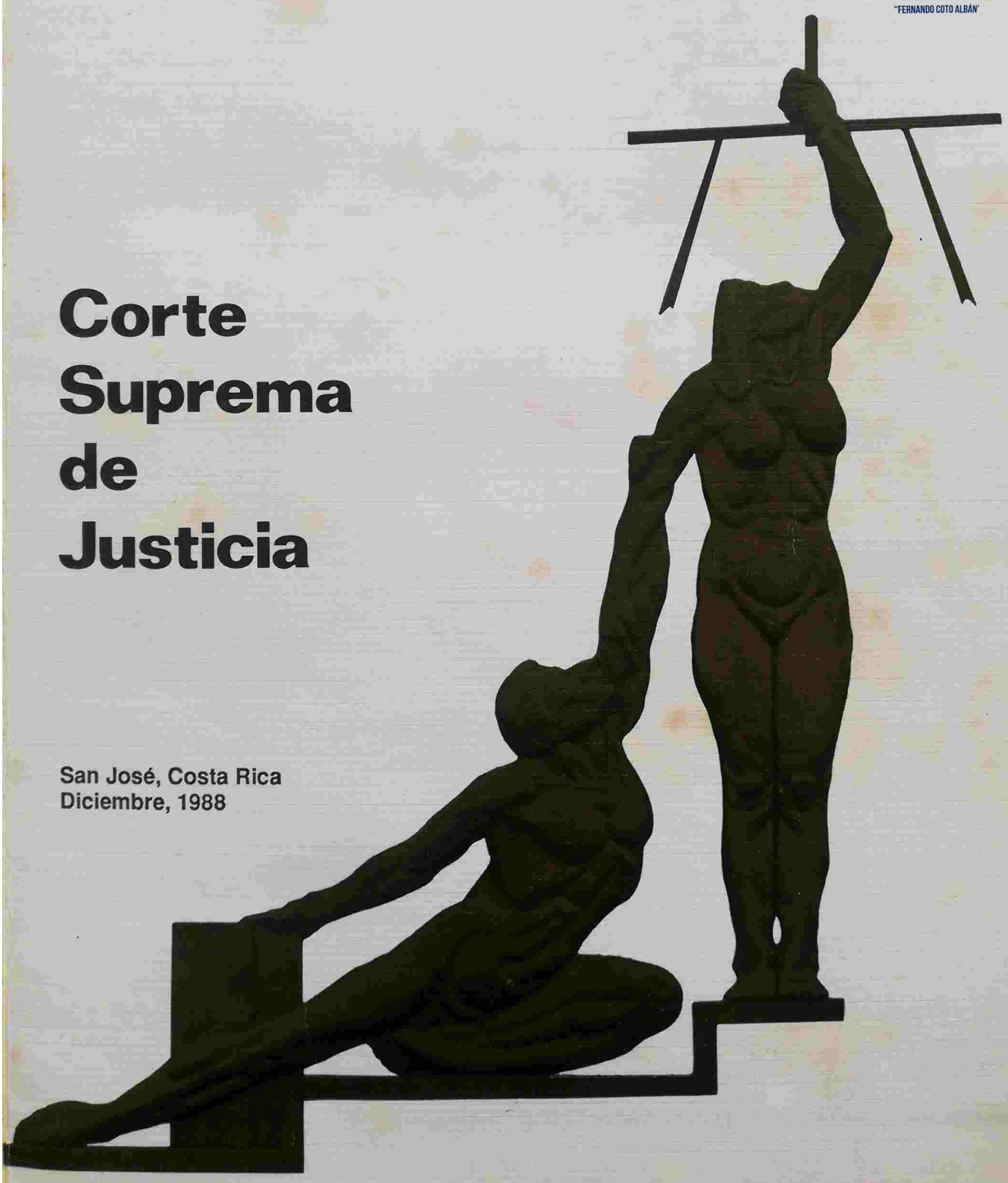
AÑO XIII

Nº 45

REVISTA JUDICIAL

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"



Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica
Diciembre, 1988

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año XIII — Nº 45 — Diciembre, 1988

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA
ESTE LIBRO ES PROPIEDAD
DEL
PODER JUDICIAL
Circuito No. Primero - San José
Biblioteca Judicial

Director: Dr. Víctor Pérez Vargas
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

Distribución y canje:
Biblioteca Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



SUMARIO

Pág.

Presentación 5

Sección I: Estudios

La pena de muerte. Un tema de actualidad constante 11
Dr. Gerardo Calvo Picado

Apuntes para una fenomenología de la Justicia en el siglo XX 23
Prof. Mauro Capelletti
(Traducción de la Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo)

El Derecho de Familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro 53
Dr. Pedro F. Silva-Ruiz

Análisis de los convenios internacionales en materia de extradición con respecto a Costa Rica. 61
Licda. Jeannette M. Sánchez Castillo

La verdad jurídico penal 75
Lic. José Ml. Arroyo Gutiérrez

La situación del menor en riesgo social e infractor en Costa Rica 91
MSc. Mario Alb. Víquez Jiménez

Complejos urbanísticos o urbanizaciones especiales 105
Dr. Edgardo O. Scotti

La independencia del Poder Judicial y el equilibrio interno del poder 111
Dr. R. Corbin Houchins

Sección II: Pronunciamientos Especialmente Relevantes

Contenido de votos salvados en resoluciones de interés 117
Licda. Cecilia Sánchez Romero

Sección III: Jurisprudencia 119
Digesto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

PRESENTACIÓN

En su entrega número 45, la Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia ofrece estudios en materia de Criminología, Filosofía del Derecho, Derecho de Familia, Derecho Internacional, Derecho de Menores, Derecho Urbanístico y Derecho de la Organización Judicial, junto a sus acostumbradas secciones adicionales.

Se inicia este ejemplar con la valiosa contribución del **doctor Gerardo Calvo Picado,** titulada **"La pena de muerte. Un tema de actualidad constante".** Este estudio fue presentado como ponencia en el Primer Congreso Mundial de Derechos Humanos, que se celebró en Alajuela del 6 al 12 de diciembre de 1982; en él se analiza magistralmente el debate político y doctrinal sobre el tema; además, expone una síntesis del desarrollo histórico de la institución de la pena de muerte y del papel que han cumplido algunos organismos internacionales en la lucha en pro de su abolición, entre ellos las Naciones Unidas y Amnistía Internacional. Afirmando el valor supremo de la vida humana, el Dr. Calvo Picado aboga por la abolición de esta primitiva forma de pena que, subsiste todavía en sociedades que se autoconsideran civilizadas y que insisten en desconocer que se trata de una sanción "ineficaz", sin efecto disuasorio e irreversible, que atenta contra los llamados derechos humanos.

En la **Sección de Estudios** aparece un aporte especial; gracias a la valiosa colaboración de la **profesora doctora María Antonieta Sáenz Elizondo** y a la gentil disponibilidad de su autor, contamos en nuestra lengua con un estudio del conocido jurista italiano, quien labora para la Universidad de Stanford, **profesor Mauro Cappelletti,** titulado **"Apuntes para una fenomenología de la justicia en el siglo XX",** lleno de interesantes anotaciones desde diversos ángulos visuales, que llevan a la reflexión sobre nuestro mundo, a las que se agregan algunas proyecciones de solución sobre los problemas de nuestro tiempo. El autor intenta prescindir del estudio teórico de la Justicia como valor (uno de los aspectos que según Carlos Fernández Sessarego y Miguel Reale integran la tridimensionalidad de lo jurídico) y dedica sus esfuerzos al momento fáctico, por la vía del muestreo ejemplificativo. Parte de la constatación de ciertos hechos "brutales", de los conflictos entre Estados y de la transformación económica y tecnológica. Enfoca, en primer término, la Justicia Constitucional, e identifica, en relación con cada ejemplo, el momento histórico que supera: en el primer caso, la oposición tradicional entre equidad y ley; en el segundo, el monopolio estatal y, en el tercero, la concepción de la Justicia como libertad individual e igualdad formal. Ofrece la Justicia Constitucional como respuesta eficaz y progresiva frente a la opresión; el autor no puede prescindir de considerar esta evolución como un acercamiento de la forma a la sustancia de la Justicia y una positivización de ciertos valores relativamente inmutables. Pasa seguidamente a la Justicia Internacional y afronta el problema de la paz; menciona los diversos intentos, a partir de la Sociedad de las Naciones, hasta la Organización de Naciones Unidas, enfatizando la debilidad de ambos. Comenta, seguidamente, la tutela supranacional de los derechos del hombre y su

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

significación axiológica en función de la dignidad de la persona humana; cita al respecto algunos organismos e instrumentos internacionales, destacando la admisión de la persona física como sujeto de Derecho Internacional. Trata entonces acerca de la superación de la concepción del Estado nacional como fuente exclusiva del Derecho y de la Justicia, gracias a la evolución del concepto de soberanía y a la realidad de la aplicación de la ley extranjera y del "Exequátur" (ejecución de resoluciones extranjeras); al respecto recuerda algunos instrumentos internacionales y revela las perspectivas de un sistema eficaz de Justicia Internacional, que dé respuesta al problema mismo de la supervivencia de la especie humana. A continuación, anota los hechos que tienen que ver con las transformaciones económicas y sociales, la industrialización, el pensamiento individualista concomitante y el surgimiento de una oposición ideológica, para pasar a otra etapa de búsqueda de igualdad real (no meramente formal) y de nacimiento del Estado Social (en crisis, según Perlingieri). Concluye afirmando la esperanza de que la nueva visión de la Justicia terminará por imponerse y realizarse.

El **profesor Pedro F. Silva-Ruiz,** de Puerto Rico, nos envía una colaboración de gran actualidad, **"El Derecho de Familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro".** Este trabajo fue presentado en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, que se celebró en la Universidad Autónoma de México en noviembre de 1986. El distinguido Catedrático de la Universidad de Puerto Rico muestra cómo los avances científicos —en la biología, la genética y la embriología, particularmente, la inseminación artificial— plantean innumerables cuestiones éticas y jurídicas, al Derecho de Familia. Después de definir la inseminación artificial, considera sus diversas posibilidades (homóloga o con semen del marido y heteróloga o con semen de un tercero dentro del matrimonio). Analiza diversas situaciones; entre ellas, la acción de impugnación de la legitimidad del hijo y el adulterio, considerando que éste no se produce realmente, sino que lo que resulta afectado es otro orden de valores. Reafirma seguidamente la importancia de la confidencialidad del expediente médico y al derecho de acceso a la información por parte del hijo en determinadas situaciones donde eso se justifique. Comenta seguidamente el caso de la inseminación de la mujer soltera, al cual considera patológico. Nos conduce luego a los temas de la fertilización in vitro y de la investigación con embriones a la que alude el informe Warnock. Sobre la maternidad subrogada, a la que se refiere bajo la calificación de "úteros mercenarios", sugiere fundamentadas dudas relativas a la validez de este "contrato", recordando las recientes prohibiciones en Inglaterra, ya que el cuerpo humano está fuera del comercio. En sus conclusiones sostiene que el Derecho debe regular las técnicas que sean conforme a la naturaleza y a la dignidad humanas, pues en esta materia las consideraciones éticas son insoslayables.

La **licenciada Jeannette M. Sánchez Castillo,** especialista en Derecho Internacional, nos ofrece, dentro del Derecho Penal Internacional, **"Análisis de los Convenios Internacionales en materia de extradición con respecto a Costa Rica".** La licenciada Sánchez Castillo determina cuáles son los tratados multilaterales y bilaterales vigentes, con base en un laborioso trabajo, elaborado tanto en el Ministerio de Relaciones Exteriores como en la Asamblea Legislativa. Este estudio delimita lo que dispone cada uno de ellos y realiza clasificaciones sobre sus contenidos. Antes de iniciar la exposición referida, la licenciada Sánchez Castillo, nos expresa la situación de incertidumbre, duda e inseguridad que se vive en cuanto a las disposiciones vigentes en lo internacional, el desconocimiento de la existencia de muchos tratados y la falta de información sobre el estado o etapa de la vida de cada uno de ellos. Identifica, seguidamente, los tratados bilaterales que hemos celebrado con Italia (de 6 de mayo de 1873),

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

con Nicaragua y con España, con Bélgica, con los Estados Unidos de América y con Colombia, para pasar entonces al comentario de los multilaterales (Americano de 1879, contra el anarquismo de 1902, Convención Centroamericana de 1923 y Código Bustamante) y a la reseña de las convenciones firmadas por Costa Rica que están pendientes de tramitación en la Asamblea Legislativa. La autora incluye en su análisis otros tratados sobre materias diferentes pero que contienen algunas disposiciones sobre extradición. En la última parte enuncia algunos aspectos del Derecho Positivo convencional en materia de extradición; entre ellos, el relativo a los sistemas por los cuales procede, el que se refiere a las excepciones a la obligación de extraditar, el atinente a la prescripción, tanto de la acción penal como de la pena. Posteriormente, especifica los principios de identidad de la norma o de la doble incriminación y de especialidad. Otros aspectos aclarados son el trámite de la extradición, el arresto o detención provisional y la extradición diferida. Concluye afirmando que, por regla general, se regula la jurisdicción según las reglas de la competencia contenidas en los códigos penales modernos, se abandona el sistema tradicional de listas específicas, se excluyen de los casos extraditables aquellos en los cuales la sanción sea pena de muerte, cadena perpetua o penas infamantes, salvo que se otorguen garantías en sentido contrario, se regula en forma genérica el principio de especialidad y se admite la extradición simplificada.

El **licenciado José Ml. Arroyo Gutiérrez** colabora en esta ocasión con **"La verdad jurídico-penal"**, afrontando el delicado tema de "la verdad" en el Derecho. Muestra cómo la realización del mismo valor Justicia está condicionada por el esclarecimiento de la verdad. El licenciado Arroyo Gutiérrez destaca los mecanismos aseguradores de la verdad: en el juez (la imparcialidad, en particular), en la defensa (derecho de defensa), y en el Ministerio Público (la averiguación de la verdad como móvil de la actividad acusatoria). Posteriormente reputa la verdad jurídico-penal como reconstrucción "ex post facto" de un verdadero rompecabezas que se arma con los medios de prueba (rastros, testigos, peritos y reconstrucción). Comenta también el llamado juramento de decir verdad y sus alcances. Posteriormente, con base en la lógica (organon) aristotélica, considera los posibles procedimientos discursivos: analítico y dialéctico, su diversa finalidad, su diverso grado de carga subjetiva y su diversa rigidez formal. Luego analiza la aplicación del razonamiento jurídico que hacen las partes y el juez, así como el deber de éste de sujetarse a la sana crítica (y no, por lo general, a la libre íntima convicción, como es la tendencia en otras latitudes, pues esto sería desembocar en el absoluto subjetivismo, lesivo de la seguridad jurídica e inclusive, de la Justicia). El autor realiza fuertes críticas al concepto tradicional de la sana crítica como "las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia común", por ser estas expresiones contingentes e imprecisas (y, por esto, plurívocas). Finaliza haciendo referencias a la cosa juzgada, al error judicial y a la ética que obliga, tanto al juez como al litigante que se respete a sí mismo, a ser coherente consigo.

El **máster Mario Alberto Víquez Jiménez** nos brinda **"La situación del menor en riesgo social e infractor en Costa Rica"**. Afirma que la llamada desviación social juvenil presenta dos niveles de análisis: su referencia a un marco social estructural y su abordaje dentro de la estructura institucional del control social. En relación con el primer aspecto, determina los orígenes del fenómeno como reflejo de contradicciones dentro del sistema; observa, al efecto, las características psicosociales de esta población, para lo cual nos presenta algunos cuadros en los que toma en cuenta variables como la familia, el ingreso, la edad, el sexo, el nivel educativo, el oficio y la procedencia. Seguidamente enfoca la estructura institucional del control social y, en particular, la influencia del sistema mismo, distinguiendo las alternativas de abordaje del menor en

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

riesgo social dentro de esta estructura en Costa Rica, los programas de atención al menor en comunidad, las entidades que refieren los menores al centro de diagnóstico y el ingreso en éste (con un organigrama funcional). En sus conclusiones promueve diferentes recomendaciones de interés.

Del **doctor Edgardo O. Scotti** ofrecemos su participación en el VII Congreso Internacional de Derecho Registral, que se celebró en Rio de Janeiro en mayo de 1987, titulada **"Complejos urbanísticos o urbanizaciones especiales".** El Dr. Scotti elabora un concepto que toma en cuenta tanto los aspectos de Derecho Público como los de Derecho Privado; anota sus caracteres (régimen urbanístico propio, diversidad de inmuebles, uso o función común del suelo, agrupación de los propietarios —especialmente para el mantenimiento y para la prestación de servicios generales—, existencia de restricciones o vínculos jurídicos sobre los inmuebles, creación de un régimen jurídico para el gobierno y la administración) y, posteriormente procede a la clasificación de los complejos urbanísticos atendiendo a diferentes aspectos. También brinda el autor una visión del tema desde el ángulo del Derecho Público, tanto en lo que se refiere al papel del Estado como promotor, como en lo relativo a las normas reglamentarias y a la intervención administrativa de control o supervisión, entre otros. Desde el ángulo del Derecho Privado enfatiza la existencia de un estatuto jurídico complejo, e indica sus implicaciones. Finalmente se refiere a la propiedad horizontal y muestra sus características.

Del **doctor R. Corbin Houchins,** miembro de los colegios de abogados de California, Virginia y Wáshington, presentamos la ponencia aportada al Seminario Internacional sobre Derecho y Justicia en la Constitución, que se celebró en Managua en diciembre de 1986, titulada **"La independencia del Poder Judicial y el equilibrio interno del poder".** El autor muestra las dificultades para la creación de una estructura constitucional que combine la independencia de los jueces con las aspiraciones políticas del pueblo. Comenta algunas alternativas, como la revocabilidad del nombramiento mediante votación popular. Luego analiza el equilibrio de poderes e indica las condiciones que, a su juicio, lo hacen factible. También ofrece algunas sugerencias (dentro de las que destacan las que enfatizan el aspecto educativo) para facilitar que los jueces independientes compartan los intereses populares.

En la **Sección Pronunciamientos Especialmente Relevantes,** publicamos **Contenido de votos salvados en resoluciones de interés, de la licenciada Cecilia Sánchez Romero.**

Finalmente, ofrecemos nuestra **Sección de Jurisprudencia,** a cargo del **Digesto.**

Víctor Pérez Vargas

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

LA PENA DE MUERTE:
Un tema de actualidad constante

DR. GERARDO CALVO PICADO
Juez Superior Penal

ÍNDICE

Pág.

I. **Motivación e introducción** 12

II. **Posiciones tradicionales en pro y en contra de la pena de muerte** 13
A. Posiciones a favor. 13
B. Posiciones en contra 14
C. Posiciones intermedias 15

III. **La pena de muerte en Costa Rica y en otros países** 15
A. La pena de muerte en Costa Rica 15
a) Breve reseña histórica 15
b) Situación actual y posición futura 17
B. La pena de muerte en otros países 17

IV. **Los organismos internacionales: Su posición frente a la pena de muerte** 19
A. Las Naciones Unidas 19
B. Amnistía Internacional 20

V. **Conclusión** 20

VI. **Fuentes bibliográficas y de información** 21

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

LA PENA DE MUERTE UN TEMA DE ACTUALIDAD CONSTANTE*

DR. GERARDO CALVO PICADO
JUEZ SUPERIOR PENAL

I.—MOTIVACIÓN E INTRODUCCIÓN

Con ocasión de celebrarse en nuestro país el PRIMER CONGRESO MUNDIAL DE DERECHOS DEL HOMBRE, el Colegio de Abogados de Costa Rica, por intermedio del Centro de Estudios Jurídicos José Francisco Chaverri Rodríguez, órgano consultor de dicho Colegio, y al cual pertenezco, ha querido con mi participación —al igual que la de otras personalidades y organismos, no solo de carácter nacional sino internacional, y aprovechando esta especial oportunidad—, estar presente en este Congreso con el objeto de expresar su solidaridad y apoyo a todos aquellos que lo hicieron posible, no solo por los esfuerzos que un acontecimiento de esa naturaleza conlleva, sino también para patentizar su total acuerdo con los motivos que lo originaron, así como con todos los temas a tratar referentes a la defensa de LOS DERECHOS DEL HOMBRE.

Como este Congreso ha coincidido, con la celebración en Costa Rica del centenario de la abolición de la pena de muerte, hecho de relevancia histórica inapreciable ocurrido el veintiséis de abril de mil ochocientos ochenta y dos, con rango constitucional, he considerado que lo más propio era —precisamente— referirme a LA PENA DE MUERTE, no solo por esa razón, sino también por tratarse de un tema de actualidad constante. Esto por cuanto, a pesar de que son ya muchos los países que en el mundo han tomado tan justa medida, también existen otros que la mantienen y hasta otros que, no obstante haberla tomado, la han dejado sin efecto o lo pretenden hacer. Por ello, tanto merecen nuestra admiración aquellos Estados que han abolido tan funesta pena, como los otros y con mayor razón, que la mantienen excluida de su ordenamiento jurídico positivo y que pretenden continuar en esa posición.

No se trata con el presente aporte, ni mucho menos, de agotar todo lo que se ha dicho o se dirá sobre este tema. Mi finalidad es sobre todo hacer un breve análisis de la situación que se ha presentado en el pasado con respecto a esta pena, tanto en nuestro país como en otros países, poniendo de relieve en ambos casos, cuál es la situación actual y lo que se pretende que sea en un futuro. Finalmente, me referiré a la posición que en relación con esa pena han tomado diferentes organismos internacionales, de relieve mundial. Entre ellos las Naciones Unidas y Amnistía Internacional.

Espero consecuentemente, haber logrado mi propósito.

---

* Estudio expuesto por el autor durante el Primer Congreso Mundial de Derechos Humanos, celebrado en Costa Rica, en la ciudad de Alajuela del 6 al 12 de diciembre de 1982.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

II.—POSICIONES TRADICIONALES EN PRO Y EN CONTRA DE LA PENA DE MUERTE

Bien es sabido que en las sociedades primitivas, donde aún no existía una organización social adecuada, lo que imperaba era el régimen de la "justicia privada" en la cual el ofendido o víctima, ante un agravio causado por otro, podía hacerse justicia por su propia mano. Esta "justicia" era a menudo desproporcionada, llegando a extremos tales de causar una verdadera guerra, no solo entre familias, sino de una agrupación determinada contra otra. Poco a poco se fue teniendo conciencia de la necesidad de limitar tales consecuencias. Fue así como fueron apareciendo una serie de reglas, en las cuales se notaba ya, que todo castigo debía ser proporcionado con la ofensa recibida. Una de las más conocidas es la denominada "Ley del Talión" expresada por la frase "ojo por ojo, diente por diente". Ya en épocas más avanzadas, en que la justicia dejó de ser privada para convertirse en pública, en virtud de que no eran los particulares quienes ya "juzgaban", sino que tal poder lo ostentaban ciertos funcionarios que representaban a un determinado conglomerado social, por la investidura que como tales le había otorgado ese mismo conglomerado; se inició así la estructura de lo que posteriormente, al establecerse toda una serie de instituciones representativas, llegó a configurar en diferentes partes, lo que en la actualidad es el Estado. Sin embargo, a pesar de esa nueva organización social, a pesar de que el castigo fue más limitado, este siempre fue sumamente cruel, y la muerte del ofensor, era la consecuencia lógica y normal en esa época. Sin embargo, desde estos tiempos antiguos comenzaron a dividirse las opiniones, unas para defender ese castigo y otras para oponerse a él. Fueron inicialmente razones, más que todo, de carácter religioso, las que argumentaban los que defendían esa oposición, poniendo en entredicho "el derecho" que tenían los hombres, aun por intermedio del llamado "Estado", para disponer de la vida de sus semejantes. Solo Dios tiene ese derecho. Posteriormente se dieron otra serie de razones justificantes en ambas posiciones, las que incluso se mantienen hoy en día. Finalmente, surgió una posición intermedia mediante la cual sus seguidores, abogando por la supresión de la pena de muerte, están de acuerdo en admitirla en casos restringidos de situaciones graves.

A.—Posiciones en favor de la pena de muerte.

Diferentes han sido y son las razones justificantes que sostienen los seguidores de esta posición, como un medio de represión en el pasado y como una medida de prevención posteriormente. Así, el gran argumento de los partidarios de la pena de muerte es el ejemplo del castigo. No solo se debe matar para castigar a quien ha cometido un delito, sino también para intimidar, por medio de ese ejemplo terrible, a los que se sientan tentados a imitarlo. La sociedad no se venga, quiere solamente prevenir. La muerte constituye el único castigo apropiado y actúa a la vez como elemento de disuasión.

Otras de las razones es la de que quienes cometen delitos graves deben ser eliminados para, de esta manera proteger a la sociedad en su conjunto. Se actúa de esta manera en legítima defensa de la sociedad, considerándola así como una verdadera necesidad social. También se han dado razones de carácter económico, toda vez que la mantención de los delincuentes en presidios demanda demasiados gastos; lo mismo que la pena de muerte es un medio de selección artificial; que es la única oportunidad que tiene el Estado de mejorar la sociedad.

"La salud pública es la suprema ley" han dicho otros y solo se logra mediante esa medida, además de que la pena de muerte es un remedio social que moraliza por su fuerza.

Sin embargo, tales argumentos no han mostrado su eficacia. Inicialmente y como medida ejemplarizante, se procuraba la muerte usando medios y procedimientos horrorizantes que causaban grandes sufrimientos al condenado antes de morir, puesto que se le torturaba de una manera despiadada o se le mataba en una hoguera. Todo ello de una manera pública previamente difundida y a cuya ejecución concurría todo el pueblo, como si se tratara de un gran espectáculo. Si bien posteriormente se hizo uso de métodos más efectivos y rápidos y que causaban menos dolor, tales como la horca, la guillotina, el fusilamiento, la silla eléctrica, cámara de gas, etc., produciéndose ya las ejecuciones no en un sitio público, sino en el patio de las prisiones y ante un número restringido de especialistas; sin embargo, ese cambio no ha producido los efectos deseados. El ejemplo del castigo por medio de la muerte no ha reducido la criminalidad en ningún país. En un principio puede darse, pero ello es tan solo aparente, pues pasados los primeros efectos, aquella continúa e incluso va en aumento. No se ha demostrado que la pena de muer-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

te haya hecho retroceder a un solo asesino cuando se decide actuar, y de esto se desprende que no puede admitirse esa pena como una manera de proteger a la sociedad. El aspecto económico tampoco es admisible, puesto que el propio Estado puede emplear los medios necesarios para que los delincuentes en presidio, mediante su utilización en trabajos adecuados, provean los gastos que demanda su manutención.

En los que abogan por la pena de muerte existe un sentimiento de "derrotismo social", producto de la indiferencia de la colectividad para resolver otros problemas dentro del campo de la delincuencia y que haría esa medida innecesaria. Mientras la sociedad sea culpable de indiferencia, abandono y falta de criterio en cuanto a los males que la aquejan por la criminalidad que en ella se da, no tiene derecho a reaccionar con violencia frente a fenómenos en los que tiene grave responsabilidad. No se trata de decidirse por lo más sencillo, lo más empírico: la rápida eliminación del delincuente.

Los que se sitúan dentro de la tesis abolicionista tienen también sus propios argumentos.

B.—Posiciones en contra de la pena de muerte.

Dijimos ya que desde tiempos pasados se produjo una reacción tendiente a combatir la aplicación de la pena de muerte, cuyos razonamientos aún son de actualidad.

Fueron más que todo motivos religiosos esbozados por la Iglesia primitiva los que dieron base a la iniciación de la corriente abolicionista. San Agustín, en los primeros siglos de nuestra Era Cristiana, se colocó dentro de esa posición, y a él se atribuye el pasaje siguiente: "No queremos que los sufrimientos de los servidores de Dios sean vengados infligiendo, por vía de represalias, las mismas injusticias a aquéllos que los han causado. No se trata, evidentemente, de que hagamos una objeción al hecho de que esos hombres perversos sean privados de la libertad de cometer otros crímenes, pero deseamos que la justicia sea satisfecha sin que se ataque a su vida y a la integridad de su cuerpo; y que por las medidas de coerción que la ley tenga previstas, sean arrancados de su frenesí demente para que sea respetada la paz de los hombres sanos de espíritu, que se los obligue a renunciar a sus violencias perversas y, al mismo tiempo, a dedicarse a trabajos útiles". Esas ideas aún son aplicables en la actualidad, como lo son los argumentos de quienes se opusieron a San Agustín: que los tiempos estaban demasiado agitados para entregarse a una experiencia tan audaz.

Durante mucho tiempo no se produjeron resultados positivos para los seguidores de la corriente abolicionista. No fue sino en el siglo XVIII, en que junto a Beccaria, muchos otros inician una verdadera cruzada abolicionista y poco a poco fue haciéndose conciencia en los diferentes Estados de lo inútil de la medida, observándose que en la actualidad el abolicionismo ha tomado gran fuerza y los logros obtenidos han sido mayores también.

Diferentes han sido y son las razones invocadas por los abolicionistas para oponerse a la pena de muerte. Fundamentalmente se aducen principios religiosos, morales o sociales que se concretan en la negación de su legitimidad: el hombre, se dice, carece de poder para eliminar la vida a un semejante, y es, por tanto, ilícito e injusto. Se parte también de la idea de la inviolabilidad de la vida humana. Los penalistas modernos la combaten con fundamento en consideraciones de conveniencia social. No tiene fuerza intimidativa, pues no aleja al hombre del delito y en este aspecto es inútil e innecesaria, ante la ausencia de poder disuasivo; es irrevocable e irreparable y en este sentido no ofrece ningún recurso contra el error judicial, al que —por ser los hombres quienes juzgan— se puede incurrir de alguna manera; esta pena quita al delincuente la posibilidad de enmienda, de su reforma moral, de su reincorporación a la sociedad mediante el debido tratamiento; la pena de muerte no es proporcional al delito ni se puede graduar en relación con la gravedad de este.

También se indica que la pena de muerte es una pena cruel, inhumana, degradante, cualquiera que sea el método que se emplee y el delito por el cual se aplica. Si bien en algunos países las ejecuciones se llevan a cabo poco tiempo después de la sentencia, en otros se contempla un período de espera obligatorio, produciendo esto último verdaderos estados de angustia al condenado y a su familia. En ciertos Estados se coloca a los reos en pabellones aislados o separados, bajo limitaciones y privaciones especiales, y no a causa de su peligrosidad, sino por motivo de su condena. En algunos casos no se avisa a su familia de la fecha de la ejecución e incluso ni su cadáver les es entregado posteriormente.

En los últimos tiempos y sobre todo en la época actual, los seguidores de la corriente abolicionista y como una fuerte razón para oponerse a la pena de muerte, han hecho énfasis más bien en la necesaria reincorporación del delincuente a la sociedad —ya como elemento sano— previamente efectuado sobre él el debido tratamiento. Ello con base en el desenvolvimiento de la Criminología, así

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

como en el perfeccionamiento de la Ciencia Penitenciaria, disciplinas en las cuales lo que se pretende no es eliminarlo, sino lograr su recuperación, ya que le dan al delincuente el trato debido, tomando en cuenta para ello, no el resultado objetivo del delito por él cometido, sino los motivos que lo han inducido a ello, tanto desde el punto de vista externo, del medio ambiente en que se desenvuelve, como interno, del estudio de su personalidad.

También se ha indicado por ellos la conveniencia de crear cuerpos policiales debidamente capacitados, para que, empleando medidas preventivas eficaces, se atenúe la criminalidad, mas no por medios anticuados e inhumanos, como lo es mediante la aplicación de la pena de muerte.

De las dos posiciones, ha surgido una intermedia.

C.—Posición intermedia con respecto a la pena de muerte.

Los que se encuentran dentro de esta posición, si bien abogan —en términos generales— por la abolición de la pena de muerte, la permiten en situaciones especiales, en casos de extrema gravedad. Este es el caso de los países en que si bien, se ha eliminado ese castigo para gran número de delitos, aún se mantiene para otros, en los que va en juego principalmente la seguridad del Estado, tales como la traición, el espionaje, provocar la intervención extranjera, provocar la guerra, librar una guerra contra el Estado, servir en las filas enemigas, paralizar la defensa nacional en tiempo de guerra. Por último, en casos de terrorismo. Estos son, más que todo, motivos de conveniencia política en un momento dado, los que fundamentan esta posición, lo cual revela también la gravedad de una decisión de esa naturaleza, puesto que en variadas ocasiones se actuará, no tomando en cuenta un criterio objetivo, imparcial, sino subjetivo, y a veces hasta arbitrario. Es necesario crear ante ellos una conciencia clara, tendiente a la abolición total, no obstante el tipo de delito que se produzca.

III.—LA PENA DE MUERTE EN COSTA RICA Y EN OTROS PAÍSES

Se tratará aquí de hacer una breve reseña histórica de lo que ha ocurrido con respecto a la pena de muerte en Costa Rica, que es lo que más interesa a los efectos del presente estudio. Se comentará también lo que sucede en otros países. Esto último de una manera más general. Finalmente determinar cuál es la situación actual y la posición futura en ambos casos.

A.—La pena de muerte en Costa Rica.

