



Dr. Javier Llobet Rodríguez

DERECHOS HUMANOS y Justicia Penal

Dr. Javier Llobet Rodríguez

DERECHOS HUMANOS y Justicia Penal



323

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

ISBN: 978-9968-770-42-2

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

Especialista en contenido: Javier Llobet Rodríguez

Coordinador del proyecto: Gustavo Céspedes Chinchilla

Revisión de contenidos: Gustavo Céspedes Chinchilla

Consejo Editorial ad hoc: Consejo Directivo. Escuela Judicial.
Integrantes:
Ana Virginia Calzada Miranda
Marvin Carvajal Pérez
Víctor Ardón Acosta
Horacio González Quiroga
Francisco Dall' Anese Ruiz
Marta Iris Muñoz Cascante
Jorge Rojas Vargas

Asesoría didáctica: Sonia Méndez González
Sigifredo Rojas Vargas

Asistente de investigación: Mario Fco. Piedra Díaz

Revisión filológica: Irene Rojas Rodríguez

Diagramación y revisión
de diagramación: Departamento de Artes Gráficas, Poder Judicial
Adrián Alfaro Obando, Escuela Judicial

Diseño de portada: Sheyla Quesada Valverde

Edición 2007

Reservados todos los derechos
Hecho el depósito de Ley

Impreso por:
Departamento de Artes Gráficas, Poder Judicial.

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

El artículo 379 del Código Penal de 1970 (según la reforma introducida por Ley 8272 del 2-2-2002) dispone, con el título Crímenes de lesa humanidad:

Se impondrá prisión de diez a veinticinco años a quien cometa u ordene cometer, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, actos que puedan calificarse como crímenes de lesa humanidad, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte, relativos a la protección de los derechos humanos, y del Estatuto de Roma (el subrayado no es del original).

A estos artículos se suma el 374 del mismo Código, que regula los Delitos de carácter internacional (según la reforma introducida por Ley 8127 del 29-8-2001) estableciendo:

Se impondrá prisión de diez a quince años a quienes dirijan organizaciones de carácter internacional dedicadas a traficar con esclavos, mujeres o niños, drogas y estupefacientes, o formen parte de ellas, cometan actos de secuestro extorsivo o terrorismo e infrinjan disposiciones previstas en los tratados suscritos por Costa Rica para proteger los derechos humanos (el subrayado no es del original).

2.2. El valor jurídico de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en Costa Rica

2.2.1. El valor jurídico de los tratados internacionales sobre derechos humanos en Costa Rica

Cuando se reconoce el carácter autoejecutivo como regla de los tratados internacionales sobre derechos humanos, de modo que los mismos se integren dentro del sistema de fuentes del derecho de un Estado determinado, surge la pregunta sobre su rango jurídico, de acuerdo con el orden jerárquico de las normas jurídicas.

Debe tenerse en cuenta que los tratados internacionales requieren un proceso de incorporación a la legislación interna, lo que implica que, en general, no basta con firmar un tratado, sino que se necesita posteriormente la ratificación del tratado, para lo cual la legislación interna establece un procedimiento.

En lo que atañe al valor jurídico de los tratados internacionales sobre derechos humanos, existen diferentes posiciones, de las que se tiene reflejo durante el período de vigencia de la Constitución de 1949.

En diversos países se establece que dichos convenios tienen el mismo valor jurídico que una ley, como consecuencia, de que tiene aplicación la norma que establece que una ley posterior deroga a la anterior, por lo cual podría llegarse a derogar un tratado internacional, como fuente del derecho interno, por una ley que se dictara luego³⁸. Esta posición plantea toda una problemática desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, ya que el estado no podrá justificar la violación del tratado internacional con el argumento de que el mismo, a lo interno del país, ha sido derogado por una ley posterior. Es importante anotar que el artículo 7 de la Constitución Política de 1949, en la versión original, o sea la aprobada por la Asamblea Constituyente, no indicaba cuál era el rango jurídico de los tratados internacionales, lo cual llevó a algunos a sostener que siendo el tratado ratificado por una ley, tendría el rango jurídico de una ley.

Una segunda posición lleva al carácter superior a las leyes de los tratados internacionales sobre derechos humanos, pero inferior a la Constitución Política³⁹. Es relevante anotar que por ley del 29 de mayo de 1968 se modificó el artículo 7 de la Carta Magna costarricense, y se dispuso en el primer párrafo: 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.

Con base en este mismo artículo se llegó a sostener que en general los diversos tratados internacionales, entre ellos los relativos a derechos humanos, tenían un carácter superior a la ley, aunque inferior a la Constitución Política. Esa era la posición sostenida por la Corte Plena, por ejemplo en la sesión N°. 28-86, arriba citada. Sin embargo, la tendencia del derecho comparado es concederles a los tratados internacionales sobre derechos humanos un rango constitucional o, incluso, supraconstitucional⁴⁰.

La Sala Constitucional inicialmente hizo mención del carácter constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica. Así, en el voto 1147-90 del 21 de setiembre de 1990 dijo que los mismos:

38 Sobre ello: Piza Rocafort, Trejos (1989, pp. 90-92).

39 Acerca de esta posición: Piza Rocafort, Trejos (1989, pp. 89-90).

40 Véase: Piza Rocafort, Trejos (1989, pp. 92-93).

(...) tienen, no solo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución, sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma.

Esto lo dedujo la Sala Constitucional de la reforma al artículo 48 de la Constitución Política, introducida por Ley 7128 del 18 de agosto de 1989, en cuanto estableció la posibilidad de que a través de un recurso de amparo se reclame la violación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la república.

Es importante anotar que la Ley de la Jurisdicción Constitucional, aprobada por Ley 7135 del 11 de octubre de 1989, que creó la Sala Constitucional, estableció en el artículo 1 como objeto de la jurisdicción constitucional:

(...) garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.

Con posterioridad, la Sala Constitucional llegó a afirmar, incluso, la supraconstitucionalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica, con fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política, arriba mencionado. De esta manera, sostuvo que en cuanto al valor jurídico de los tratados internacionales debe hacerse una distinción, de modo que los tratados internacionales sobre derechos humanos tengan un carácter constitucional, imponiéndose sobre la misma Constitución cuando establecen mayores derechos que esta, con base en el principio *pro homine*⁴¹.

Al respecto debe resaltarse el voto 3435-92 del 11 de noviembre de 1992, ordenado por la Sala Constitucional, que conoció de un recurso de amparo en contra del rechazo de una solicitud de naturalización. Se cuestionó en dicho fallo el artículo 14, inciso 5) de la Constitución Política, de acuerdo con la reforma introducida por Ley 7065 del 21 de mayo de 1987, que indica que son costarricenses por naturalización: la mujer extranjera que

41 Al respecto: Hernández Valle (1995, pp. 95-96).

habiendo estado casada durante dos años con costarricense y habiendo residido en el país durante ese mismo período, manifieste su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense. Se discutía el carácter discriminatorio que tenía la referencia a que solamente la mujer en tales circunstancias podía optar por la naturalización, pero no se establecía un derecho equivalente al hombre extranjero que fuese casado con una costarricense. La Sala Constitucional declaró con lugar el recurso de amparo, basándose en la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2 y 7), la Declaración Americana de Derechos Humanos (art. 2), la CADH (arts. 1 y 24) y el PIDCP (arts. 3 y 26). Dijo:

(...) Es incuestionable que el inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política contiene una disposición que resulta inaplicable por ser contraria a los valores fundamentales de la Carta en cuanto a igualdad jurídica y su complemento de no discriminación, tutelados con igual trascendencia por las normas internacionales, cuyo efecto erga omnes es de obligada vigencia y acatamiento en el ámbito nacional por su misma naturaleza y por imperativo del artículo 48 de la Constitución. La simple comparación de las normas transcritas con la disposición cuestionada demuestra que el beneficio concedido exclusivamente a la mujer extranjera casada con costarricense, constituye una discriminación en perjuicio del hombre extranjero casado con una ciudadana costarricense, contra quien crea artificialmente una desventaja pues le sustrae beneficios por razones de género, contraviniendo con ello el espíritu constitucional y universal de igualdad y no discriminación. Dicha disposición atenta, además contra la igualdad y unidad matrimoniales que, también son valores tutelados por el ordenamiento interno e internacional, al decir la Carta en sus artículos 51 y 52 (...). Adviértase que en la especie la desigualdad que hiere los intereses del recurrente no es una simple diferenciación razonable y objetiva, sino un tratamiento evidentemente injustificado, infundado y desproporcionado, producto de condicionamientos sociales, culturales, económicos y políticos felizmente superados, tratamiento que actualmente resulta lesivo para la dignidad humana en lo particular, como derecho subjetivo positivo concreto a la igualdad, y para la unidad familiar como derecho social objetivo, desde el momento en que establece una restricción odiosa que atenta, por discriminación, contra el equilibrio jurídico y espiritual de la familia, también tutelado por la Constitución y por el ordenamiento internacional y por ello patrimonio subjetivo del ofendido. La norma impugnada crea una especie de marginación que afecta al núcleo familiar y por ende a la sociedad en su conjunto desde el momento en que un integrante de esa

comunidad es tratado de manera diferente, cercenando sus derechos igualitarios y colocándolo en situación social de desventaja, frente a su esposa, sus hijos y demás familiares; con ello se resiente el sentido de justicia. De acuerdo con lo expuesto, la disposición cuestionada, que no establece, criterios fundamentales de convivencia, carece de vigencia y aplicabilidad frente a los principios fundamentales que establece la Constitución Política y los Convenios Internacionales, para quienes la igualdad y no discriminación son derechos genéricos, y por ello piedra angular, clave, de nuestro ordenamiento; son valores superiores que configuran e impregnan la convivencia democrática de la Nación y del estado social de derecho vigente. La discriminación señalada cede frente a principios de rango superior dado que la desigualdad en comentario no tiende a proteger una finalidad superior, concreta, dirigida a crear, proteger o fomentar intereses comunes superiores sino a discriminar contra derechos subjetivos. II.- En aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, y en el ejercicio de las facultades que le otorga la Constitución a esta Sala, se dispone que cuando en la legislación se utilicen los términos hombre o mujer, deberán entenderse como sinónimos del vocablo persona, y con ello eliminar toda posible discriminación legal por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados. Por las razones anteriores procede acoger el recurso y concederle al recurrente los derechos denegados por aplicación del inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política, en cuanto reúna los requisitos legales y constitucionales aplicables, normativa que las autoridades deberán acatar en situaciones similares a la recurrida.⁴²

Referente a este voto, es importante citar lo dicho por Luis Paulino Mora y Nancy Hernández en 1996:

Esta es una de las sentencias más polémicas que ha dictado la Sala Constitucional, y sin duda la única en su género, pues mediante un

42 Este criterio ha sido sostenido por la Sala Constitucional en otros votos, incluido el voto de mayoría de la reelección presidencial, N°. 2771-2003 del 4 de abril de 2003. Con respecto al mismo tema tratado en el voto 3435-92 de la Sala Constitucional, véase también: voto 5778-98 del 11-8-1998.

recuso de amparo se interpretó una norma constitucional en contra del sentido de su texto expreso, con utilización de instrumentos internacionales de derechos humanos (...). En esta sentencia se declara inconstitucional la palabra 'mujer', contenida en el inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política (...). Este es el único caso que existe a la fecha, en que para anular una palabra, contra texto expreso de la Constitución, se utilizaron instrumentos internacionales de derechos humanos; no obstante, existen muchos otros en que (...) se utilizan estos instrumentos como parámetros de interpretación constitucional y de sus principios derivados⁴³.

El carácter superior a la misma Constitución de los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica, cuando conceden mayores derechos que esta, ha sido reiterado por la Sala Constitucional en diversos votos, por ejemplo los votos 1319-97 del 4 de marzo de 1997; 6830-98 del 24 de setiembre de 1998 y 9685-2000 del 1º de noviembre de 2000⁴⁴.

2.2.2. El valor jurídico de instrumentos internacionales sobre derechos humanos no aprobados a través de un tratado internacional

El artículo 48 de la Constitución Política, conforme a la reforma supracitada introducida en 1989, establece que puede reclamarse a través de un recurso de amparo la violación de (...) los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República (...) (el subrayado no es del original). El artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece entre el objeto de la jurisdicción constitucional, garantizar la supremacía y uniforme

43 Mora Mora, Hernández (1996, pp. 74-78).

44 En el voto 1147-90 del 21-9-1990, la Sala Constitucional hizo mención de que existe una serie de principios y normas internacionales de derechos humanos, que tienen, no solo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución, sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma. En ese voto se le dio un valor constitucional a los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica. En el voto 1671-96 del 12-4-1996 se hizo referencia al rango constitucional de los tratados de derechos humanos. En el voto 8245-97 del 3-11-1997 se hizo mención del valor de dichos instrumentos, señalándose solamente que tienen un valor incluso superior a las leyes.

interpretación y aplicación de (...) los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica (el subrayado no es del original).

Resalta al respecto la utilización del término instrumentos internacionales de derechos humanos, en vez del de tratados internacionales, por lo que se discute si incluso declaraciones de derechos humanos, directrices, códigos de conducta o reglas mínimas sobre los mismos, tienen un carácter vinculante en Costa Rica, adquiriendo un rango constitucional e incluso supraconstitucional.

Sobre lo anterior indica Rubén Hernández Valle:

los instrumentos internacionales tienen el mismo rango que los de orden constitucional. Pero, además, tanto nuestro texto constitucional como la Ley de la Jurisdicción Constitucional, utilizan el vocablo 'instrumentos' antes que el de 'tratados o convenios'. De donde se concluye que la cobertura es más amplia, pues basta con demostrar que un instrumento internacional está vigente en la República para invocarlo como parámetro del proceso de amparo, sin necesidad de que se encuentre plasmado en un tratado o convenio debidamente aprobado por nuestro órgano legislativo. La diferencia es importante, pues existen numerosos instrumentos internacionales vigentes en el país, sin haber alcanzado la categoría de tratados aprobados por la Asamblea Legislativa⁴⁵.

En un sentido similar se pronuncia Rodolfo Piza Escalante, al decir que la justicia constitucional comprende:

la garantía de los derechos humanos reconocidos en el cada día más autónomo 'Derecho Internacional de los Derechos Humanos', en la medida en (que) hayan de tenerse por incorporados al ordenamiento jurídico, con rango de ley, o superior a la ley, o inclusive constitucional- como en el caso (...) de Costa Rica, cuya Constitución, desde su reforma de 1989, incorporó en su artículo 48 los consagrados en los instrumentos... no solo en los tratados formales... internacionales de derechos humanos, entre ellos, muy especialmente, las Declaraciones Universal de Derechos Humanos y Americana de Derechos y Deberes del Hombre, además de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la cual se consagra, además, su expansión a aquellos no reconocidos expresamente, pero

45 Hernández Valle (1995, p.115).

que se deriven de la intrínseca dignidad del ser humano o de la forma democrático representativa de Gobierno, en las palabras textuales de su artículo 29⁴⁶.

La Sala Constitucional, en diversas resoluciones, les ha dado el carácter de instrumentos internacionales aplicables en Costa Rica no solamente a tratados internacionales como la CADH y el PIDCP, sino también a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Declaración Americana de Derechos del Hombre. En este sentido, puede consultarse, por ejemplo, el voto 6830-98 del 24 de setiembre de 1998, en donde expresamente se citaron ambas declaraciones como modelos de instrumentos internacionales plenamente vigentes en nuestro país, y se señaló que conforme al artículo 48 de la Constitución Política (...) tienen igual fuerza normativa y de garantía que la Constitución misma, lo que en la práctica equivale a que en cuanto sean más generosos, priman por las disposiciones constitucionales, como lo ha desarrollado la jurisprudencia constitucional⁴⁷.

