



UNIVERSIDAD PARA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Maestría en Criminología con énfasis en Seguridad Humana

Trabajo final de Graduación

**EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO APLICADO DURANTE
LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD
EN COSTA RICA.**

Karol Vega Quesada

San José, Costa Rica.

Setiembre, 2016.

DEDICATORIA

*A mi pequeña Vale,
porque todo esfuerzo rinde sus frutos.*

INDICE GENERAL

DEDICATORIA.....	I
INDICE GENERAL.....	II
INDICE ABREVIATURAS.....	IV
RESUMEN EJECUTIVO.....	V
CAPITULO I: ASPECTOS INTRODUCTORIOS	
SECCION I: Introducción general	1
SECCION II: Marco de Referencia.....	5
CAPITULO II: EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	
SECCION I: Antecedentes y conformación del Sistema Interamericano de Derechos humanos...16	
1.1. Estructura y organización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	18
1.2 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	18
1.3 Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	21
SECCION II: Instrumentos jurídicos relevantes en la protección de los derechos humanos de la población privada de libertad.	21
2.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos.	22
2.2. Relatorías especiales.	26
2.3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	27
CAPITULO III: DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PARAMETRO DE INTERPRETACION DEL DERECHO.	
SECCION I: Organización Constitucional del Estado costarricense.....	34
SECCION II: Democracia y Garantismo. Sus implicaciones en la interpretación de las normas jurídicas.....	39

SECCION III: Sobre el Control de Convencionalidad y el Uso Alternativo del Derecho en América Latina y Costa Rica.....	43
CAPITULO IV: SOBRE LA EJECUCION DE LA PENA EN EL SISTEMA PENITENCIARIO COSTARRICENSE.	
SECCION I: Organización y Regulación actual.....	54
SECCION II: Sobre el Proyecto de Ley N° 18867 e instrumentos jurídicos internacionales aplicables.	58
SECCION III: Sobre la posibilidad de aplicación de distintas fuentes del derecho en el cumplimiento de la sentencia penal. El Control de Convencionalidad y el Uso Alternativo del Derecho.....	66
CONCLUSIONES.....	71
BIBLIOGRAFIA.....	81

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Artículo	Art.
Convención Americana sobre Derechos Humanos	C.A.D.H.
Corte Interamericana de Derechos Humanos	Corte I.D.H.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos	C.I.D.H.
Organización de Estados Americanos	O.E.A.
Párrafo	Párr.
Sistema Interamericano de Derechos Humanos	S.I.D.H.
Uso Alternativo del Derecho	U.A.D.

RESUMEN EJECUTIVO

El problema carcelario a nivel latinoamericano y en Costa Rica se viene arrastrando desde decenios atrás, sin que se hayan hecho esfuerzos suficientes por mejorar la condición de las personas que cumplen pena privativa de libertad.

Desde la fase de ejecución de la pena, hasta el propio ámbito penitenciario funcionan bajo la ausencia de legislación clara al respecto.

Un articulado disperso y unos cuantos reglamentos de jerarquía inferior en la escala de normas, son los que rigen la materia, los mismos cambian conforme cambian los gobiernos y los jefes de las instituciones encargadas del sistema penitenciario a nivel nacional.

Interesa por tanto determinar si ante la falta de legislación específica en esta fase, se puedan completar los vacíos legales aplicando las disposiciones internacionales y supralegales en materia de derechos humanos para las personas privadas de libertad. Conociendo para ello sobre la corriente denominada uso alternativo del derecho y sus manifestaciones en América Latina. Así como, abordando la estructura que conforma el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su papel como órgano internacional en el respecto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, todo ello conforme la estructura constitucional del Estado costarricense y en aplicación de fuentes según la jerarquía. De tal análisis, podrá determinarse la situación actual de la legislación ejecutoria en Costa Rica y su incidencia sobre la ejecución de la privativa de libertad en el ámbito penitenciario. Con todo ello, informarse sobre otras formas de aplicación de los instrumentos jurídicos internacionales existente para lograr la protección efectiva de los derechos de personas privadas de libertad.

A través del método exploratorio y descriptivo, se realiza este trabajo además, desde un enfoque metodológico deductivo y mediante una investigación documental, donde se estudiaron las fuentes secundarias documentales que han desarrollado el tema, como bibliografía, legislación y jurisprudencia relevante a nivel nacional e interamericano.

Por tratarse de un estudio desde la sociología jurídica, se procura una construcción que considere la perspectiva de la violencia estructural, y la categoría de la memoria, recurriendo al uso alternativo del derecho, a la interpretación conforme, a la teoría de los derechos humanos y del garantismo.

Para encontrarse finalmente con que Costa Rica, a pesar de contar con las herramientas legales, en la praxis incumple con las obligaciones internacionales sobre derechos humanos que lo obligan a adoptar en la legislación interna aquellas medidas que permitan asegurar la garantía de los derechos humanos consagrados por ejemplo en la Convención americana de derechos humanos.

Frente a ello, resulta posible la aplicación de fuentes y movimientos en la tarea de interpretación de la norma y aplicación del derecho por estos métodos e interpretaciones que pueden ser llevados a los ámbitos de ejecución de la pena y a lo interno del sistema penitenciario al momento de resolver los vacíos legales, que ante la falta de una Ley específica, enfrentan aquellos encargados de velar por el funcionamiento del sistema penitenciario nacional, como por quienes deben velar por el respeto de los derechos humanos de cada una de las personas que cumplen una pena privativa de libertad.

Muestra de ello, dentro del Sistema Interamericano se ha desarrollado el llamado control de convencionalidad y la interpretación conforme, así como el movimiento del uso alternativo del derecho; por medio de los cuales los jueces pueden recurrir legítimamente a normas supra-legales para así garantizar la vigencia y respeto de los derechos humanos de la población penitenciaria.

Sale a relucir por tanto, la importancia de que el juez solo debe estar sometido a la constitución política y a normas de derecho internacional de derechos humanos, mas no a las presiones que la estructura piramidal le impone dentro del poder judicial. Y que la reticencia a legislar en materia penitenciaria y el no acatamiento de las disposiciones internacionales sobre derechos humanos de los reclusos son manifestaciones de violencia estructural y del rechazo por reconocer la condición de personas de quienes se encuentran bajo encierro

CAPÍTULO I: ASPECTOS INTRODUCTORIOS

SECCION I: Introducción

A nivel internacional y latinoamericano, propiamente se han producido grandes vejámenes a las personas que sufren privación de libertad.

El Estado, administrador del *ius puniendi*, ha permitido violaciones sistemáticas a los derechos de millares de personas en el continente y nuestro país -a pesar del velo de pacifismo y respeto de los derechos humanos- no es la excepción.

La falta de acción para revertir esta situación, va mas allá de la existencia o no de instrumentos jurídicos, que contengan regulación sobre la materia carcelaria. Se trata, como se dirá, de una situación de violencia estructural, donde la falta de voluntad política ha imperado.

La construcción “del otro” como ajeno a nuestra sociedad, ha generado el mas grande desprecio y desatención de las personas criminalizadas y enviadas a prisión. De ahí en parte el desinterés por legislar al respecto. En parte quizá, porque “todos saben la indignación que causa una mejora en la cárcel e incluso una conmutación de pena” (Rodríguez,1992). La situación es conocida y discutida y ha generado proyectos y propuestas para contar como mínimo con una ley procesal ejecutoria, la mayoría se ha quedado “durmiendo en los laureles.”

No obstante, existen disposiciones constitucionales e instrumentos internacionales precisos; así como corrientes doctrinarias, que llevadas a la praxis podrían contener y regular las pautas necesarias a seguir para revertir esa situación.

En América Latina se cuenta con un sistema regional de protección de los derechos humanos, este Sistema Interamericano ha procurado mediante su

Convención y sus órganos, emitir resoluciones que den curso diferente a las atrocidades que se han ventilado que ocurren en todas las cárceles de la región.

Nuestro país, específicamente cuenta con una organización constitucional que enuncia y admite la existencia de fuentes del Derecho de rango superior a las leyes nacionales, y se ha aceptado que en toda aquella materia que otorgue mayores derechos a los grupos vulnerables, incluso tendrían jerarquía igual a la Constitución Política.

La situación sin embargo, no es pasiva, se han suscitado discusiones en torno a las fuentes de interpretación del derecho y a lo que se ha denominado Control de Convencionalidad, que se ha venido desarrollando en el seno del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El interés generado en esa posibilidad de ejercer control constitucional y convencional respecto a normas de rango inferior, trae a colación una corriente gestada en el continente europeo en la década de los setenta, denominada *Uso alternativo del diritto*. Potenciando con ello, desde nuestra perspectiva, la posibilidad de interpretación y aplicación del derecho en favor de los oprimidos.

Por ello, se pretende determinar si mediante el Control de Convencionalidad y Uso Alternativo del Derecho, los jueces podrían recurrir legítimamente a normas supra-legales para así garantizar la vigencia y respeto de los derechos humanos de la población penitenciaria, a pesar de que no se haya aprobado en Costa Rica una ley específica en este campo.

Así como, poner en relieve la reticencia a legislar en materia penitenciaria y el no acatamiento de las disposiciones internacionales sobre derechos humanos de las personas privadas de libertad, como una manifestación de violencia estructural y del rechazo por reconocer la condición de personas de quienes se encuentran reclusas.

Para esto, se planteó como objetivo general en este trabajo, determinar si ante la falta de legislación específica en el ámbito penitenciario en Costa Rica, se puedan completar los vacíos legales en dicha materia, al momento de que el juez ejecutor de la pena haga sus intervenciones, recurriendo a las vías del Uso Alternativo del Derecho y Control de Convencionalidad, de manera que posibilite aplicar las disposiciones de derechos humanos para las personas privadas de libertad.

Y dentro de los objetivos específicos, se indagó para conocer sobre dicha corriente denominada Uso Alternativo del Derecho y sus manifestaciones en América Latina. Así como, para abordar la estructura que conforma el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su papel como órgano internacional en de protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Además, de resultar de interés, imponerse sobre la conformación del Estado costarricense de acuerdo con su Constitución Política y en específico, sobre la jerarquía de las normas en nuestro país, para así determinar cómo la situación actual de la legislación penitenciaria en Costa Rica -o la falta de ésta- afecta la situación de cumplimiento de la pena de reclusión. Y con todo ello, instruirse sobre otras formas de aplicación de los instrumentos jurídicos internacionales existente para lograr la vigencia plena de los derechos de la población privada de libertad.

La metodología utilizada en esta investigación será de carácter exploratorio y descriptivo, se realizará desde un enfoque metodológico deductivo. Y mediante una investigación documental, recurriendo a fuentes secundarias documentales tales como bibliografía, legislación y jurisprudencia relevante a nivel nacional e interamericano.

Por tratarse de un estudio desde la sociología jurídica, se partirá de una construcción que considere la perspectiva del uso alternativo del derecho, de los derechos humanos, la violencia estructural, y de la categoría de la memoria.

El trabajo de investigación se abordará en varios apartados, el primero de ellos de carácter introductorio, en el cual se brindarán las aproximaciones conceptuales más relevantes, que darán las bases para el posterior análisis que se pretende mostrar. En este se buscará exponer los aspectos esenciales del movimiento denominado Uso Alternativo del Derecho, como antecedente de lo que hoy en Latinoamérica se denomina Control de Convencionalidad. También, se introducirá una perspectiva básica de teoría de los derechos humanos como necesidades y una consideración desde la sociología jurídica de las categorías de la violencia estructural y de la memoria.

En un segundo capítulo se abarcará la conformación y funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sus principales órganos, y aportes en materia de protección de personas en condiciones de vulnerabilidad por privación de libertad, para tener un panorama sobre el deber ser en materia carcelaria. En el tercer capítulo, se busca mostrar la estructura del Estado costarricense, su conformación constitucional y jerarquía de las normas. Ello además, explorando los aportes del garantismo y los derechos fundamentales que deben prevalecer en un Estado de Derecho como el costarricense. Considerando también, el estado actual del Control de Convencionalidad y del Uso Alternativo del Derecho en el país. Para finalmente, desarrollar un cuarto capítulo, en el que se estudiará la situación actual de la legislación en materia procesal ejecutoria y penitenciaria, en contraste con los instrumentos internacionales vigentes en este contorno y las vías o sistemas estudiados en capítulos anteriores, como forma de lograr una adecuada aplicación y respeto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

SECCION II : Marco de Referencia.

Como referencia para este trabajo se investigó sobre un movimiento nacido en Italia en la década de los setenta denominado Uso Alternativo del Derecho.

Para mejor comprensión del Uso Alternativo del Derecho, es necesario mencionar el contexto histórico y político en que se gestó.

En ese momento, Italia atravesaba un nuevo período, posterior a la Segunda Guerra Mundial, un período de “reconstrucción del país y de despegue de la economía, caracterizado por la más dura explotación del trabajo y los enfrentamientos de clase.”(Laso Prieto 1977: “Las disciplinas jurídicas”párr. 1)

Se daba el “proceso constituyente de la nueva República”, donde intervinieron tres líneas culturales –católica, laica y marxista- que anteriormente se habían enfrentado contra el fascismo, cuya importancia para la consolidación de la nueva democracia radicaba en la búsqueda, por ese grupo de juristas, de nuevas vías interpretativas para “adecuar la *Costituzione* a la nueva realidad política y social” esto por cuanto tenían una “estructura jurídico- organizativa radicalmente equívoca e ideológicamente opuesta” con dos sistemas normativos en conflicto: el establecido por la *Costituzione* y el constituido por las leyes y las instituciones fascistas.”¹ (Bergalli & Silveira , 2001: 221-222)

Aunado a ello, factores como la “crisis de la pérdida de identidad” entre los civilistas y aquellos abogados otro hora de élite, que se vieron reducidos a tareas de gestión” (Laso Pietro,1977: el progresismo, párr. 1) lo cual condujo a que “el esquema mental propio de los civilistas (hombre contra hombre) fuese siendo gradualmente sustituido por otro: hombre más hombre”. Se presta atención

¹ De aquí que la elección interpretativa del derecho de los juristas comprometidos con el cambio -guiada, naturalmente por los principios de la democracia pluralista- hicieron en favor de los principios constitucionales, fue de naturaleza exquisitamente política (Silveira & Bergalli: 222)

entonces al fenómeno del asociacionismo, a las prácticas sociales colectivas, a los modos de organización y autogestión populares”. Se empezó a cuestionar los “métodos de enseñanza tradicional” y “simultáneamente se fue desarrollando un fuerte movimiento democrático entre jueces, fiscales y magistrados que se expresa tanto en el plano asociativo como en el de la organización de reuniones entre juristas.”^{2 3}

Como parte de esta coyuntura, es que en 1972, se convocó a un encuentro de estudio que se llevó a cabo en Catania, Italia, del 15 al 17 de junio de ese año, que organizó el Departamento Jurídico de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Catania. Y que según recuento, dio como resultado una valiosa discusión que quedó plasmada en dos volúmenes, editados por Pietro Barcellona, publicados en 1973 bajo el título de *L'uso alternativo del diritto* (vol. I *Scienza giuridica e analisi marxista* y vol. II *Ortodossia giuridica e pratica politica*)⁴.(Bergalli& Silveira (2001: 224)

Es a partir de ese momento, que se difunde la expresión del *uso alternativo del diritto*, siendo uno de sus máximos exponentes Pietro Barcellona y la Magistratura Democrática en Italia.

Para Bergalli & Silveira (2001) “el *uso alternativo del diritto* buscaba criticar al derecho existente con el objetivo de desarrollar al máximo las libertades y las

² Estas referencias las hace el autor en su análisis ó estudio sobre los aportes que son propios de Pietro Barcellona.