A pesar de que Costa Rica, desde hace un siglo, eliminó de nuestra legislación positiva la aplicación de la pena de muerte, siendo así uno de los primeros países del mundo en tomar tal medida, ello revela que también aquí se aplicó. En efecto, con rango constitucional, Costa Rica suprimió la pena de muerte a partir del veintiséis de abril de mil ochocientos ochenta y dos, al promulgarse una nueva Constitución en esa fecha, convirtiéndose así en el segundo país en América Latina, pues el primero fue Venezuela que lo hizo en 1863 y el quinto en relación con los otros países del mundo, ya que sólo fue eliminada antes en San Marino (1865), Portugal (1867) y los Países Bajos (1870).

Veamos cuál ha sido su desarrollo histórico.

a) Breve reseña histórica.

Atendiendo a la situación mundial existente en esa época, en la que en todos los países se aplicaba de una manera general la pena de muerte, Costa Rica no fue una excepción, luego de ser descubierta y colonizada por los españoles. Antes de lograr su vida independiente el quince de setiembre de mil ochocientos veintiuno y en la que todo su ordenamiento jurídico dependía del mismo imperante en España y las llamadas "Leyes de Indias" que la estipulaban, durante la Colonia, hubo casos —si bien aislados— en que se ejecutó dicha medida. De acuerdo con los datos que se tienen, por primera vez se aplicó en el año 1540. No se sabe si en el siglo XVII se dio alguna ejecución, pero sí en 1710 en que se condenó a muerte a un cacique indígena. A partir de 1821, fecha en que se independizó de España, al regirse por sus propias normas, no se hizo mención sobre la pena de muerte en la Constitución de ese año, ni en su reforma de 1822, ni en las posteriores del 17 de marzo y 16 de mayo de 1823. Fue establecida por primera vez en el artículo 152 de la Constitución de la República Federal de Centroamérica de 22 de diciembre de 1824, para los delitos que atenten directamente contra el orden público y en el de asesinato, homicidio premeditado y seguro.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica del 25 de enero de 1825, fue omisa sobre el particular. La reforma decretada el 13 de febrero de 1835 a la Constitución Federal de 1824, preveía la aplicación de esa pena en los casos en que esta última lo indicaba.

En la Ley de Bases y Garantías de 8 de marzo de 1841, que mediante un decreto emitió don Braulio Carrillo no se dijo nada sobre esa pena, pero posteriormente se dio un Código Penal que sí la contenía para ciertos delitos.

La Constitución de 9 de abril de 1844 sí la establecía para los casos similares a los que se refería la de 1824.

La Constitución de 1847 también mantiene la pena de muerte, lo mismo que las de los años 1859, 1869 y 1871 y con base en esta última, y por razones políticas, fueron ejecutados en 1859, tras un golpe de estado, héroes destacados de la Campaña Nacional contra los filibusteros norteamericanos, de los años 1856 y 1857, como lo fueron el ex presidente Juan Rafael Mora y el general José María Cañas, hecho que ocurrió en la ciudad de Puntarenas.

Ya en 1862, y como consecuencia de esas ejecuciones, se comenzó a dudar sobre la conveniencia de mantener la pena de muerte entre nosotros, tal y como se observa en un artículo aparecido en uno de los periódicos de esa fecha, en donde se criticaba fuertemente su aplicación. Entre otras cosas se dijo ahí lo siguiente: "El mal no lo vemos en la falta de la pena de muerte, que a nuestro entender no es remedio contra esa clase de crímenes, pero estando esta pena adoptada en nuestros Códigos y no teniendo otro medio equivalente para castigar a los asesinos, tenemos que ver resignados la consumación de un asesinato en nombre de la ley".

Según el doctor Néstor Mourelo, profesor de la Escuela de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional, y uno de los principales organizadores del presente Congreso, en un artículo publicado en el periódico "Contrapunto" en esta ciudad el 16 de noviembre de 1981, página 9, el primer intento por abolir la pena de muerte en Costa Rica, mediante una disposición constitucional, es atribuido por los historiadores al doctor José María Castro Madriz, pues en 1859 tras la muerte del ex presidente Mora y del general Cañas, Castro intentó influir en los redactores de la Constitución para que eliminaran la potestad de las autoridades civiles y militares de disponer de la vida de los habitantes de la República; sin embargo, fracasó.

El doctor Mourelo sostiene que ese propósito fue recogido por los personajes de pensamiento liberal, la mayor parte de ellos agrupados en el movimiento masón, y plasmado constitucionalmente durante el gobierno del general Tomás Guardia.

Este ex presidente, durante su intervención ante la Asamblea Nacional Constituyente, reunida en 1871, expresó su convencimiento de que la pena de muerte debía ser abolida en Costa Rica; sin embargo, la Asamblea acordó mantenerla, por no haber en el país presidios en donde pudiesen ser recluidos los autores de crímenes atroces.

Si bien en ese año no se abolió la pena de muerte, tampoco volvió a ser aplicada durante los doce años posteriores, en que el general Guardia fungió como presidente constitucional un breve período, y como presidente provisorio con facultades dictatoriales la mayor parte.

Fue así como ostentando ese cargo, logró que el Gran Consejo Nacional el 18 de octubre de 1877, mediante decreto núm. 5 de esa fecha, aprobara la abolición de la pena de muerte en Costa Rica. En efecto, el artículo 1 de ese decreto dispuso: "La vida de los habitantes de Costa Rica es inviolable", indicándose —a manera de preámbulo de ese decreto— que "a iniciativa del Gobierno, conceptuando que para mientras se decreta la Constitución de la República es conveniente que se establezcan por la ley las garantías individuales". Por ello se le denominó "Ley de Garantías".

Este principio fue más tarde incorporado como artículo 45, en la Constitución Política de 1871, mediante decreto número 7, de 26 de abril de 1882, el cual modificó ese artículo para que en lo futuro se leyera así:

"Artículo 45.—La vida humana es inviolable en Costa Rica".

Con algunas otras modificaciones se adoptó esa Constitución de 1871, y fue así que a partir de ese momento y hasta la fecha actual, la pena de muerte quedó definitivamente abolida en nuestro país, ya que las Constituciones posteriores, tanto la del año 1917, como la de 1949 —que es la que rige actualmente— han mantenido su exclusión.

El artículo 21 de la Constitución Política vigente dice: "La vida humana es inviolable".

No obstante esta clara situación, no faltaron intentos, posteriores al año 1882, por restablecerla. Ello ocurrió así en el año 1887, ante la muerte de un comerciante europeo, lo cual generó una campaña de prensa mediante la cual se pedía su restablecimiento. Igual situación ocurrió en 1895 y en 1917, en esta última ocasión al producirse un

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

golpe de Estado en que se derrocó al Presidente Constitucional. Siempre fallaron los intentos.

Más recientemente, en el mes de enero de mil novecientos cincuenta y dos, con motivo de ciertos crímenes y reclamando, además, la alta criminalidad existente, se produjeron diferentes intervenciones por la prensa, unos, (la minoría), proclamando por la reinstauración de la pena de muerte y otros, con mayor ahínco, por mantener su exclusión. Estos últimos ponen de relieve la inconveniencia de tal medida y proponen buscar la solución de todos esos problemas mediante el empleo de otros medios; indica además uno de ellos que: "En Costa Rica, tenemos que reconocer que la conciencia social no pide la pena de muerte, aun cuando sí exige en forma apremiante un remedio para el aumento de la criminalidad. Y esos remedios son una mejor prevención del delito, el control de la criminalidad y el tratamiento efectivo de los penados", se hace ver que: "La prevención corresponde a un plan de defensa social orientado en forma técnica que disponga de medios de acción para contener las gentes de mal vivir y para solucionar los problemas del ambiente peligroso. En cambio el control pertenece a la solución policiaca, conforme con las reglas de la criminalística y de la policía técnica". Ello coincidía con un plan general de reforma penitenciaria que se estaba elaborando y del cual se pedía su pronta realidad. Sobre esto, mucho se ha logrado ya, lo mismo que sobre el establecimiento de la policía técnica con la creación del Organismo de Investigación Judicial (adscrito al Poder Judicial) que tan excelentes resultados está dando. En esos momentos los argumentos de los abolicionistas fueron entre otros los siguientes: "Por razones cristianas ha sido proscrita la pena de muerte entre nosotros"; "La pena capital no ha disminuido la criminalidad donde se conserva"; "La pena de muerte es una confesión de derrotismo social", etc. Tales argumentos gozan de total actualidad.

Debemos ahora enfocar cuál es la situación actual y cuál será la posición futura de nuestro país frente a esa pena.

b) Situación actual y posición futura.

Vimos ya que en Costa Rica, por mandato constitucional, "la vida humana es inviolable", es decir, que aquí no puede aplicarse actualmente la pena de muerte por estar excluida de nuestro ordenamiento jurídico. Existe una total abolición de esa medida. A nadie puede aplicarse una pena de esa naturaleza por ningún tipo de delito, independientemente de la gravedad de este o de sus consecuencias.

No obstante los intentos que se dieron en el pasado para restaurarla, fueron vanos los esfuerzos de quienes así lo quisieron, esto precisamente por la propia idiosincrasia del pueblo costarricense, producto de una vida democrática que se ha reflejado en su manera de ser y en sus instituciones, desde mucho tiempo atrás, y que se reafirma con el logro de la proscripción del ejército.

La situación imperante se ha mantenido, y si bien durante los últimos treinta años, movimiento alguno ha expresado su deseo de modificarla, ello no implica que no se dará en un futuro, producto más que todo de la situación política existente en el mundo de hoy, y en la que se reflejan una serie de descontentos de carácter social y económico, que ha hecho aparecer —en un marco de una mayor peligrosidad— diferentes tipos de delitos con vinculaciones políticas, tales como el secuestro extorsivo, el secuestro de aeronaves, el terrorismo, etc., que produce un estado de angustia, de inseguridad en nuestra sociedad moderna.

Sin embargo, tenemos fe, por nuestra forma de ser, de que toda esa situación no hará variar la posición que con tanto orgullo hasta ahora mantenemos.

Esto es cierto y como prueba de ello, basta con examinar las manifestaciones que se han dado, no solo en años recientes, sino durante el presente con motivo de la celebración del centenario de la abolición de la pena de muerte. Muchas han sido las intervenciones, tanto en nuestra prensa escrita como en la televisión y la radio, de distinguidos juristas y de otras personalidades de reconocido prestigio, en las que se nota su júbilo por tan feliz acontecimiento y todas ellas están de acuerdo en que la situación imperante debe mantenerse en nuestro medio, elevando casi a la categoría de héroe a aquel gobernante —a don Tomás Guardia— quien no obstante haber sido un militar, cien años atrás vio plasmados sus esfuerzos al lograr la abolición de la pena de muerte en Costa Rica.

¿Si esto es así en nuestro país, qué ha ocurrido, ocurre y ocurrirá, en el resto de los países?

B.—La pena de muerte en otros países.

La corriente abolicionista tomó fuerza y no solo en Costa Rica tuvo sus frutos. Cantidad de países del resto del mundo han adoptado, o están por hacerlo, idéntica medida. Sin embargo, muchos otros la mantienen.

No pretendemos agotar toda la lista, pero sí al menos mostrar la situación de la mejor manera posible.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Primeramente, y en relación con el continente africano, la mayor parte de sus países tienen prevista la aplicación de la pena de muerte, aun cuando su frecuencia y aplicación varía considerablemente de un país a otro. Generalmente se utiliza para castigar una amplia variedad de delitos. Sobre todo para aquellos de carácter violento como el homicidio, la violación o motivos de carácter político más que nada, pero según sean las circunstancias sociales y políticas imperantes en un determinado país o momento, se aplica también a una serie de delitos que en otras situaciones serían de relativa importancia. Numerosos países se caracterizan por el sumario del procedimiento usado y la rápida ejecución del condenado, aparte de todas aquellas otras situaciones en que sencillamente "desaparece" la persona. Son escasos los países en donde no se ejecutan o se conmutan las condenas por este tipo de pena.

En los países asiáticos existen disposiciones que prevén la pena de muerte. Hong Kong es la única excepción parcial, donde la traición y el homicidio son castigados con la muerte; pero desde 1966 todas las sentencias han sido conmutadas por cadena perpetua de acuerdo con la política del gobierno británico. Con excepción del sur de Asia, la pena de muerte pareciera utilizarse como un modo de mantener el orden público.

En Australia el gobierno dispuso, en 1968, la abolición de la pena de muerte, en los estados bajo y directamente su dirección, excepto para los delitos de traición y asesinato. Otros Estados la retienen en tanto que Queensland, Tasmania y Victoria la abolieron.

En Europa, si bien son varios los países que ya han abolido la pena de muerte, tales como Austria, la República Federal Alemana, Islandia, Portugal y Suecia, hay otros que lo han hecho para tiempos de paz, pero la han mantenido para delitos específicos cometidos en tiempo de guerra. Entre ellos Dinamarca, Italia, Holanda, Noruega y Suiza. Salvo el caso reciente de Francia, todos los demás países han retenido esa pena para determinados delitos cometidos en tiempo de paz. Otros como Luxemburgo y Bélgica, tienen una larga tradición contraria a su aplicación.

En América Latina muchos países abolieron la pena de muerte en el siglo XIX, o a principios del XX. Ecuador lo hizo para delitos políticos en 1852, y para todo tipo de delitos en 1897. Uruguay a fines del siglo XIX; Colombia en 1910. Desde mucho tiempo atrás lo había hecho Venezuela (1863), y en donde existe la pena de muerte todavía rara vez se ejecuta. En Argentina se abolió en 1921. Brasil, en 1882. Perú lo hizo en 1979 para los casos de delitos comunes, quedando vigente solo para los responsables de traición durante una guerra exterior. Sin embargo, recientemente en el mes de julio de este año, el gobierno peruano aprobó un proyecto de ley para restituir la pena de muerte, al culminar tres semanas en que fueron muertos cinco policías y cuatro civiles en actos de violencia; esto movió a adoptar medidas de excepción, señalándose que la pena capital será aplicable a los autores de asesinato de policías o civiles en casos de terrorismo y de homicidio calificado. Las opiniones se encuentran divididas. En México solo existe para delitos políticos. En el resto de la América Central la retiene El Salvador y en Guatemala constitucionalmente se da con carácter extraordinario, pero el artículo 131 del Código Penal de 1973 vigente, la dispone para el asesinato agravado o premeditado. En República Dominicana se encuentra abolida. Existe en el Caribe en los países de habla inglesa. En Canadá se mantiene abolida para los delitos comunes. En los Estados Unidos de Norteamérica, por su sistema federal, en unos Estados que son los menos, la han excluido, pero se mantiene en otros. En el Oriente Medio ninguno de los países ha abolido la pena de muerte.

En América Latina recientemente se ha dado una tendencia a reintroducir la pena de muerte en épocas de agitación política, en especial tras un golpe militar, como ocurrió en Argentina, Bolivia, Chile y Brasil en los años sesenta y comienzos de los setenta. Mas al disminuir la agitación inicial, no es raro que la pena de muerte sea abolida para los delitos de tipo político y que las sentencias de muerte se ejecuten con menor frecuencia.

No obstante los principios contenidos en las diferentes Declaraciones sobre Derechos Humanos, así como en las resoluciones tomadas por altos organismos de carácter internacional, en las que se pone de manifiesto su objetivo principal, cual es el de buscarse la reducción progresiva del número de delitos a los que se pueda imponer la pena capital, habida cuenta de la conveniencia de abolir esa pena en todos los países, esta pena sigue estando muy difundida. Hoy en día, aproximadamente ciento quince países miembros de las Naciones Unidas retienen la pena de muerte en su legislación para delitos comunes, aunque en la práctica un número de ellos no la utiliza. En el curso de los últimos años más de sesenta países han llevado a cabo ejecuciones, además de que varios otros reimplantaron esa pena o extendieron la lista de delitos castigados con esa medida.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En 1979 tres países abolieron completamente la pena de muerte, uno lo hizo para los delitos en tiempos de paz y un país elaboró un proyecto de Constitución, programada para entrar en vigencia en julio de 1980, en que la pena de muerte queda abolida para los delitos cometidos en tiempo de paz. Los intentos por reintroducir la pena de muerte fueron rechazados en varias jurisdicciones en 1979, y principios de 1980.

Varios países han reducido el número de delitos que se castigan con la pena de muerte. Otros han establecido comisiones oficiales para considerar su abolición o restricción.

En abril de 1980 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó una resolución y una recomendación en favor de la abolición de la pena de muerte en todos los veintiún Estados miembros de ese Consejo.

Finalmente, el pasado 18 de setiembre (de 1982), la Asamblea Nacional Francesa decidió abolir la pena de muerte, eliminándose de esta manera el uso de la guillotina a casi doscientos años de su invención.

Veamos ahora cuál ha sido, consecuentemente, la posición de diferentes organismos internacionales frente a la pena de muerte.

IV.—LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES: SU POSICIÓN FRENTE A LA PENA DE MUERTE

A pesar de que son varios los organismos de carácter internacional, sean de índole mundial, continental o regional los que han mostrado a través de declaraciones conjuntas su repudio a la pena de muerte, procurando unos su restricción y otros su total abolición, para garantizar plenamente el derecho a la vida, consagrado en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, dos son los organismos, que más se han destacado en ese sentido en los últimos tiempos y aún en la época actual: Las Naciones Unidas y Amnistía Internacional.

A.—LAS NACIONES UNIDAS.

Esta es una organización internacional constituida en 1945 —para suceder a la Sociedad de las Naciones creada por el Tratado de Versalles en 1919— por los Estados que han aceptado cumplir con las obligaciones previstas por la Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945, con el objeto de salvaguardar la paz y la seguridad internacional, así como para instituir entre las naciones una cooperación económica, social y cultural. Su órgano ejecutivo en el plan político es el Consejo de Seguridad.

Dentro de este aspecto de cooperación para buscar solución a una serie de problemas o situaciones que atañen a todos sus miembros, la Organización ha creado a su vez una serie de órganos especializados.

Uno de los aspectos al que se le ha dado especial atención por parte de las Naciones Unidas, prácticamente desde su inicio, ha sido el respeto a la vida, abogando en este sentido por la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Los instrumentos en que se encuentran incorporadas las normas de las Naciones Unidas, sobre derechos humanos relacionadas más directamente con la prevención del delito y el tratamiento del delincuente son, principalmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado en 1966 y que entró en vigor en 1976); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (aprobada en 1965 y que entró en vigor en 1969); las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (aprobadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955 y por el Consejo Económico y Social en 1957); y la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de la Asamblea General de 9 de diciembre de 1975.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en sus artículos 3, 5 y 9, proclama en términos generales el derecho de todo individuo a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, la prohibición de las torturas y de tratos crueles, inhumanos o degradantes, y el derecho de toda persona a no ser arbitrariamente detenida ni presa.

Para garantizar el derecho a la vida de toda persona, consagrado en el artículo 3 de esa Declaración, el 20 de diciembre de 1971, la Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución 2857 (XXVI), declaró que "el objetivo principal

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que debe buscarse es reducir progresivamente el número de delitos a los que se pueda imponer la pena capital, habida cuenta de la conveniencia de abolir esa pena en todos los países".

Por la Resolución 32/61 del 8 de diciembre de 1977, la Asamblea confirmó esta posición y pidió al Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente que "debata los diversos aspectos del uso de la pena capital y su posible restricción". En este Congreso celebrado en Caracas, Venezuela, del 25 de agosto al 5 de setiembre de 1980, se mantuvieron los mismos principios. Sin embargo, a pesar de que concretamente se presentó un proyecto relativo a la pena de muerte que tendía a instar su abolición o al menos su práctica restringida y sujeta a una serie de controles, el mismo no se llegó a votar, sino que se dejó para que fuera revisado por los órganos legislativos de las Naciones Unidas.

En ese Congreso tuvo destacada participación Amnistía Internacional.

B.—AMNISTÍA INTERNACIONAL.

Esta organización es un movimiento mundial independiente de todo gobierno, partido político, ideología, interés económico o credo religioso, y juega así un papel muy particular dentro de la diversidad de entidades que trabajan en pro de los derechos humanos. Actúa voluntaria e imparcialmente en pro de la liberación de los presos de conciencia en todo el mundo y se opone total e incondicionalmente a la pena de muerte. En su opinión, esta pena es el castigo extremo, el más cruel, inhumano y degradante, y viola el derecho a la vida.

En diciembre de 1977 convocó a una conferencia internacional sobre la pena de muerte en Estocolmo, Suecia. A ella asistieron especialistas de todo tipo tales como juristas, funcionarios gubernamentales, expertos en ciencias políticas, psicólogos, teólogos, cantidad de periodistas, etc. y se trataron temas todos relativos a la pena de muerte. En su conclusión adoptó la Declaración de Estocolmo que ha sido tomada desde entonces como una declaración de principios sobre la pena de muerte.

En setiembre de 1979, Amnistía Internacional publicó un informe de 240 páginas: LA PENA DE MUERTE, centrado en el período que va de 1973 a 1976, teniendo en cuenta las tendencias más importantes hasta mediados de 1979. Amnistía pide clemencia en todos los casos de sentencias de muerte que llegan a su conocimiento. Sus miembros están participando en la actualidad en un programa a escala mundial en favor de la abolición de la pena de muerte, y han estado proponiendo a nivel mundial una petición a las Naciones Unidas en el mismo sentido.

De manera que todas las intervenciones de Amnistía Internacional en las diferentes reuniones o congresos y de cualquier categoría que sean, en las que se trate este tema, son para la total abolición de la pena de muerte en todos los países.

V.—CONCLUSIÓN

Después de haber analizado, —si bien someramente—, el desarrollo que ha tenido la institución de la pena de muerte desde tiempos antiguos hasta la actualidad, lo mismo que las proyecciones que puede tener para un futuro, no solo en nuestro país, sino en otros del resto del mundo y las razones que se han dado y se dan, tanto en pro como en contra de tal medida; y los resultados que de ella se han tenido, no nos resta más que abogar por una total abolición de dicha pena. Para ello se conocen ya los motivos, más que justificados, de los partidarios de esta posición, los que dan base para considerarla como ineficaz, inútil, sin efecto disuasorio, irreversible, etc. que atenta contra el derecho a la vida consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Es más importante ahora tomar en cuenta la debida prevención del delito y el estudio de la personalidad del delincuente para que, con un adecuado tratamiento, se le reincorpore a la sociedad.

Existe una gran tendencia actual en favor de la abolición de la pena de muerte, sin embargo, por otro lado se dan opiniones en sentido contrario, habida cuenta de los sucesos violentos que a diario acontecen en el mundo, tomados como medios para lograr objetivos políticos, económicos y sociales.

Creemos en todo caso, que tales circunstancias no influirán en Costa Rica ya que nuestra forma de ser, nuestra idiosincrasia y el arraigado espíritu democrático que nos envuelve, serán obstáculo infranqueable para modificar tan inapre-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ciable conquista. Es preciso hacer conciencia para que otros países sigan nuestro ejemplo y en este sentido serán positivos los resultados del presente Congreso.

VI.—FUENTES BIBLIOGRÁFICAS Y DE INFORMACIÓN

LIBROS

BECCARIA, César. *De los delitos y de las penas.* Introducción, notas y traducción de Francisco Tomás y Valiente. Ediciones Aguilar, S.A., Madrid, España. 1979.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna penología.* Bosch, Casa Editorial. Barcelona, España. 1974.

CAMUS, Albert y KOESTLER, Arthur. *La pena de muerte.* Traducción de Manuel Peyrou. Emecé Editores, S.A., Buenos Aires, Argentina. 1972.

REVISTAS

MALO CAMACHO, Gustavo. *Hacia la abolición de la pena de muerte en México.* Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social. México, D.F. Núm. 15, oct., nov. y dic. de 1974.

PINATEL, Manoel Pedro. *Ensayo sobre la pena de muerte.* Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social. México, D.F. Núm. 10, jul., ago. y set. de 1973.

GRONDONA, Mariano. *El supremo castigo.* VISIÓN, volumen 58, núm. 6. 22 de marzo de 1982, pág. 6.

TESIS

JARA ESQUIVEL, Miguel Ángel. *La pena de muerte.* Tesis de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. San José, C.R. 1967.

INFORMES

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *La pena de muerte.* Informe de Amnistía Internacional. Producciones Editoriales. Barcelona, España, 1979.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *La pena de muerte.* Presentado por Amnistía Internacional al Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Caracas, Venezuela, 25 de agosto - 5 de setiembre de 1980.

FOLLETOS

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Trigésimo período de sesiones. Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en relación con la detención y el encarcelamiento. 23 de julio de 1975. Español.

NACIONES UNIDAS. Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Caracas, Venezuela, 25 de agosto a 5 de setiembre de 1980. Informe preparado por la Secretaría. Naciones Unidas, Nueva York, 1981. Publicación de las Naciones Unidas.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. Naciones Unidas. Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia. Cuarto período de sesiones, 21 de junio a 2 de julio de 1976. Tema 5 del programa provisional: "Los Derechos Humanos en la Administración de Justicia". 22 de abril de 1976. Distribución General. Español.

DISCURSOS

LA ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE. Discurso del Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Lic. Antonio Arroyo Alfaro, pronunciado con ocasión de celebrarse el centenario de la abolición de la pena de muerte por decreto, el 18 de octubre de 1977.

ARTÍCULOS EN PERIÓDICOS NACIONALES.

Fuente desconocida. "La pena de muerte ante la religión y la ciencia". Ricardo Jinesta.

La Nación, 8 de enero, 1952. "Por razones cristianas ha sido proscrita la pena de muerte entre nosotros".

La Nación, 1952. "La pena de muerte es una confesión de derrotismo social". Héctor Beeche.

La Nación, 11 de enero, 1952. Pág. 3. "La pena capital no ha disminuido la criminalidad donde se conserva". Manuel Guerra T.

La Nación, 1 de abril, 1968. "La pena de muerte". Transcripción de un artículo de Felipe Gallegos, publicado en "La República" de 11 de junio, 1895.

Diario de Costa Rica, 30 de junio, 1972. "Abolida pena de muerte en EE.UU.", (cable internacional de Wáshington). (EFE).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La República, 1 de junio, 1975. Pág. 2. "Una sentencia de muerte en 1802". Guillermo Loría.

La Nación, 30 de setiembre, 1975. "Hacia la total abolición de la pena de muerte". Renato M. Viglione.

La Nación, 16 de agosto de 1977. Pág. 15 A. "El centenario de la abolición de la pena de muerte". Luis Demetrio Tinoco.

La Nación, 27 de setiembre, 1979. "Amnistía Internacional lanza campaña contra la pena de muerte", (cable internacional de Nueva York). (UPI).

La Nación, 27 de agosto, 1981. "Gabinete francés aprobó eliminar pena de muerte", (cable internacional de París). (UPI).

La Nación, 19 de setiembre, 1981. "Francia abolió pena de muerte", (cable internacional de París). (AP).

Contrapunto, 16 de noviembre, 1981. Pág. 8. "Pena de muerte en Costa Rica". Artículo del Lic. Néstor Mourelo, entrevistado por el periodista Luis Sáenz.

La República, 22 de diciembre, 1981. "La pena de muerte". Thais Mª Córdoba R.

La Nación, 19 de agosto, 1982. "Monsieur Chevalier, cesante". Alfredo Cardona Peña.

La Nación, 13 de febrero, 1982. Pág. 16 A. "La pena de muerte en Costa Rica". Lic. Atilio Vincenzi Peñaranda.

La Nación, 27 de abril, 1982. "La abolición de la pena de muerte". (Editorial).

La Nación, 27 de abril, 1982. "Celebrado centenario de la abolición de la pena capital", (artículo informativo).

La Nación, 28 de abril, 1982. Comentario en "La Columna" del Lic. Enrique Benavides sobre la pena de muerte, al celebrarse el centenario de su abolición.

La Nación, 18 de julio, 1982. "Gobierno peruano aprobó proyecto de pena de muerte", (cable internacional de Lima). (AP).

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Vol. 48, Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, págs. 25-35 (enero a marzo de 1987)

EL DERECHO DE FAMILIA Y LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL IN VIVO E IN VITRO*

PEDRO F. SILVA-RUIZ**

I. Introducción.

1. El ordenamiento que aparece regulado en los tradicionales códigos civiles, entre ellos el de Puerto Rico,[1] se conmueve hasta sus cimientos mismos con los avances científicos que irrumpen en el derecho, particularmente el de la familia.[2] Los avances científicos —en la biología, la genética y la embriología, particularmente, la inseminación artificial— plantean innumerables cuestiones, éticas y jurídicas, al Derecho de Familia.

2. Una consideración inicial, especialmente significativa en los países de alta densidad poblacional, particularmente de menores de edad, es imprescindible antes de continuar. La adopción de menores de edad,[3] en muchas de nuestras legislaciones con efectos no plenarios,[4] no es razón suficiente para soslayar el tema del Derecho de Familia y la inseminación artificial argumentando que las parejas infértiles adopten niños desamparados. Este Congreso Nacional de Derecho Civil ha sido convocado con el propósito fundamental de elaborar el "anteproyecto de Código Civil del siglo XXI", por lo cual, para cumplir bien con su encomienda, ha de estudiar, a mi juicio, las variadas, interesantes y trascendentales cuestiones que la inseminación artificial presenta al Derecho de Familia.[5] En última instancia, parejas infértiles pudieran no optar por la adopción, prefirien-

---

* Trabajo preparado para el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, convocado por el Colegio de Profesores de Derecho Civil, A.C., de la Facultad de Derecho, UNAM, celebrado en Ciudad de México en noviembre de 1986.

** Catedrático de Derecho, Universidad de Puerto Rico. (C) PFSR, 1986.

1. El Código Civil Español, que estaba vigente en Puerto Rico cuando ocurrió el cambio de soberanía —española a norteamericana— fue aprobado por Real Decreto del 24 de julio de 1889. Se hizo extensivo a Puerto Rico, Cuba y Filipinas por Real Decreto del 31 de julio de 1889. Comenzó a regir en Puerto Rico el 1 de enero de 1890.
   El cambio de soberanía ocurre en 1898. Al establecerse un período de gobierno militar norteamericano, la Orden General núm. 1, suscrita por el Mayor General Brooke, al tomar posesión formal el 18 de octubre de 1898, deja vigente el Código Civil.
   La edición del Código Civil hoy día vigente es la aprobada en 1930, según enmendada.

2. Sobre el vigente derecho de familia en Puerto Rico, incluyendo una definición funcional u operacional de la familia, véase mi trabajo *El Derecho de Familia en Puerto Rico y la revisión del Código Civil*, 52 Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico 331-342 (1983).

3. Pedro F. Silva-Ruiz, *Adopción de Menores: Reunión de Expertos*, 18 Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico 275 (enero-abril 1984).

4. Pedro F. Silva-Ruiz, *La adopción*, Documento núm. 7, Reunión de Expertos sobre Adopción de Menores (Ecuador, marzo, 1983), publicado por el Instituto Interamericano del Niño (OEA), Uruguay, 1983, 17 páginas.

5. Véase, en general, dos trabajos míos sobre el tema: *(1) La familia y los avances científicos: la inseminación artificial y la fecundación extrauterina*, 19 Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico 533 (mayo-agosto, 1985), ponencia leída en la Conferencia Judicial de Puerto Rico, celebrada en diciembre de 1984; *(2) Artificial Reproduction Techniques, Fertility Regulation: The Challenge of Contemporary Family Law;* 34 The American Journal of Comparative Law 125 (1986, Suppl.), informe leído en el XII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Australia, en agosto de 1986. Hago acopio de lo expuesto en ambos, y hasta cito de ellos libremente. Pero, en este ensayo incorporo el fruto de investigación reciente y de nuevos materiales no utilizados ni citados en los anteriores trabajos.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

do la inseminación artificial, para lo cual el derecho del porvenir debe estar preparado.

3. El 10 de diciembre de 1948, en París, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobaba y proclamaba la "Declaración Universal de Derechos Humanos". El artículo 16 reza:

> 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho. . . *a casarse y fundar una familia*. . .
> 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse *el matrimonio*.
> 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. (Subrayado nuestro).

El matrimonio es, pues, fundamento de la familia legítima.[6]

4. Disposiciones normativas recogen fundamentales presunciones —la presunción de concepción durante el matrimonio de la madre y la de paternidad del marido de ésta— que consolida la estructura orgánica y las relaciones emergentes de la filiación matrimonial.

El artículo 113 del Código Civil de Puerto Rico[7] ordena:

> Son hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución.
> Contra esta legitimidad no se admitirá otra prueba que la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.

La presunción acoge la recordada máxima romana conocida a través de los textos de Paulo: *Pater is est quem iustae nuptiae demonstrant.* Esto es, que el hijo, por haber sido concebido durante el matrimonio, se reputa engendrado por el marido de la madre. El Tribunal Supremo de Puerto Rico, en un caso resuelto en 1982, decidió que la presunción *juris tantum* que establece el artículo 113 del Código Civil puede ser destruida mediante prueba en contrario. En voto particular, uno de los jueces asociados del Tribunal Supremo sostuvo que "el concepto de imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer, comprende e incluye la falta de fecundación, hoy científicamente demostrable, toda vez que no es el acceso carnal, y sí la fecundación, el germen determinante de la paternidad en última consecuencia. . .".[8]

5. La regla *mater semper certa est* tampoco está ajena a interrogantes hoy día, pues hay debate sobre su alcance, a propósito de la fertilización *in vitro* y a la posibilidad de la madre sustituta o subrogada por préstamo o alquiler de útero.[9]

En Holanda, por ejemplo, en la reciente legislación sobre la nacionalidad, vigente desde el 1 de enero de 1985, el artículo 1 explícitamente dispuso: "Madre es la mujer que ha dado a luz (que ha parido) al niño". Propuestas encaminadas a diferenciar entre "madre genética", "madre fisiológica" y "madre legal" no fueron bien recibidas, prefiriéndose la norma precedentemente aludida.[10]

II. La inseminación artificial: Definición.

6. Zanoni describe esta técnica o método con las palabras siguientes:

> Salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer. En muchos casos, la pareja es infecunda debido a causas que atañen exclusivamente a la mujer, sin ser ésta estéril. . . No superándose estos trastornos

---

6. Sobre el concubinato en Puerto Rico, véase mi trabajo *Régimen patrimonial del matrimonio en el derecho puertorriqueño,* en Revista de Derecho Privado (España), las páginas 832-835 (septiembre de 1983).

