

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



NOTAS RELATIVAS A LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO COSTARRICENSE

Lic. Rodolfo E. Piza Rocafort

INDICE

	Pág.
1.1 Prefacio al cuadro comparativo	90
2.1 En busca de un fructífero estímulo entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno para el desarrollo de los derechos del hombre	90
2.2	91
2.3	91
2.4	93
2.5	93
2.6 (el Estado de Derecho)	95
3.1 ¿Para qué revisar la legislación interna en relación con los derechos humanos?	96
3.2	97
4.1 ¿Por qué la legislación interna costarricense?	97
4.2	98
4.3	98
5.1 ¿Por qué la Convención Americana sobre derechos humanos?	99
5.2	99
6.1 ¿Quiénes pueden violar los derechos humanos?	100
6.2 (¿a quiénes debe imputarse la violación de los derechos humanos en el Derecho Internacional?	101
6.3	101
6.4 (¿cuándo se dice que los derechos humanos se pueden violar en el orden normativo?)	101
6.5 (los derechos humanos y las sanciones a sus violaciones)	101
6.6	102
6.7 (la violación de los derechos humanos por los funcionarios públicos)	103
6.8 (¿son punibles las violaciones a los derechos humanos cometidas por los funcionarios?)	103
6.9	103
6.10 (las sanciones a las violaciones de los derechos humanos y las causas justificantes y eximentes de responsabilidad penal en razón de los sujetos (particulares o funcionarios)	104
6.11 (los derechos humanos y las reparaciones e indemnizaciones a sus violaciones)	105
7.1 Nota final	106

INTRODUCCION

CUADRO COMPARATIVO ENTRE LA LEGISLACION COSTARRICENSE Y LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

1.1. En un interesante estudio titulado "La protección internacional y la desprotección interna de los derechos humanos", Hernán Montealegre y Jorge Mera (1) señalan acertadamente que "no es posible lograr el objetivo de establecer condiciones jurídicas internas que permitan y favorezcan la vigencia de los derechos humanos, si previamente no se cuenta con un diagnóstico acertado y completo sobre la naturaleza y características de los regímenes jurídicos nacionales en América desde el punto de vista de su reconocimiento o desconocimiento de los derechos humanos. Sólo este diagnóstico podrá orientar acerca de las reformas a que haya que someter a los regímenes jurídicos para lograr que los derechos humanos lleguen a ser pieza central de ellos" (2). Es evidente que este diagnóstico no puede realizarse en forma científica sin tener como base, un inventario previo sobre la legislación nacional relevante a los derechos humanos.

Producto de esa necesidad, de una experiencia adquirida a través de algunos años de labor para la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica y de mi humilde afición al tema de los derechos humanos, así como del apoyo e interés del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y de la institución referida; nace la idea y desarrollo insuficiente y superficial del presente: "*Cuadro comparativo entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la legislación interna costarricense*", no con el objeto de abarcar ni de agotar el tema, sino con el fin de que otras luces e intelectos lo utilicen para encontrar mayores similitudes y reparar las discrepancias, así como despertar y provocar mejores inquietudes y desarrollos que los míos.

El presente inventario pretende solamente servir de fundamento relevante al estudio y análisis de la situación normativa de los derechos humanos

en Costa Rica, en relación con los principales instrumentos internacionales de protección de los mismos, en especial con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (1966).

Todo esto a la vista de lograr, no solo una coherencia aceptable entre los derechos, sistemas y mecanismos de protección internacionales de los derechos humanos y los derechos, sistemas y mecanismos de protección interna; sino de sentar algunas mínimas bases jurídico-normativas para una más amplia, completa y efectiva vigencia de los derechos humanos en Costa Rica, de todos y cada uno de los costarricenses, en todos y cada uno de los rincones de la patria, que sirva para gloria de nuestro nombre y para ejemplo de la historia y de otras naciones de América.

2.1. En busca de un fructífero estímulo recíproco entre el derecho internacional y el derecho interno para el desarrollo de los derechos del hombre.

Si es cierto, como a mí me parece que es, que cada época del devenir humano tiene su propio signo o marca que la distingue de edades pasadas y futuras; la nuestra, si algún tema la ha de definir y distinguir, ese deberá ser el de la protección internacional de los derechos humanos, su apolo-gía o desconocimiento, su vigencia o su violación (3). En esta perspectiva, quizá no sea muy pretensioso afirmar, que la más grande y elevada tarea del jurista de nuestro tiempo, es y debe ser la búsqueda constante de un fructífero estímulo recíproco entre el derecho internacional y el derecho interno para el desarrollo de los derechos

(1) MONTEALEGRE, H. y MERA J. *La protección internacional y la desprotección interna de los derechos humanos*. Documento inédito 1981. Para las citas del mismo uso fotocopia del original facilitada por el autor con su correspondiente numeración.

(2) *Ibidem*, pág. 4.

(3) PIZA ESCALANTE, R. *The international protection of human rights*. En la Revista *Production* No. 3, del año 1981, editada en San José, Costa Rica, pág. 27, donde se plantea una tesis similar.

humanos, no tanto como finalidad teórico-filosófica, como por las posibles consecuencias y efectos prácticos para la vida humana.

Lo anterior por cuanto, es opinión del autor, que *los derechos del ser humano, además de ser humanos, de ser derechos, universales, originarios y fundamentales (4), son constitucionales e internacionales*. Lo de constitucionales se deja ver en la primera etapa histórico-positiva de los derechos humanos y en la común aceptación, por lo menos en un plano teórico, de los mismos por los Estados y Naciones civilizados. Lo de internacionales porque, por un lado, el problema de los derechos del hombre, sin dejar de configurar una cuestión inicialmente enmarcada en el derecho constitucional de cada Estado —o sea, en el derecho interno— se exhibe hoy, a la vez y simultáneamente, como una cuestión que interesa a la comunidad internacional organizada y a la jurisdicción internacional. La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los otros pactos, convenios o declaraciones supraestatales del Derecho Internacional de los derechos humanos, vienen a afirmar y ratificar que *al derecho internacional le interesa e importa la cuestión de los derechos del hombre, las garantías y recursos que cada Estado pone o no al alcance del ciudadano para lograr resolverla; el modo de cómo cada Estado la resuelve internamente; de si internamente se resuelve, y la defensa auxiliar que ese mismo derecho internacional debe deparar a los derechos que el constitucionalismo insertó en el orden interno de los Estados (5)*.

2.2. Según la Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, "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. . ." (artículo 7). Esto también es evidente y claro en la Ley General de Administración Pública costarricense, que en su artículo 6 señala: "La jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo se sujetará al siguiente orden: a) La Constitución Política; b) Los tratados internacionales y las normas de la comunidad centroamericana; c) Las leyes y los demás actos con valor de ley; d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes de los otros supremos poderes en la materia de su competencia. . .". Por lo tanto, en Costa Rica los tratados y convenios internacionales, no sólo forman parte del ordenamiento jurídico pudiéndose aplicar por sí solos (self-executing) (6); sino que también, tienen y deben tener rango y fuerza superior a las leyes (7).

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1949 (en adelante DUDH), en su párrafo 3 del preámbulo considera "esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho. . ."; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) establece que la protección internacional de estos derechos es "de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos" (preámbulo, párrafo 3); y en este mismo sentido los Pactos de las Naciones Unidas de 1966, y otros instrumentos internacionales.

2.3. Ya de por sí lo anterior, sería motivo suficiente para justificar el cuadro comparativo que nos ocupa. ¡Pero hay mucho más! Actualmente, *una gran parte de la doctrina internacional se ha*

(4) PIZA ROCAFORT, Rodolfo E. y MONTERROSA, Hernán, *Mecanismos del Estado de Derecho para la protección interna e internacional de los derechos humanos*. Tesis de licenciatura para la Facultad de Derecho de la U.C.R., San José, Costa Rica, 1982. Inédita.

(5) Ver en este sentido, BIDART Campos. *Los derechos del hombre*, Editorial Ediar S.A., 1973, Buenos Aires. Sobre todo, el capítulo relativo a la internacionalización de los derechos del hombre.

(6) Esto a diferencia de lo que han interpretado los Estados Unidos de Norteamérica, para los que los tratados internacionales —entre ellos los de derechos humanos como la "CADH"— no se aplican directamente, no son 'self executing' "En la generalidad de los países latinoamericanos —sin embargo, ha dicho Vargas Carreño— la CADH una vez que ha sido ratificada —al igual que los otros tratados internacionales—, pasa a formar parte integrante del orden jurídico nacional". Ver notas 7 y 8.