³ Para Laso Pietro (1978) “Precisamente la doctrina del uso alternativo del Derecho aparece como un aspecto más de esa crisis jurídica en el intento de reconducir ese mismo modelo de Derecho a sus más radicales contradicciones y así poder contribuir al proceso de emancipación de la clase trabajadora”.(párr. 1) Además se barcó desde todos los campos de la actividad jurídica: docencia, investigación, ejercicio de la abogacía, actuación de jueces, fiscales y magistrados, etc.(108)

⁴ Resumen Bergalli & Silveira (1991) que el primer volumen se manifestó una voluntad de recuperar para los juristas una incidencia sobre la realidad, para así reencontrar la vinculación del derecho con la política, y en el segundo se procuró dilucidar los interrogantes más cruciales acerca de cómo sería posible traducir los análisis sobre las categorías jurídicas en perspectivas de acción (225).

promesas incumplidas por la burguesía; libertades y promesas que contemplaba el mismo ordenamiento.”(224)

Parte de la esencia del movimiento, radicaba en que la Constitución Política y el proceso democrático, ocuparían un lugar central en las propuestas que se irían construyendo, siempre bajo la óptica de la prevalencia de los valores constitucionales y no solo de la norma como tal. (Bergalli & Silveira, 2001: 221,229)

El uso alternativo del derecho afrontaba muy críticamente, la función real del derecho en la sociedad de clases: su carácter fuertemente instrumental, de herramienta del poder y, coherentemente, el papel servil del jurista. (Ibañez, 2006: 9)⁵

La importancia de ello radica, en que vino a derribar “el mito del apoliticismo de los jueces, que no sería finalmente sino la adhesión a los valores dominantes” (Larrague, 1993 b) a la innegable relación entre relaciones económicas y jurídicas. Viendo en los paradigmas jurídicos tradicionales “enmascaradores de la verdadera naturaleza clasista del Derecho” (De Souza, 1998 : 243)

Otro de los aspectos de interés para la presente investigación , en relación a las propuestas del U.A.D. y que señala dicha autora (1998) es el referente al reconocimiento de que el ordenamiento jurídico “es incompleto, abierto, con muchas lagunas, fisuras y grietas en donde se reflejan y se reproducen todo género de contradicciones y aporías de una sociedad dividida en clases.” A partir de esta premisa

⁵ Señala Laso Pietro (1977: El progresismo.. párr 5) que el Uso Alternativo del Derecho del encuentro de Catania, formó parte de un movimiento crítico de juristas, junto con : «técnicas jurídicas y desarrollo de la persona» celebra en mayo de 1973 en Bari. Y las Jornadas Jurídicas de Bolonia (abril-mayo de 1975) que en conjunto han posibilitado el balance de los resultados obtenidos en el proceso de concienciación democrática de los juristas.

el procedimiento hermenéutico alternativo consistiría en la búsqueda de las contradicciones o aporías clasistas en el interior del ordenamiento jurídico, para a la luz de este hallazgo, manejar jurisprudencialmente las contradicciones normativas en una perspectiva radicalmente libertaria e igualitaria. (De Souza, 1998: 243)

La corriente alternativa, se difundió también a España, donde autores como el ya citado José María Laso Pietro, Pedro Ibañez y López Calera se encargaron de estudiar esta propuesta y dar sus batallas en el ámbito interno. (Laso Pietro, 1978: 106)

En ese sentido, Laso Pietro (1978) considera que de parte de estos juristas, han sabido develar muy bien que si

la tarea interpretativa y aplicadora del Derecho ha sido entendida tradicionalmente como un trabajo de subsunción del hecho en la norma, hay que denunciar que la determinación de los hechos no es objetiva, pues son manipulados por los conceptos generales que se aceptan y que están tomados de un sistema de normas jurídicas que representan los intereses de la burguesía.(108)

Esta verdad Perogrullo es lo que permitiría un uso alternativo del derecho precisamente, frente a la pretendida objetividad científica.

En sí misma, la expresión U.A.D. pretende otorgar nuevas bases de actuación a las maneras de intervenir jurídicamente con el objeto de satisfacer las necesidades de profunda transformación estructural. (Bergalli, 1991: 5)

En términos de Laso Pietro (1977) la práctica del uso alternativo del Derecho no debe entenderse, como se ha hecho «por algunos sectores», como la posibilidad de distintas interpretaciones de un texto legal a los efectos de ganar disputas, sino que el uso alternativo debe venir referido necesariamente, a los distintos modos y

posibilidad de organizar las relaciones sociales (los juristas críticos, párr 2)

Puede decirse entonces, que el U.A.D. es la propuesta, práctica y teórica, de utilizar y consolidar el Derecho y los instrumentos jurídicos, en una “dirección emancipadora”; o sea, de ampliar los espacios democráticos en el nivel jurídico de una sociedad determinada. Se indica que para ello, se tendría que proyectar y realizar una cultura y una práctica jurídica alternativas a la cultura y a la práctica dominantes, para privilegiar en el plano jurídico - judicial principalmente, unos determinados intereses o una determinada práctica social. Sin que en este proceso se llegue a romper la legalidad establecida. (Saavedra (sf) como se cita en Lasso Pietro, 1977:párr 3)

Siguiendo a uno de los grandes exponentes de esta corriente, los tres principales ejes, para la actuación del uso alternativo del derecho y en sí de la cultura de los jueces progresistas eran:

1) la crítica de la ideología del carácter puramente técnico y neutral de la jurisdicción; 2) el descubrimiento de la Constitución como norma fundamental y, por consiguiente, de la inevitable incoherencia entre los valores que ésta irradia en el ordenamiento y las leyes ordinarias; 3) la opción de campo por los valores constitucionales en la interpretación y en la aplicación de la ley, bajo la enseñanza de la máxima independencia. (Ferrajoli,1994, como es citado en Ibañez, 2006: 11)

Aspectos que convergen dentro de la Magistratura Democrática en la propuesta de una “jurisprudencia alternativa”, como “una alternativa constitucional a las orientaciones jurisprudenciales autoritarias entonces prevalecientes”. (Ferrajoli, sf 66-67). No obstante, advierte el autor, que el U.A.D. fue fruto de “la deformación y vulgarización” hecha en torno a una cierta posición antiformalista del grupo de “Magistratura Democrática”: “la imagen de MD como grupo contestador, ideologizado y politizado, ha dado origen a innumerables equívocos y malas interpretaciones que en Italia, y “más aún fuera de Italia”, se dio una “vulgarización

de la fórmula jurisprudencia alternativa" y "uso alternativo del derecho", pues se le asoció con la "fórmula de derecho libre" que nunca fue la verdadera intención. (citado por De Souza (1998: 240-241)

La Magistratura Democrática, para Barcellona, se basaría en una originaria visión del garantismo "del que debe hacerse cargo el juez". Garantismo que solo se lograría "desde una perspectiva democrática" del Derecho "como mediador entre las instituciones políticas y sociales y los sujetos sociales", "tratando aquel de aminorar los efectos de la lógica capitalista sobre esos sujetos sociales", como sujetos que "deben intervenir en el acuerdo básico y en el consenso siempre más general como un modo nuevo de elaboración de las decisiones que afectan al conjunto social". Así es que el juez y la mediación jurisdiccional, pueden exaltar "la función de garantía", "a fin de hacer observar la regularidad y corrección en la formación de las decisiones." (Bergalli & Silveira, 1991: 230)

Por otra parte, para realizar este trabajo, surgió la necesidad de ahondar en lo que se denomina Control de Convencionalidad, cuyo objetivo según los pronunciamientos de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, es "determinar si la norma nacional enjuiciada a través de la Convención Americana sobre derechos humanos, es o no "convencional", o sea acorde con tal Convención." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Boyce y otros vs. Barbados", párr.78)

Se habla también de control de constitucionalidad y control de convencionalidad, tratándose de "dos dispositivos distintos, con objetivos diferentes: uno intenta afirmar la supremacía de la constitución nacional; el otro, la del Pacto de San José de Costa Rica". (Sagüés, 2010a:128)

Dentro del control ejercido constitucional y convencionalmente de normas, hay que mencionar el criterio de *Interpretación conforme*, entendiéndose como que "las autoridades nacionales escojan entre las múltiples interpretaciones que le pueden

dar a una norma, incluida la constitución, aquella que respete la Convención y los criterios interpretativo convencionales en vez de declarar la inconstitucionalidad de la normativa por ser inconvencional.” (Miranda, 2015:157)

Entenderemos al referirnos a los Derechos Humanos una concepción basada en la teoría de las necesidades, que desarrolla Alesandro Baratta (1990), en expresión de que de los derechos humanos son “proyección normativa, en términos de deber ser, de aquellas necesidades que son potencialidades de desarrollo de los individuos, de los grupos, de los pueblos.” (14)

Parafraseando al autor “el hombre es un portador de necesidades reales”. Desde este punto de vista histórico-social, las necesidades reales son un concepto “correspondiente a una visión dinámica del hombre y de sus capacidades”. Son las “potencialidades de existencia y calidad de la vida de las personas a un determinado grado de desarrollo material y cultural, económico-social.” (1990 : 14)

El contenido normativo de los derechos humanos, señala el autor, según una concepción histórico-social, “excede cada vez a sus transcripciones en los términos del derecho nacional y de las convenciones internacionales”, así como “la idea de justicia sobrepasa siempre sus realizaciones en el derecho e indica el camino hacia la realización de la idea del hombre, o sea el principio de la dignidad humana”(14)

Acepción que resulta necesario diferenciar de los derechos fundamentales, a nivel teórico-jurídico Ferrajoli (2006b) ilustra que los derechos fundamentales se equiparan con “los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas”, o en cuanto “ciudadanos o personas con capacidad de obrar”, y que son por tanto, “indisponibles e inalienables.” Pero advierte, que esa respuesta no nos dice “cuáles son”, sino solamente “qué son” los derechos fundamentales. (116, 117)

Agrega, que pueden ser “derechos negativos, como los *derechos de libertad*” a los que corresponden prohibiciones de lesionar; o de “derechos positivos, como los *derechos sociales*”, a los que corresponden obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos. (Ferrajoli, 2000:39)

Son derechos fundamentales, en síntesis, para el autor, aquellos que en el ordenamiento internacional son universales e indisponibles, establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los Pactos internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales sobre los derechos humanos. (Ferrajoli, 2006b:117)

Aunque, existen varias acepciones que los definen en relación con su carácter inherente a la persona. Según la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, los derechos humanos “son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna” (...) Estos derechos son “interrelacionados, interdependientes e indivisibles”.⁶

Todo ello se encuentra ligado indefectiblemente a la teoría del garantismo desarrollada por Luigi Ferrajoli (2000:40) como

el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes -públicos, privados, políticos (o de mayoría) económicos (o de mercado), en el plano estatal, internacional- mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados.

Por otra parte, pero no menos importante, es que el trabajo se realizará desde la perspectiva de la violencia estructural, uno de sus principales exponentes es el noruego Johan Galtung para quien "injusticia social" es sinónimo de "violencia estructural". Interpreta la *violencia* en relación “con el no desarrollo de las

⁶UNDOC, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

posibilidades potenciales (somáticas y mentales) de los seres humanos” o con el grado de “satisfacción o no de las necesidades básicas, siempre teniendo en consideración los niveles socialmente posibles en cada situación y momento”(…) “La *violencia* sería identificada cuando tales expectativas no se cumplen o cuando las necesidades básicas no se cubren (Galtung, 1985, como es citado por Baratta, 1990: 15).

Allana el propio autor: “la estructura violenta típica, en mi opinión, tiene la explotación como pieza central. Esto significa simplemente que algunos, los de arriba, obtienen de la interacción en la estructura mucho mas (medido aquí en moneda de necesidades) que otros, los de abajo (Galtung, 1978:partes I-III). Hay intercambio desigual” (Galtung,1989:11)

En síntesis, siguiendo a Baratta (1990)

si usamos esta definición, podemos sostener que la violencia estructural es la represión de las necesidades reales y, por tanto, de los derechos humanos en su contenido histórico-social. La violencia estructural es una de las formas de violencia, es la forma general de la violencia en cuyo contexto directa o indirectamente encuentran su fuente, en gran parte, todas las otras formas de violencia. (15)

Finalmente, hacer mención de que el abordaje de esta investigación se realiza acudiendo a la categoría de la memoria, esto por cuanto, tal como expone Rivera Beiras (2011) “hay quienes identifican la historia con lo que ha tenido lugar, como una suma de acontecimientos, obviamente contados por quienes han podido hacerlo”. Pero hay otra manera de acercarse al pasado y esa es la que es propia de la memoria.” (42) Desde la categoría de la memoria, viendo-recordando “no solo a lo sucedido, sino también lo que no acabó pasando porque fue derrotado, aniquilado, menospreciado, hundido, o lo que fue en definitiva, malogrado.” (42)

la cuestión no se reduce tan solo al recuerdo de los otros: implica una tarea reconstructiva, activa, supone emplear de verdad la lente de los oprimidos y

desvelar el estado de excepción permanente que para tanta gente constituye un modo de vida cotidiano, en el cual, la carencia de los mínimos necesarios para subsistir dignamente, constituyen una realidad permanente (2011:43)

Ello con el objeto, principalmente de aplicarlo al conocimiento y situación actual de la cárcel. Para poner en relieve la realidad que sufren miles de personas en nuestro país que se encuentran sometidas al cumplimiento de una pena privativa de libertad. El concepto de pena comprendido como

un instrumento que comunica significados, no sólo para el infractor y la víctima del delito, sino para el conjunto de la sociedad en general, significados que no se refieren sólo al delito y al castigo, sino a las cuestiones culturales más importantes: el poder, la autoridad, la familia, las relaciones sociales, la legitimidad, la normalidad, la moralidad, etc. (Garland, como es citado en Rivera B., 2004: 54).

CAPITULO II: SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

En la actualidad es innegable la importancia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Al aproximarse al objeto de todo este entramado, cual es gran tema de los derechos humanos, debemos recordar como señala Rivera Beiras (2007), que “estos derechos han sido fundamentados desde distintas posiciones”, la iusnaturalista, la ética, la historicista, y que todas estas “han tomado siempre en consideración al hombre -salvo la corriente “historicista”- como un ente abstracto, mas o menos desligado de la sociedad en la cual ha de desenvolverse. De ahí que se vean como “invariables, universales y absolutos”, pero la corriente historicista subrayara por primera vez un aspecto variable o cambiante de los derechos humanos, a partir de aquí tendrán un tiempo y dejaran de ser absolutos. “la evolución y transformación de los derechos humanos, junto a su nueva fundamentación en el concepto de necesidades humanas, los harán mas “terrenales”. (46)

Debido a las graves violaciones que seres humanos han sufrido y al irrespeto de sus derechos, es que han aparecido y evolucionado distintas formas y entes preocupados por su salvaguarda. Entre ellos, en América Latina, el SIDH ocupa un lugar preponderante al respecto.

SECCION I: Antecedentes y conformación del Sistema Interamericano.

El sistema Interamericana de Derechos humanos tiene su origen y desarrollo a lo

interno de la Organización de Estados Americanos.⁷ Nace en 1949 tras la promulgación de la Carta de la OEA, y entre sus antecedentes figura la Unión Internacional de Repúblicas Americanas y la Unión Panamericana. (Miranda, 2015:35)

En la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, México de 1945, se proclamó la adhesión de las Repúblicas a los principios democráticos y se reconoció la posibilidad de establecer un sistema de protección internacional regional de los derechos humanos. (Nikken , 1987, como se cita en Miranda: 2015:36)

Posteriormente, en 1948, en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, los países miembros adoptaron instrumentos jurídicos importantes como la mencionada Carta de la OEA, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como también se aprobó que existiría una Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (Pellayo, 2011:11)

Se trata de de un sistema de protección subsidiario y complementario, puesto que previo a acudir al mismo, es necesario se agoten los recursos internos en cada país, destinados a remediar a nivel nacional una violación a los derechos humanos.

Señala Pelayo (2011:27) que este requisito “tiene como objeto permitir que las autoridades nacionales conozcan sobre la supuesta violación de un derecho protegido y, de ser apropiado, la solucionen antes de que sea conocida por una instancia internacional.”