7. 31 LPRA 461. En México, los artículos 324 y 325 del Código Civil para el Distrito Federal y, en España, el artículo 116 del Código Civil, con parecida redacción, establecen una presunción, mientras que en el de Puerto Rico se afirma categóricamente quiénes son hijos legítimos o habidos en matrimonio.
Es de rigor advertir que, en Puerto Rico, desde la trascendental decisión del Tribunal Supremo en *Ocasio v. Díaz*, 88 DPR 676 (1963), no es posible hablar de hijos "legítimos" e "ilegítimos". "DPR" significa "Decisiones de Puerto Rico", colección de los casos resueltos por el Tribunal Supremo de Puerto Rico.

8. *Moreno Alamo v. Moreno Jiménez*, 112 DPR 376, 388 (1983).

9. L. Waller, Informe General preliminar, Tema 6: "Relaciones Familiares y la Medicina Moderna", XII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, Monash University, Melbourne, Australia, 25 de agosto de 1986, página 6.

10. C.C.M. Enkelaar y M. Rood-de Boer, *Family Relations and Modern Medicine*, Informe holandés al XII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, páginas 2 y 12.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mediante tratamiento terapéutico puede recurrirse a la inseminación artificial con semen del marido.

Pero puede ocurrir que frente a la *esterilidad del marido*. . . la pareja decidiese recurrir a la inseminación artificial utilizando el esperma fértil de un tercero. En ese caso la inseminación no es sólo una técnica o método para permitir la fecundación genéticamente conyugal, sino que, además *aporta un componente genético ausente en la pareja para fecundar*. En otras palabras, en el primer caso planteado (inseminación homóloga, con semen del marido) los componentes genéticos —óvulo y espermatozoide fértil— existen en el marido y la mujer: la inseminación artificial sólo. . . facilita su encuentro apto para lograr la fecundación. En el segundo caso uno de los componentes genéticos de la fecundación —esperma fértil— está ausente, falta. La inseminación lo aporta, lo introduce "desde fuera" (inseminación heteróloga).

Ahora bien, tanto la inseminación artificial homóloga como la heteróloga participan de un carácter común: la fecundación se obtiene sin cópula o coito. El semen es inoculado mediante jeringas o catéteres y depositado en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo femenino. . .[11]

III. La inseminación artificial homóloga (con semen del marido) (IAH) dentro del matrimonio.

7. Su cuestionamiento ético reside en "el medio por el cual se logra la inseminación que exige la obtención del semen del marido por medios antinaturales como la masturbación, por ejemplo. Pero si el semen se obtiene de la vagina tras un coito normal entre marido y mujer sería aceptable el procedimiento que complemente el acto conyugal para lograr la fecundación".[12]

8. Consideraciones jurídicas en torno al *status* de filiación-paternidad[13] del hijo nos llevan a considerar lo dispuesto por los artículos 113, 114 y 115 del Código Civil de Puerto Rico.[14]

En este supuesto coinciden el fundamento biológico y el institucional de la procreación, ya que "el derecho de filiación matrimonial asienta en dos pilares fundamentales. Uno, de naturaleza biológica: el hijo es legítimo porque fue concebido por marido y mujer. El otro, de naturaleza institucional: el hijo es legítimo porque fue concebido durante el matrimonio. El primer fundamento implica una exigencia genética, el segundo una exigencia institucional".[15]

9. De trascendental importancia es el supuesto de la concepción de un hijo, mediando inseminación homóloga (IAH), que sea practicada después del fallecimiento del marido. Puede ocurrir que la esperma se conserve congelada y el marido consintiera antes de su muerte, claro está, a la inseminación de su esposa. Conocido es el caso Parpalaix,[16] en Francia, en el cual un tribunal resolvió que una viuda podía ser inseminada con el componente genético de su marido muerto, sin pronunciarse sobre las consecuencias legales de una inseminación exitosa.

A mi juicio, la inseminación *post mortem* con semen del marido no debe ser admitida por el ordenamiento, ya que "(o)ntológicamente el hijo ha sido

---

11. Eduardo A. Zanoni, *Inseminación artificial y fecundación extrauterinas (Proyecciones jurídicas)*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1978, páginas 43-44.

Jeffrey M. Shaman, *Legal Issues of Artificial Insemination*, 18 Journal of Family Law 331-333 (1979-80) dice: "AIH (Artificial Insemination Husband), is artificial insemination using the semen of the husband of the woman who is being inseminated. For AID (Artificial Insemination Donor), the semen of an unrelated donor is used. For AIC (Artificial Insemination Confused) which means confused or combined artificial insemination, the semen of a donor and the husband are mixed together. . .

"AI (Artificial Insemination) is relatively simple medical procedure that consists of inserting a syringe into the vagina and squirting semen toward the uterine opening. It is so simple, in fact, that women have performed it upon themselves and it has even been suggested that home insemination kits will soon become available as over-the-counter products".

12. Zanoni, obra citada, página 47. La óptica del autor es la de la ética católica, conforme él mismo reconoce.

13. Filiación-paternidad o paternidad-filiación ya que ". . .La Constitución (del Estado Libre Asociado de Puerto Rico) de 25 de julio de 1952 y la 'Ley para establecer la igualdad de derechos de los hijos' que es la núm. 17 de 20 de agosto de 1952 (31 LPRA 441) abolieron toda diferencia conceptual entre filiación y paternidad. *Ocasio v. Díaz*, 88 DPR 676 (1963). . .", *Poll Sella v. Lugo Christian*, 107 DPR 540, 547 (1978).

14. 31 LPRA 461-463 (filiación "legítima" —propia o impropia— o matrimonial).

El artículo 113 del Código Civil, 31 LPRA 461, fue transcrito previamente en el texto. Véase la página 27.

Artículo 114 del Código Civil, 31 LPRA 462: "Igualmente es legítimo el hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, si el marido no impugnare su legitimidad".

Artículo 115 del Código Civil, 31 LPRA 463: "Podrá impugnarse la legitimidad del hijo nacido después de los 300 días siguientes de la disolución del matrimonio; pero el hijo y su madre tendrán también derecho para justificar en este caso la paternidad del marido".

15. Zanoni, obra citada, página 39.

16. Parpalaix v. C.E.C.O.S., 1984, Gaz. Pal. 1-11.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

concebido cuando el dador del semen ya había dejado de existir, de *ser.* Podría afirmarse, entonces que ese semen no es atribuible a persona alguna al momento en que la inseminación se realiza y la fecundación se logra. Desde esta perspectiva el hijo podría, a lo sumo, decir que fue engendrado *con* semen conservado de su padre, pero no *por* su padre. Y ello conduciría a concluir que ese hijo no tiene padre".[17]

El Derecho Comparado nos enseña que la Comisión de Reforma Jurídica de Nueva Gales del Sur, Australia, en el anteproyecto de ley que acompaña a su informe *Artificial Conception: Human Artificial Conception,* emitido en 1986, ha recomendado que la inseminación *post mortem* sea admitida. El propuesto artículo reza: El marido fallecido se presume, para todos los fines, haber embarazado (a su esposa) y ser el padre del hijo cuando: (i) el marido muere; (ii) su viuda, una vez fallecido él, se insemina de conformidad con el consentimiento que él había prestado; (iii) el semen utilizado para la inseminación era semen almacenado del difunto esposo; (iv) que la viuda quedó embarazada como resultado de la inseminación y que el hijo que nazca es el resultado de ese embarazo con semen del marido muerto y (v) la viuda no haya contraído (nuevo) matrimonio antes del nacimiento del hijo.[18]

En Puerto Rico, de ocurrir el nacimiento de un niño, en la hipótesis bajo estudio, el artículo 115 del Código Civil, transcrito anteriormente, podría ofrecer una solución a la cuestión de la "legitimidad" del hijo.

Algunas otras interrogantes que presenta la inseminación *post mortem,* son las siguientes: ¿por cuánto tiempo debe conservarse el semen, congelado y almacenado, del difunto esposo?; si no se utiliza dicho componente genético ¿qué hacer con él?, esto es ¿quién y cuándo ordenaría su destrucción?; ¿debe revestirse la prestación del consentimiento de los cónyuges de alguna formalidad? ¿de carácter notarial dicha formalidad?

IV. La inseminación artificial heteróloga (con semen de donante (IAD) dentro del matrimonio.

10. Los cónyuges, ante la esterilidad del marido, pueden recurrir a utilizar el semen de un "tercero" o donante para la inseminación. El cuestionamiento ético radica en que "el hombre no puede éticamente disponer, ceder o transferir sus componentes genéticos. Moralmente ello significa afirmar que es contrario a la naturaleza ofrecer el semen fecundante a quien no es la esposa (y, por supuesto. . . a través de la cópula perfecta), y, consecuentemente es contrario a la naturaleza recibirlo teniendo en cuenta que el hijo es participación personal de los esposos en su procreación".[19]

11. Es de rigor distinguir dos situaciones: (a) la inseminación que es realizada con el consentimiento del marido y (b) aquella otra que se efectúa sin dicho consentimiento o contra la voluntad de aquél.

12. En la primera alternativa —inseminación de mujer casada con el componente genético de un tercero o "donante", consintiendo el marido— como la concepción ocurre durante el matrimonio, serán de aplicación los artículos 113, 114 ó 115 del Código Civil de Puerto Rico, según el caso sea.[20]

Pero, ¿qué si "el marido de la mujer que dio a luz el hijo, no obstante haber asentido a la inseminación de aquélla con esperma fértil de un tercero, pretende luego probar judicialmente que el hijo no es genética o biológicamente suyo? Imaginemos, pues, que recurriendo a. . . prueba hematológica de incompatibilidad de los grupos sanguíneos. . . y, además, a la acreditación fehaciente de la inseminación heteróloga misma. . ."[21] impugna la legitimidad del hijo, bajo el supuesto que regula el artículo 114 del Código Civil, 31 LPRA 462. A mi juicio, el marido no debería resultar triunfante, pues la doctrina de los actos propios se lo impediría.

La posibilidad de que se plantee la situación descrita en el párrafo inmediatamente precedente, invita a pensar en legislación que regule aspectos diversos de la inseminación artificial, tales como los deberes, derechos y obligaciones, si algunos, del donante, los cónyuges, y el hijo que pueda procrearse. A tales efectos, el artículo 72 del Código de la Familia de Costa Rica, vigente desde el 7 de agosto de 1975, dispone: "La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el

---

17. Zanoni, obra citada, página 75, nota número 45 al pie de la página.

18. New South Wales Law Reform Commission (Australia), *Report: Artificial Conception — Human Artificial Insemination* (LRC 49). 1986, página 121 (traducción nuestra).

19. Zanoni, obra citada, página 52, aludiendo a la ética católica.

20. 31 LPRA 461-463. Véase la nota número 14.

21. Zanoni, obra citada, página 57.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales cualidades".

13. En la segunda posibilidad —esto es, inseminación artificial heteróloga dentro del matrimonio, pero sin el consentimiento del marido o contra su voluntad—, es posible analizar varias situaciones.

(a) En primer término, y en cuanto a la acción de impugnación de la "legitimidad" del hijo, que es hijo habido en matrimonio, podrían invocarse los artículos 113 ó 114 del Código Civil, según otras circunstancias del caso.[22] La acción de impugnación de la paternidad-filiación también podría ser incoada por los herederos del marido, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Código Civil de Puerto Rico.[23]

(b) En el orden penal, ¿podría procesarse, y ser declarada culpable de adulterio, la mujer casada que ha sido inseminada, con semen de donante, sin o contra el consentimiento de su marido?
El Código Penal de Puerto Rico tipifica el delito mencionado en los términos siguientes: "Toda persona casada que tuviere comercio carnal con persona que no fuese su cónyuge, incurrirá en adulterio. . .".[24] La frase "comercio carnal con persona" conlleva relaciones sexuales, que no existen en la situación que examinamos. Por consiguiente, no prosperará una convicción por el delito aludido.
En Canadá, el Tribunal Supremo de Ontario, resolvió que tanto la inseminación artificial heteróloga (con semen de donante, IAD) así como la donación del componente genético constituyen adulterio, señalando que "la esencia del delito de adulterio consiste no en la vileza o infamia moral del acto o comercio carnal, sino en la entrega voluntaria a otra persona de los órganos o las facultades reproductoras".[25] En Illinois, Estados Unidos, también se ha resuelto que la IAD constituye adulterio.[26] En California, también Estados Unidos, se ha decidido que no hay adulterio en la ausencia de comercio carnal.[27]

(c) Volviendo al orden civil, la IAD, sin el consentimiento del marido, podría, a mi juicio, dar lugar a que éste promueva, con éxito, una acción de divorcio vincular por la causal de "trato cruel o las injurias graves", pero no por la de "adulterio".[28]
El "trato cruel o las injurias graves" comprende dos supuestos. La valoración de los actos se hará considerando la intensidad de los mismos y las personas de que se trate, exigiéndose que la conducta haya perturbado gravemente el matrimonio, haciendo imposible la convivencia de los esposos.
Entretanto, el adulterio "ha de entenderse en sentido estricto, o sea, la cópula carnal con persona distinta del cónyuge. Corresponde a la acción tipificada. . . (en el) Código Penal. . . No estarán, pues, comprendidos en esta causa los contactos sexuales sin cópula, ni las intimidades más o menos desho-

---

22. 31 LPRA 461, segundo párrafo y 462, transcritos anteriormente; *Moreno Alamo v. Moreno Jiménez*, citado.
En Estados Unidos, véase la tendencia de la jurisprudencia, en favor de la "legitimidad" del hijo, en J.M. Shaman, citado, páginas 334-336.

23. Artículo 116 del Código Civil de Puerto Rico, 31 LPRA 464:
La legitimidad puede ser impugnada solamente por el marido o sus legítimos herederos. Estos sólo podrán impugnar la legitimidad del hijo en los casos siguientes:
(1) Si el marido hubiese fallecido antes de transcurrir el plazo señalado para deducir su acción en juicio.
(2) Si muriese después de presentada la demanda sin haber desistido de ella.
(3) Si el hijo nació después de la muerte del marido.
A la luz de lo resuelto en *Robles López v. Guévarez Santos*, 109 DPR 563 (1980), la acción para impugnar la legitimidad también aprovecha al propio hijo de "filiación enmarañada". Esta decisión revocó jurisprudencia que tenía resuelto que el hijo no podía impugnar su propia filiación.

24. 33 LPRA 4147. Véase *Pueblo v. Birrier*, 18 DPR 265, 270 (1912); *Pueblo v. Rivera*, 26 DPR 275, 276 (1918) y *Pueblo v. Cuevas*, 27 DPR 897, 899 (1919).

25. *Orford v. Orford*, 58 DLR 251 (1921).

26. *Doornbos v. Doornbos*, citado en J.M. Shaman, trabajo citado, páginas 333-334.

27. *People v. Sorensen*, 68 Cal. (2d.) 280 (1968).

28. Artículo 96 del Código Civil de Puerto Rico, 31 LPRA 321.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nestas de uno de los cónyuges con *tercera persona. . .*".[29]

V. La confidencialidad del expediente médico.

14. La confidencialidad del expediente médico en la inseminación artificial, particularmente heteróloga o con semen del donante (IAD), es de significativa importancia.

El hijo concebido y nacido mediante IAD podría tener interés en conocer a su padre biológico por razones médicas. El padre biológico pudiera querer, por diversas razones, mantenerse en el anonimato.

En Chattman v. Bennet,[30] un niño adoptivo pidió acceso al expediente de adopción con el propósito de obtener información médica acerca de sus padres biológicos. El tribunal ordenó se proveyese la información solicitada, pero sin revelar la identidad de los padres biológicos.[31]

Hasta podría ocurrir que la información sobre el donante en el expediente médico fuera incompleta y al hijo nacido por IAD le urja conocer la identidad de su padre biológico para obtener directamente de él información médica indispensable. En esta situación, es mi opinión que debe revelarse al hijo dicha identidad.[32]

En Suecia, legislación recientemente aprobada, otorga al hijo concebido por IAD, que haya alcanzado suficiente madurez, el derecho de acceso a información sobre la identidad de su padre biológico. El hijo puede solicitar directamente al hospital tal información. Sin embargo, a sus padres (legales) no se les reconoce igual derecho. Caso a caso tendrá que juzgarse si el solicitante es lo suficientemente maduro para pedir la información precedentemente indicada.[33]

15. Se necesita, con urgencia, que, mediante legislación, se regule este aspecto de la inseminación artificial, esto es, la información que debe reflejar el expediente médico y el alcance de la confidencialidad de éste.

En Victoria, Australia, legislación vigente desde 1984 requiere que de todo embarazo que resulte de IAD se constituya un expediente médico, el cual se archivará en un registro central en el Ministerio de Salud.[34]

VI. La mujer soltera y la inseminación artificial.

16. Zanoni descarta la inseminación artificial de una mujer soltera: "La inseminación de una mujer soltera nos parece un caso patológico. Ni hablar del supuesto en que se seleccionaran 'mujeres ideales' (por sus caracteres biológicos o raciales) para recibir el semen de 'hombres ideales', como se dice ocurrió en las experiencias eugenésicas del nazismo. (Y advierte que) la procreación no es una pura *función biológica* que pueda ser objeto de consideración independiente de la *función institucional* que aquella cumple socialmente. . .".[35]

En los Estados Unidos, a la luz de fallos del Tribunal Supremo Federal que resuelven que la decisión individual de procrear es un derecho fundamental comprendido en el derecho a la intimidad, se ha escrito que es de dudosa constitucionalidad legislación que prohíba la IAD de mujeres solteras.[36]

VII. La fertilización in vitro; la investigación con embriones.

17. Fertilización *in vitro* es un término genérico que denomina varios métodos médicos que se utilizan para remediar algunos tipos de infertilidad.

El método más frecuentemente utilizado consiste en la remoción del óvulo materno, su fertilización *in vitro* con semen del marido y su implante en el vientre de la misma mujer de donde aquél proce-

---

29. Carlos Mascareñas, La disolución del matrimonio en el derecho puertorriqueño, 29 Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico 272-73 y 276-279 (1960).

30. 57 App. Div. 618, 393 N.Y.S. 2d. 768 (1977).

31. El expediente judicial de adopción es confidencial. En Puerto Rico, véase 32 LPRA 2696. No obstante, es conveniente señalar que la tendencia en los últimos años es la de permitir que los hijos adoptivos conozcan la identidad de sus padres biológicos. Véase, Michigan Compiled Laws Ann. sec. 710.68; Código Civil de California, sec. 227 (b) y Pedro F. Silva-Ruiz, *Adopción de Menores: Reunión de Expertos*, citado, páginas 281-2.

32. Se informa de un estudio, realizado en 1979, que demostró que los expedientes médicos en los casos de IAD son incompletos. Walter Wadlington, *Artificial Conception: The Challenge for Family Law*, 69 Virginia Law Review 472-473 (1983).

33. Michael Bogdan, *Artificial Insemination in Swedish Law*, trabajo multicopiado, páginas 8-9. La "Swedish Insemination Act" (Lag (1984: 1140) on insemination) entró en vigor el 1ero. de marzo de 1985.

34. *Infertility (Medical Procedures)* Act 1984, núm. 10163, Victoria, Australia, Part III: Expedientes, secs. 19-23.

35. Zanoni, obra citada, página 54.

36. J.M. Shaman, citado, página 345.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dió. En otras palabras, en vez de fertilizar, *in vivo*, la fertilización es *in vitro*.

El segundo método es una variación del primero, en cuanto el semen fecundante proviene de un tercero o donante.

Las situaciones anteriores presentan algunas cuestiones similares a la IAH e IAD.

Un tercer método conlleva la utilización de óvulo y semen de donantes. La madre fisiológica no es la madre genética. Se fertiliza *in vitro* y luego se implanta en el vientre de la madre fisiológica.

18. Es también posible que óvulos fertilizados (embriones) no se implanten en el vientre de una mujer y se mantengan en el laboratorio con fines investigativos. Luego podrían ser destruidos. Ello ha ocasionado serios debates e interrogantes. En Inglaterra, el discutido "Informe Warnock" recomendó:

> que ningún embrión humano, derivado de fertilización *in vitro*, congelado o no, se mantenga vivo más de 14 días después de la fertilización, si no es transferido a un vientre materno; ni sea tampoco utilizado con fines investigativos más de 14 días después de la fertilización. . .[37]

VIII. La madre sustituta, suplente o madre subrogada.

19. La maternidad subrogada implica el alquiler de las funciones reproductivas de una mujer. Una madre subrogada es una mujer fértil que acuerda, mediante ¿contrato?, ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo. Una vez el hijo ha nacido, la madre cede la custodia en favor del padre y, además, renuncia sus derechos paterno-filiales sobre el hijo de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo.[38]

¿Alquiler del útero materno? ¿Úteros mercenarios?

20. ¿Cuál sería la validez de este acuerdo o contrato?

El cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres. Es, además, contrario al orden público acordar la procreación de un hijo, en unión a la renuncia de las relaciones paterno-filiales cuando éste nazca para que otra persona le adopte.[39]

En Inglaterra, y para todo el Reino Unido, se aprobó legislación cuya finalidad es prohibir, castigando como ofensa penal, la publicidad y la gestión comercial, o con fines de lucro, encaminada a fomentar y ayudar a que se convenga un acuerdo de maternidad subrogada.[40]

Finalmente, en Estados Unidos, hasta enero de 1985, ninguna jurisdicción había aprobado legislación prohibiendo este tipo de contrato.[41]

IX. Conclusiones y recomendaciones.

21. El Derecho debe aceptar y regular las técnicas o métodos modernos, los avances científicos, incluyendo aquellos aspectos de la inseminación artificial, que se muestren conforme a la naturaleza y a la dignidad del hombre.

22. Consideraciones éticas y valorativas, así como también jurídicas, en el orden indicado, son esenciales en el análisis del Derecho de Familia y la inseminación artificial.

23. El ordenamiento jurídico vigente ofrece soluciones para algunas de las cuestiones que suscita la inseminación artificial. Se recomienda la aprobación de legislación que regule algunos aspectos, inclusive prohibiendo algunas prácticas o modalidades que posibilita la inseminación artificial, conforme se discuten y analizan en este trabajo.

---

37. *Report of the Committee of Inquiry into Fertilization and Embryology*, (Informe Warnock), Cmnd 9314, Londres, Inglaterra, julio de 1984, página 66 (traducción nuestra). Antes de los 14 días no hay indicios de que exista el sistema nervioso y, además, no es posible hacer un implante en el vientre materno de un embrión que tenga sobre 14 días.

38. Phyllis Coleman, *Surrogate Motherhood: Analysis of the Problems and Suggestions for Solutions*, 50 Tennessee Law Review 71,75 (1982).

El previamente citado *Informe Warnock* describe la maternidad subrogada así: "Surrogacy is the practice whereby one woman carries a child for another with the intention that the child should be handed over after the birth. The use of artificial insemination and the recent development of *in vitro* fertilization have eliminated the necessity for sexual intercourse in order to establish a surrogate pregnancy. Surrogacy can take a number of forms. . . Of these various forms perhaps the most likely are surrogacy involving artificial insemination, where the carrying mother is the genetic mother inseminated with semen from the male partner of the commissioning couple, and surrogacy using *in vitro* fertilization where both egg and semen come from the commissioning couple, and the resultant embryo is transfered to and implanted in the carrying mother", (página 42).

39. En Puerto Rico, 33 LPRA 4245: se pena la entrega de un menor para su adopción a cambio de dinero u otros bienes o beneficios materiales. En Quebec se duda si el objeto del contrato es válido. Jean-Louis Baudouin, *Family Relations in Modern Medicine: A Canadian Perspective*, Informe de Canadá al XII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, página 31.

En Holanda la opinión es que la causa del contrato es ilícita; por consiguiente, el contrato es nulo, C.C.M. Enkelaar y M. Rood-de Boer, trabajo citado, página 16.

40. Surrogacy Arrangements Act 1985.

41. Véase mi trabajo *Artificial Reproduction Techniques, Fertility Regulation: The Challenge of Contemporary Family Law*, citado, página 136.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ANÁLISIS DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE EXTRADICIÓN CON RESPECTO A COSTA RICA

LICDA. JEANNETTE M. SÁNCHEZ CASTILLO

CONTENIDO

Pág.

I. Introducción. El problema de la vigencia 62

II. Los tratados vigentes para Costa Rica y tres convenciones modernas firmadas por Costa Rica 63

A. Tratados bilaterales 63
1. Convención con Italia 1873 63
2. Tratado con Nicaragua 1893 63
3. Convenio con España 1896 64
4. Convención con Bélgica 1902 64
5. Tratado con Estados Unidos de América 1922 64
6. Tratado con Colombia 1928 65

B. Tratados multilaterales 65
1. Tratado de Extradición Americano 1879 65
2. Tratado de Extradición y Protección contra el Anarquismo 1902 65
3. Convención Centroamericana de Extradición 1923 65
4. Código de Derecho Internacional Privado (o Código de Bustamante 1928) 65

C. Convenciones firmadas por Costa Rica, pendientes de tramitación en la Asamblea Legislativa 66
1. Convención Interamericana de Extradición 1981 66
2. Tratado con Estados Unidos de América 1982 66
3. Tratado con China 1984 66

CH. Tratados sobre otras materias que contienen algunas disposiciones sobre extradición 66
1. Convenio sobre la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves 1970 66
2. Convención para prevenir y sancionar actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa, cuando estas tengan trascendencia internacional 1971 66
3. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de aviación civil 1971 ... 66
4. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos 1973 66

III. Análisis de algunos aspectos del Derecho Positivo convencional en materia de extradición 67

IV. Conclusión 73

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ACLARACIÓN PREVIA

Un análisis amplio de los tratados vigentes en materia de extradición para ser desarrollado en tan poco tiempo, fue el obstáculo que me impidió realizar una labor crítica de los principios, instituciones y procedimientos contenidos en esos tratados, así como de las dificultades que nacen o que eventualmente pudieran nacer de su aplicación en la práctica.

La primera parte del trabajo de investigación consistió en determinar cuántos y cuáles son los tratados de extradición —tanto bilaterales como multilaterales— firmados por Costa Rica y que se encuentran vigentes a la fecha. Para ello se procedió a realizar un laborioso trabajo de consulta tanto en el Ministerio de Relaciones Exteriores como en la Asamblea Legislativa. Esta etapa produjo como resultado una lista de tratados que pueden considerarse vigentes, excepción hecha de tres de ellos, con respecto a los cuales la Cancillería está realizando una investigación más amplia, con los otros gobiernos, a fin de aclarar la situación.

La segunda etapa del trabajo consistió en analizar lo dispuesto por cada tratado tanto en sus similitudes como en sus discrepancias entre sí, agrupando las disposiciones de cada uno de ellos referidas a un mismo tema.

La limitación de espacio y tiempo hizo necesario utilizar el sistema de exposición del contenido de un tema o de una norma convencional y a continuación citar los artículos de los diferentes tratados en que aparece regulado el enunciado. Esta es la razón por la cual el trabajo adolece de una deficiente redacción.

Con la lectura de las convenciones ratificadas por Costa Rica y de su apresurado estudio y reflexión, nacieron dudas que plantean interesantes temas de discusión, que por los motivos dichos no fue posible plantear en este trabajo. El único mérito del mismo es la labor desplegada para recopilar el derecho extradicional convencional vigente en Costa Rica, de las más directas fuentes de información. Por ello no se recurrió a ninguna bibliografía, sólo el texto de los tratados mismos tomados de la Colección de Leyes y Decretos y del Diario Oficial.

I. INTRODUCCIÓN. EL PROBLEMA DE LA VIGENCIA

El Derecho Positivo convencional que interesa a Costa Rica en materia de extradición, ha sido motivo de dudas que acarrean inseguridad en cuanto a cuáles son los tratados o convenios de extradición de los que Costa Rica es parte, y que por ende la vinculan jurídicamente en el ámbito internacional.

El problema nace primordialmente de dos circunstancias:

a) La falta de aplicación de tratados antiguos —fines del siglo XIX y principios del XX–, lo cual es causa del desconocimiento de su existencia y subsiguiente duda sobre su vigencia.

b) La variedad de etapas y requisitos necesarios para que un tratado nazca a la vida jurídica internacional, requisitos cuyo conocimiento algunas veces está fuera del alcance inmediado de los interesados.

Dejando de lado el problema de la interpretación sobre la vigencia y consecuente aplicación de normas que puedan resultar antagónicas, en términos simples podemos afirmar que la vigencia del ordenamiento interno la conocemos por su publicación en el Diario Oficial, y su derogatoria por norma posterior que implícita o expresamente la deje sin efecto, norma que también es publicada.

La ley internacional por el contrario, no se agota en cuanto a su vigencia en la publicación en el Diario Oficial, sino que el proceso tiene otras etapas.

Nuestra Constitución Política señala en el inciso 10 del artículo 140, que corresponde al Poder Ejecutivo —Presidente y respectivo Ministro de Gobierno—, celebrar convenios, tratados públicos y concordatos, promulgarlos y *ejecutarlos* una vez *aprobados* por la Asamblea Legislativa (el subrayado no es del texto).

Una vez aprobado el convenio o tratado, mediante el "ejecútese" procede el Poder Ejecuti-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

vo a ratificarlo, pero con la ratificación no se perfecciona el tratado sino que es necesario que la misma sea notificada al otro u otros Estados--partes del tratado. Ello se realiza mediante el canje del instrumento de ratificación cuando se trata de convenios bilaterales o el depósito de tales instrumentos en el caso de los multilaterales, en el depositario que ha señalado el propio convenio que puede ser uno de los Estados-partes o la secretaría general del organismo que auspició la negociación del tratado.

El canje de los instrumentos de ratificación señala el momento en que entra en vigencia el tratado bilateral; en cuanto a los multilaterales su vigencia la determina el depósito de los instrumentos —para cada parte en el momento que lo realice— excepto que el propio tratado exija un número determinado de instrumentos de ratificación para la entrada en vigencia. Artículo 10 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.[1]

Para determinar la vigencia de los convenios internacionales de la materia que nos ocupa —o sea la extradición— nos hemos fundamentado en información "no oficial" suministrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, órgano idóneo para tal efecto por ser el que realiza por mandato constitucional, las actividades de relación entre el Estado costarricense y los otros Estados del mundo. En consecuencia, es el órgano encargado de enviar y recibir en su caso, los instrumentos de ratificación para su canje o depósito, con la importancia que tales actos tienen según ya se dijo.

Aparte de los tratados supuestamente vigentes, también se tomaron en cuenta para esta exposición tres convenciones —dos bilaterales y una multilateral— firmadas por Costa Rica pero aún no vigentes, con tramitación pendiente en la Asamblea Legislativa; son importantes en razón de ser las de más moderna concepción en la materia, al menos en nuestro medio.

II. LOS TRATADOS VIGENTES PARA COSTA RICA Y TRES CONVENCIONES MODERNAS FIRMADAS POR COSTA RICA

A. Tratados bilaterales.

Los tratados bilaterales que en materia de extradición están vigentes para Costa Rica son los siguientes:

1. Convención de Extradición entre la República de Costa Rica y la de Italia.

Firmada en Roma el 6 de mayo de 1873, es el tratado bilateral más antiguo suscrito por Costa Rica en esta materia, y que constituye con el de España y Nicaragua, los tres tratados de las postrimerías del siglo pasado.

Fue aprobada en nuestro país según Decreto Legislativo núm. 53 de 24 de julio de 1874, y sancionada por el Poder Ejecutivo el 4 de setiembre de 1874. Canjeada el 14 de setiembre de 1875.

2. Tratado de Extradición entre Costa Rica y Nicaragua.

Firmado el 8 de noviembre de 1893 en San José, fue aprobado por Decreto Legislativo núm. 51 del 16 de julio de 1896 y por el Poder Ejecutivo el 17 de julio del mismo año.

El canje de instrumentos de ratificación tuvo lugar en Managua el 7 de setiembre de 1896.

Es el tratado más antiguo firmado por Costa Rica con un país centroamericano.

El propio tratado estableció su vigencia por tiempo indeterminado mientras no fuera denunciado por alguna de las partes. Sin embargo existe duda sobre su vigencia, emanada en forma extraoficial de la propia Cancillería costarricense, donde no se tiene noticia exacta de que haya sido denunciado pero prefieren darse a la tarea de

1. Firmada el 23 de mayo de 1969. Costa Rica no la ha ratificado pero sus disposiciones se aplican por vía consuetudinaria.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

investigar un poco más el punto. En consecuencia se habla de este tratado como vigente, pero con reserva de aclaración posterior.

También cabe cuestionarse la vigencia de un tratado como el de Nicaragua, cuando se firman posteriormente otros tratados sobre la misma materia sin que contengan una abrogación o aclaración expresas sobre el punto.

En el caso concreto, Nicaragua firmó con posterioridad dos tratados multilaterales específicos de la materia:[2]

El Tratado de Extradición y Protección contra el Anarquismo, firmado en México el 28 de enero de 1902, y la Convención Centroamericana de Extradición, firmada en Wáshington el 7 de febrero de 1923.