(7) En este mismo sentido ver: FACIO, Gonzalo. *Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en el sistema jurídico costarricense*, ver PIZA E., Rodolfo. *El régimen de tratados internacionales en el derecho de C. R.* en la Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica No. 10, año 1967, San José, Costa Rica. Este último demostró, que incluso ésto, antes de la existencia de las normas citadas, tenía fundamento en otros artículos constitucionales y en la jurisprudencia costarricense.

ocupado ampliamente de la vigencia o no del derecho internacional en el derecho interno, es decir, de si los tratados y convenios internacionales aprobados por un Estado forman parte del ordenamiento jurídico del mismo, y de su rango dentro del derecho del Estado; pero poco se ha escrito e investigado acerca de si el derecho interno es parte o no del derecho internacional, de si podría o no alegarse normas de derecho interno ante el derecho internacional. No, no se confunde el actor, conozco bien que dentro del derecho internacional público común, no es posible válidamente alegar normas de derecho interno frente al derecho internacional⁽⁸⁾; pero debemos recordar, que ante el derecho internacional de los tratados, ésto es posible si tiene fundamento en el tratado en controversia o en otro tratado de igual o superior rango a éste (9). Mas todo ésto, tiene poca importancia frente y para el derecho internacional de los derechos humanos, pues para éste, por lo menos es mi punto de vista, los derechos humanos, por ser internacionales son protectores y prohombres, en el sentido de que tienen por objeto y fin proteger al hombre contra los abusos del Estado y que deben interpretarse a favor del ser humano frente a la ausencia u oscuridad de la norma, en forma similar a como funciona el principio pro operario en el derecho laboral (10); y que debe interpretarse restrictivamente toda disposición

legal que coarte la libertad y derechos del ser humano, en forma similar a como funciona el principio pro reo o pro acusado en el derecho procesal penal (11). Además, los derechos humanos como universales e internacionales son también mínimos y expansivos. Mínimos, por cuanto se les incorporan otros derechos humanos, reconocidos por la Constitución o legislación interna del Estado de que se trate. Expansivos en que conforme los derechos se van descubriendo y reconociendo se van ensanchando irreversiblemente y llenando de contenidos nuevos incorporando, respecto de un Estado, cualquier norma más favorable al ser humano (12), en forma similar a como ocurre en el derecho laboral, para el que independientemente del rango de la norma, debe aplicarse la más favorable al trabajador, sin importar que ésta sea jerárquicamente de rango y fuerza inferior (reglamento interno de trabajo de una fábrica frente al Código de Trabajo). Un ejemplo, supongamos que un tratado o convenio internacional dice: "Los espectáculos públicos pueden ser sometidos a la censura previa", y una ley del país que es signatario del tratado dice: "Prohíbese todo tipo de censura, incluyendo la de los espectáculos públicos", y digamos más, según la constitución de ese país, los tratados tienen fuerza superior a las leyes; pues bien, ¿qué pasaría si en ese Estado se constituye un organismo de censura, que prohíbe

(8) Ver en este sentido, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, y VARGAS CARREÑO, E. *Introducción al derecho internacional*. Volumen I. Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1979. *Prólogo y referencias al derecho costarricense* de Gonzalo J. Facio.

(9) Esto no requiere ni siquiera demostración.

(10) Sobre el principio "pro operario" en el Derecho Laboral, puede verse el artículo 17 del Código de Trabajo costarricense, citado en la página 226 del cuadro comparativo. CABANELLAS, Guillermo, en su libro: "*Contratos de Trabajo*" ha delimitado y explicado con claridad el término, que en general aparece bien desarrollado en toda obra completa de derecho laboral. El principio es internacionalmente reconocido por la gran cantidad de legislaciones nacionales y por la OIT. Sobre el principio prohumano, véase el artículo 29 de la CADH.

(11) Ver en la perspectiva del derecho internacional, por ejemplo, el artículo 29 de la CADH y el 5 del Pacto de la ONU; en la perspectiva del derecho interno procesal penal, véase el artículo 3 del Código de Procedimientos Penales costarricense. Nuestra jurisprudencia constitucional, sin embargo, ha tenido otra concepción respecto de los derechos y garantías constitucionales, según la cual, los derechos y libertades están sujetos al orden jurídico, la ley. Sobre todo ésto, véase la página 226 del cuadro comparativo. Incluso, en Costa Rica, esto ha llegado a ser tal, que en el caso del artículo 45 de nuestra Constitución, que señala entre otras cosas, que las leyes expropiatorias deben ser votadas por dos terceras partes de los diputados de la Asamblea Legislativa, nuestra Corte ha dicho: "Existe la presunción de que las leyes que imponen a la propiedad limitaciones de interés social, son aprobadas por la mayoría especial que requieren y que exige la Constitución Política —dos tercios de la totalidad de sus miembros— aunque no se hiciera constar expresamente". 1973. Corte Plena, Ses. Ext. 33 de 3 de agosto. Nótese que el derecho de propiedad es un derecho consagrado por la CADH (artículo 21) y la Constitución costarricense (artículo 45), y que se está en ese caso interpretando restrictivamente. Debe hacerse constar, que el número de votos casi nunca se especifica.

(12) En un sentido similar HERMAN Heller en su "*Teoría del Estado*" señalaba: que el Estado, si bien para su nacimiento dependía de ciertas condiciones históricas, sociales, naturales, etc.; y que por lo tanto era una realidad contingente; una vez consolidado aparece desligado e independiente de esas condiciones y pasa a convertirse en una estructura y realidad esencial. Es decir, al igual que el Estado, los derechos humanos se van ensanchando e incorporando nuevas realidades y derechos.

espectáculos públicos? La respuesta debemos concretarla a un determinado mecanismo de protección sea interno o internacional, debemos tomar en cuenta que el convenio es un convenio internacional relativo a los derechos humanos, con organismos jurisdiccionales capaces de juzgar la situación de los derechos humanos en ese determinado país, y según el tratado de marras, la libertad de expresión e información no puede estar sujeta a previa censura, por lo que la norma supracitada es la excepción a la regla. Dentro del sistema jurídico de protección interna ese organismo de censura deviene ilegal, por violación de la ley no del tratado; dentro del sistema jurídico de protección internacional, ese organismo deviene contrario a los derechos humanos, no por violación directa del tratado, ya que éste expresamente lo permite, sino por violación de la ley que prohíbe toda censura previa, ya que esa ley se integra al sistema internacional de los derechos humanos, y se interpreta, de conformidad con el principio antes expuesto, superior incluso a la del tratado, por ser más favorable al ser humano.

2.4. Todo lo dicho hasta ahora, no dudo que no sea controversial, pero ya en otra ocasión he podido defenderlo con cita de normas y doctrina, por lo pronto me interesa señalar la importancia práctica fundamental que para mí tiene lo anterior: significa, por un lado, que *el derecho internacional de los derechos humanos, viene a quebrar el principio de derecho internacional general clásico, según el cual todos los tratados se interpretan restrictivamente en cuanto limitan la soberanía de los Estados; se dice entonces, según este principio, que los Estados limitan su soberanía solo en la medida en que quieran limitarla; pero para el derecho internacional de los derechos humanos, el principio que ya empieza a regir es radicalmente diferente: los tratados se deben interpretar restrictivamente en cuanto limitan los derechos del ser humano; y esto no es*

una mera elucubración filosófica, sino una realidad positivizada a través de los artículos 29 de la CADH y 5 del Pacto.

Significa también, que *el derecho interno de los Estados*, por ejemplo el de Costa Rica, *en el tanto que otorgue derechos al hombre, en ese tanto no solo forma parte del ordenamiento jurídico de ese Estado, sino también del derecho internacional de los derechos humanos aplicable al mismo*; es decir, una norma de la Constitución costarricense o de su legislación que otorga un derecho, se incorpora el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a ese país, como criterio de interpretación, por lo tanto se puede alegar su violación, como una violación del derecho internacional. . . (13). Así, *esa permeabilidad entre el derecho internacional y el derecho interno implica que los derechos reconocidos internacionalmente son internacionales, y que los derechos reconocidos internacionalmente son también parte del derecho interno; entiéndase lo anterior, referido a un país concreto*. Todavía más, actualmente, por lo menos en América y Europa, todos los derechos reconocidos al hombre, son a la vez y simultáneamente internos e internacionales; por lo que en el futuro no parecerá lógico, sino solo para fines metodológicos, hablar de derechos humanos internos y de derechos humanos internacionales; aunque siempre será correcto, hablar de que existen mecanismos internos e internacionales de protección de los derechos humanos que son diferentes (14).