46 Piza Escalante (1993, pp. 23-24).

47 Véase también: Sala Constitucional, voto 1314-95 del 8-3-1995, en donde luego de hacerse referencia a los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica, se mencionó que entre esas fuentes de Derecho Constitucional se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos del Hombre. En el voto 769-93 del 16-2-1993 se hizo referencia a la Declaración Universal como instrumento internacional vigente en Costa Rica. En el mismo sentido se pronunció la Sala Constitucional en los votos 8076-M-97 del 28-11-1997, 618-2001 del 24-1-2001, los que mencionaron también a la Declaración Americana de Derechos del Hombre. La Declaración Universal y la Americana son mencionadas en el voto 3435-92 del 11-11-1992 como instrumentos internacionales aplicables en Costa Rica. En el voto 3568-97 se hizo referencia a la Declaración Universal como instrumento internacional vigente, con fuerza incluso superior a las leyes. Véase también los votos 5409-94 del 20-9-1994; 1423-95 del 14-3-1995, que mencionan a la Declaración Universal como parámetro de constitucionalidad. En el voto 6450-98 del 4-9-1998, sin mayor análisis justificativo, la Sala Constitucional analizó en una acción de inconstitucionalidad la conformidad de la norma impugnada con la Declaración Universal y la Declaración Americana de Derechos Humanos. Se reclamaba además el quebranto de un convenio de la OIT. En el voto 1371-92 del 26-5-1992 al resolverse una acción de inconstitucionalidad se analizó la conformidad con la Declaración Universal, sin una fundamentación sobre por qué procedía. Se alegaba también el quebranto de diversos tratados internacionales. Véase también el voto 2232-91 del 11-4-1991, en el que se señala que la norma consultada quebranta no solo diversos tratados internacionales, sino también la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Americana de Derechos del Hombre. Véase también: voto 3568-97 del 25-6-1997, en que se declaró la inconstitucionalidad de una norma, entre otras razones, por ser contraria a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Este carácter obligatorio de las declaraciones Universal y Americana fue afirmado también por el voto 6096-97 del 26 de setiembre de 1997, aunque esa resolución hizo mención de las declaraciones indicadas como instrumentos internacionales suscritos por Costa Rica⁴⁸.

Por otro lado, la Sala Constitucional, al resolver diversos recursos de hábeas corpus, ha mencionado la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos del Hombre, la CADH y el PIDCP, como los cuatro instrumentos internacionales que forman nuestro marco principal de referencia. Ello se señaló, por ejemplo, en el voto 2140-997 del 18 de abril de 1997.

Es importante anotar, en cuanto al valor como instrumento vigente en Costa Rica, que la Sala Constitucional, como se dijo arriba, ha señalado que la Declaración Universal de Derechos del Hombre tiene un carácter obligatorio. A pesar de lo polémica que es esa posición debe reconocerse que, al sostenerse, es lógico que la Sala acuda a dicha Declaración como instrumento vigente (o aplicable) en Costa Rica.

El que la Sala Constitucional acuda a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Declaración Americana de Derechos del Hombre como instrumentos vigentes en Costa Rica, con carácter superior a la misma Constitución, cuando conceden más derechos que esta, no tiene la trascendencia que pareciera tener, ya que, en general, los derechos establecidos en dichas declaraciones han sido consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la CADH, de lo que resulta que ambas convenciones fueron mucho más lejos, como consecuencia del desarrollo histórico del derecho internacional de los derechos humanos, que las declaraciones mencionadas. Sobre ello es importante citar lo dicho por Daniel O'Donnell:

La Declaración Universal y la Declaración Americana expresan el contenido de los derechos civiles y políticos en forma más escueta y menos actual que los grandes tratados de derechos humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Humanos y la Convención Americana, adoptados dos décadas después. Por esa razón, para el abogado defensor de los derechos humanos, la importancia práctica de dichas Declaraciones es

48 Al respecto, véase también: Sala Constitucional, voto 1954-2000 del 3-3-2000, en el que se fundamenta la resolución en diversos instrumentos internacionales suscritos por Costa Rica, entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Americana de Derechos del Hombre. Véase también: votos 5934-97 del 23-9-1997; 7200-E-97 del 3-11-1997; 1955-2000 del 3-3-2000; 2902-2001 del 18-4-2001; 3109-2001 del 25-4-2001; 10334-2001 del 12-10-2001.

limitada, en lo que respecta a la mayor parte de los países que han ratificado por lo menos uno de esos dos tratados internacionales⁴⁹.

Sin embargo, la Sala Constitucional ha ido mucho más allá de estimar como instrumentos vigentes a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Declaración Americana, considerando que lo son también diversas declaraciones y reglas mínimas aprobadas por la Asamblea General de la ONU, por ejemplo las relativas al tratamiento de los reclusos, lo que es particularmente criticable, pues con respecto a las diversas reglas mínimas se admite, en general, que no tienen un carácter vinculante, sino se trata de meras recomendaciones, salvo que hayan llegado a ser admitidas como parte del Derecho consuetudinario⁵⁰, lo cual es discutible incluso, como se dijo, con respecto a la misma Declaración Universal de Derechos Humanos. Sobre ello señaló la Sala Constitucional en el voto 9685-2000 del 1º de noviembre de 2000:

La aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país sirven en primer término, como lo indica la norma, como parámetros de decisión en los procesos de hábeas corpus y de amparo, pero en la jurisprudencia de la Sala también se acude a ellos en la decisión de cualquier asunto que se somete a su conocimiento y resolución, fundamentalmente porque el papel central que cumple, es el de garantizar el principio de supremacía de la Constitución, hoy, como se ve del artículo 48 citado, extendido más allá y por encima del mero texto constitucional. En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los 'instrumentos internacionales', significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948), por su carácter y naturaleza, no ha necesitado de los trámites constitucionales de aprobación, para entenderse como vigente y con la fuerza

49 O'Donnell (1988, pp. 16-17).

50 Cf. Villán Durán (2002, pp. 124, 210, 221, 232). Véase también: Verdross (1980, p. 498), Ipsen (1990, Par. 16, N°. 23, p. 197), Verdross, Simma (1984, Par. 634-639, pp. 405-412), Podestá Costa, Ruda (1979, T. I, p. 22).

normativa que le otorga la materia que regula. Otro tanto cabe decir de las 'Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, de la Organización de las Naciones Unidas, que aunque sean producto de reuniones de expertos o el trabajo de algún departamento de esa organización, por pertenecer nuestro país a ella, y por referirse a derechos fundamentales, tienen tanto el valor de cualquier normativa internacional que formalmente se hubiera incorporado al derecho interno costarricense. En este sentido puede citarse la sentencia N°2000-07484, del veinticinco de agosto último, en que por virtud de un hábeas corpus formulado por un recluso, esta Sala condenó al Estado por violar esas Reglas Mínimas, particularmente por el hacinamiento y falta de higiene constatadas en un centro penitenciario. En esa misma fecha, también se estimó un recurso de hábeas corpus planteado en favor de unos ciudadanos panameños que habían ingresado al país con visa de turismo y que, según las autoridades de Migración, solamente permitía 'fines de recreación' y que fueron sorprendidos ejerciendo una protesta pacífica ante las instalaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde pendía su caso, originado en alegadas violaciones a sus derechos por parte del Gobierno de la República de Panamá. Se les detuvo y se les iba a deportar, de modo que la Sala anuló las resoluciones que en tal sentido se habían dictado, porque, como se nota, sería absurdo que al ser Costa Rica sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se impida a quienes tengan pendientes casos ante ella, entre ellos extranjeros, expresarse en forma pacífica y pública a favor de los derechos que considere les asisten (Sentencia N°2000-07498) sic.

Es importante hacer notar que la referencia a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, como instrumento internacional vigente en Costa Rica, se encuentra en diversas resoluciones de la Sala Constitucional. Se trata de una posición que ha sido sostenida por dicha Sala desde sus inicios. Así, en voto 709-91 del 4 de octubre de 1991 se dijo que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos son aplicables a nuestro país a la luz del artículo 48 de la Constitución Política y que ha elevado todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, arango constitucional, los que deberán ser incorporados en la interpretación de la Constitución sobre todo en materia de derechos humanos. Lo indicado en ese voto ha sido reiterado en muchos más⁵¹.

51 Por ejemplo, en votos 2086-91 del 17-10-1991, 2493-97 del 7-5-1997, 1232-98 del 25-2-1998, 3223-98 del 15-5-1998, 4913-2000 del 27-6-2000, 8305-2000 del 20-9-2000, 9550-2000 del 27-10-2000, 1465-2001 del 21-2-2001 y 1466-2001 del 21-2-2001.

En este mismo sentido, la Sala Constitucional manifestó en el voto 1774-97 del 1º de abril de 1997:

En las 'Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos', se establecen lineamientos que deben ser aplicados en todos los Centros de Atención Institucional del país (...). Estas Reglas (las de Naciones Unidas) regulan sobre las condiciones mínimas con las que debe contar un recluso, por lo que debe entenderse que cada una de estas condiciones son derechos de ellos, constitucionalmente reconocidos (...). Así las cosas, se impone declarar con lugar también este recurso y ordenar al Ministerio de Seguridad Pública que ponga la cárcel que funciona en la Comandancia de Golfito, en condiciones de respeto a las 'Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos', adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas, a fin de hacer cesar la violación de los derechos humanos, que aquí se ha examinado.

Existen diversas resoluciones similares, en las que la Sala Constitucional ha indicado que un centro penitenciario determinado no cumple con las condiciones establecidas por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, las que estima de acatamiento obligatorio, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política⁵².

En variadas resoluciones la Sala Constitucional ha recurrido no solo a las Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de los Reclusos, sino también al Código de Conducta para los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, resolución 34/169 de la Asamblea General de la ONU de 17 de diciembre de 1979. Esto se aprecia, por ejemplo, en el voto 3724-93 del 4 de agosto de 1993, en el que se citó dicho código entre los instrumentos internacionales de derechos humanos que fueron integrados al derecho de la constitución (...)permitiendoemplearlosvaloresyprincipiosyreglasallícontenidascomoherramientas de complementación e interpretación de la Constitución.

En el voto 6495-2000 del 21 de julio de 2000, la Sala Constitucional fue aun más amplia y mencionó que además de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención de Derechos del Niño, se había infringido la Declaración de Derechos del Niño. Así dijo:

52 En este sentido puede consultarse, por ejemplo, los votos 1032-96 del 1-3-1996, 2835-96 del 12-6-1996, 3429-96 del 5-7-1996, 7484-2000 del 25-8-2000.

Esta Sala es del criterio que se ha infringido los artículos 21, 73, 74 y 48 de la Constitución Política, así como los instrumentos de derechos fundamentales que se mencionarán infra, como la Declaración de los Derechos del Niño que establece en el principio 4: 'El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, ...cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados'.

La doctrina constitucionalista costarricense, en general, con excepciones como la de Juan Marcos Rivero, ha sido poco crítica de los votos de la Sala Constitucional correspondientes al valor supraconstitucional de los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica⁵³. Usualmente se ha limitado a describir lo dicho por los votos de la Sala, sin plantearse el problema relacionado con los tratados internacionales no ratificados por Costa Rica, ni el correspondiente a los instrumentos internacionales no aprobados por un tratado internacional⁵⁴. En ese sentido descriptivo, señala Rubén Hernández que de acuerdo con la Sala Constitucional:

los derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales tienen el mismo rango que los de orden constitucional. Pero además, tanto nuestro texto constitucional como la Ley de la Jurisdicción Constitucional, utilizan el vocablo 'instrumentos' antes que el de 'tratados o convenios'. De donde se concluye que la cobertura es más amplia, pues basta con demostrar que un instrumento internacional está vigente en la República para invocarlo como parámetro del proceso de amparo, sin necesidad de que se encuentre plasmado en un tratado o convenio debidamente aprobado por nuestro órgano legislativo. La diferencia es importante, pues existen numerosos instrumentos internacionales vigentes en el país, sin haber alcanzado la categoría de tratados aprobados por la Asamblea Legislativa⁵⁵.

53 Sin embargo, especialmente crítico es José Miguel Villalobos, quien critica que no se sigue lo establecido en el artículo 7 de la Constitución Política en cuanto al carácter suprallegal de los convenios internacionales. Cf. Villalobos Umaña (2000, pp. 261-280).

54 Cf. Solís Fallas, A. (2000, pp. 132-133), Hernández (1998, p. 178). Gerardo Trejos y Hubert May, quienes no hacen referencia expresa a la problemática arriba indicada, resaltan que La solución dada por la Sala Constitucional es acorde con la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos. Trejos, May (2001, p. 158).

55 Hernández Valle (1995a, p. 115).

Juan Marcos Rivero Sánchez es particularmente crítico de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, pues considera que la misma ha incurrido en un fundamentalismo de los derechos humanos. Indica:

La Ley de la Jurisdicción Constitucional introduce la distinción entre derechos humanos vigentes en Costa Rica y aquellos que no están vigentes en el Ordenamiento Jurídico costarricense. Y aclara que la competencia de la Sala se abre solo con respecto a los derechos humanos que se encuentran incorporados a instrumentos internacionales que puedan considerarse vigentes en Costa Rica. Es claro, entonces, que el texto de comentario también se mueve en el plano de los derechos fundamentales propiamente dichos⁵⁶.

Señala Rivero Sánchez que:

La Sala Constitucional constantemente recurre, en su argumentación no solo a las normas de la propia Constitución o a tratados debidamente ratificados por el país, sino también a una serie muy diversa de declaraciones internacionales de derechos que se encuentran en instrumentos no ratificados y a los cuales se les asigna un valor incluso superior a la propia Carta Política⁵⁷.

Agrega:

Es claro que la Sala Constitucional afirma la vigencia de los instrumentos internacionales de Derechos humanos sin necesidad de ratificación previa, pues esto es lo que se deriva de la afirmación de que el artículo 48 es norma especial frente al 7 de la Constitución y de conformidad con el cual 'Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen autoridad superior a las leyes'⁵⁸.

56 Rivero Sánchez (2001, p. 107).

57 Rivero Sánchez (2001, p. 107).

58 Rivero Sánchez (2001, p. 107).

Continúa diciendo:

La tesis de la Sala Constitucional, indudablemente, es bien intencionada. Y en principio pudiera hasta resultar prácticamente inofensiva, pues lo cierto es que Costa Rica ha tenido la costumbre reiterada de ratificar todos los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. Hasta puede afirmarse que los derechos humanos que no se encuentran en convenciones internacionales debidamente ratificadas, obligan al Estado ya sea a título de costumbre internacional, o en su carácter de 'principios fundamentales', 'principios aceptados por las naciones civilizadas', 'principios inderogables por la voluntad de las partes', de 'ius cogens', o cualquier otra fórmula análoga. En este sentido puede afirmarse que el derecho a la vida impone al Estado la obligación de respetarla, aun cuando este no haya firmado ninguna convención internacional de derechos humanos⁵⁹.

Dice, a continuación:

Con todo la tesis de la Sala Constitucional costarricense, en determinados supuestos, puede tornarse muy problemática. En primer lugar de conformidad con la afirmación radical de la Sala, si el instrumento internacional en que se hace una declaración de determinados derechos no llegare a ratificarse o no se quisiera ratificar por alguna razón, a pesar de ello habría que afirmar que tiene 'una fuerza normativa del propio nivel constitucional. En segundo lugar, si dentro de un proceso democrático se produjera un cambio de la Constitución que se opusiera a algún instrumento internacional, deberá prevalecer, en la tesitura de la Sala Constitucional, lo dispuesto en el instrumento frente a la normativa constitucional, aun cuando el instrumento internacional no hubiera sido ratificado (!!). En tercer lugar, la tesis de la Sala presenta el problema de que, de hecho, borra toda distinción posible entre el plano de los derechos humanos y el de los fundamentales, introduciendo con ello el problema de recargar toda argumentación estrictamente jurídica con los problemas propios de la argumentación ético-moral (!!!). Con ello se eleva el nivel de complejidad del discurso a un punto que,

59 Rivero Sánchez, J. M. (2001, p. 108).

si fuera tomado seriamente, ningún Tribunal Constitucional estaría en condiciones de soportar⁶⁰.

Critica Rivero Sánchez que se le llegue a dar valor, incluso superior a la Constitución, a las declaraciones de derechos humanos, ya que las mismas solamente de manera indirecta podrían ser fuente de obligaciones cuando recojan una costumbre internacional, o bien constituyan principios generales del derecho⁶¹. Señala que otorgarle a cualquier instrumento de derechos humanos, aun cuando no haya sido ratificado, un valor incluso superior al de la Constitución Política, implica desconocer la jerarquía y naturaleza de las fuentes propias del derecho internacional⁶².

