponde a la jurisdicción constitucional: Garantizar, mediante los recursos de hábeas corpus y de amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica (el subrayado no es del original).

El artículo 66, párrafo 1) de dicha ley prevé que:

El recurso de amparo garantiza el derecho de rectificación o respuesta que se deriva de los artículos 29 de la Constitución Política y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio, por medios de difusión que se dirijan al público en general, y, consecuentemente, para efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establece esta Ley (...) (el subrayado no es del original).

El artículo 96, inciso ch) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que, por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos: Cuando lo solicite el Defensor de los Habitantes, por considerar que infringenderechosolibertadesfundamentalesreconocidosporlaConstitución losinstrumentosinternacionalesdederechoshumanosvigentesenlaRepública(el subrayado no es del original).

En el sistema de protección de los derechos fundamentales y humanos establecido en Costa Rica, la labor de la Sala Constitucional es complementada por la Defensoría de los Habitantes, la que fue creada en 1992 (Ley N°. 7319 del 17-11-1992). En el artículo 1 de la Ley de dicha Defensoría (N°. 7319 del 17-11-1992, modificado por Ley 155 del 17-8-1994), se establece como Atribución General:

La Defensoría de los Habitantes de la República es el órgano encargado de proteger los derechos e intereses de los habitantes. Este órgano velará porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho. Además, deberá proporcionar y divulgar los derechos de los habitantes.

Es claro que entre los derechos mencionados en este artículo se encuentran los consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica, a lo que se hace referencia expresa en otros artículos de la mencionada ley. Por ejemplo, el artículo 19, inciso 3) de la Ley de la Defensoría de los Habitantes dice:

Serán materia de la actuación de la Defensoría de los Habitantes de la República, las actuaciones del Organismo de Investigación Judicial, en cuanto a los derechos humanos de los ciudadanos. En estos casos, la Defensoría de los Habitantes de la República se limitará a informar sobre sus investigaciones y conclusiones a la Corte Suprema de Justicia, la cual decidirá lo correspondiente (el subrayado no es del original).

Al respecto, el Reglamento del Defensor de los Habitantes (N°. 22266-J) en su artículo 34 establece:

(...) Si se trata de conocer sobre las actuaciones del Organismo de Investigación Judicial, en cuanto a los derechos humanos de los habitantes, el Defensor de los Habitantes de la República podrá realizar las investigaciones que estime convenientes. Concluidas las mismas, informará sobre

sus conclusiones y recomendaciones a la Corte Suprema de Justicia para que se proceda conforme corresponda (el subrayado no es del original).

Es importante anotar, en cuanto a estas normas, que se refleja en ellas uno de los aspectos fundamentales relacionados con la protección de los derechos humanos en la justicia penal, que es el relativo a la actuación de los cuerpos policiales, puesto que la experiencia ha demostrado que con mucha frecuencia los abusos más graves de los derechos humanos, de carácter individual, provienen de la actuación policial, en cuanto a su intervención contraria al principio de proporcionalidad, o bien, incluso, a través de la práctica de la tortura, de la que Costa Rica por desgracia no puede considerarse totalmente exenta.

En relación con la necesidad de que la policía respete los derechos humanos, encontramos diversas normas en la legislación costarricense. Así, el artículo 3, inciso g) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (Ley N°. 6815 del 27-9-1982, según la modificación aprobada por Ley 8242 del 9-4-2002) indica como función de la misma:

Defender a los servidores del Estado cuando se siga causa penal contra ellos por actos o hechos en que participen en el cumplimiento de sus funciones. En ningún caso podrá defenderse a servidores que hayan cometido delito contra los intereses de la Administración Pública o hayan violado los derechos humanos, o cuando se trate de ilícitos cuyo conocimiento corresponda a la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública (el subrayado no es del original)³⁴.

34 El art. 3, inciso k) de la Ley de la Procuraduría General de la República establece que corresponde a la misma: Defender los derechos humanos de los habitantes de la República. Se entenderá por derechos humanos, para los efectos de estas disposiciones, los derechos y garantías individuales consagrados por la Constitución Política, así como los derechos civiles y políticos definidos en las convenciones que sobre derechos humanos tenga firmadas la Nación. Incurrirá en violación de los derechos humanos el funcionario o empleado público que, con su actuación material, decisión, acuerdo, resolución o decreto, menoscabare, denegare, obstaculizare, o de cualquier forma lesionare el disfrute o ejercicio de alguno de los derechos, libertades o garantías establecidas en los instrumentos legales citados en el párrafo anterior. Para cumplir con su cometido, la Procuraduría podrá realizar las investigaciones que considere pertinentes, y recibirá las denuncias hechas por cualquier persona contra funcionarios y autoridades administrativas o de policía. Cuando constatare una violación de los derechos humanos que configure delito, presentará la denuncia ante el Jefe del Ministerio Público, el cual deberá informarle sobre el resultado de esas denuncias. Los tribunales penales deberán, asimismo, notificar a la Procuraduría sobre todas las resoluciones

En cuanto a la utilización de la fuerza por la policía respetando los derechos humanos, debe resaltarse lo indicado por el artículo 97 de la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos (N°. 7527 del 10-7-1995), que establece:

Si por razones de salud o seguridad es absolutamente necesario desalojar una edificación, las autoridades de policía lo efectuarán tomando en consideración los derechos humanos de los moradores y ejecutando el desalojamiento en el plazo y en las condiciones que, según las circunstancias, sean aconsejables para su propia seguridad y la de los vecinos (...) (el subrayado no es del original).

Diversas normas relacionadas con la policía hacen referencia expresa al respeto de los derechos humanos que debe guiar su actuación, a la cual debe estar además orientada la capacitación policial. Al respecto, la Ley de Creación del Servicio Nacional de Guardacostas (N°. 8000 del 5-5-2000) establece en su artículo 19, inciso c) que los procesos de capacitación que se desarrollen en la academia: Serán de carácter civilista y democrático, protector de los más altos principios de la dignidad humana y la defensa de los derechos humanos (el subrayado no es del original).

El artículo 10, inciso c) de la Ley General de Policía (N°. 7410 del 26-5-1994) establece entre los principios fundamentales de la policía: (...) proteger las libertades ciudadanas, la dignidad de las personas y los derechos humanos (el subrayado no es del original).

que recaigan en el proceso. La violación, configure o no delito, constituirá una infracción a la relación de servicio del funcionario o empleado autor de la misma. En este último caso, una vez comprobados los hechos por la Procuraduría, se requerirá al respectivo jerarca la imposición de la sanción disciplinaria que legalmente sea procedente. En el ejercicio de estas funciones, la Procuraduría podrá inspeccionar oficinas públicas, sin previo aviso, y requerir de ellas documentos e informaciones necesarias para el adecuado cumplimiento de sus atribuciones contraloras. Quedan a salvo los secretos de Estado, declarados así por el Consejo de Gobierno, y los documentos declarados confidenciales por la ley. Ningún servidor público en el ejercicio de las funciones propias del cargo, podrá negarse a dar su colaboración cuando así lo requiera la Procuraduría. La Procuraduría rechazará las quejas anónimas, y podrá rechazar aquellas en las que advierta mala fe, carencia de fundamento o inexistencia de pretensión. No se dará curso a las denuncias interpuestas contra los funcionarios que gozan de inmunidad, de conformidad con la Constitución Política. Sin embargo, se estima que dicho artículo, en cuanto establece esto como función de la Procuraduría, fue derogado tácitamente por el artículo N°. 32 de la Ley N°. 7319 del 17 de noviembre de 1992, que creó la Defensoría de los Habitantes.

En el artículo 75, inciso d) de la Ley General de Policía establece como faltas graves: Las actuaciones arbitrarias, discriminatorias o claramente inspiradas en posiciones político-partidistas, que afecten las libertades ciudadanas, la dignidad de las personas o los derechos humanos (el subrayado no es del original).

Se dispone por medio del artículo 88, inciso c) de la Ley citada (Nº. 7410 del 26-5-1994) que uno de los criterios del adiestramiento y capacitación policial es que: Notendrán carácter militar y en consecuencia, su orientación será civilista, democrática y defensora de los derechos humanos (el subrayado no es del original).

El artículo 89, inciso a) de la Ley General de Policía, establece como requisito para las becas que: El país o ferente no esté regido por un gobierno de facto o que no se encuentre seriamente cuestionado, por violaciones graves de los derechos humanos, denunciadas o en trámite de denuncia, ante los organismos competentes, regionales o mundiales (el subrayado no es del original).

El transitorio 4 de la Ley de Fortalecimiento de la Policía Civilista (Nº. 8096 del 6-3-2001) dispone:

El Instituto Policial Para universitario, creado mediante Ley Nº 7550, deberá estructurar e impartir un diplomado en Administración Policial, los cursos tendrán como guía y fundamento los principios universales de los derechos humanos. Esta disposición se ejecutará en un plazo de seis meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley (el subrayado no es del original).

Otra de las grandes preocupaciones en relación con los derechos humanos es el trato que se debe dar a las personas privadas de libertad, ya sea que se encuentren cumpliendo una pena de prisión, o bien en prisión preventiva. Esto ha tenido acogida expresa también en diversas normas aprobadas en Costa Rica. Para ilustrar, el artículo 13, inciso ch) de la ley que crea la Dirección General de Adaptación Social (Nº. 4762 del 8-5-1997) dispone que el Patronato de Construcciones tiene entre sus fines:

Disponer de los recursos que se obtengan por cualquier medio, para el mantenimiento y la construcción de la infraestructura penitenciaria, incluida la adquisición de bienes y la contratación de servicios, así como para el mejoramiento de las condiciones de los internos en el Sistema Penitenciario, a efecto de lograr un mayor respeto de los Derechos Humanos (...) (el subrayado no es del original).

El artículo 5, inciso d) del Reglamento General de la Policía Penitenciaria (Nº. 26061-J del 6-6-1997) indica que la Dirección General de Adaptación

Social tendrá, respecto de la Policía Penitenciaria, la atribución de: Coordinar con la Dirección de la Policía Penitenciaria, porque en los Centros Penitenciarios se cumplan respecto de los detenidos y visitantes, las normas vigentes de Derechos Humanos relacionadas con materia de seguridad (el subrayado no es del original). Por su parte, el inciso 18) del artículo 14 de dicho Reglamento establece que es función de la Dirección de la Policía Penitenciaria: Velar en conjunto con la Dirección General de Adaptación Social porque en los Centros Penitenciarios se cumplan respecto de los detenidos y visitantes, las normas vigentes de Derechos Humanos relacionados con la materia de seguridad (el subrayado no es del original).

Por otro lado, uno de los aspectos de gran relevancia que se refleja en la normativa legal y reglamentaria costarricense es la exigencia del fomento de los derechos humanos y la educación de los mismos.

Así, el artículo 7, inciso h) del Reglamento del Defensor de los Habitantes prevé como función de la Defensoría de los Habitantes: Establecer y mantener comunicación con las diferentes organizaciones públicas o privadas, nacionales o extranjeras, encargadas de la defensa y promoción de los Derechos Humanos (el subrayado no es del original).

Por su parte, el Estatuto Autónomo de Organización de la Defensoría de los Habitantes de la República (N° 528-DH del 09/05/2001) prevé, en su artículo 21, inciso p), entre las funciones de la Dirección de Asuntos Jurídicos: Elaborar en coordinación con las distintas Direcciones proyectos de ley o de reforma constitucional cuando se detecte una laguna normativa o que esta es idónea, considerando los derechos humanos la situación social y económica del país (el subrayado no es del original).

Además, dicho estatuto, en su artículo 22, inciso a) prevé como función de la Dirección de Comunicación Institucional: Diseñar, elaborar y ejecutar las distintas estrategias de información, divulgación, promoción y educación en el campo de los derechos humanos, dirigidas a la sociedad civil con el propósito de promover el conocimiento y defensa de los derechos de las personas frente a la acción del Estado (el subrayado no es del original).

El inciso c) de dicho artículo indica también como función: Diseñar y elaborar las metodologías necesarias para desarrollar las actividades de información, divulgación, promoción y educación en derechos humanos, para generar una participación solidaria en la defensa y ejercicio de los mismos (el subrayado no es del original). El inciso e) agrega: Proporcionar la descentralización de la acción institucional en todos los procesos de promoción, divulgación y capacitación de Derechos Humanos (el subrayado no es del original). Se suma a esto lo dicho por el inciso g): Desarrollar procesos de investigación para identificar áreas vulnerables en el ejercicio pleno de los derechos humanos, cu-

Los resultados propicien una participación activa de los y las ciudadanas en la búsqueda de soluciones alternativas a los problemas (el subrayado no es del original).

El artículo 25, inciso c) del citado Reglamento Autónomo establece como función de la Dirección de Promoción y Divulgación: Generar información y medios para activar la cultura de los derechos humanos (el subrayado no es del original).

En el sentido de fomento de la educación de los derechos humanos, debe resaltarse el artículo 1 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Nº. 7727 del 9-12-1997), que establece en el título Educación para la Paz:

Toda persona tiene derecho a una adecuada educación sobre la paz, en las escuelas y los colegios, los cuales tienen el deber de hacerles comprender a sus alumnos la naturaleza y las exigencias de la construcción permanente de la paz. El Consejo Superior de Educación procurará incluir, en los programas educativos oficiales, elementos que fomenten la utilización del diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación y otros mecanismos similares, como métodos idóneos para la solución de conflictos. La educación debe formar para la paz y el respeto a los derechos humanos (el subrayado no es del original).

También, en el sentido de que debe darse una educación de los derechos humanos, ha de resaltarse el artículo 56 del Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley Nº. 7739 del 6-1-1998), que dice:

Las personas menores de edad tendrán el derecho de recibir educación orientada hacia el desarrollo de sus potencialidades. La preparación que se le ofrezca se dirigirá al ejercicio pleno de la ciudadanía y le inculcará el respeto por los derechos humanos, los valores culturales propios y el cuidado del ambiente natural, en un marco de paz y solidaridad (el subrayado no es del original).

Destacando la importancia que para la prevención de las violaciones de los derechos humanos tiene la educación sobre los mismos, ha de resaltarse el artículo 31 de la Ley General sobre el VIH-SIDA (Nº. 7771 del 29-4-1998), que establece con respecto a la educación como instrumento preventivo:

El Consejo Superior de Educación, en coordinación con el Ministerio de Salud, incluirá en los programas educativos temas sobre los riesgos, las consecuencias y los medios de transmisión del VIH, las formas de

prevenir la infección y el respeto por los derechos humanos (...) (el subrayado no es del original).

Dentro de las tendencias existentes en los últimos años se da el desarrollo de una legislación sobre los derechos de la niñez y la adolescencia, impulsada con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Al respecto, el artículo 6 del Código de la Niñez y la Adolescencia dispone que en lo relativo al medio sociocultural:

Las autoridades administrativas judiciales u otras que adopten alguna decisión referente a una persona menor de edad, al apreciar la situación en que se encuentra, deberán tomar en cuenta, además de lo dispuesto en los artículos anteriores, los usos y las costumbres propios del medio sociocultural en que se desenvuelve habitualmente, siempre que no contraríen la moral, la ley y los derechos humanos (el subrayado no es del original).

El artículo 112 del Código mencionado hace referencia expresa a la Convención sobre los Derechos del Niño como guía para la interpretación. Así señala:

Al interpretar e integrar las normas procesales establecidas en este título, la autoridad judicial o administrativa deberá orientarse al cumplimiento del interés superior del niño y de los demás principios protectores consagrados en la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño, los demás tratados internacionales atinentes a la materia, la normativa consagrada en este Código y el Código Procesal Civil; este último, cuando no contravenga los principios establecidos en esta ley. Para la mejor determinación del interés superior del niño, la autoridad deberá contar con el apoyo y la consulta de un equipo interdisciplinario (el subrayado no es del original).

El artículo 116, inciso a) del Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N°. 7739 del 6-1-1998) prevé que corresponde a los jueces de familia:

Conocer, tramitar y resolver, por la vía del proceso especial de protección, las denuncias o los reclamos contra toda acción u omisión que constituya amenaza o violación de los derechos humanos de las personas menores de edad y los demás derechos reconocidos en este Código, salvo lo relativo a la materia penal (el subrayado no es del original).

El artículo 132 del mismo Código señala que:

En casos de amenaza grave o violación de los derechos reconocidos en el presente Código, el proceso especial de protección podrá iniciarse de oficio o por denuncia presentada por cualquier persona, autoridad u organismo de derechos humanos (el subrayado no es del original).

Una de las preocupaciones muy ligadas al sistema penal es la temática de la violencia doméstica, con respecto a la cual debe mencionarse la existencia de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Como desarrollo de las previsiones de la misma debe resaltarse la Ley contra la Violencia Doméstica (N°. 7586 del 10-4-1996), la que hace mención expresa a los derechos humanos, en su artículo 7, inciso b), que establece que están legitimados para solicitar medidas de protección:

Las instituciones públicas o privadas que lleven a cabo programas de protección de los derechos humanos y la familia, cuando la persona agredida lo solicite, se encuentre grave o presente alguna discapacidad que le impida solicitar la protección o tener conciencia de la agresión que se le inflige (el subrayado no es del original).

Lo relativo a la búsqueda de la erradicación de la violencia doméstica guarda relación con la tendencia del derecho internacional de los derechos humanos hacia la consideración de una perspectiva de género, lo cual ha llevado a la exigencia de que se promueva la igualdad de oportunidades de las mujeres. Debe recordarse, al respecto, la existencia de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer. Al efecto ha de indicarse que en Costa Rica se hace mención expresa a la protección de los derechos humanos en la Ley de Promoción de la Igualdad Real de la Mujer (N°. 7142 del 8-3-1990), que dispone en su artículo 23:

La Defensoría General de los Derechos Humanos velará, en general, por la protección de los derechos humanos de los habitantes del territorio nacional y, específicamente, protegerá los derechos de la mujer, del niño y del consumidor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de esta Ley. La Defensoría de la Mujer tendrá las siguientes funciones: a. Velar por el cumplimiento de las declaraciones y convenciones y de todas las leyes conexas, reglamentos y disposiciones administrativas respecto a derechos relativos a la mujer. b. Investigar, de oficio o a petición de parte,

las acciones u omisiones, que lesionen los derechos de la mujer, efectuar recomendaciones y proponer las sanciones correspondientes ante las instancias respectivas. c. Prevenir las violaciones a los derechos de la mujer, mediante acciones y recomendaciones que efectuará ante las instancias competentes. ch. Proponer reformas a la normativa destinadas a asegurar la defensa de los derechos de la mujer. d. Procurar el mejoramiento de los servicios públicos y privados para la atención de la mujer. e. Intervenir en juicios cuando considere que puede haber discriminación contra la mujer. f. Actuar en defensa de los derechos de la mujer ante la administración pública. g. Promover la ratificación, por parte de la Asamblea Legislativa, de toda convención internacional que garantice derechos a favor de la mujer. h. Velar porque en las instituciones públicas y privadas no exista discriminación por motivo del género y porque se le dé un trato justo a la mujer. i. Promover el estudio permanente de las causas que generan la desigualdad de la mujer con el fin de proponer las medidas preventivas (el subrayado no es del original).

Por su parte, la Ley del Instituto Nacional de las Mujeres (N°. 7801 del 30-4-1998) establece en su artículo 3, inciso b) que dicho instituto tendrá entre sus fines:

Proteger los derechos de la mujer consagrados tanto en declaraciones, convenciones y tratados internacionales como en el ordenamiento jurídico costarricense; promover la igualdad entre los géneros y propiciar acciones a mejorar la situación de la mujer sic (el subrayado no es del original).

El inciso d) de dicho artículo indica también como objetivo: Propiciar la participación social, política, cultural y económica de las mujeres y el pleno goce de sus derechos humanos, en condiciones de igualdad y equidad con los hombres (el subrayado no es del original).

El artículo 4, inciso f) de la mencionada ley indica que entre las atribuciones del instituto está:

Elaborar, coordinar y ejecutar acciones que impulsen el desarrollo de la familia como espacio de socialización de los derechos humanos e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (el subrayado no es del original).

Dentro del Código Procesal Penal de 1996 existen numerosas normas que son desarrollo de la normativa internacional sobre derechos humanos.

Cabe destacar, además, que en el ámbito latinoamericano ha existido una gran preocupación por el quebranto de los derechos humanos a nivel policial y judicial, que se traduce en una desconfianza con respecto a la actuación del Ministerio Público como titular de la acción penal en tales supuestos. Esto ha llevado a autorizar la acción popular cuando se está ante el quebranto de derechos humanos. En este sentido, el Código Procesal Penal, en su artículo 75, párrafo 2), al regular al querellante en delitos de acción pública establece que tiene derecho a apersonarse como querellante:“(...) cualquier persona contra funcionarios públicos que, en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, hayan violado derechos humanos; cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios que han abusado de sus cargos así como contra quienes cometieron delitos que lesionan intereses difusos (el subrayado no es del original)”³⁵.

Una de las preocupaciones dentro del derecho internacional de los derechos humanos es la prevención y represión de los crímenes de lesa humanidad. Al respecto se han aprobado diversos convenios internacionales, dentro de los que descolla el Estatuto de Roma, que creó la Corte Penal Internacional³⁶. Acorde con la normativa de dicha convención, Costa Rica modificó la normativa del Código Penal, partiendo del carácter subsidiario que debe tener la actuación de la mencionada Corte³⁷.

Así, el artículo 7 del Código Penal de 1970, al mencionar respecto de la aplicación de la ley penal en el espacio los Delitos Internacionales (según la reforma introducida por ley 8272 del 2-5-2002) dice:

Independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de la comisión del hecho punible y de la nacionalidad del autor, se penará, conforme a la ley costarricense, a quienes cometan actos de piratería o actos de genocidio; falsifiquen monedas, títulos de crédito, billetes de banco y otros efectos al portador; tomen parte en la trata de esclavos, mujeres o niños; se ocupen del tráfico de estupefacientes o de publicaciones obscenas; asimismo, a quienes cometan otros hechos punibles contra los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, previstos en los tratados suscritos por Costa Rica o en este Código (el subrayado no es del original).

35 Cf. Llobet Rodríguez (2003, pp. 156-157).

36 Cf. Ambos (2003).

37 Art. 17, inciso 1 a) del Estatuto de Roma.

El artículo 379 del Código Penal de 1970 (según la reforma introducida por Ley 8272 del 2-2-2002) dispone, con el título Crímenes de lesa humanidad:

Se impondrá prisión de diez a veinticinco años a quien cometa u ordene cometer, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, actos que puedan calificarse como crímenes de lesa humanidad, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte, relativos a la protección de los derechos humanos, y del Estatuto de Roma (el subrayado no es del original).