El sistema, funciona por un lado contando con las competencias en materia de derechos humanos que posee la OEA respecto de todos sus miembros, independientemente que hayan suscrito la Convención Americana y aceptado la

⁷ La OEA funge como eje coordinador de las distintas instituciones del SIDH, “como una suerte de columna vertebral del sistema.” (Miranda, 2015: 38).

competencia contenciosa, y por otro, cuenta con organismos y procedimientos previstos en la Convención Americana y otros instrumentos que solo son aplicables a los Estados parte. (Pelayo 2011: 27)

En nuestro país, Hider Miranda (2015) enmarca la evolución y desarrollo normativo e institucional del SIDH en cinco etapas básicas a saber:

Primera, los antecedentes del sistema marcados por mezcla de instrumentos jurídicos convenciones y resoluciones sobre determinados derechos. La segunda, la formaciones del SI de protección con rol protagónico de la Comisión IDH y la expansión de sus facultades. Tercera, la institucionalización convencional del sistema, con la entrada en vigor de la CADH. Cuarta, consolidación del sistema de protección, mediante construcción de jurisprudencia de la Corte IDH y adopción de protocolos adicionales y convenciones. Y la etapa actual o quinta: perfeccionamiento del mecanismo de protección de la Convención Americana (43-44)

En el ámbito internacional, el S.I.D.H. , al igual que los Sistemas Europeo y Africano de Protección de Derechos Humanos, tiene por objeto el resguardo regional de los derechos humanos, al cual se une en esfuerzos a los realizados por Naciones Unidas a través del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. (Miranda, 2015: 45)

El Sistema Europeo, por su parte es el más antiguo de los tres sistemas. Data de 1950 con la aprobación por el Consejo de Europa, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales . Entra en vigencia en 1953, contando en sus inicios con tres órganos de control: La Comisión, el Tribunal y el Comité de Ministros (representantes permanentes de los Estados), con sedes en Estrasburgo, Francia. A partir de 1998 que desaparece la Comisión y se da el acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Mac-Gregor, 2011:540)

Este sistema tiene competencias consultivas y contenciosas, para conocer de demandas interestatales entre Estados miembros por incumplimiento del Convenio -a diferencia del sistema interamericano se han presentado casos- o demandas individuales, donde cualquier persona o grupo puede plantear el caso.(2011:540)

Respecto al sistema Africano, se trata del más reciente de los sistemas regionales. Creado por medio de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) en 1981, y que entró en vigencia en 1986. La misma fue aprobada en Kenya, en la XVIII Conferencia de jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana (actualmente Unión Africana). (Mac Gregor, 2011: 545)

1.1. Estructura y organización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El sistema interamericano está conformado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo estos sus principales órganos, los que además, son los que permiten su funcionamiento.

1.1.1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Creada propiamente en 1960, en 1970 se le dio asidero normativo por medio del protocolo de Buenos Aires a esta ordenanza. Sus orígenes se remontan a la quinta reunión de consulta de Ministros de relaciones exteriores de la OEA celebrada en Chile en 1959, donde se encomendó a un consejo interamericano de jurisconsultos, la tarea de elaborar un proyecto de convención sobre derechos humanos y se acordó también, por resolución VIII crear la CIDH. (Miranda, 2015: 38- 40)

Su estatuto se limitaba a la promoción de los derechos humanos; luego se ampliaron sus funciones permitiéndole realizar comunicaciones o peticiones individuales a los países por medio de informes, visitas *in loco*, con la anuencia de los Estados. (Miranda, 2015: 39)⁸

Actualmente, la Comisión está integrada por 7 miembros que trabajan de forma independiente, como un órgano autónomo “cuasi-jurisdiccional”⁹. Actúa como primera instancia para las víctimas de violaciones a la CADH. En segundo plano funge la Corte IDH -órgano jurisdiccional- en los casos, en donde el Estado haya aceptado su competencia contenciosa. (Miranda, 2015: 41, 49)

Está conformada también, por una secretaría que cumple tareas delegadas y brinda respaldo jurídico y administrativo.(2015: 51)

Explica Pelayo (2011:14) que la Comisión posee jurisdicción territorial para analizar cualquier denuncia de violación a los derechos humanos en el continente Americano en la que haya intervenido un Estado que sea miembro de la O.E.A, incluso si la representación de su gobierno ha sido suspendido de dicha organización.

Así, la CIDH puede conocer casos de los 24 países que han ratificado a la fecha la Convención, utilizando este instrumento internacional para definir la existencia o inexistencia de responsabilidad internacional.

Dentro de sus funciones y atribuciones se han enlistado las siguientes: a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los Estados miembros para que adopten medidas progresistas a favor de los derechos

⁸ Señala Pelayo (2011: 11) que desde 1961, la Comisión comenzó a realizar visitas a varios países para observar *in situ* la situación de los derechos humanos.

⁹ Señala Hider Miranda (2015: 49) que la propia Corte IDH se ha referido a las funciones cuasi-jurisdiccionales de la Comisión, en la opinión consultiva OC-19/05, de 28 de noviembre de 2005.

humanos dentro de los marcos legales internos y preceptos constitucionales, al igual que las disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; c) preparar estudio e informes; d) solicitar a los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en derechos humanos; e) atender consultas que formulen los Estados por medio de la Secretaría General de la OEA; f) actuar respecto a las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad; g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la OEA (Miranda, 2015: 48)¹⁰ En el ejercicio de estas atribuciones puede incluso solicitar de oficio medidas cautelares en casos de urgencia.

Ante la Comisión pueden peticionar cualquier persona, grupo o entidad no gubernamental, legalmente reconocida en un Estado miembro de la OEA “*actio popularis*”; la competencia por materia “estará definida por el hecho de que se trate de una violación de un derecho reconocido en la Declaración o Convención Americana o en algún instrumento que conforma el parámetro de convencionalidad”. (Miranda, 2015: 55,60)¹¹

Ahora bien, las recomendaciones en los informes que rinde la Comisión “no tienen ni pueden adquirir carácter obligatorio para las autoridades o los Estados a los que se dirigen”, pero no por ello dejan de tener “efectos jurídicos de importante significado”, y en la actualidad un porcentaje importante de esas recomendaciones son aceptadas y cumplidas por los entes públicos a los que se dirigen. (Fix Zamudio, 2006:89)

1.1.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por medio de la Convención Americana, en 1979 se aprobó el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se le define como “una institución

¹⁰ Vease también Fix Zamudio, 2006, 90 sobre atribuciones jurisdiccional y consultiva.

¹¹ Puede ampliarse sobre el procedimiento que siguen las demandas en la comisión en Pelayo, 2011:20-26

judicial autónoma que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención América sobre Derechos Humanos” (Miranda, 2015:40)

La Corte I.D.H. es el organismo jurisdiccional internacional, en el cual se pueden plantear controversias para la tutela de los derechos humanos que han sido establecidos en los instrumentos internacionales reconocidos por los gobiernos del continente americano. (2006: 71)

Se dice que su jurisdicción es complementaria, subsidiaria “ya que en principio son los Estados quienes deben proteger y respetar los derechos tutelados en la Convención Americana”. (Miranda, 2015: 64)

La Corte está integrada por siete Jueces nacionales de los Estados miembros de la OEA. Y tiene tres competencias específicas: contenciosa, consultiva y arbitral.¹²

La Corte a pesar de que ha conocido relativamente pocos casos, ha abordado en su jurisdicción varias de las más graves violaciones a los derechos humanos que además no son exclusivas del continente, “de ahí que la Corte sea un referente internacional en la materia” (Pelayo, 2011:59)

SECCION II: Instrumentos Jurídicos para la Protección de los Derechos Humanos de la población privada de libertad.

En el sistema interamericano, respecto a privación de libertad, se cuenta con una serie de instrumentos jurídicos que buscan regular y proteger los derechos de los hombres y las mujeres que habitan los distintos países, y muchos de los cuales sufren privación de libertad, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención Interamericana para Prevenir y sancionar la tortura; Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de

¹² Mayores detalles en Miranda, 2015: 65; en igual sentido Fix Samudio, 2006:99. Puede ampliarse Sobre el procedimiento en la tramitación de un caso véase Pelayo, 2011: 50-57.

Libertad en las Américas, o la Carta Democrática Interamericana.

Para abordar el tema se hará mención de la C.A.D.H. y de otras herramientas jurídicas con que cuenta el SIDH para su buen funcionamiento.

2.1.Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La C.A.D.H. se suscribió en 1969, y entró en vigor en 1978.

Indica Hider Miranda (2015) que es el instrumento internacional de mayor importancia para el sistema interamericano, ya que establece un “catálogo auténtico de derechos fundamentales que los Estados parte deben respetar y garantizar”, además de crear los órganos encargados de su protección. (47)

La C.A.D.H. en los artículos 1.1 y 2 establece dos aspectos esenciales: Art. 1.1. “Obligación de Respetar los Derechos” establece que:

1.1. 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.

Por su parte, el art. 2 “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno” determina que:

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.

Estas obligaciones generales de *respeto* y *garantía*, vinculantes para el Estado con respecto a toda persona, implican un mayor nivel de compromiso al tratarse de personas en situación de riesgo o vulnerabilidad. (Miranda, 2015:255) Sobre este grupo en concreto se refieren los numerales 5 “Derecho a la Integridad Personal” y 7 “Derecho a la Libertad personal” de la Convención en los siguientes términos:

Artículo 5:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Por su parte el artículo 7 formula el “Derecho a la Libertad Personal”:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las

condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la 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 éste 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.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentario.

El artículo 8.1 de la Convención establece que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

En ellos se regula la vigencia y aplicación de los principales derechos y garantías

con que cuentan las personas sometidas a procesos penales, en todas las fases del procedimiento, aún en fase de ejecución de la sentencia penal.

Como complemento para garantizar la vigencia plena de los derechos enunciados en la Convención, los Estados Partes también cuentan con una serie de instrumentos legales de carácter internacional que vienen a robustecer derechos en particular. Estos han sido utilizados en la resolución de casos, opiniones consultivas y otros; por ejemplo del Sistema de la Organización de Naciones Unidas, se pueden citar las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (reglas de Mandela), Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos 1955.

Todos estos tienen como eje central la persona privada de libertad y el respeto y garantía de sus derechos, por la condición inherente a su dignidad humana.

2.2. Relatorías.

A partir del año 1990, la CIDH empezó a crear Relatorías Temáticas para atender las necesidades de ciertos grupos que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos “por su situación de vulnerabilidad y por la discriminación histórica de la cual han sido objeto”.(CIDH)

Su finalidad de acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es “fortalecer, impulsar y sistematizar su trabajo” en un determinado tema.¹³

Tienen como funciones principales: realizar monitoreos de la situación de derechos humanos en la región, brindar asesoría y dar recomendaciones a los Estados para protección y promoción de derechos humanos, elaborar informes y

¹³Véase: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/relatorias.asp>

estudios con recomendaciones, realizar visitas *in situ*, actuar con prontitud respecto a peticiones o medias cautelares, o cuando se alegue vulneración de derechos humanos relacionados con las temáticas de las relatorías. (Miranda, 2015: 65)

Estas, en la actualidad abordan ocho grandes grupos: derecho de los pueblos indígenas; derecho de los migrantes; lesbianas, gays y personas trans, bisexuales e intersex; derechos de los defensores y defensoras de los derechos humanos; derechos de las personas privadas de libertad; derechos de la niñez; derechos de las personas afrodescendientes; y libertad de expresión.¹⁴

2.3.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se atribuye el nacimiento de la jurisprudencia emitida por la Corte IDH a la escases de casos contenciosos que hubo en los primeros años de funcionamiento, de ahí que la Corte se dedicó a responder varias solicitudes de Opiniones Consultivas, siendo estos dictámenes los que posteriormente se convirtieron en “un sólido sustento a su jurisprudencia en casos contenciosos”. (Pelayo, 2011:65)

Al hablar de jurisprudencia de la Corte IDH sale a relucir el tema del llamando control de convencionalidad. Para el ex juez Eduardo Mac-Gregor (2011) la Corte IDH fue influenciada de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear la nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad, y es evidente para él, que la Corte IDH crea la doctrina del “control difuso de convencionalidad” advirtiendo la tendencia de la “constitucionalización” o, si se prefiere, “nacionalización” del “derecho internacional de los derechos humanos” y particularmente la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento

¹⁴ Sobre las ocho relatorías puede consultarse, OAS, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/relatorias.asp>

“hermenéutico” y de “control” de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos. (575)

El objetivo del “control de convencionalidad” es determinar si la norma nacional enjuiciada a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es o no “convencional”, o sea acorde con tal Convención. (Corte IDH “Boyce y otros vs. Barbados”, párr. 78)

Como se mencionaba en las referencias introductorias, se habla de control de constitucionalidad y control de convencionalidad, tratándose de “dos dispositivos distintos, con objetivos diferentes: uno intenta afirmar la supremacía de la constitución nacional; el otro, la del Pacto de San José de Costa Rica”. (Sagüés, 2010a: 128)

Señala el mismo autor (2010a) que en común ambos controles manejan un mismo argumento, la invalidez de la norma inferior opuesta a la superior. Lo cual, en el caso de confrontación entre una ley y la Constitución, sería evidente. Pero en el supuesto de oposición entre una cláusula de la Constitución y la Convención Americana “el asunto es más discutido”, pero considera que ya que el Estado debe cumplir con la Convención a “todo costo”, y no puede “alegar su Constitución para incumplir al Pacto”, esto tendría como resultado que la Convención, el Pacto esté “jurídicamente por encima de la Constitución”. (128)

En efecto, la consecuencia del control de convencionalidad, es que la regla constitucional que lesiona al Pacto debe quedar inaplicada, o si se prefiere, “paralizada” (lo mismo acaece, desde luego, con las normas subconstitucionales violatorias del pacto). (Sagüés, 2010a: 128)

Siguiendo a Sagüés (2010a) se tiene que las razones dadas por la Corte IDH para sentar el control de convencionalidad son dos, y ambas de derecho internacional: 1.las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe; 2 no es posible alegar el derecho interno para incumplirlas, conforme el artículo 27 de la

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.¹⁵ (120)

Estos parámetros de control de convencionalidad han sido establecidos por la Corte IDH en los casos “Almonacid Arellano” vs Chile y completado por otros, especialmente “Trabajadores cesados del Congreso” vs Perú¹⁶, en los cuales se ordena a los jueces nacionales reputar inválidas las normas internas (incluida la Constitución) opuestas a la CADH, y a la interpretación dada a ésta por la Corte IDH.

La doctrina fue repetida, en los casos “la Cantuta vs. Perú”¹⁷, y “Boyce y otros vs. Barbados.”¹⁸ Pero en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso” la Corte Interamericana formuló algunas especificaciones y adiciones, que resulta conveniente transcribir por su relevancia para esta investigación:

Quando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las

¹⁵ Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Artículo 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe. Convención de Viena, 1963.

¹⁶ Caso Aguado Alfaro y otros vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, consid. 128,

¹⁷ Sentencia de 29 de noviembre de 2006, consid. 173,

¹⁸ Sentencia de 20 de noviembre de 2007, consid. 78.

regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones. (párr.128)

Posteriormente, esta postura fue ratificada, en varios casos, por ejemplo en “Rosendo Ortega y Otros vs. México (2010: párr 236); Vélez Loo vs. Panamá (2010, párr 237).

Para la propia Corte, sus decisiones tienen un impacto que va más allá de los límites específicos de cada caso concreto, ya que la jurisprudencia que se va formando a través de las interpretaciones, influye en los países de la región a través de reformas legales o jurisprudencia local que incorporan los estándares fijados por la Corte I.D.H. al derecho interno (Pelayo, 2011:59)¹⁹

Nótese, que de acuerdo con Sagüés (2010b) es importante advertir que la Corte IDH destaca que el material controlante no consiste exclusivamente en las normas del Pacto, sino también en la interpretación dada a esas reglas. (458)²⁰ Así se plasma en el caso “Almonacid Arellano”, donde el alto Tribunal no distingue entre interpretaciones vertidas en sentencias o en opiniones consultivas. En su considerando 124 indica:

(...) En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana,

¹⁹ Para autores como el juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac Gregor, citado por Pelayo (2011), los alcances de el control de convencionalidad en países latinoamericanos se puede traducir como un camino hacia una *ius constitutionales commune*” (60)

²⁰ Ante la discusión, por la supremacía de los pactos ante normas constitucionales, existe un debate en doctrina respecto al nivel de obligatoriedad de las recomendaciones y resoluciones de la Comisión Interamericana. (Pelayo, 2011:17)

intérprete última de la Convención Americana.²¹

O sea, que la interpretación formulada por la Corte IDH va a tener de hecho el mismo valor que la letra del Pacto, e incluso será superior a la redacción de éste, porque como intérprete final del mismo fija los alcances de sus cláusulas escritas. (Sagüés, 2010a:125)

Explica el autor, que esta tesis importa una “*interpretación mutativa por adición*” , según la cual un Estado puede verse obligado por la doctrina sentada por la CorteIDH, en una causa en la que él no ha sido parte, ni obviamente tenido oportunidad para alegar en pro de una interpretación diferente a la formulada en aquel expediente. (2010b:458)²²

De lo anterior deriva un tema polémico hasta el momento, sea el de la aplicación del control de convencionalidad en aquellos países donde no hay un sistema de control difuso o desconcentrado, como el caso de Costa Rica, México, Uruguay (con sus respectivas variantes) y los jueces del Poder Judicial no están “habilitados” para ejercer el control de constitucionalidad (Sagües, 2010b: 454) sino que se reserva a la Corte suprema o a la Sala Constitucional como en el caso de nuestro país.