Con respecto al tema, es importante anotar que el artículo 48 de la Constitución Política hace referencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables en Costa Rica, mientras que la Ley de la Jurisdicción Constitucional menciona los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica. Esto debe llevar a negar el carácter obligatorio de las diversas reglas mínimas, por ejemplo las relativas al tratamiento de los reclusos. Lo anterior, debido a que no pueden considerarse como aplicables o vigentes en Costa Rica normas del derecho internacional de los derechos humanos que no tienen un carácter obligatorio. Desde esa perspectiva, parece que la jurisprudencia de la Sala Constitucional no toma en cuenta el sistema de fuentes establecido en el derecho internacional de los derechos humanos. Téngase en cuenta que el reconocimiento de un valor, incluso supraconstitucional, de esos instrumentos de derechos humanos, no tiene paralelo a nivel del derecho comparado. Además, la Constitución Política establece un trámite para la ratificación de los tratados internacionales, correspondiendo su ratificación a la Asamblea Legislativa, por lo cual parece que la interpretación dada por la Sala Constitucional es contraria a la normativa constitucional. En efecto, el artículo 7 de la Constitución Política hace mención a los Tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación desde el día en que ellos designen, autoridad superior a las leyes (...) (el subrayado no es del original). Independientemente de que se estime que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen un valor supraconstitucional, debe conside-

60 Rivero Sánchez, J. M. (2001, p. 108).

61 Rivero Sánchez, J. M. (2001, p. 114).

62 Rivero Sánchez, J. M. (2001, p. 116).

rarse, de acuerdo con el artículo 7, que no son aplicables o no están vigentes en Costa Rica, los tratados internacionales sobre derechos humanos que no han sido debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa⁶³. Por otro lado, el artículo 121, inciso 4) de la Constitución Política establece como atribución de la Asamblea Legislativa aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos. Se agrega a esto que la Parte General del Código Civil (de acuerdo con la reforma introducida por Ley N°. 7020 del 6 de enero de 1986), que contiene normas aplicables a todo el ordenamiento jurídico, señala en su artículo 5:

Las normas jurídicas contenidas en los tratados y convenios internacionales no serán de aplicación directa en Costa Rica, en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su aprobación por la Asamblea Legislativa y publicación íntegra en el diario oficial La Gaceta.

Si las declaraciones, directrices, códigos de conducta, normas mínimas, etc., tienen un valor superior a la Constitución Política de acuerdo con la Sala Constitucional, incluso debe afirmarse ello con respecto a tratados internacionales sobre derechos humanos no ratificados por Costa Rica. Lo anterior puede reiterarse que hasta atenta contra los artículos 7 y 121 inciso 4) de la Constitución Política, arriba mencionados, así como también contra el principio de división de poderes, establecido en el artículo 9 de la misma, ya que el Poder Ejecutivo interviene en las relaciones internacionales⁶⁴ y en la celebración de tratados internacionales⁶⁵, lo mismo que en la discusión en la Asamblea General de la ONU. Debe tenerse en cuenta que el Poder Ejecutivo, para la ratificación del tratado internacional que ha celebrado, requiere la

63 En sentido similar con respecto a los tratados internacionales sobre derechos humanos, indica José Miguel Villalobos: El requisito de aplicabilidad en Costa Rica que se exige para los instrumentos internacionales como condición para ser protegidos por el recurso de amparo se interpreta en el sentido de que esos instrumentos deben estar vigentes en nuestro país, lo que de conformidad con el artículo 121, inciso 4) y 140, inciso 10) constitucionales exige la aprobación por la Asamblea Legislativa y la ratificación por el Poder Ejecutivo, sin que baste la firma del instrumento para otorgarle aplicabilidad en Costa Rica (Villalobos, J. M.: 1999, p. 163). Debe advertirse, sin embargo, que ese no es el criterio del que ha partido la Sala Constitucional.

64 Art. 121, inciso 12) de la Constitución Política. Cf. Rojas (1997, pp. 263-281).

65 Art. 140, inciso 10) de la Constitución Política. Cf. Rojas (1997, pp. 281-304).

aprobación de la Asamblea Legislativa⁶⁶. Con lo resuelto por la Sala Constitucional se le está dando al Poder Ejecutivo un poder de carácter normativo, que se encuentra por encima de la propia Constitución Política, lo cual violenta la división de poderes⁶⁷.

Incluso el valor que le da la Sala Constitucional a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no es acertado de acuerdo con lo expuesto arriba. Dicha Declaración no tiene un carácter obligatorio, y resulta que solamente algunas de sus normas, que forman el llamado núcleo duro de los derechos humanos, han adquirido ese carácter, al poder ser consideradas como parte de las normas aceptadas como costumbre por la comunidad internacional. Por lo tanto, no es acertado afirmar el carácter de instrumento vigente o aplicable en Costa Rica de la Declaración Universal o asignarle un valor incluso supraconstitucional.

En lo atinente a la Declaración Americana sobre Derechos del Hombre la situación es distinta, pues la doctrina ha aceptado que aunque en un inicio no tenía un carácter obligatorio para los estados miembros de la OEA, con el transcurso del tiempo lo adquirió, entre otras razones como consecuencia de la modificación de la Carta de la OEA, que consiste en un tratado internacional. Lo anterior al preverse la comisión como un ente de dicha organización. Desde esa perspectiva puede considerarse que la Declaración Americana es, efectivamente, un instrumento internacional aplicable y vigente en Costa Rica. Sobre la obligatoriedad de la Declaración Americana se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Dijo:

38. (...). La Corte considera necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración.

66 Arts. 7 y 140, inciso 10) de la Constitución Política.

67 Magda Inés Rojas ha ido más lejos, señalando que puede darse una violación al principio de división de poderes cuando la Sala Constitucional le asigna un carácter supraconstitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos, ya que corre el riesgo de interferencia en el ejercicio de las competencias del Poder Ejecutivo (Rojas: 1997, pp. 304-305, 308).

39 (...).

40 (...).

41 (...).

42. La Asamblea General de la Organización ha reconocido además, reiteradamente, que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA (...)

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

44. (...).

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

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

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

2.3. El juez ordinario ante la contravención de un instrumento internacional de derechos humanos vigente en Costa Rica por una ley

Existen diversas normas, arriba citadas, que establecen la obligación de los jueces ordinarios de aplicar instrumentos internacionales, de modo que los mismos constituyen fuente de derecho en Costa Rica. Al respecto, en materia penal, es importante reiterar lo indicado por el primer párrafo del artículo 5 del Código Procesal Penal de 1996, que indica: Los jueces solo están sometidos a la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y a la ley (el subrayado no es del original)⁶⁸.

Como se dijo con anterioridad, el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los funcionarios que administran justicia no podrán: Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza contrarios a la Constitución Política o al Derecho Internacional o comunitario vigentes en el país, y agrega: Si tuviera dudas sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, necesariamente deberán consultar ante la jurisdicción constitucional.

Señala después: Tampoco podrán interpretar los ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

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

En relación con este tema, se ha discutido desde hace muchos años en la Sala Constitucional si el juez ordinario puede desaplicar leyes que considera contrarias a la Constitución. Esa discusión tiene gran importancia, puesto que podría analizarse si la misma solución es la que debe darse cuando el conflicto irreconciliable se origina entre un instrumento internacional de derechos humanos vigente en Costa Rica y una ley.

El criterio sostenido por la Sala en cuanto a los conflictos entre Constitución y ley, es que el juez ordinario, en principio, no puede desaplicar leyes que considera contrarias a la Constitución, sino que el procedimiento por seguir es la formulación de una consulta facultativa de constitucionalidad ante la Sala. Ha señalado que, excepcionalmente, podría el juez desaplicar una ley cuando existen precedentes de la Sala que se han pronunciado por la inconstitucionalidad en casos similares, por lo que se trataría simplemente de la aplicación de la norma que establece como vinculante erga omnes la jurisprudencia y precedentes de la Sala.

68 Cf. Llobet Rodríguez (2003, pp. 45-46).

En este sentido, de gran importancia es el voto 1185-95 del 2 de marzo de 1995, ordenado por la Sala Constitucional. Se trata de un voto que no fue unánime, puesto que dos magistrados de dicha Sala (Piza y Mora) salvaron el voto. La mayoría indicó:

Como corresponde a toda jurisdicción constitucional, que no declara inconstitucional una norma sino cuando la confrontación con los valores, principios y normas constitucionales sea directa e insalvable, la Sala estima que el artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es inconstitucional, si se le interpreta en el sentido de que no autoriza a los funcionarios que administran justicia para desaplicar por propia autoridad ninguna ley, norma o acto de cualquier naturaleza que sea contrario a la Constitución Política, porque, para el caso en que tengan duda fundada acerca de la constitucionalidad de esas normas, deben, necesariamente, formular la consulta ante la Sala Constitucional. Debe agregarse, en este sentido, que esta interpretación es la única conforme con la Constitución Política, ya que por una parte se preserva el diseño constitucional de una Sala especializada y con poder concentrado para declarar la inconstitucionalidad, pero, por otra, no deja al juez en la tesitura de aplicar normas que estima inconstitucionales, lo cual, como alguien ha dicho, sería un pecado de lesa Constitución, al permitirle en ese caso, formular una consulta fundamentada al órgano con competencia para decidir el punto. Asimismo, tal y como lo dispone el párrafo final del artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando existan precedentes o jurisprudencia constitucional para resolver el caso, el juez está obligado a interpretar y aplicar las normas o actos propios del asunto, conforme con tales precedentes o jurisprudencia incluso si para hacerlo haya de desaplicar leyes u otras normas que resulten incompatibles con ellos, siempre y cuando, claro está, se trate de las mismas hipótesis o supuestos, de modo que la situación bajo el conocimiento del Juez resulta idéntica a la resuelta por el precedente o la jurisprudencia constitucional. Esto es así, además, por virtud de que el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que ‘la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes’, dado que ofrecen la forma en que los actos sujetos al derecho público y la normativa en general, pueden entenderse conforme con el Derecho de la Constitución. Además, esta misma norma, en principio, se aplica a la propia Sala Constitucional, por virtud de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, ya para inadmitir o para resolver por el fondo cualquier acción o gestión ante ella intentada,

con la salvedad, y esto es obvio por tratarse del propio Tribunal Constitucional, que la jurisprudencia y los precedentes lo vinculan en tanto no encuentre razones para variar sus propias tesis o criterios. Si, como es de rigor, el Derecho de la Constitución está integrado no solamente por los valores, principios y normas constitucionales, sino también por otros parámetros de constitucionalidad (instrumentos de derecho internacional, prácticas *secundum constitutionem*, etc.) y la propia producción jurisprudencial que en ejercicio de su competencia va generando la Sala Constitucional y que necesariamente se integra al mismo nivel normativo que interpreta o aplica, la Sala puede y debe, en ejercicio de su competencia, estar en capacidad de ir adecuando sus propias interpretaciones, cuando las circunstancias lo ameritan. En resumen, pues, los jueces del orden común, en el sistema de justicia constitucional costarricense actual, no pueden desaplicar para el caso concreto ningún acto o norma que estimen inconstitucional, pues si al momento de decidir, y por tanto de aplicar una norma cualquiera, llegaren a cuestionarse su constitucionalidad, deberán formular la consulta motivada ante la Sala Constitucional. Excepto, como se dijo, que existan precedentes o jurisprudencia que enmarquen el caso bajo examen en los términos, supuestos y criterios con que actuó la Sala Constitucional en aquellos, pues entonces allí encuentra el juez del orden común un margen de decisión vinculante. Si el papel de un Tribunal Constitucional es, entre otros, unificar la interpretación del ordenamiento desde el punto de vista constitucional, es decir, de arriba hacia abajo, entonces sus decisiones producen una vinculación 'erga omnes', como lo expresa la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en un efecto informador y conformador que, por tanto, alcanza la tarea de todo juez en el punto o materia ya resuelto por la Sala Constitucional⁶⁹.

En contra de la posición de la Sala, un sector importante de la doctrina costarricense se ha pronunciado porque los jueces ordinarios puedan desaplicar una ley respecto de la cual estiman, con certeza, que es contraria a la Constitución. Parten del deber de los jueces de aplicar la Constitución y que la consulta de constitucionalidad debe ser formulada cuando se tienen

69 Este criterio ha sido reiterado por la Sala Constitucional en diversos votos, por ejemplo; 3035-96 del 21-6-1996; 3036-96 del 21-6-1996; 3038-96 del 21-6-1996; 3242-97 del 10-6-1997; 7951-97 del 26-11-1997; 1452-2000 del 11-2-2000.

dudas sobre la constitucionalidad, no cuando se tiene la certeza de la inconstitucionalidad. Señalan que por ello un juez ordinario podría desaplicar para el caso concreto una ley, diferenciándose al respecto de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley decretada por la Sala Constitucional, la que tiene un efecto erga omnes. En este sentido indican Luis Paulino Mora y Sonia Navarro que el artículo 8, inciso 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

(...) convierte nuestro sistema en un sistema mixto de control constitucional, ya que los administradores de justicia están obligados a aplicar la constitución y desaplicar la ley, cuando esta roce evidente y manifiestamente la norma constitucional. La ley ordinaria no queda, por inaplicarse al caso, suprimida; sino que sigue vigente hasta que no sea declarada inconstitucional por el órgano competente. Además, los administradores de justicia, de acuerdo con el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, están legitimados para consultar a la Sala cuando tengan una duda razonable sobre la constitucionalidad de una norma o acto que hayan de aplicar en un caso sometido a su conocimiento, o de un acto, conducta u omisión que deban juzgar⁷⁰.

En un sentido similar se pronuncia Ernesto Jinesta Lobo, quien señala que el juez ordinario no debe hacer la consulta de constitucionalidad cuando no tiene dudas sobre la conformidad con la Constitución, sino ha formulado un juicio de certeza de inconstitucionalidad manifiesta⁷¹.

Puede discutirse si los criterios vertidos por la Sala Constitucional en cuanto a la incompatibilidad entre Constitución y ley, y a la necesidad de que el juez formule la consulta facultativa de constitucionalidad cuando estime que una ley quebranta la Constitución, son aplicables a la incompatibilidad entre un instrumento internacional sobre derechos humanos vigente en Costa Rica y una ley ordinaria.

Es importante mencionar que el artículo 8, inciso 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial solamente menciona la duda sobre la constitucionalidad de una ley, pero no hace referencia al problema de la duda sobre la incompatibilidad de una ley con un instrumento internacional de derechos humanos. Igualmente, el artículo 102, párrafo 1) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional hace mención a las dudas (...) sobre la constitucionalidad de una norma o

70 Mora Mora, Navarro Solano (1995, pp. 32-33).

71 Jinesta Lobo, E. (1999, pp. 195-196).

acto que debe aplicarse, o de un acto, conducta u omisión que debe juzgarse en un caso sometido a su conocimiento.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en el voto 1021-2000 del 1º de setiembre de 2000, se pronunció en el sentido de que un juez ordinario no puede declarar la inaplicabilidad de una ley porque la considera violatoria de un tratado internacional, sino que cuando tenga esa opinión debe plantear una consulta de constitucionalidad ante la Sala Constitucional. Así dijo:

Para el a-quo, el numeral citado (6 de la Ley Indígena), en el cual se prohíbe la venta de licor dentro de las reservas indígenas, contraviene el Convenio 169 de la OIT, en el tanto en este último se ordena que los Estados signatarios tomen medidas efectivas para garantizar la igualdad de derechos de los indígenas con el resto de la población (...). Todo órgano jurisdiccional está sometido a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley (ver los artículos 48, 152 y 154 de la Constitución, así como el 8 inciso 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial), pero no puede dejar de aplicar esta última por su propia autoridad. En el presente asunto, es necesario resaltar el problema que representa el razonamiento del Tribunal; este considera que el artículo 6 de la Ley Indígena implica una discriminación contraria a la Ley Fundamental, toda vez que esa actividad no es prohibida en otras partes del territorio ni para individuos de otra ascendencia cultural (véase lo que expone el a-quo entre los folios 388 y 389, donde asume como propio el criterio del testigo (...)). Con base en esa apreciación, el órgano de mérito decide que esa ley no se puede aplicar, sino que debe utilizarse directamente el Convenio N° 169 de la OIT, con lo cual implícitamente la declara contraria a la Carta Política. Con ese proceder, el a-quo obvia que para lograr la ineficacia erga omnes de disposiciones legales, el poder reformador de la Constitución introdujo en ella un órgano especializado en materia del control de constitucionalidad de las leyes, el cual se ejerce de manera concentrada. En efecto, en 1989 se creó la Sala Constitucional tras una modificación del artículo 10 de la Ley Fundamental. De conformidad con dicha disposición, solo a ese Tribunal corresponde declarar la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza. Además, según lo dispone el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, a esta compete controlar la constitucionalidad de todo tipo de normativa. Por su parte, el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ciertamente establece en su inciso 1) que no pueden los órganos jurisdiccionales aplicar leyes ni otras normas que sean contrarias a la Constitución o a las disposiciones de Derecho Internacional o Comunita-

rio vigentes en el país. Pero ello no implica una autorización a los jueces ordinarios para decidir por sí mismos cuáles leyes contravienen el ordenamiento constitucional y deben ser eliminadas de este. Ello significaría un desconocimiento no solo del artículo 10 de la Constitución, sino que además equivaldría a una violación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el tanto en esta se ordena que cuando haya duda sobre la constitucionalidad de una norma, debe formular el Tribunal la consulta correspondiente ante la Sala Constitucional. Si ello es obligatorio en un estado dubitativo, con mayor razón lo es cuando hay certeza de que la disposición de que se trate es contraria a la Carta Política. Esto por cuanto solo el órgano creado por el poder reformador de la Constitución en 1989 es competente para declarar la inconstitucionalidad de normas jurídicas. Ahora bien, tampoco podría obligarse a un cuerpo de la Administración de Justicia a aplicar una ley evidentemente contraria a la Constitución, pero –vale la pena reiterarlo– para decretar su ineficacia erga omnes, de conformidad con el ordenamiento costarricense, el mecanismo con el que cuentan los jueces es la consulta de constitucionalidad ante la Sala Constitucional. Según lo expuesto, efectivamente incurrió en un serio error el a-quo, toda vez que no puede desconocer la Ley Indígena y aplicar directamente un Convenio de la OIT, si no se ha declarado por el órgano competente que el cuerpo legal citado vulnera la Carta Política. En todo caso, esta Sala no aprecia vicio alguno de constitucionalidad en relación con dicho artículo, de forma tal que no deviene necesario el formular la consulta. Esto obedece a que el legislador estableció una regla específica en cuanto a la prohibición de otorgar patentes para la venta de licores en las reservas indígenas, mientras que en el instrumento internacional aludido la regulación es muy general y no se refiere a ese aspecto en particular. Por ello, estima esta Sala que efectivamente se ha dejado de aplicar normativa que debía ser utilizada en el caso concreto, lo cual sirve de fundamento para declarar con lugar este extremo del recurso y anular el fallo impugnado, así como el debate que le precedió, y ordenar el reenvío de la causa al Tribunal de origen para la reposición del juicio y la sentencia conforme a derecho.