2.5. Veamos por ejemplo, el caso del artículo 25 de la Convención Americana en relación con la legislación costarricense.

La CADH (Ley No. 4534 de 23 de mayo de 1970 en Costa Rica) establece en su artículo 25, que "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 fun-

(13) Por ejemplo, según la Convención Americana CADH, la detención o encarcelamiento arbitrarios son prohibidos (artículo 7.3), pues bien la definición de "arbitrarios" se encuentra en la legislación costarricense, en cuanto referida la Convención a Costa Rica, cuando afirma en su Constitución, que para que la detención de una persona pueda exceder 24 horas, se requiere de orden judicial; esto implica, entre otras cosas, que detener a una persona sin orden judicial por más de 24 horas, se quiere ponerlo antes del cumplimiento de ese plazo, a la orden del juez, y si esto se incumple, no solo se constituye en una violación constitucional tipificada penalmente, sino también una violación de la Convención. Esto se podría decir de casi todos los derechos consagrados en la Convención.

(14) Sobre todos estos aspectos, concepciones y teorías del autor, así como sus fundamentos doctrinarios y normativos, véase mi tesis de grado, citada en la nota 4.

damentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente Convención. . .", que a su vez viene a reafirmar, desarrollar y completar, para el continente americano, lo establecido por el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que dice: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley". Lo reafirma porque recoge los mismos principios con mayores alcances; lo desarrolla porque: 1) lo convierte en una norma jurídica y obligatoria para los Estados Partes de la Convención, dejando de ser una mera declaración ideal, 2) obliga a los Estados a desarrollar y garantizar las posibilidades y el cumplimiento del recurso judicial; lo completa porque: 1) además de obligar a que el recurso sea efectivo, obliga a que sea rápido y sencillo, 2) porque además de amparar al hombre contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y la ley de sus estados, lo ampara también, contra los actos que violen sus derechos reconocidos por la propia Convención.

Pues bien, ésta convención con fuerza superior a la ley en Costa Rica (artículo 7 de la Constitución Política) otorga un derecho al ser humano que no puede serle arrebatado por la legislación ordinaria de los estados, —y según mi tesis, ni por la propia Constitución—. Más bien se obliga a los Estados Partes en la misma convención a "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. . ." (artículo 1 de la convención); "a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades" (artículo 2 de la convención) y a desarrollar "las posibilidades del recurso judicial, —así como— a garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso" (artículo 25 inc. 2a, 2b, y 2c).

Pues bien, *esta norma de derecho internacional, en virtud de ser parte de un tratado, y de carácter interno, en virtud de la vigencia de los tratados internacionales como parte del ordenamiento jurídico costarricense; viene a ser completada, por la legislación interna costarricense, pasando ésta, a formar parte del ordenamiento*

jurídico internacional de los derechos humanos relativo a nuestro país.

En Costa Rica este derecho se desarrolla a través:

1) Del recurso de Hábeas Corpus tutelado por los párrafos primero y segundo del artículo 48 de la Constitución Política, y regulado, por la Ley de Hábeas Corpus No. 35 de 24 de noviembre de 1932. A este recurso tiene derecho toda persona que se considere ilegítimamente privada de su libertad; y protege también la libertad de tránsito del ciudadano.

2) Del recurso de Amparo tutelado por el párrafo tercero del artículo 48 de la Constitución que dice: ". . . Para mantener o restablecer el goce de los derechos consagrados en esta Constitución, a toda persona le asiste, además —del Hábeas Corpus— el recurso de Amparo. . ."; y es regulado por Ley de Amparo No. 1161 de 2 de junio de 1950. Este recurso es extensivo a todos los derechos, individuales y sociales, que establece la Constitución; procede contra "cualquier autoridad, funcionario o empleado (artículo 4 de la Ley), se puede dar: "contra toda disposición, acto o resolución, acción u omisión que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de esos derechos" (artículo 2 Ley de Amparo) y cuando no quepa utilizar la vía contenciosa administrativa.

3) Del recurso de inconstitucionalidad, tutelado por el artículo 10 de la Constitución, y aspira a garantizar la constitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de las disposiciones y decretos del Poder Ejecutivo. Se interpone y tramita como excepción u oposición por vía incidental, dentro de otro juicio principal de cualquier materia o naturaleza. No es sin embargo, un medio o recurso procesal específico sino más bien un remedio procesal indirecto de protección de las garantías constitucionales, desarrollado en el Código de Procedimientos Civiles.

4) En cuanto a los derechos reconocidos por la ley, el recurso fundamental es el juicio contencioso administrativo, que garantiza el artículo 49 de la Constitución así: "Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como una atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y toda otra entidad de derecho público.

La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados".

Por su parte, es la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la que viene a regular todo lo relativo a esta materia.

Para el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a Costa Rica, y de conformidad con el artículo 25 citado, en el tanto el ordenamiento jurídico costarricense no provea esos recursos de que habla la CADH, sea porque no existan o porque no amparen y protejan a la persona contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención; o, en el tanto en que existiendo esos recursos, éstos no sean ante los tribunales o jueces competentes, sino ante tribunales ad hoc; o, cumpliendo estos requisitos, si esos recursos son lentos, artificiosos e inefectivos, aunque sean ante tribunales competentes, no se podrá garantizar en forma plena y satisfactoria el derecho internacional de los derechos humanos, y se estará violando tanto el derecho interno como el derecho internacional.

La existencia y vigencia de esos recursos, la exige tanto el ordenamiento jurídico costarricense, a través de la Constitución y los tratados aprobados por Costa Rica al amparo de aquella; como el ordenamiento jurídico internacional a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.6. Por otro lado, debo recalcar y destacar, como ya lo he hecho en otra ocasión (15), que *para que se dé un verdadero y fructífero estímulo recíproco entre el derecho internacional y el derecho interno para el desarrollo de los derechos humanos, es necesario e indispensable un orden jurídico-político que al interno de un Estado garantice el imperio del derecho y el respeto y subordinación de las instituciones, y entre ellas en primer lugar el Estado, al ordenamiento jurídico como un todo, tanto el interno como el internacional; evidentemente, ese orden o sistema jurídico es el estado de derecho que no es otra cosa que el desarrollo y expresión jurídica de un sistema político concreto: la Democracia representativa.*

Karel Vasak ha señalado certeramente, que la primera condición para que los derechos humanos devengan en una realidad jurídica, es la existencia de un estado de derecho que para él implica dos cosas: autodeterminación y supremacía de la ley. Las otras dos condiciones para Vasak indispensables son: un cuadro jurídico preciso y garantía eficaces (16).

Pero, ¿qué es el Estado de Derecho? ¿Cuáles son sus características y elementos definitorios?

El Estado de Derecho es para mí, el Estado sometido al decreto es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por el ordenamiento jurídico, por eso digo, con Legaz Lecambra, que... "no todo Estado es Estado de Derecho". Es cierto que todo Estado crea y utiliza un derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico, pero sólo el Estado que se subordina a la ley en sentido amplio, con el fin de proteger la esfera intocable de los derechos de la persona humana, se puede llamar propiamente Estado de Derecho.

Solo un Estado de Derecho es capaz de garantizar la efectividad y existencia de mecanismos de protección, tanto internos como internacionales, de los derechos humanos, ya que si un Estado no está dispuesto, como no lo están las monarquías absolutas ni las dictaduras, —sean éstas de la raza, de la clase, del proletariado o cualesquiera otras— a someterse a su propio ordenamiento jurídico, mucho menos lo estará a someterse el ordenamiento jurídico internacional.

El Estado de Derecho es y debe ser la única forma jurídica de la democracia, puesto que de todas las formas y sistemas de gobierno sólo la democracia y el Estado de Derecho garantizan la vigencia y efectividad de los derechos humanos y la perpetua voluntad de mando del pueblo.

El Estado de Derecho surge —como exigencia racional y conquista histórica— para la protección y realización de los derechos humanos fundamentales, a lo largo de un proceso de paulatino desenvolvimiento. Durante el mismo, es posible distinguir tanto sus caracteres distintivos permanentes como sus tres principales formas de desarrollo.