Dispone el primero en su artículo 16 que si las partes hubieren celebrado ya entre sí tratados de extradición, quedarán estos reformados solamente en la parte modificada o alterada por las disposiciones de este tratado. Esta disposición resuelve el eventual conflicto entre ambos instrumentos.

Un conflicto de vigencia entre la Convención Centroamericana y algún otro tratado sería de más difícil solución porque la Convención carece de norma similar a la antes enunciada. En tal caso habría que recurrir a la costumbre internacional, la doctrina y como complemento la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que fue suscrita aunque no ratificada por Costa Rica.

De acuerdo con estas fuentes podemos afirmar que la abrogación tácita de un tratado tiene lugar cuando las mismas partes celebran posteriormente otro tratado sobre la misma materia siempre que:[3]

— se deduzca del tratado posterior la intención de las partes de que la materia se rija por ese tratado, o

— que haya incompatibilidad entre los tratados de modo que no puedan aplicarse simultáneamente.

Sin embargo, para que efectivamente ocurra esta abrogación la incompatibilidad debe ser absoluta, pues si fuere relativa —referida únicamente a ciertas disposiciones— el tratado anterior subsiste en aquellas disposiciones que no se opongan al posterior.[4]

En consecuencia podemos concluir que en tanto no sean denunciados, los tratados de extradición en comentario están vigentes en tanto no se opongan sus disposiciones al de posterior ratificación.

3. Convenio de Extradición celebrado entre la República de Costa Rica y Su Majestad la Reina Regente de España, en nombre de Su Augusto hijo el Rey Alfonso XIII.

Firmado en San José el 16 de noviembre de 1896, aprobado por Decreto Legislativo núm. 31 de 15 de julio de 1898, y sancionado por el Ejecutivo el 16 de julio de 1898. Ratificado y canjeado el 12 de diciembre de 1898.

4. Convención de extradición y convención adicional, celebradas entre la República de Costa Rica y el Reino de Bélgica.

Firmada en Bruselas el 25 de abril de 1902, aprobada por Decreto Legislativo núm. 78 de 13 de agosto de 1902, sancionada por el Ejecutivo el 14 de agosto de 1902 y publicada el 19 de agosto de 1902. Canjeada en Bruselas el 30 de enero de 1903.

La Convención adicional se firmó en San José el 3 de febrero de 1933, fue aprobada por Decreto Legislativo núm. 235 de 16 de agosto de 1934. Canje de instrumentos en Bruselas el 7 de octubre de 1935.

5. Tratado de Extradición y Notas, con los Estados Unidos de América.

Firmado en San José el 10 de noviembre de 1922, aprobado por Decreto Legislativo núm. 65 de 6 de marzo de 1923 y sancionado por el Poder Ejecutivo el 7 de marzo de 1923. Instrumento de ratificación de 20 de abril de 1923. Canjeados los instrumentos el 27 de abril de 1923 en San José.

---

2. Interesan específicamente estos porque también fueron firmados por Costa Rica.

3. Artículo 59 de la Convención de Viena.

4. Artículo 30, párrafo 3º de la Convención de Viena.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

6. Tratado sobre Extradición celebrado entre las repúblicas de Costa Rica y Colombia.

Firmado en San José el 7 de mayo de 1928, aprobado por Decreto Legislativo núm. 60 de 13 de julio de 1928, sancionado por el Poder Ejecutivo el 18 de julio de 1928 y canjeados los instrumentos de ratificación en San José el 13 de mayo de 1931.

B. Tratados multilaterales.

Costa Rica ha aprobado varios tratados multilaterales que regulan la extradición. Con respecto a dos de ellos existen serias dudas en cuanto a su vigencia, según se dirá en cada caso.

1. Tratado de Extradición Americano.

Firmado en Lima el 27 de marzo de 1879 y suscrito por Perú, Argentina, Chile, Bolivia, Ecuador, Venezuela, Uruguay, Guatemala y Costa Rica. Fue el primer tratado multilateral sobre extradición que aprobó Costa Rica según Decreto Legislativo núm. 10 de 25 de agosto de 1879 y sancionado por el Ejecutivo en misma fecha.

Sobre su vigencia la Cancillería costarricense extraoficialmente informó que existen dudas porque no se cuenta con documentos de Perú que aclaren el punto, ameritando tal situación una investigación futura.

2. Tratado de Extradición y Protección contra el Anarquismo.

Firmado en México el 28 de enero de 1902 por Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, República Dominicana, El Salvador, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay.

En Costa Rica fue aprobado por Decreto Legislativo núm. 35 de 8 de julio de 1903.

Aparentemente vigente de acuerdo con el Archivo de la Cancillería, recientemente se recibió un télex de México afirmando que no se encuentra vigente. Esto último concuerda con una publicación de la Organización de Estados Americanos según la cual no entró en vigencia por falta de un número suficiente de ratificaciones.[5] Sin embargo cabe anotar que la convención no establece un número determinado de ratificaciones para su vigencia sino que afirma que permanecerá en vigor durante cinco años, contados desde el día en que se haga el último canje de ratificaciones, con lo cual pareciera que para la vigencia se requería la unanimidad de ratificaciones. También este tratado será objeto de investigación por parte de la Cancillería en cuanto a su vigencia.

3. Convención Centroamericana de Extradición.

Firmada en Wáshington el 7 de febrero de 1923. Aprobada por Decreto Legislativo núm. 21 de 24 de noviembre de 1924. Vigente desde el 10 de diciembre de 1924, rige y es obligatoria para Guatemala, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica. Panamá no es parte y Honduras la denunció el 26 de marzo de 1953. Expresamente derogó la Convención de Wáshington de 1907.

4. Código de Derecho Internacional Privado, llamado **Código de Bustamante** como título oficial, por acuerdo de la Sexta Conferencia Internacional Americana.

Firmado en La Habana el 13 de febrero de 1928 por Perú, Uruguay, Panamá, Ecuador, México, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Bolivia, Venezuela, Colombia, Honduras, Costa Rica, Chile, Brasil, Argentina, Paraguay, Haití, República Dominicana, Estados Unidos de América, Cuba. Aprobado en Costa Rica por Decreto Legislativo núm. 50 de 13 de diciembre de 1928; instrumento de ratificación de 4 de febrero de 1930.

Firmaron el Código con reservas: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Paraguay, República Dominicana y Uruguay, y con declaración: Chile, Guatemala, Nicaragua y Panamá.

De los 21 países firmantes, a 1976 no habían depositado los instrumentos de ratificación: Uruguay, México, Argentina, Colombia, Paraguay y Estados Unidos.[6] La posibilidad de depósitos posteriores a ese año está pendiente de investigación.

---

5. "Tratados y Convenciones Interamericanos". Secretaría General de la OEA. Wáshington D.C., 1976.

6. Información de la Secretaría General de la OEA, op. cit.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El Código de Bustamante si bien no trata específicamente el tema que nos ocupa, le dedica el Título III del Libro IV a esta materia.

También debe tenerse especial cuidado en cuanto a conflictos de aplicación, entre este código y los tratados especiales de la materia, según se expuso al reseñar el Tratado con Nicaragua.

C. Convenciones firmadas por Costa Rica, pendientes de tramitación en la Asamblea Legislativa.

La importancia de estas convenciones radica en la circunstancia de ser las más modernas, con ello quiere decirse que en su elaboración se tomaron en cuenta los principios modernos del Derecho Penal, lo cual obviamente facilita su aplicación, al contrario de lo que sucede con los tratados antiguos que al contener conceptos superados hacen difícil su aplicación.

Estas convenciones son:

1. Convención Interamericana de Extradición.

Firmada en Caracas el 25 de febrero de 1981 por Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití (con reservas), Nicaragua, Panamá, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

En Costa Rica el proyecto de aprobación fue publicado en La Gaceta núm. 124 de 1º de julio de 1983 y fue recientemente rechazado por la Asamblea Legislativa enviándosele a archivo. Exp. núm. 9654.

2. Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de los Estados Unidos de América.

Firmado en San José el 4 de diciembre de 1982 por el Presidente de los Estados Unidos Ronald Reagan y por el entonces Presidente de Costa Rica Luis Alberto Monge.

El proyecto de aprobación fue publicado en La Gaceta núm. 46 de 8 de marzo de 1983, y con dictamen afirmativo enviado a la Comisión de Gobierno. Expediente núm. 9538.

3. Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República de China.

Firmado en Taipei el 12 de diciembre de 1984. El proyecto de aprobación fue publicado en La Gaceta núm. 124 de 2 de julio de 1985. Se encuentra en trámite en la Asamblea Legislativa según expediente núm. 10130.

CH. Tratados que tratan otras materias pero contienen algunas disposiciones sobre extradición.

1. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves.

Firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970. Aprobado en Costa Rica por Decreto Legislativo núm. 4759 de 3 de mayo de 1971, publicado en La Gaceta núm. 106 de 20 de mayo de 1971.

Instrumento de ratificación de fecha 17 de junio de 1971, fue depositado el 9 de julio de 1971.

2. Convención para prevenir y sancionar actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa, cuando estas tengan trascendencia internacional.

Firmada en Wáshington el 2 de febrero de 1971. Aprobada en Costa Rica por Decreto Legislativo núm. 5295 de 9 de agosto de 1973, publicada en el Alcance núm. 109 a La Gaceta núm. 158 de 24 de agosto de 1973. Depósito: 16 de octubre de 1973. Vigencia para Costa Rica: 18 de octubre de 1973.

3. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de aviación civil.

Firmado en Montreal el 23 de setiembre de 1971. Aprobado en Costa Rica por Decreto Legislativo núm. 5299 de 9 de agosto de 1973 y publicado en La Gaceta núm. 166 de 5 de setiembre de 1973. Depósito de instrumento de ratificación: 2 de setiembre de 1973.

4. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos.

Firmada en Nueva York el 14 de diciembre de 1973. Aprobada en Costa Rica por Decreto Legislativo núm. 6077 de 11 de agosto de 1977 y publicada en La Gaceta núm. 180 de 23 de setiembre de 1977.

Contienen todas estas convenciones normas con el fin de incluir entre los delitos extraditables para cada Estado-parte en sus tratados de extradición, los regulados por ellas. Artículo 8, aparte 1º del Convenio sobre apoderamiento ilícito de aeronaves, el mismo número de la Convención sobre personas internacionalmente protegidas.

Se dispone también en estos tratados que el Estado que subordine la extradición a la existen-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cia de un tratado de la materia y este no exista para el caso concreto, los convenios dichos pueden discrecionalmente considerarse como la base jurídica necesaria para la extradición de los delitos que contemplan. Artículo pº 2º de ambas convenciones y de la referente a actos ilícitos en relación con la seguridad de la aviación civil.

Para el caso de que los Estados no subordinen la extradición a la existencia de un tratado, disponen las tres convenciones señaladas, que los delitos que reprimen se reconocen como extraditables entre los Estados-partes. Artículo 8 párrafo 3º.

La convención que sanciona actos de terrorismo regula como extraditables los delitos de secuestro, el homicidio y otros atentados contra la vida y la integridad de las personas a quienes el Estado tiene el deber de extender protección especial conforme al Derecho Internacional, así como la extorsión conexa con estos delitos. Artículos 3 y 2.

El artículo 5 de la misma convención determina que en el caso de no procederse a la extradición por tratarse de un nacional o por cualquier otro impedimento, se somete el caso a conocimiento de las autoridades competentes para su enjuiciamiento como si se hubiera cometido el delito en su territorio. La misma regla se encuentra en el artículo 7 de la convención sobre aviación civil y la de personas internacionalmente protegidas.

III. ANÁLISIS DE ALGUNOS ASPECTOS DEL DERECHO POSITIVO CONVENCIONAL EN MATERIA DE EXTRADICIÓN

En el análisis de los diferentes convenios que en materia de extradición conciernen a Costa Rica, debemos tener presente las normas constitucionales a fin de armonizar aquellos a éstas.

Sobre el tema que tratamos nuestra Constitución Política dispone lo siguiente:

Artículo 31, párrafo 2º: "La extradición será regulada por la ley o por los tratados internacionales y nunca procederá en caso de delitos políticos o conexos con ellos, según la calificación costarricense".

Artículo 32: "Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar el territorio nacional".

Los tratados se inician con una manifestación a modo de preámbulo declarando como finalidad del acuerdo de voluntades, asegurar la represión de los delitos cometidos en sus respectivos territorios, cuyos autores o cómplices (no incluye instigadores) quieran evadir el rigor de la ley, refugiándose de un país en otro. (Tratados con Italia, Nicaragua, España, Estados Unidos, Colombia).

Con este objetivo se obligan los Estados a entregarse recíprocamente los individuos que habiendo sido condenados o estando acusados por alguno de los delitos indicados en el tratado, cometidos en el territorio de uno de los Estados contratantes, se hubiere refugiado en el territorio del otro. (Artículo 1 de los tratados con Italia, Nicaragua, España, Bélgica, Estados Unidos, Colombia, Tratado sobre anarquismo, el americano y el centroamericano, y artículo 344 del Código de Bustamante).

Delitos por los que procede la extradición.

Gran número de tratados siguen el sistema taxativo, clasificando en una lista específica los delitos con respecto a los cuales procede la extradición, estableciendo al mismo tiempo el principio de identidad de la norma o de la doble incriminación, según el cual el delito debe ser tal en ambas legislaciones. (Italia artículo 2, Nicaragua artículo 1, EE.UU. artículo 2).

Los enunciados o listas de delitos son propios de las convenciones que han devenido antiguas, lo que plantea el problema de los delitos propios de la sociedad contemporánea tales como el tráfico de drogas, piratería aérea y en general los delitos llamados internacionales, y sobre todo de los económicos y los que ocurren con motivo del alto grado de desarrollo de la tecnología, como son los delitos cometidos por medio de la computación; delitos todos ellos que no se contemplan en los tratados antiguos y que corresponden lógicamente al grande y complejo avance que la humanidad ha logrado en diferentes campos. Ello provoca que ante sofisticadas innova-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ciones en la economía, la ciencia y la técnica se den también sofisticadas formas de delincuencia.

Otros tratados, colateralmente con la lista específica de delitos, disponen una fórmula general —como ocurre en los tratados modernos— en el sentido de que los delitos extraditables, que son aquellos de la lista, deben estar sancionados con pena de prisión de dos o más años. (Nicaragua artículo 8, se toma en cuenta la menor pena con respecto a ambas legislaciones; Bélgica artículo 2 párrafo 2).

El Tratado con España presenta la singularidad de normar los delitos extraditables según la fórmula general que utilizan los tratados modernos, en su artículo 2 segunda parte, pues si bien hace una enumeración de delitos en la primera parte de ese artículo, esta lista no es taxativa sino meramente enumerativa, determinando la citada norma que es extraditable cualquier delito que no requiera acusación de parte y que en el Estado donde se cometió tenga pena de muerte, de trabajos forzados o privación de libertad por un tiempo que no baje de dos años, aunque la pena de tal delito sea menor en la nación del refugio.

En relación con la pena de muerte, España hizo una "concesión especial" a Costa Rica en el sentido de darle seguridades de que conmutaría la pena capital en los casos que correspondiere aplicarla. Artículo 6.

El Tratado con Colombia —artículo 4 a)— dispone que no se acordará la extradición "si con arreglo a las leyes de uno u otro Estado no excede de seis meses de privación de libertad el máximum de la pena aplicable a la participación que se imputa a la persona reclamada, en el hecho por el cual se solicita la extradición". Esta disposición, si bien contenida en un tratado antiguo, está elaborada con mejor criterio pues coincide con el sistema moderno que regula las penas con un mínimo y un máximo.

Cuando la pena a imponer sea la de muerte el Estado requirente debe dar seguridad de que la misma será conmutada. Artículo 20.

En la Convención sobre el anarquismo son delitos extraditales aquellos sancionados con una pena no menor de dos años, exceptuando los casos de actos de anarquismo en los que procede la extradición aunque el delito tenga pena menor de dos años. Artículo 1º párrafo II y artículo 13. Dispone además como regla de aplicación subsidiaria, para los casos en que por motivo del régimen federal no sea posible determinar la pena, una lista de delitos extraditables. Artículo 1º párrafo III.

El Tratado Centroamericano no contiene una lista sino que requiere pena de prisión no menor de dos años. Artículo 1.

Por su parte el Convenio Interamericano contempla dos sistemas: el de lista específica y el de pena mínima: de muerte, trabajos forzados, penitenciaría, presidio, prisión que no baje de dos años según el Estado requirente ya que en el requerido puede ser menor. Esto cuando no hay sentencia. Si hay sentencia la pena no debe bajar de un año cualquiera que sea el delito. Artículo 1º.

El Código de Bustamante establece que la pena para que el delito sea extraditable no debe ser menor a un año. Artículo 354. Además, por el delito que se otorga la extradición no puede imponerse pena de muerte. Artículo 378.

Improcedencia de la extradición.

Las excepciones a la obligación de extraditar se dan en tres casos especialmente:

1) Delitos no extraditables. No pueden ser objeto de extradición los casos concernientes a *delitos políticos o conexos* con ellos. Se aplica al respecto el principio de especialidad al disponerse que si un individuo es extraditado por un delito común no puede juzgársele ni condenársele por delito político cometido con anterioridad a la extradición. Italia artículo 3; Nicaragua artículo 5; Centroamericano artículo II-2; España artículo 3 inciso 4º y exceptuando de los delitos políticos el magnicidio, al igual que Bélgica artículo 4; Colombia artículo 3-a y párrafo 2º exceptúa tanto el atentado como los actos anárquicos de los delitos políticos y establece que tampoco procede la extradición en el caso de los delitos contra la religión y los militares, determina además que la calificación de delito político la hará el Estado requerido aplicando la legislación —entre la nacional y la extranjera— que más favorezca al reo; el Tratado sobre Anarquismo artículo 2 exceptúa los actos anárquicos del delito político; el Centroamericano artículo III exceptúa el atentado y el anarquismo; el Americano artículo 7 contempla los delitos políticos como no extraditables dejando la calificación al Estado requerido (párrafo 2º) y el Código de Bustamante exceptúa el atentado del delito político, artículos 355 y 357.

2) *Prescripción de la acción penal y de la pena.* En este caso tampoco es extraditable el reclamado. Italia artículo 4; España artículo 3 inciso 2º; Bélgica artículo 5; Colombia artículo 4 inciso b); Americano artículo 12. Determinan es-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tos tratados que la prescripción se analizará conforme a las leyes del país requerido.

Otros tratados señalan que se analizará de acuerdo con ambas legislaciones. Nicaragua artículo 4; Anarquismo artículo 1-V; Centroamericano artículo 2 parte 3ª y Código de Bustamante artículo 359. Según el Tratado con Estados Unidos se analizará la prescripción de acuerdo con la ley del lugar donde se cometió el hecho. Artículo 5. Sin embargo, en este caso si estuviere prescrita la acción penal o la pena con base en la legislación del Estado requerido cabría aplicar el principio de legalidad o de identidad de la norma.

(3) No procede la extradición con respecto a *nacionales* del Estado requerido. En Costa Rica, como se dijo al señalar las normas constitucionales, no se podría extraditar a un nacional aunque lo permitiera el tratado aplicable al caso.

Italia artículo 5. No puede obligarse a un Estado parte a entregar a sus propios nacionales cuando según las leyes de ese Estado deba ser sometido a proceso penal por delito cometido en el otro Estado, o sea cuando tal Estado tenga competencia para conocer del hecho en virtud de sus leyes internas. Con la legislación costarricense sería el caso de los artículos 5, 6 y 7 del Código Penal, pero no hay posibilidad de extraditar nacionales. A contrario sensu, de acuerdo con el artículo 5 del Tratado con Italia podrían extraditarse los nacionales en aquellos casos en que el Estado requerido carece de competencia para juzgar al reclamado.

El artículo 3 del Tratado con Nicaragua traslada la competencia del Estado requirente al requerido del cual es nacional el reclamado a fin de que se le juzgue y sin distinguir naturaleza o tipo de delito para determinar la competencia.

El Tratado con España —artículo 4— aparte de seguir el principio de no extraditar a los nacionales, regula la situación del individuo naturalizado procedente de cualquier nacionalidad, disponiendo que no se considerará la nacionalidad alegada si el delito se hubiere cometido con anterioridad a la fecha de su naturalización. Lo mismo dispone el artículo 5 del Tratado con Colombia. El problema sería que nuestra Constitución Política al referirse a nacionales no distingue entre nacionales por nacimiento o por naturalización.

Cabe aquí mencionar que la citada Convención con España agrega dos casos más en los que no procede la extradición, a saber, artículo 3:

— Cuando el reclamado cumplió o estuviera cumpliendo condena o se le absolvió bajo proceso en el Estado requerido por el mismo hecho por el cual se pide la extradición. Inciso 1º.

— Cuando no resulte probado el hecho de "perpetración del crimen" de tal modo que en el Estado requerido no pudieren ser procesados o arrestados si el hecho se hubiere cometido en esa jurisdicción. Inciso 3º.

En el caso de los nacionales el Tratado con España otorga competencia obligatoria a un Estado-parte para juzgar a sus nacionales por delitos que cometieron en el territorio del otro, siempre que el hecho se clasifique en una de las categorías de delitos enumeradas en el Tratado. Artículo 18.

El Convenio de Bélgica, al igual que el de Estados Unidos señalan la no obligación de entregar nacionales. Artículos 1 y 8 respectivamente.

En el Tratado sobre Anarquismo el Estado puede discrecionalmente entregar o no a sus nacionales. Artículo 3.

En el Convenio Centroamericano y en el Código de Bustamante no existe obligación de entregar al nacional, pero se le debe juzgar. Artículos IV y 345 respectivos.

El Tratado Americano dispone que el reclamado nacional puede ser entregado o puede ser juzgado si el propio reclamado solicita ser juzgado en su país. Artículo 10.

Dos principios fundamentales en materia de extradición.

1) Principio de identidad de la norma o de la doble incriminación.

Es parte del principio de legalidad, *nulla traditio sine lege.* Consiste en que el hecho por el cual se pide la extradición debe ser delito en los dos ordenamientos: el del Estado requirente y el del Estado requerido.

Tratados: Italia artículo 2; Bélgica artículo 2 párrafo 2; Colombia artículo 1 in fine y 3-d; Anarquismo artículo 1 párrafo II y en cuanto a tentativa artículo 1 párrafo III-21; Código de Bustamante artículo 353.

2) Principio de especialidad.

En virtud de este principio el Estado requirente se obliga a no procesar o condenar el reclamado por delito anterior al que motivó la gestión de extradición.

En algunos tratados este principio no es absoluto. En el párrafo 2º del Tratado con Italia se dispone la posibilidad de procesar o condenar por

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

delito anterior cuando el individuo no sale del país requirente durante los tres meses siguientes de haber sido condenado o absuelto en el caso que fue objeto de extradición, o si habiendo salido regresare al país con posterioridad.

El Tratado con España —artículo 5— determina que el individuo extraditado no podrá ser perseguido por delitos políticos en que hubiere incurrido y —artículo 20— con respecto a cualquier crimen o delito diferente al que motivó la extradición pero exceptuando los delitos extraditables según el mismo tratado y estén incluidos en la demanda. Pareciera que si el delito estaba incluido en la demanda el Estado requerido debió necesariamente pronunciarse sobre ese otro delito.

Nicaragua artículos 2 y 5 hace referencia a delitos políticos; el Tratado sobre Anarquismo, artículo 5, a cualquier delito.

El Tratado con Bélgica regula el principio de especialidad con respecto a delitos políticos y conexos, y a los que no estén señalados en la Convención. Del delito político excluye el atentado. Artículo 4 párrafos 1 y 2. Prevé la posibilidad de enjuiciar por delito distinto al que fue objeto de la extradición si el individuo así lo pide, si no sale del país dentro de un mes después de haber sido puesto en libertad, si previamente obtiene del Estado requerido el consentimiento; en este último caso el Estado requerido puede solicitar documentos comprobatorios de los hechos. Párrafo 3 artículo 4.

Tratado con Estados Unidos: el principio de especialidad está referido tanto a delitos comunes como políticos. Artículos 3 y 4.

El principio en el Tratado con Colombia se refiere a cualquier delito diferente del que motivó la extradición, excepto el conexo con este. Puede el individuo ser juzgado por otro delito si el Estado requerido lo consintió previamente, si él mismo consiente en ello, si permanece más de un mes en el Estado requirente luego de obtener su libertad. Artículos 10 y 11. En estos casos también puede reextraditársele sin el consentimiento del Estado requerido, y cuando varios países hayan solicitado la extradición puede acordarse ser entregado subsecuentemente a los otros solicitantes. Artículo 21 in fine.

El Tratado Americano se refiere a la especialidad con respecto a delitos políticos, artículo 7 párrafo 3º; y el Código de Bustamante a cualquier delito anterior salvo consentimiento del Estado requerido o si el individuo permanece en el país luego de tres meses de su libertad.

Trámite de la extradición.

Los tratados no determinan a cuál autoridad estatal corresponde resolver la petición de extradición, lo cual se resolverá según el ordenamiento interno de cada Estado. Lo que sí regulan expresamente la mayoría de ellos —tanto modernos como antiguos— es el empleo de la vía diplomática o consular en la petición o formulación de la extradición, lo cual es por demás lógico dado que se trata fundamentalmente de relaciones entre Estados.

Así en los tratados de Italia artículo 9; Nicaragua artículo 6; España artículo 8; Bélgica artículo 7; Estados Unidos artículo 11; Convenio Centroamericano artículo 7 párrafo 1.

Tanto el Convenio con Colombia como el que trata del anarquismo establecen como orden preferente la vía diplomática, la consular o finalmente se hará la petición directamente de gobierno a gobierno. Artículo 7 de cada tratado.

El Código de Bustamante dispone que la petición la harán funcionarios autorizados según las leyes de cada Estado requirente en el caso concreto. Artículo 364.

El Tratado Americano establece que la petición la harán los gobiernos directamente, por vía diplomática o por medio de funcionarios autorizados. Artículo 8.

El trámite que las convenciones señalan a la extradición es además de similar, relativamente sencillo. Puede iniciarse, en casos urgentes y especialmente cuando se tema la fuga del perseguido, por un simple anuncio formulado por telégrafo o la vía más rápida por parte del Estado requirente en el sentido de que se tiene la intención de interponer formal petición de extradición contra determinado individuo. Desde ese momento el sujeto puede ser detenido o arrestado por un plazo que varía según cada tratado y conforme lo veremos luego. Italia artículo 10; Nicaragua artículo 14; España artículo 8; Bélgica artículo 8; Colombia artículo 13; Anarquismo artículo 8; Centroamericano artículo 7; Americano artículo 9; Código de Bustamante artículo 366.

Con la formulación de la petición formal se deberán presentar documentos originales o autenticados que comprueben la existencia de una sentencia condenatoria o en su caso de mandamiento de prisión o acto equivalente, la naturaleza y gravedad de los hechos imputados y las disposiciones legales aplicables al caso, aparte de los datos de identificación posibles con respecto al reclamado. Italia artículo 9; Nicaragua artículo 6; España artículo 8; Anarquismo artícu-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

los 1-IV y 7; Centroamericano artículo 8; Código de Bustamante artículo 365 y Colombia artículo 9. Tratado que además en su artículo 14 dispone que de considerarse insuficientes los documentos se devuelven para ser corregidos.

Los gastos causados con motivo de la extradición en algunos tratados corren por cuenta de cada Estado con respecto a los que ocurren en su territorio. Artículo 12 del Tratado con Italia; España artículo 14; Bélgica artículo 12; Colombia artículo 19. En otros tratados los gastos están a cargo del Estado requirente: Estados Unidos artículo 9; Anarquismo artículo 12; Centroamericano artículo 11; Americano artículo 15; Nicaragua artículo 16 y Código de Bustamante artículo 372.

Los elementos de prueba y objetos encontrados y secuestrados con el individuo reclamado, así como los que se encontraren con posterioridad y que aquel hubiere ocultado o depositado, se remitirán junto con el sujeto al Estado reclamante. Italia artículo 11; España artículo 13; Estados Unidos artículo 10; Centroamericano artículo 12; Americano artículo 11; Código de Bustamante artículo 370.

Otros tratados agregan que la entrega se hará aun en el caso de que por muerte o fuga del reo no se pueda efectuar la extradición. Nicaragua artículo 12; España artículo 13; Bélgica artículo 11; Colombia artículo 16; Anarquismo artículo 10; Código de Bustamante artículo 371.

Con respecto a los objetos secuestrados, las convenciones salvaguardan los derechos de terceros sobre ellos, reservando esos derechos con el fin de que les sean restituidos a los terceros luego de concluido el procedimiento en el país requirente. La dificultad en cuanto a la eficacia de esta norma radica en cómo obtener que el derecho sea reconocido al tercero en ausencia del sujeto reclamado. Italia párrafo final artículo 11; España artículo 13; Bélgica artículo 11; Estados Unidos artículo 10; Colombia artículo 16 in fine; Anarquismo artículo 10; Código de Bustamante artículo 370; el Convenio Centroamericano contrariamente dispone que no se entregarán los objetivos mientras no se resuelva la cuestión de propiedad de terceros.

Con relación a las obligaciones que el individuo reclamado tuviere pendientes con particulares, la mayoría de los tratados —tanto antiguos como modernos— señalan que las acciones de los particulares se reservarán para hacer valer sus derechos ante la autoridad judicial correspondiente. Obviamente que esta norma encierra gran dificultad al pretenderse ponerla en práctica, como el caso de los derechos de terceros sobre los objetivos decomisados.

Se encuentra contenida en los tratados con Italia artículo 8; España artículo 16 sólo determina que las obligaciones civiles del individuo reclamado no serán obstáculo para su extradición pero no señala qué puede ocurrir con los derechos correlativos a esos deberes u obligaciones del reclamado; Bélgica artículo 10 párrafo 2º se dispone que la extradición puede efectuarse reservándose los derechos de los particulares quienes los podrán hacer valer ante la autoridad competente; Colombia artículo 6 establece que las obligaciones civiles con el Estado o con particulares, del reclamado, no serán obstáculo para su extradición ni aun existiendo arraigo judicial; Anarquismo artículo 2º; Americano artículo 13 párrafo 2º.

Algunas convenciones establecen además la obligación del Estado requirente de comunicarle al requerido la sentencia dictada en el caso objeto de la extradición. Nicaragua artículo 15; España artículo 19; Colombia artículo 19; Tratado Americano artículo 17; Código de Bustamante artículo 376, se refiere sólo a la absolutoria; Bélgica artículo 14 la comunicación debe hacerse por cualquier crimen o delito contra súbditos del otro Estado.

Arresto o detención provisional.

Es quizás este el tema más delicado con relación al sistema de extradición y el que ha causado no pocas dudas en el intérprete autorizado de la normativa extradicional.

El plazo por el cual procede la extradición varía de un tratado a otro. Como ya se dijo, la petición de detención puede presentarse en casos urgentes y de posible fuga del perseguido, aun antes de formalizar la gestión de extradición.

El Tratado con Italia —artículo 10— no fija ningún plazo sino que se limita a señalar que la petición de arresto procederá a "condición de presentar en el más breve término posible el documento cuya existencia se haya anunciado", relativo a la existencia del hecho y posible incriminación del detenido. Quedará entonces a la prudente discreción de la autoridad que conozca de la petición, determinar el plazo del arresto, si no hubiere una disposición que lo regule en el derecho interno.

El Convenio con Nicaragua —artículo 14— determina que el arresto no excederá de 40 días. El de España no establece el término de detención —artículo 10— anterior o durante la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tramitación, pero regula una detención de 3 meses contados a partir del día en que el reclamado es puesto en condición de ser trasladado por el Estado requirente al resolverse positivamente la extradición. Artículo 11.

El Convenio con Bélgica distingue para efectos de ordenar la detención provisional, entre la petición de detención formulada por vía diplomática o consular y la solicitada por autoridad judicial o administrativa de un país a la del otro. En el primer caso es vinculante para el Estado requerido ordenar la detención, en el segundo caso la detención es facultativa. Artículo 8. En ambos casos se pondrá al reclamado en libertad si en el plazo de 3 meses no se presentan los documentos para formalizar la petición de extradición. Artículo 9.

Estados Unidos artículo 11 párrafo 2 y artículo 12: establece un término de 2 meses mientras se presenta formalmente la prueba, para poner a la persona en libertad "siempre que a la sazón no esté pendiente el examen de los cargos aducidos contra ella". Esto determina que el plazo puede extenderse de dos meses.

Colombia artículo 13: 60 días para formalizar la solicitud de extradición.

Anarquismo: no más de 3 meses mientras se presentan los documentos. Artículo 8.

Tratado Centroamericano artículo 9 párrafo 2º; establece un mes de prisión luego de que el reclamado es puesto a disposición del Estado reclamante. También establece un mes al inicio para formalizar la reclamación. Artículo 7 in fine.

Tratado Americano: establece 3 meses para formalizar la solicitud. Artículo 9.

Código de Bustamante: en el artículo 366 señala dos plazos para la detención provisional: uno de dos meses mientras se presentan los documentos y otro de 3 meses desde que la persona se pone a la orden del Estado requirente. En el artículo 380 se establece otro plazo —aunque indeterminado— de detención mientras se presenta la solicitud de extradición. O sea que el Código de Bustamante determina un plazo de dos meses para presentar documentos y otro plazo abierto para presentar la solicitud, a diferencia de todos los demás tratados de la materia, con evidente perjuicio para el reclamado o perseguido que puede ver prolongada su detención a más de cinco meses.