Lo dicho por la mayoría de la Sala Constitucional, en cuanto a la necesidad de que la inconstitucionalidad de una ley sea decretada por ella, debe ser aprobado ya que el artículo 10 de la Constitución Política estableció la competencia de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes en la mencionada Sala. No parece correcta la diferenciación entre dudas sobre inconstitucionalidad y certeza sobre la misma, ya que esta posición es con-

traría al principio de que el juez no puede negarse a resolver un caso ante la duda sobre la interpretación de una ley, sino que siempre debe tomar partido por la interpretación que sea, de acuerdo con su criterio, la más razonable.

En lo relativo a la violación de lo establecido en un instrumento internacional de derechos humanos vigente en Costa Rica por una ley, la solución debe ser la misma, al no existir razón alguna para dar una solución diversa. Sin embargo, ha de ser aclarado que el juez ordinario siempre debe tratar de buscar una interpretación de la ley que sea conforme a la Constitución o al instrumento internacional de derechos humanos, con la que busque, en definitiva, una compatibilización entre los mismos. Para ello no será necesario presentar ninguna consulta de constitucionalidad. Esta solamente será necesaria cuando por vía de interpretación no se pueda llegar a una solución que elimine las contradicciones entre el texto legal y la Constitución o instrumento internacional.

2.4. La prioridad de la protección de los derechos humanos a través de la jurisdicción interna y la subsidiariedad de los órganos de protección internacionales

En general, un principio del que parten los instrumentos internacionales sobre derechos humanos es la aplicación prioritaria que debe darse de los mismos por la jurisdicción interna, de modo que los mecanismos de control de la violación de dichos instrumentos, establecidos por la comunidad internacional, operan solamente con un carácter subsidiario.

En ese sentido, la Declaración de la ONU sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas indica, en su artículo 3:

El derecho interno, en cuanto concuerda con la Carta de las Naciones Unidas y otras obligaciones internacionales del Estado en la esfera de los derechos humanos y las libertades fundamentales, es el marco jurídico en el cual se deben materializar y ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales y en el cual deben llevarse a cabo todas las actividades a que se hace referencia en la presente Declaración para la promoción, protección y realización efectiva de esos derechos y libertades.

Sobre la prioridad de la aplicación interna, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo, en la sentencia del 29 de julio de 1988, relativa al caso Velásquez Rodríguez:

61. La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser esta 'coadyuvante o complementaria' de la interna (Convención Americana, Preámbulo).

Esto lleva a que en el derecho internacional de los derechos humanos, en general, se establezca la necesidad de agotar los recursos internos antes de acudir a un órgano internacional de protección de los derechos humanos⁷².

La CADH, lo mismo que otros instrumentos internacionales de derechos humanos, debe ser aplicada en primer término por los órganos internos del Estado, dentro de los cuales tienen un papel relevante los órganos jurisdiccionales del mismo, especialmente cuando ha ocurrido una violación de los derechos humanos. Al respecto, es importante lo indicado por Juan Méndez:

Una obligación internacional puede cumplirse de varias maneras y por vía de diversos poderes del Estado. Al derecho internacional le es indiferente que esa obligación se cumpla por vía administrativa, judicial o del Poder Legislativo, de la misma manera que la división de poderes sería inoponible a la comunidad como causal de incumplimiento de una obligación solemnemente contraída por ella (...). Sin embargo, ante un incumplimiento, ya sea total o parcial, es a la justicia a quien corresponderá arbitrar los medios para garantizar el goce del derecho, tanto porque en derecho interno el Poder Judicial es garante final de los derechos de las personas, como porque es el estamento judicial al que compete la responsabilidad por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno⁷³.

Lo anterior se refleja en el artículo 46, inciso 1 a) de la CADH, al disponer que para que una petición o comunicación sea admitida por la Comisión, se requiere: que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos.

72 Sobre el agotamiento de los recursos internos: Navia (1993, pp. 62-66), Piza, Rodolfo, Trejos, G. (1989, pp. 267-280).

73 Méndez (1998, p. 532). Véase también: Abregú (1998, p. 10). Sobre la complicidad de los poderes judiciales latinoamericanos ante práctica de las desapariciones forzadas y la tortura por las dictaduras latinoamericanas véase: Zaffaroni (2001, pp. 48-63).

Por su parte, el inciso 2) del artículo 46 de la CADH indica que las disposiciones del inciso 1) no se aplicarán cuando:

a) No exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos

Señaló la Corte Interamericana en la opinión consultiva OC-11 del 10 de agosto de 1990, correspondiente a las excepciones al agotamiento de los recursos internos:

17. El artículo 46.2.a se refiere a aquellas situaciones en las cuales la ley interna de un Estado Parte no contempla el debido proceso legal para proteger los derechos violados. El artículo 46.2.b es aplicable en aquellos casos en los cuales sí existen los recursos de la jurisdicción interna pero su acceso se niega al individuo o se le impide agotarlos. Estas disposiciones se aplican, entonces, cuando los recursos internos no pueden ser agotados porque no están disponibles bien por una razón legal o bien por una situación de hecho.

Se indicó además en esa opinión consultiva:

32. La Corte entra ahora a resolver la segunda pregunta que se refiere al agotamiento de recursos en los casos en los cuales un individuo es incapaz de obtener la asistencia legal requerida, debido a un temor generalizado en los círculos jurídicos de un determinado país. La Comisión explica que, de acuerdo con lo expresado por algunos reclamantes, esta situación ha surgido cuando prevalece un ambiente de temor y los abogados no aceptan casos cuando creen que ello pudiera hacer peligrar su propia vida y la de sus familiares.

33. En general los mismos principios básicos que tienen que ver con la primera pregunta ya contestada son aplicables a esta segunda. Vale decir, si una persona se ve impedida, por una razón como la planteada, de utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención, no puede exigírsele su agotamiento, sin perjuicio, naturalmente, de la obligación del Estado de garantizarlo.

34. El artículo 1 de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Corte ya ha expresado que esta disposición contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención. Como lo ha afirmado esta Corte.

... cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles, o si se comprueba la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los recursos internos que, normalmente, estarían al alcance de los demás... el acudir a esos recursos se convierte en una formalidad que carece de sentido. Las excepciones del artículo 46.2 serían plenamente aplicables en estas situaciones y eximirían de la necesidad de agotar recursos internos que, en la práctica, no pueden alcanzar su objeto (Caso Velásquez Rodríguez, *supra* 23, párr. 68; Caso Godínez Cruz, *supra* 23, párr. 71 y Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie N°. 6, párr. 93).

35. De todo lo anterior se desprende que cuando existe un miedo generalizado de los abogados para prestar asistencia legal a una persona que lo requiere y esta no puede, por consiguiente, obtenerla, la excepción del artículo 46.2.b es plenamente aplicable y la persona queda relevada de agotar los recursos internos.

Estableció, asimismo, la Corte Interamericana que corresponde al estado la obligación de demostrar la existencia de recursos internos que no han sido agotados:

41. Al tenor del artículo 46.1.a de la Convención y de conformidad con los principios generales del Derecho internacional, incumbe al Estado que ha planteado la excepción de no agotamiento, probar que en su sistema interno existen recursos cuyo ejercicio no ha sido agotado (Caso

Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, supra 39, párr. 88; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Excepciones Preliminares, supra 39, párr. 87 y Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, supra 39, párr. 90). Una vez que un Estado Parte ha probado la disponibilidad de recursos internos para el ejercicio de un derecho protegido por la Convención, la carga de la prueba se traslada al reclamante que deberá, entonces, demostrar que las excepciones contempladas en el artículo 46.2 son aplicables, bien sea que se trate de indigencia o de un temor generalizado de los abogados para aceptar el caso o de cualquier otra circunstancia que pudiere ser aplicable. Naturalmente, también debe demostrarse que los derechos involucrados están protegidos por la Convención y que para obtener su protección o garantía es necesaria una asistencia legal.

La necesidad del agotamiento previo de los recursos ordinarios ha sido vista, en primer término, como una consecuencia del principio de soberanía de los estados, de modo que en resguardo de la misma los órganos internacionales solamente intervienen cuando se ha acudido previamente a los órganos internos del estado. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Viviana Gallardo, por resolución del 13 de noviembre de 1981, admitió la posibilidad de que el Estado renuncie a este requisito. Se dijo:

Según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. Se ha considerado así como un medio de defensa y como tal, renunciable, aun de modo tácito. Dicha renuncia una vez producida, es irrevocable⁷⁴.

Sin embargo, el agotamiento de los recursos internos opera también en beneficio de las personas, puesto que a través de la vía interna se puede lograr una pronta atención al reclamo presentado. En ese sentido, el artículo 6, inciso 6) de la CADH establece:

74 Citada por Navia, N. (1993, p. 63).

Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

Por su parte, el artículo 25, inciso 1) de la CADH dice:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones públicas.

Las normas indicadas de la CADH hacen referencia en Costa Rica, en particular, a los recursos de hábeas corpus y de amparo, los que deben ser resueltos por la Sala Constitucional. La discusión es si se logra el agotamiento de la vía interna con la simple interposición de dichos recursos, bien el de inconstitucionalidad, o si es necesario llegar a dictar una sentencia que adquiere cosa juzgada material por los jueces ordinarios, en la cual se rechacen los reclamos de violación a la CADH. En general, se estima que el asunto debe analizarse de acuerdo con el caso concreto, pues el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna no debe darse cuando no puede esperarse una resolución del asunto, por ser los recursos internos inoperantes.

Al respecto, se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 29 de julio de 1988, relativa al caso Velásquez Rodríguez, donde dispuso sobre los recursos que deben ser agotados:

64. Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sen-

tido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable. Por ejemplo, un procedimiento de orden civil, expresamente mencionado por el Gobierno, como la presunción de muerte por desaparecimiento, cuya función es la de que los herederos puedan disponer de los bienes del presunto muerto o su cónyuge pueda volver a casarse, no es adecuado para hallar la persona ni para lograr su liberación si está detenida.

65. De los recursos mencionados por el Gobierno, la exhibición personal o hábeas corpus sería, normalmente, el adecuado para hallar a una persona presuntamente detenida por las autoridades, averiguar si lo está legalmente y, llegado el caso, lograr su libertad. Los otros recursos mencionados por el Gobierno o tienen simplemente el objeto de que se revise una decisión dentro de un proceso ya incoado (como los de apelación o casación) o están destinados a servir para otros propósitos. Pero, si el recurso de exhibición personal exigiera, como lo afirmó el Gobierno, identificar el lugar de detención y la autoridad respectiva, no sería adecuado para encontrar a una persona detenida clandestinamente por las autoridades del Estado, puesto que, en estos casos solo existe prueba referencial de la detención y se ignora el paradero de la víctima.

66. Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido. El de exhibición personal puede volverse ineficaz si se le subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable, si, de hecho, carece de virtualidad para obligar a las autoridades, resulta peligroso para los interesados intentarlo o no se aplica imparcialmente.

67. En cambio, al contrario de lo sostenido por la Comisión, el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable al reclamante no demuestra, por sí solo, la inexistencia o el agotamiento de todos los recursos internos eficaces, pues podría ocurrir, por ejemplo, que el reclamante no hubiera acudido oportunamente al procedimiento apropiado.

68. El asunto toma otro cariz, sin embargo, cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles, o si se comprueba la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los re-

cursores internos que, normalmente, estarían al alcance de los demás. En tales casos el acudir a esos recursos se convierte en una formalidad que carece de sentido. Las excepciones del artículo 46.2 serían plenamente aplicables en estas situaciones y eximirían de la necesidad de agotar recursos internos que, en la práctica, no pueden alcanzar su objeto.

La necesidad de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna es la principal causa de rechazo de quejas presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De dicha necesidad resalta la importancia de la aplicación directa de la CADH por diversos jueces, ya que solamente cuando la violación de los derechos humanos no haya sido corregida por ellos, podrán entrar en función los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. La autoejecutoriedad de la CADH surge de esto mismo, así en caso de que no se llegue a aplicar se produce una responsabilidad internacional del Estado. Debe tenerse en cuenta que entre las medidas de carácter diferente del legislativo, para hacer efectivos los derechos y libertades establecidos en dicha Convención, a que hace referencia en su artículo 2, se encuentran las resoluciones judiciales. En este sentido, señala Viviana Krsticevic:

El papel de los tribunales en la garantía de las obligaciones convencionales es fundamental, por una parte, frente a una causa judicial, la capacidad de interpretar e implementar las normas convencionales o de costumbre internacional recaen sobre el poder judicial local, y en definitiva, ellas son quienes aseguran el inmediato goce de los derechos protegidos convencionalmente (...). Por otra parte, en virtud del principio de subsidiariedad, en la medida que el juez actúe diligentemente en la investigación de una violación a los derechos básicos de un individuo en su jurisdicción, o aplique los criterios adoptados en los tratados ratificados por su país, o adecue sus razonamientos a los lineamientos de los órganos internacionales de supervisión de los tratados que obligan a su Estado, no va a existir un litigio internacional que involucre al Estado. Asimismo, el papel de los tribunales es crucial en la implementación de las decisiones de la Comisión y de la Corte⁷⁵.

Es importante anotar que la primera obligación de un Estado es respetar la normativa sobre derechos humanos, de modo que se actúe en forma

75 Krsticevic (1998, pp. 430-431).

preventiva para evitar violaciones a la misma; no obstante, cuando no se ha podido evitar un quebranto, surge la obligación del estado de emprender una investigación seria destinada a la sanción del (de los) responsable(s) y a la reparación del daño a la(s) víctima(s)⁷⁶.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en numerosas resoluciones⁷⁷. Por ejemplo, en la sentencia del 29 de julio de 1988, dictada en el caso Velásquez Rodríguez, se dijo:

165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de 'respetar los derechos y libertades' reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado (...). 166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de 'garantizar' el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible,

76 Señala Juan Méndez, con respecto a la sanción de las personas que violan los derechos humanos: La prevención de futuras violaciones, por sí sola, no nos parece una justificación adecuada para una política de rendición de cuentas. Las razones por las cuales las sociedades se ven en la necesidad imperiosa de castigar ciertos delitos aberrantes son otras. El efecto preventivo es solo un resultado deseable, pero no el principal fundamento. Las sociedades castigan estos hechos porque reconocen el valor intrínseco de sus víctimas, especialmente porque en general estas víctimas se encuentran entre los sectores más vulnerables e indefensos de nuestras sociedades en el acto del juicio y del castigo, la sociedad decente pone de manifiesto que nadie en su medio es considerado sin importancia ni descartable y que los ataques a la dignidad intrínseca de las víctimas serán castigados porque la sociedad decente es la que no humilla a los ciudadanos. Asimismo, la sociedad democrática se impone a sí misma el deber de castigar estos delitos para señalar la importancia que en ella tienen las normas que prohíben la tortura, la desaparición forzada, la violación sexual y la ejecución extrajudicial (Méndez: 2001, pp. 312-313). En realidad, las afirmaciones que hace Juan Méndez están relacionadas con la prevención, solamente que no con respecto a la prevención general negativa, sino la positiva.

77 Al respecto, Cassel (2001, pp. 357-410).

del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos⁷⁸.

Agregó:

172. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención⁷⁹.