A estos artículos se suma el 374 del mismo Código, que regula los Delitos de carácter internacional (según la reforma introducida por Ley 8127 del 29-8-2001) estableciendo:

Se impondrá prisión de diez a quince años a quienes dirijan organizaciones de carácter internacional dedicadas a traficar con esclavos, mujeres o niños, drogas y estupefacientes, o formen parte de ellas, cometan actos de secuestro extorsivo o terrorismo e infrinjan disposiciones previstas en los tratados suscritos por Costa Rica para proteger los derechos humanos (el subrayado no es del original).

2.2. El valor jurídico de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en Costa Rica

2.2.1. El valor jurídico de los tratados internacionales sobre derechos humanos en Costa Rica

Cuando se reconoce el carácter autoejecutivo como regla de los tratados internacionales sobre derechos humanos, de modo que los mismos se integren dentro del sistema de fuentes del derecho de un Estado determinado, surge la pregunta sobre su rango jurídico, de acuerdo con el orden jerárquico de las normas jurídicas.

Debe tenerse en cuenta que los tratados internacionales requieren un proceso de incorporación a la legislación interna, lo que implica que, en general, no basta con firmar un tratado, sino que se necesita posteriormente la ratificación del tratado, para lo cual la legislación interna establece un procedimiento.

En lo que atañe al valor jurídico de los tratados internacionales sobre derechos humanos, existen diferentes posiciones, de las que se tiene reflejo durante el período de vigencia de la Constitución de 1949.

En diversos países se establece que dichos convenios tienen el mismo valor jurídico que una ley, como consecuencia, de que tiene aplicación la norma que establece que una ley posterior deroga a la anterior, por lo cual podría llegarse a derogar un tratado internacional, como fuente del derecho interno, por una ley que se dictara luego³⁸. Esta posición plantea toda una problemática desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, ya que el estado no podrá justificar la violación del tratado internacional con el argumento de que el mismo, a lo interno del país, ha sido derogado por una ley posterior. Es importante anotar que el artículo 7 de la Constitución Política de 1949, en la versión original, o sea la aprobada por la Asamblea Constituyente, no indicaba cuál era el rango jurídico de los tratados internacionales, lo cual llevó a algunos a sostener que siendo el tratado ratificado por una ley, tendría el rango jurídico de una ley.

Una segunda posición lleva al carácter superior a las leyes de los tratados internacionales sobre derechos humanos, pero inferior a la Constitución Política³⁹. Es relevante anotar que por ley del 29 de mayo de 1968 se modificó el artículo 7 de la Carta Magna costarricense, y se dispuso en el primer párrafo: Lostratadospúblicos,losconveniosinternacionalesylosconcordatos,debidamente aprobadosporlaAsambleaLegislativa,tendrán desdesupromulgaciónodesde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

Con base en este mismo artículo se llegó a sostener que en general los diversos tratados internacionales, entre ellos los relativos a derechos humanos, tenían un carácter superior a la ley, aunque inferior a la Constitución Política. Esa era la posición sostenida por la Corte Plena, por ejemplo en la sesión N°. 28-86, arriba citada. Sin embargo, la tendencia del derecho comparado es concederles a los tratados internacionales sobre derechos humanos un rango constitucional o, incluso, supraconstitucional⁴⁰.

La Sala Constitucional inicialmente hizo mención del carácter constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica. Así, en el voto 1147-90 del 21 de setiembre de 1990 dijo que los mismos:

38 Sobre ello: Piza Rocafort, Trejos (1989, pp. 90-92).

39 Acerca de esta posición: Piza Rocafort, Trejos (1989, pp. 89-90).

40 Véase: Piza Rocafort, Trejos (1989, pp. 92-93).

(...) tienen, no solo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución, sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma.

Esto lo dedujo la Sala Constitucional de la reforma al artículo 48 de la Constitución Política, introducida por Ley 7128 del 18 de agosto de 1989, en cuanto estableció la posibilidad de que a través de un recurso de amparo se reclame la violación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la república.

Es importante anotar que la Ley de la Jurisdicción Constitucional, aprobada por Ley 7135 del 11 de octubre de 1989, que creó la Sala Constitucional, estableció en el artículo 1 como objeto de la jurisdicción constitucional:

(...) garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.

Con posterioridad, la Sala Constitucional llegó a afirmar, incluso, la supraconstitucionalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica, con fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política, arriba mencionado. De esta manera, sostuvo que en cuanto al valor jurídico de los tratados internacionales debe hacerse una distinción, de modo que los tratados internacionales sobre derechos humanos tengan un carácter constitucional, imponiéndose sobre la misma Constitución cuando establecen mayores derechos que esta, con base en el principio *pro homine*⁴¹.

Al respecto debe resaltarse el voto 3435-92 del 11 de noviembre de 1992, ordenado por la Sala Constitucional, que conoció de un recurso de amparo en contra del rechazo de una solicitud de naturalización. Se cuestionó en dicho fallo el artículo 14, inciso 5) de la Constitución Política, de acuerdo con la reforma introducida por Ley 7065 del 21 de mayo de 1987, que indica que son costarricenses por naturalización: la mujer extranjera que

41 Al respecto: Hernández Valle (1995, pp. 95-96).

habiendo estado casada durante dos años con costarricense y habiendo residido en el país durante ese mismo período, manifieste su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense. Se discutía el carácter discriminatorio que tenía la referencia a que solamente la mujer en tales circunstancias podía optar por la naturalización, pero no se establecía un derecho equivalente al hombre extranjero que fuese casado con una costarricense. La Sala Constitucional declaró con lugar el recurso de amparo, basándose en la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2 y 7), la Declaración Americana de Derechos Humanos (art. 2), la CADH (arts. 1 y 24) y el PIDCP (arts. 3 y 26). Dijo:

(...) Es incuestionable que el inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política contiene una disposición que resulta inaplicable por ser contraria a los valores fundamentales de la Carta en cuanto a igualdad jurídica y su complemento de no discriminación, tutelados con igual trascendencia por las normas internacionales, cuyo efecto erga omnes es de obligada vigencia y acatamiento en el ámbito nacional por su misma naturaleza y por imperativo del artículo 48 de la Constitución. La simple comparación de las normas transcritas con la disposición cuestionada demuestra que el beneficio concedido exclusivamente a la mujer extranjera casada con costarricense, constituye una discriminación en perjuicio del hombre extranjero casado con una ciudadana costarricense, contra quien crea artificialmente una desventaja pues le sustrae beneficios por razones de género, contraviniendo con ello el espíritu constitucional y universal de igualdad y no discriminación. Dicha disposición atenta, además contra la igualdad y unidad matrimoniales que, también son valores tutelados por el ordenamiento interno e internacional, al decir la Carta en sus artículos 51 y 52 (...). Adviértase que en la especie la desigualdad que hiera los intereses del recurrente no es una simple diferenciación razonable y objetiva, sino un tratamiento evidentemente injustificado, infundado y desproporcionado, producto de condicionamientos sociales, culturales, económicos y políticos felizmente superados, tratamiento que actualmente resulta lesivo para la dignidad humana en lo particular, como derecho subjetivo positivo concreto a la igualdad, y para la unidad familiar como derecho social objetivo, desde el momento en que establece una restricción odiosa que atenta, por discriminación, contra el equilibrio jurídico y espiritual de la familia, también tutelado por la Constitución y por el ordenamiento internacional y por ello patrimonio subjetivo del ofendido. La norma impugnada crea una especie de marginación que afecta al núcleo familiar y por ende a la sociedad en su conjunto desde el momento en que un integrante de esa

comunidad es tratado de manera diferente, cercenando sus derechos igualitarios y colocándolo en situación social de desventaja, frente a su esposa, sus hijos y demás familiares; con ello se resiente el sentido de justicia. De acuerdo con lo expuesto, la disposición cuestionada, que no establece, criterios fundamentales de convivencia, carece de vigencia y aplicabilidad frente a los principios fundamentales que establece la Constitución Política y los Convenios Internacionales, para quienes la igualdad y no discriminación son derechos genéricos, y por ello piedra angular, clave, de nuestro ordenamiento; son valores superiores que configuran e impregnan la convivencia democrática de la Nación y del estado social de derecho vigente. La discriminación señalada cede frente a principios de rango superior dado que la desigualdad en comentario no tiende a proteger una finalidad superior, concreta, dirigida a crear, proteger o fomentar intereses comunes superiores sino a discriminar contra derechos subjetivos. II.- En aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, y en el ejercicio de las facultades que le otorga la Constitución a esta Sala, se dispone que cuando en la legislación se utilicen los términos hombre o mujer, deberán entenderse como sinónimos del vocablo persona, y con ello eliminar toda posible discriminación legal por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados. Por las razones anteriores procede acoger el recurso y concederle al recurrente los derechos denegados por aplicación del inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política, en cuanto reúna los requisitos legales y constitucionales aplicables, normativa que las autoridades deberán acatar en situaciones similares a la recurrida.⁴²

Referente a este voto, es importante citar lo dicho por Luis Paulino Mora y Nancy Hernández en 1996:

Esta es una de las sentencias más polémicas que ha dictado la Sala Constitucional, y sin duda la única en su género, pues mediante un

42 Este criterio ha sido sostenido por la Sala Constitucional en otros votos, incluido el voto de mayoría de la reelección presidencial, N°. 2771-2003 del 4 de abril de 2003. Con respecto al mismo tema tratado en el voto 3435-92 de la Sala Constitucional, véase también: voto 5778-98 del 11-8-1998.

recuso de amparo se interpretó una norma constitucional en contra del sentido de su texto expreso, con utilización de instrumentos internacionales de derechos humanos (...). En esta sentencia se declara inconstitucional la palabra 'mujer', contenida en el inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política (...). Este es el único caso que existe a la fecha, en que para anular una palabra, contra texto expreso de la Constitución, se utilizaron instrumentos internacionales de derechos humanos; no obstante, existen muchos otros en que (...) se utilizan estos instrumentos como parámetros de interpretación constitucional y de sus principios derivados⁴³.

El carácter superior a la misma Constitución de los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica, cuando conceden mayores derechos que esta, ha sido reiterado por la Sala Constitucional en diversos votos, por ejemplo los votos 1319-97 del 4 de marzo de 1997; 6830-98 del 24 de setiembre de 1998 y 9685-2000 del 1º de noviembre de 2000⁴⁴.

2.2.2. El valor jurídico de instrumentos internacionales sobre derechos humanos no aprobados a través de un tratado internacional

El artículo 48 de la Constitución Política, conforme a la reforma supracitada introducida en 1989, establece que puede reclamarse a través de un recurso de amparo la violación de (...) los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República (...) (el subrayado no es del original). El artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece entre el objeto de la jurisdicción constitucional, garantizar la supremacía y uniforme

43 Mora Mora, Hernández (1996, pp. 74-78).

44 En el voto 1147-90 del 21-9-1990, la Sala Constitucional hizo mención de que existe una serie de principios y normas internacionales de derechos humanos, que tienen, no solo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución, sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma. En ese voto se le dio un valor constitucional a los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica. En el voto 1671-96 del 12-4-1996 se hizo referencia al rango constitucional de los tratados de derechos humanos. En el voto 8245-97 del 3-11-1997 se hizo mención del valor de dichos instrumentos, señalándose solamente que tienen un valor incluso superior a las leyes.

interpretación y aplicación de (...) los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica (el subrayado no es del original).

Resalta al respecto la utilización del término instrumentos internacionales de derechos humanos, en vez del de tratados internacionales, por lo que se discute si incluso declaraciones de derechos humanos, directrices, códigos de conducta o reglas mínimas sobre los mismos, tienen un carácter vinculante en Costa Rica, adquiriendo un rango constitucional e incluso supraconstitucional.

Sobre lo anterior indica Rubén Hernández Valle:

los instrumentos internacionales tienen el mismo rango que los de orden constitucional. Pero, además, tanto nuestro texto constitucional como la Ley de la Jurisdicción Constitucional, utilizan el vocablo 'instrumentos' antes que el de 'tratados o convenios'. De donde se concluye que la cobertura es más amplia, pues basta con demostrar que un instrumento internacional está vigente en la República para invocarlo como parámetro del proceso de amparo, sin necesidad de que se encuentre plasmado en un tratado o convenio debidamente aprobado por nuestro órgano legislativo. La diferencia es importante, pues existen numerosos instrumentos internacionales vigentes en el país, sin haber alcanzado la categoría de tratados aprobados por la Asamblea Legislativa⁴⁵.

En un sentido similar se pronuncia Rodolfo Piza Escalante, al decir que la justicia constitucional comprende:

la garantía de los derechos humanos reconocidos en el cada día más autónomo 'Derecho Internacional de los Derechos Humanos', en la medida en (que) hayan de tenerse por incorporados al ordenamiento jurídico, con rango de ley, o superior a la ley, o inclusive constitucional- como en el caso (...) de Costa Rica, cuya Constitución, desde su reforma de 1989, incorporó en su artículo 48 los consagrados en los instrumentos... no solo en los tratados formales... internacionales de derechos humanos, entre ellos, muy especialmente, las Declaraciones Universal de Derechos Humanos y Americana de Derechos y Deberes del Hombre, además de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la cual se consagra, además, su expansión a aquellos no reconocidos expresamente, pero

45 Hernández Valle (1995, p.115).

que se deriven de la intrínseca dignidad del ser humano o de la forma democrático representativa de Gobierno, en las palabras textuales de su artículo 29⁴⁶.

La Sala Constitucional, en diversas resoluciones, les ha dado el carácter de instrumentos internacionales aplicables en Costa Rica no solamente a tratados internacionales como la CADH y el PIDCP, sino también a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Declaración Americana de Derechos del Hombre. En este sentido, puede consultarse, por ejemplo, el voto 6830-98 del 24 de setiembre de 1998, en donde expresamente se citaron ambas declaraciones como modelos de instrumentos internacionales plenamente vigentes en nuestro país, y se señaló que conforme al artículo 48 de la Constitución Política (...) tienen igual fuerza normativa y de garantía que la Constitución misma, lo que en la práctica equivale a que en cuanto sean más generosos, priman por las disposiciones constitucionales, como lo ha desarrollado la jurisprudencia constitucional⁴⁷.

46 Piza Escalante (1993, pp. 23-24).

47 Véase también: Sala Constitucional, voto 1314-95 del 8-3-1995, en donde luego de hacerse referencia a los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica, se mencionó que entre esas fuentes de Derecho Constitucional se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos del Hombre. En el voto 769-93 del 16-2-1993 se hizo referencia a la Declaración Universal como instrumento internacional vigente en Costa Rica. En el mismo sentido se pronunció la Sala Constitucional en los votos 8076-M-97 del 28-11-1997, 618-2001 del 24-1-2001, los que mencionaron también a la Declaración Americana de Derechos del Hombre. La Declaración Universal y la Americana son mencionadas en el voto 3435-92 del 11-11-1992 como instrumentos internacionales aplicables en Costa Rica. En el voto 3568-97 se hizo referencia a la Declaración Universal como instrumento internacional vigente, con fuerza incluso superior a las leyes. Véase también los votos 5409-94 del 20-9-1994; 1423-95 del 14-3-1995, que mencionan a la Declaración Universal como parámetro de constitucionalidad. En el voto 6450-98 del 4-9-1998, sin mayor análisis justificativo, la Sala Constitucional analizó en una acción de inconstitucionalidad la conformidad de la norma impugnada con la Declaración Universal y la Declaración Americana de Derechos Humanos. Se reclamaba además el quebranto de un convenio de la OIT. En el voto 1371-92 del 26-5-1992 al resolverse una acción de inconstitucionalidad se analizó la conformidad con la Declaración Universal, sin una fundamentación sobre por qué procedía. Se alegaba también el quebranto de diversos tratados internacionales. Véase también el voto 2232-91 del 11-4-1991, en el que se señala que la norma consultada quebranta no solo diversos tratados internacionales, sino también la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Americana de Derechos del Hombre. Véase también: voto 3568-97 del 25-6-1997, en que se declaró la inconstitucionalidad de una norma, entre otras razones, por ser contraria a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Este carácter obligatorio de las declaraciones Universal y Americana fue afirmado también por el voto 6096-97 del 26 de setiembre de 1997, aunque esa resolución hizo mención de las declaraciones indicadas como instrumentos internacionales suscritos por Costa Rica⁴⁸.

Por otro lado, la Sala Constitucional, al resolver diversos recursos de hábeas corpus, ha mencionado la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos del Hombre, la CADH y el PIDCP, como los cuatro instrumentos internacionales que forman nuestro marco principal de referencia. Ello se señaló, por ejemplo, en el voto 2140-997 del 18 de abril de 1997.

Es importante anotar, en cuanto al valor como instrumento vigente en Costa Rica, que la Sala Constitucional, como se dijo arriba, ha señalado que la Declaración Universal de Derechos del Hombre tiene un carácter obligatorio. A pesar de lo polémica que es esa posición debe reconocerse que, al sostenerse, es lógico que la Sala acuda a dicha Declaración como instrumento vigente (o aplicable) en Costa Rica.

El que la Sala Constitucional acuda a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Declaración Americana de Derechos del Hombre como instrumentos vigentes en Costa Rica, con carácter superior a la misma Constitución, cuando conceden más derechos que esta, no tiene la trascendencia que pareciera tener, ya que, en general, los derechos establecidos en dichas declaraciones han sido consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la CADH, de lo que resulta que ambas convenciones fueron mucho más lejos, como consecuencia del desarrollo histórico del derecho internacional de los derechos humanos, que las declaraciones mencionadas. Sobre ello es importante citar lo dicho por Daniel O' Donnell:

La Declaración Universal y la Declaración Americana expresan el contenido de los derechos civiles y políticos en forma más escueta y menos actual que los grandes tratados de derechos humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Humanos y la Convención Americana, adoptados dos décadas después. Por esa razón, para el abogado defensor de los derechos humanos, la importancia práctica de dichas Declaraciones es

48 Al respecto, véase también: Sala Constitucional, voto 1954-2000 del 3-3-2000, en el que se fundamenta la resolución en diversos instrumentos internacionales suscritos por Costa Rica, entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Americana de Derechos del Hombre. Véase también: votos 5934-97 del 23-9-1997; 7200-E-97 del 3-11-1997; 1955-2000 del 3-3-2000; 2902-2001 del 18-4-2001; 3109-2001 del 25-4-2001; 10334-2001 del 12-10-2001.

limitada, en lo que respecta a la mayor parte de los países que han ratificado por lo menos uno de esos dos tratados internacionales⁴⁹.

Sin embargo, la Sala Constitucional ha ido mucho más allá de estimar como instrumentos vigentes a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Declaración Americana, considerando que lo son también diversas declaraciones y reglas mínimas aprobadas por la Asamblea General de la ONU, por ejemplo las relativas al tratamiento de los reclusos, lo que es particularmente criticable, pues con respecto a las diversas reglas mínimas se admite, en general, que no tienen un carácter vinculante, sino se trata de meras recomendaciones, salvo que hayan llegado a ser admitidas como parte del Derecho consuetudinario⁵⁰, lo cual es discutible incluso, como se dijo, con respecto a la misma Declaración Universal de Derechos Humanos. Sobre ello señaló la Sala Constitucional en el voto 9685-2000 del 1º de noviembre de 2000:

La aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país sirven en primer término, como lo indica la norma, como parámetros de decisión en los procesos de hábeas corpus y de amparo, pero en la jurisprudencia de la Sala también se acude a ellos en la decisión de cualquier asunto que se somete a su conocimiento y resolución, fundamentalmente porque el papel central que cumple, es el de garantizar el principio de supremacía de la Constitución, hoy, como se ve del artículo 48 citado, extendido más allá y por encima del mero texto constitucional. En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los 'instrumentos internacionales', significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948), por su carácter y naturaleza, no ha necesitado de los trámites constitucionales de aprobación, para entenderse como vigente y con la fuerza

49 O'Donnell (1988, pp. 16-17).

50 Cf. Villán Durán (2002, pp. 124, 210, 221, 232). Véase también: Verdross (1980, p. 498), Ipsen (1990, Par. 16, N°. 23, p. 197), Verdross, Simma (1984, Par. 634-639, pp. 405-412), Podestá Costa, Ruda (1979, T. I, p. 22).

normativa que le otorga la materia que regula. Otro tanto cabe decir de las 'Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, de la Organización de las Naciones Unidas, que aunque sean producto de reuniones de expertos o el trabajo de algún departamento de esa organización, por pertenecer nuestro país a ella, y por referirse a derechos fundamentales, tienen tanto el valor de cualquier normativa internacional que formalmente se hubiera incorporado al derecho interno costarricense. En este sentido puede citarse la sentencia N°2000-07484, del veinticinco de agosto último, en que por virtud de un hábeas corpus formulado por un recluso, esta Sala condenó al Estado por violar esas Reglas Mínimas, particularmente por el hacinamiento y falta de higiene constatadas en un centro penitenciario. En esa misma fecha, también se estimó un recurso de hábeas corpus planteado en favor de unos ciudadanos panameños que habían ingresado al país con visa de turismo y que, según las autoridades de Migración, solamente permitía 'fines de recreación' y que fueron sorprendidos ejerciendo una protesta pacífica ante las instalaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde pendía su caso, originado en alegadas violaciones a sus derechos por parte del Gobierno de la República de Panamá. Se les detuvo y se les iba a deportar, de modo que la Sala anuló las resoluciones que en tal sentido se habían dictado, porque, como se nota, sería absurdo que al ser Costa Rica sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se impida a quienes tengan pendientes casos ante ella, entre ellos extranjeros, expresarse en forma pacífica y pública a favor de los derechos que considere les asisten (Sentencia N°2000-07498) sic.

Es importante hacer notar que la referencia a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, como instrumento internacional vigente en Costa Rica, se encuentra en diversas resoluciones de la Sala Constitucional. Se trata de una posición que ha sido sostenida por dicha Sala desde sus inicios. Así, en voto 709-91 del 4 de octubre de 1991 se dijo que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos son aplicables a nuestro país a la luz del artículo 48 de la Constitución Política y que ha elevado todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, arango constitucional, los que deberán ser incorporados en la interpretación de la Constitución sobre todo en materia de derechos humanos. Lo indicado en ese voto ha sido reiterado en muchos más⁵¹.

51 Por ejemplo, en votos 2086-91 del 17-10-1991, 2493-97 del 7-5-1997, 1232-98 del 25-2-1998, 3223-98 del 15-5-1998, 4913-2000 del 27-6-2000, 8305-2000 del 20-9-2000, 9550-2000 del 27-10-2000, 1465-2001 del 21-2-2001 y 1466-2001 del 21-2-2001.