Ante ello, para una parte de la doctrina²³ el control de convencionalidad a realizar por los jueces nacionales como control *difuso*, o desconcentrado, resultaría obligatorio para todos ellos. (Sagüés, 2010a: 121)

Para otros, incluyendo el autor de cita, en los Estados que el juez del Poder Judicial sea incompetente para realizar el control de constitucionalidad, y que

²¹ Caso “Almonacid Arellano y otros vs. gobierno de Chile”, del 26 de septiembre de 2006. Consid: 124.

²² Respecto a la interpretación constitucional mutativa, por adición, sustracción o mixta, nos remitimos a Sagüés, (2006), pp. 42 y siguientes.

²³ Véase por ejemplo García Roca (2012) Diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos. Mac-Gregor, (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano

considere que puede haber en un caso sometido a su decisión un problema de “convencionalidad”, deberá remitir la consulta al tribunal habilitado para ejercer el control, mediante el mecanismo establecido, “a fin de que sea éste tribunal quien realice eventualmente la simultánea revisión de convencionalidad.” (2010a:122)

En consonancia con la segunda postura - juez incompetente para ejercer control de constitucionalidad- éstos no podrán dejar de aplicar la norma (al no tener esa potestad), debiendo “realizar una “interpretación convencional” de la misma, es decir, efectuar una “interpretación conforme”, no sólo de la Constitución nacional, sino también de la CADH y de la jurisprudencia convencional.” (Mc -Gregor, 2011: 578)

Y resulta relevante el tener en consideración, para el caso particular de Costa Rica que los jueces podrán aplicar un control difuso en menor escala, o mas limitado por estar concentrado éste en la Sala Constitucional, pero que tomando en cuenta que el llamado control difuso de constitucionalidad “no consiste simplemente en dejar de aplicar la norma nacional por ser contraria al parámetro de convencionalidad”, sino que implica también -y como primer objetivo- tratar de “armonizar la norma nacional con la convencional”; o sea , realizar una “interpretación conforme” de la norma nacional con la CADH, sus Protocolos y la jurisprudencia convencional, para desechar aquellas “interpretaciones” contrarias o incompatibles al parámetro convencional.” (Mac-Gregor (2011:535)

Lo que implica que antes de pronunciar la “inconvencionalidad” de una norma la Corte y los jueces en el ámbito nacional, deberán también agotar todos los recursos útiles para interpretarla conforme con la CADH partiendo de lo que podríamos llamar una “presunción de convencionalidad.” (Sagüés, 2010b: 466)

El tema, con todos sus bemoles, no deja de tener aplicación y discusión a diario en las distintas cortes, que de optar por un control concentrado remitiendo todos los casos para realizar un doble control tanto de constitucionalidad como de

convencionalidad, se enfrentarán a una serie de situaciones, tanto hallar los mecanismos para que sea efectivo ese canal, así como (porque evitar decirlo) situaciones políticas, burocráticas, y otros intereses que están en juego en la aplicación e interpretación de las normas; a lo que haremos referencia mas adelante.

Por otra parte, en las dos sentencias base, antes citadas, la jurisprudencia de la Corte IDH somete a control de convencionalidad no solo las leyes incompatibles con la CADH sino también se refiere a las normas jurídicas internas, que se encuentren en situación de confrontación.²⁴ Lo cual, adquiere especial relevancia en el tratamiento del tema que nos ocupa.

en definitiva, cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.), está sometida al control de convencionalidad. En Estados donde la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional es obligatoria para los tribunales inferiores, ella también reviste materialmente condición de *norma* y, por ende, está captada por dicho control. (Sagüés 2010b : 457)²⁵

Se comparte el cierre del autor (2010a) “el Pacto asume así, agrade o no esta conclusión, y por más que por algunos se la quiera edulcorar, condición de *supraconstitucionalidad*”. (124)

Lo anterior, tiene ventajas respecto a las normas y su aplicación en cada uno de los países miembros del Sistema Interamericano. Ello se retomará mas adelante.

²⁴ “Almonacid Arellano” parr 124, y “Trabajadores cesados del Congreso”, párr107

²⁵ Esto se deriva de las resoluciones, pues parte de las violaciones alegadas consistía en que votos de las cortes supremas que debía ejercer el control de convencionalidad fallaron en contra a lo establecido por la convención. La Corte IDH ha considerado que “si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que este Tribunal [Interamericano] deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la CADH, lo cual incluye, eventualmente, las decisiones de tribunales superiores”. Cfr. Caso Gomes Lund y Otros, (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. de 24 de noviembre de 2010, párr. 49.

CAPÍTULO III: DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PARÁMETRO DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO.

SECCION I: - Organización Constitucional del Estado costarricense .

La organización del Estado costarricense se establece en los numerales primero al décimo de la Constitución Política. Es estos se le instituye como una República Democrática. Cuyo gobierno es popular, representativo, participativo y responsable.

Esa norma suprema data de 1949 y establece formalmente en el artículo primero que “Costa Rica es una República democrática, libre e independiente”.

El numeral segundo de la Constitución Política indica: “La Soberanía reside exclusivamente en la Nación.”

La acepción de República no ha sido estática, sino que ha atravesado distintas épocas, donde se ha enriquecido su contenido, entendiéndose como una forma de gobierno asociada a la “defensa del gobierno mixto frente a las formas puras de gobierno”, basado en que el “ejercicio de la soberanía corresponde al pueblo”, directamente o valiéndose de instituciones representativas, por tanto en la participación de los ciudadanos, en la defensa de la ley y en la búsqueda del bien común”. Actualmente, además se le identifica con gobiernos representativos en los cuales “el poder del jefe de Estado o presidente procede del voto de todos o de parte de los ciudadanos”. (Ortiz Leroux, 2007)

Continuando con la lectura de la Carta constitucional, se determina la forma de gobierno que regirá en el país, así en el artículo 9 se expone “El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.”²⁶

Donde puede verse como convergen los principios del Estado social y democrático de Derecho, división de poderes, principio de legalidad y derechos de los ciudadanos, soberanía que reside en el pueblo, participación ciudadana y democracia.

El Estado democrático y social de derecho es el resultado de la unión de dos términos, la primera expresión, como “aquel tipo de Estado de derecho que asegura las libertades políticas de la ciudadanía y los derechos civiles de la población, y establece redes universales para el ejercicio de la responsabilidad

²⁶ Así reformado el párrafo anterior por el artículo único de la ley N° 8364 de 01 de julio de 2003.

política, legal y administrativa de las personas investidas con autoridad”. (O’Donnell, 1997 como es citado en Estado de la Nación) El Estado social de derecho por su parte, se define como aquel que busca remover los obstáculos a la igualdad entre las personas, “a partir de un mínimo de derechos de contenido económico y social dentro de un marco de libertad.” (Ortiz, 1976: 57)

Apunta Dabène (1986) que no debe confundirse entre democracia y estabilidad política, y explica que esta confusión -en Costa Rica- gira alrededor de tres paradigmas, -histórico-cultural, político-institucional y socio-económico. (41) Propone frente a estos paradigmas, una fórmula integrada por los siguientes elementos o factores que contribuyeron a forjar el concepto de democracia costarricense: estructura social, identificación cultural, dominación, decisión, mediación y movilización. (1986:46)

Así, retomando el numeral noveno de la Constitución Política, además de un Estado Democrático y Social de Derecho, refleja la existencia una división de poderes como principio conformante de nuestra organización estatal. Siendo así que a partir de los numerales 105 , 130 y 152, se contempla la creación de un Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial, respectivamente. El Poder Legislativo es elegido por el pueblo quien a través del sufragio elige a sus representantes, encargados del proceso de elaboración de leyes. Un Poder Ejecutivo al mando del Presidente y sus Ministros, quienes administran el Estado y ejecutan la voluntad popular plasmada en las leyes, y el Poder Judicial, que se encargará de conocer las causas de distintas materias, resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie.

Continuando con la mención de la organización política en nuestro país, en el numeral décimo se contempló la creación de un órgano de control constitucional.

Artículo 10: Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de

las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley.

Le corresponderá además:

- a) Dirimir los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, así como con las demás entidades u órganos que indique la ley.
- b) Conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la ley.²⁷

Los artículos séptimo y decimo, vienen a establecen las bases para la determinación de la jerarquía de las normas en el país.

Artículo 7: 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.

Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto.

De conformidad con la definición de la Convención de Viena artículo 2.a) el tratado es “un acuerdo internacional concluido por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más

²⁷ Así reformado por el artículo 1 de la Ley No.7128 de 18 de agosto de 1989.

instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”²⁸

Sobre este último aspecto, valga resaltar que se trata de una noción amplia “un acuerdo internacional concluido por escrito entre Estados”, no importando su denominación, señala Brownlie “sea tratado, convención, protocolo, pacto, convenio, carta, estatuto, acta, decreto, ley, declaración, concordato, intercambio de notas, memorando de acuerdo, nota de acuerdo, o cualquier otra denominación” (Brownlie, p.580 citado por Romero, 2005:100)

Además de ello, en el tema de la jerarquía de normas, se ha dado un debate interesante en nuestro país, para algunos autores como Rubén Hernández Valle, Rodolfo Piza Escalante, y otros, incluida la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia -cuyo papel ha sido determinante en el país, sobre criterios jurídicos de interpretación y aplicación de las normas, con una lectura proteccionista de los derechos humanos- afirman que los numerales 7 y 48 de la carta magna,²⁹ deben interpretarse en el sentido que contienen las apreciaciones recién transcritas, sea la una definición amplia de tratado, donde no importa tanto su denominación. En apoyo a esta tesitura se menciona que las sentencias de la Corte IDH se expresan en términos generales y se refieren a supuestos de que “un Estado haya ratificado (...) un tratado *como* la Convención Americana” , teniendo entonces que “la doctrina se aplicaría con relación a cualquier tratado; el Pacto de San José de Costa Rica sería solamente una muestra o ejemplo de

²⁸ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 23 de mayo de 1969. Nuestro país aprueba esta convención en 1996, mediante la ley 7615 del 24 de julio. Disponible en http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf

²⁹ Artículo 48.- Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer 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. (Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 7128 de 18 de agosto de 1989)

material normativo controlante” como lo advierte Sagüés (2010a: 126).³⁰

Se les debe otorgar un rango superior a la Constitución, a aquellos tratados que versan sobre derechos humanos.³¹ Al respecto las sentencias Número 2313-95, 3435-92 y 5759-93. Al respecto se dice en el primero:

Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución.³²

Otro sector de la doctrina nacional, Javier Llobet y Juan Marco Rivero por ejemplo, sostienen que no basta con firmar un tratado, sino que se necesita posteriormente la ratificación del mismo, para lo cual la legislación interna establece un procedimiento. (Llobet, 2007:166) Por tanto, para ellos “de acuerdo con el artículo 7, 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 Legislativa” (2007:183)

³⁰ Acalra el autor que en principio, a la Corte Interamericana no le tocaría tutelar a otros tratados, fuera del Pacto de San José de Costa Rica y a los instrumentos que a él se adosen jurídicamente, frente a posibles infracciones provocadas por el derecho interno del Estado. Pese a ello, la función consultiva de la Corte Interamericana de derechos Humanos puede referirse también a la interpretación de cualquier tratado internacional, finalmente nos recuerda que este tema está pendiente de ser aclarado por la Corte (Sagüés, 2010a: 127)

³¹ Aunque esto no siempre fue así, en el 86, 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.

³² Acción de inconstitucionalidad. Sentencia de las dieciséis horas con dieciocho minutos del día nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

Sobre el valor normativo de los instrumentos jurídicos se ahondará en el siguiente capítulo.

SECCION II: Democracia y Garantismo. Sus implicaciones en la interpretación de las normas jurídicas.

Para establecer la relación entre un Estado democrático, garantista y la posibilidad de interpretación de las normas jurídicas en favor de los derechos humanos será necesario hacer alusión a los distintos conceptos para finalmente interrelacionarlos.

Al hablar sobre democracia, conviene distinguir como lo señala Ferrajoli (2006: 16) entre la acepción formal, dominante, que identifica democracia con un “método de formación de las decisiones públicas”, “el conjunto de reglas que atribuyen a la mayoría de sus miembros, el poder, directo o mediatizado por representantes, de asumir tales decisiones”.

Esta concepción se legitima a partir de la autonomía, “la libertad positiva de «gobernarse a sí mismo» o como llama el autor, que las “decisiones sean tomadas, directa o indirectamente, por los mismos destinatarios, o por la mayoría de ellos y sean, por eso, expresión de la “voluntad” y de la “soberanía popular” (Ferrajoli , 2006: 16)

Y por otra parte, lo que denomina en su teoría del garantismo, la democracia-sustancial-. La que supone que “a la mayoría le sea constitucionalmente sustraído el poder de suprimir o de limitar la posibilidad de que la minoría llegue a ser mayoría”, con límites y vínculos que establezcan “una esfera de lo no decidible” por parte de ninguna mayoría. (Ferrajoli,2006: 20-21)

Siguiendo el planteamiento del jurista italiano, se representa entonces este paradigma democrático y constitucional por un modelo de democracia -la

democracia constitucional- caracterizada por un complejo “sistema de límites y vínculos legales”, “separaciones y equilibrio de poderes”, “jerarquías normativas y controles jurisdiccionales”, completamente opuesto a la imagen de la democracia plebiscitaria. (Ferrajoli : 2000,41)

Sirva en este aparatado recordar el concepto de garantismo, teoría construida por el jurista Luigi Ferrajoli (2000), con la cual designa

el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes” -públicos, privados, políticos (o de mayoría) económicos (o de mercado), en el plano estatal, internacional- mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados. (40)³³

En este modelo, las garantías serán aquellas obligaciones que corresponden a un derecho subjetivo, entendiendo por "derecho subjetivo toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)." (2010:40)

Por otra parte distingue entre garantías primarias o sustanciales y las secundarias o jurisdiccionales. Las primarias hacen alusión “a las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados”. Las garantías secundarias o jurisdiccionales se refieren “a las obligaciones, por parte de los órganos judiciales, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad” cuando se demuestren “actos ilícitos y actos no válidos que violen los derechos subjetivos y, con ellos, sus correspondientes garantías primarias”. (2010: 40)

Al aproximarnos a la obligación de aplicar o sancionar la nulidad de una norma o

³³ El paradigma garantista y constitucional que aparece aquí sucintamente esbozado es un paradigma teórico y normativo, ciertamente no realizado y, acaso, como sucede con todos los paradigmas normativos, nunca realizable de manera perfecta. (Ferrajoli, 2000: 42)

acto cuando se repute violatorio de derechos subjetivos, entra en escena el movimiento del Uso Alternativo del Derecho.

En este punto, interesa retomar lo apuntado por la autora De Souza (1998) en su análisis entre el uso alternativo del derecho y el garantismo, donde maneja como hipótesis, que hay en principio una “ruptura paradigmática entre el garantismo y el uso alternativo del derecho”, con el fin de que operase “un cambio de estrategia de los propios alternativistas frente a un cuadro histórico (económico, político, jurídico, social e ideológico) alterado de su proyecto hermenéutico”. Agrega que el deslizamiento de los “presupuestos alternativistas hacia el garantismo no constituye, en sí mismo, una gran ruptura con relación a las líneas defendidas en el pasado”, sino un mecanismo de resistencia “frente a los nuevos y graves problemas del presente”. (234)

Aprueba la convergencia respecto a puntos importantes como el centralismo de la Constitución y los derechos fundamentales, que en el garantismo son rectificadas por medio de las garantías y que el U.A.D. coloca como “como punto de partida y como punto de confluencia de toda y cualquier interpretación de las normas jurídicas.”(1998: 248)

Para concluir, que

el uso alternativo del derecho y el garantismo conforman un mismo frente de lucha de la imaginación jurídica contra la omnipotencia y prepotencia de la lógica de una sociedad guiada por los designios del capital; de poderes políticos siempre propensos a desvíos, arbitrariedades e injusticias.³⁴ (1998:255)

³⁴ La autora también desarrolla las diferencias entre ambos paradigmas. Entre las cuales señala: “También tienen diferencias sustanciales, uno enmarca los derechos constitucionales como instrumento de desestabilización del orden vigente, mientras el otro como mecanismo de defensa, estabilización e integración del mismo.” Souza, 1998: 248 Llegando a la misma conclusión: De la Torre, (2006:177-178) “En realidad ese *uso alternativo razonable* es equiparable al *garantismo*”.

