

JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS

1995

Presidente:

Dr. Francisco Morera Alfaro

Vicepresidente:

Dr. Roberto Iglesias Mora

Secretario:

Lic. Francisco Dall'Anese Ruiz

Prosecretario:

Lic. Henry Vega Salazar

Fiscal:

Lic. Fabio León Zárate

Tesorero:

Lic. Benjamín Odio Chan

Vocal 1:

Lic. Alvaro Dengo Solera

Vocal 2:

Lic. Gilberto Corella Quesada

Vocal 3:

Dr. Román Solís Zelaya

Vocal 4:

Licda. Efigenia Bustamante Guerrero

Vocal 5:

Dr. Manuel Amador Hernández

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Luis Garita Bonilla

Director Consejo Universitario:

Máster Alfonso Salazar Matarrita

Vice-Rectora de Docencia

Dra. Yolanda Rojas Rodríguez

Vice-Rector de Investigación

Dr. Jorge Gutiérrez Gutiérrez

Vice-Rectora de Acción Social:

Máster Ana Teresa Alvarez Hernández

Vice-Rector de Vida Estudiantil

Dr. Carlos Alfaro Lara

Vice-Rector de Administración

Máster Carlos Serrano Rodríguez

Decana Facultad de Derecho:

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

Vice-Decano Facultad de Derecho

Dr. Luis Baudrit Carrillo

Directora Instituto de Investigaciones Jurídicas:

Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza

Decana Sistema de Estudios de Posgrado:

Dra. Yamileth González García

Coordinador de la Comisión Editorial:

Ing. Mario Murillo Rodríguez

PRESENTACION

En este número 77, se editan investigaciones importantes como *Costa Rica: del sistema de justicia tradicional a la justicia necesaria* del Dr. Francisco Morera Alfaro, Presidente del Colegio de Abogados de Costa Rica, presentada como ponencia a la XXXI Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados y III Conferencia Judicial de las Américas, en San Juan (Puerto Rico), junio de 1994.

También en el campo del Derecho Procesal Penal se publica el valioso trabajo de los abogados Alvaro Burgos, Carlos Gálvez y Rosibel López sobre el tema de las *cargas, fases y límites de la actividad probatoria*.

En el terreno del Derecho de Familia, presentamos el sugestivo artículo *la filiación y el derecho comparado* del Catedrático José Miguel Rodríguez Zamora. Asimismo, se editan los relevantes estudios sobre derechos humanos en relación a la *tortura* del Profesor Luis Varela Quirós; y, respecto de las *poblaciones indígenas* del Licdo. Carlos Valerio.

Finalmente, el *desacato* es objeto de análisis.

El director y editor

COSTA RICA: DEL SISTEMA DE JUSTICIA TRADICIONAL A LA JUSTICIA NECESARIA^(*)

Dr. Francisco Morera Alfaro
Presidente del Colegio de Abogados
de Costa Rica

(*) Ponencia presentada a la XXXI Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados y III Conferencia Judicial de las Américas. San Juan, Puerto Rico, junio de 1994.

PRESENTACION

COSTA RICA: DEL SISTEMA DE JUSTICIA TRADICIONAL A LA JUSTICIA NECESARIA

Como sistema de administración de justicia, el sistema tradicional de Costa Rica se encuentra colapsado en razón de las limitaciones jurídicas, institucionales y socio-financieras en las que se hallan inmersos los órganos jurisdiccionales de nuestros países.

Desde el punto de vista jurídico, encontramos que la normativa aplicable a los conflictos data del siglo anterior, específicamente de la Codificación Francesa. De esta forma, debemos enfrentar el desfase histórico que existe entre la normativa tradicional y las necesidades actuales de nuestra sociedad civil. Esas normas que fueron creadas para una época muy diferente a la que estamos viviendo, evidencia claramente la insuficiencia del sistema romanogermánico en relación con la dinamicidad de los cambios sociales, económicos y políticos propios de nuestra época.

A este punto, realmente el problema jurídico actual es consecuencia de que la evolución del derecho no ha ido de la mano con la evolución que ha experimentado la sociedad y ésta —no pudiendo y no siendo correcto que se restrinja a los esquemas jurídicos cerrados que poseemos— exige cada vez más una respuesta a dicha problemática. La que de por sí genera irracionalidad económica, falta de credibilidad institucional e inmovilismo.

El director y editor

En este momento, el sistema de administración de justicia de toda América Latina se encuentra colapsado en razón de las limitaciones jurídicas, institucionales y socio-financieras en las que se hallan inmersos los órganos jurisdiccionales de nuestros países.

Desde el punto de vista jurídico, encontramos que la normativa aplicable a los conflictos data del siglo anterior, específicamente de la Codificación Francesa. De esta forma, debemos enfrentar el desfase histórico que existe entre la normativa tradicional y las necesidades actuales de nuestra sociedad civil. Esas normas que fueron creadas para una época muy diferente a la que estamos viviendo, evidencia claramente la insuficiencia del sistema romanogermánico en relación con la dinamicidad de los cambios sociales, económicos y políticos propios de nuestra época.

A este punto, realmente el problema jurídico actual es consecuencia de que la evolución del derecho no ha ido de la mano con la evolución que ha experimentado la sociedad y ésta —no pudiendo y no siendo correcto que se restrinja a los esquemas jurídicos cerrados que poseemos— exige cada vez más una respuesta a dicha problemática. La que de por sí genera irracionalidad económica, falta de credibilidad institucional e inmovilismo.

De otra parte, nos encontramos con un proceso judicial lleno de formalismos y solemnidades, que impiden aún más la realización plena de “una justicia pronta y cumplida”, e incluso, lo más grave es que la aplicación del derecho de fondo no se pueda efectivizar, en razón de que o no existe un procedimiento apto para ello, o el procedimiento existente atenta a todas luces contra ese derecho.

Desde el punto de vista institucional, la justicia ha debido enfrentar enormes tropiezos, sobre todo condicionada por la falta de recursos financieros, lo que produce la imposibilidad de contratar cuantitativa y cualitativamente el personal necesario para enfrentar el volumen de trabajo existente. Esta situación repercute además en un “sacrificio” de la calidad del trabajo realizado por la cantidad, lo que es muy peligroso toda vez que con la justificación de la eficiencia “por casos terminados” se están soslayando valores muy importantes como la justicia, la seguridad jurídica y el orden social. A manera de ejemplo, en materia penal esta problemática podría llegar a manifestarse en una impunidad “disfrazada”, pues en aras de la rapidez procedimental se estaría sacrificando la certeza del resultado y la tutela de los valores jurídicos básicos que interesan a la comunidad.

En igual sentido, la justicia civil tiende a fosilizarse en procedimientos caducos y poco vitales; en tanto la justicia laboral discute durante años lo que puede perder valor económico en tan solo meses. Situación que se agrava con una justicia administrativa aún más lenta y formal y la inserción en nuestro medio de una Sala de Constitucionalidad que ha revolucionado por partes y en forma no siempre coherente la logicidad del sistema.

Todo este panorama ha creado un ambiente propicio para la adopción de métodos no convencionales de administración de justicia y, específicamente en nuestro país, se da la exigencia objetiva de toda una acción interinstitucional concertada que emprenda ya la reestructuración de los mecanismos de administración de justicia y la implementación de otros medios que ayuden a descongestionar a los órganos judiciales. Como es obvio, las alternativas propuestas lo son la mediación, la conciliación y el arbitraje, no obstante verdaderamente novedosa en nuestro ordenamiento lo es la mediación, toda vez que el arbitraje y la conciliación están ius positivamente normados aunque con poca aplicación práctica por razones de cultura jurídica.

Sus ventajas no se deben restringir a la desconcentración de trabajo que tendrían los órganos jurisdiccionales, sino que también hay que atribuirle a esta nueva forma de administrar justicia el ser un medio más rápido, económico y eficiente, que con atractiva informalidad habría de dar al ciudadano la posibilidad inmediata de dirimir sus conflictos vía instancias más racionales y menos costosas.

Algunos autores cuestionan la bondad de estos medios de solución, señalando que la opción del arbitraje —por ejemplo— es una mera táctica dilatoria de las partes y que la “pretendida” economía no se presenta puesto que “...los servicios judiciales no hay que pagarlos, mientras que el árbitro cobra sus honorarios”. (PEREZ, Víctor, Debate: Arbitraje Comercial en Costa Rica, en: *Arbitraje Comercial y Laboral en América Central*. Transnational Juris Publications Inc, New Jersey, 1990, p. 188).

Es obvio que lo anterior y, en general, el funcionamiento adecuado, eficiente y exitoso de la justicia alternativa va a depender de la existencia de una regulación flexible, que no se convierta en un obstáculo para su desarrollo satisfactorio, y de la cultura objetiva que posean tanto las personas que acudan en procura del servicio como de los operadores del derecho que intervengan en su gestión (mediadores, conciliadores, árbitros, docentes y estudiosos imbuidos de una nueva filosofía jurídica en la aplicación del derecho). En la medida que se cumplan esas condiciones es que las ventajas de los medios alternativos de justicia habrán de lograrse.

Específicamente, la noción de *mediación* debe entenderse como aquel procedimiento en el cual encontramos un tercero neutral que actúa como “amigable componedor” entre partes, con el fin de provocar una resolución

recíproca entre éstas. No obstante, es importante señalar que la intervención del tercero no impone una solución al conflicto, siendo más bien su función el sugerir la alternativa resolutoria que las partes consideran puede adoptarse, tratando de armonizar así posiciones antagónicas que por esta vía habrá de encontrar expresión en un fallo de interés común.

Por su parte, la *conciliación* es un mecanismo informal y expedito, mediante el cual las partes en conflicto solicitan la intervención del administrador de justicia (juez de instancia) para que proponga una solución que armonice el interés jurídico de éstas, que viene a ser de carácter vinculante. Esta noción se diferencia de la anterior porque el tercero que interviene como amigable componedor, no lo hace a título de personero de la administración informal, sino que directamente emite una resolución al conflicto de obligatorio acatamiento para las partes y, que en caso de que se incumpla, habrá de permitir su ejecución en sede ordinaria. Si bien es cierto el tercero actuante tiene investidura oficial, también lo es que su función transita por mecanismos menos formales y solemnes, dando por vía más ágil una respuesta de derecho a una discrepancia de partes.

En este orden de ideas, debemos entender el *arbitraje* como aquel procedimiento a través del cual las partes en disputa someten a conocimiento de un tercero neutral —pudiendo ser éste un administrador informal o un juez de instancia—, quien en vista de sus argumentos y de las pruebas aportadas, habrá de dictar un laudo de contenido vinculante para éstas. Su diferencia con la *conciliación* estriba no sólo en el objeto de conocimiento, sino también en competencia material normalmente vedada a la *mediación* por razones de naturaleza jurídica (por ejemplo, asuntos de familia relativos a matrimonio y alimentos). Por esta razón, en la *conciliación* se dirimen normalmente situaciones relacionadas con derechos indisponibles o de naturaleza irrenunciable; en tanto que, en el *arbitraje* los conflictos son de carácter patrimonial.

En nuestro derecho patrio, encontramos normativa histórica aún vigente referida a cada uno de estos medios alternativos de justicia. Toda vez que existe regulaciones de fondo cuya vigencia se remonta a las últimas décadas del siglo XIX (derecho civil sustantivo) y a las primeras décadas de este siglo (normativa procesal).

Así, expresamente, para regular la *mediación* se norma el contrato de transacción (Código Civil, artículos 1367 y siguientes). Normativa que establece la posibilidad de transar vía acuerdo de partes los diferendos que éstas tengan, estén o no sometidos éstos a la jurisdicción común. Conviene a este punto aclarar que la noción transaccional es, en vista de esta normativa, un decidido avance histórico, el que no obstante tal ha resultado de poca aplicación por la circunstancialidad diversa al momento en que se normó y a su exigencia actual.

3210
R
Nº 77
(ENE/ABR) C-8
1994
DONACION
ANOTADO 8 ENE. 1994
BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO
Universidad de Costa Rica

De igual forma, la *conciliación* se norma en el Código Procesal Civil (artículo 314), según una sustancial diferencia con la adjetividad anterior, en una noción según la cual el juez cita a las partes a una resolución antedatada al proceso a común interés de partes, produciendo el eventual acuerdo carácter de cosa juzgada material.

Con suma amplitud se regula la *conciliación* en materia laboral, donde se le señala como medio de resolución de conflictos tanto en materia individual como colectiva. En cuanto al primer punto, es importante mencionar que ésta se establece como una instancia, previa a la vía judicial, ante el Ministerio de Trabajo y que se realiza a petición del trabajador. Anteriormente, la asistencia del patrono a esta audiencia conciliatoria era optativa. Sin embargo, por modificación a la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo de fecha 20 de noviembre de 1993, se estableció que los patronos estaban obligados a acudir al llamado de la *conciliación* individual ante el Ministerio.

Respecto a la conciliación en conflictos colectivos, ésta es una de las que ha tenido mayor desarrollo normativo y éxito dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Este procedimiento se encuentra regulado de los artículos 500 a 516 del Código de Trabajo, en los que se estipula la posibilidad de la *conciliación* para los conflictos de carácter económico-social, a solicitud tanto del trabajador(es) como del patrono(s), como un mecanismo para evitar la huelga o el paro.

Sin embargo, algunos autores señalan que este procedimiento laboral es más una *mediación* que una *conciliación*, en el sentido de que el conciliador puede proponer soluciones, que si las partes no acogen simplemente se agota la vía y el asunto pasa a ser objeto de conocimiento de un *arbitraje*. (LARA RIVERA, Astrid y LOPEZ BAEZ, Alvaro, *Conflictos Colectivos en la Administración Pública*. Universidad de Costa Rica, San José, p. 182). Allí la resolución del conflicto sí tiene carácter vinculante para las partes.