En este mismo sentido, la Sala Constitucional manifestó en el voto 1774-97 del 1º de abril de 1997:

En las 'Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos', se establecen lineamientos que deben ser aplicados en todos los Centros de Atención Institucional del país (...). Estas Reglas (las de Naciones Unidas) regulan sobre las condiciones mínimas con las que debe contar un recluso, por lo que debe entenderse que cada una de estas condiciones son derechos de ellos, constitucionalmente reconocidos (...). Así las cosas, se impone declarar con lugar también este recurso y ordenar al Ministerio de Seguridad Pública que ponga la cárcel que funciona en la Comandancia de Golfito, en condiciones de respeto a las 'Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos', adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas, a fin de hacer cesar la violación de los derechos humanos, que aquí se ha examinado.

Existen diversas resoluciones similares, en las que la Sala Constitucional ha indicado que un centro penitenciario determinado no cumple con las condiciones establecidas por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, las que estima de acatamiento obligatorio, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política⁵².

En variadas resoluciones la Sala Constitucional ha recurrido no solo a las Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de los Reclusos, sino también al Código de Conducta para los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, resolución 34/169 de la Asamblea General de la ONU de 17 de diciembre de 1979. Esto se aprecia, por ejemplo, en el voto 3724-93 del 4 de agosto de 1993, en el que se citó dicho código entre los instrumentos internacionales de derechos humanos que fueron integrados al derecho de la constitución (...) permitiendo emplear los valores, principios y reglas allí contenidas como herramientas de complementación e interpretación de la Constitución.

En el voto 6495-2000 del 21 de julio de 2000, la Sala Constitucional fue aun más amplia y mencionó que además de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención de Derechos del Niño, se había infringido la Declaración de Derechos del Niño. Así dijo:

52 En este sentido puede consultarse, por ejemplo, los votos 1032-96 del 1-3-1996, 2835-96 del 12-6-1996, 3429-96 del 5-7-1996, 7484-2000 del 25-8-2000.

Esta Sala es del criterio que se ha infringido los artículos 21, 73, 74 y 48 de la Constitución Política, así como los instrumentos de derechos fundamentales que se mencionarán infra, como la Declaración de los Derechos del Niño que establece en el principio 4: 'El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, ...cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados'.

La doctrina constitucionalista costarricense, en general, con excepciones como la de Juan Marcos Rivero, ha sido poco crítica de los votos de la Sala Constitucional correspondientes al valor supraconstitucional de los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica⁵³. Usualmente se ha limitado a describir lo dicho por los votos de la Sala, sin plantearse el problema relacionado con los tratados internacionales no ratificados por Costa Rica, ni el correspondiente a los instrumentos internacionales no aprobados por un tratado internacional⁵⁴. En ese sentido descriptivo, señala Rubén Hernández que de acuerdo con la Sala Constitucional:

los derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales tienen el mismo rango que los de orden constitucional. Pero además, tanto nuestro texto constitucional como la Ley de la Jurisdicción Constitucional, utilizan el vocablo 'instrumentos' antes que el de 'tratados o convenios'. De donde se concluye que la cobertura es más amplia, pues basta con demostrar que un instrumento internacional está vigente en la República para invocarlo como parámetro del proceso de amparo, sin necesidad de que se encuentre plasmado en un tratado o convenio debidamente aprobado por nuestro órgano legislativo. La diferencia es importante, pues existen numerosos instrumentos internacionales vigentes en el país, sin haber alcanzado la categoría de tratados aprobados por la Asamblea Legislativa⁵⁵.

53 Sin embargo, especialmente crítico es José Miguel Villalobos, quien critica que no se sigue lo establecido en el artículo 7 de la Constitución Política en cuanto al carácter suprallegal de los convenios internacionales. Cf. Villalobos Umaña (2000, pp. 261-280).

54 Cf. Solís Fallas, A. (2000, pp. 132-133), Hernández (1998, p. 178). Gerardo Trejos y Hubert May, quienes no hacen referencia expresa a la problemática arriba indicada, resaltan que La solución dada por la Sala Constitucional es acorde con la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos. Trejos, May (2001, p. 158).

55 Hernández Valle (1995a, p. 115).

Juan Marcos Rivero Sánchez es particularmente crítico de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, pues considera que la misma ha incurrido en un fundamentalismo de los derechos humanos. Indica:

La Ley de la Jurisdicción Constitucional introduce la distinción entre derechos humanos vigentes en Costa Rica y aquellos que no están vigentes en el Ordenamiento Jurídico costarricense. Y aclara que la competencia de la Sala se abre solo con respecto a los derechos humanos que se encuentran incorporados a instrumentos internacionales que puedan considerarse vigentes en Costa Rica. Es claro, entonces, que el texto de comentario también se mueve en el plano de los derechos fundamentales propiamente dichos⁵⁶.

Señala Rivero Sánchez que:

La Sala Constitucional constantemente recurre, en su argumentación no solo a las normas de la propia Constitución o a tratados debidamente ratificados por el país, sino también a una serie muy diversa de declaraciones internacionales de derechos que se encuentran en instrumentos no ratificados y a los cuales se les asigna un valor incluso superior a la propia Carta Política⁵⁷.

Agrega:

Es claro que la Sala Constitucional afirma la vigencia de los instrumentos internacionales de Derechos humanos sin necesidad de ratificación previa, pues esto es lo que se deriva de la afirmación de que el artículo 48 es norma especial frente al 7 de la Constitución y de conformidad con el cual 'Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen autoridad superior a las leyes'⁵⁸.

56 Rivero Sánchez (2001, p. 107).

57 Rivero Sánchez (2001, p. 107).

58 Rivero Sánchez (2001, p. 107).

Continúa diciendo:

La tesis de la Sala Constitucional, indudablemente, es bien intencionada. Y en principio pudiera hasta resultar prácticamente inofensiva, pues lo cierto es que Costa Rica ha tenido la costumbre reiterada de ratificar todos los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. Hasta puede afirmarse que los derechos humanos que no se encuentran en convenciones internacionales debidamente ratificadas, obligan al Estado ya sea a título de costumbre internacional, o en su carácter de 'principios fundamentales', 'principios aceptados por las naciones civilizadas', 'principios inderogables por la voluntad de las partes', de 'ius cogens', o cualquier otra fórmula análoga. En este sentido puede afirmarse que el derecho a la vida impone al Estado la obligación de respetarla, aun cuando este no haya firmado ninguna convención internacional de derechos humanos⁵⁹.

Dice, a continuación:

Con todo la tesis de la Sala Constitucional costarricense, en determinados supuestos, puede tornarse muy problemática. En primer lugar de conformidad con la afirmación radical de la Sala, si el instrumento internacional en que se hace una declaración de determinados derechos no llegare a ratificarse o no se quisiera ratificar por alguna razón, a pesar de ello habría que afirmar que tiene 'una fuerza normativa del propio nivel constitucional. En segundo lugar, si dentro de un proceso democrático se produjera un cambio de la Constitución que se opusiera a algún instrumento internacional, deberá prevalecer, en la tesis de la Sala Constitucional, lo dispuesto en el instrumento frente a la normativa constitucional, aun cuando el instrumento internacional no hubiera sido ratificado (!!). En tercer lugar, la tesis de la Sala presenta el problema de que, de hecho, borra toda distinción posible entre el plano de los derechos humanos y el de los fundamentales, introduciendo con ello el problema de recargar toda argumentación estrictamente jurídica con los problemas propios de la argumentación ético-moral (!!!). Con ello se eleva el nivel de complejidad del discurso a un punto que,

59 Rivero Sánchez, J. M. (2001, p. 108).

si fuera tomado seriamente, ningún Tribunal Constitucional estaría en condiciones de soportar⁶⁰.

Critica Rivero Sánchez que se le llegue a dar valor, incluso superior a la Constitución, a las declaraciones de derechos humanos, ya que las mismas solamente de manera indirecta podrían ser fuente de obligaciones cuando recojan una costumbre internacional, o bien constituyan principios generales del derecho⁶¹. Señala que otorgarle a cualquier instrumento de derechos humanos, aun cuando no haya sido ratificado, un valor incluso superior al de la Constitución Política, implica desconocer la jerarquía y naturaleza de las fuentes propias del derecho internacional⁶².

Con respecto al tema, es importante anotar que el artículo 48 de la Constitución Política hace referencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables en Costa Rica, mientras que la Ley de la Jurisdicción Constitucional menciona los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica. Esto debe llevar a negar el carácter obligatorio de las diversas reglas mínimas, por ejemplo las relativas al tratamiento de los reclusos. Lo anterior, debido a que no pueden considerarse como aplicables o vigentes en Costa Rica normas del derecho internacional de los derechos humanos que no tienen un carácter obligatorio. Desde esa perspectiva, parece que la jurisprudencia de la Sala Constitucional no toma en cuenta el sistema de fuentes establecido en el derecho internacional de los derechos humanos. Téngase en cuenta que el reconocimiento de un valor, incluso supraconstitucional, de esos instrumentos de derechos humanos, no tiene paralelo a nivel del derecho comparado. Además, la Constitución Política establece un trámite para la ratificación de los tratados internacionales, correspondiendo su ratificación a la Asamblea Legislativa, por lo cual parece que la interpretación dada por la Sala Constitucional es contraria a la normativa constitucional. En efecto, el artículo 7 de la Constitución Política hace mención a los Tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación desde el día en que ellos designen, autoridad superior a las leyes (...) (el subrayado no es del original). Independientemente de que se estime que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen un valor supraconstitucional, debe conside-

60 Rivero Sánchez, J. M. (2001, p. 108).

61 Rivero Sánchez, J. M. (2001, p. 114).

62 Rivero Sánchez, J. M. (2001, p. 116).

rarse, de acuerdo con el artículo 7, que no son aplicables o no están vigentes en Costa Rica, los tratados internacionales sobre derechos humanos que no han sido debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa⁶³. Por otro lado, el artículo 121, inciso 4) de la Constitución Política establece como atribución de la Asamblea Legislativa Aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos. Se agrega a esto que la Parte General del Código Civil (de acuerdo con la reforma introducida por Ley N°. 7020 del 6 de enero de 1986), que contiene normas aplicables a todo el ordenamiento jurídico, señala en su artículo 5:

Las normas jurídicas contenidas en los tratados y convenios internacionales no serán de aplicación directa en Costa Rica, en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su aprobación por la Asamblea Legislativa y publicación íntegra en el diario oficial La Gaceta.

Si las declaraciones, directrices, códigos de conducta, normas mínimas, etc., tienen un valor superior a la Constitución Política de acuerdo con la Sala Constitucional, incluso debe afirmarse ello con respecto a tratados internacionales sobre derechos humanos no ratificados por Costa Rica. Lo anterior puede reiterarse que hasta atenta contra los artículos 7 y 121 inciso 4) de la Constitución Política, arriba mencionados, así como también contra el principio de división de poderes, establecido en el artículo 9 de la misma, ya que el Poder Ejecutivo interviene en las relaciones internacionales⁶⁴ y en la celebración de tratados internacionales⁶⁵, lo mismo que en la discusión en la Asamblea General de la ONU. Debe tenerse en cuenta que el Poder Ejecutivo, para la ratificación del tratado internacional que ha celebrado, requiere la

63 En sentido similar con respecto a los tratados internacionales sobre derechos humanos, indica José Miguel Villalobos: El requisito de aplicabilidad en Costa Rica que se exige para los instrumentos internacionales como condición para ser protegidos por el recurso de amparo se interpreta en el sentido de que esos instrumentos deben estar vigentes en nuestro país, lo que de conformidad con el artículo 121, inciso 4) y 140, inciso 10) constitucionales exige la aprobación por la Asamblea Legislativa y la ratificación por el Poder Ejecutivo, sin que baste la firma del instrumento para otorgarle aplicabilidad en Costa Rica (Villalobos, J. M.: 1999, p. 163). Debe advertirse, sin embargo, que ese no es el criterio del que ha partido la Sala Constitucional.

64 Art. 121, inciso 12) de la Constitución Política. Cf. Rojas (1997, pp. 263-281).

65 Art. 140, inciso 10) de la Constitución Política. Cf. Rojas (1997, pp. 281-304).

aprobación de la Asamblea Legislativa⁶⁶. Con lo resuelto por la Sala Constitucional se le está dando al Poder Ejecutivo un poder de carácter normativo, que se encuentra por encima de la propia Constitución Política, lo cual violenta la división de poderes⁶⁷.

Incluso el valor que le da la Sala Constitucional a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no es acertado de acuerdo con lo expuesto arriba. Dicha Declaración no tiene un carácter obligatorio, y resulta que solamente algunas de sus normas, que forman el llamado núcleo duro de los derechos humanos, han adquirido ese carácter, al poder ser consideradas como parte de las normas aceptadas como costumbre por la comunidad internacional. Por lo tanto, no es acertado afirmar el carácter de instrumento vigente o aplicable en Costa Rica de la Declaración Universal o asignarle un valor incluso supraconstitucional.

En lo atinente a la Declaración Americana sobre Derechos del Hombre la situación es distinta, pues la doctrina ha aceptado que aunque en un inicio no tenía un carácter obligatorio para los estados miembros de la OEA, con el transcurso del tiempo lo adquirió, entre otras razones como consecuencia de la modificación de la Carta de la OEA, que consiste en un tratado internacional. Lo anterior al preverse la comisión como un ente de dicha organización. Desde esa perspectiva puede considerarse que la Declaración Americana es, efectivamente, un instrumento internacional aplicable y vigente en Costa Rica. Sobre la obligatoriedad de la Declaración Americana se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Dijo:

38. (...). La Corte considera necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración.

66 Arts. 7 y 140, inciso 10) de la Constitución Política.

67 Magda Inés Rojas ha ido más lejos, señalando que puede darse una violación al principio de división de poderes cuando la Sala Constitucional le asigna un carácter supraconstitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos, ya que corre el riesgo de interferencia en el ejercicio de las competencias del Poder Ejecutivo (Rojas: 1997, pp. 304-305, 308).

39 (...).

40 (...).

41 (...).

42. La Asamblea General de la Organización ha reconocido además, reiteradamente, que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA (...)

43. Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.

44. (...).

45. Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales.

46. Para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA.

47. La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto (...).

2.3. El juez ordinario ante la contravención de un instrumento internacional de derechos humanos vigente en Costa Rica por una ley

Existen diversas normas, arriba citadas, que establecen la obligación de los jueces ordinarios de aplicar instrumentos internacionales, de modo que los mismos constituyen fuente de derecho en Costa Rica. Al respecto, en materia penal, es importante reiterar lo indicado por el primer párrafo del artículo 5 del Código Procesal Penal de 1996, que indica: Los jueces solo están sometidos a la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y a la ley (el subrayado no es del original)⁶⁸.

Como se dijo con anterioridad, el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los funcionarios que administran justicia no podrán: Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza contrarios a la Constitución Política o al Derecho Internacional o comunitario vigentes en el país, y agrega: Si tuviera dudas sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, necesariamente deberán consultar ante la jurisdicción constitucional.

Señalados después: Tampoco podrán interpretarlos ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

Una de las discusiones que se suscitan es si los jueces ordinarios pueden, directamente, des aplicar leyes que consideran que quebrantan instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica, sin hacer una consulta de constitucionalidad.

En relación con este tema, se ha discutido desde hace muchos años en la Sala Constitucional si el juez ordinario puede des aplicar leyes que considera contrarias a la Constitución. Esa discusión tiene gran importancia, puesto que podría analizarse si la misma solución es la que debe darse cuando el conflicto irreconciliable se origina entre un instrumento internacional de derechos humanos vigente en Costa Rica y una ley.

El criterio sostenido por la Sala en cuanto a los conflictos entre Constitución y ley, es que el juez ordinario, en principio, no puede des aplicar leyes que considera contrarias a la Constitución, sino que el procedimiento por seguir es la formulación de una consulta facultativa de constitucionalidad ante la Sala. Ha señalado que, excepcionalmente, podría el juez des aplicar una ley cuando existen precedentes de la Sala que se han pronunciado por la inconstitucionalidad en casos similares, por lo que se trataría simplemente de la aplicación de la norma que establece como vinculante erga omnes la jurisprudencia y precedentes de la Sala.

68 Cf. Llobet Rodríguez (2003, pp. 45-46).

En este sentido, de gran importancia es el voto 1185-95 del 2 de marzo de 1995, ordenado por la Sala Constitucional. Se trata de un voto que no fue unánime, puesto que dos magistrados de dicha Sala (Piza y Mora) salvaron el voto. La mayoría indicó:

Como corresponde a toda jurisdicción constitucional, que no declara inconstitucional una norma sino cuando la confrontación con los valores, principios y normas constitucionales sea directa e insalvable, la Sala estima que el artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es inconstitucional, si se le interpreta en el sentido de que no autoriza a los funcionarios que administran justicia para desaplicar por propia autoridad ninguna ley, norma o acto de cualquier naturaleza que sea contrario a la Constitución Política, porque, para el caso en que tengan duda fundada acerca de la constitucionalidad de esas normas, deben, necesariamente, formular la consulta ante la Sala Constitucional. Debe agregarse, en este sentido, que esta interpretación es la única conforme con la Constitución Política, ya que por una parte se preserva el diseño constitucional de una Sala especializada y con poder concentrado para declarar la inconstitucionalidad, pero, por otra, no deja al juez en la tesitura de aplicar normas que estima inconstitucionales, lo cual, como alguien ha dicho, sería un pecado de lesa Constitución, al permitirle en ese caso, formular una consulta fundamentada al órgano con competencia para decidir el punto. Asimismo, tal y como lo dispone el párrafo final del artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando existan precedentes o jurisprudencia constitucional para resolver el caso, el juez está obligado a interpretar y aplicar las normas o actos propios del asunto, conforme con tales precedentes o jurisprudencia incluso si para hacerlo haya de desaplicar leyes u otras normas que resulten incompatibles con ellos, siempre y cuando, claro está, se trate de las mismas hipótesis o supuestos, de modo que la situación bajo el conocimiento del Juez resulta idéntica a la resuelta por el precedente o la jurisprudencia constitucional. Esto es así, además, por virtud de que el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que 'la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes', dado que ofrecen la forma en que los actos sujetos al derecho público y la normativa en general, pueden entenderse conforme con el Derecho de la Constitución. Además, esta misma norma, en principio, se aplica a la propia Sala Constitucional, por virtud de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, ya para inadmitir o para resolver por el fondo cualquier acción o gestión ante ella intentada,

con la salvedad, y esto es obvio por tratarse del propio Tribunal Constitucional, que la jurisprudencia y los precedentes lo vinculan en tanto no encuentre razones para variar sus propias tesis o criterios. Si, como es de rigor, el Derecho de la Constitución está integrado no solamente por los valores, principios y normas constitucionales, sino también por otros parámetros de constitucionalidad (instrumentos de derecho internacional, prácticas *secundum constitutionem*, etc.) y la propia producción jurisprudencial que en ejercicio de su competencia va generando la Sala Constitucional y que necesariamente se integra al mismo nivel normativo que interpreta o aplica, la Sala puede y debe, en ejercicio de su competencia, estar en capacidad de ir adecuando sus propias interpretaciones, cuando las circunstancias lo ameritan. En resumen, pues, los jueces del orden común, en el sistema de justicia constitucional costarricense actual, no pueden desaplicar para el caso concreto ningún acto o norma que estimen inconstitucional, pues si al momento de decidir, y por tanto de aplicar una norma cualquiera, llegaren a cuestionarse su constitucionalidad, deberán formular la consulta motivada ante la Sala Constitucional. Excepto, como se dijo, que existan precedentes o jurisprudencia que enmarquen el caso bajo examen en los términos, supuestos y criterios con que actuó la Sala Constitucional en aquellos, pues entonces allí encuentra el juez del orden común un margen de decisión vinculante. Si el papel de un Tribunal Constitucional es, entre otros, unificar la interpretación del ordenamiento desde el punto de vista constitucional, es decir, de arriba hacia abajo, entonces sus decisiones producen una vinculación *'erga omnes'*, como lo expresa la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en un efecto informador y conformador que, por tanto, alcanza la tarea de todo juez en el punto o materia ya resuelto por la Sala Constitucional⁶⁹.

En contra de la posición de la Sala, un sector importante de la doctrina costarricense se ha pronunciado porque los jueces ordinarios puedan desaplicar una ley respecto de la cual estiman, con certeza, que es contraria a la Constitución. Parten del deber de los jueces de aplicar la Constitución y que la consulta de constitucionalidad debe ser formulada cuando se tienen

69 Este criterio ha sido reiterado por la Sala Constitucional en diversos votos, por ejemplo; 3035-96 del 21-6-1996; 3036-96 del 21-6-1996; 3038-96 del 21-6-1996; 3242-97 del 10-6-1997; 7951-97 del 26-11-1997; 1452-2000 del 11-2-2000.

dudas sobre la constitucionalidad, no cuando se tiene la certeza de la inconstitucionalidad. Señalan que por ello un juez ordinario podría desaplicar para el caso concreto una ley, diferenciándose al respecto de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley decretada por la Sala Constitucional, la que tiene un efecto erga omnes. En este sentido indican Luis Paulino Mora y Sonia Navarro que el artículo 8, inciso 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

(...) convierte nuestro sistema en un sistema mixto de control constitucional, ya que los administradores de justicia están obligados a aplicar la constitución y desaplicar la ley, cuando esta roce evidente y manifiestamente la norma constitucional. La ley ordinaria no queda, por inaplicarse al caso, suprimida; sino que sigue vigente hasta que no sea declarada inconstitucional por el órgano competente. Además, los administradores de justicia, de acuerdo con el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, están legitimados para consultar a la Sala cuando tengan una duda razonable sobre la constitucionalidad de una norma o acto que hayan de aplicar en un caso sometido a su conocimiento, o de un acto, conducta u omisión que deban juzgar⁷⁰.

En un sentido similar se pronuncia Ernesto Jinesta Lobo, quien señala que el juez ordinario no debe hacer la consulta de constitucionalidad cuando no tiene dudas sobre la conformidad con la Constitución, sino ha formulado un juicio de certeza de inconstitucionalidad manifiesta⁷¹.

Puede discutirse si los criterios vertidos por la Sala Constitucional en cuanto a la incompatibilidad entre Constitución y ley, y a la necesidad de que el juez formule la consulta facultativa de constitucionalidad cuando estime que una ley quebranta la Constitución, son aplicables a la incompatibilidad entre un instrumento internacional sobre derechos humanos vigente en Costa Rica y una ley ordinaria.