Ahondando en el tema que interesa, es necesario mencionar que dentro de un modelo jurisdiccional garantista, desde el punto de vista antes dicho, el papel de los jueces ocupa una posición preponderante en el sentido de que el poder judicial “se configura, respecto a los otros poderes del estado, como un *contra-poder*, en el doble sentido de que tiene encomendado el control de la legalidad”, la validez de los actos legislativos tanto como el de los actos administrativos, y “la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a las lesiones que pudieran provenir del estado» (Ferrajoli, 1995:580).

Recuérdese que dentro de la teoría garantista el “positivismo crítico”, “pone en cuestión dos dogmas del positivismo dogmático: “la fidelidad del juez a la ley y la función meramente descriptiva y avalorativa del jurista en relación con el derecho positivo vigente.” (1995: 872)

Además, se distingue respecto de la vigencia de las normas, “tanto de su validez como de su efectividad”.

Para que una norma exista o esté en vigor es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen referencia a las formas y los procedimientos del *acto normativo*, así como de la competencia del órgano que emana. Para que sea válida se necesita por el contrario que satisfaga también las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su *significado*. Tanto las condiciones formales suficientes para que una norma sea vigente como las sustanciales necesarias para que sea válida se encuentran establecidas por las normas jurídicas que disciplinan su producción en el nivel normativo superior. (Ferrajoli,1995:874)

De donde sostiene que la protección de los derechos fundamentales es tarea del juez, quien mediante el apego a los valores de la Constitución estará posibilitado

y obligado a garantizar los mismos. No pudiendo quedarse por tanto, con una simple aplicación de la norma desde la validez formal, sino que necesariamente habrá de revisar también la validez sustancial de la misma.

Esto, dentro de un modelo de democracia sustancial como el propuesto por Ferrajoli, conjuga finamente, pues esos valores constitucionales, esos derechos fundamentales, pertenecen a la esfera de “lo indecible”, por lo tanto las mayorías no podrán injerir sobre ellos para mermarlos. Esto vendría a robustecer y sustentar la labor independiente del juez, tanto a lo interno como a lo externo del poder judicial.

SECCION III: Estado actual del Control de Convencionalidad y el Uso Alternativo del Derecho, en América Latina y en Costa Rica.

3.1. Sobre el control de convencionalidad.

Para conocer sobre el estado actual del control de convencionalidad en nuestro país, es conveniente hacer mención del proceso de internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional; explica Haider Miranda (2015) que por el primero se entenderá aquel proceso de inclusión del derecho internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, de modo tal que las normas internacionales ocupen un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado. Mientras que el segundo - la constitucionalización del derecho internacional- consiste en un proceso en virtud del cual se aceptan que los tratados sobre derechos humanos tiene una dimensión constitucional. (103)

El control de convencionalidad como se mencionaba supra, tiene dos

manifestaciones, una de carácter concentrado que ejerce la Corte IDH y otra de carácter difuso, la que ejercen los jueces a nivel nacional.

El control de convencionalidad viene operando como parte del constitucionalización del derecho internacional, como aquel mecanismo que ejerce la Corte IDH de forma subsidiaria en el supuesto de que el derecho interno de una país, sea incompatible con la CADH y otros tratados. (2015: 106).

En Costa Rica, en virtud de la reforma constitucional aprobada por la Ley N° 4123 del 23 de mayo de 1968, el numeral siete de nuestra Constitución Política reconoció que "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".

La C.A.D.H. fue suscrita por el Gobierno de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, aprobada por la Asamblea Legislativa mediante Ley N° 4534, del 23 de febrero de 1970, ratificada el 08 de abril del mismo año y su vigencia entró a regir el 18 de julio de 1978.³⁵

En su artículo segundo determina la obligación para los Estados Partes de adoptar "las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades." Indica además, el numeral 29 como "normas de interpretación" de la Convención

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar

³⁵[http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Costa%20Rica:](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Costa%20Rica)

reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) 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.

Artículo que ha sido interpretado por la Corte como “si a una misma situación son aplicables la convención y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma mas favorable a la persona humana.”³⁶ (Opinión consultiva OC-5/85, Párr. 52)

Los efectos de las resoluciones de la Corte IDH varían sustancialmente en las distintas legislaciones latinoamericanas. En algunas, como ocurre en Perú y Colombia existen normas expresas para la ejecución de las sentencias emitidas por el órgano. En otras legislaciones, no existe ninguna norma específica de ejecución, pero en la praxis si se ejecutan por ejemplo en Chile, Argentina. Y una tercera categoría de ordenamientos, aquellos donde las sentencias de la Corte no son ejecutables dentro de su territorio, por oponerse supuestamente a la “institución de la cosa juzgada y a la soberanía nacional”, como Nicaragua y Venezuela. En Costa Rica, indica el autor se admite sin reservas la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH. (Hernández Valle, 2011: 30-34)

Efectivamente, las resoluciones emitidas por Sala Constitucional han considerado que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante incluso en sus competencias consultivas. Al respecto se indicó en el voto N° 2313-1995:

debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la

³⁶ Opinión consultiva OC-5/85 del 13 nov de 1985. sobre colegiación obligatoria de periodistas .

fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio– el mismo valor de la norma interpretada.

Por tratarse de un Estado con control concentrado, este lo ejerce la Sala Constitucional, y como expone Haider Miranda (2015) en razón de esto, “los jueces nacionales tienen el deber de dar actuación a la Convención Americana y a la jurisprudencia interamericana convencionalmente conforme de la normativa interna”; ello lo deberán realizar presentando una consulta judicial, en el supuesto en que no pueda llevar a cabo una aplicación directa de la Convención Americana o realizar una interpretación convencionalmente conforme.(133,134)³⁷

Otro tema mas álgido, como se enunciaba supra,³⁸ se da respecto al valor normativo de los instrumentos internacionales en materia derechos humanos.

Recuerda Llobet Rodríguez (2007:171) que tanto artículo 48 de la Constitución Política, como el Artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establecen que puede reclamarse a través de un recurso de amparo la violación de (...) los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República (...) ³⁹

Resalta al respecto, la utilización del término instrumentos internacionales de derechos humanos, en lugar 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.

³⁷ En igual sentido Llobet Rodríguez, 2007: 191.

³⁸ Ver página 42.

³⁹ Ley de la Jurisdicción Constitucional, aprobada por Ley 7135 del 11 de octubre de 1989. Artículo1: 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.(Ley de La Jurisdicción Constitucional,1989)

Respecto a ese “material controlante” en sentencia N°9685 del año 2000 la Sala Constitucional dispuso:

(...) 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 (...), 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.⁴⁰

Este aspecto cobra relevancia en materia de derechos humanos de personas privadas de libertad, ya que existen múltiples Reglas, Protocolos, Principios, vigentes en el país, sin haber alcanzado la categoría de tratados con el procedimiento de aprobación por la Asamblea Legislativa.

De igual forma, ha sido reiterado el enfoque respecto a que los instrumentos internacionales de derechos humanos -no solamente los tratados aprobados mediante procedimiento legislativo- integran el parámetro de control de constitucionalidad. Muestra de ello, la Sala Constitucional declaró en el voto 1774-97 del primero 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 (...)

La discusión se origina a raíz de la interpretación del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que los funcionarios que administran justicia no podrán:

⁴⁰ Consulta preceptiva de constitucionalidad, sentencia de las catorce horas cuarenta y seis minutos del primero de noviembre de 2011.

1.- 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.

Tampoco podrán interpretarlos ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

2.- Aplicar decretos, reglamentos, acuerdos y otras disposiciones contrarias a cualquier otra norma de rango superior.

Una de las aristas que se suscitan es si los jueces ordinarios pueden, directamente, desaplicar leyes que consideran quebrantan instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica, sin hacer una consulta de constitucionalidad.

El criterio imperante es que les está vedado, sostiene la Sala Constitucional, y que el procedimiento por seguir es la formulación de una consulta facultativa de constitucionalidad ante el máximo tribunal. A excepción de los casos donde ya hayan pronunciamientos de 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.” (Llobet 2007:185)

Ahora bien, dilucida Llobet R. (2007) 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.” (188)

Sosteniendo el criterio, dicho autor de 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”. Y considera que no es necesario

presentar una consulta de constitucionalidad, únicamente sería necesario en los casos que por “vía de interpretación el juez no pueda llegar a una solución que elimine las contradicciones entre el texto legal y la Constitución o instrumento internacional”. (op cit, 191)

En este espacio es conveniente recordar que por criterios de *Interpretación conforme* se entiende que “las autoridades nacionales escojan entre las múltiples interpretaciones que le pueden dar a una norma, incluida la constitución , aquella que respete la Convención y los criterios interpretativo convencionales en vez de declarar la inconstitucionalidad de la normativa por ser inconvencional.” (Miranda , 2015:157)

3.2 Sobre el Uso Alternativo del Derecho.

Respecto al tema del U.A.D., en el ámbito Latinoamericano es concordante la posición de juristas europeos en afirmar que en América Latina, no se desarrolló la corriente del U.A.D, tal como fue concebida en la Italia de los años setenta. Por lo cual, no sería preciso hablar de esta corriente en este espacio del orbe.

El empleo de dicha expresión, en otros ámbitos y contextos históricos, como venía sucediendo en Latinoamérica, se confundía con el carácter “alternativo” que algunos juristas y jueces le venían dando a sus actividades. (Bergalli & Silveira,1991: 224) Sin embargo, para los autores, es preciso diferenciar que “aunque estas expresiones de alternatividad se reflejen en sus prácticas legales, esto no ocurre en el uso de un “derecho alternativo”, como lo fue el empleo del derecho constitucional en el marco italiano.

Ello, por cuanto

las circunstancias materiales y culturales respecto de las cuales se ha pretendido introducir prácticas legales alternativas por parte de distintos movimientos de jueces y abogados en Colombia, Brasil, Perú, etc., han sido radicalmente

diferentes de aquellas que generaron en Italia las contradicciones sociales dentro de las cuales se propuso *el uso alternativo del diritto*. (Bergalli & Silveira, 1991:224)

Para Bergalli (1991:7) las funciones atribuidas al Derecho en Europa, orientación social, solución de conflictos y legitimación del poder, no se puede extender a América Latina, ya que en el continente americano son relaciones sociales injustas y desequilibradas.

En América Latina lo que se desarrolló fue un movimiento denominado “servicios legales”, el cual “no dejó de ser más que un conjunto de tácticas de actuación frente a un válido derecho injusto, antes que “una estrategia de fondo” (Bergalli, 1991: 7)

Colombia fue uno de esos Estados donde se desarrollaron los servicios legales alternativos. Que fueron identificados y confundidos por algunos con el U.A.D. Estos nacieron a finales de los años 70 y principios de los 80, como una reacción frente a la dictadura. (Larregle ,1993a).⁴¹

Autores latinoamericanos por su parte, señalan que para ellos, el movimiento que comenzó a desarrollarse en el continente, estaba más relacionado con un “derecho alternativo que con un uso alternativo del derecho”. Demás, que sería conveniente darle esa denominación -derecho alternativo- propone Muñoz Gómez (1988) “para distinguirla de la europea, ya que ciertamente tienen sus puntos de diferencia”. (58)

⁴¹ ILSA - Instituto Latinoamericano de Servicios Legales :Fue creado en 1978 como una institución de carácter civil, sin ánimo de lucro. Cuenta con una amplia experiencia de trabajo socio-jurídico en el campo de la investigación y de la acción política, promoviendo especialmente una visión crítica del derecho que se ha expresado de diversas formas: va desde la defensa del uso alternativo del derecho por los servicios legales populares; pasando por el reconocimiento del pluralismo jurídico; hasta la crítica al formalismo legal y la incorporación de los debates contemporáneos sobre la realización de los derechos, las transformaciones constitucionales y la perspectiva de género en torno al derecho. <https://www.insightonconflict.org/es/conflicts/colombia/peacebuilding-organisations/ilsa/>

El tema del U.A.D. en nuestro país, no encuentra un desarrollo como tal, a diferencia de otros países de América latina. Naciones como Colombia, Perú o Brasil sí han sostenido discusiones y construcciones respecto a esta corriente. Siendo Brasil donde se dio una organización más fuerte. Por ejemplo, comenta De la Torre (2002) que el jurista brasileño Luiz Edson Fachin, (Fachin, 1987-1998) explica los puntos fundamentales para el uso del derecho de una manera alternativa. Este autor propone hacer vigente la idea de una “nueva función de los jueces”, en contra del “conservadurismo del poder” judicial, “dictar decisiones contra la ley cuando la ley es injusta”, “tener una visión más amplia del derecho, que no se restringe a una sola de sus fuentes (la legislación) o a uno sólo de sus analogados (derecho objetivo).”(232)(sic)

No obstante este despliegue, y salvo el caso de los “jueces gauchos”⁴² del sur de Brasil, no se tiene conocimiento de otras magistraturas que se hayan atrevido, en bloque, a apartarse de la ley, por injusta, en sus resoluciones. (De la Torre, 2002: 232)

Sin embargo, como bien ha escrito Amilton Bueno (1993) , sobre lo que es y no es el derecho alternativo

Algunos dicen que el derecho alternativo se caracteriza por negar la ley. Y esto no corresponde a la realidad (...) La alternatividad lucha para que surjan leyes efectivamente justas, comprometidas con los intereses de la mayoría de la población, o sea, realmente democráticas. *Y busca instrumental interpretativo que siga la misma dirección.* Lo que la alternatividad no reconoce es la identificación del derecho tan sólo con la ley, ni que sólo el Estado produzca derecho, lo que es diverso a negar a la ley. (Citado por De la Torre, 2001: 241).

⁴² En Brasil desde finales de 1990 se publicaba que desde años atrás unos 40 jueces se organizaban en torno a un grupo denominado “direito alternativo” que venía a cuestionar en sus sentencias, los fundamentos del derecho, del poder judicial y del propio concepto de justicia. Este movimiento fue denominado crítica jurídica. Sanchez Rubio (1994:150)

Se considera que existen dos espacios, dos zonas diversas en las cuales puede hacerse uso del Derecho alternativamente: 1. Haciendo efectivas muchas disposiciones jurídicas vigentes que benefician a las clases dominadas y que no se hacen valer. 2. Dándole a otras normas de suyo “neutras” un sentido político que lleva a una aplicación de parcialidad en beneficio de los oprimidos, de los *pobres*. (De la Torre, 2006:118)

Sobre la posibilidad de llevar a la praxis estas concepciones, especialmente en el momento de cumplir una pena y en ámbitos penitenciarios, se analizará en los siguientes apartados.

CAPÍTULO IV: SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN EL SISTEMA PENITENCIARIO COSTARRICENSE.

En Costa Rica uno de los rasgos que sin duda distinguen la fase de ejecución de penas y propiamente el ámbito penitenciario, no solamente es lo relativo al hacinamiento carcelario que en la realidad sufren miles de personas. Sino, que a nivel “teórico” existe otra situación particular de signo negativo, como lo es la falta de legislación al respecto.

Como decía El Khoury Issa (1992) respecto a la ejecución de las penas en nuestro país “una institución, el Juez de Ejecución de la pena, limitada en su jurisdicción, alcances y operatividad, un “mágico “ artículo 55 y dispersos pronunciamiento de la Procuraduría y sentencias de la Sala Cuarta, parecen ser el sostén de algo tan importante para la república como lo es el cumplimiento de penas.” (61) (sic)

SECCION I: Organización y regulación actual.

Como se indicó recién, en el país no existe una Ley como tal que regule la Ejecución de la pena ni tampoco se ha legislado en materia penitenciaria. En clara contravención de lo que determina el numeral 51 del código penal:

La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma en que una ley especial lo determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción rehabilitadora (...)

Sino, que este espacio en la actualidad se regula vía decretos, reglamentos y circulares. Los principales: el decreto N° 22 139-J, del 31 mayo 1993 sobre Derechos y Deberes de los Privados y las Privadas de Libertad; y el Decreto N° 22 198-J Reglamento Orgánico de la Dirección General de Adaptación Social, del 26 de febrero de 1996. Acompañados también, por regulaciones sobre ejecución de la pena que se encuentran insertos en Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Paz, Ley de la Dirección Nacional de Adaptación Social, Ley de Simplificación de Trámites, Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres, Ley Orgánica del Poder Judicial, Código Penal, Código Procesal Penal y la Constitución Política.