(15) *Ibidem.*

(16) VASAK, Karel. *Introducción general a la obra colectiva, de la UNESCO, en la obra general "Les dimensions internationales des droits de l'homme"* UNESCO, París, 1980, pág. 3. (en francés).

En lo que toca a *las características permanentes del Estado de Derecho*, podemos enumerarlas de la siguiente forma:

- 1) División y control mutuo de los poderes del Estado.
- 2) Imperio y supremacía de la Constitución y de la ley sobre la organización y actuación del Estado.
- 3) Control de constitucionalidad sobre la ley y legalidad sobre la función administrativa del Estado.
- 4) Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios por los entuertos que cometen.
- 5) Existencia de la democracia como forma de gobierno.
- 6) Existencia de garantías efectivas de respeto y operación de los derechos fundamentales de las personas.

Por lo que respecta a las tres *formas principales de desarrollo del Estado de Derecho*, tenemos:

- 1) *Estado liberal de derecho*: basado en la supremacía del individuo, su libertad y su propiedad. El Estado es un gendarme que sólo interviene en la vida social para garantizar el respeto a las normas jurídicas y procura no entrometerse en aspectos económicos, sociales, etc., dejando la iniciativa a los individuos y empresa privada. Fines del pasado siglo e inicios del presente.
- 2) *Estado social de derecho*: fundamentado en el desplazamiento del foco de atención del individuo a la sociedad, por la crítica a ciertos aspectos del individualismo. El Estado empieza a intervenir con su poder en la vida social con miras al logro de la igualdad y la justicia, así como el fomento de recursos nacionales no cubiertos por la iniciativa privada; también conocido como Estado de bienestar.
- 3) *Estado democrático de derecho o Estado comunitario de derecho*: asentado en la armonización de los objetivos de los estudios precedentes: libertad y dignidad individuales con justicia social, desarrollo y prosperidad. Intervención del Estado con amplia promoción, económica social, interna y externa, de los derechos humanos.

Etapas que representan mayor o menor acento

social, según que las estructuras económicas sociales estén en manos privadas, sociales o estatales, pero que no por ello dejan de respetar y aceptar las instituciones de la democracia y del Estado de Derecho.

De este repaso veloz y apresurado del Estado de Derecho debemos destacar a nuestros fines, que *la existencia y garantía de los derechos son elementos fundamentales y definitorios del mismo y de la democracia como forma y sistema político y de vida social*. De otro lado, *la forma democrática de gobierno y el Estado de Derecho son no sólo una garantía indispensable a su vigencia, sino un derecho humano concreto*. En forma más específica, *los mecanismos de protección de los derechos humanos son elemento definitorio básico del Estado de Derecho; y éste un requisito y una forma de realizar y fomentar el derecho internacional de los derechos humanos*.

Por lo tanto, *la inexistencia del Estado de Derecho cierra toda posibilidad de realización de los derechos humanos, y constituye de por sí una violación concreta de los mismos*. Además, *el derecho internacional de los derechos humanos, sus mecanismos y técnicas de protección, son una forma de fomentar, allí donde no existe, y de mantener, allí donde existe, el Estado de Derecho y la democracia*.

Todo ello implica, entre otras cosas, ya en un plano específico, que *la inexistencia, ineficacia e insuficiente legislación interna de derechos humanos constituye una violación del derecho internacional de los derechos humanos*.

3.1. ¿Para qué revisar la legislación interna en relación con los derechos humanos?

¿Para qué revisar la legislación interna en relación con los derechos humanos si las violaciones se dan en la realidad y no en el sistema normativo? Se preguntan algunos pensando que existe una radical distancia entre el deber ser y el ser, entre el derecho y los hechos, o que el derecho es una mera superestructura de las realidades económico-sociales. Nada más alejado de la realidad, *si bien es cierto que una gran parte de las violaciones a los derechos humanos ocurre, no en el nivel normativo sino en el fáctico, y que el derecho como tal no comete violaciones sino los hombres, lo es también, que ese derecho puede utilizarse como medio de ejecución de esas violaciones o por lo menos de impunidad de las mismas*. "Con demasiada ligereza, afirma Hernán Montealegre, se asume que

el derecho, tanto interno como internacional, opera en favor de los derechos humanos, y que si estos son violados se debe a causas exclusivamente extrajurídicas, las que, por tanto, correspondería exhibir sólo a las ciencias humanas y sociales. No se repara en una cuestión capital y que es el derecho interno vigente hoy día está impregnado de principios, normas y estructuras jurídicas que pugnan con los valores que inspiran a los derechos humanos" (17). Aquella concepción ha sido, en mi concepto, la concepción que hemos tenido los costarricenses, creer que los derechos humanos no los pueden violar los hombres fundados en las leyes, sino sólo contra las leyes. Esto se deja ver tanto en la frase popular que dice: "las leyes se estiran y se encojen según convenga", como en el artículo 19 de la Ley General de Administración Pública que viene a ratificar una reiterada jurisprudencia de los tribunales costarricenses, según la cual: "El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley. . .", interpretación que podría utilizarse para, a través de una ley, violar todos los derechos constitucionales del costarricense. Por suerte, esta perspectiva no ha sido tomada por nuestros tribunales en un cien por ciento, de lo contrario sería inaplicable y nugatorio el recurso de inconstitucionalidad que garantiza el artículo 10 de la Constitución Política.

3.2. "El compromiso con los derechos humanos por parte de un Estado, en el nivel normativo, debe reflejarse en forma consecuente en *toda* la legislación. No basta que se suscriban convenios y declaraciones internacionales que los reconozcan y protejan. No basta que los derechos de la persona se proclamen en las Constituciones de los Estados ni que estas contemplen normas destinadas a establecer el Estado de Derecho. Ni siquiera es suficiente que se consagren normas internas genéricas que establezcan la primacía de la ley internacional sobre la nacional en caso de conflicto en materia de derechos humanos. Todas estas previsiones pueden resultar a la postre, inútiles si la legislación nacional no contempla mecanismos internos efectivos de protección de esos derechos y si, en general, no los incorpora sustantivamente en sus diversos aspectos" (18).

Desde una perspectiva jurídica correcta, el ordenamiento normativo puede por sí violar derechos del hombre, por ejemplo, cuando desconoce ciertos derechos como tales o por no existir recursos (entiéndase en un plano legislativo) que garanticen al hombre frente a las violaciones de sus derechos (ver artículo 25 de la convención); o puede permitir las violaciones, que es un tipo de violación indirecta cuando no se prevén reparaciones e indemnizaciones a ellas, o cuando no existen normas sancionadoras de esas violaciones; e incluso, cuando existen causas justificantes de las trasgresiones de determinados entes o personas contra los derechos del ser humano, sea dejándolos impunes o imponiéndoles sanciones irrisorias.

En particular, como afirma el autor citado, "hay que someter a los distintos órdenes jurídicos a una pregunta fundamental: ¿cómo reaccionan internamente ante las violaciones a los derechos humanos? . . . —en este caso constitucionales— ¿Qué hace el ordenamiento jurídico cuando se atenta contra esos derechos básicos garantizados en la Constitución; cómo los protege? La determinación de la protección real que un régimen jurídico dé a esos derechos y, en particular, la reacción precisa que prevea para el evento de su violación, definirá cuál es el grado efectivo en que los valora. Más aún, si ocurre que la protección en definitiva no es tal. . ." (19).

4.1. ¿Por qué la legislación interna costarricense?

¿Por qué la legislación interna costarricense comparada con los instrumentos internacionales de derechos humanos?, se preguntan algunos, si en Costa Rica, estos no se violan por lo menos en un nivel normativo; o, si de todas maneras, independientemente de cualquier legislación, el sistema económico-político implica de por sí una violación que fundamenta otras más específicas.

Por una especie de orgullo, justificado en una larga y fructífera trayectoria democrática, así como en la inevitable comparación con otras naciones, algunos costarricenses nos hemos venido acostumbrando a considerar que nuestra patria es el paraíso de los derechos del hombre; o que

(17) MONTEALEGRE, Hernán, op. cit., pág. 2.

(18) *Ibidem*, pág. 19.