Es importante mencionar que el artículo 8, inciso 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial solamente menciona la duda sobre la constitucionalidad de una ley, pero no hace referencia al problema de la duda sobre la incompatibilidad de una ley con un instrumento internacional de derechos humanos. Igualmente, el artículo 102, párrafo 1) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional hace mención a las dudas (...) sobre la constitucionalidad de una norma o

70 Mora Mora, Navarro Solano (1995, pp. 32-33).

71 Jinesta Lobo, E. (1999, pp. 195-196).

acto que debe aplicarse, o de un acto, conducta u omisión que debe juzgarse en un caso sometido a su conocimiento.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en el voto 1021-2000 del 1º de setiembre de 2000, se pronunció en el sentido de que un juez ordinario no puede declarar la inaplicabilidad de una ley porque la considera violatoria de un tratado internacional, sino que cuando tenga esa opinión debe plantear una consulta de constitucionalidad ante la Sala Constitucional. Así dijo:

Para el a-quo, el numeral citado (6 de la Ley Indígena), en el cual se prohíbe la venta de licor dentro de las reservas indígenas, contraviene el Convenio 169 de la OIT, en el tanto en este último se ordena que los Estados signatarios tomen medidas efectivas para garantizar la igualdad de derechos de los indígenas con el resto de la población (...). Todo órgano jurisdiccional está sometido a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley (ver los artículos 48, 152 y 154 de la Constitución, así como el 8 inciso 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial), pero no puede dejar de aplicar esta última por su propia autoridad. En el presente asunto, es necesario resaltar el problema que representa el razonamiento del Tribunal; este considera que el artículo 6 de la Ley Indígena implica una discriminación contraria a la Ley Fundamental, toda vez que esa actividad no es prohibida en otras partes del territorio ni para individuos de otra ascendencia cultural (véase lo que expone el a-quo entre los folios 388 y 389, donde asume como propio el criterio del testigo (...)). Con base en esa apreciación, el órgano de mérito decide que esa ley no se puede aplicar, sino que debe utilizarse directamente el Convenio N° 169 de la OIT, con lo cual implícitamente la declara contraria a la Carta Política. Con ese proceder, el a-quo obvia que para lograr la ineficacia erga omnes de disposiciones legales, el poder reformador de la Constitución introdujo en ella un órgano especializado en materia del control de constitucionalidad de las leyes, el cual se ejerce de manera concentrada. En efecto, en 1989 se creó la Sala Constitucional tras una modificación del artículo 10 de la Ley Fundamental. De conformidad con dicha disposición, solo a ese Tribunal corresponde declarar la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza. Además, según lo dispone el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, a esta compete controlar la constitucionalidad de todo tipo de normativa. Por su parte, el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ciertamente establece en su inciso 1) que no pueden los órganos jurisdiccionales aplicar leyes ni otras normas que sean contrarias a la Constitución o a las disposiciones de Derecho Internacional o Comunita-

rio vigentes en el país. Pero ello no implica una autorización a los jueces ordinarios para decidir por sí mismos cuáles leyes contravienen el ordenamiento constitucional y deben ser eliminadas de este. Ello significaría un desconocimiento no solo del artículo 10 de la Constitución, sino que además equivaldría a una violación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el tanto en esta se ordena que cuando haya duda sobre la constitucionalidad de una norma, debe formular el Tribunal la consulta correspondiente ante la Sala Constitucional. Si ello es obligatorio en un estado dubitativo, con mayor razón lo es cuando hay certeza de que la disposición de que se trate es contraria a la Carta Política. Esto por cuanto solo el órgano creado por el poder reformador de la Constitución en 1989 es competente para declarar la inconstitucionalidad de normas jurídicas. Ahora bien, tampoco podría obligarse a un cuerpo de la Administración de Justicia a aplicar una ley evidentemente contraria a la Constitución, pero –vale la pena reiterarlo– para decretar su ineficacia erga omnes, de conformidad con el ordenamiento costarricense, el mecanismo con el que cuentan los jueces es la consulta de constitucionalidad ante la Sala Constitucional. Según lo expuesto, efectivamente incurrió en un serio error el a-quo, toda vez que no puede desconocer la Ley Indígena y aplicar directamente un Convenio de la OIT, si no se ha declarado por el órgano competente que el cuerpo legal citado vulnera la Carta Política. En todo caso, esta Sala no aprecia vicio alguno de constitucionalidad en relación con dicho artículo, de forma tal que no deviene necesario el formular la consulta. Esto obedece a que el legislador estableció una regla específica en cuanto a la prohibición de otorgar patentes para la venta de licores en las reservas indígenas, mientras que en el instrumento internacional aludido la regulación es muy general y no se refiere a ese aspecto en particular. Por ello, estima esta Sala que efectivamente se ha dejado de aplicar normativa que debía ser utilizada en el caso concreto, lo cual sirve de fundamento para declarar con lugar este extremo del recurso y anular el fallo impugnado, así como el debate que le precedió, y ordenar el reenvío de la causa al Tribunal de origen para la reposición del juicio y la sentencia conforme a derecho.

Lo dicho por la mayoría de la Sala Constitucional, en cuanto a la necesidad de que la inconstitucionalidad de una ley sea decretada por ella, debe ser aprobado ya que el artículo 10 de la Constitución Política estableció la competencia de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes en la mencionada Sala. No parece correcta la diferenciación entre dudas sobre inconstitucionalidad y certeza sobre la misma, ya que esta posición es con-

traría al principio de que el juez no puede negarse a resolver un caso ante la duda sobre la interpretación de una ley, sino que siempre debe tomar partido por la interpretación que sea, de acuerdo con su criterio, la más razonable.

En lo relativo a la violación de lo establecido en un instrumento internacional de derechos humanos vigente en Costa Rica por una ley, la solución debe ser la misma, al no existir razón alguna para dar una solución diversa. Sin embargo, ha de ser aclarado que el juez ordinario siempre debe tratar de buscar una interpretación de la ley que sea conforme a la Constitución o al instrumento internacional de derechos humanos, con la que busque, en definitiva, una compatibilización entre los mismos. Para ello no será necesario presentar ninguna consulta de constitucionalidad. Esta solamente será necesaria cuando por vía de interpretación no se pueda llegar a una solución que elimine las contradicciones entre el texto legal y la Constitución o instrumento internacional.

2.4. La prioridad de la protección de los derechos humanos a través de la jurisdicción interna y la subsidiariedad de los órganos de protección internacionales

En general, un principio del que parten los instrumentos internacionales sobre derechos humanos es la aplicación prioritaria que debe darse de los mismos por la jurisdicción interna, de modo que los mecanismos de control de la violación de dichos instrumentos, establecidos por la comunidad internacional, operan solamente con un carácter subsidiario.

En ese sentido, la Declaración de la ONU sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas indica, en su artículo 3:

El derecho interno, en cuanto concuerda con la Carta de las Naciones Unidas y otras obligaciones internacionales del Estado en la esfera de los derechos humanos y las libertades fundamentales, es el marco jurídico en el cual se deben materializar y ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales y en el cual deben llevarse a cabo todas las actividades a que se hace referencia en la presente Declaración para la promoción, protección y realización efectiva de esos derechos y libertades.

Sobre la prioridad de la aplicación interna, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo, en la sentencia del 29 de julio de 1988, relativa al caso Velásquez Rodríguez:

61. La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser esta 'coadyuvante o complementaria' de la interna (Convención Americana, Preámbulo).

Esto lleva a que en el derecho internacional de los derechos humanos, en general, se establezca la necesidad de agotar los recursos internos antes de acudir a un órgano internacional de protección de los derechos humanos⁷².

La CADH, lo mismo que otros instrumentos internacionales de derechos humanos, debe ser aplicada en primer término por los órganos internos del Estado, dentro de los cuales tienen un papel relevante los órganos jurisdiccionales del mismo, especialmente cuando ha ocurrido una violación de los derechos humanos. Al respecto, es importante lo indicado por Juan Méndez:

Una obligación internacional puede cumplirse de varias maneras y por vía de diversos poderes del Estado. Al derecho internacional le es indiferente que esa obligación se cumpla por vía administrativa, judicial o del Poder Legislativo, de la misma manera que la división de poderes sería inoponible a la comunidad como causal de incumplimiento de una obligación solemnemente contraída por ella (...). Sin embargo, ante un incumplimiento, ya sea total o parcial, es a la justicia a quien corresponderá arbitrar los medios para garantizar el goce del derecho, tanto porque en derecho interno el Poder Judicial es garante final de los derechos de las personas, como porque es el estamento judicial al que compete la responsabilidad por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno⁷³.

Lo anterior se refleja en el artículo 46, inciso 1 a) de la CADH, al disponer que para que una petición o comunicación sea admitida por la Comisión, se requiere: que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos.

72 Sobre el agotamiento de los recursos internos: Navia (1993, pp. 62-66), Piza, Rodolfo, Trejos, G. (1989, pp. 267-280).

73 Méndez (1998, p. 532). Véase también: Abregú (1998, p. 10). Sobre la complicidad de los poderes judiciales latinoamericanos ante práctica de las desapariciones forzadas y la tortura por las dictaduras latinoamericanas véase: Zaffaroni (2001, pp. 48-63).

Por su parte, el inciso 2) del artículo 46 de la CADH indica que las disposiciones del inciso 1) no se aplicarán cuando:

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

Señaló la Corte Interamericana en la opinión consultiva OC-11 del 10 de agosto de 1990, correspondiente a las excepciones al agotamiento de los recursos internos:

17. El artículo 46.2.a se refiere a aquellas situaciones en las cuales la ley interna de un Estado Parte no contempla el debido proceso legal para proteger los derechos violados. El artículo 46.2.b es aplicable en aquellos casos en los cuales sí existen los recursos de la jurisdicción interna pero su acceso se niega al individuo o se le impide agotarlos. Estas disposiciones se aplican, entonces, cuando los recursos internos no pueden ser agotados porque no están disponibles bien por una razón legal o bien por una situación de hecho.

Se indicó además en esa opinión consultiva:

32. La Corte entra ahora a resolver la segunda pregunta que se refiere al agotamiento de recursos en los casos en los cuales un individuo es incapaz de obtener la asistencia legal requerida, debido a un temor generalizado en los círculos jurídicos de un determinado país. La Comisión explica que, de acuerdo con lo expresado por algunos reclamantes, esta situación ha surgido cuando prevalece un ambiente de temor y los abogados no aceptan casos cuando creen que ello pudiera hacer peligrar su propia vida y la de sus familiares.

33. En general los mismos principios básicos que tienen que ver con la primera pregunta ya contestada son aplicables a esta segunda. Vale decir, si una persona se ve impedida, por una razón como la planteada, de utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención, no puede exigírsele su agotamiento, sin perjuicio, naturalmente, de la obligación del Estado de garantizarlo.

34. El artículo 1 de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Corte ya ha expresado que esta disposición contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención. Como lo ha afirmado esta Corte.

... cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles, o si se comprueba la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los recursos internos que, normalmente, estarían al alcance de los demás... el acudir a esos recursos se convierte en una formalidad que carece de sentido. Las excepciones del artículo 46.2 serían plenamente aplicables en estas situaciones y eximirían de la necesidad de agotar recursos internos que, en la práctica, no pueden alcanzar su objeto (Caso Velásquez Rodríguez, supra 23, párr. 68; Caso Godínez Cruz, supra 23, párr. 71 y Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie N°. 6, párr. 93).

35. De todo lo anterior se desprende que cuando existe un miedo generalizado de los abogados para prestar asistencia legal a una persona que lo requiere y esta no puede, por consiguiente, obtenerla, la excepción del artículo 46.2.b es plenamente aplicable y la persona queda relevada de agotar los recursos internos.

Estableció, asimismo, la Corte Interamericana que corresponde al estado la obligación de demostrar la existencia de recursos internos que no han sido agotados:

41. Al tenor del artículo 46.1.a de la Convención y de conformidad con los principios generales del Derecho internacional, incumbe al Estado que ha planteado la excepción de no agotamiento, probar que en su sistema interno existen recursos cuyo ejercicio no ha sido agotado (Caso

Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, supra 39, párr. 88; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Excepciones Preliminares, supra 39, párr. 87 y Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, supra 39, párr. 90). Una vez que un Estado Parte ha probado la disponibilidad de recursos internos para el ejercicio de un derecho protegido por la Convención, la carga de la prueba se traslada al reclamante que deberá, entonces, demostrar que las excepciones contempladas en el artículo 46.2 son aplicables, bien sea que se trate de indignancia o de un temor generalizado de los abogados para aceptar el caso o de cualquier otra circunstancia que pudiere ser aplicable. Naturalmente, también debe demostrarse que los derechos involucrados están protegidos por la Convención y que para obtener su protección o garantía es necesaria una asistencia legal.

La necesidad del agotamiento previo de los recursos ordinarios ha sido vista, en primer término, como una consecuencia del principio de soberanía de los estados, de modo que en resguardo de la misma los órganos internacionales solamente intervienen cuando se ha acudido previamente a los órganos internos del estado. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Viviana Gallardo, por resolución del 13 de noviembre de 1981, admitió la posibilidad de que el Estado renuncie a este requisito. Se dijo:

Según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. Se ha considerado así como un medio de defensa y como tal, renunciable, aun de modo tácito. Dicha renuncia una vez producida, es irrevocable⁷⁴.

Sin embargo, el agotamiento de los recursos internos opera también en beneficio de las personas, puesto que a través de la vía interna se puede lograr una pronta atención al reclamo presentado. En ese sentido, el artículo 6, inciso 6) de la CADH establece:

74 Citada por Navia, N. (1993, p. 63).

Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

Por su parte, el artículo 25, inciso 1) de la CADH dice:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones públicas.

Las normas indicadas de la CADH hacen referencia en Costa Rica, en particular, a los recursos de hábeas corpus y de amparo, los que deben ser resueltos por la Sala Constitucional. La discusión es si se logra el agotamiento de la vía interna con la simple interposición de dichos recursos, bien el de inconstitucionalidad, o si es necesario llegar a dictar una sentencia que adquiere cosa juzgada material por los jueces ordinarios, en la cual se rechacen los reclamos de violación a la CADH. En general, se estima que el asunto debe analizarse de acuerdo con el caso concreto, pues el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna no debe darse cuando no puede esperarse una resolución del asunto, por ser los recursos internos inoperantes.

Al respecto, se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 29 de julio de 1988, relativa al caso Velásquez Rodríguez, donde dispuso sobre los recursos que deben ser agotados:

64. Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sen-

tido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable. Por ejemplo, un procedimiento de orden civil, expresamente mencionado por el Gobierno, como la presunción de muerte por desaparecimiento, cuya función es la de que los herederos puedan disponer de los bienes del presunto muerto o su cónyuge pueda volver a casarse, no es adecuado para hallar la persona ni para lograr su liberación si está detenida.

65. De los recursos mencionados por el Gobierno, la exhibición personal o hábeas corpus sería, normalmente, el adecuado para hallar a una persona presuntamente detenida por las autoridades, averiguar si lo está legalmente y, llegado el caso, lograr su libertad. Los otros recursos mencionados por el Gobierno o tienen simplemente el objeto de que se revise una decisión dentro de un proceso ya incoado (como los de apelación o casación) o están destinados a servir para otros propósitos. Pero, si el recurso de exhibición personal exigiera, como lo afirmó el Gobierno, identificar el lugar de detención y la autoridad respectiva, no sería adecuado para encontrar a una persona detenida clandestinamente por las autoridades del Estado, puesto que, en estos casos solo existe prueba referencial de la detención y se ignora el paradero de la víctima.

66. Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido. El de exhibición personal puede volverse ineficaz si se le subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable, si, de hecho, carece de virtualidad para obligar a las autoridades, resulta peligroso para los interesados intentarlo o no se aplica imparcialmente.

67. En cambio, al contrario de lo sostenido por la Comisión, el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable al reclamante no demuestra, por sí solo, la inexistencia o el agotamiento de todos los recursos internos eficaces, pues podría ocurrir, por ejemplo, que el reclamante no hubiera acudido oportunamente al procedimiento apropiado.

68. El asunto toma otro cariz, sin embargo, cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles, o si se comprueba la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los re-

recursos internos que, normalmente, estarían al alcance de los demás. En tales casos el acudir a esos recursos se convierte en una formalidad que carece de sentido. Las excepciones del artículo 46.2 serían plenamente aplicables en estas situaciones y eximirían de la necesidad de agotar recursos internos que, en la práctica, no pueden alcanzar su objeto.

La necesidad de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna es la principal causa de rechazo de quejas presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De dicha necesidad resalta la importancia de la aplicación directa de la CADH por diversos jueces, ya que solamente cuando la violación de los derechos humanos no haya sido corregida por ellos, podrán entrar en función los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. La autoejecutoriedad de la CADH surge de esto mismo, así en caso de que no se llegue a aplicar se produce una responsabilidad internacional del Estado. Debe tenerse en cuenta que entre las medidas de carácter diferente del legislativo, para hacer efectivos los derechos y libertades establecidos en dicha Convención, a que hace referencia en su artículo 2, se encuentran las resoluciones judiciales. En este sentido, señala Viviana Krsticevic:

El papel de los tribunales en la garantía de las obligaciones convencionales es fundamental, por una parte, frente a una causa judicial, la capacidad de interpretar e implementar las normas convencionales o de costumbre internacional recaen sobre el poder judicial local, y en definitiva, ellas son quienes aseguran el inmediato goce de los derechos protegidos convencionalmente (...). Por otra parte, en virtud del principio de subsidiariedad, en la medida que el juez actúe diligentemente en la investigación de una violación a los derechos básicos de un individuo en su jurisdicción, o aplique los criterios adoptados en los tratados ratificados por su país, o adecue sus razonamientos a los lineamientos de los órganos internacionales de supervisión de los tratados que obligan a su Estado, no va a existir un litigio internacional que involucre al Estado. Asimismo, el papel de los tribunales es crucial en la implementación de las decisiones de la Comisión y de la Corte⁷⁵.

Es importante anotar que la primera obligación de un Estado es respetar la normativa sobre derechos humanos, de modo que se actúe en forma

75 Krsticevic (1998, pp. 430-431).

preventiva para evitar violaciones a la misma; no obstante, cuando no se ha podido evitar un quebranto, surge la obligación del estado de emprender una investigación seria destinada a la sanción del (de los) responsable(s) y a la reparación del daño a la(s) víctima(s)⁷⁶.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en numerosas resoluciones⁷⁷. Por ejemplo, en la sentencia del 29 de julio de 1988, dictada en el caso Velásquez Rodríguez, se dijo:

165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de 'respetar los derechos y libertades' reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado (...). 166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de 'garantizar' el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible,

76 Señala Juan Méndez, con respecto a la sanción de las personas que violan los derechos humanos: La prevención de futuras violaciones, por sí sola, no nos parece una justificación adecuada para una política de rendición de cuentas. Las razones por las cuales las sociedades se ven en la necesidad imperiosa de castigar ciertos delitos aberrantes son otras. El efecto preventivo es solo un resultado deseable, pero no el principal fundamento. Las sociedades castigan estos hechos porque reconocen el valor intrínseco de sus víctimas, especialmente porque en general estas víctimas se encuentran entre los sectores más vulnerables e indefensos de nuestras sociedades en el acto del juicio y del castigo, la sociedad decente pone de manifiesto que nadie en su medio es considerado sin importancia ni descartable y que los ataques a la dignidad intrínseca de las víctimas serán castigados porque la sociedad decente es la que no humilla a los ciudadanos. Asimismo, la sociedad democrática se impone a sí misma el deber de castigar estos delitos para señalar la importancia que en ella tienen las normas que prohíben la tortura, la desaparición forzada, la violación sexual y la ejecución extrajudicial (Méndez: 2001, pp. 312-313). En realidad, las afirmaciones que hace Juan Méndez están relacionadas con la prevención, solamente que no con respecto a la prevención general negativa, sino la positiva.

77 Al respecto, Cassel (2001, pp. 357-410).

del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos⁷⁸.

Agregó:

172. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención⁷⁹.

De gran importancia es la sentencia de la Corte Interamericana del 14 de marzo de 2001 (caso Barrios Altos), que partiendo del precedente establecido en el caso Velásquez Rodríguez, rechazó las leyes de autoamnistía del gobierno de Fujimori en Perú, en cuanto impiden la identificación de los individuos responsables de violaciones de los derechos humanos, lo que

78 Igual: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 20 de enero de 1989 (caso Godínez Cruz), N°. 174-175. A la obligación del Estado de investigar las violaciones de los derechos reconocidos en la CADH se ha referido la Corte Interamericana en diversas sentencias, por ejemplo: sentencia del 15 de marzo de 1989 (caso Fairén Garbí y Solís Corrales), N°. 152; sentencia del 16 de agosto de 2000 (caso Durand y Ugarte), N°. 143; sentencia del 25 de noviembre de 2000 (caso Bámaca Velásquez), N°. 212; sentencia del 6 de diciembre de 2001 (caso Las Palmeras), N°. 65 y 69. Véase también: sentencia del 14 de marzo de 2001 (caso Barrios Altos), N°. 41-44, que rechazó las leyes de autoamnistía, en cuanto impiden la identificación de los individuos responsables de violaciones de los derechos humanos, al obstaculizar la investigación y el acceso a la justicia, e impiden a las víctimas conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

79 Igual: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 20 de enero de 1989 (caso Godínez Cruz), N°. 181-182.

obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente⁸⁰.

Como se dijo arriba, el derecho internacional de los derechos humanos se preocupa de las violaciones realizadas por agentes estatales; sin embargo, es importante resaltar que en el texto transcrito de la sentencia del caso Velásquez Rodríguez se llega a admitir la responsabilidad estatal por haber sido negligente en la política preventiva de la violación, o bien puede resultar que una actuación que inicialmente no podría atribuírsele al estado, por haber sido llevada a cabo por un particular, pueda en definitiva implicar responsabilidad estatal y afirmarse la existencia de una violación a los derechos humanos, cuando el estado no lleve a cabo una investigación seria del hecho⁸¹.

Con respecto al deber de investigar y juzgar las violaciones de los derechos humanos, enfatizó la Corte Interamericana en la sentencia del caso Velásquez Rodríguez:

174. El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro

80 Debe tenerse en cuenta que mientras el caso Velásquez Rodríguez (...) estuvo pendiente ante la Corte, Honduras aprobó una amnistía que aparentemente cubría a los responsables por la desaparición que estaba en litigio. Sin duda, la Corte estaba consciente de la amnistía promulgada poco antes de las audiencias finales ante ella. Sin embargo, Honduras, no hizo valer la amnistía en su defensa y la Corte no hizo mención alguna de ella, al fallar que Honduras violó su deber de procesar (Cassel: 2001, p. 371). Por otro lado, antes de la sentencia del caso Barrios Altos, la Corte Interamericana se había pronunciado en contra de las autoamnistías del gobierno de Fujimori, en los procedimientos de reparación de los casos Castillo Páez y Loayza Tamayo. Con respecto a las amnistías en casos de violaciones graves de los derechos humanos véase: Ambos (1997), Cassel (2001, pp. 357-410), Sancinetti, Ferrante (1999).