Con respecto a los Estados que pueden estar interesados en reclamar a un mismo sujeto, pueden darse los siguientes casos:

1) Que varios Estados reclamen a un individuo. En este caso la mayoría de tratados determina que debe darse preferencia al Estado donde se cometió el delito más grave, y si todos los delitos fueren igualmente graves se preferirá al Estado que primero reclamó la extradición. Italia párrafo 2 artículo 6; España párrafo 2 artículo 7; Anarquismo artículo 6. El Tratado con Nicaragua artículo 10 dispone que decide el Estado requerido "según las circunstancias" y el Americano dispone lo mismo en artículo 14. El de Estados Unidos artículo 7 y el Centroamericano artículo 6, establecen que se dará preferencia a la primera solicitud. En el Tratado con Colombia artículo 21 y en el Código de Bustamante artículos 347, 348 y 349, se establece un orden de posibilidades: donde se cometió el delito, donde se cometió el delito más grave, al primer país que solicitó la extradición, al país donde nació el reclamado y finalmente decide a discreción el Estado requerido. Cada posibilidad se considera en defecto de la anterior. El Código de Bustamante agrega que el orden se seguirá "salvo tratados anteriores vigentes".

2) Caso en que el sujeto reclamado sea extranjero tanto en el país requirente como en el requerido. Dada esta situación el Estado requerido deberá informar al país del cual es nacional el reclamado y si este país a su vez lo reclamare, el Estado requerido decidirá a cuál de los dos países lo entrega. Italia párrafo 1º del artículo 6; España artículo 7 párrafo 1º.

Extradición diferida.

La extradición puede diferirse, es decir que se tramita y resuelve pero se pospone la entrega del sujeto reclamado en virtud de estar el mismo acusado o condenado en el Estado requerido.

La extradición será diferida para el momento en que el individuo sea absuelto o cumpla la pena impuesta, momento en el cual se hará efectiva. Este es el principio de subsidiaridad.

Se dispone así en los tratados con: Italia artículo 7; Nicaragua artículo 9; España artículo 15; Bélgica artículo 10; Estados Unidos artículo 6; Colombia artículo 8; Anarquismo artículo 4; Centroamericano artículo V; Americano artículo 13 párrafo 1º; Código de Bustamante artículo 346.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

IV. CONCLUSIÓN

El Derecho Convencional extradicional puede analizarse desde el punto de vista de los tratados antiguos y de los modernos.

La diferencia fundamental y práctica radica en algunos conceptos modernos del Derecho Penal que obviamente no estaban contenidos en los viejos tratados, todos ellos anteriores a los códigos penales modernos.

Veremos algunos de estos puntos en las convenciones modernas:

1) Se regula el aspecto de la jurisdicción para conocer de la extradición de acuerdo con las reglas de competencia contenidas en los modernos códigos penales.

En este sentido un Estado tiene jurisdicción o competencia para conocer de una extradición cuando el hecho hubiere sido cometido en territorio del Estado requirente o fuera de ese territorio siempre que el Estado requirente tenga jurisdicción para conocer del delito que motiva la solicitud de extradición y dictar el fallo consiguiente. Artículo 2 de la Convención Interamericana y artículo 3 del Tratado con China.

Curiosamente el nuevo Tratado con Estados Unidos dispone solamente —artículo 3— que la extradición se concederá por cualquier delito extraditable sin importar donde el hecho haya sido cometido.

2) Se abandona el sistema nada funcional de listas específicas de delitos extraditables y se establece una regla general de un mínimo de pena para que el delito sea extraditable.

La Convención Interamericana fija esa pena de privación de libertad en dos años como mínimo en ambas legislaciones. Además establece una regla para determinar esta pena cuando las legislaciones tengan un máximo y un mínimo de pena. En este caso se tomará una pena intermedia mínima de dos años de privación de libertad, considerándose pena intermedia la semisuma de los extremos de cada una de las penas privativas de libertad. En el caso de que hubiere recaído sentencia debe quedar por cumplir un mínimo de seis meses. Artículo 3.

3) Excluyen categóricamente de los casos extraditables aquellos en que la sanción sea pena de muerte, cadena perpetua o penas infamantes, a menos que el Estado requirente garantice que tales penas no se impondrán o no serán ejecutadas. Artículo 9 de la Convención Interamericana.

Algunos tratados antiguos se refieren al tema de la pena de muerte para declarar el Estado que la contempla en su legislación, que como concesión especial al otro Estado no la aplicará, así el Tratado con España, o se trató este aspecto como reserva por parte de algunos Estados. Ello así porque la regla era la posibilidad de extraditar por casos sancionados con pena de muerte, mientras que en los convenios actuales la regla es la contraria, o sea que los Estados no deben conceder la extradición en los casos dichos.

4) El principio de especialidad se regula en forma genérica con respecto a cualquier delito cometido con anterioridad al que fue objeto de la extradición. Artículo 13 de la Convención Interamericana.

En los tratados antiguos mientras que unos contienen esta misma regla, otros regulan la especialidad sólo respecto a delitos políticos (Nicaragua), otros respecto a delitos no extraditables de acuerdo con el tratado (España) y otros regulan el principio de especialidad en relación con delitos políticos pero excluyendo expresamente de estos el atentado (Bélgica).

5) Se regula en los nuevos tratados la extradición simplificada, figura no contenida en los antiguos.

Consiste la extradición simplificada en extraditar a una persona sin los trámites formales que necesariamente habría que realizar, situación que puede darse únicamente cuando ella así lo acepta. Convención Interamericana artículo 21 y Tratado con Estados Unidos artículo 17.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA VERDAD JURÍDICO-PENAL

LIC. JOSÉ ML. ARROYO GUTIÉRREZ
Especialista en Ciencias Penales,
Universidad de Costa Rica.

I. INTRODUCCIÓN.

Las páginas que siguen encierran un intento por acercarse al problema de la verdad en el derecho y, más específicamente, al problema de la verdad en el campo del proceso penal.

Este es un acercamiento estrictamente técnico-descriptivo, en el sentido de que simplemente se señala un dato, la declaración explícita que se hace en la ley procesal penal de que busca el establecimiento de "la verdad", y, a partir de este hecho, se define el alcance y naturaleza de esa verdad, así como el tipo de razonamiento que se utiliza con el propósito de esclarecerla.

Queda al margen de este ensayo una importante vertiente, de carácter histórico-filosófica, que aborda el problema de la verdad jurídica desde otra perspectiva, atinente al significado ideológico de las instituciones legales y el papel constantemente redefinido de "la verdad" como categoría histórica en relación con los mecanismos de control social.[1]

No obstante el carácter parcial de este estudio, se ha buscado resumir ordenadamente una serie de nociones e instrumentos jurídicos cuya significación cabal no se acaba de comprender.

El problema de la verdad en derecho es de primordial importancia. Podría tenerse prejuicios de que un tema tan general o "filosófico" no tenga que ver con la realidad cotidiana del ejercicio profesional. Sin embargo, aquí no se trata de una discusión académica o retórica. El tema de la verdad tiene profundas implicaciones prácticas y ético-profesionales como de seguido se intenta mostrar. Pero además, esos temas generales y filosóficos son de enorme trascendencia pues están a la base de cualquier disciplina. En el caso del derecho, no se puede renunciar a la verdad, hermana gemela de la justicia, sin caer en el reino del puro arbitrio y en regímenes de simple dominación tiránica.

II. LA VERDAD COMO FIN DEL PROCESO.

El proceso penal gira alrededor de dos finalidades básicas: el establecimiento de la verdad, o mejor dicho, de una verdad particular acerca de un hecho o conjunto de hechos, y la realización plena de la justicia como legítima aspiración humana. No obstante esta doble "razón de ser" del derecho en general y del proceso penal en particular, la realización del valor justicia está subordinada a la buena o mala fortuna que se tenga en el esclarecimiento de la verdad. De ahí que la justicia depende, al fin de cuentas, de que se haya establecido un juicio de veracidad que corresponda a la "verdad real" o "verdad material" de los hechos.

Nuestro ordenamiento jurídico-penal establece con toda exactitud que la búsqueda de la verdad es su propósito central. Esta finalidad se

1. Los más significativos aportes en esta dirección han sido dados por Michel Foucault en sus obras: ***"La verdad y las formas jurídicas"***, así como su obra clásica ***"Vigilar y castigar"***.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

declara en la ley desde el inicio mismo de una investigación criminal, en las fases previas al proceso y en las actuaciones a cargo de los organismos policiales.[2] Asimismo, el afán por la verdad se exige al iniciarse formalmente el proceso con la acusación que formula el representante del Ministerio Público.[3] Obviamente, ya en las fases propias del proceso, a cargo de una autoridad jurisdiccional, el propósito declarado sigue siendo el establecimiento de la verdad.[4] Finalmente, en la última fase del proceso, en la audiencia oral y pública, previa al dictado de la sentencia, la ley insiste en que la dirección del debate, a cargo del juez que preside la audiencia, tiene como meta fundamental "el esclarecimiento de la verdad".[5]

Otras normas más específicas evidencian el fin primordial del proceso al regular algunas situaciones concretas en aras del resguardo y procura de la verdad. Tales son, por ejemplo, el caso en que se decide eliminar la publicidad restringida del sumario, en la fase instructiva, porque "se ponga en peligro el descubrimiento de la verdad",[6] o bien cuando se autoriza la intercepción de correspondencia, a contrapelo de la garantía constitucional, "para la averiguación de la verdad";[7] lo mismo ocurre con el deber impuesto al juez de investigar "para descubrir la verdad"[8] y en el caso de la resctricción al principio fundamental de libertad personal, cuando se ponga en peligro "el descubrimiento de la verdad".[9]

III. MECANISMOS ASEGURADORES DE LA VERDAD.

1. Mecanismos aseguradores en el juez.

El juez es el protagonista principal en nuestro proceso penal.[10] Tanto en la fase previa de instrucción (escrita y con acceso restringido) como en la fase posterior del juicio (oral y pública), el juez es quien dirige la recepción de la prueba, la discrimina y valora; así como lleva el peso de tomar las decisiones fundamentales del proceso.

En razón de este *rol* protagónico, el juez ha de tener, entre otros atributos de importancia, el de ser imparcial. La imparcialidad no es un requisito gratuito, está directamente ligado a la necesidad de que, quien investiga y decide el litigio, sea persona confiable, fuera de toda duda en su capacidad de establecer la verdad de un hecho. De esta suerte, la ley establece mecanismos para remover a un juez, entre otros motivos, por tener interés directo o indirecto en el asunto sometido a su conocimiento, o por guardar vínculos filiales o de amistad con los involucrados. A estos extremos se refieren tanto el capítulo de las inhibiciones y excusas[11] como el de las recusaciones.[12]

Entre las razones que tiene un juez para in-

---

2. El artículo 164 CPP señala: "Los oficiales de la policía judicial tendrán las siguientes atribuciones: . . .6) Interrogar a los testigos presumiblemente útiles para descubrir la verdad".
   Ver, en términos semejantes, el artículo 4, inciso 3.º de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, núm. 5524. Asimismo, el artículo 44 del CPP señala: "La Policía Judicial será una dependencia. . .encargada de auxiliar. . .en el descubrimiento y verificación científica de los delitos".
   En idénticos términos véase el artículo 1.º de la Ley núm. 5524, ya citada.
3. El artículo 170 CPP refiriéndose al Ministerio Público establece: "El requerimiento de instrucción contendrá: . . .3) La indicación de las diligencias útiles para la averiguación de la verdad".
4. El artículo 185 del CPP establece: "La instrucción tendrá por objeto: 1) Comprobar si existe un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad. . .".
5. Ver artículo 369 CPP.
6. Ver artículo 195 CPP.
7. Ver artículo 219 CPP.
8. Ver artículo 224 CPP.
9. Ver artículo 265 CPP.
10. Hablamos en una perspectiva estrictamente jurídico-procesal. Un análisis sociológico o criminológico podría ubicar, con justeza, al imputado en ese papel principal.
11. Ver artículo 29 CPP.
12. Ver artículo 33 CPP.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

hibirse o bien para ser recusado, está la circunstancia de haber sido testigo del hecho sometido a su conocimiento.[13] Esto reviste importancia en lo que aquí se trata pues se hace prevalecer el principio de imparcialidad y objetividad del juez, por encima incluso de la eventual ventaja que se tendría de poner a decidir el asunto a quien personal y directamente le consta cómo ocurrió.

La verdad jurídico-penal en nuestro ordenamiento es, en consecuencia, una verdad determinada desde fuera, por quien no le consta los hechos personalmente y quien debe valerse de medios indirectos (los diversos tipos de prueba) para declarar esa verdad en juicio. En este aspecto, más que en ningún otro resulta válida la representación alegórica de la justicia a través de la diosa vendada.

2. Mecanismos aseguradores en la defensa.

Se ha dicho con acierto, que la defensa es, dentro de la relación procesal, una parte en sentido formal, compleja, compuesta por el acusado y su defensor entre quienes se da una sola finalidad, conservando a la vez, cierta independencia. El defensor aparece como "un consorte necesario. . . del acusado"[14] que desde el punto de vista práctico-funcional puede tomar diversas facetas, sea como representante del imputado,[15] como asistente del mismo,[16] o como sustituto procesal.[17-18]

El derecho de defensa es una garantía del más alto rango. La Constitución Política de la República lo establece[19] y toma plena concreción y eficacia en la legislación de menor rango, especialmente en el Código de Procedimientos Penales.[20] Para proteger esta garantía primordial, la ley toma sus precauciones. En primer lugar, quien esté formalmente acusado de un delito tiene derecho a conocer los hechos que se le indilgan[21] y, en segundo lugar, puede negarse a declarar sobre esas acusaciones que se le hacen.

Lo anterior significa que el acusado en un proceso penal, haciendo uso de sus derechos ciudadanos, puede callar la verdad que sabe y que eventualmente le perjudica. A este respecto, la ley procesal establece que al imputado "en ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad".[22] Tampoco puede ejercerse sobre su persona fuerza física o moral de suerte que se le obligue a declarar o a realizar alguna acción. En lo fundamental, la ley busca que al acusado no se le obligue a confesar.

Históricamente, la confesión pasó de ser la *regina probis* del sistema inquisitivo puro durante la Edad Media, a ser la *putane de la probe* de los sistemas procesales mixtos modernos.[23]

Debe aclararse que el Código de Procedimientos Penales no autoriza al imputado de ninguna manera para que mienta. Sólo le reconoce el derecho —de cualquier manera inalienable— de callar para no verse perjudicado. Indudablemente, el derecho a guardar silencio, a no autoincrimarse, es una conquista histórica en los procedimientos penales. Fue necesario el transcurso de muchos siglos para que se comenzara a sospechar de la confesión lograda a través de los tormentos y torturas. Con el derecho al silencio lo que se da es un reconocimiento de que la persona humana tiene un espacio de dignidad inalienable y que no puede obligársele a declarar si no lo desea.

Es preciso recordar, no obstante lo dicho, que una cosa es la enunciación formal que en las leyes se hace de garantías y derechos, y otra distinta la relativización que esos enunciados su-

---

13. Ver artículo 29, inciso 1) del CPP.
14. GUARNERI, José. *Las partes en el proceso penal,* Editorial José M.ª Cajica, Jr., Puebla, México, 1952, pág. 346.
15. Ver, por ejemplo, artículo 86 CPP.
16. Ver, por ejemplo, artículo 194 CPP.
17. Ver, por ejemplo, artículos 362 y 375 CPP.
18. GUARNERI, ob. cit., pág. 338.
19. Ver, artículo 39 de la Constitución Política.
20. Ver, entre otros, artículos 82, 83, 189, 191 CPP.
21. Ver, artículo 279 CPP.
22. Ver artículo 276 CPP.
23. GUARNIERI, ob. cit., pág. 282.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

fren en la práctica. Con frecuencia —sobre todo en las fases policiales previas al proceso— el respeto absoluto a la persona del perseguido penalmente, queda como romántica aspiración, y por otra parte, la posibilidad de que el acusado mienta e invente su propia historia, totalmente falseada y aun contra el consejo de su defensor, son fenómenos harto frecuentes en la práctica judicial.

Puede afirmarse que dentro del proceso, el acusado goza de cierta ventaja pues "la carga de la prueba" corre para quien formula la acusación, en este caso la representación del Ministerio Público. Esta "ventaja", al menos formal que tiene el acusado al interior del proceso penal, se expresa de manera clara en el aforismo latino *in dubio pro reo.*[24] Esto significa que para la condena penal no bastan ni las sospechas, ni los indicios, ni siquiera algunas débiles pruebas. El juicio de culpabilidad penal debe apoyarse en la certeza, la verdad descubierta y afirmada de manera rotunda, sin el menor asomo de duda.[25]

Es en esta perspectiva que debe ubicarse la discusión —con resonancias moralistas— acerca de si un defensor debe proseguir con la defensa de quien sabe mentiroso y culpable. En primer lugar, si bien es cierto en toda comunidad humana existe un código moral dominante, al que, en términos generales se conforman los códigos legales, esto no significa que esos códigos sean los únicos. A estas alturas del desarrollo de la teoría sociológica y criminológica, parece estar fuera de discusión que el fenómeno delictivo obedece a diversos factores, uno de los más importantes es la diversa valoración que se hace de tales o cuales "bienes jurídicos", según sea la posición social de grupo o subgrupo en el que se inscribe el sujeto. Este es un dato con el que el jurista debe contar para una razonable valoración de los hechos criminales en concreto. El delincuente trata de defenderse con lo que buenamente puede, entre otras razones porque su código de moral y su percepción del derecho y la justicia, no coinciden con las versiones oficiales acerca de esos valores. Pero además, si nos inscribimos dentro de un régimen de derecho, que le garantiza a ese delincuente la posibilidad de callar y, todavía más, le abre la puerta para que pueda mentir (por su cuenta y riesgo), la discusión abstracta acerca de los deberes "morales" del defensor pierde vigencia.

Ateniéndose a la protección de las garantías legales que el propio sistema le otorga al acusado, el defensor puede en todo caso —aun conociendo la culpabilidad de su asistido— hacer uso de esos recursos legales a su alcance, pues por encima de la injusticia particular que puede estarse cometiendo, existen valores macrosociales superiores, entre los cuales está precisamente la protección genérica a todo ciudadano de defenderse ante una acusación grave como lo es la imputación penal.

En definitiva, lo que puede calificarse de "amoral" o hasta "inmoral" en la conducta de un defensor, no es sino una estrecha percepción de un fenómeno complejo en el que debe privar la perspectiva de cuáles valores son jerárquicamente superiores y cuáles deben subordinarse.

3. Mecanismos aseguradores en el Ministerio Público.

En nuestro sistema procesal penal, el representante del Ministerio Público es quien ejerce la acción penal, es decir, es el personaje investido por ley para formalizar una acusación y mantenerla a través del proceso. El Ministerio Público es un órgano estatal, adscrito en nuestro caso al Poder Judicial y como tal, ejerce una función pública.[26] Por otra parte, este órgano estatal carece de poder decisorio en los asuntos que conoce. Su labor fundamental es la de ejercer y mantener hasta donde lo considere oportuno, la acción penal, pero en ningún caso decide el fondo del asunto.[27]

Ya hemos adelantado que la actividad acusatoria al momento de formalizarse en un requerimiento de instrucción, tiene como uno de sus principales propósitos "la averiguación de la verdad".[28] Digamos ahora que el Ministerio Público a través de sus representantes, tiene la obligación en ese afán por esclarecer la verdad de ofrecer

---

24. La traducción de esta máxima, a saber "en caso de duda debe estarse a lo que más favorece al acusado", se refiere a las cuestiones de hecho y no de derecho, o de interpretación de la ley.

25. Ver, artículo 393, párrafo tercero, CPP.

26. Ver artículo 39 CPP.

27. Ver artículos 39 a 43 del CPP.

28. Ver artículo 170, inciso 3.° del CPP.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

al juez tanto la prueba de cargo como la de descargo,[29] así como puede pedir tanto la condenatoria del acusado como su absolución en la etapa de juicio[30] y, finalmente puede recurrir aun en favor del acusado cuando estime que la decisión del juez ha sido injusta.[31-32]

En virtud de esta caracterización que se hace del Ministerio Público, se le ha denominado "sujeto imparcial" o "parte imparcial" de la relación procesal.[33] La contradicción que pueda encerrar esta denominación es sólo aparente, ya que el fiscal busca establecer la verdad de manera objetiva, coincidiendo en este propósito con el mismo juez de la causa. El interés que guía al representante del Ministerio Público a la hora de ejercitar sus funciones no es personal o particular, sino social o "estatal", lo que explica su relativa imparcialidad.

De cualquier manera, lo que más interesa resaltar aquí es esa función que aspira a la objetividad e imparcialidad de los fiscales. En nuestro sistema, estos personajes, que son quienes por definición acusan y persiguen, ven matizarse su *rol* en aras de esta búsqueda de la verdad a la que están avocados. Su obligación es actuar desapasionadamente, renunciando incluso a su tarea persecutoria cuando la evidencia de la prueba lo demanda.

En virtud de lo anterior, la Ley prevé los mecanismos necesarios que aseguran objetividad e imparcialidad en la actuación de los representantes del Ministerio Público. Del mismo modo que los jueces, los fiscales deben inhibirse o pueden ser recusados cuando tengan interés directo o indirecto en el asunto sometido a su conocimiento, o bien cuando guarden con los involucrados en la litis vínculos familiares o de amistad.[34]

IV. LA VERDAD JURÍDICO-PENAL COMO RECONSTRUCCIÓN "EX POST FACTO."

Se debe centrar ahora la atención en el juez. Este personaje es quien va a realizar una tarea compleja, compuesta de la apreciación de los elementos probatorios que tiene enfrente y de la emisión de un fallo que resuelva, en uno u otro sentido, el caso. La prueba puede ser de diverso tipo[35] y su finalidad coincide, por supuesto, con los propósitos generales del proceso: la prueba existe para establecer una determinada verdad.[36]

La circunstancia más relevante en este proceso en procura de la certeza, es el hecho de que el juez debe realizar una verdadera labor reconstructiva, con la misma lógica de quien arma un rompecabezas, donde las piezas son las pruebas y los indicios graves. Se trata pues de reconstruir un retazo de la realidad una vez transcurrido el tiempo y fijados los hechos irremediablemente en el pasado, es decir, se trata de una reconstrucción *ex post facto.* En la base de esta tarea reconstructiva, está la concepción de que la verdad consiste básicamente en una correspondencia entre lo que se afirma como cierto y un sector determinado de la realidad "real" o "realidad material" como prefieren algunos autores llamarla.[37]

En este momento cobran capital importancia los medios de prueba. Al pertenecer todavía los "viajes a través del tiempo" a la ciencia ficción, y no habiéndose diseñado aún, para fortuna de la humanidad, el Estado-controlador-absoluto que pudiera vigilar todos y cada uno de los movimien-

---

29. Ver artículo 170 CPP.

30. Ver artículo 389 CPP. También el artículo 406 del Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba, Argentina, comentado por Ricardo C. Núñez, Lerner Editores, Córdoba-Buenos Aires, 1978, págs. 368 y 369.

31. Ver artículo 448 CPP.

32. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal,* Marcos Lerner, Editora Córdoba, Argentina, 1982, tomo II, págs. 297 y 298.

33. VÉLEZ, tomo II, ob. cit., pág. 298.

34. Ver artículo 43 CPP.

35. El título III del Código de Procedimientos Penales, Medios de prueba, señala los siguientes medios probatorios: Inspección y reconstrucción (arts. 201 a 208); Registro y requisa (arts. 209 a 215); Secuestro (arts. 216 a 223); Testigos (arts. 224 a 237); Peritos (arts. 238 a 252); Intérpretes (arts. 253 a 254); Reconocimientos (arts. 255 a 260); Careos (arts. 261 a 263).

36. Ver, por ejemplo, el artículo 386 CPP. Inspección Judicial ". . .para investigar la verdad. . .."; artículo 387 CPP. Prueba para mejor proveer ". . .para esclarecer la verdad. . ."; artículo 219 CPP. Intercepción de correspondencia ". . .útil para la averiguación de la verdad. . ."; artículo 224 CPP. Deber de indagar ". . .para descubrir la verdad. . ."; artículo 225 CPP. Obligación de testificar ". . .declarar la verdad. . .".

37. Ramírez, Édgar Roy. *La verdad. Teoría de la correspondencia,* en Camacho y otros. Conocimiento y poder. Editorial Nueva Década, San José, 1983, pág. 44.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tos de sus integrantes, los medios de prueba siguen siendo los recursos idóneos a los que echa mano el juez en la solución de los casos sometidos a su conocimiento.

El sistema procesal penal costarricense establece cuatro medios probatorios fundamentales:

a. Los rastros dejados por el hecho o acontecimiento que trata de reconstruirse. En este renglón entran las inspecciones judiciales oculares del lugar del hecho,[38] las inspecciones corporales y mentales de los involucrados,[39] la identificación de cadáveres,[40] los allanamientos y requisas personales,[41] el secuestro de cosas,[42] y las intercepciones telefónicas[43] y de correspondencia.[44]

b. Las versiones de los testigos. Sin lugar a dudas es éste el medio probatorio más delicado. El juez tiene que oír y sopesar el grado de verdad que haya en las declaraciones de testigos directos de los hechos. Todos los problemas relacionados con la psicología de la percepción y las cargas anímicas y subjetivas que pueda haber en una persona, hacen de la prueba testimonial un elemento delicado y hasta peligroso de apreciar.[45]

c. El auxilio de expertos o peritos viene a cumplir una función de ayuda en la labor reconstructiva de la verdad. Ante la ignorancia o inexperiencia propia, el juez puede acudir a quien domina una determinada ciencia o arte para arrojar luz sobre la verdad que debe establecer.[46] Puede ubicarse dentro de este mismo subgrupo de expertos al intérprete o traductor, cuya misión consiste en verter al idioma oficial —el español— documentos y testimonios en otras lenguas.[47]

d. La reconstrucción del hecho. Este medio probatorio es una especie de ensayo reconstructivo generalmente previo a la etapa de juicio en el que las partes involucradas, en el lugar donde ocurrieron los hechos muestran y demuestran al juez la versión que defienden.[48] De la misma naturaleza es el medio probatorio denominado careo, a saber, la confrontación personal y directa entre testigos o imputados para esclarecer la consistencia de la verdad que defienden.[49]

V. EL JURAMENTO DE DECIR VERDAD.

Toda persona que tenga que afirmar como cierto un hecho dentro del proceso, es previamente obligada a jurar o prometer decir la verdad.[50]

El rito del juramento se hunde en las tradiciones inmemoriales del funcionamiento del proceso. En los sistemas procesales primitivos, el juramento era una apelación al honor y su violación entrañaba no solo la pérdida del litigio sino la expulsión de la comunidad de pertenencia.

Algún resabio de ello queda en nuestra legislación procesal. Al testigo se le hace el juramento de verdad "por sus creencias"[51] o lo que es lo mismo, se le hace jurar por sus convicciones en lo que indudablemente hay una carga de moralidad y una apelación a su honorabilidad.

---

38. Ver artículo 201 CPP.
39. Ver artículo 204 CPP.
40. Ver artículo 205 CPP.
41. Ver artículos 209 a 215 CPP.
42. Ver artículo 216 CPP.
43. Ver artículo 221 CPP.
44. Ver artículo 219 CPP.
45. Ver artículos 224 a 237 CPP.
46. Ver artículos 238 a 252 CPP.
47. Ver artículo 253 CPP.
48. Ver artículo 206 CPP.
49. Ver artículo 263 CPP.
50. Ver, para el caso de testigos, intérpretes y peritos el artículo 208 CPP: para el caso de los careos el artículo 262 CPP; para las declaraciones testimoniales el artículo 234 CPP y para los intérpretes el artículo 254 CPP.
51. Ver artículo 94 CPP.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Pero además, el juramento es "advertido" de las consecuencias legales (penales) que puede traerle el faltar a la verdad.[52] Así, la coacción que se ejerce sobre el testigo y sus similares, a saber, peritos, intérpretes, testigos de actuación, etc. es de doble naturaleza: moral y legal.

Esta disposición alcanza a quienes por razones "ideológicas o religiosas"[53] se niegan a jurar, en cuyo caso la compulsión moral se atenúa obligándoseles sólo a "prometer" decir la verdad, pero advirtiéndoseles igualmente de las consecuencias penales del falso testimonio.

En principio, todo ciudadano está en la obligación de atestiguar sobre los hechos que le constan y que pueden ayudar a esclarecer un hecho delictuoso.[54] No obstante, este principio general conoce excepciones. Ya vimos cómo el acusado está exento de la obligación de declarar sobre los hechos que se le imputan, así como tampoco se lo puede juramentar. Hay otros dos supuestos en que no rige la obligación de rendir testimonio:

a. Cuando entre el testigo y el acusado medien vínculos filiales o legales.[55] Así, los familiares cercanos (hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad) o quien guarde con él relación legal (caso de tutor-pupilo) pueden abstenerse de declarar en contra del acusado. No obstante, si los testigos así privilegiados deciden declarar, son advertidos de su obligación para con la verdad. En este caso, como en ningún otro, la ley procesal no extiende licencia para mentir.

b. Cuando entre testigo y acusado media relación de secreto profesional.[56] Los profesionales[57] que hayan tenido conocimiento de hechos delictuosos en razón de su cargo y por confidencia de los clientes o asistidos, no solo pueden, sino que deben abstenerse de declarar. No obstante, esta disposición general, los interesados pueden relevar a estos profesionales de guardar el secreto, en cuyo caso tienen nuevamente la obligación de declarar y decir la verdad que conocen.

En estos casos, la ley subordina el deber para con la verdad a otros valores sociales igualmente preciados. Tal es el caso de proteger la familia y los vínculos filiales en general, así como la protección de los deberes profesionales de ciertas personas que, en razón del *rol* social relevante que juegan, el común de la ciudadanía acude a ellos en procura de sus servicios o consejos.

La búsqueda de la verdad es así el principal valor jurídico que se persigue en el proceso penal, pero de ninguna manera reviste carácter absoluto. Conoce claras limitaciones con respecto a la integridad moral de la persona del acusado y con respecto a alguno de los testigos que guardan con él vínculos filiales, legales o profesionales.

VI. RAZONAMIENTO LÓGICO-FORMAL Y RAZONAMIENTO JURÍDICO.[58]

Hasta ahora se ha visto que la finalidad básica del proceso penal es la búsqueda de la verdad. También se ha evidenciado de qué manera y con cuáles limitaciones cada uno de los principales protagonistas del proceso —juez, defensor-imputado, y Ministerio Público— se enfrentan a la búsqueda de esa verdad. Sin embargo, aún no se ha analizado en qué consiste esa empresa, a qué se refiere exactamente la ley procesal al hablar de "verdad" y qué contenido

52. Ver artículo 314 Código Penal (falso testimonio).

53. Ver artículo 94, párrafo segundo CPP.

54. Ver artículo 225 CPP.

55. Ver artículos 227 y 228 CPP.

56. Ver artículo 229 CPP.

57. Taxativamente el artículo 229 CPP menciona: ". . .Los ministros de un culto admitido; los abogados y notarios; los médicos, farmacéuticos, obstetras y los funcionarios públicos sobre secretos de Estado". Ateniéndonos a la aplicación restrictiva de la ley penal, no parecieran estar cubiertos por esta protección legal otros profesionales además de los estrictamente enunciados. Lo que aparece en el artículo 229 CPP como un deber para protección del secreto profesional, se convierte en severa obligación de conformidad con los artículos 203 (divulgación de secretos) y 284 (revelación de secretos) del Código Penal, en los que se sanciona con severas penas de prisión la infidelidad profesional.

58. Es preferible hablar de "razonamientos" lógico-formal y jurídico, en el entendido de que la lógica formal aristotélica es una sola, con aplicaciones múltiples en otras disciplinas, incluido el derecho. Desde esta perspectiva es preferible el criterio de quienes estiman inexacto hablar de una "lógica jurídica" ya que tal disciplina en realidad no existe, pues lo que se da es una aplicación —sui géneris, si se quiere— de la lógica al campo jurídico.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

puede tener ese concepto. Es hora de abordar estas interrogantes en las páginas que siguen.

Se dijo ya que la verdad jurídico-penal es una ardua labor de reconstrucción a la base de la cual está la teoría que concibe la verdad como una correspondencia entre lo que se afirma como cierto y un sector de la realidad. Corresponde ahora establecer además que la verdad jurídico-penal es el resultado de una labor intelectual, de un razonamiento "sui géneris", cualitativamente diverso del razonamiento estrictamente lógico-formal.

La clave de esta distinción se encuentra en El Órganon de Aristóteles.[59] El filósofo griego diferencia el "razonamiento analítico" del "razonamiento dialéctico".[60] El primero de ellos corresponde al razonamiento típico de la lógica formal.[61] Consiste en establecer una premisa mayor de carácter general; agregar una premisa menor, de carácter particular y derivar de ambas una determinada conclusión. Las premisas o presupuestos se postulan como verdades apriorísticas, incuestionables y evidentes. La conclusión aparece igualmente como una verdad evidente y necesaria y el resultado de todo este "juego" lógico es el establecimiento de una verdad científica.

La validez del razonamiento analítico está dado por su propia estructura o forma. Independientemente de los contenidos de las variables con que se forman las premisas, la conclusión se desprende "necesariamente" como verdad igualmente evidente.