(19) *Ibidem*, pág. 16.

existen tantos derechos, que por lo que hay que preocuparse es por los deberes ante la sociedad y el Estado. *Otros, apresurados críticos de las sociedades humanas, buscando situaciones imposibles de realizar en la presente etapa histórica y socio-económica, o de una adición exagerada de derechos que llaman humanos, sostienen que en Costa Rica todo es violación, desde el sistema político-económico (que llaman unos "capitalista" o "neoliberal") hasta las llamadas libertades formales o "civiles y políticas" (llamadas peyorativamente "libertades burguesas") pero que son tan indispensables, interdependientes y su respeto: el único camino aceptable para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales.*

Ninguna de estas dos posiciones es a mi entender la correcta: *afirmar que en materia de derechos del hombre, Costa Rica y su sistema son violadores en general de los derechos humanos es una difamación a su nombre y a su sistema; pero afirmar también que es perfecta es una falacia.* Nuestra patria cumple con los presupuestos fundamentales normativos para el desarrollo de los derechos humanos: es una democracia y un Estado de Derecho con defectos, pero con una profunda fe en la libertad y una vocación de perfeccionamiento lento pero constante.

4.2. Como afirmó el primer presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "No es el hecho de que en Costa Rica no se violen, o se violen menos, los derechos humanos; como juez, ésto solo lo podré afirmar en cada caso, según resulte del mérito de los autos, y a través de una sentencia. Pero sí sé que el pueblo de Costa Rica, que aquí manda en verdad, tiene dadas abundantes pruebas de su vocación profunda para la paz, la justicia, el derecho, la libertad y dignidad del hombre, que al fin de cuentas todo eso son los derechos humanos. Aquí, por eso, del primer mandatario al último de los servidores públicos, saben, porque si no lo saben se lo hacen saber, que solo son humildes servidores de los ciudadanos; aquí, por eso, la democracia representativa, que en el sistema interamericano está vinculada formalmente a los derechos humanos, es ejercicio pleno y disciplina diaria, que el pueblo impone y

los gobernantes se obligan a respetar; aquí, por eso, la orden del más humilde de los jueces paraliza la soberbia del más poderoso de los gobernantes, aquí, por eso, el parlamento sabe que, de sus funciones, la menos importante es la de legislar, y las más son las de servir de caja de resonancia de la opinión pública, y sobre todo, de fiscal, incluso agresivo, de la administración; aquí, por eso, el Poder Judicial es, en el juego de sus potestades constitucionales, el verdadero primer poder de la República; y goza aún de la plena independencia económica, que le permite no tener que suplicarle a nadie; aquí, por eso, el Tribunal Supremo de Elecciones es, de hecho y de derecho, un auténtico poder electoral, cuarto de los poderes del Estado, también dotado de una gran independencia funcional y económica, que seis meses antes de cada elección recibe la visita del presidente de la República para entregarle el mando de la fuerza pública; esa fuerza que además, es tan sólo de policía y de orden y de seguridad, porque en Costa Rica el ejército está proscrito por expresa disposición constitucional, y porque el pueblo de Costa Rica no está dispuesto a permitir jamás, ni aún en casos de peligro nacional, que se constituya, sea abiertamente, sea encubriéndose bajo la apariencia de la Guardia Civil" (20).

4.3. *Ahora bien, estos requisitos con ser todos en gran medida ciertos e indispensables a la vigencia de los derechos humanos, no puede hacernos olvidar ni las deficiencias de orden fáctico (imposibles por su naturaleza de destacar en un estudio, sino es con referencia al análisis de casos concretos ante los tribunales nacionales o internacionales v.g. los casos presentados a la Corte o Comisión Interamericana de Derechos Humanos) ni las de orden normativo.*

Un cuadro como el presente es especialmente relevante al análisis sistemático de esas deficiencias de orden normativo en referencia a los instrumentos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos. Adelante, señalo algunas posibles discrepancias que a mi real ver y entender he podido encontrar entre ambos sistemas normativos. En todo caso, las discrepancias entre ambos sistemas y las deficiencias de nuestro ordenamiento en materia de derechos humanos requiere

(20) PIZA ESCALANTE, R. E. *Discurso inaugural de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como primer presidente de la misma, San José, Costa Rica en 1979. Tomado del original.*

estudios amplios, científicos y profundos que evidentemente sobrepasan y rebasan mis limitadas capacidades e incluso, las de mejores luces.

Por otro lado, la lectura del cuadro revela interesantes y positivos desarrollos constitucionales y legislativos costarricenses de los principios generales y de cada uno de los derechos humanos que puede y debe servir a los estudiosos del derecho comparado, y de juristas dispuestos e interesados en la vigencia constitucional y legislativa de los derechos humanos en sus naciones.

Por todo ello, un inventario como el presente con los análisis y estudios que de él deriven puede y debe servir para que nuestros gobiernos y parlamentos tomen nota, a la hora de aprobar convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos, de la importancia de todas y cada una de sus normas, haciendo énfasis más en hacer realidad sus implicaciones y consecuencias jurídicas, que en el "pull" internacional que les pueda producir.

5.1. ¿Por qué la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

Comparar la legislación costarricense con los instrumentos normativos internacionales sobre derechos humanos a la vista de un fructífero estímulo recíproco entre ambos, requiere tomar como base de estudio, *un instrumento aplicable a nuestra nación que además esté aceptado ampliamente en la comunidad internacional*. No hace falta siquiera demostrar que los principales documentos generales normativos internacionales en materia de derechos humanos son:

1) La "*Declaración Universal de los Derechos Humanos*", aprobada sin ningún voto en contra por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 de alcance y rango universal, geográfica y culturalmente, pero con mayor valor filosófico que jurídico, en tanto que carece de mecanismos de promoción, protección y jurisdicción de los derechos por ella reconocidos.

2) Los *pactos internacionales de las Naciones Unidas de 1966*, que constan de dos convenios generales y un protocolo facultativo; ellos son el "*Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*" que se desarrolla más en un orden fáctico que normativo y que en general, por tratarse de derechos que se desenvuelven fundamentalmente en acciones positivas de los estados y por ser de desarrollo progresivo, carecen de instrumentos internacionales jurídicos de

protección. El "*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*" si bien consta de un protocolo facultativo y se trata de derechos frente a la actividad del Estado y que por lo tanto su desarrollo se da en que o se respetan o se violan, y no en que se cumplen o se incumplen como sucede con muchos de los anteriores; lo cierto es que las Naciones Unidas no cuenta con mecanismos jurídicos y jurisdiccionales de protección de esos derechos, ni siquiera con un alto comisionado.

3) En el ámbito americano:

- a) La "*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*" de 1948, que significa en el sistema interamericano, lo mismo jurídicamente hablando que la Declaración Universal.
- b) La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* que desarrolla en forma amplia y clara los llamados derechos de libertad, es decir aquellos que limitan la acción del Estado y que las Naciones Unidas llaman civiles y políticos, en forma similar al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, pero que deja su naturaleza declarativa y viene a desenvolverse en un instrumento jurídico de promoción y protección de los derechos por ella reconocidos, con órganos competentes y jurisdiccionales para conocer de las posibles trasgresiones a los derechos humanos en el ámbito de su competencia (Estados Partes de América que reconozcan la jurisdicción de esos órganos). Para Europa rige la Convención Europea de Derechos Humanos.

5.2. La Convención Americana, según su considerando primero, tiene como propósito "consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre". En su parte primera establece la obligación de los Estados de respetar sin discriminación los derechos y libertades en ella reconocidos y *el deber de los mismos de adoptar las disposiciones de derecho interno* que sean necesarias para hacer efectivo el goce de tales derechos, para pasar luego a definir los derechos y libertades protegidos, contrayéndose principalmente a los civiles y políticos, pues en lo que a económicos, sociales y culturales se

refiere, los estados sólo se comprometieron a "adoptar providencias tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional para lograr progresivamente la plena efectividad de esos derechos. . . en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados" (artículo 26).

Pero además y esto quizá sea lo más importante, la Convención establece los medios jurídicos de protección, organizando bajo sus principios a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los que declara, órganos competentes "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes de la Convención" (artículo 33). La organización, funciones competencia y procedimiento de la Comisión las desarrollan los artículos 34 al 51 de la Convención, siendo a nuestros fines, importante destacar el artículo 43 que establece que el Estado Parte (Costa Rica lo es) está en la obligación de "proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta le solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención" (artículo 43 de la Convención).