81 Con respecto a la responsabilidad del estado por actos ilícitos de personas privadas: Piza Rocafort, Trejos (1989, pp. 156-161) Pinto (1999, p. 12), Urioste Braga (2002, p. 29). Sobre ello véase en particular la sentencia de la Corte Interamericana de 5 de julio de 2004 (Caso 19 comerciantes vs. Colombia) (Nº. 140), en donde se dijo: "Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tal responsabilidad puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder, órgano o agente estatal, independientemente de su jerarquía, que violen los derechos internacionalmente consagrados. Además, la Corte ha considerado que 'un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención'".

del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación. 175. El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. Pero sí es obvio, en cambio, que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida, aun en el supuesto de que una persona dada no haya sufrido torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto. 176. El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención⁸².

El deber de investigar y juzgar las violaciones de los derechos humanos no implica un deber de que se dicte una sentencia condenatoria penal en contra de determinadas personas, ya que en ocasiones esto resulta imposible, al tener aplicación en el proceso penal principios como el *in dubio pro reo*, derivado del de presunción de inocencia, sino la responsabilidad de que la investigación sea realizada de una manera diligente y seria. En relación con esto, dijo la Corte Interamericana en la sentencia indicada:

82 Véase también: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 20 de enero de 1989, caso Godínez Cruz, N°. 174-187.

177. En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado⁸³.

Pese a lo anterior, aunque se reconoce que la obligación estatal es la de emprender una investigación seria, de modo que no se traduce necesariamente en el deber de sancionar a una persona, ya que en ocasiones la investigación es muy difícil, esto no exime al Estado del deber de reparar a la parte lesionada. En este sentido, la Corte Interamericana estableció, en sentencia del 8 de diciembre de 1995 (caso Caballero Delgado y Santana), que se requiere que toda la actividad del Gobierno culmine con la reparación de la parte lesionada⁸⁴.

Valga anotar que en el sistema interamericano, a diferencia del europeo⁸⁵, existe aun la necesidad de que las quejas de los particulares que reclaman la violación de los derechos humanos, establecidos en la CADH, se

83 Véase también: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 20 de enero de 1989, caso Godínez Cruz, N°. 188.

84 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 8 de diciembre de 1995 (caso Caballero Delgado y Santana), N°. 58.

85 A nivel europeo se modificó la necesidad de que las quejas de los particulares se canalizaran a través de la Comisión, eliminándose la misma. Dicha reforma entró en vigencia en noviembre de 1998. De esta manera los particulares pueden acudir directamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ello, sin embargo, ha provocado la presentación de una gran cantidad de quejas, que se estiman en más de diez mil por año, ante lo cual el Tribunal Europeo no ha podido responder en forma adecuada, estimándose actualmente en unos seis años la duración del proceso ante dicho Tribunal. Sobre ello: Van Ooyen (2002, pp. 295-304).

canalice a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual decide, en última instancia, si remite el asunto ante la Corte Interamericana, de ahí que no existe propiamente un derecho del particular a que su asunto sea en definitiva remitido cuando pasa el examen de admisibilidad. Sin embargo, una vez que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos remite el asunto a la Corte Interamericana, las víctimas adquieren autonomía en sus reclamos con respecto a la Comisión, de modo que pueden presentar alegatos relativos a la violación de los derechos humanos que no hayan sido alegados por la Comisión⁸⁶. Sobre ello señala el artículo 23 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Participación de las presuntas víctimas:

1. Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso.

2. De existir pluralidad de presuntas víctimas, familiares o representantes debidamente acreditados, deberán designar un interviniente común que será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas.

3. En caso de eventual desacuerdo, la Corte resolverá lo conducente.

Ello ocurrió, por ejemplo, en el asunto resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de 2 de julio de 2004 (caso Mauricio Herrera contra Costa Rica), en el cual la Corte acogió la violación al derecho a recurrir la sentencia condenatoria y al principio de imparcialidad del juzgador, reclamos que no habían sido alegados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pero sí por las víctimas⁸⁷. Se dijo:

142. Esta Corte se remite a lo establecido anteriormente en cuanto a la posibilidad de que los representantes de las presuntas víctimas aleguen otros hechos o derechos que no estén incluidos en la demanda. Al respecto, este Tribunal manifestó que:

86 Cf. Cançado Trindade (2004, pp. 19-115).

87 Cf. Llobet Rodríguez (2005, pp. 72-77).

En lo que se refiere a la incorporación de otros derechos distintos a los ya comprendidos en la demanda presentada por la Comisión, la Corte considera que los peticionarios pueden invocar tales derechos. Son ellos los titulares de todos los derechos consagrados en la Convención Americana, y no admitirlo sería una restricción indebida a su condición de sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se entiende que lo anterior, relativo a otros derechos, se atiene a los hechos ya contenidos en la demanda.

A pesar de ello solamente una pequeña parte de las quejas terminan luego siendo presentadas por la Comisión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Atinente al caso indica Claudio Grossman:

En el año 1996 se registraron 592 peticiones. De esas 592 peticiones, 138 resultaron en la apertura de casos, aproximadamente un 23% de las peticiones. De estas se abrieron 138 casos, que se agregaron a los casos actualmente pendientes ante la Comisión Interamericana, totalizando 812 casos en el hemisferio. De los 812 casos, aproximadamente 20 resultan en decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El (...) comentario válido sobre estas estadísticas es la extrema prudencia judicial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya que menos de un 3% de las peticiones terminan en una decisión final. En esto, los niveles de trabajo de la Comisión son de una prudencia mayor a los de otros órganos de supervisión, como es el caso de la Comisión Europea⁸⁸.

Lo anterior se relaciona con la falta de claridad sobre los criterios que sigue la Comisión para decidir si envía un asunto a la Corte, puesto que se rige por criterios discrecionales. La Corte Interamericana, en la opinión consultiva OC-13-93 del 16 de julio de 1993 dijo, sin embargo, que: Esta decisión no es discrecional, sino que debe apoyarse en la alternativa que sea más favorable para la tutela de los derechos establecidos en la Convención⁸⁹. No obstante, la vaguedad con que expresó la Corte esos criterios en que debía apoyarse, debe llevar a afirmar ese carácter discrecional⁹⁰.

88 Grossman (1998, pp. 156-157).

89 Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-13-93 del 16 de julio de 1993, N°. 50.

90 Así: Gómez (1998, p. 225).

El artículo 44 del Reglamento de la Comisión regula el sometimiento del caso a la Corte, estableciendo que cuando la Comisión estima que el Estado no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado, que estableció violaciones, someterá el asunto a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión. Se establece que para ello la Comisión tomará en cuenta fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular, fundada entre otros, en los siguientes elementos: a) la posición del peticionario; b) la naturaleza y gravedad de la violación; c) la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; d) el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros; y e) la calidad de la prueba disponible.

Entre los criterios que ha seguido la Comisión se han citado por Claudio Grossman los siguientes:

1. La jerarquía del derecho violado: mientras se continúen cometiendo violaciones al derecho a la vida y a la integridad física y moral, nos parece que hay que preferir posibilidades de lograr justicia en esos casos de mayor gravedad. 2. El impacto para el sistema en su conjunto: aunque la justicia es justicia en un caso en particular, la obligación de establecer prioridades hace necesario evaluar qué resultado va a tener el caso para la protección general de los derechos humanos en el sistema regional. Esto es también una consecuencia de recursos de que dispone la Comisión. 3. La riqueza del expediente: en este sentido, se analizan los elementos de hecho y de derecho de que dispone la Comisión para contribuir a una decisión de la Corte. 4. Los recursos humanos y materiales que tiene la Comisión. Afortunada o desafortunadamente, la CIDH tiene que vivir dentro de la realidad que la limita solo a llevar un número limitado de casos. 5. La distribución por países (demás de temas): Este criterio, que genera gran discusión en la CIDH, se refiere por ejemplo a los inconvenientes que produciría llevar 17 casos sobre un país solamente –con situaciones equivalentes en otros–, con lo que se estaría dando lugar a acusaciones de trato discriminatorio. La Convención no establece una obligación de ‘distribución geográfica’ y la CIDH no está dispuesta a establecer que es un requisito único, pero la necesidad de despolitizar y juridizar la protección requiere considerar y evaluar también este criterio⁹¹.

91 Grossman (1998, p. 160).

Dado que solamente una pequeña cantidad de las quejas presentadas ante la Comisión son enviadas a la Corte Interamericana, se resalta la importancia que tiene la aplicación de la CADH por los tribunales internos de Costa Rica, que es la principal forma de aplicarse.

El carácter supletorio de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los órganos de protección internacionales queda reflejado, también, en el Estatuto de Roma, que creó la Corte Penal Internacional, en cuanto se estableció el carácter complementario de la misma con respecto a las jurisdicciones nacionales⁹². Así, debe declararse inadmisibile un asunto cuando sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él, salvo que este no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o que el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo⁹³.

2.5. Ejecutoriedad en el ámbito interno de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Debe distinguirse entre las resoluciones dictadas por la Corte Interamericana a través del procedimiento contencioso y las vertidas en el procedimiento de opinión consultiva. Es importante anotar que las sentencias que se dictan en el procedimiento contencioso se refieren a casos concretos presentados en contra de un estado miembro de la CADH, ya sea por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o un estado parte de la Convención⁹⁴.

92 Art. 1 del Estatuto de Roma.

93 Art. 17, inciso 1) a) del Estatuto de Roma. Sobre esto señala Kai Ambos: Resulta problemático cuándo se puede partir de que la jurisdicción nacional no está dispuesta o es incapaz. Debe admitirse una falta de voluntad de persecución cuando un determinado Estado incoa un procedimiento solo aparente, para sustraer a una persona interesada de la persecución penal; cuando se verifique una dilación procesal incompatible con una intención de persecución penal; o cuando el proceso no se sustancie de manera independiente e imparcial. La jurisdicción nacional será incapaz para la persecución penal cuando, en base a un colapso total o esencial, no consigue hacer comparecer al acusado o proporcionar los medios de prueba necesarios. El principio de complementariedad marca así una diferencia esencial entre la Corte Penal Internacional y los Tribunales ad-hoc: mientras estos reclaman una competencia preferente para los hechos cometidos en la antigua Yugoslavia y Ruanda, aquella puede llegar a intervenir solo complementariamente respecto de la jurisdicción nacional. Ambos (2003, pp. 36-37). Sobre el principio de complementariedad véase también: Jescheck (2001, p. 58), Anello (2003, pp. 42-44).

94 Art. 61, inciso 1) de la CADH.

En cuanto a ello, la lista de sujetos que pueden pedir una opinión consultiva es más amplia, pues pueden hacerlo los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires⁹⁵.

Esos órganos son la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, los consejos (el Consejo Permanente de la Organización, el Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura), el Comité Jurídico Internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Secretaría General, las conferencias especializadas y los organismos especializados⁹⁶. Es relevante que la opinión consultiva puede ser solicitada, incluso, por estados que no forman parte de la CADH, pero sí de la OEA⁹⁷.

Por otro lado, mientras que a través del procedimiento contencioso la Corte resuelve sobre violaciones de la CADH, en las opiniones consultivas puede discutirse la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, incluso con respecto a tratados ajenos al sistema interamericano; por ejemplo, tratados suscritos dentro del ámbito de la ONU, como la Convención de Derechos del Niño⁹⁸. En este sentido, la Corte Interamericana, en la opinión consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982, relativa a 'Otros tratados' objeto de la función consultiva de la Corte, resolvió:

Que la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano⁹⁹ sic.

Para fundamentar lo anterior dijo la Corte:

37. (...) El sentido corriente de los términos del artículo 64 no permite considerar que se haya buscado la exclusión de su ámbito a cier-

95 Art. 64, inciso 1) de la CADH.

96 Cf. Piza Rocafort, Trejos (1989, p. 326).

97 Cf. Faúndez Ledezma (1999, p. 578).

98 Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-17-2002 del 28 de agosto de 2002 (condición jurídica y derechos humanos del niño).

99 Sobre ello: Faúndez Ledezma (1999, p. 578).

tos tratados internacionales, por el solo hecho de que Estados ajenos al sistema interamericano sean o puedan ser partes de los mismos. En efecto, la sola limitación que nace de esa disposición es que se trate de acuerdos internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. No se exige que sean tratados entre Estados americanos, o que sean tratados regionales o que hayan sido concebidos dentro del marco del sistema interamericano. Ese propósito restrictivo no puede presumirse, desde el momento en que no se expresó de ninguna manera. 38. La distinción implícita en el artículo 64 de la Convención alude más bien a una cuestión de carácter geográfico-político. Dicho más exactamente, lo que interesa es establecer a cargo de qué Estado están las obligaciones cuya naturaleza o alcance se trata de interpretar y no la fuente de las mismas. Si el fin principal de la consulta se refiere al cumplimiento o alcance de obligaciones contraídas por un Estado Miembro del sistema interamericano, la Corte es competente para emitirla, aun cuando fuera inevitable interpretar el tratado en su conjunto. En cambio, no sería competente si el propósito principal de la consulta es el alcance o el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por Estados ajenos a dicho sistema. Esta distinción destaca nuevamente la necesidad de resolver en cada caso según las circunstancias concretas. 39. La conclusión anterior se pone especialmente de relieve al examinar lo dispuesto por el artículo 64.2 de la Convención, que autoriza a los Estados Miembros de la OEA para solicitar una opinión consultiva sobre la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Se trata, en este caso, de un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales referentes a dicha materia. En esa perspectiva, habida cuenta de que un Estado americano no está menos obligado a cumplir con un tratado internacional por el hecho de que sean o puedan ser partes del mismo Estados no americanos, no se ve ninguna razón para que no pueda solicitar consultas sobre la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, que hayan sido adoptados fuera del marco del sistema interamericano. Existe, además, un interés práctico en que esa función interpretativa se cumpla dentro del sistema interamericano, aun cuando se trate de acuerdos internacionales adoptados fuera de su marco, ya que, como se ha destacado respecto de los métodos regionales de tutela, estos 'son más idóneos para la tarea y al

mismo tiempo podríamos decir que son más tolerables para los Estados de este hemisferio...’ (Sepúlveda, César, ‘Panorama de los Derechos Humanos’, en Boletín del Instituto de Investigaciones Jurídicas (México), setiembre-diciembre 1982, pág. 1054).

En lo relativo a la diferencia entre la jurisdicción contenciosa y la consultiva dijo la Corte Interamericana en la opinión consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983, sobre las restricciones a la pena de muerte:

32. En un procedimiento contencioso, la Corte debe no solo interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, sino también, si fuera del caso, disponer «que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados» (artículo 63.1 de la Convención), en el entendido de que los Estados Partes en este proceso están sujetos a cumplir obligatoriamente el fallo de la Corte (artículo 68.1 de la Convención). En cambio, en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica.

Por otro lado, en esa misma opinión consultiva se dijo, en cuanto a la diferenciación entre la materia consultiva y la contenciosa:

21. En materia contenciosa el ejercicio de la competencia de la Corte depende normalmente de una cuestión previa y fundamental, como es el consentimiento de los Estados para someterse a su jurisdicción. Si ese consentimiento ha sido otorgado, los Estados que participan en el proceso toman técnicamente el carácter de partes en el mismo y se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte (artículo 68.1 de la Convención). En cambio, mientras no exista tal consentimiento, la jurisdicción de la Corte no podrá ejercerse, de modo que carece de sentido examinar los asuntos de fondo que determinan la controversia sin antes haber establecido si las partes involucradas han aceptado o no su jurisdicción. 22. Ninguna de estas consideraciones está presente en los procedimientos consultivos. No hay partes pues no hay demandados ni actores; ningún Estado es requerido a defenderse contra cargos formales, ya que el procedimiento no los contempla, ninguna sanción judicial está prevista ni puede ser decretada. A lo único que el procedimiento está destinado es a facilitar a los Estados Miembros y a los órganos de

la OEA la obtención de una interpretación judicial sobre una disposición de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

2.5.1. Ejecutoriedad de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana en los procesos contenciosos

En el sistema interamericano de derechos humanos se establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos como un órgano jurisdiccional internacional, que conoce de los asuntos sometidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o por un estado miembro de la CADH. Sin embargo, para que un determinado caso sea de conocimiento de la Corte se necesita que el estado respectivo haya formulado una declaración unilateral de reconocimiento de la jurisdicción de esta, ya sea en forma general o bien para el caso concreto. Sobre ello señala el artículo 62 de la CADH:

1. Todo Estado parte puede, en el momento de depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los asuntos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 2. La declaración puede ser hecha condicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados Miembros de la Organización y al Secretario de la Corte. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos posteriores, ora por convención especial.

El artículo 68 de la CADH dice:

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga la indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

El artículo 27 del Convenio de Sede entre el gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, suscrito en San José el 10 de setiembre de 1981, estableció:

Las resoluciones de la Corte y, en su caso de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses.

Señala Víctor Manuel Rodríguez Rescia, con respecto a esta norma, que la misma:

(...) amplía favorablemente el ámbito de protección de los derechos contenidos en la Convención porque va más allá de lo dispuesto por el párrafo 2) del artículo 68 de la Convención al incluir a todas las ‘resoluciones’, tanto de la Corte, como del Presidente lo que fortalece la labor del Tribunal al dar mayor fuerza a resoluciones interlocutorias dentro del proceso contencioso, y sobre todo a resoluciones que se adopten en asuntos de medidas provisionales. Por supuesto que también abarcaría exhortos y mandamientos¹⁰⁰.

De acuerdo con el artículo 63, inciso 1) de la CADH:

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

El primer deber que surge cuando se declara la responsabilidad estatal, por violación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la reparación directa, perfecta o específica de los daños¹⁰¹. Dentro de esta tiene gran

100 Rodríguez Rescia (1998, p. 470).

101 Sobre ello: Aguilar (1994, pp. 142-144).

importancia la *restitutio in integrum*, que implica el restablecimiento al estado material y jurídico existente antes de la violación del derecho humano por el Estado responsable, declarado por la Corte como existente¹⁰².

Lo resuelto por la Corte Interamericana al respecto puede tener grandes implicaciones para la justicia penal costarricense cuando se llega a declarar la responsabilidad del estado. Por ejemplo, dentro de lo dispuesto por la Corte podría encontrarse la obligación de liberar a la persona que se encuentra detenida, en virtud de una sentencia condenatoria ordenada con quebranto de las normas del debido proceso establecidas en la CADH, en especial la de la prohibición del doble juzgamiento. Esto ocurrió por primera vez en el sistema interamericano con la sentencia del 17 de setiembre de 1997, ordenada por la Corte Interamericana en el caso Loayza Tamayo, que se siguió en contra del Estado de Perú. En este asunto se ordenó que dicho Estado (...) ponga en libertad a María Elena Loayza Tamayo dentro de un plazo razonable, en los términos del párrafo 84 de esta sentencia¹⁰³.

Puede suceder que la Corte resuelva simplemente la obligación de liberar a la persona, sin proceder por tanto a realizar un nuevo juicio en su

102 Debe anotarse que como lo indica Rodríguez Rescia: Existe una gran diferencia entre el sistema de la Convención Americana y el del Convenio Europeo en cuanto a los efectos de las sentencias que emiten sus tribunales, ya que el artículo 63.1 de la Convención Americana tiene una competencia mucho más amplia y proteccionista a favor de la víctima de una violación de derechos humanos que su homólogo del Convenio Europeo que sería el artículo 50. Mientras este último establece la necesidad de otorgarle a la parte lesionada una 'satisfacción equitativa' si el derecho interno de la alta parte contratante 'solo permite de manera imperfecta borrar sus consecuencias' de una decisión o medida tomada por ese Estado que sea contraria al Convenio Europeo, el artículo 63.1 de la Convención Europea es mucho más contundente en términos de reparación, ya que otorga facultad a la Corte Interamericana para que, en los casos en que determine violaciones a dicha convención pueda disponer 'que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados (Rodríguez Rescia: 1997, p. 14). Con respecto al sistema europeo y la prioridad que se le da a la indemnización: Ferrer Lloret (1998, pp. 58-59).

103 Con respecto a este caso señala Víctor Manuel Rodríguez Rescia: El caso Loayza Tamayo se constituye en un caso histórico, ya que es la primera vez que se aplica la restitución plena (los casos resueltos con anterioridad por la Corte se referían a desapariciones, lo que hacía inaplicable la *restitutio in integrum*, lo que brinda nuevos argumentos para determinar si los efectos de un fallo internacional pueden anular los de un proceso seguido ante el derecho interno, actuando en cierta forma, como una 'cuarta instancia' (Rodríguez Rescia: 1997, p. 15; Rodríguez Rescia: 1998, p. 455).

contra¹⁰⁴, pero también cabe la posibilidad de que disponga más bien la necesidad de que se lleve a cabo un nuevo juicio. Ambos supuestos tienen una gran relación, puesto que la resolución de la Corte tendría implicaciones con respecto a una sentencia que reuniría en el ámbito interno del estado el carácter de cosa juzgada material.

Con lo anterior surge la pregunta sobre cómo puede ejecutarse en Costa Rica la resolución de la Corte Interamericana que dispone que simplemente debe ser liberada una persona, o bien que debe realizarse de nuevo el juicio dictado en contra de una persona que había sido juzgada y condenada en Costa Rica, cuya sentencia se encuentra firme con autoridad de cosa juzgada material.

Cuando no se debe proceder a realizar de nuevo el juicio oral, una solución que podrían proponer algunos es el indulto, pero este no parece adecuado cuando se ha constatado una violación a la normativa de fondo en Costa Rica; por ejemplo, una violación al principio de legalidad o a la prohibición de retroactividad de la ley penal, o bien ha operado una situación que entraría dentro de una excepción de carácter perentorio, como es la relativa a la prohibición del non bis in idem, como ocurrió en el caso Loayza Tamayo. Lo anterior, ya que el indulto no hace que se eliminen todos los efectos de la condena¹⁰⁵, como en el caso de la inscripción de juzgamientos del Registro Judicial de Delincuentes¹⁰⁶, lo cual puede traerle perjuicios al indultado con posterioridad, por ejemplo, respecto de la concesión del beneficio de la ejecución condicional¹⁰⁷.