El razonamiento dialéctico, en cambio, no busca establecer conclusiones "necesarias" o "verdades científicas", sino tan solo pretende dirigir un debate o una controversia.[62]

A partir de premisas más o menos "convincentes" o "razonables" se deducen conclusiones cuyo objetivo es convencer o persuadir a un interlocutor o a un público determinado. Este tipo de "razonamiento dialéctico o entimema"[63] es el propio del discurso jurídico y está a la base de lo que los antiguos griegos llamaron "la retórica", disciplina cultivada por siglos en esta importante cultura.

El hecho de que las premisas del razonamiento dialéctico tengan el carácter de "razonables" y no precisamente de "verdaderas", hacen que en ellas exista un margen importante de arbitrariedad en su establecimiento. El razonamiento dialéctico está cargado de valoraciones y apreciaciones subjetivas por parte de quien lo desarrolla y su validez no depende de ninguna estructura o forma preestablecida sino de su fuerza intrínseca para convencer a otros.

Por otra parte, tratándose de esta modalidad de razonamiento, puede dejarse de lado la rígida formalidad del silogismo en el sentido de que algunas premisas pueden darse por supuestas, ya que el interlocutor o público las aceptan "de principio". Así, la fuerza y validez del razonamiento sigue dependiendo de la capacidad de convicción que puedan tener las premisas y conclusiones que se expongan.

Finalmente, en la demostración dialéctica, propia del derecho, se intenta dirimir una controversia o conflicto tomando una decisión, en cuyo caso, el paso de las premisas a la conclusión no es formalmente "necesario", es decir, fatal y único como en el silogismo; sino que, por el contrario, ese salto es variable, se puede o no tomar la decisión, o se puede tomar una u otra decisión distintas.[64]

Pese a todas estas importantes diferencias el razonamiento dialéctico, propio del campo jurídico, coincide con el silogismo en la necesidad de partir de ciertas premisas (aunque la naturaleza de las mismas sea diferente en uno y otro caso) y a partir de ellas derivar determinadas conclusiones, así, aunque solo sea en líneas muy generales, ambos tipos de razonamiento coinciden.

La diferencia entre el razonamiento jurídico y

---

59. Aristóteles, citado por Perelman, ob. cit., pág. 7.

60. PERELMAN, Ch. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1979, pág. 9.

61. El razonamiento analítico por excelencia es el silogismo cuya estructura es la siguiente:
"Si todos los A son B, y
todos los C son A, luego
todos los C son B".

62. Perelman, Ch.; ob. cit., pág. 10.

63. Así denominado en la terminología aristotélica.

64. Perelman, Ch. Ob. cit., pág. 12.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el estrictamente lógico-formal parece ser hoy indiscutible. No obstante, a partir de la Revolución francesa y durante todo el siglo XIX con la llamada Escuela Exegética, dominante en el campo del derecho, esa distinción de ninguna manera apareció clarificada. Ante la necesidad de oponer seguridad jurídica a la arbitrariedad de los regímenes monárquicos absolutistas, el pensamiento revolucionario burgués quiso hacer aplicación del silogismo lógico-formal en la práctica jurídica. Así, se pretendió eliminar todo margen interpretativo de la ley y quiso enmarcarse el razonamiento jurídico dentro de la siguiente estructura:

a. Premisa Mayor: La norma de derecho correspondiente.

b. Premisa Menor: Hecho o conjunto de hechos tenidos por ciertos.

c. Conclusión: Fallo judicial.

El papel del juez quedaba reducido a la mecánica comprobación de la existencia de una norma general, la comprobación de que un hecho particular calzaba en los supuestos generales, y como aplicación lógico-necesaria, la sentencia judicial.

La rigidez de este esquema hizo crisis a finales del siglo pasado precipitándose las grandes reformas doctrinales que vinieron a darle nuevos aires a la práctica judicial. Básicamente, la Escuela Funcionalista o Sociológica del Derecho impulsó la necesidad de dar margen interpretativo al juez de conformidad con los fines o metas sociales del derecho y esta concepción, como movimiento o tendencia, vino a dominar la primera mitad del siglo XX. Más tarde se abre paso la "concepción tópica" del razonamiento jurídico, haciendo énfasis en la necesidad de incorporar de los principios generales del derecho en la práctica judicial tendencia que ha tenido vigencia sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial y a partir del famoso juicio de Nuremberg.[65]

VII. APLICACIÓN PRÁCTICA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO.

La aplicación del razonamiento jurídico se muestra en dos niveles distintos: el nivel de las partes (Ministerio Público y Defensa) queriendo convencer al juez, cada uno por su lado, de la justicia de su causa; y el nivel del juez queriendo convencer a las partes y en última instancia a la comunidad en que ejerce su función, de la justicia de su fallo.

A la representación del Ministerio Público y a la Defensa se le exige la motivación y fundamentación de sus intervenciones sobre todo cuando de impugnar una decisión judicial se trata.[66] Las simples solicitudes o instancias al juez, como los requerimientos fiscales o la solicitud de excarcelación del defensor, llevan también implícita la necesidad de fundamentación aunque en forma menos evidente que en el caso de los recursos.[67] En estos casos, no se exige propiamente un razonamiento fundado o motivado sino, más bien, una explicación de lo que motiva la acusación o solicitud.

De manera mucho más evidente la obligación del razonamiento recae sobre el juez; es él quien toma las decisiones en el proceso hasta culminar con la sentencia y es en estas resoluciones donde la motivación se vuelve indispensable, tanto así, que en la gran mayoría de los casos, la ausencia de motivación es sancionada con la nulidad de la decisión judicial.[68-69] Desgraciadamente, este es el aspecto que el juez puede verse tentado a pasar por alto. La fundamentación razonada de sus decisiones es una obligación legal ineludible, es su principal deber y su tarea más ardua. Así como las partes deben razonar para convencer al juez, éste tiene

---

65. Perelman, Ch. Ob. cit., pág. 37.

66. Ver, por ejemplo, artículo 461 CPP. Trámite de recurso de revocatoria ". . .por escrito que lo fundamente. . ."; artículo 464 CPP. Interposición de recurso de apelación: ". . .El Ministerio Público deberá fundamentar el recurso"; artículo 477 CPP. Interposición de recurso de casación: "Deberá indicarse separadamente cada motivo con sus fundamentos"; artículo 492 CPP. Interposición de recurso de revisión: ". . .concreta referencia a los motivos en que se base. . .".

67. Para el requerimiento de instrucción formal se exige: "La relación circunstanciada del hecho, con indicación, si fuere posible del tiempo y modo de ejecución" (artículo 170, inciso 2.º CPP). Para el requerimiento de elevación a juicio se exige: ". . .una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho. . .". (Artículo 341, párrafo 1.º, CPP).

68. Ver artículo 228 CPP. Nulidad de procesamiento; artículo 344 CPP. Nulidad del auto de elevación a juicio; artículo 400 CPP. Nulidad de la sentencia.

69. La obligación de fundar o motivar los fallos es también originada en la Revolución francesa y es una de las máximas conquistas procesales frente a la arbitrariedad dominante siglos atrás.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la doble responsabilidad de convencer —con razones— a las partes y al conglomerado social en que se ejerce la administración de justicia.

Error harto frecuente en nuestro medio es concebir la sentencia judicial como un enunciado de la acusación, un inventario más o menos prolijo de lo que dijeron los testigos o consta en los documentos y peritazgos, y, punto y seguido, largarse el fallo.

Por evidente que aparezca la absolución o condenatoria de las declaraciones, documentos, peritazgos, etc., el juicio razonado sobre esos elementos probatorios no puede eliminarse. El juez tiene que exponer no solo lo que el testigo dice o el documento hace constar, sino que además tiene que explicar por qué le merece fe una prueba y otra le parece deleznable. En este punto radica precisamente el deber de convencimiento que tiene la persona del juez para quienes va dirigida la resolución que emite y que, como vimos, es en última instancia, toda la comunidad jurídica en la que su decisión se inserta.

Cometer el error arriba descrito, pasando por alto el razonamiento o juicio, es desnaturalizar la función básica que el derecho tiene en toda sociedad moderna y civilizada. La decisión arbitraria o de pura fuerza no se distingue, esencialmente, de aquella que obvia las razones o fundamentos que la sustentan.

VIII. SANA CRÍTICA RACIONAL O LIBRE CONVICCIÓN EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.[70]

El ordenamiento procesal penal costarricense con frecuencia hace uso de una expresión cuyo significado no está del todo aclarado. Cuando el Código de Procedimientos Penales obliga al juez a sopesar razonadamente los testimonios de la causa, lo conmina a actuar "de acuerdo con las reglas de la sana crítica".[71] Al arribarse a la fase de sentencia, en lo que a las normas de la deliberación se refiere, la ley le pide al juez una valoración de los actos del debate "conforme a la sana crítica".[72] En directa relación con este punto, finalmente, la ley también sanciona con nulidad aquella sentencia en la que no se hubieran observado "las reglas de la sana crítica racional".[73]

Tradicionalmente se han reconocido tres distintos sistemas para la valoración de las pruebas en el proceso.

1. El sistema legal consiste en que la propia ley describe los supuestos dentro de los cuales una prueba debe tenerse por suficiente para demostrar la verdad de un hecho. El juez debe declarar esa verdad independientemente de cuál sea su íntimo criterio, sea que albergue dudas, sea que esté convencido de la insuficiencia probatoria o falsedad de la misma.

2. El sistema de íntima convicción es el caso opuesto al anterior. En este sistema no se establecen reglas para la valoración de la prueba. El juez decide según su propia conciencia y no está obligado a dar las razones que lo han llevado a dar un mayor o menor peso probatorio a uno u otro elemento de prueba.

3. Sistema de libre convicción o sana crítica racional. En este sistema tampoco hay reglas que predeterminen el valor que ha de darse a determinada prueba. El juez es libre en su tarea de valoración con el único límite de la fundamentación, es decir, está obligado a dar las razones o motivos que lo llevaron a dar determinada fuerza valorativa a una prueba.

Como ha quedado dicho, el Código de Procedimientos Penales de Costa Rica adopta este

---

70. El Código de Procedimientos Penales de Costa Rica es copia fiel de su homólogo de la provincia de Córdoba, República Argentina. Sin embargo, los redactores del Código costarricense prefirieron en todo caso usar la expresión "reglas de la sana crítica racional" antes que la expresión "libre convicción". Su significado es equivalente tal y como lo demuestra el artículo 410 del Código cordobés (donde se utiliza la expresión "libre convicción") gemelo de nuestro artículo 393 CPP. En relación con el carácter sinónimo de ambas formulaciones, véase Fernando de la Rúa, *El recurso de casación;* Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1968, págs. 175 y 176. Asimismo, véase Alfredo Vélez Mariconde, obra citada, tomo I, págs. 361, tomo II, pág. 199.

71. Ver artículo 226 del CPP.

72. Ver artículo 393 del CPP.

73. DE LA RÚA, Fernando. *El recurso de casación.* Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1968, págs. 175-176. VÉLEZ MARICONDE, A., ob. cit., T. I, págs. 341 a 367.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

último sistema obligando al juez en todas sus decisiones procesalmente relevantes a fundamentar o motivar lo que decide.[74]

Conviene en este punto hacer referencia al hecho de que el sistema procesal penal enuncia el principio de libertad probatoria,[75] el cual, enfrentado al principio de la taxatividad en materia de prueba, propio de la materia civil, abre la posibilidad de traer al proceso todo tipo de elementos de prueba que puedan contribuir al esclarecimiento de la verdad.[76] Este principio no debe confundirse con el sistema de valoración a través de la libre convicción cuyo justo funcionamiento obliga al juez a ceñirse a la prueba legalmente incorporada al proceso, a la hora de dictar sentencia y en resguardo del sagrado principio de defensa. Una cosa es que el juez tenga amplia libertad de traer al juicio la prueba que estime pertinente y otra muy distinta es que, para efectos del fallo, pueda valorar cualquier prueba, aun la no incorporada con las formalidades de ley al proceso. Esto último no puede hacerlo el juzgador dentro del sistema de libre convicción o sana crítica.

Cuando se hace referencia en el código a "las reglas de la sana crítica racional" o formulaciones similares, la mayoría de los autores remite, para explicar su alcance y contenido a "las reglas de la lógica, psicología y experiencia común".[77] No se encuentra en la doctrina mayor explicación sobre estos términos, más bien parece que tradicionalmente se han utilizado estas expresiones dándose por supuesto su significado, lo cual de ninguna manera es conveniente seguir aceptando. Expresiones como las arriba transcritas se prestan para interpretaciones totalmente antojadizas o arbitrarias, lo cual se revela en una práctica judicial que no se pone de acuerdo acerca de su alcance y real contenido. En todo caso, por su origen histórico, tal y como lo veremos, resultan expresiones totalmente anacrónicas que más propician la confusión que una sana técnica judicial.

En alguno de los más prestigiosos autores de la materia, se reconoce que los conceptos de "reglas de la lógica, psicología y experiencia común" son por definición "contingentes y variables",[78] según el tiempo y lugar en que la valoración probatoria se realice, pero, se insiste en que pese a esa contingencia sobreviven al menos las "reglas de la lógica" como las guías maestras en la elaboración del fallo judicial.

Se tiene la impresión, que el problema es más complejo que su variabilidad o contingencia, a primera vista. Cuando se habla de "reglas de la lógica" se hace referencia a la lógica formal aristotélica, al razonamiento silogístico, y a las leyes o principios básicos de pensamiento, a saber, el principio de identidad, el principio de no contradicción y el principio de tercero excluido. Estas eran y siguen siéndolo de cierta manera, las leyes del pensamiento universal y aquí, la doctrina jurídica no hace sino "tomarlas prestadas" de la lógica clásica.[80] Esta remisión, sin más a la lógica aristotélica tiene sus bemoles. Tal cual se explicó líneas atrás, la aplicación de las leyes básicas de la lógica formal y del silogismo como modelo de razonamiento, tiene que pasar por el tamiz de la diferencia básica que existe entre esos conceptos y los que hemos llamado propios del razonamiento jurídico, cualitativamente diversos de aquellos.

Por su parte, cuando se hace referencia a la necesidad de respetar las reglas de la psicología, hay que tomar en cuenta lo que esta disciplina formulaba a mediados del siglo XIX, época en que tiene origen la expresión "sana crítica racional". Para ese entonces, la psicología es una ciencia recién nacida. Su orientación básica dentro de los cánones metodológicos del positivismo, tendió a establecer, a nivel de la conducta humana qué comportamientos debían

---

74. DE LA RÚA, Fernando. *El recurso de casación.* Victor P. de Zavalia Editor, Buenos Aires, 1968, págs. 175-176. Vélez Mariconde, A., ob. cit., T. I, págs. 341 a 367.

75. Ver artículo 198 del CPP.

76. Se hace la salvedad del estado civil de las personas cuya prueba solo puede detenerse mediante la debida certificación documental.

77. DE LA RÚA, F., ob. cit., pág. 176. Vélez Mariconde, A., Tomo I, pág. 363.

78. VÉLEZ MARICONDE, A. Tomo I, pág. 363.

80. El profesor argentino A. Vélez Mariconde, retomando citas de Alcalá-Zamora y Levene, remonta el uso de la expresión "reglas de la sana crítica racional" a un reglamento emitido en 1864, es decir a mediados del siglo XIX, en plena influencia de la Escuela Exegética en la Europa continental que, como se dijo, impuso el análisis silogístico en el derecho (ver Vélez M. ob. cit., tomo I, pág. 364).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tenerse por "normales" y cuáles por "patológicos". Surgieron así las tipologías de las enfermedades mentales y toda una serie de reglas para estudiar, describir y clasificar a las personas.[81] El llamado a respetar las leyes de la psicología, en este contexto, sugiere la necesidad de establecer qué conductas deben tenerse por apropiadas y cuáles no, qué comportamientos pueden respetarse por ser "normales", adecuados al común de los miembros del grupo social, y cuáles deben reprimirse por ser violatarios del comportamiento promedio. No puede entenderse con facilidad qué podría significar hoy día "aplicar las leyes de la psicología" en la valoración de la prueba, a no ser que nos aten-gamos a un concepto totalmente vago y vulgarizado en el sentido de llamar la atención del juez para que aplique toda su agudeza de percepción y entendimiento para descubrir las causas ocultas e íntimas de una determinada conducta o hecho delictivo. Pero este procedimiento estaría totalmente alejado de lo que es un régimen de derecho y del moderno concepto de derecho penal de acto o de hecho.[82]

Por último, cuando se quiere explicar el concepto de "sana crítica" remitiéndolos a la denominada "experiencia común" se manejan conceptos totalmente imprecisos. La expresión "experiencia común" remite, en primer lugar, a las prácticas o experiencias "de todos" o al menos "de las mayorías", en cuyo caso no sólo estaríamos obligando al juez a razonar conforme a una conocida falacia,[83] sino que lo estaríamos obligando además a dictar sus fallos siempre conforme la costumbre o tradición lo han determinado. En este supuesto el derecho jugaría un *rol* necesariamente retardatario pues la interpretación innovadora sería imposible. Esta cuestión es del todo inadmisible pues la práctica nos enseña que desde el derecho se puede y se debe impulsar cambios de importancia en el ordenamiento jurídico y en el orden social global.

Se tendría así que el contenido que tradicionalmente se le ha querido dar al concepto de "reglas de la sana crítica racional" resulta hoy totalmente obsoleto. Salvedad hecha de la remisión que se hace a respetar los principios de la lógica aristotélica, con las objeciones ya establecidas; los otros conceptos, tanto el de "psicología" como el de "experiencia común", resultan, en el primer caso, totalmente anacrónico y, en el segundo, totalmente confuso, inútil para el empleo de una técnica judicial acorde con los tiempos.

En este caso resulta de mucha utilidad la formulación de Couture[84] cuando, al referirse a las reglas de la sana crítica, utiliza la expresión "reglas del correcto entendimiento humano" de clara ascendencia kantiana.

Con esta expresión, la sana crítica queda circunscrita a las leyes universales del pensamiento en sentido aristotélico, sobre todo lo que se refiere a respetar los principios de identidad y no contradicción y dándose cabida a todas aquellas afirmaciones o premisas "razonables" en el sentido en que las trata Luis Recasens Siches,[85] y cuyo alcance se remite a aquellas premisas y conclusiones de las que si bien no es posible predicar que sean "verdaderas/correctas" o "falsas/incorrectas", sí puede decirse de ellas que sean "razonables o plausibles" y, como quedó dicho páginas atrás, su función no es establecer una verdad científica, del orden de las verdades lógico-matemáticas, sino que se trata de una estructura de razonamiento tendiente a demostrar y convencer a un interlocutor o a un público, en medio de una contienda y para efectos de tomar una decisión.

IX. A MANERA DE CONCLUSIONES.

1. Verdad jurídico-penal y cosa juzgada.

Se ha mencionado ya que la verdad y la justicia son los valores fundamentales, aunque no absolutos, del proceso penal. En ciertas circunstancias, el derecho da prioridad a otros valores, igualmente relevantes para asegurar su correcto funcionamiento. Tal es el caso del valor "seguri-

---

81. DURKBREIM, Emile. *Las reglas del método sociológico*, Edit. La Pléyade, Buenos Aires, 1984, págs. 68 y sigs.

82. El derecho penal de autor castiga al individuo por lo que es, por sus costumbres y "peligrosidad" eventual; el derecho penal de acto sanciona al individuo por lo que en concreto ha hecho y que se estima lesivo para un bien jurídico determinado. Para una aclaradora diferenciación entre ambos conceptos ver BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Editorial Temis-ILANUD, Bogotá, 1984, págs. 7 y 8.

83. La así llamada falacia "ad populum" cuya validez quiere derivarse del hecho de que la totalidad o la mayoría afirman su veracidad.

84. Citado en A. Vélez Mariconde, ob. cit., pág. 363.

85. RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, S.A., Argentina-México, 1977, págs. 195 a 262.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dad jurídica" a través del cual se busca garantizar que una vez realizado legalmente un proceso, se arribe a una decisión o sentencia que cierre de manera definitiva la discusión del asunto.

El acusado tiene que conocer, en caso de ser condenado, las dimensiones y naturaleza del castigo que se le impone. En el evento contrario, si es absuelto, tiene que garantizarse el pleno ejercicio de sus derechos ciudadanos. En cualquier caso, la seguridad jurídica no solo opera respecto del perseguido a quien una sentencia le define su situación, sino que, por su medio, también opera de manera generalizada en toda la sociedad, aleccionando acerca de cómo es que funciona, en un régimen de derecho, la aplicación de las sanciones penales.

La seguridad jurídica es la garantía de que una vez resuelto en sentencia un litigio, el acusado no se va a ver nuevamente perseguido por los mismos hechos, ni corre el peligro que la causa en su contra se reabra, en cualquier momento, para modificar en su perjuicio los términos de la sentencia.[86]

El valor "seguridad jurídica" se realiza a través de la "cosa juzgada". Esta figura legal es básica para que el conglomerado social en el que funciona un sistema jurídico "sepa a qué atenerse", cuando un proceso culmina en sentencia. La cosa juzgada es entonces una especie de recurso a la formalidad, una frontera definitiva que se impone por ley para no estar discutiendo indefinidamente un asunto, al margen incluso de la correspondencia real entre lo que la sentencia afirma y lo que verdaderamente ocurrió.

En un enfrentamiento entre "verdad" y "seguridad jurídica", la institución de la cosa juzgada vuelve imperativa la seguridad, a cambio de que todo el sistema jurídico se asegure un mínimo de efectividad y credibilidad en sus destinatarios. Pero este recurso a la formalidad puede ser fuente de injusticias en casos concretos cuando la verdad se descubra demasiado tarde o no haya posibilidad de impugnar o revisar un fallo judicial.

2. Verdad jurídico-penal y error judicial.

La comprobación de que un tribunal en un caso específico ha incurrido en grave error, cometiendo una evidente injusticia, al tener por cierto aquello que no lo es, tiene consecuencias civiles y eventualmente penales. En el caso de las consecuencias civiles, el juez debe reparar el daño patrimonial que ha causado con su yerro.[87] En el segundo supuesto, el juez puede además enfrentar un proceso penal en su contra por el delito de prevaricato.[88]

En el caso del error judicial, la ley procesal se asegura mecanismos mediante los cuales se exige un mínimo de diligencia y probidad en el ejercicio de la función judicial y, la violación flagrante de la verdad, tiene para el juez, las consecuencias civiles y penales, arriba expuestas, amén de las estrictamente administrativas.[89]

La posibilidad, siempre existente, de un yerro grave por parte del juez, es tomado como uno de los principales argumentos contra la pena de muerte. En efecto, el error judicial en el caso de la pena capital no hay manera justa de remediarlo.

Ya es suficientemente problemática la compensación que pueda darse a quien por error ha sido privado de su libertad personal, pasando un tiempo en prisión injustamente. Sin embargo, es mucho más complejo el caso de quien es eliminado física o biológicamente, privándosele de la vida.

La evidencia posterior de que ha ocurrido un error no puede compensarse válidamente con nada, de ahí que sea éste uno de los principales argumentos contra la pena de muerte.

3. Verdad jurídico-penal y ética.

Al hacerse la distinción entre el razonamiento estrictamente lógico-formal y el razonamiento jurídico, se dijo que tal diferencia ha de buscarse en la naturaleza de las premisas. Se señalaba que las premisas del silogismo se afirman como verdades incuestionables de las que se deducen conclusiones "necesarias" igual-

---

86. Recuérdese que la sentencia firme, solo puede modificarse a favor del condenado, a través del recurso de revisión (artículo 490 CPP).

87. Ver art. 9, inc. 5.° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas; art. 10. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de C.R.); art. 445 del Código Civil.

88. Ver artículo 348 del CP. Prevaricato de muy restringida aplicación en nuestro medio, según reiterada jurisprudencia.

89. Ver artículos 29 y 30 de Ley núm. 8 del 10 de enero de 1973. Ley Orgánica del Poder Judicial.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mente irrefutables; en cambio, tratándose del razonamiento jurídico, las premisas se afirman no por su "verdad" o "corrección" evidentes, sino por la condición de ser "razonables" o "plausibles", cuya validez depende del poder de convicción que tengan frente a un determinado público.

Se ha dicho también que en la definición de estas premisas quien alega o afirma goza de cierto margen de arbitrio en su tarea y, por tanto, las conclusiones que extraiga de sus puntos de partida, también suelen ser relativas en su valor de verdad y de ninguna manera aparecen como "lógicamente necesarias".

Estas características del razonamiento jurídico tienen consecuencias de orden ético-profesional. Si la verdad jurídica depende de las premisas que se sienten, podría entenderse que en derecho es posible probar cualquier cosa dependiendo de la habilidad o ingenio que se tenga para, una vez definidas ciertas premisas, arribar a las conclusiones que se desea.

Esto es solo parcialmente cierto. El sistema legal se cuida de imponer sus propios mecanismos de control para evitar que el ejercicio del derecho sea el reino del puro arbitrio. El derecho define los instrumentos e institutos sustanciales y procesales con que funciona de manera más bien rígida y poco flexible. Las afirmaciones descabelladas o totalmente contrarias a la letra y espíritu de la ley son desechadas de principio.

Sin embargo, es cierto que subsiste ese margen de arbitrariedad en el diseño del discurso o razonamiento jurídico y, en ocasiones, se abusa del mismo al querer demostrarse hoy una tesis y mañana otra, acudiendo al recurso de redefinir las premisas de que se parte.

Paradójicamente sucede que quienes mayor conocimiento y dominio del derecho tienen, pueden verse con mayor facilidad tentados a estos juegos antiéticos con el ordenamiento jurídico. Tanto el juez como el litigante deben, en procura de su integridad ética y profesional ser coherentes consigo mismos dentro del marco legal establecido. Lo anterior significa que un profesional que se respete, ante casos de igual naturaleza, debe partir de supuestos semejantes y arribar a conclusiones igualmente similares. No puede andarse por ahí, en el caso del litigante, probando hoy una tesis y mañana otra, con el exclusivo propósito de ganar contiendas. Ese juego nos llevaría al terreno del oportunismo y el cinismo en derecho, comportamientos que nada tienen que ver con el ejercicio ético de la profesión.

Lo anterior no significa que, en el desempeño de una función o en la práctica profesional no puedan irse cambiando los criterios conforme cambian las circunstancias y las experiencias; en este punto, nuevamente la necesidad de fundamentar o razonar esos nuevos criterios tiende un puente hacia el comportamiento ético que lo aleja del oportunismo o el puro arbitrio.

BIBLIOGRAFÍA.

1) Asamblea Legislativa de Costa Rica, *Código de Procedimientos Penales.* Lehmann S.A., San José, 1974.

2) Asamblea Legislativa de Costa Rica, *Código Penal,* Lehmann S.A., San José, 1970.

3) Asamblea Legislativa de Costa Rica, *Ley Orgánica del Poder Judicial,* Lehmann S.A., San José, 1974.

4) Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal,* Parte General, Editorial TEMIS-ILANUD, Bogotá, San José, 1984.

5) Bettiol, G. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal,* Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1977.

6) Camacho, Luis y otros. *Conocimientos y poder,* Editorial Nueva Década, San José, 1983.

7) Carnelutti, P. *Lecciones sobre el proceso penal,* Ediciones Jurídicas Europa América. Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1980.

8) Clariá Olmedo, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal,* Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, 1960.

9) De la Rúa, Fernando. *El recurso de casación,* Zavalía Editora, Buenos Aires, 1968.

10) Durkbreim, Emile. *Las reglas del método sociológico,* Editorial La Pléyade, Buenos Aires, 1984.

11) *Enciclopedia Jurídica Omeba,* Bibliográfica Omeba, Editores Libreros, Buenos Aires, sin fecha.

12) Foucault, Michele, *La verdad y las formas jurídicas,* Editorial Gedisa, Barcelona, 1980.

13) Foucault, Michele, *Saber y verdad,* Ediciones de la Piqueta, Madrid, 1985.

14) Foucault, Michele. *Vigilar y castigar,* Siglo Veintiuno Editores, México, 1984.

15) Guarneri, José. *Las partes en el proceso penal,* Editorial José M. Cojica Jr., Puebla, México, 1952.

16) Gutiérrez, Carlos José. Costa Rica, *Constitución Política anotada,* Equidad de Centro América S.A., San José, 1975.

17) Montero Aroca, Juan. *Introducción al*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Derecho Procesal, Editorial Temos, Madrid, sin año.

18) Núñez, Ricardo C. *Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba comentado,* Lerner Editores, Córdoba-Buenos Aires, Argentina, 1978.

19) Perelman, Ch. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Editorial Cintas S.A., Madrid, 1979.

20) Recasens Siches, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial del Derecho, Editorial Porrúa S.A., México, 1977.

21) Vélez Mariconde, Alfredo. *Derecho Procesal Penal,* Marcos Lerner Editora, Córdoba, Argentina, 1982.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA SITUACIÓN DEL MENOR EN RIESGO SOCIAL E INFRACTOR EN COSTA RICA

MSC. MARIO ALB. VÍQUEZ JIMÉNEZ

I. IMPORTANCIA DEL FENÓMENO.

Diversas razones justifican el interés en los problemas de la juventud, en especial aquellas que son causa de la desviación social juvenil y la criminalidad entre los jóvenes.

El gran interés que ha despertado el fenómeno, especialmente en el último decenio, no obedece a la casualidad ni mucho menos, pues es aquí donde las estructuras sociales se ven frecuentemente cuestionadas y muchas veces violentadas por una juventud que se niega a aceptar tranquilamente las normas y patrones culturales vigentes y que, por lo demás, han sido definidas por los adultos.[1]

Presenta así la llamada desviación social juvenil —a nuestro juicio— dos niveles de análisis:

1. En primer término su referencia a un marco social estructural.
2. Su abordaje dentro de la estructura institucional del control social.

1. Origen estructural del fenómeno.

Desde la perspectiva estructural, el problema de la desviación social juvenil presenta en la sociedad contemporánea un marco de referencia común, cual es el avance tecnológico e instrumental dentro de un modelo de desarrollo económico y social de países periférico-dependientes, con cada vez más evidentes desigualdades en la distribución de la riqueza y, por ende, en las posibilidades adquisitivas. Es decir, nuestra sociedad ofrece al joven un mundo de consumo y fantasía, sin darle los instrumentos para alcanzarlo.

En el caso concreto de Costa Rica podemos señalar, de manera general, que con una población aproximada de 2.6 millones de personas, la mitad es menor de 10 años y más de un millón (1,044.515) son menores de 17 años. La población de menores de 12 años es casi de 800.000 individuos, o sea, casi la tercera parte de la población total.

Por otra parte, la crisis económica con la que Costa Rica inicia la década de los años 80, nos ha llevado de una deuda externa que crece a pasos agigantados, destinándose de un 27% del PIB en los 70 a un 50% del PIB en los 80. Se pasó de un crecimiento anual de 8,9% en 1973 a un 0,8% en 1985. El porcentaje de familias pobres se incrementó de un 27% a un 48% en 1982; el desempleo que fluctuó en los 70 alrededor de un 5%, se elevó a un 9% en 1983 y se calcula que la escasez de trabajo afectó a 170.000 personas. El costo de la canasta alimentaria que en 1973 correspondía a un 52% del salario promedio, en 1983 fluctuó entre el 95% y el 128% y a fines de 1984 representaba un 89%. Se estima, además, que el problema habitacional afecta a un 60% de la población, con un faltante de 100.000 viviendas y más de 164.000 no reúnen las condiciones adecuadas.[2]

Es entonces, dentro de este marco de desigualdades económicas y sociales, producto de

---

1. Ver al respecto: VÍQUEZ, Mario: *"El sistema de Justicia Juvenil en Costa Rica"*. Ponencia presentada en la I Conferencia Nacional de Prevención del Delito. Ministerio de Justicia, marzo de 1986, San José, Costa Rica.
2. Estadísticas del Ministerio de Salud, 1985, San José, Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

una desarticulación estructural con el sistema de producción, que emerge un amplio sector de la población con evidentes condiciones de "vulnerabilidad psicosocial" que sitúan al joven en condiciones de desventaja frente al sistema jurídico y cultural.

La desviación social juvenil no parte del sujeto mismo, sino que viene a ser en este sentido, un reflejo de las contradicciones y polaridades existentes; en el contexto social y que adquieren modalidades específicas de acuerdo con la inserción del joven en la organización social, pasando por la dimensión familiar y comunal.

Es importante señalar a este nivel de la exposición, que acá nos referimos fundamentalmente a la población detectada por los órganos judiciales o administrativos, quedando por fuera aquella población no detectada, que generalmente pertenece a otros estratos sociales que parecieran gozar de ciertas garantías implícitas, es decir, de mayor inmunidad.

En concreto podemos afirmar que más de un 95% de la población que entra en contacto con el sistema de atención de menores, proviene de estratos pobres y marginales. Sectores en los que se hace más patente la violencia social, expresada no solo en la imposibilidad de satisfacer sus necesidades básicas (abrigo, alimentación adecuada, vivienda, trabajo estable, educación, etc.), sino también violencia en el sentido de limitar al joven su posibilidad de desarrollar sus potencialidades humanas.

Acorde con lo señalado, nuestras investigaciones indican que en la actualidad se detectan aproximadamente 25 menores diarios con diversas situaciones de desviación social juvenil, es decir: 750 al mes, 5.000 al año (restándole los ingresos reiterantes que son de un 24,43%).[3]

Ahora bien, estas 5.000 son la desviación social juvenil *aparente;* es decir, la detectada. Teóricamente sabemos que esta población es solo un 10% de la desviación real. O sea, podemos estar hablando de 45.000 menores en situaciones de desviación social juvenil (desviación real).