De gran importancia es la sentencia de la Corte Interamericana del 14 de marzo de 2001 (caso Barrios Altos), que partiendo del precedente establecido en el caso Velásquez Rodríguez, rechazó las leyes de autoamnistía del gobierno de Fujimori en Perú, en cuanto impiden la identificación de los individuos responsables de violaciones de los derechos humanos, lo que

78 Igual: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 20 de enero de 1989 (caso Godínez Cruz), N°. 174-175. A la obligación del Estado de investigar las violaciones de los derechos reconocidos en la CADH se ha referido la Corte Interamericana en diversas sentencias, por ejemplo: sentencia del 15 de marzo de 1989 (caso Fairén Garbí y Solís Corrales), N°. 152; sentencia del 16 de agosto de 2000 (caso Durand y Ugarte), N°. 143; sentencia del 25 de noviembre de 2000 (caso Bámaca Velásquez), N°. 212; sentencia del 6 de diciembre de 2001 (caso Las Palmeras), N°. 65 y 69. Véase también: sentencia del 14 de marzo de 2001 (caso Barrios Altos), N°. 41-44, que rechazó las leyes de autoamnistía, en cuanto impiden la identificación de los individuos responsables de violaciones de los derechos humanos, al obstaculizar la investigación y el acceso a la justicia, e impiden a las víctimas conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

79 Igual: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 20 de enero de 1989 (caso Godínez Cruz), N°. 181-182.

obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente⁸⁰.

Como se dijo arriba, el derecho internacional de los derechos humanos se preocupa de las violaciones realizadas por agentes estatales; sin embargo, es importante resaltar que en el texto transcrito de la sentencia del caso Velásquez Rodríguez se llega a admitir la responsabilidad estatal por haber sido negligente en la política preventiva de la violación, o bien puede resultar que una actuación que inicialmente no podría atribuírsele al estado, por haber sido llevada a cabo por un particular, pueda en definitiva implicar responsabilidad estatal y afirmarse la existencia de una violación a los derechos humanos, cuando el estado no lleve a cabo una investigación seria del hecho⁸¹.

Con respecto al deber de investigar y juzgar las violaciones de los derechos humanos, enfatizó la Corte Interamericana en la sentencia del caso Velásquez Rodríguez:

174. El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro

80 Debe tenerse en cuenta que mientras el caso Velásquez Rodríguez (...) estuvo pendiente ante la Corte, Honduras aprobó una amnistía que aparentemente cubría a los responsables por la desaparición que estaba en litigio. Sin duda, la Corte estaba consciente de la amnistía promulgada poco antes de las audiencias finales ante ella. Sin embargo, Honduras, no hizo valer la amnistía en su defensa y la Corte no hizo mención alguna de ella, al fallar que Honduras violó su deber de procesar (Cassel: 2001, p. 371). Por otro lado, antes de la sentencia del caso Barrios Altos, la Corte Interamericana se había pronunciado en contra de las autoamnistías del gobierno de Fujimori, en los procedimientos de reparación de los casos Castillo Páez y Loayza Tamayo. Con respecto a las amnistías en casos de violaciones graves de los derechos humanos véase: Ambos (1997), Cassel (2001, pp. 357-410), Sancinetti, Ferrante (1999).

81 Con respecto a la responsabilidad del estado por actos ilícitos de personas privadas: Piza Rocafort, Trejos (1989, pp. 156-161) Pinto (1999, p. 12), Urioste Braga (2002, p. 29). Sobre ello véase en particular la sentencia de la Corte Interamericana de 5 de julio de 2004 (Caso 19 comerciantes vs. Colombia) (Nº. 140), en donde se dijo: "Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tal responsabilidad puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder, órgano o agente estatal, independientemente de su jerarquía, que violen los derechos internacionalmente consagrados. Además, la Corte ha considerado que 'un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención'".

del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación. 175. El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. Pero sí es obvio, en cambio, que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida, aun en el supuesto de que una persona dada no haya sufrido torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto. 176. El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención⁸².

El deber de investigar y juzgar las violaciones de los derechos humanos no implica un deber de que se dicte una sentencia condenatoria penal en contra de determinadas personas, ya que en ocasiones esto resulta imposible, al tener aplicación en el proceso penal principios como el *in dubio pro reo*, derivado del de presunción de inocencia, sino la responsabilidad de que la investigación sea realizada de una manera diligente y seria. En relación con esto, dijo la Corte Interamericana en la sentencia indicada:

82 Véase también: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 20 de enero de 1989, caso Godínez Cruz, N°. 174-187.

177. En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado⁸³.

Pese a lo anterior, aunque se reconoce que la obligación estatal es la de emprender una investigación seria, de modo que no se traduce necesariamente en el deber de sancionar a una persona, ya que en ocasiones la investigación es muy difícil, esto no exime al Estado del deber de reparar a la parte lesionada. En este sentido, la Corte Interamericana estableció, en sentencia del 8 de diciembre de 1995 (caso Caballero Delgado y Santana), que se requiere que toda la actividad del Gobierno culmine con la reparación de la parte lesionada⁸⁴.

Valga anotar que en el sistema interamericano, a diferencia del europeo⁸⁵, existe aun la necesidad de que las quejas de los particulares que reclaman la violación de los derechos humanos, establecidos en la CADH, se

83 Véase también: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 20 de enero de 1989, caso Godínez Cruz, N°. 188.

84 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 8 de diciembre de 1995 (caso Caballero Delgado y Santana), N°. 58.

85 A nivel europeo se modificó la necesidad de que las quejas de los particulares se canalizaran a través de la Comisión, eliminándose la misma. Dicha reforma entró en vigencia en noviembre de 1998. De esta manera los particulares pueden acudir directamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ello, sin embargo, ha provocado la presentación de una gran cantidad de quejas, que se estiman en más de diez mil por año, ante lo cual el Tribunal Europeo no ha podido responder en forma adecuada, estimándose actualmente en unos seis años la duración del proceso ante dicho Tribunal. Sobre ello: Van Ooyen (2002, pp. 295-304).

canalice a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual decide, en última instancia, si remite el asunto ante la Corte Interamericana, de ahí que no existe propiamente un derecho del particular a que su asunto sea en definitiva remitido cuando pasa el examen de admisibilidad. Sin embargo, una vez que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos remite el asunto a la Corte Interamericana, las víctimas adquieren autonomía en sus reclamos con respecto a la Comisión, de modo que pueden presentar alegatos relativos a la violación de los derechos humanos que no hayan sido alegados por la Comisión⁸⁶. Sobre ello señala el artículo 23 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Participación de las presuntas víctimas:

1. Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso.

2. De existir pluralidad de presuntas víctimas, familiares o representantes debidamente acreditados, deberán designar un interviniente común que será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas.

3. En caso de eventual desacuerdo, la Corte resolverá lo conducente.

Ello ocurrió, por ejemplo, en el asunto resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de 2 de julio de 2004 (caso Mauricio Herrera contra Costa Rica), en el cual la Corte acogió la violación al derecho a recurrir la sentencia condenatoria y al principio de imparcialidad del juzgador, reclamos que no habían sido alegados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pero sí por las víctimas⁸⁷. Se dijo:

142. Esta Corte se remite a lo establecido anteriormente en cuanto a la posibilidad de que los representantes de las presuntas víctimas aleguen otros hechos o derechos que no estén incluidos en la demanda. Al respecto, este Tribunal manifestó que:

86 Cf. Cançado Trindade (2004, pp. 19-115).

87 Cf. Llobet Rodríguez (2005, pp. 72-77).

En lo que se refiere a la incorporación de otros derechos distintos a los ya comprendidos en la demanda presentada por la Comisión, la Corte considera que los peticionarios pueden invocar tales derechos. Son ellos los titulares de todos los derechos consagrados en la Convención Americana, y no admitirlo sería una restricción indebida a su condición de sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se entiende que lo anterior, relativo a otros derechos, se atiene a los hechos ya contenidos en la demanda.

A pesar de ello solamente una pequeña parte de las quejas terminan luego siendo presentadas por la Comisión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Atinente al caso indica Claudio Grossman:

En el año 1996 se registraron 592 peticiones. De esas 592 peticiones, 138 resultaron en la apertura de casos, aproximadamente un 23% de las peticiones. De estas se abrieron 138 casos, que se agregaron a los casos actualmente pendientes ante la Comisión Interamericana, totalizando 812 casos en el hemisferio. De los 812 casos, aproximadamente 20 resultan en decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El (...) comentario válido sobre estas estadísticas es la extrema prudencia judicial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya que menos de un 3% de las peticiones terminan en una decisión final. En esto, los niveles de trabajo de la Comisión son de una prudencia mayor a los de otros órganos de supervisión, como es el caso de la Comisión Europea⁸⁸.

Lo anterior se relaciona con la falta de claridad sobre los criterios que sigue la Comisión para decidir si envía un asunto a la Corte, puesto que se rige por criterios discrecionales. La Corte Interamericana, en la opinión consultiva OC-13-93 del 16 de julio de 1993 dijo, sin embargo, que: Esta decisión no es discrecional, sino que debe apoyarse en la alternativa que sea más favorable para la tutela de los derechos establecidos en la Convención⁸⁹. No obstante, la vaguedad con que expresó la Corte esos criterios en que debía apoyarse, debe llevar a afirmar ese carácter discrecional⁹⁰.

88 Grossman (1998, pp. 156-157).

89 Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-13-93 del 16 de julio de 1993, N°. 50.

90 Así: Gómez (1998, p. 225).

El artículo 44 del Reglamento de la Comisión regula el sometimiento del caso a la Corte, estableciendo que cuando la Comisión estima que el Estado no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado, que estableció violaciones, someterá el asunto a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión. Se establece que para ello la Comisión tomará en cuenta fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular, fundada entre otros, en los siguientes elementos: a) la posición del peticionario; b) la naturaleza y gravedad de la violación; c) la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; d) el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros; y e) la calidad de la prueba disponible.

Entre los criterios que ha seguido la Comisión se han citado por Claudio Grossman los siguientes:

1. La jerarquía del derecho violado: mientras se continúen cometiendo violaciones al derecho a la vida y a la integridad física y moral, nos parece que hay que preferir posibilidades de lograr justicia en esos casos de mayor gravedad. 2. El impacto para el sistema en su conjunto: aunque la justicia es justicia en un caso en particular, la obligación de establecer prioridades hace necesario evaluar qué resultado va a tener el caso para la protección general de los derechos humanos en el sistema regional. Esto es también una consecuencia de recursos de que dispone la Comisión. 3. La riqueza del expediente: en este sentido, se analizan los elementos de hecho y de derecho de que dispone la Comisión para contribuir a una decisión de la Corte. 4. Los recursos humanos y materiales que tiene la Comisión. Afortunada o desafortunadamente, la CIDH tiene que vivir dentro de la realidad que la limita solo a llevar un número limitado de casos. 5. La distribución por países (demás de temas): Este criterio, que genera gran discusión en la CIDH, se refiere por ejemplo a los inconvenientes que produciría llevar 17 casos sobre un país solamente –con situaciones equivalentes en otros–, con lo que se estaría dando lugar a acusaciones de trato discriminatorio. La Convención no establece una obligación de ‘distribución geográfica’ y la CIDH no está dispuesta a establecer que es un requisito único, pero la necesidad de despolitizar y juridizar la protección requiere considerar y evaluar también este criterio⁹¹.

91 Grossman (1998, p. 160).

Dado que solamente una pequeña cantidad de las quejas presentadas ante la Comisión son enviadas a la Corte Interamericana, se resalta la importancia que tiene la aplicación de la CADH por los tribunales internos de Costa Rica, que es la principal forma de aplicarse.

El carácter supletorio de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los órganos de protección internacionales queda reflejado, también, en el Estatuto de Roma, que creó la Corte Penal Internacional, en cuanto se estableció el carácter complementario de la misma con respecto a las jurisdicciones nacionales⁹². Así, debe declararse inadmisibile un asunto cuando sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él, salvo que este no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o que el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo⁹³.

2.5. Ejecutoriedad en el ámbito interno de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Debe distinguirse entre las resoluciones dictadas por la Corte Interamericana a través del procedimiento contencioso y las vertidas en el procedimiento de opinión consultiva. Es importante anotar que las sentencias que se dictan en el procedimiento contencioso se refieren a casos concretos presentados en contra de un estado miembro de la CADH, ya sea por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o un estado parte de la Convención⁹⁴.

92 Art. 1 del Estatuto de Roma.

93 Art. 17, inciso 1) a) del Estatuto de Roma. Sobre esto señala Kai Ambos: Resulta problemático cuándo se puede partir de que la jurisdicción nacional no está dispuesta o es incapaz. Debe admitirse una falta de voluntad de persecución cuando un determinado Estado incoar un procedimiento solo aparente, para sustraer a una persona interesada de la persecución penal; cuando se verifique una dilación procesal incompatible con una intención de persecución penal; o cuando el proceso no se sustancie de manera independiente e imparcial. La jurisdicción nacional será incapaz para la persecución penal cuando, en base a un colapso total o esencial, no consigue hacer comparecer al acusado o proporcionar los medios de prueba necesarios. El principio de complementariedad marca así una diferencia esencial entre la Corte Penal Internacional y los Tribunales ad-hoc: mientras estos reclaman una competencia preferente para los hechos cometidos en la antigua Yugoslavia y Ruanda, aquella puede llegar a intervenir solo complementariamente respecto de la jurisdicción nacionalsic. Ambos (2003, pp. 36-37). Sobre el principio de complementariedad véase también: Jescheck (2001, p. 58), Anello (2003, pp. 42-44).

94 Art. 61, inciso 1) de la CADH.

En cuanto a ello, la lista de sujetos que pueden pedir una opinión consultiva es más amplia, pues pueden hacerlo los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires⁹⁵.

Esos órganos son la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, los consejos (el Consejo Permanente de la Organización, el Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura), el Comité Jurídico Internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Secretaría General, las conferencias especializadas y los organismos especializados⁹⁶. Es relevante que la opinión consultiva puede ser solicitada, incluso, por estados que no forman parte de la CADH, pero sí de la OEA⁹⁷.

Por otro lado, mientras que a través del procedimiento contencioso la Corte resuelve sobre violaciones de la CADH, en las opiniones consultivas puede discutirse la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, incluso con respecto a tratados ajenos al sistema interamericano; por ejemplo, tratados suscritos dentro del ámbito de la ONU, como la Convención de Derechos del Niño⁹⁸. En este sentido, la Corte Interamericana, en la opinión consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982, relativa a 'Otros tratados' objeto de la función consultiva de la Corte, resolvió:

Que la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano⁹⁹ sic.

Para fundamentar lo anterior dijo la Corte:

37. (...) El sentido corriente de los términos del artículo 64 no permite considerar que se haya buscado la exclusión de su ámbito a cier-

95 Art. 64, inciso 1) de la CADH.

96 Cf. Piza Rocafort, Trejos (1989, p. 326).

97 Cf. Faúndez Ledezma (1999, p. 578).

98 Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-17-2002 del 28 de agosto de 2002 (condición jurídica y derechos humanos del niño).

99 Sobre ello: Faúndez Ledezma (1999, p. 578).

tos tratados internacionales, por el solo hecho de que Estados ajenos al sistema interamericano sean o puedan ser partes de los mismos. En efecto, la sola limitación que nace de esa disposición es que se trate de acuerdos internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. No se exige que sean tratados entre Estados americanos, o que sean tratados regionales o que hayan sido concebidos dentro del marco del sistema interamericano. Ese propósito restrictivo no puede presumirse, desde el momento en que no se expresó de ninguna manera. 38. La distinción implícita en el artículo 64 de la Convención alude más bien a una cuestión de carácter geográfico-político. Dicho más exactamente, lo que interesa es establecer a cargo de qué Estado están las obligaciones cuya naturaleza o alcance se trata de interpretar y no la fuente de las mismas. Si el fin principal de la consulta se refiere al cumplimiento o alcance de obligaciones contraídas por un Estado Miembro del sistema interamericano, la Corte es competente para emitirla, aun cuando fuera inevitable interpretar el tratado en su conjunto. En cambio, no sería competente si el propósito principal de la consulta es el alcance o el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por Estados ajenos a dicho sistema. Esta distinción destaca nuevamente la necesidad de resolver en cada caso según las circunstancias concretas. 39. La conclusión anterior se pone especialmente de relieve al examinar lo dispuesto por el artículo 64.2 de la Convención, que autoriza a los Estados Miembros de la OEA para solicitar una opinión consultiva sobre la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Se trata, en este caso, de un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales referentes a dicha materia. En esa perspectiva, habida cuenta de que un Estado americano no está menos obligado a cumplir con un tratado internacional por el hecho de que sean o puedan ser partes del mismo Estados no americanos, no se ve ninguna razón para que no pueda solicitar consultas sobre la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, que hayan sido adoptados fuera del marco del sistema interamericano. Existe, además, un interés práctico en que esa función interpretativa se cumpla dentro del sistema interamericano, aun cuando se trate de acuerdos internacionales adoptados fuera de su marco, ya que, como se ha destacado respecto de los métodos regionales de tutela, estos 'son más idóneos para la tarea y al

mismo tiempo podríamos decir que son más tolerables para los Estados de este hemisferio...' (Sepúlveda, César, 'Panorama de los Derechos Humanos', en Boletín del Instituto de Investigaciones Jurídicas (México), setiembre-diciembre 1982, pág. 1054).