104 En el caso Loayza Tamayo la Comisión solicitó luego a la Corte que aclarara que la libertad que se había ordenado era definitiva y no sujeta a condición. La Corte resolvió por sentencia del 27 de noviembre de 1998: 109. En su sentencia sobre el fondo, la Corte ordenó al Perú poner en libertad a la víctima. De dicha sentencia se desprende claramente que la libertad ordenada es definitiva e inapelable y no está sujeta a condición ni restricción algunas. Por lo tanto, la Corte entiende que la liberación de la víctima, realizada por el Estado el 16 de octubre de 1997, tiene la naturaleza que se deduce de la sentencia, y por ello considera innecesario acceder a la solicitud de la Comisión.

105 En este sentido indica Viviana Krsticevic: En algunas ocasiones las acciones del Poder Ejecutivo no bastan; por ejemplo, el indulto o la conmutación de la pena pueden constituir un mecanismo imperfecto de reparación, ya que, por ejemplo, pueden subsistir los efectos de la condena (Krsticevic: 1998, p. 440).

106 El indulto, de acuerdo con el art. 90 del Código Penal de 1970, solamente produce el perdón total o parcial de la pena. Véase además el art. 39 que en lo relativo a la reincidencia no excluye los hechos que fueron indultados.

107 Art. 60 del Código Penal de 1970. Al respecto, Zaffaroni, T. V (1988, p. 446).

Una solución que puede contemplarse, tanto en los supuestos en que se dispone la liberación de la persona como en los casos en que se ordena un nuevo proceso, es la regulación de una causal de revisión de la sentencia. Indica Viviana Krsticevic con respecto a esa posibilidad:

Un ejemplo de adecuación de la legislación local es Luxemburgo, que posee una figura en su Código de Procedimiento Criminal que permite que se reabra un juicio si la Corte Europea o el Comité de Ministros ha establecido que la persona fue juzgada en violación a la Convención Europea. Ahora bien, el establecimiento de un sistema de revisión no garantiza necesariamente la ejecución de la decisión, aunque la facilita. En realidad, quizás sea más adecuado plantear la discusión como el establecimiento de un tribunal de ejecución de la decisión, o de un mecanismo para garantizar la ejecución de la decisión¹⁰⁸.

En lo atinente a Costa Rica, debe anotarse que no se establece en forma expresa como causal de revisión del procedimiento el que haya sido ordenado por la Corte Interamericana proceder a la revisión de la sentencia. Sin embargo, en forma indirecta tal posibilidad podría ser abarcada por la causal de revisión basada en el quebranto al debido proceso u oportunidad de defensa, contemplada en el artículo 408, inciso g) del Código Procesal Penal¹⁰⁹. Sin embargo, dicha posibilidad de revisión estaría supeditada a la solicitud de revisión hecha por el imputado, o bien por el Ministerio Público.

Debe estimarse que cuando la Corte Interamericana ordena de nuevo la realización del juicio, por haberse llevado a cabo el anterior con violación al

108 Krsticevic (1998, p. 441).

109 Sobre dicha causal: Llobet Rodríguez (2003, pp. 390-391). En contra, dice Rodríguez Rescia: Entratándose de sentencias de un tribunal internacional de los derechos humanos que determina violaciones a derechos contemplados en instrumentos internacionales, no es adecuado utilizar los recursos de amparo o de revisión, ya que en cualquiera de los casos, será como permitir la existencia de una instancia judicial internacional que, a través de esos recursos legales, anula lo actuado por los órganos internos y eso convertiría a esos tribunales internacionales en una 'cuarta instancia' (Rodríguez Rescia: 1997, p. 47). Esas afirmaciones, sin embargo, no parecen concordantes con lo indicado por dicho autor en cuanto a que la Corte Interamericana, a diferencia de la Europea, puede disponer la restitutio in integrum, celebrando lo resuelto en el caso Loayza Tamayo, ello al indicar que se trata de un caso histórico y que en definitiva se actuó en cierta forma como una cuarta instancia (Cf. Rodríguez Rescia: 1997, pp. 14-15).

debido proceso, no se requiere siquiera seguir el procedimiento de revisión de las sentencias establecido en la legislación procesal penal, con base en el artículo 68 de la CADH y el artículo 27 del Convenio de Sede de la Corte Interamericana, el cual, como se dijo, dispone que las resoluciones de la Corte tendrán la misma fuerza ejecutiva que las dictadas por los tribunales nacionales. Esa es la misma solución cuando se dispone que una persona debe ser liberada, tal y como ocurrió en el caso Loayza Tamayo; o bien que ha de procederse a anular del Registro de Delincuentes la condenatoria ordenada, sin realizarse de nuevo el juicio oral.

Esta fue la decisión que tomó el Tribunal de Juicio respectivo para ejecutar lo resuelto por la Corte Interamericana de 2 de julio de 2004 (caso Mauricio Herrera contra Costa Rica), en cuanto a la revocatoria de la sentencia condenatoria que se había dispuesto.

Es importante anotar que puede existir responsabilidad internacional por la actividad legislativa, ya sea por la aprobación de leyes que quebranten la CADH, o bien por la omisión de aprobar leyes que hagan efectivos los derechos establecidos en dicha Convención. Al respecto, dijo la Corte Interamericana al emitir la opinión consultiva OC-13-93 del 16 de julio de 1993, relativa a ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

26. Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos.

27. En estas circunstancias, no debe existir ninguna duda de que la Comisión tiene a ese respecto las mismas facultades que tendría frente a cualquier otro tipo de violación y podría expresarse en las mismas oportunidades en que puede hacerlo en los demás casos. Dicho de otro modo, el hecho de que se trate de 'leyes internas' y de que estas hayan sido 'adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución', nada significa si mediante ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos. Las atribuciones de la Comisión en este sentido no están de manera alguna restringidas por la forma como la Convención es violada.

28. Podrían mencionarse situaciones históricas en las cuales algunos Estados han promulgado leyes de conformidad con su estructura

jurídica pero que no ofrecieron garantías adecuadas para el ejercicio de los derechos humanos, impusieron restricciones inaceptables o, simplemente, los desconocieron. Tal como lo ha manifestado la Corte, el cumplimiento de un procedimiento constitucional 'no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos' (La expresión 'leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, supra 25, párr. 22).

29. Esto no significa que la Comisión tenga atribuciones para pronunciarse sobre la forma como se adopta una norma jurídica en el orden interno. Esa es función de los órganos competentes del Estado. Lo que la Comisión debe verificar, en un caso concreto, es si lo dispuesto por la norma contradice la Convención y no si contradice el ordenamiento jurídico interno del Estado. La atribución otorgada a la Comisión para 'formular recomendaciones ... a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales' (art. 41.b) (destacado de la Corte) o el compromiso de los Estados de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la Convención 'con arreglo a sus procedimientos constitucionales' (art. 2) (destacado de la Corte), no le dan a la Comisión facultad para calificar el cumplimiento por el Estado de los preceptos constitucionales en la elaboración de las normas internas.

30. En el ámbito internacional lo que interesa determinar es si una ley resulta violatoria de las obligaciones internacionales asumidas por un Estado en virtud de un tratado. Esto puede y debe hacerlo la Comisión a la hora de analizar las comunicaciones y peticiones sometidas a su conocimiento sobre violaciones de derechos humanos y libertades protegidos por la Convención¹¹⁰.

De gran relevancia es el caso Barrios Altos, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante sentencia del 30 de noviembre de 2001. En dicha sentencia se hizo una declaratoria con efectos generales de la

110 En igual sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-14-94 del 9 de diciembre de 1994, N°. 37-38, relativa a la Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención.

ineficacia de una ley aprobada por un estado¹¹¹. Se resolvió en ese caso si las autoamnistías aprobadas por el régimen de Fujimori eran incompatibles con las obligaciones contraídas por el estado de Perú, en cuanto miembro de la CADH, esto con base en la obligación estatal de emprender una investigación seria que conduzca al juzgamiento de aquellos sujetos que han quebrantado derechos establecidos en la CADH, de acuerdo con los criterios vertidos al respecto por la Corte Interamericana desde el caso Velásquez Rodríguez¹¹². Señaló la Corte Interamericana en el caso Barrios Altos:

42. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma.

43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurrir en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad

111 Sobre el tema véase: Cassel (2001, p. 388), Gómez Pérez (2002, pp. 368-369).

112 Corte Interamericana, sentencia del 29 de julio de 1988.

y recibir la reparación correspondiente. 44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.

Como consecuencia se resolvió que dichas leyes de autoamnistía son incompatibles con la CADH y en consecuencia carecen de efectos jurídicos. Se estableció además que:

Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables¹¹³.

La resolución en el caso Barrios Altos es especialmente relevante, puesto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró en definitiva la ineficacia de una ley, y actuó, en conclusión, de una manera similar a como lo hace un tribunal constitucional; por ejemplo, la Sala costarricense, que declara la inaplicabilidad de una ley al resolver un recurso de inconstitucionalidad¹¹⁴.

El caso Barrios Altos tiene como uno de sus antecedentes lo resuelto en el caso Suárez Rosero, donde por sentencia del 12 de noviembre de 1997 la Corte Interamericana:

Declara que el último párrafo del artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal del Ecuador es violatorio del artículo 2

113 Señala Douglas Cassel: No obstante el alcance amplio de estas sentencias y de las distintas opiniones de los jueces, no está del todo claro que la Corte haya llegado a coincidir con la Comisión en un aparente rechazo de cualquier amnistía para serias violaciones a los derechos humanos. Sin lugar de dudas la Corte rechaza las autoamnistías –como las de Fujimori– para serias violaciones sic; sin embargo, hay que tomar en cuenta la naturaleza extrema de la amnistía peruana. ¿Cómo fallaría la Corte sobre las amnistías de Argentina y Uruguay, aprobadas por gobiernos democráticos luego de una transición del antiguo régimen?, aun cuando la Corte no haya expresado ningún desacuerdo con la doctrina de la Comisión ni tampoco ha tenido oportunidad para revisar la amplia gama de amnistías ya consideradas por la Comisión (Cassel: 2001, pp. 389-390).

114 Así, Gómez Pérez (2002, p. 369).

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con los artículos 7.5 y 1.1 de la misma.

Por otro lado, en los considerandos del caso Loayza Tamayo (sentencia del 17 de setiembre de 1997), la Corte Interamericana señaló la incompatibilidad de dos decretos-leyes con la CADH. Dijo:

68. Ambos decretos-leyes se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y, como en el caso examinado, de la 'propia Policía (DINCOTE)'. Por lo tanto, los citados decretos-leyes en este aspecto son incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana.

No hizo mención de esto, sin embargo, en el por tanto de la resolución.

No obstante, en otros asuntos la Corte Interamericana no ha establecido de manera directa la ineficacia de una ley, respecto de lo cual se pronunció claramente en el caso Barrios Altos, sino que ha dispuesto que el estado respectivo debe tomar las medidas apropiadas para reformar la ley, contraria a la CADH. Así en el caso Castillo Petruzzi y otros, resuelto por sentencia del 30 de mayo de 1999, se ordenó al estado peruano:

(...) adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la presente sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin excepción alguna.

Esto se dispuso en cuanto al juzgamiento de civiles por la justicia militar¹¹⁵. En forma similar la Corte Interamericana, en la sentencia de 2 de julio

115 En el caso Loayza Tamayo, la Corte Interamericana señaló en los considerandos de su resolución la incompatibilidad de dos decretos leyes con la CADH. Dijo : 68. Ambos decretos-leyes se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y, como en el caso examinado, de la 'propia Policía (DINCOTE)'. Por lo tanto, los citados decretos-leyes en este aspecto son incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana. No hizo mención de esto, sin embargo, en el por tanto de la resolución. Véase: sentencia del 17 de setiembre de 1997, caso Loayza Tamayo.

de 2004, dispuso que Costa Rica debe modificar su legislación en un plazo razonable, para adaptarla a lo previsto en el artículo 8, inciso h) de la CADH.

Gran parte de los asuntos resueltos por la Corte Interamericana tienen afinidad con la desaparición forzada de personas y la falta de investigación y juzgamiento de las personas responsables. En los asuntos de desaparición forzosa, la restitución al estado anterior es realmente imposible, puesto que implicaría la aparición de la persona, lo cual, razonablemente, no es posible. Por ello se admite, además de la reparación directa, la indirecta o imperfecta o complementaria¹¹⁶. Lo mismo cabe indicar acerca de los supuestos de tortura, generalmente ligados en los casos conocidos por la Corte Interamericana con la desaparición forzada¹¹⁷.

En general, debe anotarse que aun en los casos de reparación directa, debe procederse también a fijar una indemnización a la víctima, como parte de las reparaciones. Sin embargo, la reparación indirecta es más amplia que la mera indemnización, ya que puede comprender también que se ordene al estado el llevar a cabo una investigación seria de los hechos y que sancione a los responsables de los mismos. Es importante que en las primeras sentencias de fondo de carácter contencioso, dictadas por la Corte Interamericana en contra de Honduras en los casos Velásquez Rodríguez¹¹⁸ y Godínez Cruz¹¹⁹, a pesar de que se constató el incumplimiento de realizar una investigación seria de los hechos, no se llegó a ordenar expresamente que ese estado debía procesar y castigar a los responsables, sino que se dispuso solamente que debía procederse a pagar una justa indemnización compensatoria a los familiares de la víctima¹²⁰. No obstante, la Corte Interamericana, al discutirse la indemnización compensatoria en el caso Velásquez Rodríguez, en sentencia del 21 de julio de 1989, aunque reconoció una omisión en la parte resolutive con respecto a la obligación del estado de Honduras de investigar seriamente los hechos y sancionar a los responsables, indicó que ello se encontraba implícito en los considerandos. Así dijo:

32. La Comisión y los abogados sostienen que, en ejecución del fallo, la Corte debe ordenar algunas medidas a cargo del Gobierno, tales

116 Cf. Aguilar (1994, pp. 144-147).

117 Sobre el tema: Faúndez Ledezma (1999, p. 495).

118 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 29 de julio de 1988.

119 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 20 de enero de 1989.

120 AL respecto, Cassel (2001, pp. 371-372), quien dice: Una posible respuesta es que la Corte tuviera duda sobre su competencia para mandar una reparación, por medio de una orden a un estado para que conduzca una investigación y un proceso penal (p. 372).

como la investigación de los hechos relativos a la desaparición forzada de Manfredo Velásquez; el castigo de los responsables de estos hechos; la declaración pública de la reprobación de esta práctica; la reivindicación de la memoria de la víctima y otras similares.

33. Medidas de esta clase formarían parte de la reparación de las consecuencias de la situación violatoria de los derechos o libertades y no de las indemnizaciones, al tenor del artículo 63.1 de la Convención.

34. No obstante la Corte ya señaló en su sentencia sobre el fondo (Caso Velásquez Rodríguez, supra 2, párr. 181), la subsistencia del deber de investigación que corresponde al Gobierno, mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida (supra 32). A este deber de investigar se suma el deber de prevenir la posible comisión de desapariciones forzadas y de sancionar a los responsables directos de las mismas (Caso Velásquez Rodríguez, supra 2, párr. 174).

35. Aunque estas obligaciones no quedaron expresamente incorporadas en la parte resolutive de la sentencia sobre el fondo, es un principio del derecho procesal que los fundamentos de una decisión judicial forman parte de la misma. La Corte declara, en consecuencia, que tales obligaciones a cargo de Honduras subsisten hasta su total cumplimiento.

36. Por lo demás, la Corte entiende que la sentencia sobre el fondo de 29 de julio de 1988 constituye, en sí misma, una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para los familiares de las víctimas.

Lo mismo resolvió la Corte al dictar sentencia el 21 de julio de 1989, con respecto a la indemnización compensatoria en el caso Godínez Cruz¹²¹. En otras sentencias por el fondo que ha decretado la Corte Interamericana, se ha corregido el defecto que presentaban las sentencias dictadas en los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, estableciéndose expresamente dentro de las obligaciones reparatorias del estado la obligación de investigar y sancionar la violación de los derechos humanos. Por ejemplo, en la sentencia del 8 de diciembre de 1995 (caso Caballero Delgado y Santana), se decidió

121 Corte Interamericana de Derechos Humanos, indemnización compensatoria (caso Godínez Cruz), N.º. 32-34.

que Colombia (...) está obligada a continuar los procedimientos judiciales por la desaparición y presunta muerte de las personas mencionadas y sus sanción conforme a su derecho interno.

Eso ha sido reiterado en numerosos votos, entre ellos la sentencia del 24 de enero de 1998 (caso Blake), donde se dispuso: que el Estado de Guatemala está obligado a poner todos los medios a su alcance para investigar los hechos denunciados y sancionar a los responsables por la desaparición y muerte del señor Nicholas Chapman Blake. En la sentencia del caso Paniagua Morales y otros, ordenada el 8 de marzo de 1998, se resolvió que el Estado de Guatemala debe realizar una investigación real y efectiva para determinar a las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se ha hecho referencia en esta Sentencia y, eventualmente, sancionarlas.

Unido al deber de investigar y juzgar a los responsables de una violación de los derechos humanos, hay que destacar la reciente creación de la Corte Penal Internacional¹²², que tiene como antecedentes inmediatos los tribunales ad hoc de la antigua Yugoslavia y Ruanda. Sin embargo, con esas excepciones dentro de los órganos jurisdiccionales del derecho internacional de los derechos humanos no se persigue la sanción penal de individuos específicos, sino valorar si un estado concreto incurrió en responsabilidad por haber cometido un ilícito internacional de violación de los derechos humanos de la convención respectiva.

Ello es lo que ocurre tanto respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última ha dicho en ese sentido, en la sentencia del 29 de julio de 1988, correspondiente al caso Velásquez Rodríguez:

134. En efecto, la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones.

Se trata de un criterio que la Corte ha reiterado en numerosas resoluciones¹²³.

122 Cf. Ambos (2003), Anello (2003), Jescheck (2001, pp. 53-59), Garzón (2002, pp. 111-132).

123 Véase, por ejemplo: sentencia del 20 de enero de 1989 (caso Godínez Cruz), N°. 140; sentencia del 15 de marzo de 1989 (caso Fairén Garbí y Solís Corrales), N°. 136.

Sin embargo, como se dijo, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden llegar a tener gran incidencia en la justicia penal, por ejemplo reiterando el deber del estado de investigar en forma seria un hecho delictivo y de sancionar a los responsables si corresponde. En el caso de que se llegase a dictar una sentencia en contra de Costa Rica por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ordenase llevar a cabo una investigación seria y el juzgamiento de los responsables, el encargado de realizar dicha investigación en Costa Rica sería el Ministerio Público, con el auxilio de la policía judicial, de acuerdo con el artículo 16 del Código Procesal Penal¹²⁴ y la normativa del mismo sobre la investigación preparatoria¹²⁵. Por otro lado, se regula en la normativa costarricense una acción popular, de modo que cualquier persona puede apersonarse como querellante público, por tratarse de una violación de los derechos humanos¹²⁶.

Uno de los aspectos que se dispone como parte de la reparación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la adecuada indemnización a las víctimas, fijando la misma los montos correspondientes. Dicha fijación, de acuerdo con los artículos 68 de la CADH y 27 del Convenio de Sede entre el gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana, es ejecutable en Costa Rica. El procedimiento por seguir para el cumplimiento es el establecido para la ejecución de las sentencias de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹²⁷.

La Corte Interamericana ha enfatizado la procedencia de esa indemnización desde sus primeras resoluciones sobre reparación. Así, en la sentencia sobre indemnización compensatoria en el caso Velásquez Rodríguez, dictada el 21 de julio de 1989, dijo:

25. Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado 'incluso una concepción general de derecho', que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo (Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment N°. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, N°. 9, pág. 21 y Factory at Chorzów, Merits, Judgment N°. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, N°. 17, pág. 29;

124 Véase, por ejemplo: sentencia del 20 de enero de 1989 (caso Godínez Cruz), N°. 140; sentencia del 15 de marzo de 1989 (caso Fairén Garbí y Solís Corrales), N°. 136.

125 Art. 274 y ss. del Código Procesal Penal. Cf. Llobet Rodríguez (2003, pp. 282-310).

126 Art. 75 del Código Procesal Penal. Cf. Llobet Rodríguez (2003, pp. 156-157).

127 Así: Rodríguez Rescia (1997, pp. 38-39), Rodríguez Rescia (1998, pp. 470-471).

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, pág. 184). 26. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral." Agregó: "28. La indemnización por violación de los derechos humanos encuentra fundamento en instrumentos internacionales de carácter universal y regional. El Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, ha acordado repetidamente, con base en el Protocolo Facultativo, el pago de indemnizaciones por violaciones de derechos humanos reconocidos en el Pacto (véanse por ejemplo las comunicaciones 4/1977; 6/1977; 11/1977; 132/1982; 138/1983; 147/1983; 161/1983; 188/1984; 194/1985; etc., Informes del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas). Lo propio ha hecho la Corte Europea de Derechos Humanos con base en el artículo 50 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹²⁸.

Es importante no solo afirmar la ejecutoriedad de las sentencias de la Corte, sino también de las medidas provisionales que pueda disponer la misma, de acuerdo con el artículo 63, inciso 2) de la CADH. Este establece:

En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se trata de asuntos que aun no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión¹²⁹.

128 Igual: Corte Interamericana de Derechos Humanos, indemnización compensatoria (caso Godínez Cruz), N°. 23-26. Con respecto a la indemnización según las sentencias de la Corte Interamericana: Salvioli, F. O. (1995, pp. 144-164).

129 Por ejemplo, en el caso Loayza Tamayo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso por resolución del 13 de setiembre de 1996: 1. Requerir al Gobierno del Perú que modifique la situación en que se encuentra encarcelada la señora María Elena Loayza Tamayo, particularmente en lo referente a las condiciones del aislamiento celular al que está sometida, con el propósito de que esta situación se adecúe a lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la resolución de la Corte de 2 de julio de 1996. 2. Requerir al Gobierno del Perú que a la mayor brevedad brinde tratamiento médico, tanto físico como psiquiátrico, a la señora María Elena Loayza Tamayo.

De acuerdo con el artículo 27 del Convenio de Sede se establece claramente la ejecutoriedad en Costa Rica de las medidas provisionales dispuestas en los asuntos en contra de nuestro país.

2.5.2. Ejecutoriedad de las opiniones consultivas dadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el ámbito interamericano se ha discutido si las opiniones consultivas dadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para el estado que las ha solicitado. La Corte Interamericana, al emitir la opinión consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982, señaló:

Las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención; y si esto es así, menos razones existen para sacar argumentos de los eventuales efectos que pudieran tener frente a Estados que ni siquiera habrían participado en el procedimiento consultivo¹³⁰.

Posteriormente reiteró ese criterio al emitirse la opinión consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983¹³¹, indicando que:

En materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito, cumple una función asesora, de tal modo que sus opiniones 'no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa'. (Corte I.D.H., 'Otros tratados' objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A N°. 1, párr. N°. 51; cf. Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, pág. 65).