Cabe agregar aquí que no es necesario realizar una *conciliación* extrajudicial como requisito previo para plantear el conflicto en la vía judicial, toda vez que éste puede existir sin aquella.

En cuanto al *arbitraje*, su regulación constitucional dispone por el artículo 43 que: "Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente". El desarrollo legal de dicho concepto jurídico ha sido dirigido en dos sentidos. Primeramente, vía una normativa general en el *Código Civil*, la cual está dirigida a señalar que el objeto del arbitraje es solamente lo referente a las cuestiones patrimoniales (artículos 1375, 1376, 1377, 1386 y 1392), así como todo lo que se refiere al compromiso arbitral. En igual sentido, se regulan normas arbitrales en el Código Procesal Civil, donde se estipula los requisitos del compromiso, quiénes son los sujetos legitimados a recurrir a este medio, todo lo que está relacionado con los árbitros arbitradores o árbitros iuris y, en general, todo el

procedimiento arbitral que se debe seguir y las reglas a cumplir por parte de la persona que haya sido designada como árbitro de la controversia. Para el caso de árbitros iuris, la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone en los artículos 131 a 134, todo lo referente a los requisitos que deben tener los árbitros de derecho para que puedan ser nombrados.

En segundo término, debe aclararse que la expresión arbitral en nuestra legislación mercantil haya norma específica en su artículo 88 al señalar que en aquellos casos en que los herederos o legatarios del socio fallecido sean rechazados dentro de la sociedad respectiva, podran recurrir a un tribunal compuesto por tres miembros, independientes de la sociedad y de sus socios uno nombrado por la sociedad, uno por el interesado y el tercero por la Cámara de Comercio que resolverán en definitiva el conflicto.

Ampliamente desarrollado por el Código de Trabajo, encontramos el *arbitraje laboral* del artículo 519 al 530 y del artículo 531 al 535), donde se establece dos formas de arbitraje. En primer lugar, el arbitraje voluntario que se presenta cuando tanto los trabajadores, a través del sindicato, como el patrono, habiendo recurrido a la conciliación y no pudiendo obtener un resultado positivo, se consiente en someter la divergencia a este procedimiento. Es importante señalar que la característica fundamental de este tipo de arbitraje es que funciona solamente para el sector privado, donde los mecanismos de huelga y paro no son prohibidos.

Cuando estamos en presencia de conflictos colectivos dentro del sector público, el arbitraje va a ser obligatorio, debido a que este es el medio sustitutivo de la huelga y el paro, prohibidos para este sector con fundamento en el principio de continuidad del servicio público. De esta forma, las partes deben necesariamente acudir a esta vía para resolver definitivamente las controversias surgidas.

No obstante lo expuesto, es importante señalar que dentro de nuestro ordenamiento jurídico debemos enfrentar dos problemas en cuanto a la utilización de los medios alternativos de conflictos, a saber, la fragmentarización e incompletez de la regulación al respecto y la renuencia que la sociedad civil ha expresado en cuanto a la utilización de los medios alternativos para administrar justicia

Específicamente en el caso del arbitraje, la explicación —de carácter sociológico— que se ha dado en cuanto a la falta de aceptación práctica ha sido que la población muestra especial reverencia por la función judicial, dato muy propio de un país de alta tradición jurídica. Igualmente se afirmó que la condición modesta de población y territorio inhibió el desarrollo práctico de dicha institución (GOMEZ RODAS, Carlos, *Arbitraje Comercial en Costa Rica*, en: *Arbitraje Comercial y Laboral en América Central*, Transnational Juris Publications Inc, New Jersey, 1990, p. 188), circunstancia hoy del todo diversa, dada la sensible urgencia de un hacer económico y social mas interesado en la eficiencia de sus resultados que en la institucionalidad que los implementa.

En aras de esa economía de resultados muy propia de la sociedad moderna, y como tal no ajena al derecho, hemos de advertir que ya existen acciones concretas que tienden a implementar, en un esfuerzo concertado de la institucionalidad del país que forma parte del sector justicia (la Procuraduría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el Ministerio de Justicia, la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el Colegio de Abogados y la Corte Suprema de Justicia), a objeto de fusionar intereses públicos y privados en función de este ideal renovador. A propósito de lo cual se constituyó por los entes interesados la "Fundación para la Administración de Justicia" (diciembre de 1991), cuyo objetivo a tenor de su cláusula cuarta lo es estimular y apoyar toda acción o actividad dirigida al mejoramiento de la Administración de Justicia, entendida ésta como el conjunto de distintos sectores que se relacionan con ella en los diversos órganos del Estado y otras instituciones afines, en tanto tienda a ser una justicia más accesible, más independiente, más justa y más oportuna en sus respuestas.

En ese mismo orden de ideas, el documento "Ayuda Memoria" de mayo de 1994, elaborado por la Misión del BID en Costa Rica, en asocio con la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia (CONAMAJ), dispone en gestión común con los entes interesados la apertura de un centro de arbitraje y conciliación mercantil a cargo de la Cámara de Comercio de Costa Rica, además de dos centros de mediación a ubicarse (según la intencionalidad predominante) uno en una zona populosa de carácter urbano, y otro en una zona rural de gran pujanza económica.

En la misma perspectiva, el Colegio de Abogados de Costa Rica acorde con su actual política de proyección social y esfuerzo conjunto por la modernización del sistema, impulsa singularmente la constitución de una Corte de Arbitraje y de dos instancias de mediación, en tanto respuesta de ese órgano ante la sociedad civil para fortalecer, democratizar y eficientizar el proyecto como un todo. No solo por contar con tradición y prestigio histórico suficiente, ya requerido por ensayos anteriores. (GOMEZ, *op. cit.*), sino también por reunir los elementos materiales e intelectuales que habrían de habilitar su funcionamiento, sea capacidad docente, facultad organizativa, recursos e instalaciones propias y tradición académica.

Sin embargo, es de advertir en buena óptica de interés nacional que el problema costarricense en el sector justicia no se restringe al problema de los medios alternativos de resolución de conflictos, sino también al diagnóstico de las soluciones que puedan hallarse en el resto de la institucionalidad que tiene que ver con el sector, más allá de la justicia de tribunales.

Es por esta razón que la instauración de una justicia alternativa en Costa Rica implica un cambio de cultura objetiva en la apreciación del fenómeno jurídico y, por consiguiente, una nueva actitud de todos los operadores del

derecho intervinientes en el sistema. A nivel educativo, la Facultad docente debe evolucionar en una nueva filosofía según la cual más allá del abogado preparado para el litigio debe transitarse hacia el abogado que debe formarse para la resolución del conflicto, una de cuyas expresiones puede ser tan solo la litigiosa. En ese orden de ideas, jurisdiccionalmente, los jueces tradicionalmente formados "para fallar", deben prepararse para mediar, conciliar o arbitrar, con todo el esfuerzo mental y metodológico que esa nueva situación implica. La Administración Pública, caracterizada por ser la "hermana gemela de la lentitud judicial", en razón de la clásica burocracia e ineficiencia que la rodea, debe también reestructurar y coadyuvar no solo su propia institucionalidad en vista de los nuevos requerimientos sino también la concepción misma de los administradores del derecho.

Esta articulación entre el sistema de administración de justicia y Poder Judicial puede denominarse la versión interna de la justicia alternativa (estado-aparato). A ésta debe sumarse la versión externa del problema, que consiste tanto en los anhelos de la sociedad civil, específicamente el clamor del ciudadano y de los grupos organizados por respuestas efectivas y claras a sus problemas, así como los efectos negativos que para el desarrollo económico puede producir la ineficiencia del sistema (estado-función).

Esta conexidad necesaria a los requerimientos de nuestro tiempo entre estado-aparato y estado-función, con miras a una justicia pronta y cumplida, debe observarse en la perspectiva macro de un país que tiene tres pilares fundamentales dentro de su institucionalidad: la Defensoría de los Habitantes, institución de avanzada que protege los derechos individuales de los particulares; la Contraloría General de la República, que se encarga de supervisar el gasto público; y la Procuraduría General del Estado. No obstante, éste y otros avances institucionales de expreso reconocimiento en el contexto internacional plantean, por algunas sensibles omisiones hoy detectables, que no todo está resuelto, toda vez que es necesario realizar una gran reforma legal en aras de lograr el buen funcionamiento del sector justicia.

En el ámbito constitucional, es urgente el fortalecimiento de la noción de propiedad vía su flexibilización, a fin de que se enfoque como propiedad-función y no como propiedad-objeto. En igual sentido, urge un fortalecimiento de las garantías individuales, ampliando la protección del administrado frente a la actuación de la Administración, así como una actualización y ampliación de las garantías sociales, donde se tutelen nuevos derechos económicos y sociales hasta ahora no reconocidos, expresión de lo cual resulta ser una reciente reforma legal del texto constitucional que tutela en la norma fundamental el medio ambiente (reciente reforma del artículo 50 constitucional).

Debe reformarse un sector importante de la legislación tendiente a afianzar y modernizar los derechos de la sociedad civil y del ciudadano frente

a la Administración, así por ejemplo urge la creación de una ley general para el Ministerio Público, autónomo e independiente del Poder Judicial; de igual forma la promulgación de una moderna ley de partidos políticos, toda vez que poseyendo Costa Rica una democracia avanzada, los partidos políticos todavía se rigen mediante normas estatutarias; un nuevo Código Electoral, donde se consideren los cambios tecnológicos que han sucedido en los últimos años y se modernice el sistema electoral; una ley que profesionalice nuestra policía civil; un nuevo Código Tributario, una reforma a la ley que creó la Sala Constitucional, y reformas legales que modernice a las aduanas, los seguros, la banca y el transporte, así como una ley que regule el sector de la inversión y del comercio exterior.

A este punto, es muy importante señalar que un nuevo concepto de justicia alternativa con urgente y bondadosa participación del sector privado en su gestión implica dimensionar en forma correcta el carácter de la cooperación internacional en su nueva implementación, de por sí impostergable. Cooperación que como tal no puede ni debe, por razones elementales de solidaridad, fraternidad y humanismo, ignorar las propias especificidades nacionales como sustrato de obligada referencia para una acertada inserción y regulación de la nueva normativa. Caso contrario, podríamos estar a las puertas de otras formas de dominación so pretexto de modernización, más aún considerando el denodado interés por nuevos institutos jurídicos de aplicación en grandes sectores de la economía (arbitraje financiero, bancario y comercial) visto con especial prioridad, y un demérito de la urgente y masivamente necesaria mediación social.

Recordemos que históricamente, y hasta hace poco, las reformas legales a los procedimientos habían sido dejadas de lado, al punto que se llegaron a reputar casi innecesarias. Sin embargo, hoy en día y de manera sospechosamente precipitada, sucede todo lo contrario, toda vez que el sistema se ha convertido en un obstáculo al desarrollo del nuevo orden económico internacional, en el que lo importante es la liberalización y la globalización de las economías, en demérito de nuevo de la resultante social.

En razón de lo cual es de concluir que la problemática actual de los medios alternativos de administración de justicia, no obstante su reconocida singularidad, no deben verse como una realidad en sí, sino como parte de una urgente reforma que para lograr sus nobles propósitos debe valuarse en el contexto del sector justicia de cada país, y en las reformas necesarias a ese sector para su adecuado funcionamiento. El cual habrá de lograrse siempre y cuando las reformas se orienten en la perspectiva de lo que es necesario a cada país y en el balance de equidad entre intereses singulares y colectivos, como única forma de garantizar que no sólo halla justicia pronta y cumplida, sino también justicia para todos.

CARGAS, FASES Y LIMITES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Lic. Alvaro A. Burgos^(*)

Lic. Carlos Gálvez^(**)

Lcda. Rosibel López^(***)

-
- (*) Abogado costarricense, especialista en Ciencias Penales, Máster en Psicología Criminal, Miembro de la Sociedad de Honor en Psicología de los EE.UU., de la Sociedad Americana de Criminología, de la Asociación de Ciencias Penales de C.R. y la Asociación Costarricense de Medicina Forense. Actualmente trabaja como Juez de Instrucción de Turno Extraordinario en San José.
- (**) Abogado litigante, guatemalteco. Especialista en Ciencias Penales.
- (***) Especialista en Ciencias Penales, costarricense, actualmente trabaja como Juez en Puriscal.

SUMARIO:

Introducción

Carga, fases de la actividad probatoria y límites de la actividad probatoria

Nociones generales

Sección I. Carga de la prueba e investigación judicial autónoma

1. ¿Exclusión de la Carga de la Prueba en el Proceso Penal?
2. ¿Existencia de carga probatoria para el imputado?
 - 2.1. Noción de Carga
 - 2.2. Diferencias entre carga y obligación
 - 2.3. Reserva histórica
 - 2.4. Diversas concepciones en cuanto a la carga de la prueba en el proceso penal
 - 2.5. Carga de la prueba formal y material
 - 2.6. Nuestra posición

Sección II. Las diferentes fases de la actividad probatoria. Generalidades

1. Proposición
 - 1.1. Durante la instrucción
 - 1.2. Durante la etapa de Juicio
2. Recepción
 - 2.1. Durante la instrucción
 - 2.2. Durante la etapa de juicio
3. Hacia una clasificación más técnica

Límites de la actividad probatoria

Sección III. Pertinencia y utilidad de la prueba

Sección IV. Licitud e ilicitud de la prueba

1. Prueba prohibida
 - 1.1. La prueba prohibida a título expreso por las normas procesales, esté contenida o no en el Código Procesal, y esté o no empleado el término prohibida
 - 1.2. La prueba cuya obtención o utilización no es prohibida expresamente, pero que su prohibición se deduce del sistema
 - 1.3. Como tercera especie de prueba prohibida la doctrina señala la "prueba irritual".
 - 1.4. Prueba ilícita
2. Intervenciones telefónicas dentro de la prueba ilícita
 - 2.1. Posición en contra de la licitud
 - 2.2. Posición a favor de la licitud
3. Posiciones doctrinarias en torno a la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba ilícita
 - 3.1. Teoría de la admisibilidad
 - 3.2. Teoría de la inadmisibilidad
4. Consecuencias de la valoración procesal negativa de la prueba ilícita
5. Problemática de la prueba derivada
6. Violación de garantía constitucional de buena fe o por error

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCION

Uno de los temas que reviste sin duda alguna mayor atractivo e interés, con relación al Proceso, lo constituye el de la Actividad Probatoria.