Siendo, como es, la protección de los derechos humanos, ésta debe ser garantizada por un órgano jurídico, como quiera que no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un Tribunal competente y tratándose de derechos internacionalmente reconocidos la protección jurídica para ser eficaz debe emanar de un órgano internacional; por lo que es mi concepto, que relativo a Costa Rica, la protección jurisdiccional internacional de los derechos humanos no comienza jurídicamente sino hasta la entrada en vigencia de la Convención Americana con la creación y puesta en funcionamiento de la Corte Interamericana cuya competencia, organización, funcionamiento y procedimiento señala en sus artículos 52 a 69. (Parte II, capítulo VIII). La Corte tiene una función consultiva y jurisdiccional (obligatoria para Costa Rica) y se define como "una institución judicial autónoma que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (artículo primero del Estatuto de la Corte).

Todo ello, sumado al hecho de haber Costa Rica aprobado en todas y cada una de sus partes la Convención (Ley No. 4534 de 23 de febrero de 1970) y haber reconocido la competencia, en toda

su amplitud, a la Comisión para recibir y examinar las materias relativas a los derechos humanos, así como la competencia obligatoria de pleno derecho y sin convención especial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (D. No. 7060—RE, de 26 de mayo de 1977), justifica sobradamente, todo estudio o cuadro comparativo entre la legislación nacional costarricense y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En todo caso, en el cuadro se hace referencia y se compara con la Convención, no sólo a la legislación nacional, sino también la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por su vigencia universal y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, aprobado por Costa Rica (Ley No. 4229 del 8 de noviembre de 1968). Quede para otra ocasión hacer un estudio o inventario de la legislación nacional con el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU, tarea que consideramos indispensable, por el provecho que de ella pueda derivarse.

6.1. *¿Quiénes pueden violar los derechos humanos?*

Todos aquellos entes o personas capaces de perjudicar los derechos de cualquier ser humano. ¿Quiénes violan los derechos humanos? Los que cometen actos contrarios o que disminuyen concientemente las potencialidades, derechos y libertades de cualquier persona humana. Esos actos pueden ser normativos —caso de una ley que le niega la personalidad jurídica a un hombre por ser de color moreno para hablar de un caso burdo—; o fácticos —caso de un policía que tortura a un hombre sin fundamento normativo—. En el caso de entes o personas jurídicas —el Estado o una empresa— las violaciones se cometen a través de sus representantes o funcionarios, pero las consecuencias de su violación deben imputarse tanto a ellos —penal y civilmente— como a los entes que representan reparaciones pecuniarias consecuentes.

Con lo anterior, he dicho mucho y he dicho nada. La pregunta correcta debe hacerse en relación con el ordenamiento jurídico a que nos estemos refiriendo; y su respuesta, debe a ello concretarse, siempre tomando en cuenta los principios de lógica jurídica y civilización arriba expuestos. Y *esos derechos humanos con sus derechos, obligaciones y consecuencias deben aplicarse a todos sin más excepciones que las derivadas de la propia definición de cada derecho.*

6.2. Por ahora me interesa responder a la pregunta: ¿quiénes violan los derechos humanos en el orden internacional? o mejor aún: ¿a quiénes debe imputarse la violación de los derechos humanos en el derecho internacional? Considero que, abstracción hecha del derecho internacional penal y de los delitos contra la humanidad derivados de los juicios de Nuremberg, a los únicos que puede y debe imputarse las violaciones de derechos humanos ante la comunidad internacional, es a los Estados, a través de sus representantes internacionalmente reconocidos —los gobiernos, los beligerantes—. Esto hace que frente al derecho internacional, a los particulares no deba imputárseles las violaciones de los derechos humanos; ni que el Estado pueda aducir que comete violaciones contra los particulares —v.g. un grupo terrorista— en razón de que estos también lo hacen, y que si se va a juzgar su conducta internacionalmente debe juzgarse también a los terroristas, y con ello justificarse en un empate. Nada más erróneo, el Estado puede y debe juzgar al interno del mismo, las violaciones que cometan sus ciudadanos particulares (los terroristas del ejemplo) (funcionarios) e incluso, oficiales; y el derecho internacional las actuaciones imputables a los Estados relativas a los derechos humanos.

El Estado como ya lo dejé entrever, es y debe ser responsable ante el derecho internacional de los derechos humanos en los siguientes casos:

- 1) Actos imputables directamente al Estado por actuaciones de sus autoridades públicas.
- 2) Actos imputables indirectamente, por no reparar o no prevenir las violaciones. Es decir, por hacer lo que no debe hacer, o por no hacer lo que debe hacer. El Estado puede realizar esto (violar los derechos humanos) por un acto directo o indirecto subjetivo concreto (actuaciones de hecho sin fundamento en una norma); normativo caso de una ley discriminatoria o de una ley que prevea expropiación sin indemnización; y jurisdiccional (denegación o retardo de justicia).

6.3. Esto nos lleva de la mano para afirmar que el Estado actúa o no a través de hombres y que estos hombres son los llamados **funcionarios públicos** o autoridades públicas, actuando como tales, esto es, como agentes del Estado y en su representación; por tanto, la actuación de esos hombres que se colocan bajo esa circunstancia,

no sólo debemos entenderla como imputable directamente al Estado, sino como la actuación misma del Estado. Por eso, el problema específico fundamental de la violación de los derechos humanos se presenta ante el derecho internacional de los derechos humanos y en menor grado ante el orden jurídico interno, en el caso en que el atropello es perpetrado por funcionarios públicos.

6.4. Ahora bien, ¿cuándo se dice que los derechos humanos se pueden violar en el orden normativo? Creo que esto es lo que más nos interesa de esta introducción. La respuesta ya la he dado, un ordenamiento jurídico puede por sí violar los derechos humanos cuando:

- 1) Su Estado no está organizado como una democracia representativa y como un Estado de Derecho con una real y operante división de poderes.
- 2) No reconoce ciertos derechos como tales; es decir, como jurídicamente exigibles por el ser humano.
- 3) No existen recursos que garanticen jurídicamente al hombre frente a las violaciones a sus derechos.
- 4) No existen normas sancionadoras de esas violaciones (en especial sanciones penales).
- 5) No se prevén reparaciones e indemnizaciones a las violaciones.
- 6) Existen causas justificantes de las transgresiones de determinados entes o personas contra esos derechos más allá de las estrictamente indispensables, sea dejándolos impunes o imponiéndoles sanciones inisorias.

Los tres primeros tipos de violación, ya he tenido ocasión de analizarlos detenidamente en mi tesis de graduación y en algunos esbozos de las páginas anteriores, por lo pronto me interesa comentar someramente los tres últimos, en relación con el ordenamiento jurídico costarricense.

6.5. Los derechos humanos y las sanciones a sus violaciones.

Es evidente que dentro de un sistema normativo, no tiene sentido alguno —excepto quizá moral o filosófico— proclamar determinados derechos como humanos sea constitucional, legalmente, si es posible jurídicamente, ser desconocidos con impunidad o cuya lesión o violación no estuviera sancionada adecuadamente. En un marco extrajurídi-

co es posible que un asesino, por sagacidad viole un derecho humano y burlando la ley, escape a la sanción correspondiente. Lo que no sería coherente es que el ordenamiento no prevea sanción o no se coloque como tal, en disposición de perseguir las trasgresiones a su propio sistema jurídico.

Hablar de sanciones, en el sentido aquí utilizado, es hablar de sanciones penales por cuanto por un lado, las otras sanciones como las civiles, con ser importantes, dependen y se relacionan con las reparaciones e indemnizaciones que más adelante comentaré; y por ser las de mayor trascendencia. "El derecho penal —ha dicho acertadamente Hernán Montealegre— tiene por objeto prestar el amparo más eficaz de que es capaz el orden jurídico —a través de la amenaza y de la imposición efectiva del castigo, en su caso—, a los bienes jurídicos vitales de una sociedad determinada, cuya violación resulta insoportable" (21).

Dentro de este orden de ideas, es importante preguntarse, si el ordenamiento jurídico prevé las sanciones adecuadas a las *transgresiones efectuadas por los particulares* a los derechos humanos reconocidos (interna e internacionalmente), y en segunda instancia, si procesalmente es posible o no imponer esas sanciones.

6.6. En punto a lo primero un cuadro como el presente, permite examinar la situación punitiva de cada uno de los derechos en el sistema legal costarricense:

- a) De ¿si están o no las violaciones tipificadas como delitos o contravenciones?
- b) de ¿si están o no penadas?
- c) de ¿si existe correlación y coherencia entre el bien jurídico tutelado y la pena (grado y extensión de la misma)?
- d) y de ¿si existen o no causas justificantes de las transgresiones?