130 Opinión consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982 "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte), Part. 51.

131 Opinión consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983 (Restricciones a la pena de muerte), Part. 32. Crítica Héctor Faúndez Ledezma que la Corte fue poco cautelosa al afirmar que cumple simplemente una función asesora. Faúndez Ledezma (1999, p. 606).

Sin embargo, la Corte en la opinión consultiva OC-at/97 del 14 de noviembre de 1997, señaló en forma ambigua: Aun cuando la opinión consultiva de la Corte tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables¹³².

La Sala Constitucional costarricense, al discutir sobre la colegiación obligatoria de los periodistas, se pronunció por la exigencia de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana vertidas a solicitud de Costa Rica.

Es importante anotar en relación con este asunto, que desde principios de la década de los ochenta del siglo pasado se desató una gran polémica sobre la compatibilidad de la colegiación obligatoria de los periodistas con la CADH.

Dicha colegiación había sido establecida por Ley 4420, referente al Colegio de Periodistas, que establecía entre los requisitos para el ejercicio del periodismo el ser graduado universitario con al menos el título de bachiller.

El Juzgado Segundo Penal de San José, en sentencia N°. 9 de las 17:15 horas del 14 de enero de 1983, decidió absolver a un periodista que no se encontraba incorporado al Colegio respectivo, al considerar que la ley que estableció la colegiación obligatoria de dicha profesión no era conforme a la CADH. Se trata, sin duda, de uno de los primeros casos en que la justicia costarricense aplicó directamente la CADH, y desaplicó una norma de menor rango, como la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, todo de acuerdo con los parámetros establecidos por la Corte Plena. Esta, en diversos fallos, llegó a sostener que los jueces podían hacer imperar un tratado internacional sobre la ley, cuando la misma lo contraviniera, y se dio entonces un control difuso de la conformidad de la ley con el tratado, a diferencia de lo que ocurría cuando se reclamaba la inconstitucionalidad de una ley.

Se dijo en el voto de comentario que si el imputado recibe y difunde informaciones en forma escrita, su conducta se ajusta al ejercicio de este derecho superior, por así llamarlo, que es la libertad de pensamiento y de expresión, el cual no puede ser restringido por ningún medio indirecto. De ahí resulta que la naturaleza jurídica del Colegio de Periodistas no puede ser la misma que conforma la esencia de los colegios profesionales, pues en el ejercicio de su actividad se pone en juego una de las libertades públicas más preciadas del ser humano, cual es la de expresar su pensamiento y, por lo tanto, el acusado actuó en el ejercicio legítimo de esos derechos, acogiéndose a normas positivas de rango superior, de ahí que su conducta constituye un derecho no solo anterior sino superior a la prescripción legal, la cual es una causa de justificación que borra la

132 Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997 (Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), N°. 26.

antijuridicidad de la conducta y que obliga a absolverlo de toda pena y responsabilidad por el delito de ejercicio ilegal de la profesión que se le imputaba¹³³.

En contra del pronunciamiento del Juzgado Segundo Penal de San José se pronunció la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 64-93 del 3 de junio de 1993, en el que procedió a anular la absolutoria que se había dispuesto en el juicio oral y público.

Indicó la Sala que se argumenta que la Convención de San José o Convención Americana, ha dejado sin efecto la regla del artículo 27 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, de lo cual se infiere que para ejercer el periodismo no es menester la incorporación al Colegio respectivo, y en consecuencia el imputado ejerció ilegítimamente; sin embargo, el artículo 13 de aquella Convención encierra una declaración de principios y derechos esenciales a favor de todos los habitantes del país, y no alude en forma concreta a los requisitos indispensables que deben tener las personas que pretendan desempeñarse en esa profesión, en forma especializada u otra. La aceptación de esa opinión implicaría la derogatoria de las leyes de cada colegio profesional, pues tampoco sería indispensable la filiación a ellos para laborar profesionalmente, ya que se invocaría en su apoyo el principio de igualdad ante la ley.

Nuestro régimen jurídico ha establecido como regla elemental, para esos efectos, la incorporación respectiva, lo que recalca la Corte Plena al señalar que las leyes orgánicas de cada colegio requieren el título, en vista del interés público que está de por medio, lo que conlleva la necesidad de que esas actividades se realicen por personas capacitadas; es decir, con la aptitud que se deriva de los estudios universitarios y del título obtenido en forma legal.

Por las razones antes dichas se concluye que el a quo incurrió en quebranto del artículo 25 del Código Penal, por aplicación indebida, y del 313 por falta de aplicación, ante esta situación procede acoger el recurso y anular el fallo absolutorio, para en su lugar declarar al imputado responsable del delito de ejercicio ilegal de la profesión.

Cabe mencionar que se presentó una queja en contra de Costa Rica por violentar la CADH con la colegiación obligatoria. Se trata del mismo asunto que había sido resuelto por el Juzgado Segundo Penal de San José y por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a cuyas resoluciones se hizo mención arriba. Es importante anotar que en definitiva, el periodista condenado, de nacionalidad estadounidense, había sido condenado por la Sala a tres meses de prisión por el delito de ejercicio ilegal de la profesión. Sin embargo, dicha queja no prosperó ante la Comisión Interamericana de Dere-

133 Véase: Revista Judicial, N°. 34, 1985, p. 245.

chos Humanos, la que decidió archivarla, sin remitir el asunto ante la Corte Interamericana. Esto lo decidió la Comisión en resolución N°. 17/84¹³⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en la opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 sobre la colegiación obligatoria de los periodistas, y estimó que la misma quebranta los artículos 13 y 29 de la CADH. Es importante anotar que esta opinión fue solicitada por el gobierno de Costa Rica a instancia de la Sociedad Interamericana de Prensa, luego de que la queja presentada al respecto fuera desechada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Valga mencionar que se trata de un dato significativo, pues en el sistema interamericano, para que la Corte Interamericana pueda conocer de un asunto contencioso, se requiere que sea remitido por la Comisión Interamericana o bien por otro estado que haya aceptado la jurisdicción de la Corte. En el caso concreto, la Comisión había decidido no remitir el asunto a la Corte¹³⁵, lo cual impedía que esta pudiese llegar a pronunciarse¹³⁶. No obstante el fallo favorable que había obtenido Costa Rica ante la Comisión, el gobierno decidió, por comunicación del 8 de julio de 1985, pedir una opinión consultiva a la Corte Interamericana, cuya decisión fue desfavorable para Costa Rica.

134 Resolución N°. 17/84, caso N°. 9178 (Costa Rica) OEA/Ser. L/V/II. 63, doc. 15, 2 de octubre de 1984.

135 La Corte Interamericana emitió en el voto en comentario las siguientes consideraciones críticas con respecto a la decisión de la Comisión de no remitirle el asunto: 25. Aunque la Convención no especifica bajo qué circunstancias la Comisión debe referir un caso a la Corte, de las funciones que asigna a ambos órganos se desprende que, aun cuando no esté legalmente obligada a hacerlo, hay ciertos casos que, al no haberse podido resolver amistosamente ante la Comisión, deberían ser sometidos por esta a la Corte. El caso Schmidt cae ciertamente dentro de esta categoría. Se trata de un caso que plantea problemas legales controversiales no considerados por la Corte; su trámite en la jurisdicción interna de Costa Rica fue objeto de decisiones judiciales contradictorias; la propia Comisión no pudo alcanzar una decisión unánime sobre esos problemas jurídicos; y es una materia que reviste especial importancia en el continente, donde varios Estados han adoptado leyes parecidas a la de Costa Rica.

136 La Corte Interamericana emitió en el voto en comentario las siguientes consideraciones críticas con respecto a la decisión de la Comisión de no remitirle el asunto: 25. Aunque la Convención no especifica bajo qué circunstancias la Comisión debe referir un caso a la Corte, de las funciones que asigna a ambos órganos se desprende que, aun cuando no esté legalmente obligada a hacerlo, hay ciertos casos que, al no haberse podido resolver amistosamente ante la Comisión, deberían ser sometidos por esta a la Corte. El caso Schmidt cae ciertamente dentro de esta categoría. Se trata de un caso que plantea problemas legales controversiales no considerados por la Corte; su trámite en la jurisdicción interna de Costa Rica fue objeto de decisiones judiciales contradictorias; la propia Comisión no pudo alcanzar una decisión unánime sobre esos problemas jurídicos; y es una materia que reviste especial importancia en el continente, donde varios Estados han adoptado leyes parecidas a la de Costa Rica.

El criterio de la Corte Interamericana no fue bien recibido por las autoridades gubernamentales costarricenses, las que reiteraron su voluntad de seguir aplicando la normativa sobre la colegiación obligatoria de los periodistas, afirmándose el carácter no vinculante que tenía lo resuelto por la Corte Interamericana¹³⁷.

Por su parte, el presidente de la república declaró al periódico La Nación: Primeroacataremoslasleyesde laRepública;sihaycoincidenciaconlosorganismos internacionales,consideramosmagníficoqueasísea.Habiendoconflictoestaremos de acuerdo con el criterio de las instituciones locales¹³⁸.

La Sala Constitucional, en voto 2313-95 del 9 de mayo de 1995, declaró como contraria a la CADH la colegiación obligatoria de los periodistas. Para ello hizo suyas las consideraciones realizadas por la Corte Interamericana en la opinión consultiva N°. OC-5-85, arriba transcrita, y llegó incluso a indicar que la misma debía ser estimada como obligatoria para Costa Rica, en vista de que nuestro país fue el que pidió a la Corte Interamericana el pronunciamiento. Dijo la Sala:

La Convención establece dentro de los deberes de los Estados, respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio (artículo 2). Especialmente debe transcribirse lo que dispone el artículo 68: '1. Los estados partes en la convención se comprometen a cumplir la decisión de la corte en todo caso en que sean partes...' Si se pretendiera que tal norma, por referirse a quienes 'sean partes', solamente contempla la situación de los casos contenciosos, la Corte Interamericana misma ha ampliado el carácter vinculante de sus decisiones también a la materia consultiva (OC-3-83), y en el caso bajo examen no le cabe duda a la Sala que Costa Rica asumió el carácter de parte en el procedimiento de consulta, toda vez que ella misma la formuló y la opinión se refiere al caso específico de una ley costarricense declarada incompatible con la Convención. Por lo tanto, se trata de una ley (la norma específica) declarada formalmente ilegítima.

Existe acuerdo entre la doctrina en que el artículo 68 de la CADH, contrario a lo resuelto por la Sala Constitucional, no es aplicable a las opiniones consultivas, sino solamente a los asuntos contenciosos, y se considera que no

137 Al respecto, Haba (1986, T. I, p. 413).

138 Cf. Haba (1986, p. 414). La crítica al fallo fue liderada por el vicescanciller de Relaciones Internacionales el Dr. Gerardo Trejos Salas. Sobre el tema véase: Trejos (1986, pp. 57-60), Trejos (1990, pp. 99-103).

puede hablarse de la existencia de partes cuando lo que se emite es una opinión consultiva¹³⁹. Esto fue afirmado por la misma Corte Interamericana al emitir la opinión consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982, en la que se dijo que en las opiniones consultivas: No hay partes pues no hay demandados ni actores; ningún Estado es requerido a defenderse contra cargos formales, ya que el procedimiento no los contempla, ninguna sanción judicial está prevista ni puede ser decretada¹⁴⁰.

Sin embargo, la doctrina ha enfatizado la importancia que tienen las opiniones consultivas de la Corte para la interpretación de la CADH. Es relevante que las mismas resoluciones de la Corte Interamericana arriba citadas no han indicado que las opiniones consultivas carezcan de carácter vinculante y no tengan efectos jurídicos, sino han dicho que no tienen el mismo carácter vinculante que tienen las sentencias dictadas en el procedimiento contencioso. Más bien, la Corte Interamericana, como se señaló, ha dicho también que las opiniones consultivas tienen efectos jurídicos innegables¹⁴¹.

139 Sobre el tema véase: Rodríguez Rescia (1998, p. 482), Landoni Sosa (2000, p. 87). La doctrina, en general, hace referencia al carácter no vinculante de las resoluciones dadas por la Corte Interamericana en el ejercicio de su función consultiva. Cf. Landoni, Sosa (2000, pp. 90-91), Urioste Braga (2002, p. 2), Hitters (2000, p. 112).

140 Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-3/83 (Restricciones a la pena de muerte), N°. 22.

141 Héctor Faúndez Ledezma defiende que las opiniones consultivas tienen efecto vinculante. Dice: Sería absurdo que cada uno de los Estados partes pudiera interpretar la Convención a su arbitrio o de la manera que le pareciera, absolutamente sin ningún control; es por eso que, en caso de dudas en cuanto al sentido y alcance de sus disposiciones, se ha señalado cuál es el órgano encargado de emitir un pronunciamiento pero, por supuesto, esa interpretación es vinculante para los Estados y no puede constituir una mera 'opinión'. Por consiguiente, no podemos compartir una tesis que disminuye el valor de los dictámenes de la Corte, y que parece estar en contradicción con la definición que el propio tribunal ha proporcionado a su competencia consultiva, señalando que esta constituye 'un método judicial alternativo de carácter consultivo' (Faúndez Ledezma: 1999, p. 607). Por su parte, Víctor Manuel Rodríguez Rescia defiende que la resolución que recaiga en una opinión consultiva no puede ser considerada simplemente con carácter de fuerza moral para el Estado solicitante aun cuando así tal vez lo sea para los Estados que no se apersonaron o intervinieron en el proceso de consulta, apoyando el carácter obligatorio concedido por la Sala Constitucional costarricense. En otra parte de su trabajo, sin embargo, Rodríguez Rescia se refiere al efecto que la opinión consultiva tiene en relación con los estados que no solicitaron la misma. Dice al respecto: Considero que es en este punto donde las opiniones consultivas revisten un carácter inclusive más importante que el que pueda producir una sentencia dentro de un caso contencioso, porque por medio de la opinión consultiva se puede producir lo que podría llamarse 'cosa interpretada', ya que la Corte es el órgano del sistema que puede interpretar las normas de la Convención o determinar la compatibilidad o no de leyes internas con dicho tratado (artículo 64) (Rodríguez Rescia: 1998, pp. 485-486).

Con respecto a las opiniones consultivas ocurre una situación similar a la que se da en cuanto a los efectos jurídicos que para los estados que no son parte de un asunto, tienen las sentencias contenciosas dictadas por la Corte Interamericana. Es claro que esta Corte no puede vigilar la ejecución de dichas sentencias con respecto de terceros estados miembros de la CADH. En ese sentido, deben entenderse las referencias que hace la Corte Interamericana a que las opiniones consultivas no tienen el mismo efecto vinculante de las sentencias contenciosas (en relación con los estados partes de las mismas).

Sin embargo, se debe tener en cuenta que la Corte Interamericana es el intérprete más autorizado de la CADH, y lo que indique la misma debe tener efectos jurídicos que orienten su aplicación. En este sentido la Corte Interamericana, en la opinión consultiva OC-1/82, arriba citada, señaló:

25. La función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA (...)

Por otro lado, resulta que al haberse señalado la posición de la Corte, los estados miembros de la CADH deben ajustar su actuación a lo dicho por ella, pues de lo contrario pueden incurrir en responsabilidad internacional¹⁴².

142 Sobre ello señalan Rodolfo Piza Rocafort y Gerardo Trejos: Es muy posible que el órgano judicial que emitió una opinión en un sentido, resuelva en el mismo cuando se trate de un caso contencioso, a menos que hayan cambiado sustancialmente las circunstancias o la integración del tribunal (Piza Rocafort, Trejos: 1989, p. 342).

CONCLUSIONES

En Costa Rica se dice, con frecuencia, que con la creación de la Sala Constitucional, en 1989, se produjo una revolución jurídica, que llevó a que se entendiera que el derecho constitucional era derecho aplicable. Lo mismo debe decirse en relación con los tratados internacionales de derechos humanos, en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo carácter de autoejecutoriedad era reconocido como principio por la doctrina latinoamericana, pero que presentó dificultades ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, encargada de resolver los recursos de casación penal, y ante la misma Corte Plena, que ejercía como tribunal constitucional.

El tema sobre el que se centró la discusión, en primer término, fue el del derecho a recurrir la sentencia condenatoria y si era suficiente la regulación de un recurso de casación como el contemplado en Costa Rica. Paradójicamente, se trata de la misma discusión que dio lugar a la primera sentencia condenatoria en contra de Costa Rica en la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, ello en el caso de Mauricio Herrera, la que tendrá una gran relevancia en cuanto a la ratificación del valor de la Convención Americana como norma autoaplicable, pero también en lo atinente al carácter ejecutivo que tiene en el ámbito interno lo resuelto por dicha Corte.

Debe reconocerse que Costa Rica ya tenía experiencia en lo relativo a resoluciones desfavorables ante la Corte Interamericana, pero ello en la jurisdicción consultiva. Dichas resoluciones, en un primer momento, no fueron acatadas por Costa Rica y no fue sino posteriormente que las obedeció, ello por resoluciones de la Sala Constitucional, que afirmaron el carácter obligatorio y vinculante de las resoluciones de la Corte Interamericana en la jurisdicción consultiva, yendo incluso más lejos que lo dicho por esta al respecto, la que no ha sido totalmente clara y ha indicado que las resoluciones de la jurisdicción mencionada no tienen el mismo carácter vinculante que tienen las de la jurisdicción contenciosa.

Un aspecto relevante, por otro lado, es que la Sala Constitucional ha llegado a reconocer que los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen un valor supraconstitucional, esto conforme a las tendencias actuales del derecho comparado. Debe anotarse que ello lo dice la Sala no solo con respecto a los tratados internacionales, sino también en lo atinente a declaraciones, recomendaciones, directrices, etc., lo que debe reconocerse que no es conforme al derecho internacional de los derechos humanos, ya que dichos instrumentos internacionales, diferentes de los tratados, se admite que no tienen un carácter vinculante, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, ello salvo que se consideren expresión de una costumbre

internacional. Esto puede decirse, incluso, de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, con respecto a la cual se discute si reúne un carácter vinculante, reconociéndose que al menos algunas normas de dicha Declaración han adquirido el carácter de derecho vinculante, al ser admitidas como normas de derecho consuetudinario. En lo relativo a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, existe consenso en cuanto a su carácter vinculante, debido a que incluso pueden presentarse quejas ante la Comisión Interamericana en contra de Estados que no hayan ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos.

En lo relativo a la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos, es importante tomar en consideración que la prioridad en la protección de los derechos humanos la tiene la jurisdicción interna y la subsidiariedad los órganos de protección internacionales, entre ellos la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, Víctor/Courtis: Christian: Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta, 2004.

Abregú, M.: La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción. En: Abregú, M./Courtis, C. (Editores). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, pp. 3-31.

Aguilar, A.: Responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos. En: IIDH (Editor). Estudios básicos de Derechos Humanos I. San José, IIDH, 1994, pp. 117-153.

Ambos, K.: Impunidad y Derecho Penal Internacional. Bogotá, Diké, 1997.

Ambos, K.: La Corte Penal Internacional. San José, Editorial Jurídica Continental, 2003.

Ambos, Kai: Temas de Derecho penal internacional y europeo. Madrid, Marcial Pons, 2006.

Anello, C. S.: Corte Penal Internacional. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2003.

Armijo Sancho, G.: La Sala Constitucional. ¿Atenta contra la jurisdiccional penal? En: Ciencias Penales (Costa Rica), N°. 4, 1991.

Armijo Sancho, G.: Constitución Política. Su influencia en el proceso penal. San José, 1991a.

Asociación Costarricense Pro-Naciones Unidas (Editora). La declaración universal de derechos humanos. San José, Editorial Juricentro, 1979.

Baecque, A. de (Editor): L'An 1 des Droits de l'Homme. Francia, 1988.

Baldassarre, Antonio: Los derechos sociales (Traducción: Santiago Perea Latorre). Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

Bazán, Víctor: Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005 (Uruguay), T. II, pp. 547-583, 2005.

Beck, Ulrich: Sobre el terrorismo y la guerra (R. S. Carbó). Barcelona, Paidós, 2003.

Beck, Ulrich: Poder y contrapoder en la era global (Traducción: R. S. Carbó). Barcelona, Paidós, 2004.

Benda, Ernesto: Dignidad humana y derechos de la personalidad. En: Benda y otros (Coordinadores). Manual de Derecho Constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 117-144.

Bidart Campos, G.: Casos de derechos humanos. Buenos Aires, Ediar, 1997.

Bielefeldt, H.: Zum islamischen Menschenrechtsdiskurs - Probleme und Perspektiven. En: ZRP (Alemania), 1992, pp. 146-149.

Bielefeldt, H.: Die Beheimatung der Menschenrechte in unterschiedlichen Kulturen. En: Menschenrechte vor der Jahrtausendwende (Editor: H. Bielefeldt/V. Deile/B. Thomsen). Fráncfort del Meno, 1993, pp. 165-184.

Blanc Altemir, A.: La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional. Barcelona, 1990.

Blanc Altemir, A.: Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a cincuenta años de la Declaración Universal. En: Blanc Altemir, A. Protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración universal. Madrid, Tecnos, 2001, pp. 13-35.

Bobbio, N.: El problema de la guerra y las vías de la paz. Barcelona, Gedisa, 1992.

Bobbio, N.: El tercero ausente. Madrid, Ediciones Cátedra, 1997.

Böckenförde, E.: Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia (Traducción: Rafael de Agapito Serrano). Madrid, Trotta, 2000.

Bodenheimer, E.: Teoría del Derecho. México, Fondo de Cultura Económica, 1976.

Boutmy, E.: Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte und Georg Jellinek. En: Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte (Editor: Schnur). Darmstadt, 1964, pp. 78-112.

Bovino, A.: Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo. Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1998.

Buergenthal, T.: La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En: Revista IIDH (Costa Rica), Número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 1989, pp. 112-119.

Buergenthal, Thomas/Grossmann, Claudio/Nikken, Pedro: Manual Internacional de Derechos Humanos. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1990.

Bujo, B.: Afrikanische Anfrage an das europäische Menschenrechtsdenken. En: Begründung von Menschenrechten aus der Sicht unterschiedlicher Kulturen (Editor: Hoffmann). Fráncfort del Meno, 1991, pp. 211-224.

Cançado Trindade, A. A.: Formación, consolidación y perfeccionamiento del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos. En: Curso de Derecho Internacional (Editor: Comité Jurídico Interamericano). Washington 1990, pp. 9-47.

Carrillo Salcedo, J. A.: Dignidad frente a la barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después. Madrid, Trotta, 1999.