En el presente trabajo, desarrollaremos nuestra investigación en dos capítulos, en el primero de los cuales, intentaremos desplegar un recorrido tanto en la Sección Primera, con respecto a la Carga de la Prueba, su exclusión, existencia, noción, diferenciación con el concepto de obligación, señalando también algunas de las más representativas concepciones acerca de la misma, y distinguiendo la carga en sentido formal y material, indicando igualmente nuestra posición al respecto; como también posteriormente, en la Sección Segunda, en relación a las diferentes fases de la actividad probatoria; para proseguir en el Capítulo Segundo, dentro de la Sección Primera, con el análisis de la Pertinencia y Utilidad de la Prueba, terminando luego, con una Sección Segunda destinada a la Licitud e Ilícitud de la Prueba, su admisibilidad, las posiciones doctrinarias fundamentales que se enarbolan en razón del tema, sus consecuencias, la problemática de la prueba derivada y la violación de garantías constitucionales de buena fe o por error.

LA CARGA DE LA PRUEBA Y FASES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Nociones Generales

El fin principal perseguido por el proceso penal es el descubrimiento de la verdad real⁽¹⁾ o histórica y la única forma de establecerla es a través de la prueba, de modo que la actividad probatoria cobra capital importancia para la consecución de ese fin.

Cafferata concibe la actividad probatoria como "el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba",⁽²⁾ pues será a base de estos elementos que el juez va a llegar a determinado estado psíquico de certeza, duda o probabilidad que lo van a hacer fallar en uno u otro sentido.

- (1) Así VELEZ MARICONDE (Alfredo), *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Lerner, Tercera edición, T. I, p. 341; CAFFERATA NORES (José), *La prueba en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1986; p. 31; BORJA OSORNO (Guillermo), *Derecho Procesal Penal*, Puebla, México, Editorial Cajica S.A., Tercera edición, 1985,
- (2) CAFFERATA, *op. cit.*, p. 31

La actividad probatoria, siempre irá dirigida a convencer este sujeto, pues no juzgará válidamente a través de su conocimiento privado, ni meras conjeturas o impresiones que vienen a ser elementos subjetivos sino a permitir de elementos objetivos, que derivan del mundo exterior.⁽³⁾

El tribunal no puede basarse en prueba no incorporada –al proceso– porque su resolución en ese caso sería absolutamente nula. La prueba debe estar a disposición de los demás sujetos procesales, para que éstos –si así lo desean– puedan analizarla y argumentar sobre ésta, por eso deben excluirse los elementos subjetivos.⁽⁴⁾

Lo que sí es permitido al Juez es recurrir a los elementos generales que le da su cultura, para apreciar los elementos probatorios introducidos legalmente al proceso.

Para Vélez,⁽⁵⁾ en razón del principio de verdad real o histórica, el proceso penal está regido por principios particulares, ellos son:

- Todos los órganos deben inspirarse en un criterio puramente objetivo de justicia, deben procurar que ingrese al proceso toda la prueba jurídicamente relevante, sea contraria o favorable al imputado.
- Las “partes” no tienen poder dispositivo, su voluntad no puede limitar el objeto y los medios de prueba (confesión no tiene valor formal).
- No sólo se deben probar los hechos controvertidos, como en el proceso civil.
- Libertad probatoria; sobre el objeto y los medios, todo se puede probar y por cualquier medio –lícito agregamos nosotros,⁽⁶⁾ salvo casos excepcionales, como sería los contenidos en el art. 198 del Código de Procedimientos Penales costarricense.
- No hay presunciones ni ficciones.
- Sostiene Vélez (que no rige el problema de la carga de la prueba, este aspecto lo abordaremos en el punto siguiente, ya que no existe una posición pacífica en la doctrina, gran parte de esta sostiene la aplicación del dogma de la carga de la prueba en el proceso penal.

Otro aspecto de interés para el estudio de la actividad probatoria, en un sistema procesal mixto –como el nuestro– es que la misma debe circunscribirse a los hechos acusados, el juez no puede de oficio proceder a investigar, debe

(3) *Ibid.*

(4) VELEZ, *op. cit.*, p. 344; en igual sentido CLARIA OLMEEDO, *Derecho Procesal Penal*, Argentina, Editorial Artes Gráficas, T. II, 1983, p. 163.

(5) VELEZ, *op. cit.*, p. 344.

(6) Este problema lo vamos a abordar en la segunda parte de esta investigación.

limitarse al hecho, en que se basa la pretensión jurídica penal. Su actividad sería ilegítima si se dirigiera a descubrir otro hecho. El artículo 158 del C.P.P., establece que el Juez de Instrucción que reciba una denuncia, la pondrá inmediatamente en conocimiento del Agente Fiscal. Igualmente debe proceder cuando de la instrucción resulte otro hecho que pudiere resultar delictuoso. El anterior límite rige únicamente en cuanto a los hechos –rem– y no subjetivamente –in personam– se puede someter a proceso a una persona no indicada por el Ministerio Público al promover la acción o a una distinta de la imputada.

Esto es aplicable únicamente durante la instrucción, porque en el plenario esta limitación es, tanto de carácter objetivo como subjetivo, en razón del principio de inviolabilidad de la defensa.⁽⁷⁾

Sección I. Carga de la prueba e investigación judicial autónoma

Sobre este tema, la doctrina es muy controvertida, existen autores que sustentan la tesis de que en el proceso penal no rige el dogma de la carga de la prueba, y otros que afirman su existencia, pero en términos diferentes que en el proceso civil.

Vamos a analizar las distintas posiciones:

1. Exclusión de la Carga de la Prueba en el Proceso Penal

Dentro de esta tesis, podemos ubicar a Vélez Mariconde, Cafferata Nores, Jiménez Asenjo, Claría Olmedo, Parra Quijano y Hicheli.

Para Vélez y Cafferata,⁽⁸⁾ esta exclusión se basa en el carácter público del interés que reina en el proceso penal, compete a órganos oficiales, el investigar la verdad real del hecho, por eso es que no se encuentran límites en la actividad de las partes, no vincula al juez la proposición de pruebas que hagan los demás sujetos procesales, él tiene poder autónomo de investigación. Este poder es conocido en la doctrina como impulso procesal de oficio, el juez es el conductor del proceso, porque a la sociedad le interesa llegar al fondo de la verdad, por eso el juez debe recabar la prueba que considere útil.

Estos poderes de investigación autónoma del juez están estipulados por los artículos 185, 186 y 353 del C.P.P.

(7) Así VELEZ, *op. cit.*, p. 347.

(8) Véase CASTILLO BARRANTES (Enrique), *Ensayos sobre la Nueva Legislación Procesal Penal*, San José, Editorial Colegio de Abogados, 1977, p. 59.

El artículo 185 inc. 1, dice que la instrucción tiene por objeto comprobar si existió un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad real.

El 186 C.P.P., establece que el Juez de Instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su jurisdicción.

Durante la etapa de juicio el artículo 353 le permite al presidente del tribunal ordenar una instrucción suplementaria, que según Castillo Barrantes "no es más que la prueba para mejor proveer con otro nombre y aparece también en el artículo 387".⁽⁹⁾

Deben probarse todos los hechos, no como ocurre en el proceso civil que se prueban únicamente los controvertidos por las partes, por regla general no rige el principio de que a confesión de parte relevo de prueba.

Excepción a este principio la contempla nuestra legislación en el artículo 419 C.P.P., que prevé que si el imputado confiesa simple y llanamente su culpabilidad, podrá omitirse la recepción de la prueba, tendiente a acreditarla, en el caso de que estén de acuerdo el juez, el fiscal y los defensores.

Otra razón dada por los autores para excluir la carga de la prueba al imputado, es la existencia del estado jurídico de inocencia.⁽¹⁰⁾ El imputado es inocente mientras que no se demuestre lo contrario, por esa razón "goza de una situación jurídica que no requiere ser construida, sino debe ser destruida, si no se prueba su culpabilidad seguirá siendo inocente y por lo tanto deberá ser absuelto".⁽¹¹⁾

Para los que sostienen la exclusión de la carga de la prueba en materia procesal penal, el Estado debe investigar las circunstancias eximentes o atenuantes que el imputado invoque a su favor.⁽¹²⁾

Mittermaier y Jiménez Asenjo coinciden en que aún en materia de excepción la prueba no incumbe al acusado, si por ejemplo se alega legítima defensa.⁽¹³⁾

Claría,⁽¹⁴⁾ ve el tema de la carga probatoria como el problema de la iniciativa probatoria entre partes en pugna, con miras a un pronunciamiento que

(9) CASTILLO BARRANTES, *op. cit.*, p. 60.

(10) VELEZ, *op. cit.*, p. 46; CAFFERATA, *op. cit.*, p. 35 y BORJA OSORNO, *op. cit.*, p. 282.

(11) VELEZ, *op. cit.*, p. 47.

(12) Véase VELEZ, *op. cit.*, p. 47, CAFFERATA, *op. cit.*, p. 35.

(13) MITTERMAIER, citado por VELEZ, *op. cit.*, p. 46; JIMENEZ ASENJO (Enrique), *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Vol. II, p. 409.

(14) CLARIA OLMEDO, *Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, T. II, 1983, pp. 170 y ss.

le sea favorable y afirma que esta regla es inaplicable cuando una de las partes representa un interés social, al hacer valer una pretensión de derecho público, al ser el Ministerio Público un sujeto imparcial cuya pretensión debe dirigirse, en su caso, también hacia la absolución del imputado, razón por la cual este último no está impedido a robar sus afirmaciones sin perjuicio de la facultad de hacerlo.⁽¹⁵⁾

Para el autor antes mencionado, la situación desfavorable en que se ve el imputado, que no ofreció pruebas para desacreditar la acusación, se corrige con las facultades autónomas de investigación.⁽¹⁶⁾

Micheli dice que no se puede hablar de cargas probatorias en el proceso penal, ni aún a cargo del Ministerio Público, pues este último no actúa conforme a un interés interno y nunca puede decirse que un órgano de la acusación resulte vencido, por el interés social imparcial que persigue.⁽¹⁷⁾

2. Existencia de carga probatoria para el imputado

Tesis seguida por varios autores, entre otros, Framarino dei Malatesta, Miguel Fenech, Carlos Rubianes, Hernando Devis Echandía, Eduardo Gutiérrez de Cabiedes y Mario A. Oderigo.

2.1. Noción de Carga

Para Davis Echandía "La carga es un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar libremente ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables".⁽¹⁸⁾

Borja Osorno dice "hay una carga cuando la ley fija el comportamiento que alguien debe observar si quiere conseguir un resultado favorable a su propio interés".⁽¹⁹⁾

(15) PARRA QUIJANO (Jairo), *Manual de Derecho Probatorio*, Bogotá, Librería del Profesional, Primera edición, 1986, p. 5.

(16) CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, p. 171.

(17) MICHELI (Gian Antonio), *La Carga de la Prueba*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1961, p. 172 en igual sentido CAFFERATA, *op. cit.*, p. 35.

(18) ASÍ DEVIS ECHANDIA (Hernando), *Compendio de Pruebas Judiciales*, Santa Fe, Argentina, T. I, Editorial Rubinzal Colzoni, 1984, p. 225.

(19) BORJA OSORNO, *op. cit.*, p. 283.

Oderigo define en general las cargas procesales como: "las situaciones de alternativa, en que se encuentran las partes, de producir determinados actos procesales o de soportar las consecuencias de su inacción".⁽²⁰⁾

2.2. Diferencias entre carga y obligación

La relación jurídico procesal impone a los sujetos la realización de determinadas conductas durante el proceso, que su no observancia apareja consecuencias negativas, como podría ser la pérdida de oportunidades de la defensa e inclusive la pérdida del proceso.⁽²¹⁾

La carga no es una obligación o un deber,⁽²²⁾ existen diferencias entre una y otra.

1. Las obligaciones implica constreñimiento, mientras que las cargas una opción, sin perjuicio de que el incumplimiento de la carga traiga aparejado perjuicio.
2. La obligación es una relación jurídica pasiva, la carga es activa como el derecho y el poder.
3. En la obligación existe un vínculo jurídico entre el sujeto pasivo y el Estado, en la carga no.
4. La obligación limita libertad del sujeto pasivo y la otra persona o el Estado, la carga no, el individuo conserva completa libertad.
5. La obligación tiene como contrapartida un Derecho de otra persona a exigir su cumplimiento, no ocurre con la carga.
6. El incumplimiento de la obligación es "ilícito" y ocasiona sanción, la inobservancia de la carga es lícita y no sancionable.
7. El cumplimiento de la obligación o el deber beneficia siempre a otra persona o a la colectividad, la observancia de la carga sólo beneficia al sujeto de ella; se hace en interés propio.

(20) ODERIGO (Manuel), *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editorial Ideas, T. I, 1952, p. 93.

(21) Así DEVIS ECHANDIA, *op. cit.*, p. 223.

(22) *Ibid.*, pp. 224 y ss.