Si bien es cierto los países de la región han legislado algunos a nivel constitucional como por ejemplo en Argentina, Brasil, México, Panamá, Paraguay o Perú, y otros mediante regulación en los códigos penales y procesales penales como, Costa Rica, Cuba, Dominicana, Guatemala, se carece en el caso de Costa Rica de una ley especial sobre el procedimiento a seguir una vez llegado el momento de ejecutar la sanción penal y a nivel penitenciario (a excepción de materia Penal Juvenil), a diferencia de Estados como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Honduras, México Nicaragua, Uruguay y Perú, cuyos

ordenamiento jurídicos poseen leyes de ejecución penitenciaria o códigos penitenciarios.⁴³

Una de las situaciones que mas preocupa es la cantidad de disposiciones, leyes, decretos, circulares, reglamentos, sumados a disposiciones penales y procesales y a preceptos constitucionales, así como disposiciones jurisprudenciales que “conforman un heterogéneo panorama donde las superposiciones, contradicciones y vacíos legales no resultan infrecuentes”. (Rodríguez, M, 1992)

En Costa Rica mediante los decretos citados se establece la organización interna de los entes encargados del cumplimiento de las penas en el país. Siendo los siguientes órganos los facultados de ejecutar penas y controlar el sistema penitenciario nacional:

El Ministerio de Justicia y Paz, fue creado mediante la Ley N° 6739, y se define como:

Órgano del Estado Costarricense responsable de la rectoría en materia Penitenciaria; de la seguridad jurídica de los bienes muebles e inmuebles de sus habitantes; de la prevención integral de la violencia y el delito; del control de los espectáculos públicos que presencien los menores de edad; de promover una cultura de paz mediante la resolución alterna de conflictos; y de constituir el representante legal del Estado Costarricense, así como ser consultor de la Administración Pública.⁴⁴

Además, tiene adscrita la Dirección General de Adaptación Social, creada por la Ley N° 4762 cuyas sus funciones son:

1. La ejecución de las medidas privativas de libertad, dictadas por las autoridades competentes.

⁴³ Véase OEA, CIDH. <http://www.oas.org/es/cidh/>

⁴⁴ Tomado de sitio web <http://www.mjp.go.cr/Informacion/QuienesSomos>

2. La custodia y el tratamiento de los procesados y sentenciados, a cargo de la Dirección General.
3. La seguridad de personas y bienes en los Centros de Adaptación Social;
4. La investigación de las causas de la criminalidad.
5. La recomendación de las medidas para el control efectivo de las causas de la criminalidad.
6. El asesoramiento de conformidad con la ley a las autoridades judiciales;
7. Hacer las recomendaciones pertinentes en caso de tramitación de gracias y beneficios de acuerdo con el diagnóstico criminológico.
8. Coordinar los programas de la Dirección relacionados con la prevención del delito y su tratamiento con instituciones interesadas en este campo.
9. Proponer los cambios o modificaciones que la práctica señale a la presente estructura legal.
10. Estudiar y proponer todo lo que se relacione con los planes de construcciones penitenciarias.
11. Resolver y ejecutar los demás que le correspondan por ley.⁴⁵

Por su parte, el Instituto Nacional de Criminología es el encargado “de colaborar en la organización de los planes, los programas y proyectos para la atención de la población bajo la administración de Adaptación Social”. (MJP)

Son estas instituciones las comisionadas entre otras, de velar por el manejo de los centros penales y de los privados de libertad, propiamente en ejecución de la pena.

Respecto al ámbito Judicial, son los Juzgados de Ejecución de la Pena, los asignados para el conocimiento y resolución de las cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la condena.

La fase de Ejecución de la Pena inicia con una sentencia condenatoria firme. Esta

⁴⁵ <http://www.mjp.go.cr/Informacion/>

etapa se encuentra contenida de forma básica en el Código Procesal Penal entre los artículos 476 al 487 .⁴⁶

Como atribuciones del juez de Ejecución de la Pena, el numeral 482 del Código Procesal Penal establece “controlar el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las formalidades constitucionales y legales de la pena y de las medidas de seguridad. Pudiendo hacer comparecer ante sí a los condenados o a los funcionarios del sistema penitenciario, con fines de vigilancia y control”.

Les corresponderá especialmente:

- a) Mantener, sustituir, modificar o hacer cesar la pena y las medidas de seguridad, así como las condiciones de su cumplimiento.
- b) Visitar los centros de reclusión, por lo menos una vez cada seis meses, con el fin de constatar el respeto de los derechos fundamentales y penitenciarios de los internos, y ordenar las medidas correctivas que estimen convenientes.
- c) Resolver, con aplicación del procedimiento previsto para los incidentes de ejecución, las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecten sus derechos.
- d) Resolver, por vía de recurso, las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.
- e) Aprobar las sanciones de aislamiento por más de cuarenta y ocho horas, en celdas.

Por otra parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁷ en el artículo 112 establece las atribuciones correspondientes a los Juzgados de Ejecución de la Pena.

⁴⁶ Ley N° 7594, 1998, del 4 de junio de 1996

⁴⁷ Ley N° 7333 ,Gaceta 124 del 1 de julio de 1993 .

Artículo 112.- Los juzgados de ejecución de la pena conocerán:

- 1.- De las fijaciones de pena y las medidas de seguridad posteriores a la aplicada por el tribunal de sentencia.
- 2.- De las incidencias y los incidentes formulados en relación con las medidas de control y vigilancia, durante la etapa de ejecución.
- 3.- De la extinción, la sustitución o la modificación de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad impuestas.
- 4.- De los incidentes de ejecución, las peticiones, las quejas y los recursos interpuestos por las partes, en esta etapa del proceso.
- 5.- De los demás asuntos que la ley establezca.

Respecto a la forma de aplicar estas atribuciones, es el aspecto donde existe la gran nebulosa, pues se trata como se dijo anteriormente, de una serie de decretos, reglamentos, y circulares dispersos para poder conocer y entender el intrincado mundo -submundo- de las prisiones en el país.

Esta falta de legislación específica y de voluntad política de legislar al respecto, lleva a que se hagan nulos esos derecho establecidos legalmente.

SECCIÓN II: Sobre el proyecto de Ley N° 18867 e instrumentos jurídicos internacionales aplicables.

Actualmente, en la la Asamblea legislativa existe el proyecto de ley N° 18.867, denominado “Ley del Servicio Penitenciario Nacional y Acceso a la Justicia para la Ejecución de la Pena”, que ha venido a reemplazar el anterior expediente N °

16789, y entró a la corriente legislativa en agosto de 2013.⁴⁸

Este proyecto es bastante completo, respetuoso de la normativa internacional en materia de derechos humanos de las personas privadas de libertad, busca cumplir con la necesidad de una ley especial al respecto, y también condensar todas aquellas disposiciones sobre el sistema penitenciario y la ejecución de la pena que hoy se encuentran dispersas en normas de menor jerarquía.

Esto se deja ver desde su primer artículo, en el cual determina su ámbito de aplicación:

Artículo 1: La presente ley regula la ejecución de las medidas y penas privativas de libertad y sanciones alternativas, previstas en el Código Penal y leyes especiales, impuestas por los tribunales de justicia, conforme las disposiciones constitucionales y legales, así como las vías de acceso a la justicia para la población penal y la intervención de los juzgados de ejecución de la pena y otras autoridades judiciales (...)

De igual forma, y por su relevancia para este análisis, contempla la vigencia del principio de legalidad, donde somete la actividad desplegada por las autoridades intervinientes a la Constitución Política y a las normas de Derecho Internacional.

Artículo 2.- Principio de legalidad

La actividad de la administración penitenciaria y la ejecución de las penas se desarrollará conforme lo establecido por la ley y en el marco de respeto a la Constitución Política, las normas de Derecho Internacional y las resoluciones judiciales (...)

A grandes rasgos, se puede mencionar que dicho proyecto resulta novedoso y conveniente pues vendría a regular conforme los requerimientos internacionales en derechos humanos la situación de las personas privadas de libertad.

⁴⁸ Ver http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/Pginas/Proyectos

Establece mecanismos de acceso a la justicia y procedimientos de ejecución penal para las personas sentenciadas; Instaura principios de irretroactividad de la ley, imparcialidad, prohibición de analogía en perjuicio del privados de libertad, así como el principio de normalización de la vida en prisión, el respeto de la diversidad cultural, respeto a la dignidad humana, prohibición de tortura, tratos crueles o inhumanos, el maltrato, la aplicación automática de sanciones disciplinarias, prohibición del hacinamiento.

En el título segundo, fija los derechos de las personas privadas de libertad; persona privada de libertad como sujeto de derechos, derecho defensa, derecho petición, a la salud, a la comunicación, acceso a leyes, reglamentos que regulan el encierro, la visita general, la visita íntima, el derecho a la información, a la educación, formación y ocupación, a la integración familiar y comunal, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a actividades recreativas, deportivas y culturales, a la organización para fines lícitos, a la convivencia y protección de su integridad personal, al traslado que respete la dignidad humana, a recibir atención profesional, a incorporarse a procesos de atención a la drogodependencia entre otros.

En ese mismo título, capítulo segundo, se enlistan los deberes de las personas privadas de libertad; respeto de los bienes jurídicos fundamentales, convivencia adecuada, conservación de instalaciones, aseo personal, depósito de valores, objetos prohibidos.

Regula en el título III la administración penitenciaria, tanto en su ámbito administrativo, como lo relativo al consejo interdisciplinario. Reglamenta los programas de atención y modalidades de cumplimiento de las sanciones; programa de atención institucional, programa de atención en comunidades, programa de atención a mujeres.

En el título IV contempla el régimen disciplinario de las personas privadas de

libertad, los principios, las causas de justificación, el derecho de defensa; las medidas cautelares, las faltas y sus sanciones; el procedimiento a seguir, posibilidad de interponer recursos, etc. Además, se contemplan las medidas especiales de seguridad para controlar situaciones excepcionales.

En el título VI se encuentra lo relativo al acceso a la justicia, autoridades competentes y principios rectores en ejecución penal; legalidad, jurisdicción especializada, derecho defensa, intervención de la víctima, cumplimiento de pena para mujeres en condiciones de vulnerabilidad, posibilidad de gestiones por parte de familiares u otros. Así como Incidentes ante los juzgados de ejecución de la pena, creación de tribunales en alzada.

Y como aspecto también novedoso, regula las funciones de vigilancia penitenciaria, en donde específicamente se menciona la vigencia de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas. El artículo 207 “funciones de vigilancia penitenciaria” establece:

Por cada centro penitenciario existirá un expediente judicial en el juzgado de ejecución de la pena competente, donde se constituirán como partes la representación de la fiscalía y la defensa pública.

El juzgado de ejecución de la pena deberá visitar los centros carcelarios del programa de atención institucional, ubicados en su circunscripción territorial, al menos una vez al mes y en la visita deberá constatar las condiciones en que vive la población penal y el efectivo respeto de los derechos fundamentales y el cumplimiento de las reglas mínimas de las naciones unidas, el grado de ocupación de cada centro y la cobertura de los procesos de atención profesional de la población .

Como otra vertiente, en lo que se refiere a instrumentos jurídicos aplicables a la materia de estudio, habrá que mencionar que pese el enorme vacío legal en el país, a nivel internacional existe una serie de normativa que regula de forma clara,

expresa y con amplio sustento, los aspectos relacionados con la etapa de ejecución de la pena y del ámbito penitenciario. En el apartado correspondiente al S.I.D.H. se enlistaron .

Estos instrumentos han sido catalogados como “estándares mínimos universalmente reconocidos” importantes para la gestión de los centros penitenciarios y el tratamiento de las personas privadas de libertad, y se ha dicho que “han tenido un inmenso valor e influencia en el desarrollo de leyes, políticas y prácticas penitenciarias en los Estados en todo el mundo.”(UNODC)⁴⁹

El primero y más antiguo de ellos son las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, sancionadas en Ginebra en 1955; a ellas les siguieron los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad ó Reglas de Tokio.

Otros instrumentos establecen no solo “orientaciones políticas” sino normas obligatorias para los países que los han firmado y ratificado, como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y su Protocolo Facultativo. Este conjunto de instrumentos de las Naciones Unidas constituye lo que se para Carranza (2012) se podría designar como “*modelo penitenciario de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*”. (52)

A los ya citados podemos agregar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (1988), Principios de Ética Médica Aplicables a la Función del Personal de Salud, especialmente los Médicos, en la Protección de Personas Presas y Detenidas contra la Tortura y

⁴⁹ UNODC. Las Reglas De Las Naciones Unidas ParA El Tratamiento De Los Reclusos. Tomado de <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prisonreform/SMRbrochures/>

Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1982), Principios Básicos sobre el Empleo de la fuerza y de armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer cumplir la Ley (1990), Principios Relativos a la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (2000).

Respecto al contenido de estas regulaciones, se dirá -so pena de caer en un abrumador simplismo- que en estos documentos se establecieron las líneas generales, deseables, utópicas -si se quiere para la América Latina de estos tiempo y de otro hora- del qué y del cómo tratar la cuestión penitenciaria.

Ellas , grosso modo, se basan y reafirman la condición de persona humana y de dignidad e igualdad de cada privado y privada de libertad.

Desde la ya mencionada CADH (art 5) se fijaba como parámetro y preocupación el respeto por la dignidad humana y el derecho a la igualdad, siendo que también los otros instrumentos que la suceden recogen estos elementos claves en sus redacciones; por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7, 9 y 10), Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (en su preámbulo), Las Reglas Mínimas Naciones Unidas para Tratamiento de Reclusos “Reglas de Mandela”(principios rectores), Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (principio uno), Reglas de las Naciones Unidas Para El Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok) (preámbulo, artículos 11, 19, 20).

Por lo cuantioso, y porque excede además, el eje central del presente documento, de momento valga mencionar que estos instrumentos contienen una serie de derechos y principios que se deberían aplicar al momento de sufrir encierro, principios como trato digno, igualdad y no discriminación, principio de libertad personal, legalidad, debido proceso, control judicial de la pena, petición y

respuesta. Más derechos como, registro, separación por categorías, higiene y vestido, derecho a la alimentación, salud, ejercicio físico, derecho a contar con servicios médicos, al recreo, la educación, contacto con el mundo exterior, a la libertad de expresión, asociación y culto, medidas contra el hacinamiento. También establecen cómo deberían aplicarse las sanciones y la disciplina en el centro penitenciario, cuál debería ser la capacitación de los funcionarios, u otros relacionados como el derecho de información y de queja, las medidas a tomar solo en caso de emergencia, regulación del uso de armas y de la fuerza en los centros de reclusión, así como la obligación de los Estados de investigar y sancionar a los responsables de cometer actos de violencia contra las personas privadas de libertad.

De seguido, resta analizar de qué forma es posible -si lo es- la aplicación de las reglas que el derecho internacional de los derechos humanos recomienda para la vigencia de los derechos humanos de la población sometida a reclusión, en etapa de ejecución de la pena y en el ámbito penitenciario.

Mucho de ello se queda solamente en declaraciones de buena fe, o actos políticos debido a la realidad económica, social y cultural de los Estados, pero no por esto dejan de constituir logros y avances, que si han sido plasmados a nivel internacional, es como respuesta ante la constatación de “la suspensión de los correspondientes derechos humanos en relación con las personas consideradas responsables penalmente.” (Baratta,1990 26)

Como sostiene el autor,

Si la historia de los derechos humanos hubiera sido solamente la historia de una idea, ella se habría limitado a llenar de hojas escritas o imprimidas las bibliotecas, antes que llenar de violencia y de sangre el camino de los pueblos como ha sucedido y sucede hoy en día.(1990:20)

La situación se agrava ante “la desoladora ausencia de garantías” que aseguren esos derechos proclamados. De ahí, en parte “la divergencia abismal entre norma y realidad” como afirma Ferrajoli (2000: 45)

Finalmente, pero no de menor importancia, se cuenta con las resoluciones de la Corte IDH, que buscan garantizar los derechos conculcados y declarar las violaciones sufridas por quienes acuden a su intervención.