Lo primero que debe revisarse, es si el Código Penal costarricense tipifica o no como delitos las lesiones a los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos. El Código Penal en su artículo 7 señala que "...se penará conforme a la ley costarricense quienes cometan actos de piratería, genocidio... tomen parte en la trata de esclavos, mujeres o niños... y a quienes cometan otros hechos punibles contra los derechos humanos previstos en los tratados sus-

critos por Costa Rica, o en este Código" (página 1 del cuadro) y el artículo 372 ibídem: "*Se impondrá prisión de diez a quince años a quienes dirigieren... o infrinjan disposiciones previstas en los tratados suscritos por Costa Rica para proteger los derechos humanos"* (ibídem). Uno de esos tratados es la C.A.D.H., por lo tanto, normativamente, según mi real ver y entender, en Costa Rica la violación de cada uno de los derechos reconocidos por la Convención en el caso de no estar tipificados expresamente, estarían penados en forma general por los artículos citados, sin embargo no se puede constatar la situación en el funcionamiento del sistema por cuanto la aplicación del artículo 372 sólo se ha producido, en la jurisprudencia, respecto del tráfico de drogas y no de otras infracciones previstas en los tratados (según estudio de la jurisprudencia hecho por el autor).

En cuanto a la aplicación directa de la Convención (superior a las leyes en Costa Rica) no puede constatar jurisprudencia relativa a ella; es más, la mayoría de la jurisprudencia (más de un 95 por ciento) relacionada con tratados internacionales se refiere exclusivamente al Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial.

En cuanto a la tipicidad específica de las transgresiones a cada uno de los derechos de la Convención no tenemos una situación uniforme: no todas las violaciones están tipificadas como delitos (v.g. no existe pena tipificada para quien impida la libre emisión del pensamiento, o el derecho a asociarse (artículo 16.1), o a quien censure previamente sin tener derecho a ello (artículo 13.2); aunque la mayoría sí prevean una sanción concreta.

Me parece importante que se tipifique penalmente las violaciones a los derechos garantizados en la Constitución que en forma general no se ha hecho. Por su parte, la respuesta a la pregunta de ¿si existe o no correlación y coherencia entre el bien jurídico tutelado (cada uno de los derechos) y pena, esto es, del grado y extensión de la misma? debemos encontrarla en los estudios de los penalistas; sin embargo adelante realizo algunos comentarios. El punto a si existen o no causas justificantes de las transgresiones lo analizo respecto a las violaciones perpetradas por los agentes del Estado

en cuanto tales relacionándolo con el de si procesalmente es posible imponer las sanciones pertinentes.

6.7. *La violación de los derechos humanos por los funcionarios públicos y sus sanciones.*

He señalado someramente, que es al Estado a quien debe imputarse las violaciones a los derechos humanos frente a la comunidad internacional y esto ocurre cuando hace lo que no debe hacer o cuando no hace lo que debe hacer; y he dicho también, que el Estado actúa a través de funcionarios públicos y que actuando como tales, sus actuaciones u omisiones son imputables al Estado.

Es en esta perspectiva, que el análisis de la situación punitiva de las violaciones cometidas por las autoridades públicas deviene fundamental. El problema básico de la violación de los derechos humanos se presenta en el caso en que el atropello es perpetrado por funcionarios públicos que obran como tales, como agentes del Estado, y las posibles consecuencias de su actuación (sanciones y reparaciones o indemnizaciones); así como los posibles mecanismos o portillos que provea el ordenamiento relativos a la imposición de la pena o a la impunidad sobreviviente de ciertos portillos o insuficiencias del sistema.

6.8. *¿Son punibles las violaciones a los derechos humanos cometidas por los funcionarios?, y en tal evento, ¿lo son conjunta o separadamente de las perpetradas por los particulares?* Las violaciones a los derechos humanos por los funcionarios públicos son en general y al igual que en todas las naciones civilizadas tipificadas como antijurídicas y punibles. El problema radica en si existe o no un estatuto especial (que si fuera más rígido no importaría tanto) para las violaciones de los agentes del Estado, diferente del de los particulares, esto es, si el sistema legal sustrae o no a las violaciones delictuales de los derechos humanos de la sanción de las normas generales (aplicables a los particulares) a los funcionarios públicos en razón de su investidura. En Chile v.g. ese estatuto especial a que nos referimos sí existe y en general, ade-

más de sustraer a las autoridades de los delitos y penas aplicables a los particulares; les otorga, en virtud de su calidad de agente del Estado, una atenuante de responsabilidad criminal en las violaciones a los derechos humanos, además de procrear una discriminación en la protección penal (según el agente activo) entre el funcionario y particular, así como sanciones atenuadas para los agentes del Estado respecto a los particulares, cuando no exenciones totales de responsabilidad criminal en razón de violaciones derivadas del cumplimiento, por parte de las autoridades, de órdenes superiores en acatamiento de un mal llamado deber de obediencia (22).

6.9. En Costa Rica, es el artículo 16 del Código Penal, relacionado con la Constitución Política, el que determina la aplicación a las personas de la ley penal con sus excepciones. Señala: "La aplicación de la ley penal es obligatoria a todos los habitantes, con excepción de: . . .

- 1) Diplomáticos y . . .
- 2) Los funcionarios públicos que conforme a la Constitución Política gocen de inmunidad". Los únicos que concretamente se encuentran en este caso son los diputados, quienes no son responsables por las opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones (artículo 110 Constitución Política). En los demás casos la inmunidad de los mismos diputados, de los otros miembros de los supremos poderes (Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Elecciones, el presidente de la República, sus vicepresidentes y sus ministros, diplomáticos, contralor y subcontralor); está subordinada a que se admita o no por parte de la Asamblea la respectiva acusación (23).

Entonces, excepto los casos apuntados en nuestra legislación:

- 1) La calidad de funcionario no aparece como eximente de responsabilidad penal sino más bien, en gran cantidad de casos, como agravante (24).

(22) Ver sobre el caso chileno, el estudio citado del Dr. Hernán Montealegre.

(23) Esta situación o inmunidad, ha sido fuertemente criticada por Hernán Montealegre, como un portillo, que viene a significar no solo que los derechos humanos de las minorías institucionalmente supeditados a los intereses de las mayorías, sino también, la posibilidad institucional del encubrimiento de las violaciones gubernamentales a los derechos humanos. Su crítica es valedera en una gran proporción al sistema jurídico costarricense. *Ibidem*, págs. 40 a 44.

(24) Por ejemplo los artículos 203 y 304 del Código Penal. El 5.2 es importante.

- 2) El sujeto activo de la mayoría de los delitos puede ser tanto el particular como el funcionario (25).
- 3) El hecho de que exista un capítulo especial y de que existan artículos cuyo sujeto activo sólo puede ser el funcionario (como el abuso de autoridad —329— o la detención ilegal —190—) no implica que el funcionario no pueda cometer los delitos previstos en forma general para cualquier sujeto activo (26).
- 4) Sólo en cierto sentido —estirando mucho las interpretaciones— se puede encontrar una discriminación en la protección penal entre el funcionario o particular como sujetos activos de delitos (27).
- 5) Las sanciones o son iguales o agravadas para los funcionarios públicos actuando como tales (28).
- 6) Las exenciones de responsabilidad penal para los funcionarios en virtud de órdenes superiores y del deber de obediencia son diferentes y deben interpretarse, según mi criterio, relacionadas con las normas relativas de la Ley General de Administración Pública, que examino dentro del punto siguiente.

6.10 Las sanciones a las violaciones de los derechos humanos y las causas justificantes y eximentes de responsabilidad penal en razón de los sujetos (particulares o funcionarios).

En relación con los sujetos —funcionarios o particulares en este caso— no me interesa referir-

me a las causas de justificación que nuestro Código Penal tipifica en sus artículos 26 a 29 (Consentimiento del derechohabiente, estado de necesidad, legítima defensa, exceso en la defensa), sino sólo al artículo 25 que señala como causa de justificación de la acción penal y por consecuencia como eximente de responsabilidad, de delito y de sanción el cumplimiento de la ley: "No delinque quien obrare en cumplimiento de un *deber legal* o en el ejercicio legítimo de un derecho" y del artículo 36 relativo a la "*obediencia debida*" no como causa de justificación sino de inculpabilidad, que comentaré detenidamente, en cuanto significan exención de responsabilidad penal o en todo caso de sanción (pena).