2.3. Reserva Histórica

El dogma de la carga de la prueba ha tenido gran evolución a través de la historia, se ha dado a base de criterios contingentes, no inmutables y de "razón".⁽²³⁾

Podemos encontrar en la obra magistral de Micheli⁽²⁴⁾ una evolución de la siguiente manera:

1. En una primera fase la afirmación en juicio pone al agredido en deber de disculparse (de defenderse).
2. Segunda fase, el juez es quien determina cuál de las partes deba producir la prueba en juicio, sobre las reglas de experiencia, bajo el criterio de cual es la parte que se encuentra en mejor posición para aducir dicha prueba.
3. Se solidifican tales criterios junto a la prueba directa, se formula la contraria, dirigida a combatir los resultados de la primera.
4. El Juez establece cuál de las partes debe producir la prueba, de igual manera que en la segunda fase, pero cuando hay prueba directa se debe formular la contraria, dirigida a combatir los resultados de la primera.
5. La actividad de las partes pierde su importancia, como condición necesaria para conseguir un resultado favorable, al igual que adquiere importancia la sujeción de las partes a les resultancias probatorias, no sólo depende de "las partes", sino de la propia investigación de oficio del juez.

Proceso Romano⁽²⁵⁾

Vamos a hacer una breve alusión al proceso romano, vista la importancia que ha tenido en la evolución del problema.

En el procedimiento per actionis sacramenta, la prueba correspondía por igual a las partes.

Durante el período clásico existieron algunas normas que asignaban indistintamente la carga, con un criterio práctico de equidad, el juez hacía la designación, o sea se regía por un criterio de conveniencia.

(23) Ver MICHELI, *op. cit.*, p. 4.

(24) *Ibid.*, pp. 5 y ss.

(25) Véase DAVIS ECHANDIA, *op. cit.*, pp. 225 y ss.; MICHELI, *op. cit.*, pp. 14 y ss.

Luego en el Derecho Justiniano, empezaron a aplicarse otros principios, nació uno general, que ha tenido trascendencia hasta nuestros días, el que debía probar era quien afirmaba la existencia o inexistencia de un hecho como base de su acción o excepción, ya fuera actor o demandado.

En los procesos germánicos primitivos no existe acuerdo, por parte de los autores de quien debía probar, unos consideran que correspondía a ambas partes, otros que al actor, otros afirman que al demandado, etc.

En la Edad Media, reaparece el concepto de que corresponde al actor pero al demandado cuando se excepciona, principio recogido por el derecho canónico.

Varios siglos más tarde, en la época de la Revolución Francesa y el Código de Napoleón se introduce en este último una norma que dice que incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien las alega.

La formulación moderna de este dogma es fundamental, porque le señala al juez la forma de decidir en caso de falta de prueba que le otorgue certeza.⁽²⁶⁾

2.4. Diversas concepciones en cuanto a la carga de la prueba en el Proceso Penal

Varios autores se han interesado por hacer un análisis detenido que justifique las razones de la existencia de cargas probatorias en el proceso penal.

Framarino dei Malatesta⁽²⁷⁾

Para este autor debe haber un principio racional que determine el “deber”⁽²⁸⁾ de probar, si existen dos afirmaciones contradictorias relativas al mismo hecho es necesario que alguien deba probar la una o la otra, considera que hay afirmaciones que merecen ser creídas, antes de que se produzca cualquier prueba en contrario, y debe haber un principio racional que establezca ese derecho a credibilidad, antes de que se aduzcan las pruebas respectivas y que determinan la obligación de la contraparte a la presentación de las pruebas, él encuentra ese principio en las presunciones, dice “lo ordinario se debe probar”,

(26) MICHELI, *op. cit.*, p. 56.

(27) FRAMARINO DEI MALATESTA (Nicola), *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Editorial Temis, Vol. I, 1973, pp. 155 y ss.

(28) Consideramos mal empleado este término por las diferencias apuntadas entre carga y deber.

a esto le llama principio *ontológico*, pero existe otro principio subordinado al ontológico que es el *lógico*, que dice que si se opone un hecho positivo a uno negativo quien afirma el hecho positivo debe probar de preferencia, con respecto a quien sostiene el negativo “la prueba incumbe a quien alega, no a quien niega”⁽²⁹⁾ eso en razón de que el hecho positivo tiene dos especies de pruebas posibles, la prueba directa y la indirecta.

El hecho negativo sólo se puede demostrar mediante prueba indirecta que son menos numerosas en cuanto al hecho negativo, porque “la nada, nada produce”.

Para el autor en mención, de ordinario el hombre es inocente, entonces, “la inocencia se presume, y es a la acusación, a la que le corresponde la obligación de probar en el proceso penal,⁽³⁰⁾ son muchos más los hombres que no delinquen que los que lo hacen.

La inocencia se presume, por eso corresponde probar al acusador, pero cuando el acusador ha presentado las pruebas que sustenten su afirmación, si el acusado afirma lo contrario, lo que hace es contraponer “una afirmación” no probada a una afirmación probada, y como ésta tiene derecho a ser tomada como verdadera frente a la no probada, y de preferencia a ella, por estar la presunción de verdad, en este segundo momento, a favor de la acusación, la obligación de probar incumbe al acusado”.⁽³¹⁾ Pero las pruebas de la defensa solamente tienen que hacer sospechosa la certeza de la imputación y esto lo obtienen con sólo hacer creíbles sus afirmaciones, no es necesario que prueben de manera fehaciente.

Fenech⁽³²⁾ considera que entre el proceso penal y el proceso civil deben hacerse varias diferencias, con relación al tema de la carga de la prueba.

- El Ministerio Público no es ofendido inmediato, razón por la cual no cuenta con información directa sobre el complejo de acto que constituyen el hecho punible.
- El titular del órgano jurisdiccional, no puede someterse exclusivamente al material aportado por las partes, por ser los intereses en juego públicos.
- Debe tenerse en cuenta que la prueba de inculpabilidad es generalmente imposible o difícil de aportar.

(29) FRAMARINO, *op. cit.*, p. 158.

(30) FRAMARINO, *op. cit.*, p. 158.

(31) *Ibid.*, p. 167.

(32) *Ibid.*, p. 168.

Por lo anterior, si no se prueban en forma fehaciente los hechos de los que deriva la responsabilidad criminal, se debe absolver, esto porque para condenar se debe llegar a un estado de certeza sobre la existencia del hecho, y en virtud del principio llamado por la doctrina *indubio pro reo* cuando no se han probado los hechos constitutivos del fundamento fáctico de la pretensión, se debe absolver, con base en esa no certeza.⁽³³⁾

En razón de lo anterior se puede sostener la existencia de la carga de la prueba en el proceso penal pero en forma diferente que en el civil.

2.5. Carga de la prueba formal y material

Sumamente importante es la posición del autor español Gutiérrez de Cabiedes, él afirma que quienes entienden la carga de la prueba como una manifestación del principio dispositivo, que se traduce para la parte en una *carga de alegar y probar* ciertos hechos, no puede existir carga de prueba en el proceso penal que está regido por el principio de acusación e investigación de oficio.⁽³⁴⁾

Pero para el mencionado autor y para otros como Gómez Orbaneja, Fenech, Beling, Saraceno, etc.,⁽³⁵⁾ esta institución tiene una significación más amplia, comprendiendo no sólo la alegación y la prueba de los hechos, sino también el problema de "quien sufre los perjuicios de la incertidumbre del hecho fundamentador de la acción penal o de la oposición a la misma".⁽³⁶⁾

Bastando con que se dé una de ellas para que exista carga de la prueba.

Con esta tesis es dable la carga de la prueba en el proceso penal, no importando quien debe probar, sino quien sufre las consecuencias de la falta de prueba.

Gutiérrez llama al primer problema –la alegación y la prueba– carga de la prueba en sentido formal, y al segundo –quien sufre los perjuicios de la falta de prueba– carga de la prueba en sentido material u objetivo.

En el proceso penal no existe carga de la prueba en sentido formal, "el peso de aportar los hechos y probarlos no recae sólo en las partes privadas, sino en las públicas",⁽³⁷⁾ ellas deben buscar prueba tanto sobre lo que le perjudique al reo como lo que lo favorezca.

(33) En este sentido FENECH, *op. cit.*, p. 748.

(34) GUTIERREZ DE CABIEDES (Eduardo), *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, España, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1974, p. 478.

(35) Citados por *Ibid.*

(36) *Ibid.*

(37) GUTIERREZ DE CABIEDES, *op. cit.*, p. 480.

En sentido material sí existe, alguien queda perjudicado, si aún con la actividad probatoria conjunta de todos, no se logra disipar las dudas del hecho del que depende la absolución o la condena.⁽³⁸⁾

Al imputado le afecta la no prueba que determine su condena.

No es correcto decir que la parte grabada con la carga deba suministrar la prueba, sino que a esa parte le interesa que el hecho resulte probado o de evitar que quede sin prueba y se traduzca en una decisión no favorable.

Hechos constitutivos del Delito

Coinciden Gutiérrez, Rubianes y Fenech⁽³⁹⁾ en que la incertidumbre sobre la existencia del hecho constitutivo de delito y el agravante beneficia al imputado por aplicación del principio de inocencia.

Algunos autores consideran que la misma solución se da en relación a los hechos impeditivos y extintivos⁽⁴⁰⁾ (cuando se duda sobre su existencia se debe absolver). Plantea Gutiérrez⁽⁴¹⁾ el problema de qué debe entenderse por hecho constitutivo de delito, si este concepto debe limitarse a la mera existencia del acto físico como apariencia de delito o si se debe extender también a la demostración de la culpabilidad y antijuridicidad, en otras palabras si debe entenderse por hecho constitutivo sólo los elementos que concurren a la indicación del tipo o también debe incluirse culpabilidad y antijuridicidad.

Con referencia a la culpabilidad, el autor da una solución al problema mediante una presunción de dolo, que a su juicio, contiene la legislación penal española, por lo menos en cuanto al dolo genérico, por lo que si no se destruye esa presunción se perjudica el imputado, si por lo menos no se crea la duda, pero en caso de duda sobre la concurrencia del dolo específico se favorecería al imputado, por ejemplo en el estupro, si el autor sabía o no la edad y hay razones suficientes como para que exista duda.

No creemos que la precedente solución sea aplicable a nuestro Derecho, pues al imputado hay que demostrarle necesariamente su culpabilidad (artículo 1 C.P.P. y 39 de la Constitución Política).

(38) *Ibid.*, p. 481; igualmente opina DEVIS ECHANDIA al decir: "No se trata de firmar quien debe llevar la prueba, sino quien asume el riesgo de que parte", *op. cit.*, p. 243.

(39) GUTIERREZ, *op. cit.*, p. 481; RUBIANES (Carlos), *Manual de Derecho Procesal Penal*, Argentina, Ediciones Depalma, T. II, 1977, p. 241; FENECH, *op. cit.*, p. 749.

(40) Entre ellos GOMEZ ORBANEJA, BELING, citados por GUTIERREZ, *op. cit.*, p. 482.

(41) *Ibid.*

Los hechos constitutivos siempre tienen que ser probados por los representantes del Estado.

Refiriéndose a los extintivos e impositivos, Gutiérrez dice que, son extrínsecos al suceso criminal y no tienen que aparecer necesariamente con él como los constitutivos, y sólo cuando del material probatorio aparezcan como posibles, se debe intentar por parte de los órganos oficiales disipar la duda y si no se consigue beneficiaría al imputado.

Fenech⁽⁴²⁾ se aparta de lo anterior, diciendo que si queda incierto un hecho impositivo o eximente, la carga de la prueba incumbe al acusado y deberá ser condenado.

Bajo la tesis de Gutiérrez si se alega una causa de justificación verbigracia la legítima defensa, el imputado no tendría que probar de manera fehaciente los hechos que determinan su existencia, bastaría con hacer creíble su afirmación para que el juzgador incurra en duda y ésta le favorezca. Fenech estima que en este caso se debe condenar.

Para Devis Echandía existe una regla general para la carga de la prueba "a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirvan de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguida por ella cualquiera que sea su posición procesal",⁽⁴³⁾ esa parte soporta el riesgo de la falta de la prueba, pero en lo penal se sustituye en lo fundamental por el principio indubio pro reo, conforme al cual el Estado debe probar la culpabilidad, ese Estado representado por el juez en el sistema inquisitivo y por el Ministerio Público en el sistema acusatorio.

Sostiene el autor supra citado en cuanto a los hechos atenuantes o exculpativos que el procesado sufre las consecuencias de la falta de prueba si el hecho ilícito y su autoría se encuentran plenamente demostrados,⁽⁴⁴⁾ a pesar de que tanto el juez como el Ministerio Público deban investigar tanto los aspectos favorables como los desfavorables al imputado.

En conclusión afirman los autores mencionados, que los hechos constitutivos y las agravantes deben ser probados por el Estado, destruyendo el estado de inocencia y en caso de duda sobre la concurrencia de uno de esos elementos se debe absolver.

Se presenta el problema en cuanto a los hechos extintivos e impositivos y las circunstancias atenuantes y coinciden en que la no existencia de prueba afecta al imputado, sin perjuicio de que el Tribunal y el Ministerio Público deban investigarlas también.

(42) FENECH, *op. cit.*, p. 749.

(43) DEVIS ECHANDIA, *op. cit.*, p. 243.

(44) *Ibid.*, p. 246.

Discrepan los autores Gutiérrez y Fenech, el primero considera que si se duda de existencia de hechos impositivos o atenuantes se debe absolver; por ello es que el imputado debe únicamente que hacer creíbles sus afirmaciones, en aplicación del indubio pro reo. El segundo dice que en esa circunstancia se debe condenar.

2.6. Nuestra Posición

Consideramos que no se puede aceptar en el proceso penal, la existencia de cargas probatorias en sentido formal. Esto, por la existencia de las posibilidades de investigación judicial autónoma del juez, el principio de inocencia y la imparcialidad del Ministerio Público.