En particular, en relación con la privación de libertad y las condiciones mínimas que deben respetarse durante el encierro, se pueden mencionar sentencias en las que se han vertido declaraciones, aclaraciones e interpretaciones auténticas de los derechos instituidos en la CADH y demás instrumentos ya señalados.

En el Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Caitia) vs. Venezuela*, Sentencia del 5 de julio de 2006, párrafo 87, la Corte IDH enunció sobre los deberes de los Estados:

87. Por otro lado, el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.

Parte de los deberes y de las obligaciones del Estado, en su posición de garante lo son garantizar la vida y la integridad de la persona. Al respecto se ha dicho:

(...) de conformidad con el artículo 5 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatibles con su dignidad personal “ (...) el Estado debe garantizar a los recluso la existencia de

condiciones que respeten sus derechos fundamentales y una vida digna. (párr.102)

(...) las sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Sin embargo, las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel (...) (Lori Berenson vs. Perú, párr. 101.)⁵⁰

En Costa Rica, en el imaginario social prevalece la idea de un Estado democrático, pacífico, e igualitaria, respetuoso por tanto de los derechos humanos⁵¹. Pero no se concientiza sobre “los otros,”⁵² aquellos que “viven” en las cárceles, que sufren la tortura, tratos crueles inhumanos o degradantes; lo cual no consiste únicamente en agresiones o mutilaciones físicas evidentes, externas, sino que, también ocurren actos contra la integridad de los privados de libertad en condiciones como las que menciona la Corte IDH en la sentencia *Loayza Tamayo vs Perú*:

la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, [...] las restricciones al régimen de visitas [...], constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2 de la Convención Americana.(párr. 89)⁵³.

⁵⁰ Caso Lori Berenson vs Perú. Sentencia del 25 noviembre 2004. Igualmente, García Asto y Ramírez Rojas, párr. 223; y Penal Miguel Castro Castro, párr. 314.

⁵¹ Cf. Alvarez, G. (2012) El mito de la democracia costarricense. La constitucion de politicias en periodos de conflicto social. FLACSO, México.

⁵² Con exactitud señala García Borés (1995) “la cárcel está “envuelta” en un oscurantismo, se concibe alejada de la realidad propia, hecha para otros, diferentes de nosotros.(108)

⁵³ Sentencia del 17 de setiembre de 1997. Igualmente, Cantoral Benavides, párr. 89; Hilaire Constantine y Benjamin y otros, párr. 164, y Castillo Petrucci, párr. 197

Otro ejemplo de cómo se irrespetan en los centros penitenciarios lo preceptuado en el art. 5.4 de la Convención sobre separación por categorías indiciados-sentenciados. En el caso Tibi vs. Ecuador, la Corte encontró violentado el derecho estipulado en este artículo por cuanto no existía un sistema de clasificación de los detenidos en el centro penitenciario donde había permanecido detenida la víctima, por lo que esta tuvo que convivir con sentenciados quedando expuesta a mayor violencia. (párr. 158)⁵⁴

Otro tema en el cual se transgrede la Convención, es respecto al espacio que se debe dar a cada persona recluida. Indica la Corte IDH que “un espacio de aproximadamente 30 centímetros cuadrados por cada recluso es a todas luces inaceptable y constituye en sí mismo un trato cruel, inhumano y degradante, contrario a la dignidad inherente del ser humano y, por ende, violatorio del artículo 5.2 de la Convención.” (sentencia Montero Aranguren, párr. 91)

Sobre esto, se han venido emitiendo informes y resoluciones que señalan la gravedad de la situación en el país, donde hay sobrepoblación penitenciaria en la mayoría de prisiones.⁵⁵ Más alcances se dirán en el siguiente apartado.

SECCION III . Sobre la posibilidad de aplicar distintas fuentes del derecho en el cumplimiento de la sentencia penal. El Control de Convencionalidad y el Uso Alternativo del Derecho.

Ante la inexistencia de una legislación que fije los procedimientos para cumplir la sanción penal, así como los procesos a seguir dentro del sistema penitenciario,

⁵⁴ Sentencia de 07 de septiembre de 2004.

⁵⁵ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de la CIDH sobre Derechos de las Personas Privadas de Libertad, visitó algunas cárceles del país en febrero de 2016 encontrando serias violaciones a los derechos humanos. Puede consultarse el primer comunicado en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/032.asp>

que sea precisa, con rango de ley, que cubra los mínimos establecidos en los distintos instrumentos de protección de derechos humanos de población privada de libertad; la labor de control y de interpretación -en parte- ha venido siendo realizada -aunque de forma fragmentaria- la Sala Constitucional y recientemente por algunos jueces de ejecución de la pena. En cuanto al desempeño de la Sala Constitucional se dice fragmentado, por cuanto son múltiples sus pronunciamientos respecto a que no es un órgano de instancia para reclamos netamente de legalidad, ni relativos a lo que ocurre en el sistema penitenciario, ni en cuanto a las atribuciones de ejecución de la pena; teniendo que acudir la parte afectada, ante el Juez Ejecutor de la pena o el Ministerio de Justicia cuando considere le han violentado sus derechos.⁵⁶

Esa dualidad queda plasmada en la resolución N° 1611- 1998, que por abarcar ambos tópicos se transcribe en lo que interesa:

A la Sala no le corresponde determinar sobre la ubicación de los privados de libertad en los diversos ámbitos o niveles del sistema penitenciario nacional, pues ello le corresponde al Instituto Nacional de Criminología, a menos que se acredite que se procede con arbitrariedad o se produce un trato cruel o degradante en perjuicio de reo (...) por esa razón, cualquier disconformidad que el recurrente tenga respecto al nivel en que está ubicado, deberá plantearla ante el Instituto Nacional de Criminología, para lo que en derecho corresponda.⁵⁷

O en la resolución N° 3324-1998:

la figura del Juez de Ejecución de la Pena emerge como un garante de que la pena de prisión o la medida de seguridad se cumpla de conformidad con las

⁵⁶ Este criterio se puede observar en los votos número 1611-1998. 10-3-1998, 3324- 1998 y 21-5-1998

⁵⁷ Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia. San José, a las diecisiete horas con treinta y seis minutos del diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho.-

finalidades constitucional y legalmente dispuestas. (...) de manera que es ante él y no ante esta Sala donde puede ocurrir el petente en procura de obtener reparación a la lesión que reclama como infligida.⁵⁸

No obstante lo expuesto, en el ámbito carcelario, también ha ejercido un control de constitucionalidad, siendo reiteradas también las resoluciones donde la Sala Constitucional ampara los derechos humanos de las personas reclusas. Y constata la vigencia de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de reclusos, en el derecho interno. Como muestra el Voto N° 1032 del año 1996 decidió lo siguiente:

Tal y como ha dicho este Tribunal, los derechos de los reclusos deben ser considerados como derechos constitucionalmente protegidos, a la luz del artículo 48 de la Constitución Política: Para ese propósito es necesario tomar en cuenta las resoluciones (...) que adoptaron las 'Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos' (...) que son aplicables a nuestro país a la luz del artículo 48 de la Constitución Política que ha elevado todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a rango constitucional, los que deberán ser incorporados en la interpretación de la Constitución Política sobre todo en materia de derechos humanos.⁵⁹

Agrega la Sala Constitucional en el considerando VI del mismo voto:

(...) 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, en razón de ello no puede esta Sala, aceptar válidamente el argumento de la autoridad recurrida en el sentido de que "el sistema penitenciario viene atravesando esta situación debido a un considerable incremento de personas

⁵⁸ Amparo. Res: 03324-98 Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia. San José, a las quince horas nueve minutos del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

⁵⁹ Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia. San José, a las nueve horas tres minutos del primero de marzo de mil novecientos noventa y seis.

privadas de libertad a la orden de autoridades judiciales competentes. Ello deriva de un aumento elevado en el índice de delincuencia que lógicamente obedece a la crisis económica social que atraviesa el país, como puede observarse lo mencionado trasciende los límites institucionales y gubernamentales.-⁶⁰

No obstante, tal como critica el Juez Murillo Rodríguez (2013) de poco sirve reconocer todos estos derechos y garantías en el país sino se hacen ejecutar. (662).

Por otra parte, no por el hecho de que exista la figura del juez de ejecución de la pena en nuestros códigos, podemos suponer que el rol de estos jueces había sido el esperado. Sino hasta hace pocos años, donde la situación “vista por muchos e invisibilizada por todos” (o casi todos) sale a la luz, tras años de oscurantismo.

Fue así como se inició una aplicación y uso de las facultades que por ley, y a través de lo que se podría asociar como una *interpretación conforme*, y un *uso alternativo del derecho*, un Juzgado de Ejecución de la pena dictó una serie de resoluciones que evidenciaron no solo las claras violaciones de los derechos humanos sufridas por las personas privadas de libertad en Costa Rica, sino también muestran como es posible aplicar e interpretar el derecho de forma que se haga respetar las garantías tantas veces ratificadas por autoridades pero pocas veces puestas en práctica.⁶¹

Declarando que le legislación costarricense “no contiene una fórmula para enfrentar el fenómeno del hacinamiento”, pero que “ la laguna legal no nos exime de una directa intervención y solución efectiva”, al menos no si se toma “los

⁶⁰ Voto 1032-1996.Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia. San José, a las nueve horas tres minutos del primero de marzo de mil novecientos noventa y seis

⁶¹ En particular el Lic. Roy Murillo quien ha emitido varias resoluciones de cierre de ámbitos e incluso centros penitenciarios completos. En igual sentido recientemente La Licda. Xinia Pomares. Se ha instituido recientemente también el Observatorio Nacional contra la Tortura, o La Red Euro Latinoamericana para la Prevención de la Tortura y La Violencia Institucional (RELAPT)

derechos humanos en serio” y si se respetan “los principios básicos de un Estado que se supone Constitucional y Democrático”. (Murillo, R.,2013:658)

La inactividad de los jueces, se considera se debe en parte a lo que explica el jurista Walter Antillón (2016) sobre la forma errónea en que se conceptualizó la organización judicial en América Latina, en forma de “pirámide jerarquizada”, y la consolidación de la idea de una “Cúpula Judicial” equidistante y equivalente a la Cúspide Legislativa y a la Cúspide Gubernamental/Administrativa”, a la cual se le atribuyó “la titularidad de lo que se llamó Poder Judicial”; fue totalmente erróneo por cuanto “por su esencia, el titular del poder inherente a la función jurisdiccional sólo puede ser cada uno de los jueces de la República, donde queda excluida la jerarquía, no puede haber cúpulas”. (135)

Afortunadamente, existen posibilidades, así lo demuestran las resoluciones de jueces comprometidos y garantes de los derechos humanos. Existen facultades conferidas por ley para que éstos puedan hacer un *uso alternativo del derecho*, en el sentido de interpretar las normas y completar los vacíos con las normas de rango superior a la ley, basándose en la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre tratamiento de reclusos. Esto sería lo esperable en un sistema que se espera sea una democracia sustancial, bajo un modelo garantista. Donde ya se cuenta con el control de convencionalidad que viene a robustecer estas posibilidades de interpretación de las normas a favor de los derechos humanos. Por lo cual, no habría como seguir excusándose en cuestiones de legalidad para evitar cumplir con las funciones que la Constitución les demanda.

CONCLUSIONES

Con un panorama ya abarcado en sus términos generales, se llega a concluir que a través de las vías del Uso Alternativo del Derecho, los jueces de etapa ejecutoria de la sanción penal, podrían de forma legítima, sin quebrantar el principio de legalidad, interpretar y aplicar normas constitucionales y convencionales para garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas privada de libertad en Costa Rica.

Ni la inexistencia de una Ley procesal en materia de ejecución de penas, ni de una ley del sistema penitenciario nacional, justifican la inaplicación de los estándares mínimos internacionales en materia de personas privadas de libertad.

La negativa a interpretar y aplicar las disposiciones internacionales de derechos humanos vigentes en el país, es reflejo de los mecanismos de resistencia, o métodos que utilizan las estructuras y las clases dominantes para prolongar su control sobre las clases no favorecidas.

Al hablar de derechos humanos, es indispensable que se haga bajo una óptica no solo teórica o abstracta, sino recurriendo a la teoría de las necesidades, para comprender como a la persona privada de libertad se le restringe toda posibilidad de satisfacer las necesidades básicas, reales.

Resulta necesario resaltar que (...)

los derechos humanos son también conquistas irrenunciables, fines en si mismos (...). Precisamente, por su carácter final, ético, son también sumamente débiles, por lo que creo que no es exagerado afirmar que nunca están asegurados en ninguna sociedad, y por lo tanto precisan siempre de una defensa enérgica y nada ambigua. (Atienza, 2008: 136-137)

Cuando a una persona no se le dan las posibilidades de satisfacer las potenciales necesidades se perpetua el control sobre los dominados y la estructura de clases, por tanto la injusticia social.

Respecto a la protección de derechos humanos, el rol del SIDH ha sido claro, diplomático en muchos casos, pero no por ello complaciente, emitiendo sus resoluciones para acuerpar la doctrina del control de convencionalidad, como expresión de los numerales 1 y 2 de la C.A.D.H.

Se resalta que el material controlante, lo constituye tanto las normas de la CADH como las interpretaciones de estas normas, rendidas en distintas formas jurídicas por la Corte IDH. Que en el caso de Costa Rica esto ha sido ampliamente admitido por la Sala Constitucional.

Se advierte que Costa Rica como República Democrática, cuyo gobierno marcado por la división de poderes, no debe perder de vista que “el consenso es la fuente de legitimidad democrática de las funciones políticas de gobierno, pero solamente dentro de los límites y con los vínculos establecidos por las Constituciones. Pero no es la fuente de legitimidad de otras funciones públicas. Y no lo es, en particular, de esa clásica función de garantía que es la función judicial”. (Ferrajoli, 2013:170)

Es importante que la democracia sustancial, el garantismo como modelo, sean el marco en cual se desarrolle la aplicación del U.A.D. pues tienen como eje central la Constitución y los derechos fundamentales.

La figura del juez por tanto, dentro de estos modelos, tendrá un papel esencial, este constatará no solo la validez de las normas del derecho, sino también su efectividad. Y ello deberá realizarlo sin presiones internas ni externas.

Se considera que la forma en que está dispuesta la organización dentro del Poder Judicial es una manifestación más de la violencia estructural. Pues la cúspide ejerce control que cala en la psique del juez penal y le “paraliza” a emitir juicios

de derecho, por temor a la “inmovilidad” (y por qué no decirlo- por el conocido “principio de aseguramiento del puesto” coloquialmente dicho).

Que cada vez que se dan a conocer las violaciones que sufren miles de personas dentro de las prisiones y no se hace nada al respecto, es ejemplo de la categorización de las personas en sujetos de derechos y no sujetos de derechos, ó no personas, ó “ciudadanos de segunda categoría”. “Los otros delincuentes” diferentes de “nosotros los no delincuentes”. Con ello se asegura el status quo, se prolonga por tanto la estructura social.

Como lo advertía la criminología crítica “la criminalidad no es una cualidad natural de sujetos y de comportamientos, sino una cualidad atribuida a ellos a través de procesos de definición (Baratta, 1990: 31) por lo que esta categorización , división en premeditada, es deseada y su perpetuación es modificable, no es una condición inevitable.

Se constata que Costa Rica cuenta con una amplia gama de disposiciones jurídicas y de jurisprudencia de Sala Constitucional que avala el uso de instrumentos internacionales de derechos humanos, convirtiéndolos en categoría de derechos constitucionales, como el caso de aquellos contenidos en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos. Se pudo estudiar como el artículo 7 de la Constitución Política, establece que los Tratados y Convenios Internacionales debidamente aprobados, tiene autoridad superior a las leyes. A más, el art. 48 Ley de Jurisdicción Constitucional determina que en materia de derechos humanos las disposiciones internacionales tienen igual rango que la Constitución y si otorgan mas derechos - vía jurisprudencial- se ha dicho que priman incluso sobre ella (Res.Nº 2313-95.)

Así como, que el Estado costarricense, promotor de los derechos humanos, en lo teórico al menos, se comprometió con la ratificación de la CADH a respetar y

garantizar los derechos en ella contenidos, así como adoptar las disposiciones necesarias para su efectivo cumplimiento.

No obstante, se verifica que pese a esa amplia predisposición de adoptar teóricamente normas proteccionistas de derechos humanos, lo cierto es, que en la praxis operan otras “fuerzas” y que no se cumple con lo firmado en el papel.