En lo relativo a la diferencia entre la jurisdicción contenciosa y la consultiva dijo la Corte Interamericana en la opinión consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983, sobre las restricciones a la pena de muerte:

32. En un procedimiento contencioso, la Corte debe no solo interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, sino también, si fuera del caso, disponer «que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados» (artículo 63.1 de la Convención), en el entendido de que los Estados Partes en este proceso están sujetos a cumplir obligatoriamente el fallo de la Corte (artículo 68.1 de la Convención). En cambio, en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica.

Por otro lado, en esa misma opinión consultiva se dijo, en cuanto a la diferenciación entre la materia consultiva y la contenciosa:

21. En materia contenciosa el ejercicio de la competencia de la Corte depende normalmente de una cuestión previa y fundamental, como es el consentimiento de los Estados para someterse a su jurisdicción. Si ese consentimiento ha sido otorgado, los Estados que participan en el proceso toman técnicamente el carácter de partes en el mismo y se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte (artículo 68.1 de la Convención). En cambio, mientras no exista tal consentimiento, la jurisdicción de la Corte no podrá ejercerse, de modo que carece de sentido examinar los asuntos de fondo que determinan la controversia sin antes haber establecido si las partes involucradas han aceptado o no su jurisdicción. 22. Ninguna de estas consideraciones está presente en los procedimientos consultivos. No hay partes pues no hay demandados ni actores; ningún Estado es requerido a defenderse contra cargos formales, ya que el procedimiento no los contempla, ninguna sanción judicial está prevista ni puede ser decretada. A lo único que el procedimiento está destinado es a facilitar a los Estados Miembros y a los órganos de

la OEA la obtención de una interpretación judicial sobre una disposición de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

2.5.1. Ejecutoriedad de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana en los procesos contenciosos

En el sistema interamericano de derechos humanos se establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos como un órgano jurisdiccional internacional, que conoce de los asuntos sometidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o por un estado miembro de la CADH. Sin embargo, para que un determinado caso sea de conocimiento de la Corte se necesita que el estado respectivo haya formulado una declaración unilateral de reconocimiento de la jurisdicción de esta, ya sea en forma general o bien para el caso concreto. Sobre ello señala el artículo 62 de la CADH:

1. Todo Estado parte puede, en el momento de depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los asuntos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 2. La declaración puede ser hecha condicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados Miembros de la Organización y al Secretario de la Corte. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos posteriores, ora por convención especial.

El artículo 68 de la CADH dice:

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga la indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

El artículo 27 del Convenio de Sede entre el gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, suscrito en San José el 10 de setiembre de 1981, estableció:

Las resoluciones de la Corte y, en su caso de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses.

Señala Víctor Manuel Rodríguez Rescia, con respecto a esta norma, que la misma:

(...) amplía favorablemente el ámbito de protección de los derechos contenidos en la Convención porque va más allá de lo dispuesto por el párrafo 2) del artículo 68 de la Convención al incluir a todas las ‘resoluciones’, tanto de la Corte, como del Presidente lo que fortalece la labor del Tribunal al dar mayor fuerza a resoluciones interlocutorias dentro del proceso contencioso, y sobre todo a resoluciones que se adopten en asuntos de medidas provisionales. Por supuesto que también abarcaría exhortos y mandamientos¹⁰⁰.

De acuerdo con el artículo 63, inciso 1) de la CADH:

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

El primer deber que surge cuando se declara la responsabilidad estatal, por violación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la reparación directa, perfecta o específica de los daños¹⁰¹. Dentro de esta tiene gran

100 Rodríguez Rescia (1998, p. 470).

101 Sobre ello: Aguilar (1994, pp. 142-144).

importancia la *restitutio in integrum*, que implica el restablecimiento al estado material y jurídico existente antes de la violación del derecho humano por el Estado responsable, declarado por la Corte como existente¹⁰².

Lo resuelto por la Corte Interamericana al respecto puede tener grandes implicaciones para la justicia penal costarricense cuando se llega a declarar la responsabilidad del estado. Por ejemplo, dentro de lo dispuesto por la Corte podría encontrarse la obligación de liberar a la persona que se encuentra detenida, en virtud de una sentencia condenatoria ordenada con quebranto de las normas del debido proceso establecidas en la CADH, en especial la de la prohibición del doble juzgamiento. Esto ocurrió por primera vez en el sistema interamericano con la sentencia del 17 de setiembre de 1997, ordenada por la Corte Interamericana en el caso Loayza Tamayo, que se siguió en contra del Estado de Perú. En este asunto se ordenó que dicho Estado (...) ponga en libertad a María Elena Loayza Tamayo dentro de un plazo razonable, en los términos del párrafo 84 de esta sentencia¹⁰³.

Puede suceder que la Corte resuelva simplemente la obligación de liberar a la persona, sin proceder por tanto a realizar un nuevo juicio en su

102 Debe anotarse que como lo indica Rodríguez Rescia: Existe una gran diferencia entre el sistema de la Convención Americana y el del Convenio Europeo en cuanto a los efectos de las sentencias que emiten sus tribunales, ya que el artículo 63.1 de la Convención Americana tiene una competencia mucho más amplia y proteccionista a favor de la víctima de una violación de derechos humanos que su homólogo del Convenio Europeo que sería el artículo 50. Mientras este último establece la necesidad de otorgarle a la parte lesionada una 'satisfacción equitativa' si el derecho interno de la alta parte contratante 'solo permite de manera imperfecta borrar sus consecuencias' de una decisión o medida tomada por ese Estado que sea contraria al Convenio Europeo, el artículo 63.1 de la Convención Europea es mucho más contundente en términos de reparación, ya que otorga facultad a la Corte Interamericana para que, en los casos en que determine violaciones a dicha convención pueda disponer 'que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados (Rodríguez Rescia: 1997, p. 14). Con respecto al sistema europeo y la prioridad que se le da a la indemnización: Ferrer Lloret (1998, pp. 58-59).

103 Con respecto a este caso señala Víctor Manuel Rodríguez Rescia: El caso Loayza Tamayo se constituye en un caso histórico, ya que es la primera vez que se aplica la restitución plena (los casos resueltos con anterioridad por la Corte se referían a desapariciones, lo que hacía inaplicable la *restitutio in integrum*, lo que brinda nuevos argumentos para determinar si los efectos de un fallo internacional pueden anular los de un proceso seguido ante el derecho interno, actuando en cierta forma, como una 'cuarta instancia' (Rodríguez Rescia: 1997, p. 15; Rodríguez Rescia: 1998, p. 455).

contra¹⁰⁴, pero también cabe la posibilidad de que disponga más bien la necesidad de que se lleve a cabo un nuevo juicio. Ambos supuestos tienen una gran relación, puesto que la resolución de la Corte tendría implicaciones con respecto a una sentencia que reuniría en el ámbito interno del estado el carácter de cosa juzgada material.

Con lo anterior surge la pregunta sobre cómo puede ejecutarse en Costa Rica la resolución de la Corte Interamericana que dispone que simplemente debe ser liberada una persona, o bien que debe realizarse de nuevo el juicio dictado en contra de una persona que había sido juzgada y condenada en Costa Rica, cuya sentencia se encuentra firme con autoridad de cosa juzgada material.

Cuando no se debe proceder a realizar de nuevo el juicio oral, una solución que podrían proponer algunos es el indulto, pero este no parece adecuado cuando se ha constatado una violación a la normativa de fondo en Costa Rica; por ejemplo, una violación al principio de legalidad o a la prohibición de retroactividad de la ley penal, o bien ha operado una situación que entraría dentro de una excepción de carácter perentorio, como es la relativa a la prohibición del non bis in idem, como ocurrió en el caso Loayza Tamayo. Lo anterior, ya que el indulto no hace que se eliminen todos los efectos de la condena¹⁰⁵, como en el caso de la inscripción de juzgamientos del Registro Judicial de Delincuentes¹⁰⁶, lo cual puede traerle perjuicios al indultado con posterioridad, por ejemplo, respecto de la concesión del beneficio de la ejecución condicional¹⁰⁷.

104 En el caso Loayza Tamayo la Comisión solicitó luego a la Corte que aclarara que la libertad que se había ordenado era definitiva y no sujeta a condición. La Corte resolvió por sentencia del 27 de noviembre de 1998: 109. En su sentencia sobre el fondo, la Corte ordenó al Perú poner en libertad a la víctima. De dicha sentencia se desprende claramente que la libertad ordenada es definitiva e inapelable y no está sujeta a condición ni restricción algunas. Por lo tanto, la Corte entiende que la liberación de la víctima, realizada por el Estado el 16 de octubre de 1997, tiene la naturaleza que se deduce de la sentencia, y por ello considera innecesario acceder a la solicitud de la Comisión.

105 En este sentido indica Viviana Krsticevic: En algunas ocasiones las acciones del Poder Ejecutivo no bastan; por ejemplo, el indulto o la conmutación de la pena pueden constituir un mecanismo imperfecto de reparación, ya que, por ejemplo, pueden subsistir los efectos de la condena (Krsticevic: 1998, p. 440).

106 El indulto, de acuerdo con el art. 90 del Código Penal de 1970, solamente produce el perdón total o parcial de la pena. Véase además el art. 39 que en lo relativo a la reincidencia no excluye los hechos que fueron indultados.

107 Art. 60 del Código Penal de 1970. Al respecto, Zaffaroni, T. V (1988, p. 446).

Una solución que puede contemplarse, tanto en los supuestos en que se dispone la liberación de la persona como en los casos en que se ordena un nuevo proceso, es la regulación de una causal de revisión de la sentencia. Indica Viviana Krsticevic con respecto a esa posibilidad:

Un ejemplo de adecuación de la legislación local es Luxemburgo, que posee una figura en su Código de Procedimiento Criminal que permite que se reabra un juicio si la Corte Europea o el Comité de Ministros ha establecido que la persona fue juzgada en violación a la Convención Europea. Ahora bien, el establecimiento de un sistema de revisión no garantiza necesariamente la ejecución de la decisión, aunque la facilita. En realidad, quizás sea más adecuado plantear la discusión como el establecimiento de un tribunal de ejecución de la decisión, o de un mecanismo para garantizar la ejecución de la decisión¹⁰⁸.

En lo atinente a Costa Rica, debe anotarse que no se establece en forma expresa como causal de revisión del procedimiento el que haya sido ordenado por la Corte Interamericana proceder a la revisión de la sentencia. Sin embargo, en forma indirecta tal posibilidad podría ser abarcada por la causal de revisión basada en el quebranto al debido proceso u oportunidad de defensa, contemplada en el artículo 408, inciso g) del Código Procesal Penal¹⁰⁹. Sin embargo, dicha posibilidad de revisión estaría supeditada a la solicitud de revisión hecha por el imputado, o bien por el Ministerio Público.

Debe estimarse que cuando la Corte Interamericana ordena de nuevo la realización del juicio, por haberse llevado a cabo el anterior con violación al

108 Krsticevic (1998, p. 441).

109 Sobre dicha causal: Llobet Rodríguez (2003, pp. 390-391). En contra, dice Rodríguez Rescia: Entratándose de sentencias de un tribunal internacional de los derechos humanos que determina violaciones a derechos contemplados en instrumentos internacionales, no es adecuado utilizar los recursos de amparo o de revisión, ya que en cualquiera de los casos, será como permitir la existencia de una instancia judicial internacional que, a través de esos recursos legales, anula lo actuado por los órganos internos y eso convertiría a esos tribunales internacionales en una 'cuarta instancia' (Rodríguez Rescia: 1997, p. 47). Esas afirmaciones, sin embargo, no parecen concordantes con lo indicado por dicho autor en cuanto a que la Corte Interamericana, a diferencia de la Europea, puede disponer la restitutio in integrum, celebrando lo resuelto en el caso Loayza Tamayo, ello al indicar que se trata de un caso histórico y que en definitiva se actuó en cierta forma como una cuarta instancia (Cf. Rodríguez Rescia: 1997, pp. 14-15).

debido proceso, no se requiere siquiera seguir el procedimiento de revisión de las sentencias establecido en la legislación procesal penal, con base en el artículo 68 de la CADH y el artículo 27 del Convenio de Sede de la Corte Interamericana, el cual, como se dijo, dispone que las resoluciones de la Corte tendrán la misma fuerza ejecutiva que las dictadas por los tribunales nacionales. Esa es la misma solución cuando se dispone que una persona debe ser liberada, tal y como ocurrió en el caso Loayza Tamayo; o bien que ha de procederse a anular del Registro de Delincuentes la condenatoria ordenada, sin realizarse de nuevo el juicio oral.

Esta fue la decisión que tomó el Tribunal de Juicio respectivo para ejecutar lo resuelto por la Corte Interamericana de 2 de julio de 2004 (caso Mauricio Herrera contra Costa Rica), en cuanto a la revocatoria de la sentencia condenatoria que se había dispuesto.

Es importante anotar que puede existir responsabilidad internacional por la actividad legislativa, ya sea por la aprobación de leyes que quebranten la CADH, o bien por la omisión de aprobar leyes que hagan efectivos los derechos establecidos en dicha Convención. Al respecto, dijo la Corte Interamericana al emitir la opinión consultiva OC-13-93 del 16 de julio de 1993, relativa a ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

26. Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos.

27. En estas circunstancias, no debe existir ninguna duda de que la Comisión tiene a ese respecto las mismas facultades que tendría frente a cualquier otro tipo de violación y podría expresarse en las mismas oportunidades en que puede hacerlo en los demás casos. Dicho de otro modo, el hecho de que se trate de 'leyes internas' y de que estas hayan sido 'adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución', nada significa si mediante ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos. Las atribuciones de la Comisión en este sentido no están de manera alguna restringidas por la forma como la Convención es violada.

28. Podrían mencionarse situaciones históricas en las cuales algunos Estados han promulgado leyes de conformidad con su estructura

jurídica pero que no ofrecieron garantías adecuadas para el ejercicio de los derechos humanos, impusieron restricciones inaceptables o, simplemente, los desconocieron. Tal como lo ha manifestado la Corte, el cumplimiento de un procedimiento constitucional 'no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos' (La expresión 'leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, supra 25, párr. 22).

29. Esto no significa que la Comisión tenga atribuciones para pronunciarse sobre la forma como se adopta una norma jurídica en el orden interno. Esa es función de los órganos competentes del Estado. Lo que la Comisión debe verificar, en un caso concreto, es si lo dispuesto por la norma contradice la Convención y no si contradice el ordenamiento jurídico interno del Estado. La atribución otorgada a la Comisión para 'formular recomendaciones ... a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales' (art. 41.b) (destacado de la Corte) o el compromiso de los Estados de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la Convención 'con arreglo a sus procedimientos constitucionales' (art. 2) (destacado de la Corte), no le dan a la Comisión facultad para calificar el cumplimiento por el Estado de los preceptos constitucionales en la elaboración de las normas internas.

30. En el ámbito internacional lo que interesa determinar es si una ley resulta violatoria de las obligaciones internacionales asumidas por un Estado en virtud de un tratado. Esto puede y debe hacerlo la Comisión a la hora de analizar las comunicaciones y peticiones sometidas a su conocimiento sobre violaciones de derechos humanos y libertades protegidos por la Convención¹¹⁰.

De gran relevancia es el caso Barrios Altos, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante sentencia del 30 de noviembre de 2001. En dicha sentencia se hizo una declaratoria con efectos generales de la

110 En igual sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-14-94 del 9 de diciembre de 1994, N°. 37-38, relativa a la Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención.

ineficacia de una ley aprobada por un estado¹¹¹. Se resolvió en ese caso si las autoamnistías aprobadas por el régimen de Fujimori eran incompatibles con las obligaciones contraídas por el estado de Perú, en cuanto miembro de la CADH, esto con base en la obligación estatal de emprender una investigación seria que conduzca al juzgamiento de aquellos sujetos que han quebrantado derechos establecidos en la CADH, de acuerdo con los criterios vertidos al respecto por la Corte Interamericana desde el caso Velásquez Rodríguez¹¹². Señaló la Corte Interamericana en el caso Barrios Altos:

42. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma.

sic 43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad

111 Sobre el tema véase: Cassel (2001, p. 388), Gómez Pérez (2002, pp. 368-369).

112 Corte Interamericana, sentencia del 29 de julio de 1988.

y recibir la reparación correspondiente. 44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.