Debemos de hacer distinción entre la carga de la prueba en el proceso civil y de la misma en el proceso penal, porque en este último valen los mencionados principios.

Si creemos, de acuerdo con Gutiérrez de Cabiedes que existe carga de la prueba en sentido material, en caso de que no exista prueba de un hecho que extinga la responsabilidad penal, los perjuicios de ésta no prueba los tendrá que afrontar el imputado, pero en caso de duda sobre la concurrencia de un hecho extintivo, creemos, aceptando la tesis de Gutiérrez de Cabiedes que se debe absolver.

Sección II. Las diferentes fases de la actividad probatoria. Generalidades

Sin duda alguna, el descubrimiento de la verdad real o histórica del hecho que se investiga, requiere de una serie de actividades tendientes a su verificación, que con el reflejo del "esfuerzo de todos los sujetos procesales, tendiente a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba".⁽⁴⁵⁾

Así entonces, podemos distinguir distintos momentos que se suscitan con relación al mundo probatorio.

Advertiremos de inmediato, que no se trata de una nomenclatura unánime, sino que por el contrario, los autores amplían, restringen, detallan, subdividen, etc., los momentos de la actividad probatoria de muy diversas maneras.

No obstante, sin perjuicio del señalamiento del apunte de otros autores, concentraremos, para efectos puramente didácticos, nuestra atención, en la

(45) CAFFERATA NORES, *op. cit.*, p. 31; En el mismo sentido véase MITTERMAIER, C.J.A., *op. cit.*, p. 67.

clarificación seguida por Cafferatta Nores, quien señala tres momentos básicos en la actividad probatoria: La proposición, la recepción y la valoración.⁽⁴⁶⁾

Esta clasificación, es básicamente la misma que señala Manzini al hablarnos de "Producción, Recepción y Valoración".⁽⁴⁷⁾

Por su parte, Fenech distingue igualmente tres momentos, a saber: "Proposición, Admisión y Práctica".⁽⁴⁸⁾

Claría Olmedo, nos indica dos etapas que a su entender, están bien delimitadas: "La Introductiva y la Valorativa".⁽⁴⁹⁾

Florián, por un lado, nos llega a subdividir los momentos en cinco sin integrar la valuación,⁽⁵⁰⁾ señalando Vélez Mariconde, que la distinción entre Claría Olmedo y Florián no existe realmente y que es "puramente terminológica".⁽⁵¹⁾

Desarrollaremos, a continuación, las dos primeras etapas de la actividad probatoria, es decir, la proposición y la recepción de la prueba, que son las fases concretas de nuestro estudio.

1. Proposición

Algunos autores, se refieren a ella, como la etapa de "solicitud de las partes ante el Tribunal, para que se disponga la recepción de un medio de prueba".⁽⁵²⁾

Hay una "tentativa de introducir en el proceso un medio de prueba que se presume pertinente y útil a la investigación de la verdad".⁽⁵³⁾

Se dice que es el momento de la actividad probatoria, donde se persigue "el ingreso definitivo en el proceso de todos los datos de la realidad que sea útiles para descubrir la verdad sobre lo que ha de ser la plataforma fáctica del fallo".⁽⁵⁴⁾

La proposición, concebida en los términos antes descritos como una fase del quehacer probatorio, se encuentra con ciertas variables como veremos de inmediato, según se trata de la fase de instrucción, o la fase de juicio.

(46) CAFFERATA NORES, *op. cit.*

(47) MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo III, 1954, p. 197.

(48) FENECH, *op. cit.*, p. 703.

(49) CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, pp. 162 y ss.

(50) FLORIAN (Eugenio), *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Barcelona, Editorial Bosch, 1934, p. 169.

(51) VELEZ MARICONDE, *op. cit.*, p. 349.

(52) CAFFERATA NORES, *op. cit.*, p. 36.

(53) VELEZ MARICONDE, *op. cit.*, p. 349.

(54) CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, p. 1s5.

1.1. Durante la Instrucción

En esta fase, tanto el Ministerio Público como las partes legitimadas como tales, tienen la facultad de proponer las diligencias que consideran oportunas, de conformidad con los artículos 196, 340 y 279 del Código de Procedimientos Penales; pero el juez acogerá la solicitud de las partes, cuando éstas resultaren pertinentes y útiles, términos que más adelante analizaremos, siendo su resolución de carácter irrecurrible. Lo anterior no descarta la posibilidad de que posteriormente, durante otras fases del proceso, la diligencia probatoria pueda ser solicitada e incorporada al mismo a solicitud de las partes o por requerimiento del mismo tribunal; todo ello de conformidad con los principios de Economía Procesal y de búsqueda de la verdad real, tomándose en cuenta inclusive, que el artículo 284 del Código de Procedimientos Penales obliga al Juez a investigar en esta etapa procesal, todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el imputado.

1.2. Durante la etapa de Juicio

Se dice que esta etapa procesal, las partes tienen un "verdadero derecho a ofrecer pruebas",⁽⁵⁵⁾ puesto que el tribunal tiene la obligación de recibirlas, siempre que no resultaran evidentemente impertinentes o imperabundantes, y hubieren sido ofrecidas oportunamente, conforme lo disponen los artículos 349, 351, 352, 371, 353, -siguientes y concordantes del Código de Procedimientos Penales.

Desde luego que, podría darse la hipótesis de que ninguno de los sujetos procesales ofreciera prueba, en cuyo caso el Presidente del Tribunal deberá disponer la recepción de aquella que considere pertinente y útil que se hubiere producido en la instrucción, o bien ordenará la instrucción suplementaria con notificación previa a las partes, según lo dispuesto en los artículos 352 y 353 del Código de Procedimientos Penales.⁽⁵⁶⁾

Para concluir con lo referente a este primer momento de la proposición, no podemos dejar de lado el mencionar la importancia que cobra el principio de la comunidad de la prueba, según el cual, la prueba ofrecida por alguno de los

(55) CAFFERATA NORES, *op. cit.*

(56) Núñez sostiene que de no ejercitarse durante el término de la citación a juicio la posibilidad de ofrecer prueba conforme al 349-366 del Código de Córdoba-, por

sujetos que intervienen en el proceso, viene a incorporarse al mismo, por lo que deja de pertenecer a quien la ofreció en primera instancia, por lo que la prueba, así concebida, no pertenece ni beneficia necesariamente con exclusividad única quien la solicita o aporta, sino al proceso mismo y a la búsqueda de la verdad real.⁽⁵⁷⁾

2. Recepción

El segundo momento dentro de la actividad probatoria, lo constituye el de la recepción, el cual consiste en el hecho de que el tribunal posibilite el ingreso efectivo del dato probatorio que se pretende incorporar.

No sólo implica el que el tribunal permita el arribo de la prueba que se aporta por la parte, sino también el que se ordene el cumplimiento de la realización o traslado de la misma al proceso que se encuentra latente.

Cafferata nos aclara, que el hecho de que sea recibida la prueba, no implica de forma necesaria que ésta aporte al proceso algún elemento probatorio.⁽⁵⁸⁾

Se dice igualmente que la recepción consiste en el "proveimiento estimatorio positivo"⁽⁵⁹⁾ que realiza el tribunal ante el ofrecimiento o proposi-

las partes, implicaría la caducidad de la facultad no ejercida o sea, el presentar las pruebas y recusaciones del caso. Véase NUÑEZ (Ricardo), Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Anotado, Argentina, Editorial Lerner, 1970, pp. 318-319. Sin perjuicio de lo cual Llobet bien nos aclara que aún luego de abierto el debate, existe la posibilidad de ofrecer prueba para mejor proveer inmediata mente después de abierto el debate, o bien con el mismo carácter con posterioridad, de conformidad con los artículos 371 y 387 del Código de Procedimientos Penales.

Véase LLOBET (Javier), Código de Procedimientos Penales Anotado, Alajuela, Ed. Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1987, pp. 388, 389, 409, 410.

(57) Véase CAFFERATA NORES, *op. cit.*, p. 37. En el mismo sentido se pronuncia Tiberio Quintero Ospina, quien prefiere denominar al principio como de "adquisición de la prueba". Véase QUINTERO (Tiberio), *Práctica forense penal*, Colombia, Editorial Jurídica Wilches, Segunda edición, Tomo III, 1982, p. 47.

(58) Por ejemplo en el caso de que el testigo ofrecido, al prestar su declaración, indique desconocer los hechos por los que se le ha citado. Ver CAFFERATA, *op. cit.*

(59) Así se manifiesta CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, pp. 166-167.

ción de la prueba, aclarándose que cuando la recepción de la prueba proviene de una iniciativa probatoria de oficio, es decir, cuando la ley autoriza al juez a producir prueba por su propia iniciativa, el ofrecimiento y la recepción prácticamente se funden en un mismo momento.

2.1. Durante la Instrucción

En la Instrucción, el juez, según lo dispone el artículo 186, del Código de Procedimientos Penales, debe proceder directa e inmediatamente a la investigación de los hechos, por lo que no está ligado en absoluto a únicamente las proposiciones probatorias de las partes, recordando en todo caso que, en cuanto a éstas, regirá lo dispuesto en el artículo 196 del mismo cuerpo legal, en tanto el juez practicará las diligencias propuestas por el Ministerio Público y las partes, siempre que resulten útiles y pertinentes, siendo su resolución irrecurrible.

Es importante anotar, que las partes deben ser notificadas bajo pena de nulidad para la recepción de los actos que dispone el artículo 191 del Código de Procedimientos Penales, exceptuándose el uso de los actos de una urgencia y dejándose constancia de los motivos de conformidad con el artículo 192, del mismo Código.

No obstante lo antes citado, los defensores estarán inhibidos de asistir a los actos que a criterio del juez ponga en peligro la concreción de los fines del proceso, o impida una pronta actuación, siendo dicha resolución irrecurrible y sin ni siquiera pedirse que sea fundamentada dicha resolución, de conformidad con el artículo 193 del cuerpo legal antes citado. A lo anterior se agrega la posibilidad establecida en el artículo 275 que tiene el imputado de declarar aún sin la presencia de un defensor.

2.2. Durante la Etapa de Juicio

En la etapa de juicio, el Tribunal, en principio, debe recibir solamente las pruebas que se ofrecieron oportunamente.

Sin embargo, como ya antes se dijo, el Presidente del Tribunal podrá disponer la recepción de la prueba pertinente y útil que se hubiere producido en la instrucción en caso de que las partes no ofrecieran prueba, de acuerdo al artículo 352 del Código de Procedimientos Penales, e inclusive, tiene la posibilidad de hacer uso de la instrucción suplementaria según reza el numeral

353 del mismo Código, o bien ya sea a solicitud de las partes o de oficio ordenar la prueba para mejor proveer de acuerdo a los artículos 370 y 387 del Código Procesal antes citado.⁽⁶⁰⁾

Para finalizar, añadiremos que al no existir disposición concreta en cuanto a la asistencia y participación de la recepción de las pruebas por parte de los sujetos del proceso atinentes a las mismas, deberá regir a nuestro criterio, las mismas disposiciones para la recepción de éstas en la fase de instrucción.⁽⁶¹⁾

3. Hacia una clasificación más técnica

Sin perjuicio de lo antes indicado, con referencia a estas dos grandes fases primarias de la actividad probatoria, a nuestro criterio una clasificación más técnica deberá distinguir entre estos momentos, algunos procedimientos que muchas veces se encuentran indistintamente utilizados y que es frecuente conduzcan a errores en su apreciación e interpretación. Es por ello, que creemos que la clasificación que en razón de las fases y etapas de la actividad probatoria en el proceso, realiza Hernando Devis Echandía, se ajusta con mayor claridad a los requerimientos de una visión más técnica del tema.⁽⁶²⁾

El autor citado, divide igualmente en 3 fases la actividad probatoria:

- a. Fase de producción u obtención de la prueba;
- b. Fase de Asunción; y
- c. Fase de Valoración.

Distingue así, en razón de la primera fase (producción) cinco momentos diferentes: a. averiguación o investigación; b. aseguramiento; c. proposición o presentación; d. admisión y ordenación; y recepción y práctica.

(60) Esto se funda en el principio de verdad material, señalando Mario Ramírez que la prueba para mejor proveer puede ser decretada tanto para el asunto penal, como para la acción civil correspondiente. Ver RAMÍREZ (Mario), Aspectos Civiles de la Acción Resarcitoria, *Revista Judicial*, San José, No. 12, junio de 1979, pp. 44-45. En el mismo sentido véase LLOBET, *op. cit.*, p. 409; CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, T. I, pp. 484-485 y VELEZ MARICONDE, *op. cit.*, T. II, pp. 197-198.

(61) En sentido similar se manifiesta CAFFERATA, quien indica que "fuera del caso de la instrucción implementaria, la recepción de las pruebas durante el juicio no podrá llevarse a cabo sin la presencia del representante del Ministerio Público, el imputado y su defensor, bajo pena de nulidad". Cosa que fundamenta en los artículos 78 y 171 inc. 3 del Código de Córdoba, Argentina. Véase CAFFERATA NORES, *op. cit.*, p. 39.

(62) DAVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, pp. 159 y ss.

Ya hemos hablado anteriormente de lo concerniente a la importancia de la averiguación e investigación de la prueba; pero resulta interesante observar que en razón del aseguramiento o defensa de la prueba, Devis Echandía distingue tres clases.

1. El apoderamiento material preventivo de cosas, en calidad de custodia o secuestro;
2. La recepción anticipada de la prueba; y
3. La coerción oficial para la práctica, que va desde los allanamientos de inmuebles y la incautación de objetos, hasta la conducción de los testigos ante el juez por la fuerza pública.

Estos señalamientos referentes al aseguramiento o defensa de la prueba, los podemos encontrar en los artículos 161, 164, 165, 166 y 167 del Código de Procedimientos Penales.