Analicemos en concreto las características psicosociales de esta población. Así, por ejemplo, la familia y forma de crianza de estos sectores nos indican: (ver cuadro núm. 1).

CUADRO NÚM. 1

PORCENTAJE DE RECURSOS DE UBICACIÓN FAMILIAR DE MENORES INTERNADOS EN CENTROS DE ORIENTACIÓN JUVENIL, 1986.

Recursos de ubicación	%
Familia recurso	33%
Familia no recurso	34%
Posibles recursos	27%
Recurso secundario	6%

Solamente un 33% de los menores tienen una familia recurso. Predominando las formas aglutinadas con la presencia de un sólo grupo, de 3 ó 4 generaciones.

Un 67% no tienen en concreto un recurso familiar adecuado. De esta manera, las condiciones básicas de crianza como son: la estabilidad en los vínculos afectivos, la calidad y cantidad de atención brindada, la presencia de figuras de identificación, la existencia de límites claros y precisos, están significativamente alterados, lo que obstaculiza en esta población la creación de un clima propicio para su maduración psicofisiológica.

Las principales formas de manifestación de esta desviación las constituye: (ver cuadro número 2).

a) 73,89% de esta población expresa condiciones de riesgo social.
b) 26,11% de la población es infractora.

La población en riesgo social se refiere a deambulación, drogadicción, fugas del hogar, prostitución, etc.

La población infractora se refiere principalmente a:

a) 90% delitos contra la propiedad.

3. Ver Estadísticas Centro Diagnóstico y Referencia del Menor en Riesgo Social. Programa de Prevención-Dirección General Adaptación Social, San José, Costa Rica, 1987.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

b) 10% violación, tráfico de drogas, delitos contra las personas, etc.

En la dimensión psicológica individual, producto de las condiciones socioeconómicas y del tipo de crianza, nos encontramos en condiciones de vulnerabilidad en:

— grado de madurez.
— capacidad para controlar impulsos.
— dificultad en postergación de necesidades.
— fuerte tendencia a la actuación sobre la reflexión.
— etc.

Lo que se expresa, además, en otras formas sobreagregadas de desviación, dado que un 68% de la población utiliza drogas, en especial marihuana e inhalantes, un 55,10% tiene problemas de promiscuidad, un 48,96% pertenece a pandillas, un 34% tiene institucionalizaciones previas y un 26,53% tiene problemas de alcoholismo.

Cuadro núm. 2

DISTRIBUCIÓN DE LA POBLACIÓN DETECTADA EN SITUACIÓN DE DESVIACIÓN SOCIAL JUVENIL, SEGÚN LOS MOTIVOS DE INGRESO AL CENTRO DE DIAGNÓSTICO DE MENORES (Set. 1986 a marzo 1987)

MOTIVO	TOTAL	
	Núm.	%
1. Menores en riesgo social	668	73,89
2. Infracciones	236	26,11
TOTAL	904	100,00

Complementariamente y en concordancia con lo dicho, otros elementos de estas características indican:

Un 40% de los casos provienen de zona urbana marginal, un 32% urbano y el 27% rural (marginal).

El 6,0% es población que va de 0 a 6 años, el 20,46% va de 7 a 12 años y el 73,55% va de 13 a 17 años. (Ver cuadro núm. 3)

Cuadro núm. 3

INGRESO DE MENORES AL CENTRO DE DIAGNÓSTICO SEGÚN EDAD Y SEXO (Set. 1986 a marzo 1987)

GRUPOS DE EDADES	TOTAL		MUJERES		VARONES	
	Cantidad	%	Cantidad	%	Cantidad	%
TOTAL	904	100	185	20,49	719	79,53
0 a 6 años	54	5,98	26	2,89	28	3,09
7 a 12 años	185	20,46	18	1,99	167	18,47
13 a 17 años	665	73,55	141	15,59	524	57,96

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

54 menores de 0 a 6 años representa un 5,98%.

665 menores de 13 a 17 años representa 73.55%.

Un 79,53% son varones y un 20% son mujeres.

La escolaridad indica que un 7,19% de la población es analfabeta, un 53,98% tiene primaria incompleta y un 26,11% con secundaria incompleta. (Ver cuadro núm. 4)

La situación laboral refleja una situación similar a lo educativo, observándose que un 58,07% son desempleados, un 13,50% estudiantes y un 11,94% vendedores ambulantes. (Ver cuadro núm. 5).

Finalmente, los lugares más significativos de procedencia de los menores son:

San José (C. Central)	53,98%
Desamparados	10,28%
Guadalupe	5,75%
Pavas	3,87%
Hatillo	3,09%
Tibás	2,32%
Alajuelita	2,32%

Cuadro núm. 4

NIVEL EDUCATIVO DE LOS MENORES QUE INGRESARON AL CENTRO DE DIAGNÓSTICO DE SETIEMBRE 86 A MARZO 87

ESCOLARIDAD	TOTAL	
	Núm.	%
Primaria completa	62	6,86
Primaria incompleta	488	53,98
Secundaria completa	5	0,55
Secundaria incompleta	236	26,11
Sin escolaridad por edad	45	4,98
Analfabetos	65	7,19
Otros estudios	2	0,22
Enseñanza especial	1	0,11
TOTAL	904	100,00

2. Abordaje del fenómeno: Estructura institucional del control social.

Partimos en esta segunda parte de la exposición de una premisa fundamental cual es la de que los niños no solamente necesitan recibir atención sino que también deben ser considerados como seres humanos y que deben, por lo tanto, beneficiarse tanto de los derechos humanos en su totalidad como de los derechos especiales para los niños.

Sin embargo, esta afirmación sobre la que suele creerse que hay acuerdo general, no siempre tiene una contrapartida *práctica* en el sistema de atención juvenil es decir, en los procesos de atención policial, tutelar y de tratamiento institucional.

Desde esta perspectiva preocupa la manera en que se efectúa ese contacto del menor en riesgo social e infractor con el sistema institucional, pues se estima que esto puede influir de manera decisiva en el futuro del menor.

Es así como, más allá de la palabra, a veces grandilocuente sobre el valor de la infancia y su protección, el análisis del sistema institucional en sus avances, faltas y especialmente necesidades, se presenta como una oportunidad concreta de dar respuesta no solo a situaciones donde pueden estar peligrando los derechos del niño, sino en la creación de una política criminal realmente preventiva.

En nuestro país, como analizaremos, diver-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro núm. 5

OFICIO DE LOS MENORES QUE INGRESARON AL CENTRO DE DIAGNÓSTICO DE SETIEMBRE DE 1986 A MARZO DE 1987

OFICIO	TOTAL	
	Núm.	%
Desempleados	525	58,07
Estudiantes	122	13,50
Vendedores ambulantes	108	11,94
Taller mecánico	11	1,21
Oficios domésticos	24	2,66
Construcción	13	1,43
Afilador	3	0,33
Zapatero	12	0,32
Limpiabotas	25	2,77
Serigrafía	1	0,11
Panadero	1	0,11
Operario	22	2,43
Gondolero	1	0,11
Dependiente	2	0,22
Distribuidor	1	0,11
Salonero	2	0,22
Guardia	1	0,11
Algodonero	1	0,11
Cogedor de café	7	0,78
Misceláneo	7	0,78
Camionero	3	0,33
Ebanistería	7	0,78
Comercio	3	0,33
TOTAL	904	100,00%

sas son las instituciones que enfrentan, de una u otra forma, el problema de la niñez y juventud costarricenses. Sin dejar de lado las diferencias inherentes a la particularidad del problema que atiende cada institución y a los no despreciables problemas de coordinación, lo cierto es que el fenómeno plantea una premisa fundamental, cual es la imposibilidad real de que una sola institución se dedique a tratar integralmente el problema, por lo que es no solo necesario sino un *requisito*, de que debe darse un trabajo complementario y de constante retroalimentación interinstitucional.

Estamos además claros de que, aún con la existencia de un marco jurídico adecuado, el fenómeno debe abordarse principalmente en políticas preventivas a nivel comunal.

En concreto, nuestro sistema institucional de atención expresa esquemáticamente tres momentos de atención del menor en riesgo social e infractor. (Ver esquema núm. 8).

1. La primera instancia se refiere a los procesos de socialización primaria que se da a través de la familia, escuela y medios masivos de comunicación entre otros.

Acá intervienen una gama amplia de insti-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro núm. 7

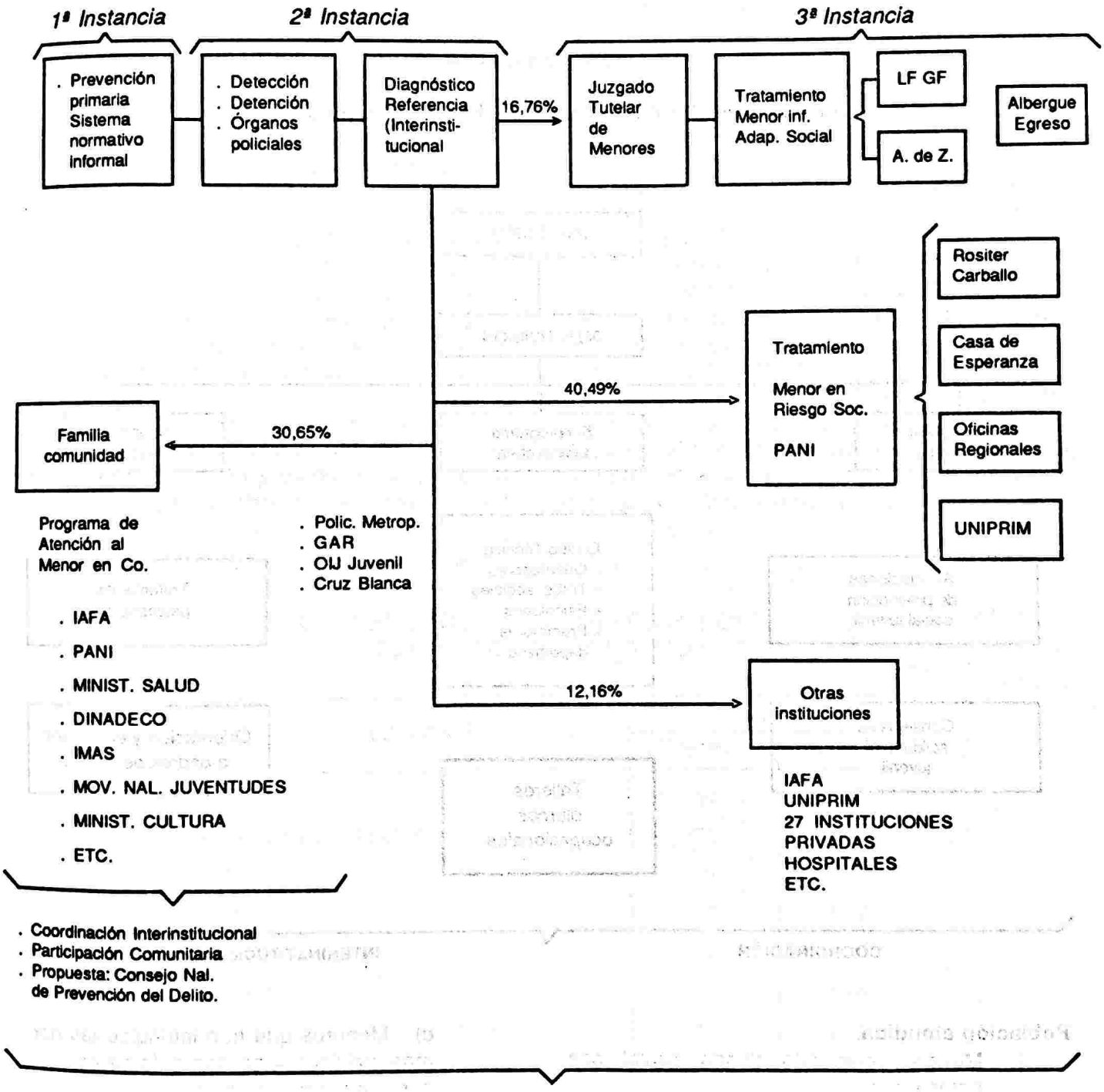
LUGARES DE PROCEDENCIA DE LOS MENORES QUE INGRESARON AL CENTRO DE DIAGNÓSTICO DE SETIEMBRE 1986 A MARZO 1987

Provincia (cantón)	TOTAL	
	Núm.	%
1. SAN JOSÉ		
Cantón Central de San José	488	53,98
Desamparados	93	10,28
Guadalupe	52	5,75
Alajuelita	21	2,32
Pavas	35	3,87
Curridabat	19	2,10
Tibás	21	2,32
Hatillo	28	3,09
San Pedro	7	0,77
Moravia	2	0,22
Escazú	16	1,76
Santa Ana	6	0,66
Coronado	16	1,76
Paso Ancho	7	0,77
Centro Rositer Carballo	2	0,22
Patarrá	2	0,22
Zapote	3	0,33
Aserrí	1	0,11
Acosta	2	0,22
Tabarcia	1	0,11
2. CARTAGO	22	2,43
3. GUANACASTE	4	0,44
Nicoya	1	0,11
4. HEREDIA	18	1,99
5. ALAJUELA	12	1,32
Grecia	3	0,33
San Carlos	3	0,33
Upala	1	0,11
6. PUNTARENAS	3	0,33
Quepos	2	0,22
San Vito	2	0,22
7. LIMÓN	10	1,10
TOTAL	904	100,00%

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Esquema núm. 8

ALTERNATIVAS DE ABORDAJE DEL MENOR EN RIESGO SOCIAL DENTRO DE LA ESTRUCTURA DEL CONTROL SOCIAL EN COSTA RICA



COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL DEL MENOR EN RIESGO SOCIAL (Dec. núm. 17202-5-SP-J-de 9-10-86)

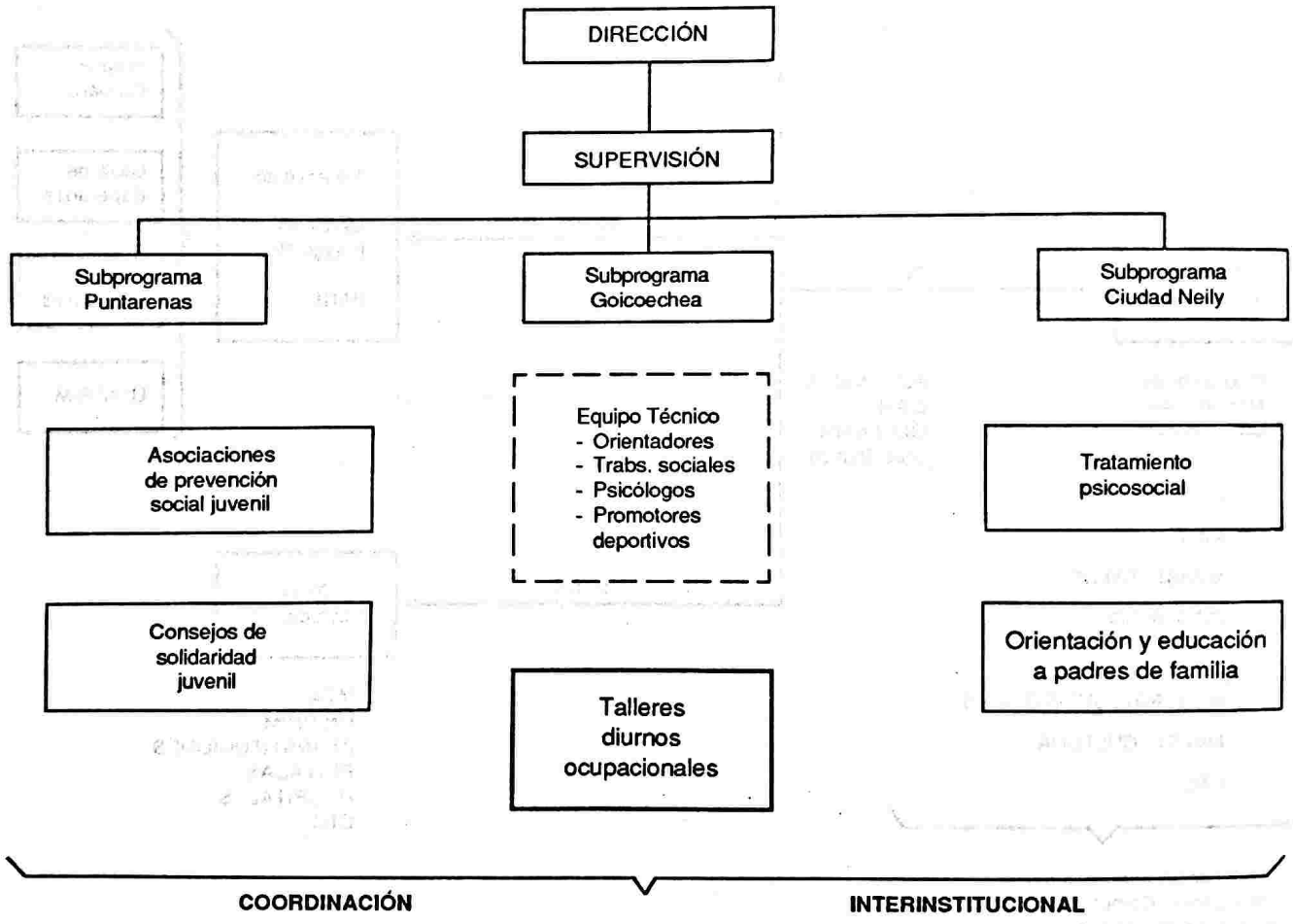
Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tuciones para las que se ha hecho el planteamiento de un Consejo Nacional de Prevención.[4]

Resaltamos, en todo caso, de manera particular, los tres proyectos pilotos de prevención comunitaria que desarrolla el Programa de Prevención en Puntarenas, Goicoechea y Ciudad Neily, que es una experiencia concreta de raigambre comunitario y sobre la que tenemos alguna experiencia acumulada. (Ver esquema núm. 9).

Esquema núm. 9

PROGRAMA DE ATENCIÓN AL MENOR EN COMUNIDAD



Población atendida.

1. Menores con alto riesgo social con énfasis en:
   a) Deambulantes
   b) Drogadicción
   c) Menores que han infringido las normas jurídicas y no han sido detectados por la autoridad judicial.
2. menores ingresados de centros de internamiento.

4. Sobre este tema hay una propuesta presentada al Ministerio de Justicia por parte de una Comisión de Trabajo de la I Conferencia Nacional de Prevención del Delito, bajo el título de "Propuesta de Creación del Consejo Nacional de Prevención del Delito", Ministerio de Justicia, San José, Costa Rica, 1987.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3. Menores referidos por el Juzgado Tutelar de Menores.

2. Cuando aparentemente han fracasado las medidas de prevención social y comunal, en la práctica entran las medidas de control formal y el menor es detectado y detenido, fundamentalmente por las instancias policiales. En un 78,65% de los casos, los menores son detenidos por la policía de adultos denominada Metropolitana (radiopatrullas). En un 6,52% por la GAR; 1,10% por la UPD y el resto es detectado por otros cuerpos policiales o entidades administrativas. (Ver cuadro núm. 10).

Sobresale como un avance en materia de menores, la recién creada Unidad Preventiva Cruz Blanca que por lo reciente de su creación (dos meses) no tenemos criterios de evaluación, pero que de antemano sabemos no cubre más de un 8% de los casos de menores.

Interesa destacar, aunque sea de manera general, la relevancia que pueden tener los procesos de detección y detención y las connotaciones estigmatizantes de algunos procedimientos. Destacamos al respecto cuatro situaciones:

1. La capacitación y especialización policial.
2. Los posibles problemas de abuso de autoridad.
3. La actitud policial.
4. La presencia de menores en cárceles de adultos, previos a ser puestos a la orden de una autoridad judicial o con explícita orden judicial.

Sobre la especialización policial ya hemos señalado que en el país se cuenta solo con dos organismos especializados en la materia, como es el caso del OIJ de menores y la recién creada Unidad Metropolitana Cruz Blanca. Sin embargo, ambas no abarcan un 10% de la población detectada, quedando en más de un 80% de los casos en manos de policías de adultos que, me atrevo a asegurar, no tienen los conocimientos mínimos en esta materia.

Sobre los posibles abusos de autoridad que están estrechamente vinculados al punto anterior, en una investigación de 1986, con menores multirreincidentes del Centro de Orientación Juvenil Luis Felipe González Flores, se reportó

Cuadro núm. 10

ENTIDADES QUE REFIEREN LOS MENORES AL CENTRO DE DIAGNÓSTICO

ENTIDADES	TOTAL	
	Núm.	%
PANI	42	4,64
POLICÍA METROPOLITANA	711	78,65
OIJ	27	2,98
GAR	59	6,52
UPD	10	1,10
MIGRACIÓN	6	0,66
OTROS GRUPOS POLICIALES	33	3,65
CENTRO LUIS F. GONZÁLEZ FLORES	1	0,11
JUZGADO TUTELAR DE MENORES	1	0,11
ENTIDADES PARTICULARES	5	0,55
PROPIOS MEDIOS	9	0,99
TOTAL	904	100,00

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sobre el trato de la policía durante la captura, lo siguiente:[5]

40% algún tipo de agresión física.
12% los esposaron y requisaron.
4% medió algún tipo de chantaje.
44% consideró como bueno el trato.

En general, como señala Naciones Unidas, es difícil convencer a los jóvenes que respeten la ley, si las propias autoridades no lo hacen, porque la arbitrariedad, el maltrato o la tolerancia con el menor o con las actividades ilegales de los adultos, pueden hacer no solo que se pierda el respeto a la autoridad, sino que se provoque el inicio de la carrera delictiva.[6]

En tercer término nos referimos a la actitud policial.

Sobresalen aquí las detenciones que se realizan por faltas de escasa gravedad o sencillamente por la "condición del menor". Así, por ejemplo, en 1987 los datos nos indican que casi un 65% de las detenciones policiales se realizan por situaciones no específicas de "sospechas o deambulación", es decir, dentro de la "ambigua actitud sospechosa", lo que nos induce a pensar en un patrón policial más tendiente a afirmar su presencia o "autoridad", antes que vigilar efectivamente personas y bienes y a asegurar protección particularizada a los ciudadanos.[7]

En cuarto lugar nos referimos a la presencia de menores en cárceles de adultos. De sobra estaría señalar lo inadecuado de este procedimiento, no solo por ilegal, sino por sus consecuencias criminalizantes.

Este fenómeno se produce fundamentalmente fuera del área metropolitana y lo dividimos, para su comprensión, en dos momentos:

a) Previo a ser conocido por autoridad judicial, caso de las cárceles de la Guardia de Asistencia Rural.
b) Por orden judicial.

En una muestra de tan solo nueve delegaciones, se reportan para 1986, 36 casos de menores en cárceles de adultos; para 1987, hasta marzo se habían detenido 24 menores. En 1982, como ejemplo, en todo el país se detuvieron en cárceles de la GAR a 675 menores.[8]

En los casos de menores detenidos en cárceles de adultos *con orden judicial*, encontramos que en 1986 esta práctica se dio en 50 casos; que el promedio de días detenidos, fue de 7,05 días y en un 80,56 % de los casos fue por delitos menores, evidenciando además un abuso en la "detención preventiva", pues solo el 36% de los casos fue finalmente internado y el resto puesto en libertad.[9]

Este tipo de detención es más frecuente en unidas como San Ramón, San Carlos, Liberia y, especialmente, Limón.

Una vez detenido el menor por parte de una autoridad, este —al menos en el caso de San José (más del 75% de los casos del país)—, es trasladado al Centro de Diagnóstico y Referencia del Menor en Riesgo Social, que viene a ser una entidad técnica no policial y que representa un avance digno de mención en esta materia.

Esta iniciativa del Ministerio de Justicia, entró a funcionar en 1986 y es un ejemplo concreto de coordinación interinstitucional y de lo mucho que puede hacerse con los recursos existentes.[10]

Esta unidad brevemente la podemos caracterizar: "como una acción coordinada de diversas instituciones (Seguridad Pública, GAR, PANI, Corte, Justicia, IMAS, IAFA), que tiene la función básica de recepción, diagnóstico y referencia de los menores en riesgo social e infractores. Su carácter metodológico es interdisciplinario y cumple funciones de apoyo, derivación y retroalimentación". (Ver esquema núm. 11, página 101).

3. Posteriormente, en una tercera instancia, una vez que el menor es diagnosticado se divide el procedimiento en infractor o en riesgo social.

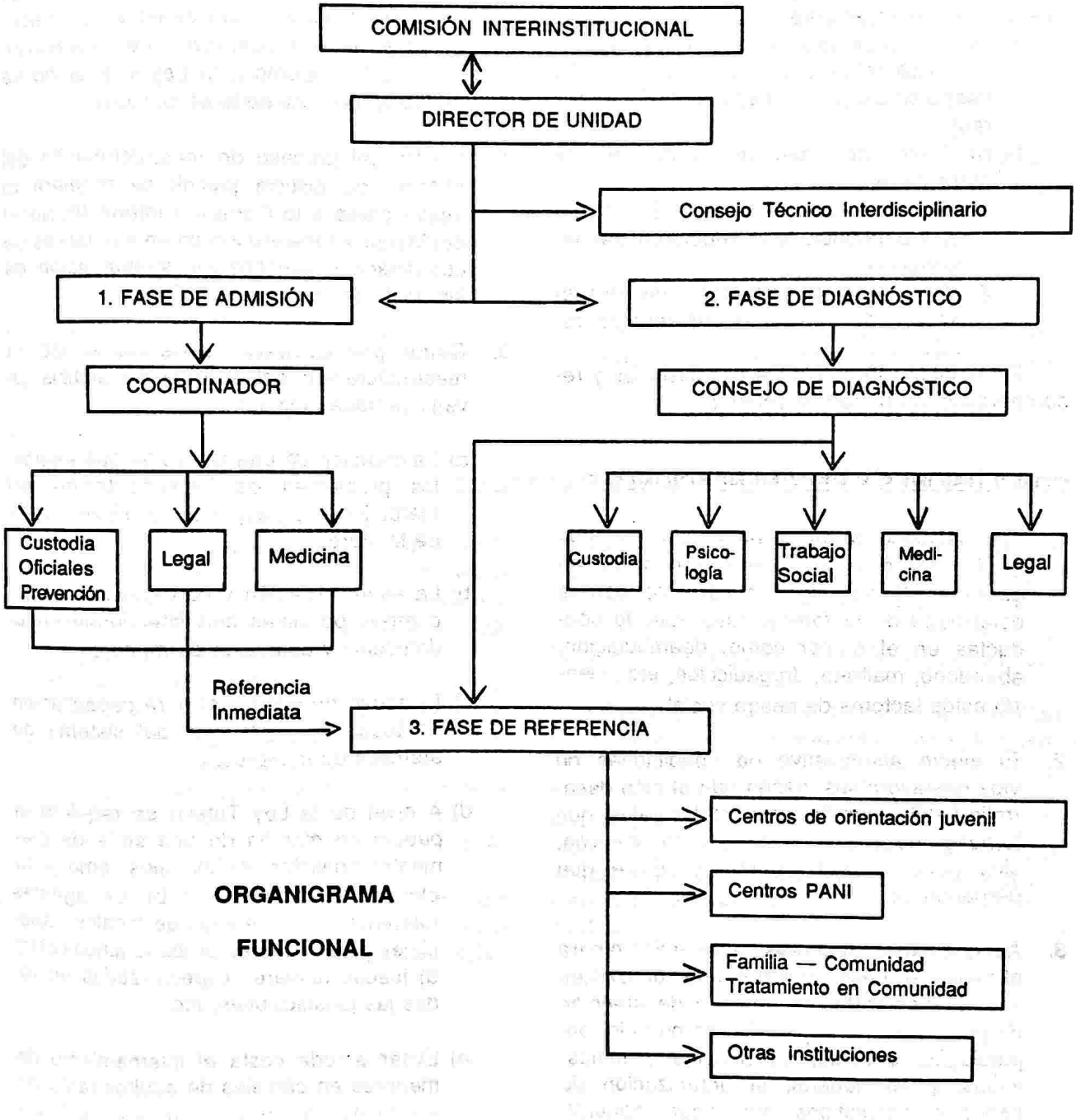
---

5. BEDOYA, Syndell y ALVARADO, Patricia: Propuesta de una estrategia de egreso del Centro Luis Felipe González Flores. Universidad de Costa Rica, Escuela de Psicología. Proyecto de Graduación, 1986, pág. 92.
6. Ver "Informe del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente". L/CONF/121/22. Milán, Italia, 1985.
7. Estadísticas, Centro de Diagnóstico, ob. cit.
8. Estadísticas del Ministerio de Gobernación, San José, Costa Rica, 1987.
9. VÍQUEZ, Mario y otros: Detención de menores en cárceles de adultos. Ministerio de Justicia, Dirección General de Adaptación Social, San José, Costa Rica, 1987.
10. Este centro fue creado mediante Decreto Ejecutivo núm. 7202-G-SP, del 9-10-86. San José, Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Esquema núm. 11

CENTRO DE DIAGNÓSTICO, INGRESO Y REFERENCIA DEL MENOR EN RIESGO SOCIAL E INFRACTOR



ORGANIGRAMA

FUNCIONAL

Los infractores, de acuerdo con la medida tutelar, pueden ser internados en los centros Luis Felipe González Flores para varones y el Amparo de Zeledón para mujeres, donde se da un proceso de tratamiento y reinserción social, a través de una comunidad terapéutica.

No se hará referencia a esta fase pues se considera que, junto con el Centro de Diagnóstico, es donde se han tenido los avances más significativos, siendo una experiencia ejemplo, inclusive, para Latinoamérica, tal y como se evidenció en el reciente Primer Seminario lati-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

noamericano en materia de menores organizado el mes pasado por ILANUD.[11]

A este nivel las principales limitaciones están con la población en riesgo social. Acá tenemos certeza estadística que nos indica que está desprotegido un importante grupo de menores; nos referimos específicamente:

a) No hay capacidad instalada para menores reiterantes por situaciones de alto riesgo social (aproximadamente 50 menores).

b) No hay capacidad instalada para la atención de:

1. Menores con problemas de farmacodependencia que requieren ser internados.
2. Menores con problemas de minusvalía, problemas mentales severos, retardo profundo, etc.

Finalmente, a manera de conclusiones y recomendaciones podemos señalar:

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.[12]

1. Las deficiencias de orden económico, cultural, jurídico y de organización social en general, atentan significativamente con la estabilidad de la familia, favoreciendo conductas en el menor como: deambulación, abandono, maltrato, drogadicción, etc., siendo estos factores de riesgo social.

2. El efecto acumulativo de condiciones de vida desfavorables, hacen que el niño desarrolle habilidades físicas e intelectuales, que lo hacen no solo ser víctima de la situación, sino generar mecanismos de ajuste que perpetúan su condición marginal.

3. Aunque existen recursos de tratamiento para el menor en riesgo social e infractor, existen vacíos importantes en materia de atención de problemáticas especiales como adicción, patologías severas, deficiencias y minusvalías, y en general, la organización de servicios específicos que sean generalmente preventivos a nivel primario (familia-escuela-comunidad).

4. Es necesario revisar la congruencia y actualidad del marco jurídico del sistema de justicia juvenil, debiéndose revisar no solo su orientación sino, especialmente, su capacidad de hacerse operativo en el marco institucional (por ejemplo, la Ley Tutelar no se aplica en un 50% de lo estipulado).

5. Dentro del proceso de reestructuración del sistema de justicia juvenil se requiere el apoyo pleno a la Comisión Interinstitucional del Menor en Riesgo Social en sus tareas de coordinación, planificación y avaluación de las políticas de prevención juvenil.

6. Como presupuesto fundamental de la reestructuración del sistema de justicia juvenil se hace necesario:

a) La creación de una Comisión que estudie los problemas de implementación del marco jurídico y especial de la Ley Tutelar de Menores.

b) La especialización y capacitación de los cuerpos policiales que intervienen en la detección y detención de menores.

c) El apoyo presupuestal para capacitación en todas las instancias del sistema de atención de menores.

d) A nivel de la Ley Tutelar se requiere la puesta en marcha de una serie de elementos previstos por ley, tales como: a) la clínica de observación; b) los agentes tutelares; c) la creación de locales especiales para menores en cada jurisdicción; d) jueces tutelares especializados en todas las jurisdicciones; etc.

e) Evitar a toda costa el internamiento de menores en cárceles de adultos tanto en los casos previos a ser puestos a la or-

---

11. Se refiere al I Seminario Latinoamericano sobre Derechos Humanos del Menor y del Niño frente al Sistema de Administración de Justicia Juvenil. 4-15 de mayo, San José, Costa Rica. 1987.

12. Algunas de estas conclusiones son retomadas de la I Conferencia Nacional de Prevención del Delito (marzo de 1986) y del I Seminario Latinoamericano sobre Derechos Humanos del Menor (ya citado).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

den de una autoridad judicial, como en los casos que se realiza con orden explícita de los mismos.

Además señalamos a nivel macro:

1. Evitar a toda costa que ante la crisis fiscal, las redistribuciones presupuestarias afecten negativamente las partidas de bienestar social ya que tales reducciones afectan drásticamente la prevención primaria del delito.

2. Procurar, en consonancia con lo anterior, todo género de orientaciones que contribuyan a reducir el volumen de los sectores de pobreza crítica.