Como consecuencia se resolvió que dichas leyes de autoamnistía son incompatibles con la CADH y en consecuencia carecen de efectos jurídicos. Se estableció además que:

Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables¹¹³.

La resolución en el caso Barrios Altos es especialmente relevante, puesto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró en definitiva la ineficacia de una ley, y actuó, en conclusión, de una manera similar a como lo hace un tribunal constitucional; por ejemplo, la Sala costarricense, que declara la inaplicabilidad de una ley al resolver un recurso de inconstitucionalidad¹¹⁴.

El caso Barrios Altos tiene como uno de sus antecedentes lo resuelto en el caso Suárez Rosero, donde por sentencia del 12 de noviembre de 1997 la Corte Interamericana:

Declara que el último párrafo del artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal del Ecuador es violatorio del artículo 2

113 Señala Douglas Cassel: No obstante el alcance amplio de estas sentencias y de las distintas opiniones de los jueces, no está del todo claro que la Corte haya llegado a coincidir con la Comisión en un aparente rechazo de cualquier amnistía para serias violaciones a los derechos humanos. Sin lugar de dudas la Corte rechaza las autoamnistías –como las de Fujimori– para serias violaciones sic; sin embargo, hay que tomar en cuenta la naturaleza extrema de la amnistía peruana. ¿Cómo fallaría la Corte sobre las amnistías de Argentina y Uruguay, aprobadas por gobiernos democráticos luego de una transición del antiguo régimen?, aun cuando la Corte no haya expresado ningún desacuerdo con la doctrina de la Comisión ni tampoco ha tenido oportunidad para revisar la amplia gama de amnistías ya consideradas por la Comisión (Cassel: 2001, pp. 389-390).

114 Así, Gómez Pérez (2002, p. 369).

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con los artículos 7.5 y 1.1 de la misma.

Por otro lado, en los considerandos del caso Loayza Tamayo (sentencia del 17 de setiembre de 1997), la Corte Interamericana señaló la incompatibilidad de dos decretos-leyes con la CADH. Dijo:

68. Ambos decretos-leyes se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y, como en el caso examinado, de la 'propia Policía (DINCOTE)'. Por lo tanto, los citados decretos-leyes en este aspecto son incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana.

No hizo mención de esto, sin embargo, en el por tanto de la resolución.

No obstante, en otros asuntos la Corte Interamericana no ha establecido de manera directa la ineficacia de una ley, respecto de lo cual se pronunció claramente en el caso Barrios Altos, sino que ha dispuesto que el estado respectivo debe tomar las medidas apropiadas para reformar la ley, contraria a la CADH. Así en el caso Castillo Petruzzi y otros, resuelto por sentencia del 30 de mayo de 1999, se ordenó al estado peruano:

(...) adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la presente sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin excepción alguna.

Esto se dispuso en cuanto al juzgamiento de civiles por la justicia militar¹¹⁵. En forma similar la Corte Interamericana, en la sentencia de 2 de julio

115 En el caso Loayza Tamayo, la Corte Interamericana señaló en los considerandos de su resolución la incompatibilidad de dos decretos leyes con la CADH. Dijo : 68. Ambos decretos-leyes se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y, como en el caso examinado, de la 'propia Policía (DINCOTE)'. Por lo tanto, los citados decretos-leyes en este aspecto son incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana. No hizo mención de esto, sin embargo, en el por tanto de la resolución. Véase: sentencia del 17 de setiembre de 1997, caso Loayza Tamayo.

de 2004, dispuso que Costa Rica debe modificar su legislación en un plazo razonable, para adaptarla a lo previsto en el artículo 8, inciso h) de la CADH.

Gran parte de los asuntos resueltos por la Corte Interamericana tienen afinidad con la desaparición forzada de personas y la falta de investigación y juzgamiento de las personas responsables. En los asuntos de desaparición forzosa, la restitución al estado anterior es realmente imposible, puesto que implicaría la aparición de la persona, lo cual, razonablemente, no es posible. Por ello se admite, además de la reparación directa, la indirecta o imperfecta o complementaria¹¹⁶. Lo mismo cabe indicar acerca de los supuestos de tortura, generalmente ligados en los casos conocidos por la Corte Interamericana con la desaparición forzada¹¹⁷.

En general, debe anotarse que aun en los casos de reparación directa, debe procederse también a fijar una indemnización a la víctima, como parte de las reparaciones. Sin embargo, la reparación indirecta es más amplia que la mera indemnización, ya que puede comprender también que se ordene al estado el llevar a cabo una investigación seria de los hechos y que sancione a los responsables de los mismos. Es importante que en las primeras sentencias de fondo de carácter contencioso, dictadas por la Corte Interamericana en contra de Honduras en los casos Velásquez Rodríguez¹¹⁸ y Godínez Cruz¹¹⁹, a pesar de que se constató el incumplimiento de realizar una investigación seria de los hechos, no se llegó a ordenar expresamente que ese estado debía procesar y castigar a los responsables, sino que se dispuso solamente que debía procederse a pagar una justa indemnización compensatoria a los familiares de la víctima¹²⁰. No obstante, la Corte Interamericana, al discutirse la indemnización compensatoria en el caso Velásquez Rodríguez, en sentencia del 21 de julio de 1989, aunque reconoció una omisión en la parte resolutive con respecto a la obligación del estado de Honduras de investigar seriamente los hechos y sancionar a los responsables, indicó que ello se encontraba implícito en los considerandos. Así dijo:

32. La Comisión y los abogados sostienen que, en ejecución del fallo, la Corte debe ordenar algunas medidas a cargo del Gobierno, tales

116 Cf. Aguilar (1994, pp. 144-147).

117 Sobre el tema: Faúndez Ledezma (1999, p. 495).

118 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 29 de julio de 1988.

119 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 20 de enero de 1989.

120 AL respecto, Cassel (2001, pp. 371-372), quien dice: Una posible respuesta es que la Corte tuviera duda sobre su competencia para mandar una reparación, por medio de una orden a un estado para que conduzca una investigación y un proceso penal (p. 372).

como la investigación de los hechos relativos a la desaparición forzada de Manfredo Velásquez; el castigo de los responsables de estos hechos; la declaración pública de la reprobación de esta práctica; la reivindicación de la memoria de la víctima y otras similares.

33. Medidas de esta clase formarían parte de la reparación de las consecuencias de la situación violatoria de los derechos o libertades y no de las indemnizaciones, al tenor del artículo 63.1 de la Convención.

34. No obstante la Corte ya señaló en su sentencia sobre el fondo (Caso Velásquez Rodríguez, supra 2, párr. 181), la subsistencia del deber de investigación que corresponde al Gobierno, mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida (supra 32). A este deber de investigar se suma el deber de prevenir la posible comisión de desapariciones forzadas y de sancionar a los responsables directos de las mismas (Caso Velásquez Rodríguez, supra 2, párr. 174).

35. Aunque estas obligaciones no quedaron expresamente incorporadas en la parte resolutive de la sentencia sobre el fondo, es un principio del derecho procesal que los fundamentos de una decisión judicial forman parte de la misma. La Corte declara, en consecuencia, que tales obligaciones a cargo de Honduras subsisten hasta su total cumplimiento.

36. Por lo demás, la Corte entiende que la sentencia sobre el fondo de 29 de julio de 1988 constituye, en sí misma, una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para los familiares de las víctimas.

Lo mismo resolvió la Corte al dictar sentencia el 21 de julio de 1989, con respecto a la indemnización compensatoria en el caso Godínez Cruz¹²¹. En otras sentencias por el fondo que ha decretado la Corte Interamericana, se ha corregido el defecto que presentaban las sentencias dictadas en los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, estableciéndose expresamente dentro de las obligaciones reparatorias del estado la obligación de investigar y sancionar la violación de los derechos humanos. Por ejemplo, en la sentencia del 8 de diciembre de 1995 (caso Caballero Delgado y Santana), se decidió

121 Corte Interamericana de Derechos Humanos, indemnización compensatoria (caso Godínez Cruz), N°. 32-34.

que Colombia (...) está obligada a continuar los procedimientos judiciales por la desaparición y presunta muerte de las personas mencionadas y sanción conforme a su derecho interno.

Eso ha sido reiterado en numerosos votos, entre ellos la sentencia del 24 de enero de 1998 (caso Blake), donde se dispuso: que el Estado de Guatemala está obligado a poner todos los medios a su alcance para investigar los hechos denunciados y sancionar a los responsables por la desaparición y muerte del señor Nicholas Chapman Blake. En la sentencia del caso Paniagua Morales y otros, ordenada el 8 de marzo de 1998, se resolvió que el Estado de Guatemala debe realizar una investigación real y efectiva para determinar a las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se ha hecho referencia en esta Sentencia y, eventualmente, sancionarlas.

Unido al deber de investigar y juzgar a los responsables de una violación de los derechos humanos, hay que destacar la reciente creación de la Corte Penal Internacional¹²², que tiene como antecedentes inmediatos los tribunales ad hoc de la antigua Yugoslavia y Ruanda. Sin embargo, con esas excepciones dentro de los órganos jurisdiccionales del derecho internacional de los derechos humanos no se persigue la sanción penal de individuos específicos, sino valorar si un estado concreto incurrió en responsabilidad por haber cometido un ilícito internacional de violación de los derechos humanos de la convención respectiva.

Ello es lo que ocurre tanto respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última ha dicho en ese sentido, en la sentencia del 29 de julio de 1988, correspondiente al caso Velásquez Rodríguez:

134. En efecto, la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones.

Se trata de un criterio que la Corte ha reiterado en numerosas resoluciones¹²³.

122 Cf. Ambos (2003), Anello (2003), Jescheck (2001, pp. 53-59), Garzón (2002, pp. 111-132).

123 Véase, por ejemplo: sentencia del 20 de enero de 1989 (caso Godínez Cruz), N°. 140; sentencia del 15 de marzo de 1989 (caso Fairén Garbí y Solís Corrales), N°. 136.

Sin embargo, como se dijo, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden llegar a tener gran incidencia en la justicia penal, por ejemplo reiterando el deber del estado de investigar en forma seria un hecho delictivo y de sancionar a los responsables si corresponde. En el caso de que se llegase a dictar una sentencia en contra de Costa Rica por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ordenase llevar a cabo una investigación seria y el juzgamiento de los responsables, el encargado de realizar dicha investigación en Costa Rica sería el Ministerio Público, con el auxilio de la policía judicial, de acuerdo con el artículo 16 del Código Procesal Penal¹²⁴ y la normativa del mismo sobre la investigación preparatoria¹²⁵. Por otro lado, se regula en la normativa costarricense una acción popular, de modo que cualquier persona puede apersonarse como querellante público, por tratarse de una violación de los derechos humanos¹²⁶.

Uno de los aspectos que se dispone como parte de la reparación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la adecuada indemnización a las víctimas, fijando la misma los montos correspondientes. Dicha fijación, de acuerdo con los artículos 68 de la CADH y 27 del Convenio de Sede entre el gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana, es ejecutable en Costa Rica. El procedimiento por seguir para el cumplimiento es el establecido para la ejecución de las sentencias de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹²⁷.

La Corte Interamericana ha enfatizado la procedencia de esa indemnización desde sus primeras resoluciones sobre reparación. Así, en la sentencia sobre indemnización compensatoria en el caso Velásquez Rodríguez, dictada el 21 de julio de 1989, dijo:

25. Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado 'incluso una concepción general de derecho', que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo (Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment N°. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, N°. 9, pág. 21 y Factory at Chorzów, Merits, Judgment N°. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, N°. 17, pág. 29;

124 Véase, por ejemplo: sentencia del 20 de enero de 1989 (caso Godínez Cruz), N°. 140; sentencia del 15 de marzo de 1989 (caso Fairén Garbí y Solís Corrales), N°. 136.

125 Art. 274 y ss. del Código Procesal Penal. Cf. Llobet Rodríguez (2003, pp. 282-310).

126 Art. 75 del Código Procesal Penal. Cf. Llobet Rodríguez (2003, pp. 156-157).

127 Así: Rodríguez Rescia (1997, pp. 38-39), Rodríguez Rescia (1998, pp. 470-471).

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, pág. 184). 26. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral.” Agregó: “28. La indemnización por violación de los derechos humanos encuentra fundamento en instrumentos internacionales de carácter universal y regional. El Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, ha acordado repetidamente, con base en el Protocolo Facultativo, el pago de indemnizaciones por violaciones de derechos humanos reconocidos en el Pacto (véanse por ejemplo las comunicaciones 4/1977; 6/1977; 11/1977; 132/1982; 138/1983; 147/1983; 161/1983; 188/1984; 194/1985; etc., Informes del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas). Lo propio ha hecho la Corte Europea de Derechos Humanos con base en el artículo 50 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹²⁸.

Es importante no solo afirmar la ejecutoriedad de las sentencias de la Corte, sino también de las medidas provisionales que pueda disponer la misma, de acuerdo con el artículo 63, inciso 2) de la CADH. Este establece:

En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se trata de asuntos que aun no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión¹²⁹.

128 Igual: Corte Interamericana de Derechos Humanos, indemnización compensatoria (caso Godínez Cruz), N°. 23-26. Con respecto a la indemnización según las sentencias de la Corte Interamericana: Salvioli, F. O. (1995, pp. 144-164).

129 Por ejemplo, en el caso Loayza Tamayo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso por resolución del 13 de setiembre de 1996: 1. Requerir al Gobierno del Perú que modifique la situación en que se encuentra encarcelada la señora María Elena Loayza Tamayo, particularmente en lo referente a las condiciones del aislamiento celular al que está sometida, con el propósito de que esta situación se adecúe a lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la resolución de la Corte de 2 de julio de 1996. 2. Requerir al Gobierno del Perú que a la mayor brevedad brinde tratamiento médico, tanto físico como psiquiátrico, a la señora María Elena Loayza Tamayo.

De acuerdo con el artículo 27 del Convenio de Sede se establece claramente la ejecutoriedad en Costa Rica de las medidas provisionales dispuestas en los asuntos en contra de nuestro país.

2.5.2. Ejecutoriedad de las opiniones consultivas dadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el ámbito interamericano se ha discutido si las opiniones consultivas dadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para el estado que las ha solicitado. La Corte Interamericana, al emitir la opinión consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982, señaló:

Las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención; y si esto es así, menos razones existen para sacar argumentos de los eventuales efectos que pudieran tener frente a Estados que ni siquiera habrían participado en el procedimiento consultivo¹³⁰.

Posteriormente reiteró ese criterio al emitirse la opinión consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983¹³¹, indicando que:

En materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito, cumple una función asesora, de tal modo que sus opiniones 'no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa'. (Corte I.D.H., 'Otros tratados' objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A N°. 1, párr. N°. 51; cf. Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, pág. 65).

130 Opinión consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982 "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte), Part. 51.

131 Opinión consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983 (Restricciones a la pena de muerte), Part. 32. Crítica Héctor Faúndez Ledezma que la Corte fue poco cautelosa al afirmar que cumple simplemente una función asesora. Faúndez Ledezma (1999, p. 606).

Sin embargo, la Corte en la opinión consultiva OC-at/97 del 14 de noviembre de 1997, señaló en forma ambigua: Aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables¹³².

La Sala Constitucional costarricense, al discutir sobre la colegiación obligatoria de los periodistas, se pronunció por la exigencia de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana vertidas a solicitud de Costa Rica.

Es importante anotar en relación con este asunto, que desde principios de la década de los ochenta del siglo pasado se desató una gran polémica sobre la compatibilidad de la colegiación obligatoria de los periodistas con la CADH.

Dicha colegiación había sido establecida por Ley 4420, referente al Colegio de Periodistas, que establecía entre los requisitos para el ejercicio del periodismo el ser graduado universitario con al menos el título de bachiller.

El Juzgado Segundo Penal de San José, en sentencia N°. 9 de las 17:15 horas del 14 de enero de 1983, decidió absolver a un periodista que no se encontraba incorporado al Colegio respectivo, al considerar que la ley que estableció la colegiación obligatoria de dicha profesión no era conforme a la CADH. Se trata, sin duda, de uno de los primeros casos en que la justicia costarricense aplicó directamente la CADH, y desaplicó una norma de menor rango, como la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, todo de acuerdo con los parámetros establecidos por la Corte Plena. Esta, en diversos fallos, llegó a sostener que los jueces podían hacer imperar un tratado internacional sobre la ley, cuando la misma lo contraviniera, y se dio entonces un control difuso de la conformidad de la ley con el tratado, a diferencia de lo que ocurría cuando se reclamaba la inconstitucionalidad de una ley.