Distingue el autor, como un tercer momento dentro de la primera fase, la proposición y presentación de la prueba, haciéndose el distingo de que la *presentación* se da cuando la parte aduce el medio y el juez se limita a admitirlo; mientras que existe *proposición* cuando la parte se limita a indicar un posible medio, con el fin de que el juez lo decreta y procede a su práctica. Al mismo tiempo se señala que la proposición o presentación de la prueba estará sujeta a condiciones, tanto intrínsecas, como la legitimación del peticionario y la capacidad y competencia del funcionario, como también a condiciones extrínsecas, que podrían estar determinadas por factores de modo, tiempo y lugar.

Un cuarto momento de la primera fase está referido a la admisión, ordenación y decreto de la prueba; refiriendo el autor, que la *admisión* se refiere a la aceptación del juez de la prueba aducida por las partes, la *ordenación*, al mandato del juez para que se practique las respectivas pruebas solicitadas y que el *decreto* de éstas se refería a un concepto más amplio que abarcaría a los dos anteriores; aclarándose en todo caso que al decretar (admitir u ordenar) la prueba, el juez realiza una calificación previa de la legalidad y pertinencia del medio presentado o solicitado, sin que por ello se está valorando o apreciando su fuerza o mérito de convicción en esta etapa procesal.

El último momento señalado por Devis Echandía, en lo que a la primera fase se refiere, estaría comprendido por la recepción o práctica de la prueba.

Se dice entonces que la *recepción* opera como una simple agregación al proceso ante la presentación que ha realizado la parte del elemento probatorio, mientras que se da pie a la práctica del mismo cuando la parte solamente se limita a solicitarla, siendo ambos, actos procesales necesarios para que los diversos medios concretos aducidos o solicitados se ejecuten e incorporen al proceso.

Se aclara por el autor el hecho de que en algunas ocasiones, cuando el medio probatorio se presenta al Juez para su admisión, la práctica o recepción se confunde con la admisión, e igual cosa podría suceder cuando el juez procede a practicar la prueba en el curso de una diligencia.

En segundo término o como una segunda fase, se menciona la fase de *asunción de la prueba*, la que es frecuentemente confundida con la recepción, y que se refiere más bien a la percepción sensorial y a la aprehensión mental de la prueba por el juez, es una especie de comunicación subjetiva del juez con el medio probatorio, sin que en esta fase se esté procediendo todavía a valorar su mérito o fuerza de convicción, cosa que operaría en la tercera y última fase referida a la apreciación por parte del juez, de la prueba, que no es motivo de nuestro estudio.

LIMITES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Sección III. Pertinencia y utilidad de la prueba

En esta parte de nuestro trabajo, analizaremos de manera rápida, pero concisa, la importancia que revisten los términos de pertinencia y de utilidad en materia probatoria.

En ese orden de ideas, señalaremos primeramente lo descrito a la prueba pertinente o impertinente, terminando con una breve indicación de la prueba útil y su relación con el criterio de superabundancia.

Podemos decir entonces, que la determinación de si una medida probatoria es pertinente o no, es sumamente importante, puesto que de no considerarse apta por parte del juez, no existiría posibilidad de que ésta fuera practicada o recibida, y por lo tanto, nunca se le podría incorporar al proceso.⁽⁶³⁾

Es evidente, que para que un elemento probatorio pueda ser aceptado y luego valorado, éste debe reunir ciertos y determinados requisitos.⁽⁶⁴⁾

Las pruebas son circunstancias sometidas a los sentidos del juez, que ponen de manifiesto el contenido del juicio, detectados acerca de la existencia

(63) Mittermaier, señala que este impulso producido por la parte, comunica lo que él denomina como "movimiento de la aguja de la balanza del proceso". Véase MITERMAIER, *op. cit.*, p. 65.

(64) Para mayor profundidad del tema véase a QUINTERO, *op. cit.*, pp. 40 y ss.

o inexistencia de un hecho, debiéndose buscar la verdad real o material a través de los rastros, consecuencias, indicios, etc., que contribuyan al esclarecimiento de éste.⁽⁶⁵⁾

Es por lo anterior, que el juez necesita llegar a ubicar en el proceso todo aquello que resulte útil y pertinente; reproduciendo hasta donde se pueda, los "elementos materiales e intensionales" que rodearon al hecho.⁽⁶⁶⁾

Se dice entonces, con justa razón, que las partes, desde esta perspectiva, no pueden integrar al proceso a su libre arbitrio las pruebas que quieran, sino solamente aquellas que conduzcan en forma efectiva y real a la averiguación del hecho en cuestión.

Lo anterior ha llevado a algunos a afirmar que esta restricción constituye "un límite al ejercicio de la defensa".⁽⁶⁷⁾

Es así como algunos autores hablan además de pertinencia y utilidad de la prueba, de "conducencia", de la misma, refiriéndose a la misma como "una comparación entre el medio probatorio y la ley".⁽⁶⁸⁾

Un ejemplo claro de lo anterior, sería el intentar aportar una prueba documental relativa al estado civil del imputado, por medio de una certificación privada, en detrimento de lo que consagra el artículo 198 del Código de Procedimientos Penales.

Al hablar de pertinencia, nos referimos entonces, a la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso, y los hechos que son tema de prueba en éste, es pues, una relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso.⁽⁶⁹⁾

(65) En ese mismo sentido, véase ELLERO (Pietro), *De la certidumbre en los juicios criminales, o tratado de la prueba en materia penal*, España, Editorial Reus, Séptima edición, 1980, pp. 38-39.

(66) Framarino añade al respecto que "deducir el elemento intencional del elemento material, es lógico solamente cuando el elemento material contiene en sí mismo el dolo. Véase FRAMARINO, *op. cit.*, p. 213.

(67) Pero es evidente que el Derecho a la Defensa no presupone que se deba consentir el que el imputado o alguna de las partes someta al juez pruebas impertinentes o inútiles. En contra véase HERRERA (Luis Guillermo), Oportunidades procesales para que el imputado ofrezca prueba en el Proceso Penal, *Revista Judicial*, San José, Año IV, No. 14, diciembre 1979, p. 35.

(68) Véase lo antes señalado en razón de la prueba ilícita. Así, PARRA QUIJANO, *op. cit.*, p. 27.

(69) Para Vélez y para Núñez, "la diligencia es pertinente si se refiere al hecho investigado; y es útil para esclarecer la verdad con respecto a alguno de los elementos fácticos en que se basa la imputación". Véase VELEZ MARICONDE (A.), *La Acción Resarcitoria*, Córdoba, Argentina, Editorial Lerner, 1965, p. 134. NUÑEZ, *op. cit.*, p. 193.

Así, Llobet, nos refiere que "Prueba impertinente es aquella que no tiene relación en cuanto a lo que se tiende a probar con ella, con lo que en el proceso se quiere saber".⁽⁷⁰⁾

Nuestro Código de Procedimientos Penales, utiliza el término "pertinente" en varias ocasiones en el sentido apuntado, y que a nuestro criterio es sinónimo en cuanto a su utilización del de idoneidad, así por ejemplo los artículos 196, 340 y 352.

Si la prueba, luego de ofrecida por las partes resultare impertinente, el juez deberá rechazarla, siendo su resolución de carácter irrecurrible, haciéndose la salvedad que en el debate y ante el rechazo injustificado de la prueba ofrecida, procedería la revocatoria, y si esto no lograra su objetivo se podría plantear la respectiva reserva o protesta para recurrir a casación, lo que se intentaría de conformidad con los artículos 106, 395 inc. 2 y 400 inc. 4 del Código de Procedimientos Penales, alegándose la falta de fundamentación de la sentencia.⁽⁷¹⁾

En igual forma, si existiera duda sobre la pertinencia o impertinencia de una prueba, lo recomendable sería admitirla y diferir su receptación y/o práctica hasta que se considerara oportuno por el juez, sin perjuicio de rechazarla posteriormente por considerarla eventualmente impertinente.

Hay que aclarar además para terminar, que nuestro Código habla además del concepto de utilidad, el que busca que las probanzas presten algún servicio en el proceso, por lo que si una prueba no tiene este propósito, debe ser rechazada de plano.

Es obvio que las pruebas impertinentes resultarían inútiles, pero puede suceder que la prueba sea pertinente, pero que resulte inútil, cuyo ejemplo típico sería el de la prueba superabundante, conforme señala el artículo 352 del Código de Procedimientos Penales.

Sección IV. Licitud e ilicitud de la prueba

El proceso penal tiende a la averiguación y comprobación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que puede ser cometido, obviamente también es fin del proceso penal el establecer la participación posible del sindicado a efecto de que en su caso se haga la declaración de responsabilidad correspondiente pronunciando las penas respectivas y demás declaraciones que la ley establece.

(70) LLOBET, *op. cit.*, pp. 212 y 368.

(71) *Ibid.*

Dentro del proceso y para que el juzgador pueda cumplir con los fines indicados, debe promover de oficio la investigación, debe comprobar y establecer los hechos buscando la verdad histórica, para es este efecto se debe valer de los medios de prueba porque estos le permiten establecer la verdad de los hechos que pueden tener importancia para la sentencia y estos medios de prueba serán la vía del conocimiento por la cual tomará convicción para resolver la situación del imputado en determinado momento.

La búsqueda de la verdad material que impera en el proceso constituye el fundamento del sistema probatorio, lo anterior unido al criterio del libre convencimiento, llevan conjuntamente a la conclusión de que los medios de prueba no pueden señalarse en una enumeración taxativa o inmodificable, manifestándose de esta manera el principio de la libertad de los medios de prueba,⁽⁷²⁾ por el que se establece que en materia penal todo se puede demostrar y por cualquier medio.

Algunos autores estiman de que los medios de prueba lícitos son solamente los que la ley, civil o penal admite y que por estar taxativamente señalados no se necesita la prohibición para no admitir otras, este criterio, sin embargo, no tiene ninguna relevancia y ninguna justificación ante la exigencia de la búsqueda de la verdad y menos aún cuando la misma legislación reconoce la libertad de prueba.

Por otro lado, el ser humano es capaz de realizar una gran cantidad de actos y puede incurrir en un delito de muy diversas maneras, lo que exige y presenta a la investigación objetos variados y nuevos a probar lo que lleva consigo nuevos y variados modos e instrumentos de investigación.

El objeto de proclamar o reconocer la libertad de los medios de prueba, es establecer de que al juez y a los órganos de prueba (en especial a los funcionarios de la Policía Judicial, Ministerio Público, peritos, etc.) les es lícito averiguar la verdad con todos los medios modernos que en sus constantes progresos pueda ofrecer la ciencia y el arte, tales como los medios de identificación introducidos por la Policía científica.

De lo anterior se establece concretamente, de que la investigación de la verdad no debe ser en principio teórico que se pueda dejar en el aire sin fundamento en la realidad, por el contrario, señala la doctrina, en el proceso se deben utilizar todos los instrumentos adecuados, en el caso concreto para que la averiguación de la verdad se realice en forma completa, de tal manera de que la enumeración de los medios de prueba que se encuentra en los códigos tiene carácter puramente indicativo y demostrativo, sin que esa enumeración excluya otros medios de prueba.

(72) Así, FLORIAN (Eugenio), *De las Pruebas Penales*, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, Talleres Gráficos, Tercera edición, p. 223.

1. Prueba Prohibida

No obstante lo anteriormente dicho, se presentan algunas limitaciones a ese principio de libertad de prueba, esas limitaciones que sacrifican la verdad real tienen como causa un interés más importante, que se puede encontrar fundamentado en las funciones y la actividad del Estado, en vínculos de familias, o bien en la protección de la espera o los derechos personales. De la violación de esas limitaciones, surge la categoría procesal conocida como prueba prohibida, que se puede definir como aquella prueba que no obstante siendo en sí misma idónea para suministrar elementos relevantes para el descubrimiento de un hecho deducido en juicio, el orden jurídico prohíbe utilizar.⁽⁷³⁾

El anterior concepto de prueba prohibida es muy amplio y constituye un género del cual se originan cuatro especies:

1.1. La prueba prohibida a título *expreso* por las normas procesales, esté contenida o no al Código Procesal, y esté o no empleado el término prohibida

Es preciso pues, en este primer supuesto de que exista una limitación expresa en la ley aún cuando no se emplee el término prohibido.

Como ejemplo, se pueden citar las siguientes disposiciones:

Artículo 276 del Código de Procedimientos Penales: "El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinararlo a declarar contra su voluntad... sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria o penal que corresponda.

Por su parte el artículo 222 del mismo cuerpo legal establece: "No podrán secuestrarse las cartas o documentos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo".

Cabe decir en cuanto al primer artículo citado de que la libertad de declarar del imputado goza de fuerte amparo y en la mayoría de las leyes de ordenamiento procesal están expresamente prohibidas como medios de técnica inquisitoria, los malos tratos, la amenaza y el engaño.

En el artículo indicado se prohíbe la utilización de coacción o amenaza, pero también en forma amplia se prohíbe la utilización de cualquier medio para obligarlo a declarar contra su voluntad.

(73) NOVOLONE, citado por MINVIELLE (Bernardette), *La Prueba Ilícita en el Derecho Procesal Penal*, Córdoba Argentina, Marcos Lerner, Editorial, 1987, p. 13.