En cuanto al artículo 25 (exención de antijuridicidad de delito, y con ello de sanción, cuando se actúa en cumplimiento de un deber legal) debo señalarlo como peligroso, en el tanto que pueda servir para interpretar extensivamente ese "cumplimiento de un deber legal" por cuanto representaría un portillo muy grande, a través del cual transitarían funcionarios y agentes del Estado para poder violar impunemente los derechos humanos. Me explico, si en el "deber legal" se incluye, por ejemplo, las órdenes superiores, sin límites claros y específicos, o el cumplimiento de fines públicos entendidos como fines del Estado o de la administración; entonces podríamos colocarnos en una situación tal, que el funcionario inferior que comete directamente la agresión contra los derechos humanos de alguien (tortura por ejemplo) se escudaría en que actuaba en cumplimiento de un "deber legal" (en el caso, la orden superior del comandante) y por lo tanto no cometería delito,

(25) Esto es claro en el artículo 4 del Código Penal costarricense, que señala que la ley penal costarricense se aplicará a quien cometa un hecho punible en el territorio de la República, salvo los tratados y reglas internacionales. Ver nota siguiente.

(26) En este sentido incluso existe jurisprudencia, donde el acusado, que era un funcionario público, que cometió lesiones contra un particular, quizo y basó su defensa en que su delito no era el de lesiones (más fuertemente penado) sino el de abuso de autoridad (menormente penado). Nuestra jurisprudencia dijo bien, que: "Si el acusado, que tenía el cargo de Delegado Distrital, luego de propinarle una golpiza a los ofendidos con su vara policial. . . disparó con su arma de reglamento, lesionando gravemente a uno de ellos. . . procede tenerlo como autor responsable de dos delitos de abuso de autoridad, y del delito de lesiones graves en concurso material". 1979. Trib. Sup. Seg. Penal, Sec. Prim., No. 125 de las 17:30 hrs. del 28 de junio.

(27) Esta interpretación se desprende, según Hernán Montealegre, de que la privación de la libertad arbitraria o ilegítimamente, se pena diferentemente si se trata de un funcionario (el sujeto activo del delito) que según su decir, es penado por la pena señalada en la detención ilegal; que si se trata de un particular en cuyo caso se habla de secuestro. La discriminación estribaría en el hecho de que el segundo delito es más fuerte y drásticamente penado. En Costa Rica ocurriría lo mismo a no ser que se interprete, que el funcionario puede cometer ambos delitos cuando se encuentre en las situaciones tipificadas en ellos. Pero aún así, la crítica cabe, por cuanto se aplicaría el principio de que la ley especial desplaza a la general.

(28) Esto es claro en el Código Penal, según notas 26, 27 y 28; no así en lo expuesto en la nota 29.

(en la interpretación hipotética a que me vengo refiriendo) a su vez, la acción penal se enderezaría contra el superior (v.g. un comandante de la fuerza pública) quien a su vez se escudaría en el cumplimiento de un "deber legal" (orden superior del ministro) por último el ministro no tendría que excusar su actuación si cuenta con mayoría en la Asamblea (por ser del mismo partido etc.) que no le levantaría su inmunidad, y en el caso hipotético de que lo hiciera, diría que estaba cumpliendo el fin público (v.g. manteniendo la Seguridad Nacional) —recuérdese que parto de que hay confusión entre el fin público y el fin del gobierno o Estado—. Todo lo cual, no daría otro resultado que el dejar impune la violación concreta de los derechos humanos (en el ejemplo, la tortura). Estas mismas consecuencias se darían para el caso específico de la "obediencia debida" con la salvedad de que en el caso del artículo 36 del Código Penal costarricense, señala y delimita expresamente cuándo nos encontramos, y cuándo no, en presencia de ésta; y de que en vez de ser una causa de justificación (de ausencia de delito) como la del "deber legal", se desenvuelve como causa de inculpabilidad (hay delito pero no culpa) pero que significan ambos, exención de la pena para los sujetos activos (que cometen delitos).

Claro está, que el anterior, no es sino un caso hipotético, ya que en nuestro país:

- 1) Esa interpretación extensiva a que me referí no se ha dado (29).
- 2) La obediencia debida está expresamente delimitada y que debe entenderse relacionada con la Ley General de Administración Pública vigente (30).
- 3) De conformidad con esta ley, se corrigió la confusión entre el fin de la administración y el fin público (31).

Sin embargo, debo llamar la atención, que casos e interpretaciones como la anterior no son sacados de fantasías jurídicas ni novelísticas, sino que ocurren cotidianamente en otros sistemas y países, con base en normas parecidas (32).

Los derechos humanos y las reparaciones e indemnizaciones a sus violaciones

6.11. Por último, debo recalcar que poco o nada pueden hacer los mecanismos de protección de los derechos humanos, tanto internos como internacionales, si no se prevén reparaciones e indemnizaciones a sus violaciones; ésto es, si dentro del ordenamiento a que nos refiramos no existen fórmulas adecuadas y jurídicas, para indemnizar a las víctimas de las trasgresiones a los derechos humanos por parte de sus violadores y de los responsables directos o indirectos (a quienes jurídicamente les es imputable las acciones violatorias).

Esto lo ha esbozado el artículo 68.2 de la C.A.D.H. "La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado". Materia esta última que regula la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En Costa Rica la Constitución Política en su artículo 41 señala: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales..." y como he venido diciendo que el problema fundamental de la protección de los derechos humanos reside en las violaciones imputables al Estado, es de primor-

(29) No conozco ningún caso relativo, ni jurisprudencia, donde haya aparecido tal interpretación.

(30) Según la LGAP, el servidor o funcionario deberá desobedecer las órdenes o instrucciones del superior cuando "la orden tenga por objeto la realización de actos evidentemente extraños a la competencia del servidor; y... cuando el acto sea manifiestamente arbitrario, por constituir su ejecución abuso de autoridad o cualquier otro delito" (artículo 108). Debe tomarse en cuenta, que la violación de los derechos humanos son delitos, por lo menos una gran mayoría. El punto 2 del artículo 108 señala además: "La obediencia en una cualquiera de estas circunstancias producirá responsabilidad personal del funcionario, tanto administrativo como civil, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda haber". Lógicamente, para lograrse cerrar el portillo que pudiera representar como una inculpabilidad, que dejara impune la violación de los derechos humanos por parte de los funcionarios, el artículo 36 del Código Penal, debe ser interpretado a la luz de la Ley General de Administración Pública, sobre todo de su artículo 108 citado.

(31) En este sentido la LGAP señala: "El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública —Estado— cuando pueda estar en conflicto" (artículo 113.2). Con ello se vino a clarificar aquella intencionada confusión que usaba el Estado tanto con fines positivos como negativos, entre el fin de la Administración y el Público.

(32) Sobre todo ésto, debe verse el estudio de Hernán Montealegre citado, no sólo por su claridad, sino por su originalidad en las interpretaciones y escogimiento de los temas relevantes.

dial interés, repasar someramente el desarrollo que a este punto le da la Ley General de Administración Pública (LGAP).

La LGAP regula la materia en sus artículos 190 y siguientes (ver página 78 del cuadro) que se refiere a la "responsabilidad de la administración". En el artículo 190.1 se dice: "La administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero". Luego se exponen la responsabilidad de la administración —Estado— por conducta ilícita (daños causados a los derechos subjetivos por faltas de los servidores, o cuando usando ilícitamente sus potestades suprima o limite derechos) y por su conducta lícita (por su funcionamiento normal y por ley); por otro lado el servidor será responsable personalmente ante terceros por los actos u omisiones violatorias impu-

tables a él, y la administración será solidariamente responsable con el servidor ante terceros por los daños que éste causa (201) que pueden ser producto de actos manifiestamente ilegales (que explica el artículo 199.3), y el que los obedeciere (199.2 relacionado con los que regulan la obediencia debida).

7.1. Ya habrá ocasión de repasar detenidamente todo lo hasta aquí afirmado que, repito, no tiene otro propósito que el de lanzar en forma indiscriminada ideas y conceptos del autor, para que otros mejor capacitados los desarrollen, desmenucen o despedacen. Recuérdese por su parte, que todas las ideas aquí expuestas, no significan el criterio del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ni el de su director, sino sólo el mío propio.