Cassel, D.: La lucha contra la impunidad ante el sistema interamericano de derechos humanos. En: Méndez, Juan/Abregú, Martín/Mariezcurrena, Javier (Editores). Verdad y justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone. San José, IIDH, 2001, pp. 357-410.

Cassese, A.: Los derechos humanos en el mundo contemporáneo (Traducción: Atilio Pentimalli Melacrino/Blanca Ribera de Madariaga). Barcelona, Ariel, 1991.

Castillo González, F.: Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y Derechos Humanos. En: Revista de Ciencias Jurídicas (Costa Rica), N°. 41, 1980, pp. 29-54.

Castillo González, F.: El derecho a recurrir. La Nación (periódico). 15 de marzo de 1986, p. 16.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Folleto informativo N°. 16 (Rev. 1), s.f.

Comité de Derechos del Niño: Observación General N°. 5 (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44, 2003).

Cruz Castro, F.: El debido proceso en la Convención Americana de derechos humanos. En: Sánchez Romero, Cecilia (Editora). Sistemas penales y derechos humanos. San José, Asociación de Ciencias Penales y otros, 1997, pp. 130-134.

Chipoco, C.: La protección universal de los Derechos Humanos. Una aproximación crítica. San José, 1992.

Del Vecchio, J.: Los derechos del hombre y el contrato social (Traducción: Mario Castaño). Madrid, Reus, 1914.

Delgado Pinto, J.: La función de los derechos humanos en un Estado democrático (reflexiones sobre el concepto de derechos humanos). En: El fundamento de los derechos humanos (Editor: Peces-Barba Martínez). Madrid, 1989, pp. 135-144.

Denningen, E.: Freiheit durch Sicherheit? Zur rechtsstaatlichen Problematik des Terrorismusbekämpfungsgesetzes. En: Von Arnim y otros (Editores). Menschenrechte 2003. Fráncfort, Suhrkamp, 2002, pp. 44-54.

Doehring, K.: Allgemeine Staatslehre. Heidelberg 1991.

Doumergue, E.: Los orígenes históricos de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. En: Anuario de Derechos Humanos (España), N°. 2, 1983, pp. 147-201.

Dulitzky, A.: La duración del procedimiento: responsabilidades compartidas. En: Méndez, Juan/Cox, Francisco (Editores). El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, 1998, pp. 363-389.

Durán Luzio, J.: Bartolomé de las Casas ante la conquista de América. Las voces del historiador. Heredia, EUNA, 1992.

Dworkin, R.: Los derechos en serio (Traducción: Marta Guastavino). Barcelona, Ariel, 1989.

Faúndez Ledezma, Héctor: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

Ferrajoli, L.: Derecho y razón (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros), Madrid, 1995.

Ferrajoli, L.: El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad. Ibáñez, Perfecto Andrés (Editor). Corrupción y Estado de Derecho. Madrid, Trotta, 1996, pp. 15-29.

Ferrajoli, L.: La pena en una sociedad democrática. En: Martínez, Mauricio (Editor). La pena. Garantismo y democracia. Bogotá, Ediciones Jurídicas Blanco Ibáñez, 1999, pp. 15-32.

Ferrer Lloret, J.: Responsabilidad internacional del Estado y Derechos Humanos. Madrid, Tecnos, 1998.

Forsthoﬀ, E.: Problemas constitucionales del Estado Social. En: Abendroth/Forsthoﬀ/Doehring. El Estado Social. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 43-67.

Forsthoﬀ, Ernst: Concepto y esencia del Estado Social de Derecho. En: Abendroth/Forsthoﬀ/Doehring. El Estado Social. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986a, pp. 69-106.

Forstner, M.: Inhalt und Begründung der Allgemeinen Islamischen Menschenrechtserklärung. En: Begründung von Menschenrechten aus der Sicht unterschiedlicher Kulturen (Editor: J. Hoffmann). Fráncfort del Meno, 1991, pp. 249-273.

García Arán, M./López Garrido (Editores): Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet. Valencia, Tirant lo blanch, 2000.

García de Enterría, E./Linde, E./Ortega, L. I./Sánchez Morón: El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Madrid, Civitas, 1983.

Garzón, B.: Cuento de navidad. Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 2002.

Gauchet, M.: La révolution des droits de l'homme. París, 1989.

Gauchet, M.: Die Erklärung der Menschenrechte. Die Debatte um die bürgerlichen Freiheiten 1789. Hamburg, 1991.

Gómez, V.: Seguridad jurídica e igualdad procesal ante los órganos. En: Méndez, J./Cox, F. (Editores): El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, 1998, pp.214-239.

Gómez Pérez, M.: La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (Uruguay), 2002, pp. 361-374.

González Álvarez, D.: Justicia constitucional y debido proceso. En: La Jurisdicción Constitucional (Editor: Comité Organizador del Seminario de Derecho Constitucional. 23-25 de setiembre de 1992). San José, 1993, pp. 349-397.

González Álvarez, D.: La reforma del proceso penal en Costa Rica. En: Seminario de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal (Editor: Centro de Estudios y Capacitación Judicial para Centroamérica y Panamá y otros). San José, 1994, pp. 10-25.

González Amuchástegui, J.: Acerca del origen de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En: Anuario de Derechos Humanos (España), N°. 2, 1983, pp. 117-145.

Gracia Martín, Luis: Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del enemigo". En: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02, 2005.

Gros Espiell, H.: Estudios sobre Derechos Humanos. Madrid, 1988.

Gros Espiell, H.: La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo. Santiago de Chile, 1991.

Grote, R.: Limitaciones para la ley en la regulación de los derechos humanos en el Derecho europeo, con especial referencia al Derecho alemán. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2003, pp. 83-108.

Guradze, H.: Der Stand der Menschenrechte im Völkerrecht. Gotinga, 1956.

Gutmann, A.: Introducción. En: Ignatieff, M. Los derechos humanos como política e idolatría (Traducción: Beltrán, F.). Madrid, Paidós, 2003, pp. 9-28.

Haba, P.: Tratado básico de derechos humanos. San José, Juricentro, 2 Tomos, 1986.

Heidelmeyer, W. (Editor): Die Menschenrechte. Múnich y otros. 1982.

Heinz, W.: Ursachen und Folgen von Menschenrechtsverletzungen in der Dritten Welt. Saarbrücken, 1986.

Heinz, W.: Menschenrechte und Nord-Süd-Konflikt. En: Kein Recht auf Menschenrecht? (Editor: C. Tessmer). Berlín, 1994, pp. 128-146.

Hernández Valle, R.: Prerrogativa y garantía, San José, 1995.

Hernández Valle, R.: Derecho Procesal Constitucional. San José, Juricentro, 1995a.

Hernández Valle, R.: Constitución Política de la República de Costa Rica. Comentada y anotada. San José, Juricentro, 1998.

Herra, R. A.: Derechos humanos y terror. En: Revista Filosofía. Universidad de Costa Rica, XXI (53), 1983, pp. 23-26.

Hesse, K.: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Heidelberg, C. F. Müller, 1990.

Hitters, J. C.: La Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 años de vigencia). En: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (Editor). Relatorias y ponencias sobre Derecho Procesal. San José, Corte Suprema de Justicia/Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2000, pp. 99-131.

Horn, W.: Estado de Derecho, democracia y jurisdicción constitucional. En: Thesing, Josep (Editor). Estado de Derecho y Democracia. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, pp. 131-158.

Hutter, F.J.: No rights. Menschenrechte als Fundament eier funktionierenden Weltordnung. Berlín, ATV, 2003.

Ignatieff, M.: Los derechos humanos como política e idolatría (Traducción: Beltrán, F.). Madrid, Paidós, 2003.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Editor). Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos. San José, IIDH/Comisión de la Unión Europea, 1999.

Ipsen, K. Völkerrecht. München, Beck, 1990.

Jakobs, G.: Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional (Traducción: Manuel Cancio/Bernardo Feijóo Sánchez) Madrid, Civitas, 1996.

Jellinek, G.: Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. Antwort an Emile Boutmy. En: Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte (Editor: Schnur). Darmstadt, 1964a, pp. 113-128.

Jeroschek: Thomasius und Beccaria als Folterkritiker. Überlegungen zum Kritikpotential im kriminalwissenschaftlichen Diskurs der Aufklärung. En: ZStW (Alemania), 1998, pp. 658-673.

Jescheck, H. H.: El Tribunal Penal Internacional. En: Revista Penal (España), N°. 8, 2001, pp. 53-59.

Jiménez de Aréchaga, E.: La Convención Americana como Derecho Interno. En: Normas vigentes en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Montevideo 1988, pp. 27-53.

Jinesta Lobo, E.: La dimensión constitucional de la jurisdicción contencioso administrativa. San José, Editorial Guayacán, 1999.

Kant, I.: *Metaphysik der Sitten*. Frankfurt del Meno, 1990.

Kant, I.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres y otros*. México, Porrúa, 1990a.

Kant, I.: *La metafísica de las costumbres* (Traducción: Adela Cortina Corts/Jesús Conill Sancho). Madrid, Tecnos, 1994.

Kant, I.: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Fránfort del Meno, Reclam, 1994.

Kant, Immanuel: *De la conducta moral y política* (Editor: Balladares). San José, Libro Libre, 1988.

Kaufman, N./Whiteman, D.: Oposición a los Tratados de Derechos Humanos en el Senado de los Estados Unidos: el legado de la Enmienda Bricker. En: *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*, N°. 20, abril de 1989, pp. 5-10.

Kelsen, H.: *Principios de Derecho Internacional Público* (Traducción: Hugo Caminos/Ernesto Hermida). Buenos Aires, Librería el Ateneo Editorial, 1965.

Kimminich, O.: *Einführung in das Völkerrecht*. Tubinga/ Basilea, 1993.

Kriele, M.: *Einführung in die Staatslehre*. Opladen, 1994.

Krsticevic, V.: Líneas de trabajo para mejorar la eficacia del sistema. En: Méndez, J./Cox, F. (Editores). *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, 1998, pp. 413-448.

Künhardt, Ludger: *Die Univesität der Menschenrechte*. Múnich, Olzog, Verlag, 1987.

Lafer, C.: *Ensayos liberales* (Traducción: Stella Mastrangelo). México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

Landoni Sosa, A.: *Tribunales Transnacionales*. En: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (Editor). *Relatorias y ponencias sobre Derecho Procesal*. San José, Corte Suprema de Justicia/Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2000, pp. 35-98.

López Madrigal, R.: *El proceso penal y las garantías constitucionales*. San José, Tesis de grado para optar al título de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1985.

Ludwig, G.: Menschenrechte und Islam. En: Begründung von Menschenrechten aus der Sicht unterschiedlicher Kulturen (Editor: J. Hoffmann). Fráncfort del Meno, 1991, pp. 241-248.

Llobet Rodríguez, J.: Código de Procedimientos Penales Anotado. San José, LIL, 1987.

Llobet Rodríguez, J.: Código de Procedimientos Penales Anotado. San José, 1991.

Llobet Rodríguez, J.: La Convención Americana de Derechos Humanos y el derecho a recurrir la sentencia condenatoria en el Derecho costarricense. En: Revista Uruguaya de Derecho Procesal (Uruguay), 1991a, pp. 20-23.

Llobet Rodríguez, J.: La Convención Americana de Derechos Humanos y el derecho a recurrir la sentencia condenatoria en el Derecho costarricense. En: Revista Uruguaya de Derecho Procesal (Uruguay), 1991b.

Llobet Rodríguez, J.: Garantías procesales y seguridad ciudadana. En: Sánchez Romero, Cecilia. Sistemas penales y derechos humanos. San José, CONAMAJ y otros, 1997, pp. 145-168.

Llobet Rodríguez, J.: Seguridad ciudadana y prevención del delito. En: Rotman, Edgardo. La prevención del delito. San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 7-66.

Llobet Rodríguez, J.: Garantías y sistema penal (Releyendo a Cesare Beccaria). San José, Areté, 1999.

Llobet Rodríguez, J.: La prisión preventiva (En el nuevo Código Procesal Penal y la Ley de Justicia Penal Juvenil). San José, Investigaciones Jurídicas, 1999a.

Llobet Rodríguez, J.: Proceso penal comentado. San José, Editorial Jurídica Continental, 2003.

Marín Guzmán, Roberto: El espíritu de cruzada español y la ideología de la colonización de América. San José, Editorial Alma Mater, 1992.

Marx, R.: Die Menschenrechtsbewegung und der Kampf gegen terroristische Gewalt. En: Von Arnim y otros (Editores). Menschenrechte 2003. Fráncfort, Suhrkamp, 2002, pp. 55-78.

Maunz, T./Zippelius, R.: Deutsches Staatsrecht. Múnich, 1994.

Mena, Marco (Editor): Colección de Constituciones de Costa Rica. San José, Imprenta Nacional, 2000.

Méndez, J.: Derecho a la verdad frente a las graves violaciones de los derechos humanos. En: Abregú, Martín/Courtis, Christian (Editores). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, pp. 517-540.

Méndez, J.: La justicia penal internacional, la paz y la reconciliación nacional. En: Méndez, J./Abrebú, M./Mariezcurrera, J. (Editores). Verdad y justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone. San José, IIDH, 2001, pp. 303-329.

Méndez, O.: Doble instancia penal. La Nación (periódico), 26 de noviembre de 1986, p. 15 A.

Mora Mora, L.P.: Principio "pro libertate" y proceso penal. En: La Jurisdicción constitucional (Editor: Comité Organizador del Seminario de Derecho Constitucional. 23-25 de setiembre de 1992). San José 1993, pp. 233-276.

Mora Mora, L.P./Navarro Solano, S.: Constitución y Derecho Penal, San José, 1995.

Muñoz Conde, F.: Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

Muñoz Conde, F.: ¿Hacia un Derecho penal del enemigo? En: El País (Periódico), 15 de enero del 2003 (2003a).

Navia, N.: Introducción al sistema interamericano de protección a los derechos humanos. Bogotá, Temis, 1993.

Nikken, P.: La declaración universal y la declaración americana. La formación del moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: Revista IIDH, Número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la declaración americana de derechos y deberes del hombre, 1989, pp. 65-99.

Nikken, P.: El concepto de derechos humanos. En: IIDH (Editor). Estudios básicos de Derechos Humanos. San José, IIDH, Vol. I, 1994, pp. 15-37.

O'Donnell, Daniel: Protección internacional de los derechos humanos. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988.

Oeter, S.: Welche Grenzen legt der internationale Menschenrechtsschutz der Terrorismusbekämpfung auf? En: Von Arnim y otros (Editores). Menschenrechte 2003. Frankfurt, Suhrkamp, 2002, pp. 39-43.

Oraá, J./Gómez Isa, F.: La Declaración Universal de Derechos Humanos. Bilbao, Universidad de Deusto, 2002.

Orentlicher, D.: Relativismo y religión. En: Ignatieff, M. Los derechos humanos como política e idolatría (Traducción: Beltrán, F.). Madrid, Paidós, 2003, pp. 147-162.

Osset, M.: Más allá de los derechos humanos. Barcelona, DVD, 2001.

Pacheco, M. (Editor): Los derechos humanos. Documentos básicos. Santiago de Chile, 1987.

Pastor, D.: ¿Es conveniente la aplicación del proceso penal "convencional" a los delitos no "convencionales"? En: Delitos no convencionales (Editor: J. Maier), Buenos Aires, 1994, pp. 269-301.

Peces-Barba, G.: Derechos fundamentales. Madrid, Universidad de Madrid, 1986.

Peces-Barba, G. (Editor): Derecho positivo de los derechos humanos. Madrid, Editorial Debate, 1987.

Pérez Luño, A. E.: La polémica sobre el Nuevo Mundo. Madrid, Trotta, 1992.

Pérez Luño, A. E.: Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución. Madrid, Tecnos, 1995.

Pieroth, B./Schlink, B.: Grundrechte Staatsrecht II. Heidelberg, 1990.

Pinto, M.: El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En: Abregú, M./Courtis, C. (Editores). La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, pp. 163-171.

Pinto, M.: Temas de Derechos Humanos. Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1999.

Piza Escalante, R.: Justicia constitucional y Derecho de la Constitución. En: La Jurisdicción Constitucional (Editor: Comité Organizador del Seminario sobre Justicia Constitucional celebrado los días 23-25 de setiembre de 1992). San José, 1993, pp. 11-50.

Piza Rocafort, R./Trejos Salas, G.: Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Convención Americana. San José, 1989.

Podestá Costa, L. A./Ruda, José María: Derecho Internacional Público. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1979.

Raventós Marín, Nuria: 11 de setiembre del 2001: Cambios y restos. San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica/Colegio de Licenciados y Profesores en Letras, Ciencias y Artes, 2005.

Prats, Martín: Estado, control social y políticas sociales: enfoque desde los derechos humanos. En: El Uruguay de los 90: entre políticas sociales y políticas criminales. Instituto de Estudios Legales y Sociales de Uruguay, 1997, pp. 39-116.

Rico/Salas: Inseguridad ciudadana y policía. Madrid, 1988.

Rivero Sánchez, J.M.: Proceso, Democracia y humanización. En: Armijo/Llobet Rodríguez/Rivero Sánchez. Nuevo proceso penal y Constitución. San José, Investigaciones Jurídicas, 1998.

Rivero Sánchez, J. M.: Constitución, derechos fundamentales y Derecho Privado. Bogotá, Areté/Diké, 2001.

Relatoría de la niñez CIDH/OEA (2002).

Robinson, M.: Menschenrechte im Schatten des 11. September. En: Von Arnim y otros (Editores). Menschenrechte 2003. Fráncfort, Suhrkamp, 2002, pp. 25-36.

Rodríguez y Rodríguez, J. (Editor): Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994, 3 Tomos.

Rodríguez Rescia, V. M.: La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Investigaciones Jurídicas, 1997.

Rodríguez Rescia, V. M.: La ejecución de las sentencias de la Corte. En: Méndez, Juan/Cox, Francisco (Editores). El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, 1998, pp. 449-490.

Rojas, M. I.: El Poder Ejecutivo en Costa Rica. San José, Juricentro, 1997.

Saborío Valverde, R. (Editor): Instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, San José, 1993.

Sala Constitucional. Jurisprudencia Constitucional. Recopilación de las sentencias de constitucionalidad dictadas entre 1890 y 1990 por la Corte de Casación y la Corte Plena. San José, UNED, 3 Tomos, 2000.

Salvioli, F. O.: Algunas reflexiones sobre la indemnización en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: IIDH (Editor). Estudios básicos de Derechos Humanos III. San José, IIDH, 1995, pp. 144-164.

Salvioli, F. O.: Los desafíos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En: IIDH (Editor). Estudios básicos de Derechos Humanos V. San José, IIDH, 1996, pp. 227-265.

Sancinetti, M./Ferrante, M.: El derecho penal en la protección de los derechos humanos. Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

Savater, F.: Perdonen las molestias. Madrid, Punto de Lectura, 2001.

Save the Children (2005). Programación de los derechos del niño. Lima.

Schaber, T.: Die Internationalisierung der Menschenrechte: Möglichkeiten und Grenzen internationaler Menschenrechtspolitik. En: Kein Recht auf Menschenrecht? (Editor: C. Tessmer). Berlín, 1994, pp. 36-72.

Schöne, W.: Acerca del orden jurídico penal. San José, 1992.

Schwabe, J.: Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (Traducción: Marcela Anzola Gil). Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez/Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003.

Singer, P.: El presidente del bien y del mal. Las contradicciones éticas de George W. Bush. Barcelona, Tusquets Editores, 2004.

Solís Fallas, Álex: La dimensión política de la justicia constitucional. San José, 2000.

Soto Harrison, F.: Los nuevos horizontes del Derecho Internacional. Heredia, Universidad Nacional, 1997.

Tessmer, C.: Menschenrechte und internationale Politik - anstelle eines Vorwortes. En: Kein Recht auf Menschenrecht? (Editor: C. Tessmer). Berlín, 1994, pp. 7-23.

Tetzlaff, R.: Die "Universalität" der Menschenrechte in Theorie und Praxis. En: Menschenrechte und Entwicklung (Editor: Tetzlaff). Bonn, 1993, pp. 11-52.

Tiedemann, K.: Die Rechtsstellung des Strafgefangenen nach französischen und deutschen Verfassungsrecht. Bonn, 1963.

Tomuschat, C.: Die Vereinte Nationen und die Menschenrechte. En: Menschenrechte (Editor: Tomuschat). Eine Sammlung internationaler Dokumente zum Menschenrechtsschutz. Bonn, 1992, pp. 4-21.

Tomuschat, C. (Editor): Menschenrechte. Bonn, Deutsche Gesellschaft für die Vereinten Nationen, 1992.

Trejos Salas, G.: Falso, absolutamente falso. San José, Juricentro, 1986.

Trejos Salas, G.: La oposición democrática. San José, Juricentro, 1990.

Trejos, G./May, H.: Constitución y democracia costarricense. San José, Juricentro, 2001.

Urioste Braga, Fernando: Responsabilidad internacional de los Estados en los Derechos Humanos. Buenos Aires, Julio César Faira, Editor, 2002.

Variña, L.: El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno. En: Abregú, Martín/Courtis, Christian (Editores). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, pp. 173-197.

Van Ooyen: Der neue Europäische Gerichtshof für Menschenrechte. En: Von Armin y otros (Editores). Menschenrechte 2003. Fráncfort, Suhrkamp, 2002, pp. 295-304.

Ventura, M.: Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Revista Judicial, N°. 27, 1983, pp. 9-13.

Verdross, A.: Derecho Internacional Público. Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980.

Verdross, A./Simma, B.: Universelles Völkerrecht. Berlín, Duncker & Humboldt, 1984.

Villalobos Umaña: El valor jurídico de los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos en el sistema jurídico constitucional costarricense. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (Uruguay), 2000, pp. 261-280.

Villan Durán, C.: Discurso inaugural. En: Revista IIDH (Costa Rica). Número Especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 1989, pp. 20-23.

Villán Durán, C.: La Declaración Universal de Derechos Humanos en la práctica de las Naciones Unidas. En: Blanc Altemir, A. Protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración universal. Madrid, Tecnos, 2001, pp. 51-77.

Villán Durán, C.: Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Madrid, Trotta, 2002.

Villalpando, W.: De los derechos humanos al Derecho Penal Internacional. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.

Volio Echeverría, F.: La nueva jurisdicción constitucional en Costa Rica y la protección de los Derechos Humanos. En: Revista IIDH (Costa Rica), N°. 12, 1990, pp. 313-332.

Zaffaroni, R.: Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, Ediar, T. IV, 1988.

Zaffaroni, Eugenio Raúl: Los aportes y desarrollos del poder judicial en la lucha contra la impunidad. En: Méndez/Abregú/Mariezcurrena (Editores) Verdad y justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone. San José, IIDH, 2001, pp. 47-64.



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 31504