Dentro de las prohibiciones indicadas entra una variedad de medios que van desde la amenaza por medio de la cual el funcionario trata de presionar al imputado, exponiéndole la perspectiva de algún mal para que en el caso de que sigue negando el hecho, hasta la utilización de medios que vienen a vulnerar la posibilidad de autodeterminación del sujeto mediante técnicas psicológicas, como por ejemplo el polígrafo o el detector de mentiras que permite controlar en forma directa la verdad de las declaraciones del sujeto a través del control de sus movimientos respiratorios, durante el interrogatorio, como también las variaciones de la presión arterial, el pulso y la secreción transpiratoria en las distintas etapas de la forma de declaración, la doctrina señala que estos fenómenos sufren evidentes cambios cuando el declarante dice conscientemente una falsedad,⁽⁷⁴⁾ o bien la utilización de químicos que tienden a disminuir el control consciente de sí mismo, como el narcoanálisis, que consiste en poner al sujeto en estado de subnarcosis, suministrándole por vía endovenosa preparados químicos que sin impedir la posibilidad de comunicación del imputado viene a disminuir sus frenos inhibitorios, así como la idea de la autodefensa con lo cual el sujeto exterioriza hasta las más íntimas, absurdas y condenables tendencias y por supuesto su confusión sobre los hechos por él realizados.⁽⁷⁵⁾ En cuanto a este mecanismo vale agregar que no sólo es rechazado por vulnerar la libertad de declaración del imputado sino también por su inseguridad ya que el sujeto bajo esos efectos muchas veces confunde una acción deseada o querida como un hecho realizado o bien que mezcle los sueños con la realidad. En cualquiera de estos supuestos estaríamos en presencia de la primer especie doctrina de prueba prohibida o sea la prueba prohibida expresa.

1.2. La prueba cuya obtención o utilización no es prohibida expresamente, pero que su prohibición deduce del sistema

Dentro de esta categoría se comprenden las prohibiciones, que implícitamente están contenidas en normas procesales, o bien aquellas que se puede originar de la interpretación analógica de las prohibiciones expresas en la medida que se encuentre presente el mismo fundamento.

Como ejemplo de esta prueba prohibida que se deduce del sistema se puede citar, que la ley faculta la interceptación de correspondencia postal o telegráfica o de otro efecto remitidos por el imputado o destinado al mismo. Por

(74) DORING (Erich), *La Prueba*. Su práctica y apreciación, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 210.

(75) FLORIAN, *op. cit.*, p. 229.

su parte el artículo 222 del Código de Procedimientos Penales reduce la facultad antes indicada excluyendo algunos documentos de la posibilidad de ser interceptados o secuestrados, el artículo establece: "No podrán secuestrarse las cartas o documentos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo".

De la forma anterior se puede deducir que así como no pueden secuestrarse las cartas o documentos que el imputado envíe a su defensor para el cumplimiento de su cargo, tampoco pueden secuestrarse las cartas o documentos entregados o enviados por la actividad de la defensa. También se deduce mediante interpretación analógica que si se excluye el secuestro de documentos ente imputado y defensor, cuando en éstos puede hallarse representada la actividad defensiva no podrían ser utilizadas en contra del imputado las conversaciones telefónicas interceptadas sostenidas entre el imputado y su defensor, así como la percepción de la conversación directa llevada a cabo entre defensor e imputado mediante la colocación de micrófonos.⁽⁷⁶⁾ Cabe resaltar como de una prohibición expresa como indicada pueden plantearse prohibiciones que se deducen del propio sistema, ya que en este caso, tanto la prohibición expresa de no secuestrar las cartas que se envíen a los defensores para el desempeño de su cargo como las prohibiciones deducidas de no poder secuestrar las cartas enviadas del imputado al defensor, sino del defensor al imputado, así como la prohibición deducida de no utilizar en contra del imputado las conversaciones telefónicas interceptadas sostenidas entre éste y su defensor tienen similar fundamento el permitir que la defensa pueda ser ejercida eficazmente mediante la inviolabilidad del secreto profesional.

1.3. Como tercera especie de prueba prohibida la doctrina señala la "prueba irritual"

Como su nombre lo indica, este es el medio probatorio obtenido mediante una actividad desarrollada, en el proceso, pero con violación a la ley de rito en cuanto a los requisitos y procedimientos para procurarlo, y que pueden corresponder a la protección de derechos constitucionales.⁽⁷⁷⁾

En esta especie debe resaltarse que el medio de prueba es obtenido dentro del proceso y que necesariamente vulnera o los requisitos para obtener dicho medio de prueba, o bien el procedimiento para procurarlo.

(76) MINVIELLE, *op. cit.*, p. 17.

(77) MINVIELLE, *op. cit.*, p. 19.

Existen varios supuestos que pueden servir como ejemplo de esta prueba prohibida, así el artículo 192 del Código de Procedimientos Penales establece que antes de practicar reconocimientos, reconstrucciones, exámenes periciales, e inspecciones de las que se refiere el artículo 191, bajo pena de nulidad deberán ser notificados el agente fiscal y los defensores, o la excepción de la obligación de notificar también contenida en el artículo 192 tendrá como base la suma urgencia de la práctica de la diligencia en cuyo caso se debe dejar constancia de los motivos. También bajo pena de nulidad. En este supuesto vemos como, tanto la emisión de notificación a los sujetos allí indicados así como la omisión de la constancia de los motivos de suma urgencia que determinarán la práctica de la diligencia sin previa anticipación constituyen violación a los requisitos establecidos por la ley en cuanto a requisitos sobre procedimientos para procurar la prueba.

Se han analizado tres de las cuatro especies de prueba prohibida: prueba prohibida en forma expresa, prueba prohibida que se deduce del sistema y prueba irritual, es oportuno notar que en las dos primeras especies la ley señala explícita e implícitamente que la práctica de la prueba no debe realizarse mientras que en el caso de la prueba irritual ésta sí puede practicarse pero lo que sucede, como ya se ha quedado indicado es que no se cumple con la forma que la ley ha establecido para la práctica de la misma.

1.4. Prueba ilícita

La prueba ilícita es el medio de prueba obtenido extra-procesalmente, mediante la violación de derechos sustanciales, consagrados expresa o implícitamente por la Constitución.

Esta prueba ilícita es obtenida extraprocesalmente y se pretende introducir en el proceso haciendo caso omiso de la forma ilícita en que fue obtenida.

La diferencia que señala la doctrina entre la prueba ilícita y las otras especies ya vistas, indica en que en las tres primeras, existe una norma procesal, expresa o deducida del sistema que se vulnera en la obtención o utilización de la prueba, mientras que por el contrario, en la prueba ilícita, de derechos consagrados en la Constitución se estime un juicio de inadmisibilidad procesal sin que una norma procesal exprese dicha valoración negativa. Existe mucha similitud realmente entre la prueba prohibida en forma expresa y la prueba ilícita más aún cuando pueden en alguna forma coincidir, por ejemplo, en la declaración obtenida mediante reacción o amenaza se violan principios constitucionales que generalizan la libertad de defensa y además se violan normas expresas como las contenidas en el Código de Procedimientos Penales y que prohíben la utilización de estos métodos.

Sin embargo puede notarse de mejor manera la diferencia entre estos tipos de prohibiciones a través de los siguientes ejemplos.

La Constitución Política reconoce el derecho de inviolabilidad de la correspondencia.

El Código de Procedimientos Penales, autoriza que el juez pueda ordenar la interceptación de correspondencia, pero prohíbe que se secuestren las cartas o documentos que el imputado envíe o entregue a los defensores para el desempeño de su cargo (art. 222).

De esa prohibición expresa ya hemos señalado como se puede obtener una prohibición deducida del sistema y que consiste en que tampoco pueden ser secuestrados los documentos que el defensor envíe al imputado con relación a la defensa. Pero si por el contrario, un sujeto o agente, o autoridad sin autorización de juez o sea extraprocesalmente viola correspondencia y pretende utilizar su contenido como medio de prueba estamos en presencia de una prueba ilícita que no viola ninguna prohibición del Derecho procesal porque el derecho objetivo sólo se refiere a violación de correspondencia autorizada por el Juez, por lo tanto con esta acción lo que se está violando es una garantía constitucional, característica de la Prueba ilícita.

La Constitución Política garantiza la inviolabilidad de las comunicaciones escritas u orales de los habitantes de la República. Por su parte el artículo 221 del Código de Procedimientos Penales faculta al Juez para que pueda ordenar la intervención de las comunicaciones telefónicas del imputado, pero si en forma expresa la ley prohíbe la interceptación de correspondencia entre defensor e imputado se obtiene la prohibición deducida del sistema de que tampoco puede utilizarse en contra del imputado las grabaciones de las conversaciones entre él y su defensor.

Pero si por el contrario un sujeto en forma extraprocesal interviene una comunicación telefónica en la cual puede confesar haber cometido un delito en el caso de que esa comunicación sea grabada, no puede ser utilizada como medio de prueba y no obstante que no vulnera ninguna norma procesal expresa ni implícita si viola una garantía constitucional por lo que se está en presencia de la prueba ilícita.

2. Intervenciones telefónicas dentro de la prueba ilícita

En cuanto a la prueba que se deduce de la interceptación de comunicaciones telefónicas existe mucha discusión en la doctrina, discusión que creo tiene su razón de ser en la poca claridad con que se ha redactado algunas constituciones y leyes ordinarias.

En varias constituciones políticas, al reconocerse la inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas también en los mismos cuerpos legales bajo algunas condiciones se consideran como excepción la posibilidad de interceptar la correspondencia y de intervenir la comunicación telefónica por orden del juez competente, tales son los casos de las constituciones de España, de URSS, República Popular de China, de Italia, dentro de otras.

El problema surge cuando muchas constituciones latinoamericanas como la colombiana, la costarricense y la guatemalteca dentro de otros, y las comunicaciones escritas y orales de los habitantes, y como excepción a esa inviolabilidad sólo reconocen la posibilidad del registro o examen de documentos y correspondencia por parte de los tribunales de justicia, sin referirse en forma concreta a la posibilidad de intervenir comunicaciones telefónicas, con lo cual cualquier norma contenida en una ley ordinaria que restrinja esa garantía permitiendo al juez intervenir una comunicación telefónica tal, como el artículo 221 del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica, aparentemente puede parecer inconstitucional por no estar amparado en la excepción que contiene la Constitución.

En resumidas cuentas dos son las posiciones en relación a este problema.

2.1. Posición en contra de la licitud

Por un lado los que consideran que es inconstitucional el uso de la intervención de la comunicación telefónica y otros que están a favor de dicha práctica. Quienes consideran de que no debe autorizarse la interceptación de comunicaciones telefónicas se fundamentan en:

Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí misma no contra parientes dentro de los grados de ley.

Consideran de que este principio tiene como finalidad el impedir que se obtengan confesiones que no sean espontáneas y que existe diferencia formal entre el uso del narcoanálisis y el uso de grabaciones de comunicaciones telefónicas del imputado porque en ambos casos se obtiene una declaración en la que el imputado no tiene la conciencia de que lo que manifiesta será tomado en su contra, con lo que se le impide el ejercicio del derecho de defensa, consideran los autores que con este método se anula la voluntad del sujeto para obtener declaraciones que sin el uso de esos medios no se hubieran producido, que su inadmisibilidad debe ser absoluta tanto por la moral como por el derecho y que no es más que una transformación de la tortura del imputado utilizándose como muchas veces en forma negativa las conquistas de la ciencia.

No obstante, materialmente no se ejecuta ninguna tortura ni ninguna violencia para buscar prueba judicial, lo cierto es que la intervención telefónica es un medio subrepticio u oculto que igualmente quebranta el libre consentimiento de la persona, su libertad de no hacer aquello que pueda perjudicarla o perjudicar a sus familiares, si con la interceptación telefónica se consigue que alguien deje una prueba contra sí mismo o contra sus familiares es obvia que se ha obtenido contra el querer de ese individuo ya que si esa persona hubiere sabido de que el teléfono estaba interceptado, es evidente de que no hubiera abordado el tema que comprometiera su responsabilidad a la de sus familiares, con lo cual se logra que alguien declare contra sí mismo o contra sus parientes.

Un segundo argumento para negar la licitud radica en que, con la intervención telefónica se violan derechos de personas distintas de las indicadas y que no están en situación que legitime ese proceder en su contra.

En algunas legislaciones como la de Colombia y la de Guatemala se faculta la interceptación mediante grabación magnetofónica, de las comunicaciones que se hagan o se reciban en determinado teléfono y que se agreguen al expediente mediante ratificación las que tengan interés para los fines del proceso, es lógico que mediante este mecanismo se viola la intimidad de personas ajenas a cualquier sindicación del delito.

En el caso de Costa Rica, el artículo 221 señala que el Juez podrá ordenar la intervención de comunicaciones telefónicas del imputado pero es obvio de que no podrá saber el momento preciso en que el imputado va a realizar la conversación telefónica, lo que hace necesario de que la línea telefónica se mantenga intervenida, lo que trae consigo la intromisión en la vida privada de otros sujetos. Este artículo está mal redactado porque su ejecución en los términos que allí indica es imposible, ya que no se puede intervenir exclusivamente la comunicación telefónica del imputado; ese artículo, a nuestro criterio, debió decir que "El Juez podrá ordenar la interceptación de comunicaciones telefónicas del imputado", ya que esta fórmula implica no sólo la intervención telefónica sino la grabación y documentación de las conversaciones que tengan interés para el proceso dejado por fuera de la conversación del imputado que no interese al proceso y obviamente la conversación de otras personas.

El tercer fundamento que algunos doctrinarios utilizan al negar la posibilidad de la intervención de las comunicaciones telefónicas radica en que las constituciones consideran como excepción la interceptación de correspondencia escrita o documentos privados y garantizan incondicionalmente la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas, este es el caso de Costa Rica, en que la Constitución no contiene expresamente ninguna excepción a la inviolabilidad de la comunicación oral ya que el artículo 24 de la Carta Magna autoriza por vía de ley ordinaria que los tribunales de la República puedan ordenar el secuestro, registro o examen de documentos privados excluyendo

tácitamente las comunicaciones orales como las comunicaciones telefónicas por lo que consideran de que el artículo 221 que permite la no intervención de las comunicaciones del imputado es inconstitucional.