3. Reducir los niveles de violencia y contra-violencia, evitando el abuso de medidas de "prevención directa o mecánica", tales como policías privadas, autorizaciones para tenencia y uso de armas y otras similares que contribuyan a la espiral de la violencia.

4. Reducir al máximo la institucionalización de menores. La institucionalización, aun en malas condiciones, es cara y contribuye a agravar el problema.

5. Promover la creación de comisiones interinstitucionales (por ejemplo, Comisión del Menor en Riesgo Social y el Consejo Nacional de Prevención), que afronten el fenómeno de manera integral, introduciendo criterios básicos de planeamiento y asignación de recursos que aseguren que las políticas sociales referidas al menor y su familia formen parte de los planes nacionales de desarrollo.

BIBLIOGRAFÍA.

BEDOYA, Syndell y ALVARADO, Patricia. *Propuesta de una estrategia de egreso del Centro Luis Felipe González Flores.* Universidad de Costa Rica, Escuela de Psicología. Proyecto de graduación, 1986, pág. 92.

Estadísticas Centro de Diagnóstico y Referencia del Menor en Riesgo Social, Programa de Prevención, Dirección General de Adaptación Social, San José, Costa Rica, 1987.

Estadísticas del Ministerio de Gobernación, San José, Costa Rica, 1987.

Estadísticas del Ministerio de Salud, San José, Costa Rica, 1985.

Informe del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, L. CONF. 12/22. Milán, Italia, 1985.

Propuesta de creación del Consejo Nacional de Prevención del Delito. Propuesta presentada al Ministerio de Justicia por parte de una Comisión de Trabajo de la I Conferencia Nacional de Prevención del Delito. Ministerio de Justicia, San José, Costa Rica 1984.

VÍQUEZ, Mario, *"El sistema de justicia juvenil en Costa Rica".* Ponencia presentada en la I Conferencia Nacional de Prevención del Delito. Ministerio de Justicia, marzo de 1986, San José, Costa Rica.

VÍQUEZ, Mario y otros. *Detención de menores en cárceles de adultos.* Ministerio de Justicia, Dirección General de Adaptación Social, San José, Costa Rica, 1987.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

COMPLEJOS URBANÍSTICOS O URBANIZACIONES ESPECIALES*

EDGARDO O. SCOTTI

1. CONCEPTO.

Constituye un complejo urbanístico el sector, distrito o zona regido por un plan u ordenamiento particularizado, que se caracteriza por la existencia de múltiples inmuebles o unidades parcelarias independientes, vinculados por un similar destino funcional, la presencia de servicios comunes y la constitución de relaciones jurídicas de carácter real, con la posible creación de una entidad que agrupe a los propietarios y preste los servicios comunes.

La noción precedente apunta a incluir en la misma la visión de la figura desde el Derecho Público como a sus características desde el ángulo del Derecho Privado.

Una definición que apunta a la perspectiva privatista alude a los que denomina conjuntos inmobiliarios, que "se caracterizan por la existencia de una pluralidad de inmuebles conectados entre sí a través de elementos o servicios comunes o de un régimen de limitaciones y deberes entre los mismos con vocación de pertenecer a una multiplicidad de titulares, para la consecución y mantenimiento de los intereses generales y particulares de los partícipes" (V Congreso Internacional de Derecho Registral, Roma, 1982).

Otra noción más sintética, de carácter semejante a la anterior, define al conjunto inmobiliario como "aquella pluralidad de fincas ligadas por un punto de conexión que da lugar a relaciones entre las mismas, estando llamadas a pertenecer a una multiplicidad de personas" (los conjuntos inmobiliarios en relación con el Registro de la Propiedad, José M. García García y otros).

El rasgo distintivo de los complejos urbanísticos consiste en la especialidad del Derecho Público aplicable que circunscribe los indicadores urbanísticos, al uso específico previsto y permite una mayor autonomía de la voluntad para proponer el plan específico como también desarrollar institutos propios del Derecho Privado que conforman, interrelacionados, el estatuto jurídico del complejo.

2. CARACTERES.

Apuntamos como características de los complejos urbanísticos o urbanizaciones especiales a las siguientes:

2.1. Régimen urbanístico propio.

Este carácter se manifiesta en dos aspectos. En primer lugar por la existencia de normas regulatorias especiales, ya sea incluidas como capítulo especial en las leyes o códigos de uso del suelo o por dar motivo a legislación específica referida a cada tipo de complejo según su objeto.

También son regulados de manera concreta, en cuanto a cada complejo en particular, al dictarse el plan general o específico de la zona o sector del municipio en el cual se encuentran asentados.

2.2. Diversidad de inmuebles.

Un complejo requiere la existencia de múltiples inmuebles jurídicamente independientes, configurados como parcelas susceptibles de pertenecer a propietarios diversos o sea como objeto de derechos de dominio autónomos.

Este concepto explica la razón por la cual, en principio, un edificio o inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal no constituye un complejo urbanístico. En tal régimen la parcela es una sola, aun cuando subdividida en subparcelas o unidades funcionales susceptibles de dominios independientes. Se trata en general, como lo exige la Ley 13512 en su artículo 1º, de distintos pisos de un edificio o distintos departamentos de un mismo piso o departamentos de un edificio de una sola planta. Las distintas unidades (ya sean pisos o departamentos) están vinculados estructuralmente, siendo el terreno, ciertos muros o cimientos e instalaciones generales, de propiedad común.

---

* *VII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL. Rio de Janeiro, del 9 al 13 de mayo de 1987 TEMA 4: PARCELAMIENTO DE FINCAS —URBANAS Y RURALES—.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La existencia de una única parcela, donde se asienta el edificio y las estructuras e instalaciones de uso común son las que exigen el sometimiento a un régimen especial de copropiedad y administración que rige los derechos de cada copropietario sobre los bienes y servicios comunes como la independencia jurídica respecto a la disposición del piso, departamento o unidad funcional susceptible de propiedad exclusiva.

En la figura que analizamos existe una multiplicidad de inmuebles materiales independientes que implican también múltiples titulares dominiales.

Autores españoles explican que los pisos o departamentos de un edificio en propiedad son "fincas o inmuebles especiales", pero no son inmuebles materiales en sentido ordinario como trozos de la superficie terrestre pertenecientes a un solo dueño o a varios proindiviso. En cambio, en los conjuntos urbanísticos la pluralidad de inmuebles o parcelas lo es en su sentido material o sea hay varios edificios y varias parcelas y no ya pisos o departamentos dentro de un solo edificio.

Lo expuesto, como veremos luego, motiva la inadecuación de la propiedad horizontal como régimen aplicable a un conjunto urbanísticos, dado que sus normas están pensadas para regular un supuesto física y funcionalmente adverso.

2.3. Uso o función común.

Destácase la existencia de un común uso del suelo para todo el complejo, entendido como el destino o finalidad de las actividades humanas que en él se desarrollan. Ese uso distingue al complejo y condiciona el equipamiento y servicios que se ofrecen diferenciándolo del entorno y aun de otras urbanizaciones especiales.

Así surgen complejos de diverso carácter por su destino: residenciales, turísticos, deportivos o de esparcimiento, agrarios, industriales, etc.

2.4. Entidad que agrupa a propietarios.

La presencia de un uso e interés común vincula a los propietarios de los diversos inmuebles, especialmente para el mantenimiento de las obras realizadas, y prestación de servicios generales (limpieza, recolección de residuos, seguridad, provisión de energía eléctrica, agua potable y desagües; conservación de los espacios verdes, servicios auxiliares, etc.).

La prestación de dichos servicios, y en general la administración del complejo, hace necesario la creación (aun desde el inicio del proyecto), de un ente o persona jurídica que cumpla esas funciones y represente frente a terceros a la comunidad de propietarios. Será una asociación o sociedad civil, sociedad comercial (anónima o de otro tipo), cooperativa o consorcio de propietarios.

2.5. Restricciones o vínculos jurídicos que afectan los inmuebles.

Además de las restricciones administrativas derivadas del plan que afectan al conjunto y a cada parcela en particular, resultan también relaciones, restricciones o vínculos jurídicos propios del Derecho Civil que el promotor del complejo o los propietarios establecen para asegurar la subsistencia del uso y condiciones previstas.

Así resulta la factible previsión de los siguientes institutos o figuras jurídicas:

a) Condominio de indivisión forzosa sobre las áreas comunes (sectores de servicios, espacios verdes, vías circulatorias).

b) Servidumbres reales que vinculan cada parcela de dominio y uso exclusivo con los sectores o áreas de utilidad común (cuyo titular de dominio suele ser la entidad o persona jurídica que agrupa a los propietarios). Fundo dominante será cada parcela de propiedad individual y fundo sirviente al sector donde existan obras o servicios de uso común.

c) Reglamento de copropiedad y administración en los casos excepcionales en que se aplica el régimen de propiedad horizontal.

d) Constitución de un dominio revocable o sujeto a condición resolutoria con el fin de asegurar el uso previsto para cada inmueble y la eventual pertenencia de los propietarios a la entidad que los agrupa.

e) Normas especiales, establecidas o aceptadas voluntariamente por los propietarios, con referencia a la edificación en las parcelas de propiedad exclusiva, retiros obligatorios, mantenimiento de los recursos naturales, uso de las obras y servicios comunes, acceso al complejo de terceros, contribución al pago de gastos comunes, etc.

f) Reglas de gobierno y administración del complejo.

Se ha destacado en el V Congreso Internacional de Derecho Registral (Roma, 1982) acerca de tales cuestiones:

1. Aun reconociendo la influencia e importancia que el Derecho Público tiene en el ámbito de los conjuntos inmobiliarios, las relaciones jurídicas que surgen de ellos son también de Derecho Privado, lo cual demanda que su regulación se realice en ese campo.

2. La autonomía de la voluntad tiene el más amplio campo de actuación al regular los conjuntos inmobiliarios con sus múltiples fines y destinos, sin más limitaciones que las impuestas por el ordena-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

miento jurídico, a fin de que puedan surgir dentro de dichos límites las más variadas figuras al servicio de la vida y del Derecho.

3. La multiplicidad de relaciones sociales derivadas de los conjuntos ha de llevar consigo la creación de un régimen estatutario que, aun siendo de origen y carácter privado, permita que los partícipes consigan hacer efectiva la plena integración de sus intereses mediante la creación de un órgano diferenciado de gestión, dotado o no de personalidad jurídica, la aplicación del régimen de mayorías en la adopción de acuerdos; la fijación de cuotas de modo flexible y adecuado al carácter de cada conjunto y la seguridad del cumplimiento de sus compromisos entre ellos y frente a terceros.

3. ESPECIES.

3.1. Los complejos urbanísticos pueden clasificarse de diverso modo, atendiendo a los siguientes aspectos.

a) Por el área o zona en que se ubiquen: urbanos o extraurbanos.

b) Por el carácter del promotor: de iniciativa pública o privada.

c) Por su destino: residenciales (vivienda permanente o transitoria), turísticos, deportivos o de esparcimiento, agrarios, industriales, comerciales.

d) Por el carácter y complejidad de los servicios comunes.

e) Por la naturaleza del vínculo jurídico que relaciona las parcelas de dominio privado y las áreas comunes: servidumbres reales, condominio de indivisión forzosa, propiedad horizontal.

f) Por el carácter de la entidad que agrupa a los propietarios y es titular de las áreas comunes: asociación civil, consorcio de copropietarios, sociedad anónima, cooperativa.

4. VISIÓN DESDE EL DERECHO PÚBLICO.

4.1. Complejos de iniciativa pública.

A menudo el Estado asume el *rol* de promotor de la creación de complejos, así ocurre especialmente en dos supuestos: planes de vivienda con fines sociales o conjuntos habitacionales y parques industriales o sectores industriales planificados.

Un conjunto habitacional constituye generalmente un complejo urbanístico, aunque incluya edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal, cuando "responde a un proyecto unitario destinado a la provisión masiva de viviendas, dotado de locales comerciales, espacios públicos y servicios sociales, religiosos, educativos, culturales y recreativos" (María Cázeres, Los conjuntos habitacionales y el régimen de propiedad horizontal).

En dichos conjuntos se aprecia la existencia de varios edificios totalmente independientes, tanto en sentido físico como también parcelario y jurídico, situación que difiere de la propiedad horizontal. Por otra parte, la presencia de varios edificios, aun independientes, no implica que se trate de un complejo si falta un plan especial para el sector, servicios comunes para todos ellos, una entidad de gestión o coordinación comunitaria y vínculos jurídicos que relacionen a los inmuebles.

Al parque industrial se lo ha definido como "el sector de la zona industrial dotado de la infraestructura, el equipamiento y los servicios públicos necesarios para el asentamiento de industrias agrupadas, debiendo estar circundado por cortinas forestales" (art. 7, inc. e), ley 8912). Como modo de implementar acciones de promoción o para erradicar industrias de zonas urbanas, el Estado suele promover parques con la utilización de tierras fiscales o adquiridas para esos fines y la provisión del equipamiento necesario.

4.2. Normas específicas de carácter reglamentario.

Dijimos antes que los complejos urbanísticos presuponen la vigencia de un régimen normativo específico, ya sea en la fijación de los estándares urbanísticos aplicables o al ser previstos en su localización y condicionantes en los planes de ordenamiento territorial de cada municipio (ver punto 2.1).

Esas normas constituyen reglamentos de alcance general que integran el derecho urbanístico. No difieren en su naturaleza, alcance y efectos de otros cuerpos legales aplicados al uso del suelo.

Ello implica que incumbe al Estado regular la existencia, asentamiento, características y conformación de los complejos urbanísticos reconociendo sus peculiares caracteres.

4.3. Intervención administrativa de contralor o supervisión.

El Estado no reduce su actuación al dictado de las normas aplicables y otorgamiento de las respectivas licencias. Le compete además, en ejercicio del poder de policía que enmarcan las normas de disciplina urbanística, pero de modo especial en este tipo de realizaciones, cumplir una constante función de contralor o supervisión. Aludimos a funciones de policía urbanística destinadas a verificar que se cumpla el destino previsto del complejo, el respeto de las restricciones establecidas o condicionantes constitutivos y la prestación de los servicios comunes.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Esa es una actuación de carácter permanente que compete siempre a los municipios, aun cuando la potestad reglamentaria y aun la expedición de las licencias urbanísticas especiales estuvieren reservadas para órganos de nivel nacinal, provincial o regional.

4.4. Indicadores urbanísticos específicos.

Los complejos urbanísticos se caracterizan por la existencia de indicadores diferenciados, en el sentido que exhiben un tratamiento especial en comparación al régimen de las urbanizaciones comunes.

Pueden mencionarse diferencias en los siguientes rubros:

a) Espacios verdes:
   — Áreas mínimas generalmente superiores.
   — Franja perimetral forestada o cortinas forestales circundantes.
b) Espacios circulatorios o viarios:
   — Vía de circulación perimetral.
   — Calle principal de acceso y vías de circulación secundaria o red interna.
   — Dimensiones, trazado y tratamiento (pavimentación o mejorado) diferenciados.
   — Posible cerramiento total del área o acceso restringido.
c) Espacios parcelarios:
   — Dimensiones y conformación.
   — Densidad poblacional en su caso.
d) Obras de infraestructura de servicios básicos:
   — En algunos supuestos se reducen las exigencias a los servicios esenciales.
   — En otros se exigen servicios no habituales (v. gr.: tratamiento de efluentes y plantas depuradoras en parques industriales).
   — En la generalidad, la conservación de las obras y la prestación de los servicios queda bajo la responsabilidad de los propietarios o la entidad que los agrupe.
e) Factores o coeficientes de uso y edificación.

4.5. Régimen especial de cesiones urbanísticas.

Todo proceso de urbanización de iniciativa privada, con la creación o ampliación de un núcleo urbano, requiere la necesaria cesión gratuita de superficies con destino a espacios circulatorios (avenidas, calles principales, secundarias o de ingreso y retorno, senderos peatonales, estacionamiento), espacios verdes y libres públicos (parques, plazas, plazoletas) y reservas parcelarias para equipamiento comunitario (educación, seguridad, salud, cultura, justicia, etc.). En la provincia de Buenos Aires aluden a estas cesiones los artículos 8, 12, 56, 58, 59 y 63 de la ley 8912.

Tales cesiones son exigibles en la medida que no puede desarrollarse un área urbana, cuyo destino es el asentamiento humano intensivo, sin que existan dichos espacios y reservas por estar íntimamente ligados con usos y requerimientos propios de la vida urbana.

Las urbanizaciones especiales, por ese mismo carácter, pueden constituir una excepción a dicho principio esencial del urbanismo.

Con relación a los espacios diarios, no es que los mismos no sean necesarios, sino que prima el carácter de "urbanización cerrada", en el sentido de requerir para la mejor satisfacción de sus fines un aislamiento del entorno. La presencia de un plan o régimen urbanístico particularizado, que privilegia entre otros aspectos las necesidades de seguridad y acceso restringido, explica la permisión excepcional de mantener en el dominio privado la red interna de circulación vehicular o peatonal.

Esa situación constituye además una excepción al principio que exige que toda parcela linde por lo menos en uno de sus frentes con calle o vía pública.

En Brasil se admite la ausencia de cesión de las vías internas de los llamados "loteamentos fechados", que quedan con el carácter de "condominio inmobiliario". El Municipio de San Pablo, por ley 8328/75, permite ese régimen de excepción para la formación de "núcleos residenciales de recreo" definidos en planes integrados.

Situación semejante se presenta en cuanto a los espacios verdes, que si bien deben preverse y aun en una mayor proporción, su utilización circunscripta a los propietarios de los predios que integran el complejo y el uso especial al que pueden afectarse (p. ej.: práctica de golf, equitación, etc.) exime la exigencia de la cesión aunque obliga al arbitrio de un régimen de excepción con base en institutos del Derecho Civil.

Las reservas para equipamiento comunitario no son tampoco requeridas cuando el complejo no está destinado a viviendas de uso permanente y todos los servicios generales son asumidos por los propietarios o ente de gestión que los agrupa.

Un típico supuesto en el que se aprecian los supuestos precedentes lo constituye los denominados "country clubs" o clubes de campo. La ley 8912 incluye normas específicas, aunque sin la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

precisión conveniente, en sus artículos 65, inciso 3), incisos a) y c), 67 y 68.

5. VISIÓN DESDE EL DERECHO PRIVADO.

5.1. Estatuto jurídico complejo.

El régimen de los complejos urbanísticos implica, como característica diferencial ya apuntada, un estatuto jurídico complejo constituido por normas del Derecho Público (típicamente urbanísticas) e institutos del Derecho Privado imbricados de manera estrecha.

Esta es una característica propia de la figura que analizamos, por la cual la legislación marco o el plan urbanístico exigen la constitución de derechos reales con modalidades especiales o la creación de un ente privado de gestión como condiciones para expedir la licencia que haga viable el complejo.

Un claro ejemplo de lo expuesto lo constituye la ley 8912, de la provincia de Buenos Aires, cuando exige para la existencia de un club de campo que "el área común de esparcimiento y el área de viviendas deben guardar una mutua e indisoluble relación funcional y jurídica, que las convierte en un todo inescindible".

Incumbe al promotor del complejo o propietarios de cada predio proponer la "mutua e indisoluble relación jurídica" conforme los institutos que ofrece el Derecho Civil.

La ley citada, en su artículo 67, alude al supuesto de que "una misma entidad jurídica agrupe a los propietarios de las parcelas", lo cual permitiría convenir con la respectiva municipalidad el cerramiento total del área y la prestación de los servicios habitualmente de carácter comunal bajo la responsabilidad de la institución peticionaria.

5.2. Institutos jurídicos implicados.

Se trata en primer lugar de optar por figuras que relacionen o vinculen de manera perpetua las parcelas que conforman el complejo y de propiedad de cada "usuario" con las áreas de utilización común, ya sean con destino recreativo, deportivo, comercial, servicios generales, o incluso los espacios viales o red de circulación interna.

Deberá constituirse para ello una relación jurídica real, vinculante de los predios que integran el conjunto. Exhiben esa condición las servidumbres de uso o tránsito y el condominio de indivisión forzosa.

Es posible, como se ha expuesto, que se exija además la constitución de una persona jurídica como ente de gestión de los intereses comunes de los propietarios y por ello integrada por éstos. En cualquier distrito urbano o barrio puede existir una entidad con fines comunitarios, pero siempre la misma nacerá de manera espontánea y carecerá de la representación total de todos los propietarios de la zona.

En un complejo la entidad de gestión surge como necesidad derivada de las propias características del conjunto, y aun deviene exigida por el plan como también siempre requerirá que todos los propietarios formen parte de ella.

Puede optarse por diversas formas asociativas, ya sean reguladas por el Derecho Civil o Comercial (asociaciones o sociedades civiles, cooperativas, etc.). Al no haber fin de lucro resultan más apropiados los contratos sociales previstos en el Código Civil.

Se suma a ello un régimen especial de restricciones y límites al dominio de carácter privado, que establece el promotor original o los propietarios de las parcelas que integran el complejo, destinadas a regular los aspectos edilicios y los usos de los predios privativos (ver punto 2.4-e).

5.3. El régimen de propiedad horizontal.

El régimen de la propiedad horizontal, regulado por la ley 13512, ha sido el utilizado más habitualmente para aplicarse a ciertos supuestos de complejos urbanísticos (en especial clubes de campo y parques industriales).

Esa aplicación constituye en realidad una interpretación forzada de la ley 13512, ya que según su artículo 1º la misma se aplica a "los distintos pisos de un edificio o distintos departamentos de un mismo piso o departamentos de un edificio de una sola planta". Las diversas situaciones enunciadas se corresponden siempre con la existencia de un único edificio, concebido como una unidad constructiva.

La experiencia muestra los inconvenientes que plantea esa sujeción a un régimen pensado para una realidad distinta. Entre otras dificultades se apuntan las siguientes:

a) La común creencia de que cada unidad es como un "lote o parcela" independiente, cuando en realidad el terreno es de propiedad común (art. 2º, ley 13512) y sujeto a restricciones en cuanto a su utilización.

b) Modalidades especiales de deliberación y mayorías para la adopción de decisiones por los consorcistas.

c) La edificación por etapas y las modificaciones que efectúa cada copropietario (reformas, ampliaciones, etc.) o la misma edificación original con apartamiento de las previsiones del plano de afectación, exigen sucesivas modificaciones de di-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cho plano y consiguientes adecuaciones del reglamento de copropiedad.

Por ello hemos sostenido antes de ahora: 1) la necesidad de excluir a los denominados conjuntos inmobiliarios o urbanizaciones especiales de su sujeción a un único régimen general de la propiedad horizontal; 2) su regulación puede admitir la aplicación optativa de ciertas disposiciones propias de la horizontalidad, sin identificar el encuadre jurídico para situaciones cuya tipificación debe ser diferenciada; 3) resulta oportuno complementar el régimen de los derechos reales con previsiones apropiadas para tales situaciones; 4) deberá evitarse, que la aplicación anómala de la propiedad horizontal distorsione los principios del derecho urbanístico en cuanto permite evadir disposiciones referidas a la subdivisión, equipamiento y uso del suelo.

Resulta inconveniente, en nuestra opinión, la pretendida intención de la comisión de reformas a la ley 13512 que en 1981 propugnó extender de manera expresa la aplicación de dicho régimen a los clubes de campo y parques industriales. El anteproyecto proponía: "En la organización de los clubes de campo y parques industriales que se sometan al régimen de esta ley, solo serán necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso compartido, con sus accesiones. Serán de propiedad exclusiva las parcelas asignadas a cada propietario y sus accesiones. El reglamento podrá establecer limitaciones edilicias".

El texto de referencia intentaba legitimar la aplicación de la ley 13512 sin apreciar que las características propias de los complejos urbanísticos son claramente diferenciadas de las que regula esa norma.

Coincidimos por ello con la declaración del V Congreso Internacional de Derecho Registral (Roma, 1982), en cuya redacción participamos: "Si bien el régimen de la propiedad horizontal viene siendo aplicado en la generalidad de los países para regular a los conjuntos inmobiliarios, se estima que los caracteres especiales de dichos conjuntos exigen el establecimiento de una normativa específica que atienda adecuadamente sus peculiaridades".

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL Y EL EQUILIBRIO INTERNO DEL PODER

DR. R. CORBIN HOUCHINS
Miembro de los colegios de abogados de California, Virginia y Wáshington, Estados Unidos.

I. Introducción.

La mayoría de los estudiosos del papel del poder judicial creen que es deseable tener jueces que sean independientes de la influencia política y a la vez atentos hacia las aspiraciones políticas del pueblo. La dificultad de crear una estructura constitucional que combine estos dos ideales ha sido la causa de controversias.

No hablo como un experto en el sistema legal de Nicaragua ni como especialista en derecho constitucional. Sin embargo espero que las observaciones de un abogado norteamericano sobre las implicaciones de la independencia judicial puedan ser de interés.

II. La revocabilidad por medio de elección.

En mi país, al igual que aquí, se ha propuesto muchas veces que los cargos judiciales sean revocables mediante elección popular. No nos faltan ejemplos de ello en los Estados Unidos. Realmente, la elección de los jueces puede reflejar con más exactitud el estado de la opinión pública. Las elecciones recientes en California son un caso ejemplar. Allí, creo que se puede decir, la presidenta de la Corte Suprema Estatal perdió su cargo porque el electorado deseaba menos escrupulosidad en la revisión de los casos con pena de muerte.

El ejemplo no sugiere, sin embargo, que la razón para proponer la revocabilidad de los cargos judiciales sea superficial. La historia de las alianzas de la profesión legal y judicial en las sociedades en las que tiene lugar la lucha de clases no es muy alentadora.

Como abogado práctico, yo admito que estoy en favor de un poder judicial en que los jueces solo son removidos por mala conducta comprobada. En mi experiencia personal no hay una conección apreciable entre las cualidades que hacen ganar elecciones y las que permiten a una persona dirigir una audiencia en forma justa y eficiente. La falta de conección entre ambas cosas es más clara a nivel de apelación, donde el deber de proteger la Constitución de los vientos del momento requiere maestría, habilidad de ver el horizonte lejos y a veces la voluntad de sufrir un cierto grado de impopularidad.

Por otro lado, se puede observar una correlación apreciable entre la riqueza de la experiencia de la vida de un juez y la calidad de su jurisprudencia. Por lo general y por decir aproximadamente, en mi país jueces cuyas experiencias van más allá de las clases privilegiadas, es decir los pocos que tienen origen obrero o más humilde aún, son aptos para extraer de su experiencia formal una perspectiva acerca de los fines que orientan la ley que los hace capaces de aplicarla de manera no mecánica.

Ahora bien, es muy posible que en una sociedad más demócrata tales jueces ganarían elecciones. Sin embargo, tengo preocupaciones acerca de la revocabilidad, provenientes de la diferencia fundamental entre el papel del proceso electoral y el de decidir casos, incluyendo casos cuyas sentencias pueden afectar a los órganos legislativos o ejecutivos elegidos democráticamente.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Querría, más concretamente, sugerir que, en una sociedad bien constituida, la vida diaria política del pueblo muestra una vigorosa forma de poner a prueba propuestas y maneras de proceder que bien sirve al proceso de la democracia, la cual es llamada en inglés "lo movido y tumultuoso" de la política, hasta un grado mucho más allá del punto adecuado al proceso de decidir justamente los casos o interpretar el ordenamiento básico del Estado.

III. Contexto constitucional.

Con el permiso de ustedes querría tratar de poner estas observaciones personales en el contexto de la teoría constitucional.

Al principio debería admitir otra vez un punto de vista particular, que es que gobiernos democráticos tienen la tendencia a seguir los deseos del pueblo, pero no dejan de ser gobiernos. Es decir, son órganos de poder en los cuales un grupo de seres humanos relativamente pequeño conduce los instrumentos del Estado, utilizando la fuerza cuando se requiera. A pesar de Voltaire, sería demasiado metafórico, o aún metafísico, llamar a ese grupo una mera extensión del pueblo, y que en alguna medida, sus actos podrían reflejar, la voluntad popular.

Entonces debemos adoptar un punto de vista más cercano al pensamiento de Thomas Hobbes y llamar "gobierno" a quienes gobiernan, como una cosa distinta de la gran masa que es gobernada, es decir, el pueblo. De aquí la necesidad de escribir una Constitución.

En siglos anteriores los que hicieron la Constitución representaban por lo general clases cuyos intereses eran satisfechos por medio de instrumentos de poder fuera de la estructura constitucional, como los carteles grandes de Norteamérica del siglo XIX. De aquí viene un motivo de poner dentro de la estructura estatal la división de poderes, contrapesos y otros métodos para limitar la capacidad del gobierno de controlar el ejercicio de poder económico por parte de esos otros órganos.

Por el otro lado, el objetivo actual de la escritura de una Constitución puede ser establecer una estructura estatal suficientemente fuerte para corregir la explotación pasada dentro de la sociedad, para prevenir su regreso a pesar de la presencia en la sociedad de miembros y aspirantes de la clase que dominaba y llevar los beneficios de participación efectiva a los grupos que habían sido marginados —es decir, a la mayoría y especialmente a quienes creaban la riqueza— que era exportada o consumida por la minoría.

La historia demuestra que son necesarios gobiernos fuertes para guardar un orden revolucionario, especialmente cuando los Estados vecinos preferían el orden viejo, pero que los orígenes revolucionarios no aseguran la conformidad con las normas revolucionarias. Entonces aparece de nuevo la cuestión clásica del control del gobierno, pero con una orientación muy distinta. En términos que atemorizarían a un liberal, pero que vendrían muy bien, yo creo, a Montesquieu, buscamos un Estado cuya corrupción por el poder sea detenida no por su división de funciones, sino por la virtud republicana del pueblo. Buscamos órganos que pueden cumplir el papel estatal radicalmente dentro del canal normativo del proceso revolucionario que los ha colocado en el poder.

Aquí es donde se encuentra el papel imprescindible del juez: indican ese canal normativo y denuncian claramente los acercamientos a sus orillas.

IV. El poder judicial y la división de poderes.

Si es cierto que el propósito de la independencia del poder judicial no es mantener el equilibrio sencillo de un modelo de la física de Newton, también lo es que ayuda a un equilibrio de un tipo distinto, es decir, el equilibrio entre el poder del gobierno y el poder del pueblo.

Tal equilibrio requiere el cumplimiento de tres condiciones: Primero, que haya una cantidad suficiente de ciudadanos que levantarían las armas si el gobierno violara las normas del consenso popular, o, lo que es lo mismo, que el pueblo tenga la virtud republicana. Segundo, que el pueblo tenga un concepto adecuadamente claro del significado de estas normas. Tercero, que el pueblo se dé cuenta más o menos diariamente del grado de conformidad entre estas normas y la conducta del gobierno.

De estas tres condiciones, por lo menos las dos últimas requieren jueces que deben ser algo más que veletas de los vientos políticos del momento.

Claro que si los asuntos anduvieran tan mal que el pueblo tuviera que recurrir al último recurso del derecho de la revolución, no importaría la posición del poder judicial en la estructura constitucional. Estos apuntes tratan solamente las circunstancias que no caen en tal extremo, que son en verdad las que necesitan más una explicación del funcionamiento de una constitución.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La pregunta clásica de este punto de análisis es, ¿cómo podría un poder judicial, que por supuesto no tiene poder militar, influir en los actos de los que tienen las llaves del armario? No pretendo tener la respuesta, pero dentro de los límites de estos apuntes, puedo decir que lo que se necesita para un poder estatal donde existe un equilibrio entre el poder y, lo que llamaré la virtud armada del pueblo es la legitimidad, y es exactamente la legitimidad lo que un poder judicial independiente, que no está separado del pueblo, puede aportar.

V. Evitar la separación.

He sugerido aquí dos requerimientos para tal poder judicial, que son la independencia y la solidaridad con el pueblo.

El primero puede conseguirse mediante el diseño adecuado de una estructura constitucional. El segundo sin embargo no será tan sencillo, especialmente si hemos sacrificado la revocabilidad para lograr la independencia.

Claro que no tengo una fórmula para hacer que los jueces independientes compartan los intereses del pueblo, pero tal vez sí tengo la perspectiva de uno que conoce bien la situación contraria. Entonces, quería dejarles a ustedes tres sugerencias que yo haría si pudiera reformar el sistema judicial en mi propio país. Nótese que ello no requiere cambios en la Constitución.

Primero, reformar el colegio de abogados. Esto comienza con las escuelas de derecho. Cambiar las políticas de ingreso a ellas para que los estudiantes sean aquellas personas que ganarían si la justicia prospera, y no las que perderían con ello. Prohibir un costo en matrícula más allá de los recursos de la mayoría. En la enseñanza, poner la ley en un contexto verdaderamente social y no licenciar a los que meramente pueden manejar silogismos y aplicar reglas maquinalmente.

Segundo, requerir de los abogados practicantes del servicio público como que la remuneración de sus trabajos no los hace un grupo privilegiado. Compensar a los jueces coherentemente.

Tercero, por lo menos como medida interina, utilizar en la audiencia de casos que no tratan de la validez de la ley positiva a jueces que no son abogados. Tal política puede ser coordinada con la creación de un tribunal o una sala de la corte suprema especial para interpretar la constitución.

Para concluir, querría sugerir que proponer un poder judicial independiente no es proponer un poder judicial cómodamente independiente. La independencia tiene un propósito social. Se trata de un compromiso con el pueblo.

Me parece que, tarea más difícil podrá ser adoptar las leyes que desenvolverán el sentido de las normas constitucionales para que el poder judicial cumpla su papel independiente sin que se separe el proceso judicial del trabajo diario del pueblo.

***