Se dijo en el voto de comentario que si el imputado recibe y difunde informaciones en forma escrita, su conducta se ajusta al ejercicio de este derecho superior, por así llamarlo, que es la libertad de pensamiento y de expresión, el cual no puede ser restringido por ningún medio indirecto. De ahí resulta que la naturaleza jurídica del Colegio de Periodistas no puede ser la misma que conforma la esencia de los colegios profesionales, pues en el ejercicio de su actividad se pone en juego una de las libertades públicas más preciadas del ser humano, cual es la de expresar su pensamiento y, por lo tanto, el acusado actuó en el ejercicio legítimo de esos derechos, acogiendo a normas positivas de rango superior, de ahí que su conducta constituye un derecho no solo anterior sino superior a la prescripción legal, la cual es una causa de justificación que borra la

132 Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997 (Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), N°. 26.

antijuridicidad de la conducta y que obliga a absolverlo de toda pena y responsabilidad por el delito de ejercicio ilegal de la profesión que se le imputaba¹³³.

En contra del pronunciamiento del Juzgado Segundo Penal de San José se pronunció la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 64-93 del 3 de junio de 1993, en el que procedió a anular la absolutoria que se había dispuesto en el juicio oral y público.

Indicó la Sala que se argumenta que la Convención de San José o Convención Americana, ha dejado sin efecto la regla del artículo 27 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, de lo cual se infiere que para ejercer el periodismo no es menester la incorporación al Colegio respectivo, y en consecuencia el imputado ejerció ilegítimamente; sin embargo, el artículo 13 de aquella Convención encierra una declaración de principios y derechos esenciales a favor de todos los habitantes del país, y no alude en forma concreta a los requisitos indispensables que deben tener las personas que pretendan desempeñarse en esa profesión, en forma especializada u otra. La aceptación de esa opinión implicaría la derogatoria de las leyes de cada colegio profesional, pues tampoco sería indispensable la filiación a ellos para laborar profesionalmente, ya que se invocaría en su apoyo el principio de igualdad ante la ley.

Nuestro régimen jurídico ha establecido como regla elemental, para esos efectos, la incorporación respectiva, lo que recalca la Corte Plena al señalar que las leyes orgánicas de cada colegio requieren el título, en vista del interés público que está de por medio, lo que conlleva la necesidad de que esas actividades se realicen por personas capacitadas; es decir, con la aptitud que se deriva de los estudios universitarios y del título obtenido en forma legal.

Por las razones antes dichas se concluye que el a quo incurrió en quebranto del artículo 25 del Código Penal, por aplicación indebida, y del 313 por falta de aplicación, ante esta situación procede acoger el recurso y anular el fallo absolutorio, para en su lugar declarar al imputado responsable del delito de ejercicio ilegal de la profesión.

Cabe mencionar que se presentó una queja en contra de Costa Rica por violentar la CADH con la colegiación obligatoria. Se trata del mismo asunto que había sido resuelto por el Juzgado Segundo Penal de San José y por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a cuyas resoluciones se hizo mención arriba. Es importante anotar que en definitiva, el periodista condenado, de nacionalidad estadounidense, había sido condenado por la Sala a tres meses de prisión por el delito de ejercicio ilegal de la profesión. Sin embargo, dicha queja no prosperó ante la Comisión Interamericana de Dere-

133 Véase: Revista Judicial, N°. 34, 1985, p. 245.

chos Humanos, la que decidió archivarla, sin remitir el asunto ante la Corte Interamericana. Esto lo decidió la Comisión en resolución N°. 17/84¹³⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en la opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 sobre la colegiación obligatoria de los periodistas, y estimó que la misma quebranta los artículos 13 y 29 de la CADH. Es importante anotar que esta opinión fue solicitada por el gobierno de Costa Rica a instancia de la Sociedad Interamericana de Prensa, luego de que la queja presentada al respecto fuera desechada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Valga mencionar que se trata de un dato significativo, pues en el sistema interamericano, para que la Corte Interamericana pueda conocer de un asunto contencioso, se requiere que sea remitido por la Comisión Interamericana o bien por otro estado que haya aceptado la jurisdicción de la Corte. En el caso concreto, la Comisión había decidido no remitir el asunto a la Corte¹³⁵, lo cual impedía que esta pudiese llegar a pronunciarse¹³⁶. No obstante el fallo favorable que había obtenido Costa Rica ante la Comisión, el gobierno decidió, por comunicación del 8 de julio de 1985, pedir una opinión consultiva a la Corte Interamericana, cuya decisión fue desfavorable para Costa Rica.

134 Resolución N°. 17/84, caso N°. 9178 (Costa Rica) OEA/Ser. L/V/II. 63, doc. 15, 2 de octubre de 1984.

135 La Corte Interamericana emitió en el voto en comentario las siguientes consideraciones críticas con respecto a la decisión de la Comisión de no remitirle el asunto: 25. Aunque la Convención no especifica bajo qué circunstancias la Comisión debe referir un caso a la Corte, de las funciones que asigna a ambos órganos se desprende que, aun cuando no esté legalmente obligada a hacerlo, hay ciertos casos que, al no haberse podido resolver amistosamente ante la Comisión, deberían ser sometidos por esta a la Corte. El caso Schmidt cae ciertamente dentro de esta categoría. Se trata de un caso que plantea problemas legales controversiales no considerados por la Corte; su trámite en la jurisdicción interna de Costa Rica fue objeto de decisiones judiciales contradictorias; la propia Comisión no pudo alcanzar una decisión unánime sobre esos problemas jurídicos; y es una materia que reviste especial importancia en el continente, donde varios Estados han adoptado leyes parecidas a la de Costa Rica.

136 La Corte Interamericana emitió en el voto en comentario las siguientes consideraciones críticas con respecto a la decisión de la Comisión de no remitirle el asunto: 25. Aunque la Convención no especifica bajo qué circunstancias la Comisión debe referir un caso a la Corte, de las funciones que asigna a ambos órganos se desprende que, aun cuando no esté legalmente obligada a hacerlo, hay ciertos casos que, al no haberse podido resolver amistosamente ante la Comisión, deberían ser sometidos por esta a la Corte. El caso Schmidt cae ciertamente dentro de esta categoría. Se trata de un caso que plantea problemas legales controversiales no considerados por la Corte; su trámite en la jurisdicción interna de Costa Rica fue objeto de decisiones judiciales contradictorias; la propia Comisión no pudo alcanzar una decisión unánime sobre esos problemas jurídicos; y es una materia que reviste especial importancia en el continente, donde varios Estados han adoptado leyes parecidas a la de Costa Rica.

El criterio de la Corte Interamericana no fue bien recibido por las autoridades gubernamentales costarricenses, las que reiteraron su voluntad de seguir aplicando la normativa sobre la colegiación obligatoria de los periodistas, afirmándose el carácter no vinculante que tenía lo resuelto por la Corte Interamericana¹³⁷.

Por su parte, el presidente de la república declaró al periódico La Nación: Primeroacataremoslasleyesde laRepública;sihaycoincidenciaconlosorganismos internacionales,consideramosmagníficoqueasísea.Habiendoconflictoestaremos de acuerdo con el criterio de las instituciones locales¹³⁸.

La Sala Constitucional, en voto 2313-95 del 9 de mayo de 1995, declaró como contraria a la CADH la colegiación obligatoria de los periodistas. Para ello hizo suyas las consideraciones realizadas por la Corte Interamericana en la opinión consultiva N°. OC-5-85, arriba transcrita, y llegó incluso a indicar que la misma debía ser estimada como obligatoria para Costa Rica, en vista de que nuestro país fue el que pidió a la Corte Interamericana el pronunciamiento. Dijo la Sala:

La Convención establece dentro de los deberes de los Estados, respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio (artículo 2). Especialmente debe transcribirse lo que dispone el artículo 68: '1. Los estados partes en la convención se comprometen a cumplir la decisión de la corte en todo caso en que sean partes...' Si se pretendiera que tal norma, por referirse a quienes 'sean partes', solamente contempla la situación de los casos contenciosos, la Corte Interamericana misma ha ampliado el carácter vinculante de sus decisiones también a la materia consultiva (OC-3-83), y en el caso bajo examen no le cabe duda a la Sala que Costa Rica asumió el carácter de parte en el procedimiento de consulta, toda vez que ella misma la formuló y la opinión se refiere al caso específico de una ley costarricense declarada incompatible con la Convención. Por lo tanto, se trata de una ley (la norma específica) declarada formalmente ilegítima.

Existe acuerdo entre la doctrina en que el artículo 68 de la CADH, contrario a lo resuelto por la Sala Constitucional, no es aplicable a las opiniones consultivas, sino solamente a los asuntos contenciosos, y se considera que no

137 Al respecto, Haba (1986, T. I, p. 413).

138 Cf. Haba (1986, p. 414). La crítica al fallo fue liderada por el vicescanciller de Relaciones Internacionales el Dr. Gerardo Trejos Salas. Sobre el tema véase: Trejos (1986, pp. 57-60), Trejos (1990, pp. 99-103).

puede hablarse de la existencia de partes cuando lo que se emite es una opinión consultiva¹³⁹. Esto fue afirmado por la misma Corte Interamericana al emitir la opinión consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982, en la que se dijo que en las opiniones consultivas: No hay partes pues no hay demandados ni actores; ningún Estado es requerido a defenderse contra cargos formales, ya que el procedimiento no los contempla, ninguna sanción judicial está prevista ni puede ser decretada¹⁴⁰.

Sin embargo, la doctrina ha enfatizado la importancia que tienen las opiniones consultivas de la Corte para la interpretación de la CADH. Es relevante que las mismas resoluciones de la Corte Interamericana arriba citadas no han indicado que las opiniones consultivas carezcan de carácter vinculante y no tengan efectos jurídicos, sino han dicho que no tienen el mismo carácter vinculante que tienen las sentencias dictadas en el procedimiento contencioso. Más bien, la Corte Interamericana, como se señaló, ha dicho también que las opiniones consultivas tienen efectos jurídicos innegables¹⁴¹.

139 Sobre el tema véase: Rodríguez Rescia (1998, p. 482), Landoni Sosa (2000, p. 87). La doctrina, en general, hace referencia al carácter no vinculante de las resoluciones dadas por la Corte Interamericana en el ejercicio de su función consultiva. Cf. Landoni, Sosa (2000, pp. 90-91), Urioste Braga (2002, p. 2), Hitters (2000, p. 112).

140 Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-3/83 (Restricciones a la pena de muerte), N°. 22.

141 Héctor Faúndez Ledezma defiende que las opiniones consultivas tienen efecto vinculante. Dice: Sería absurdo que cada uno de los Estados partes pudiera interpretar la Convención a su arbitrio o de la manera que le pareciera, absolutamente sin ningún control; es por eso que, en caso de dudas en cuanto al sentido y alcance de sus disposiciones, se ha señalado cuál es el órgano encargado de emitir un pronunciamiento pero, por supuesto, esa interpretación es vinculante para los Estados y no puede constituir una mera 'opinión'. Por consiguiente, no podemos compartir una tesis que disminuye el valor de los dictámenes de la Corte, y que parece estar en contradicción con la definición que el propio tribunal ha proporcionado a su competencia consultiva, señalando que esta constituye 'un método judicial alternativo de carácter consultivo' (Faúndez Ledezma: 1999, p. 607). Por su parte, Víctor Manuel Rodríguez Rescia defiende que la resolución que recaiga en una opinión consultiva no puede ser considerada simplemente con carácter de fuerza moral para el Estado solicitante aun cuando así tal vez lo sea para los Estados que no se apersonaron o intervinieron en el proceso de consulta, apoyando el carácter obligatorio concedido por la Sala Constitucional costarricense. En otra parte de su trabajo, sin embargo, Rodríguez Rescia se refiere al efecto que la opinión consultiva tiene en relación con los estados que no solicitaron la misma. Dice al respecto: Considero que es en este punto donde las opiniones consultivas revisten un carácter inclusive más importante que el que pueda producir una sentencia dentro de un caso contencioso, porque por medio de la opinión consultiva se puede producir lo que podría llamarse 'cosa interpretada', ya que la Corte es el órgano del sistema que puede interpretar las normas de la Convención o determinar la compatibilidad o no de leyes internas con dicho tratado (artículo 64) (Rodríguez Rescia: 1998, pp. 485-486).

Con respecto a las opiniones consultivas ocurre una situación similar a la que se da en cuanto a los efectos jurídicos que para los estados que no son parte de un asunto, tienen las sentencias contenciosas dictadas por la Corte Interamericana. Es claro que esta Corte no puede vigilar la ejecución de dichas sentencias con respecto de terceros estados miembros de la CADH. En ese sentido, deben entenderse las referencias que hace la Corte Interamericana a que las opiniones consultivas no tienen el mismo efecto vinculante de las sentencias contenciosas (en relación con los estados partes de las mismas).

Sin embargo, se debe tener en cuenta que la Corte Interamericana es el intérprete más autorizado de la CADH, y lo que indique la misma debe tener efectos jurídicos que orienten su aplicación. En este sentido la Corte Interamericana, en la opinión consultiva OC-1/82, arriba citada, señaló:

25. La función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA (...)

Por otro lado, resulta que al haberse señalado la posición de la Corte, los estados miembros de la CADH deben ajustar su actuación a lo dicho por ella, pues de lo contrario pueden incurrir en responsabilidad internacional¹⁴².

142 Sobre ello señalan Rodolfo Piza Rocafort y Gerardo Trejos: Es muy posible que el órgano judicial que emitió una opinión en un sentido, resuelva en el mismo cuando se trate de un caso contencioso, a menos que hayan cambiado sustancialmente las circunstancias o la integración del tribunal (Piza Rocafort, Trejos: 1989, p. 342).

CONCLUSIONES

En Costa Rica se dice, con frecuencia, que con la creación de la Sala Constitucional, en 1989, se produjo una revolución jurídica, que llevó a que se entendiera que el derecho constitucional era derecho aplicable. Lo mismo debe decirse en relación con los tratados internacionales de derechos humanos, en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo carácter de autoejecutoriedad era reconocido como principio por la doctrina latinoamericana, pero que presentó dificultades ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, encargada de resolver los recursos de casación penal, y ante la misma Corte Plena, que ejercía como tribunal constitucional.

El tema sobre el que se centró la discusión, en primer término, fue el del derecho a recurrir la sentencia condenatoria y si era suficiente la regulación de un recurso de casación como el contemplado en Costa Rica. Paradójicamente, se trata de la misma discusión que dio lugar a la primera sentencia condenatoria en contra de Costa Rica en la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, ello en el caso de Mauricio Herrera, la que tendrá una gran relevancia en cuanto a la ratificación del valor de la Convención Americana como norma autoaplicable, pero también en lo atinente al carácter ejecutivo que tiene en el ámbito interno lo resuelto por dicha Corte.

Debe reconocerse que Costa Rica ya tenía experiencia en lo relativo a resoluciones desfavorables ante la Corte Interamericana, pero ello en la jurisdicción consultiva. Dichas resoluciones, en un primer momento, no fueron acatadas por Costa Rica y no fue sino posteriormente que las obedeció, ello por resoluciones de la Sala Constitucional, que afirmaron el carácter obligatorio y vinculante de las resoluciones de la Corte Interamericana en la jurisdicción consultiva, yendo incluso más lejos que lo dicho por esta al respecto, la que no ha sido totalmente clara y ha indicado que las resoluciones de la jurisdicción mencionada no tienen el mismo carácter vinculante que tienen las de la jurisdicción contenciosa.

Un aspecto relevante, por otro lado, es que la Sala Constitucional ha llegado a reconocer que los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen un valor supraconstitucional, esto conforme a las tendencias actuales del derecho comparado. Debe anotarse que ello lo dice la Sala no solo con respecto a los tratados internacionales, sino también en lo atinente a declaraciones, recomendaciones, directrices, etc., lo que debe reconocerse que no es conforme al derecho internacional de los derechos humanos, ya que dichos instrumentos internacionales, diferentes de los tratados, se admite que no tienen un carácter vinculante, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, ello salvo que se consideren expresión de una costumbre

internacional. Esto puede decirse, incluso, de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, con respecto a la cual se discute si reúne un carácter vinculante, reconociéndose que al menos algunas normas de dicha Declaración han adquirido el carácter de derecho vinculante, al ser admitidas como normas de derecho consuetudinario. En lo relativo a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, existe consenso en cuanto a su carácter vinculante, debido a que incluso pueden presentarse quejas ante la Comisión Interamericana en contra de Estados que no hayan ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos.

En lo relativo a la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos, es importante tomar en consideración que la prioridad en la protección de los derechos humanos la tiene la jurisdicción interna y la subsidiariedad los órganos de protección internacionales, entre ellos la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.