La propia Sala Constitucional, elude exigir el cumplimiento de sus resoluciones a los demás órganos estatales, cuando de respeto de derechos humanos de población privada de libertad se refiere. Y se conforma pasiva con su incumplimiento. Que con ello, podría reflexionarse si buscan como advertía Rivera Beiras, el “cumplimiento de una función ideológica que otorga la apariencia de un control” pero que contribuye así a la perpetuidad de la institución carcelaria?”

Que en igual línea trabajan los jueces ejecutores de la pena, quienes con poquísimas excepciones, no realizan la función encomendada por ley y tantas veces plasmada en las sentencias de la Corte IDH sobre su papel vigilante en la cárceles.

Frente a esta problemática hay que tener presente que la función de la penas no es solo de castigo, de retribución, ni mucho menos de resocialización, su función simbólica claramente pasa por dejar un mensaje a la sociedad, por una construcción que nos identifica a “nosotros los no delincuentes”, por sobre “los otros los delincuentes”, reproduciéndose esa estructura violenta de Gaultung “de los de arriba encima de los de abajo”.

No podemos conformarnos con leer la jurisprudencia emitida por Sala Constitucional, y “llenarnos el pecho” con los enunciados que colocan a los derechos de los privados de libertad, según las Reglas Mininas (registro, separación por categorías, espacios apropiados, higiene, alimentación, salud, derecho de queja, contacto con el mundo exterior, privilegios, recreo, ejercicio físico , entre otros) equiparados a derechos constitucionales mediante

jurisprudencia constitucional. Esto será tarea de la historia. Es labor nuestra explorar la efectividad de esas resoluciones, hacer notar como se quedan en el papel, como ya se mencionó, como invisibilizan la situación precaria que desde siempre han vivido estas personas en las cárceles “ticas”.

Se comparte la afirmación de Murillo, R. (2013)

Nos encontramos ante un evidente ejercicio de terror de Estado que no es válido en una democracia y que no puede prolongarse sino que, por el contrario, se hace necesario cesar con urgencia. Ya no se trata solo de hacinamiento sino de una infraestructura y condiciones penitenciarias deterioradas y lesivas de la dignidad humana.

Para atacar esta situación, se determina que el problema no se reduce a la validez formal de las normas, como se viene discutiendo en nuestro país, sino que hay que enfocarse en el tema de la vigencia de éstas, en su validez sustancial, sea su efectividad. Si las normas como se han venido aplicando resultan insuficientes, habrán de complementarlas con los “valores que irradian de la Constitución” y con métodos novedosos, alternativos y legales.

Si se desea revertir esta situación se considera viable hacer uso de La “jurisprudencia alternativa”, quitándole el “monopolio ideológico de la legitimidad” a la aplicación oficial y usual del derecho en el país, “reivindicando la superioridad de las normas constitucionales sobre cualquier otra fuente y vertiendo por vez primera la acusación de ilegitimidad sobre el derecho vigente y sobre las prácticas judiciales dominantes.” (Ferrajoli, citado por Ibañez, 2013:19)

Para ello, por medio del U.A.D. “no se propone romper el ámbito de legalidad”, se sino “que el juez cumpla con su deber”, aplicando control de las normas nacionales, respecto a al Constitución y las convenciones.

Que el movimiento del uso alternativo como se gestó en América Latina se distancia de la realidad política e institucional costarricense, y por ello parece mas apropiado hablar para esta región del orbe de un Derecho alternativo. Por lo tanto, hablamos aquí de hacer un uso alternativo del derecho en los términos de la teoría europea, o sea confrontando la “función real del derecho en la sociedad”. “Develando el mito del apoliticismo del juez” y colocando la Constitución Política y el sistema democrático como ejes de actuación.

Aceptando que el ordenamiento jurídico es incompleto y contradictorio pero que esto puede mejorarse jurisprudencialmente, bajo la perspectiva de libertad e igualdad, con ello construir una “organización de las relaciones” sociales diferentes a la actual.

Se considera que estaría dentro de los márgenes de actuación posibles de los jueces y las juezas de ejecución de la pena, al menos trabajar sobre los ejes de acción en que se concentra el uso alternativo del derecho: crítica de la ideología técnica y neutral de la jurisdicción; descubrimiento de la Constitución como norma fundamental que irradian el resto del ordenamiento jurídico; en la práctica elegir los valores constitucionales en la interpretación de la ley, obteniendo así “máxima independencia” en sus resoluciones.

Se valora que a nivel regional el SIDH mediante la técnica de *interpretación conforme* , brinda una herramienta poderosa para que en “lo cotidiano” el juez pueda recurrir a ella y realizar una interpretación armoniosa de las normas internas respecto a las de derecho internacional de derechos humanos en beneficio de la población privada de libertad. Donde privará el interés por el derecho humano a proteger y no la legalidad *per se*. Esta *interpretación conforme* puede ser aplicada por todos los jueces, sin importar la jerarquía, a ella están llamados todos, teniendo como parámetro únicamente la Constitución Política y los derechos humanos. Con lo que se confirmaría la hipótesis inicial.

Con ello queda manifiesto que la forma en que interpreten las normas jurídicas puede ser dispositivo para reproducir la violencia estructural, para perpetuar la hegemonía de algunos 'los de arriba 'sobre los de abajo' O para adecuar las normas internas al derecho internacional de los derechos humanos.

De ahí, la necesidad de estar alerta, de hacer notar estas "verdades" y como enseña el criminólogo Jock Young (2011) con ello "crear un momento de incertidumbre que contribuya de alguna forma al aumento del escepticismo"⁶²

⁶² Así citado en Carlen, P. (2015:166)

BIBLIOGRAFÍA

Atienza (2008) Marx y los derechos humanos. Palestra editores, Lima, Perú, 1 ed.

Antillón, W. (2016) Tríptico de la Justicia. *En Revista Crítica Penal y Poder*. N° 10, marzo, pp.134-145 OSPDH. Universidad de Barcelona. Disponible en <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder>

Baratta, A.(1990) Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. *En Revista IIDH* , vol. 11 enero-junio, pp12-28. Recurso electrónico disponible en <http://www2.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb>

Bergalli, R. (1991) Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿ Conviene seguir usando la expresión uso alternativo del derecho?. *En El Otro Derecho*, vol 4, N°1, 1992, ILSA, Bogotá, Colombia.

Bergalli, R. &Silveira, H.(2001) Pietro Barcellona y sus Compromisos: de la política del Derecho a la Democracia como Forma de Vida, pp 221-246. Universidad de Barcelona. Disponible en <http://www.academia.edu/1511102>

Carlen, P. (2015) Una criminología justa, imaginativa y autónoma. El legado de Yock Young. *En Revista Crítica Penal y Poder*. N° 8, marzo, pp. 154-168 OSPDH. Universidad de Barcelona, Recurso digital disponible en <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder>

Carranza, E. (2007) Cárcel y Justicia penal: el modelo de los derechos y deberes de las Naciones Unidas. Sistemas Penales y Derechos Humanos. *En Seminario Sistema Penitenciario*, pp19-39, México.

Carranza, E. (2012). Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?. *Anuario de Derechos Humanos* , N°8, pp. 31 - 66. Tomado de <http://www.anuariocdh.uchile.cl/>

Corte Interamericana Derechos Humanos, (2010) Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nota 83, p. 2. Tomado <http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs>

De la Torre, J. (2002), Algunos fundamentos teóricos del uso alternativo del derecho desde la judicatura. Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. *En el Otro Derecho*, N° 26-27, abril, pp 229-243.

De la Torre, J. (2006), El Derecho como Arma de Liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho. Centro De Estudios Jurídicos y Sociales. Disponible en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/torre.pdf>

Diabéne, O. (1986). En torno a la estabilidad Política de Costa Rica: Tres Paradigmas, dos conceptos, una formula. *En Anuario de Estudios Centroamericanos, Universidad de Costa Rica* 12 (I), p 41-52. Disponible en <http://revistas.ucr.ac.cr>

El Khoury Issa (1992) Penas alternativas y ejecución penal. En *Revista de Ciencias Penales* N° 6, diciembre, pp 58-64. Tomado de www.cienciaspenales.cr.com

Estado de la nación (2013) Capitulo tercero. La estabilidad democrática en la Costa Rica contemporánea. http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/

Ferrajoli, L. (1995) Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta S.A, Madrid.

Ferrajoli, L. (2000), Garantías. En *Jueces para la Democracia*, N° 38, julio,2000. Pp. 39-46.

Ferrajoli, L.(2006 a) Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales , *Doxa*, Cuadernos De Filosofía Del Derecho N° 29, pp. 15-31

Ferrajoli, L. (2006 b) Sobre los Derechos Fundamentales. En *Cuestiones Constitucionales*, N° 15, julio-diciembre. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/>

Ferrajoli, L. (2013) Las Fuentes de Legitimación de la Jurisdicción·Traducción de Miguel Carbonell , pp. 169-184. <http://biblio.juridicas.unam.mx>

Fix Zamudio, H. (2006) Reflexiones sobre la estructura y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Colegio Nacional, pp. 71-128

Galtung, J. (1989) Violencia Cultural. Gernika Gogoratuz, documento N° 14. Tomado de <http://www.gernikagogoratuz.org/web/>

García-Borés, J.(1995 b) La cárcel. En Aguirre , A. y Rodríguez , A. (Eds): *Patios abiertos, patios cerrados. Psicología cultural de las instituciones*, pp 93-115 (doc. Policopiado)

Hernández Valle, R. (2011) Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*. Imprenta Nacional de la agencia estatal. Boletín oficial del estado, Madrid.

Ibañez, P. (2006) Desmemoria o impostura? Un torpe uso del 'uso alternativo del derecho. En *Jueces para la democracia* N° 55. pp 8-14

Ibañez, P.(2013) Jurisdicción y Estado Constitucional en Luigi Ferrajoli. Anuario Filosofía del Derecho. pp.13-33. Disponible en <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios>

Larregle, A. (1993a) Los Servicio Legales en América Latina. Evolución de los roles, nuevos desafíos. Recurso electrónico Tomado de <http://base.d-p-h.info/en/fiches/>

Larregle, A. (1993b) Debate sobre el uso alternativo del derecho - América Latina-Europa. Archivo digital. Tomado de <http://base.d-p-h.info/fr/fiches>

Laso Pietro (1977) Hacia un nuevo uso alternativo del derecho. En *Revista Argumentos* N°

3, julio, Madrid. Disponible en <http://www.wenceslaoroces.org/arc/laso/articulos/argumentos/index.htm>

Laso Prieto, J. M.(1978) Sobre el uso alternativo del derecho. EL Basilisco, N° 2, mayo-junio, junio, Madrid. Tomado de <http://fgbueno.es/bas/pdf/bas10216.pdf>

Llobet, J. (2007) Derechos humanos y justicia penal. Artes Gráficas- Poder Judicial, Costa Rica.

Mac- Gregor (2011) Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. En *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, pp. 531 - 622. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4039895>

Muñoz Gómez (1988) Reflexiones sobre el uso alternativo del Derecho. En *El Otro Derecho* N° 1. Agosto , ILSA, Bogotá D.C., Colombia pp

Murillo, R. (2013) Prisiones y Hacinamiento crítico en Costa Rica: Intervención necesaria de los tres poderes del Estado. En *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*. Número 5. pp. 655-680. Disponible en www.revistas.ucr.ac.cr

Ortiz Leroux. (2007) República y republicanismo: una aproximación a sus itinerarios de vuelo. En *Argumentos México*, vol.20 , N° 53 ene./abr. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57952007000100001

Ortiz, O. (1976), Estado Social De Derecho . En *Revista de ciencias jurídicas* N° 29-1976. Tomado de <http://revistas.ucr.ac.cr/>

Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. (2013) Opinión Consultiva ex officio N° 006/2013. Disponible en https://www.unodc.org/documents/ropan/TechnicalConsultativeOpinions2013/Opinion_6/OTC_006.pdf

Pelayo Moller, C.(2011) Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humano, México.

Rivera Beiras (2004) Recorridos y posibles formas de la penalidad. Universitat de Barcelona.

Rivera Beiras (2007) Los derechos fundamentales de los reclusos: la construcción jurídica de unos derechos devaluados: Sistemas penales y derechos humanos. En *Seminario sistema penitenciarios*, México,2007. Pp 39-73

Rivera Beiras (2011) La Memoria. Categoría epistemológica para el abordaje de la historia y las ciencias penales. En *Revista Crítica Penal y Poder*. N° 1, septiembre OSPDH, Universidad de Barcelona, pp. 40-55

Rodríguez Manzanera (1992) Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América latina y el Caribe. Panorama de las alternativas a la prisión en América Latina (países de sistema penal de herencia continental-europea) *ILANUD*, ediciones De Palma, Buenos Aires. Tomado de <http://unpan1.un.org>

Romero Pérez (2005) El derecho de los tratados. En *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 108 setiembre-diciembre, pp 11-32. Disponible en <http://revistas.ucr.ac.cr>

Sagüés, N. (2010a) Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. En *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, 2010, pp. 117 - 136.

Sagüés, N. (2010b) El Control De Convencionalidad como Instrumento para la Elaboración de un Lus Commune Interamericano, pp. 449-468

Sánchez Rubio (1994) Filosofía de la liberación y derecho alternativo. Aplicaciones concretas para una apertura de diálogo. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Disponible en www.juridicas.unam.mx

-Souza, M.L (1999) La individualidad postmoderna. Una lectura del pensamiento de Pietro Barcellona y Boaventura de Souza Santos. En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 2, . Disponible en <http://www.uv.es/CEFD/2/Souza.html>

-Souza , M L (1998) Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica . *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 15, pp. 233-256. Artículo digital.

NORMATIVA:

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (aprobadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 131° periodo ordinario de sesiones, del 3 al 14 de marzo del 2008). Disponible en <https://www.cidh.oas.org/>

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N.Doc A/CONF.39/27 (1969), Viena, 23 de mayo de 1969 . Disponible en https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf

Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 196p. Disponible en <https://www.oas.org/>

- Constitución Política de Costa Rica, del 07 de noviembre de 1949. Digitalmente en <https://www.poder-judicial.go.cr/saladecasacionpenal/index.php/normativa/codigos-y-leyes>

Ley N° 6739 , 28 de abril de 1982. Ley que crea el Ministerio de Justicia y Paz. Disponible en www.asamblea.go.cr

Ley N° 4762, del 8 de mayo de 1971, Ley que crea la Dirección -General de Adaptación Social. Tomado de www.asamble.go.cr

Ley N° 7333, del 1 de julio de 1993, Ley Orgánica del Poder Judicial. Disponible en <https://www.poder-judicial.go.cr/saladecasionpenal/index.php/normativa/codigos-y-leyes>

Ley N° 7594, de 4 de junio de 1996, Código Procesal Penal. Disponible en <https://www.poder-judicial.go.cr/saladecasionpenal/index.php/normativa/codigos-y-leyes>

Ley N° 4573, del 4 mayo de 1970, Código Penal. <https://www.poder-judicial.go.cr/saladecasionpenal/index.php/normativa/codigos-y-leyes>

Proyecto de Ley N° 18876, Ley del Sistema Nacional Penitenciario y de Acceso a la Justicia para la Ejecución de la Pena, Expediente 18876 .
[http://www.asamblea.go.cr/Centro de informacion/Consultas SIL/Pginas/Proyectos](http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/Pginas/Proyectos)

RESOLUCIONES- JURISPRUDENCIA:

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Caso Almonacid Arellano y otros vs. gobierno de Chile.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 24 de noviembre de 2010. Caso Guerrilha do Araguaia vs. Brasil.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 07 de septiembre de 2004. Caso Tibi vs. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 25 de noviembre de 20014. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia DEL 5 DE JULIO DE 2006, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Caitia) vs. Venezuela

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Sentencia N° 9685-00, de las 14:56 hrs. del 1 de noviembre de 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Sentencia N° 5759-93, de las catorce horas y quince minutos del día diez de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Sentencia N° 2313-

1995, de las dieciséis horas con dieciocho minutos del día nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica Sentencia N°9685 -2000, de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del primero de noviembre de dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Sentencia N°1774- 97 del primero de abril de 1997.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Resolución N° 1611- 98 de las diecisiete horas con treinta y seis minutos del diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica. Sentencia N° 3324-98, de las quince horas nueve minutos del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica , Sentencia N° 1032-1996, de las nueve horas tres minutos del primero de marzo de mil novecientos noventa y seis.