En Costa Rica la polémica también radica en la interpretación estricta de dicho artículo en cuanto a intervenir y usar como prueba las comunicaciones telefónicas del imputado, pero no interceptar y usar pruebas para crear al imputado, es decir, de interceptar comunicaciones que incluso permitan descubrir a quien se le puede imputar un hecho delictivo.

Por ejemplo, se sabe que en determinado sector se mantiene a una persona secuestrada sin que dentro del proceso exista alguna persona indicada, en este supuesto para quienes interpretan restrictivamente el artículo no podrán intervenir los teléfonos porque no se estaría interceptando la comunicación telefónica del imputado porque éste aún no existe.

2.2. Posición a favor de la licitud

Los anteriores son los argumentos fundamentales para rechazar en forma genérica o específica la interceptación judicial de las conversaciones telefónicas, sin embargo aunque podrían parecer valederas, creo que la razón la tienen quienes afirman que si se deben tener como lícitas las pruebas que se originan de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, los fundamentos doctrinales para hacer tal afirmación son:

- Que la comunicación telefónica es un medio moderno de transmisión del pensamiento, eso de que es una modalidad de la libertad de expresión, afirman que si bien es cierto algunas constituciones sólo contienen la posibilidad expresa y como excepción la posibilidad de violar la correspondencia mediante autorización judicial y no dicen sobre la posibilidad de violar las comunicaciones telefónicas, eso se debe fundamentalmente a que al momento de redactar dichas constituciones no podían ser más específicas debido a que no existía el progreso técnico actual, y que no tiene ningún sentido el aceptar que exista la posibilidad de violar la comunicación escrita por razón de interés público, previa autorización del juez y que en las mismas condiciones no se pueda violar la comunicación oral.
- Que el Estado debe garantizar la libertad de comunicaciones pero que también debe intervenir ese derecho por medio de la ley cuando se halla de por medio la defensa social.

— Que si bien es cierto al escuchar las comunicaciones telefónicas se lesione el derecho a la intimidad de la expresión del pensamiento, también lo es de que la ley debe garantizar y proteger esos bienes jurídicos siempre y cuando no sean utilizados para perturbar el orden social.

Consideran de que efectivamente es deber del Estado el garantizar los derechos fundamentales y su obligación de proteger a la sociedad contra el mal empleo de los mismos y de que en la proporción y medida en que los modernos avances de la técnica sirvan de instrumento a la delincuencia es legítimo y necesario que los jueces cuenten con los medios igualmente idóneos para perseguirla y castigarla.

Por otro lado afirman los partidarios de esta posición que en ningún momento se pretende que mediante la interceptación de las comunicaciones telefónicas sea vulnerado el derecho de otras personas que no sea el imputado que por lo mismo el juez debe certificar y agregar a los actos, sólo aquellas declaraciones del imputado y que sean útiles para los fines del proceso debiendo destruir cualquier grabación que no cumpla con esos.

3. Posiciones doctrinarias en torno a la admisibilidad de la prueba ilícita

3.1. Teoría de la admisibilidad

Esta teoría con fundamento en la consideración del Derecho Procesal Penal como rama autónoma del Derecho, establece que el proceso penal posee criterios de valoración propios y diversos del derecho sustancial, basados en sus propias normas. Esta doctrina es influenciada por la concepción de Goldschmith sobre el proceso como “situación jurídica” sobre los actos bifuncionales:

Que plantea de que si existen actos que producen efectos en diversos ámbitos (sustancial y procesal) su valoración se realiza de conformidad con las normas que rigen cada uno de ellos, sin que la valoración negativa realizada en uno repercute necesariamente en el otro.⁽⁷⁸⁾

Por ejemplo, con relación a la actividad de búsqueda de prueba mediante registro domiciliario, que es un acto bifuncional, si el allanamiento se practicara

(78) MINVIELLO, *op. cit.*, p. 24.

por un sujeto particular o sin autorización judicial, no obstante el particular que realizare ese hecho debe ser sancionado conforme a la ley sustantiva por los delitos cometidos, pero si de ese allanamiento el particular obtiene algún medio de prueba que pueda ser utilizado en un proceso, ese medio de prueba debe aceptarse y el Juez no puede repudiar esa prueba, al menos que la ley procesal así lo establezca.

Para estos autores, en igual forma si se obtiene un medio de prueba a raíz de una confesión prestada mediante narcoanálisis, esas pruebas obtenidas son válidas porque debe existir —dicen— en equilibrio entre los intereses privados y las exigencias del proceso, y que ese equilibrio se encuentra en la reacción penal, civil o disciplinaria para el autor del ilícito y el mantenimiento de la prueba cuando la norma procesal no impone su rechazo.

3.2. Teoría de la inadmisibilidad

Esta teoría, parte de que en materia de prueba ilícita no se halla en juego un mero “interés privado” sino el interés público representado por el respeto a los derechos y garantías del hombre, la inadmisibilidad según esta posición se sustenta en los siguientes fundamentos:

La unidad del ordenamiento jurídico

Parte de que el concepto de ilicitud pertenece a la Teoría General del Derecho, por lo tanto debe conceptuarse como prueba ilícita toda aquella obtenida mediante violación de una norma de derecho, ya sea procesal, sustantiva, constitucional, legal o reglamentaria señalada en norma expresa o derivada de los principios generales.⁽⁷⁹⁾

En el proceso señalan, no debe triunfar el más habilidoso o el que tenga más poder en el proceso debe prevalecer el principio de lealtad, de legalidad y de respeto a la persona humana, por lo tanto la regla de la inadmisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida, constituye un principio general del derecho que se impone aún cuando no esté traducido en una norma procesal.

La afirmación anterior es aceptada parcialmente por la doctrina, ya que algunos consideran de que el rechazo de la prueba por el irrespeto a los principios de lealtad y de legalidad puede aceptarse como fundamento de la

(79) VESCOVI, *Previsas para la consideración del tema de la prueba ilícita*, citado por MINVIELLO, *op. cit.*, p. 26.

inadmisibilidad de la prueba irritual o bien de la prueba que se obtiene o incorpore con violación a prohibición expresa o tácita de la ley procesal, pero que no puede ser fundamento para la inadmisibilidad de la prueba ilícita ya que esta se obtiene extraprocesalmente por lo tanto la lesión del bien protegido opera fuera del proceso y que por lo tanto, la inadmisibilidad de la prueba ilícita o extraprocesal descansa en:

1. Los derechos Constitucionales expresa o implícitamente consagrados, constituyen derecho positivo e imperativa, vinculante y limitador de la actividad de los poderes del Estado –Ejecutivo, Legislativo y Judicial- y de los particulares, cada vez que se pretenda introducir en el proceso el medio probatorio obtenido extraprocesalmente con violación a tales derechos, el Juez debe rechazarlo por inadmisibles, sólo de esta forma se logra de que el derecho declarado en la Constitución se convierta en derecho garantizado.⁽⁸⁰⁾

– Sanciones penales, civiles y disciplinarias aplicadas al agente del hecho ilícito.

La teoría de la inadmisibilidad procesal, no es excluyente de las sanciones penales, civiles y disciplinarias aplicadas al agente del hecho ilícito, aunque su efectividad como forma de garantía es dudosa por las siguientes razones:

Penal: Respecto a las sanciones penales debido a que muchas veces debido a la forma en que los hechos ocurren se hace muy difícil la concreta individualización del culpable.

Civil: Con relación a las sanciones civiles estas no son eficaces porque en la mayor de las veces la violación de los derechos constitucionales es ejecutado en contra de personas de muy escasos recursos, o sea personas que difícilmente van a contar con los medios económicos iniciar y seguir un proceso de resarcimiento de daños y perjuicios.

Disciplinario: Las sanciones disciplinarias tampoco pueden considerarse efectivas porque muchas veces los jefes de los cuerpos de seguridad e investigación comparten con los subalternos la utilización de la violencia y del irrespeto a la persona como medio para obtener pruebas o para dar con el culpable lo cual da como consecuencia de que para no frustrar el entusiasmo y la agresividad del personal no se apliquen sanciones disciplinarias o éstas sean mínimas.

(80) Más ampliamente, MINVIELLE, *op. cit.*, p. 38.

Por lo anterior, se considera de que una forma de garantía contra los abusos cometidos en la actividad de búsqueda de prueba, está representada por la valoración mediante un acto ilegítimo no podrá ser usada para probar la culpabilidad del indagado, hace perder al sujeto ejecutor todo incentivo en separarse de la disciplina dictada por la ley para su actividad.

4. Consecuencias de la valoración procesal negativa la prueba ilícita

La prueba obtenida en violación a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, se ubica en cuanto a la actividad de valoración de los actos probatorios en el campo de la admisibilidad.

El juez debe en el acto de admisión, rechazar la prueba ilícita; pero si por error o por no aparecer su ilicitud en ese momento, llega a recibirla u ordenarla, tal resolución no es obstáculo para que en la sentencia revise su decisión y que como prueba ineficaz no lo conceda valor alguno.⁽⁸¹⁾

5. Problemática de la prueba derivada

Dentro de lo que se ha venido analizando se ha considerado la inadmisibilidad procesal de la prueba obtenida ilícitamente, ahora brevemente será tratado el problema de la inadmisibilidad procesal de la prueba derivada de la ilícita, que se denomina la doctrina de los “Frutos del árbol envenenado”. Se trata en este caso de establecer la posibilidad de apreciar como prueba ya no la prueba directa que ha implicado la violación constitucional (como sería por ejemplo la confesión forzada) sino los datos probatorios que se han podido conocer o coleccionar gracias a ella (como sería el descubrimiento de instrumentos, del delito, del lugar indicado en la confesión forzada o el secuestro del cuerpo del delito de hurto del domicilio registrado sin orden de allanamiento).

En cuanto a esto existen dos posiciones:

1. Hay quienes consideran que por prueba derivada de la ilícita debe entenderse exclusivamente la obtenida en forma directa de la prueba que a la vez fue obtenida ilícitamente, debe haber pues una dependencia inmediata y se excluye la obtenida en forma indirecta y la que igualmente se hubiera podido obtener mediante una actividad diversamente orientada.

(81) DEVIS ECHANDIA, *Teoría General de la Prueba Judicial*, citado por MINVIELLE, *op. cit.*, p. 42.

Por ejemplo los partidarios de esta posición consideran que los objetos hallados mediante un registro llevado a cabo por la policía extraprocesalmente, y sin cumplir con las formalidades que el orden jurídico dispone, son inadmisibles en juicio, pero consideran admisibles las declaraciones de los testigos, cuya individualización y ubicación se obtuvo gracias al regifitro ilícito que permitió el hallazgo de una "agenda" o "libreta con anotaciones".

2. Otros autores consideran en cambio, que toda prueba que se obtenga gracias a la violación constitucional, siempre que sea consecuencia de esa violación es tan ilegítima como el quebrantamiento que le dio origen.

Consideran de que por ejemplo, la eficacia de la garantía que prohíbe forzar la declaración del imputado no puede reducirse sólo a quitarle validez como prueba de confesión; a los dichos obtenidos por ese medio, sino que debe privarlos de cualquier otra prueba aún indirecta que de esa declaración pudo derivarse, de lo contrario reducir sólo a quitar la validez, a lo que el imputado deja, pero aprovechar esos dichos para lograr otras pruebas admitiendo a éstas como válidos, significa desnaturalizar la eficacia de la garantía, al punto de legalizar el fruto de su violación.

El juez considera debe rechazar toda prueba obtenida en relación de causa -efecto con la violación constitucional porque de lo contrario sería una forma encubierta de violar la garantía fundamental.⁽⁸²⁾

6. Violación de Garantía Constitucional de Buena Fe o por error

Se plantea por la doctrina que cuando se viole una garantía constitucional de buena fe o por error, y que mediante esa actividad se obtenga alguna prueba, ésta es igualmente inadmisibles, que el hecho de que se pueda tratar de un mero error puede eximir de responsabilidad penal al funcionario que practicó el acto, pues obró de buena fe, pero no puede admitirse como argumento para convalidarlo, porque justifica la violación a normas constitucionales porque ellas obedecen a errores materiales o se practiquen de buena fe, constituyen una interpretación peligrosa ya que la prueba obtenida mediante violación a norma constitucional debe rechazarse siendo indiferente el motivo de su vulneración.

(82) CAFFERATA NORES (José), *Los frutos del árbol envenenado*, *Revista Doctrina Penal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, Año 9, No., julio-setiembre, 1986, p. 493.

Por ejemplo, el artículo 209 del Código de Procedimientos Penales con relación al allanamiento en su párrafo tercero expresa: "En este caso la orden será escrita, expresando el lugar, día y hora en que la medida deberá efectuarse y el nombre del comisionado."⁽⁸³⁾

Como se puede notar, la orden debe señalar el lugar en donde el registro debe practicarse, si la autoridad policial solicita autorización para el allanamiento de la casa marcada con el número 55, y el juez la orden la extiende en atención a ese número pero resulta que el número correcto de la casa es 555 y no 55, el allanamiento practicado y las pruebas derivadas son inadmisibles para la doctrina dominante si bien es cierto, el funcionario debe ser eximido de responsabilidad penal porque actuó de esa manera por error, pero la prueba es inadmisibles porque formalmente se vulneró la inviolabilidad del dominio, ya que para la residencia allanada no se había extendido autorización alguna.

CONCLUSIONES

A través de la presente investigación podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- La actividad probatoria es fundamental para la consecución del fin principal de proceso penal; la averiguación de la verdad real o histórica.
- La prueba debe ser incorporada legalmente al proceso, de lo contrario devendría nula, además de que debe circunscribirse a los hechos acusados.
- Una parte de la doctrina no acepta la existencia en el proceso penal de cargas probatorias, basándose en los deberes de investigación de oficio de los sujetos procesales públicos, en la imparcialidad del Ministerio Público y en el principio de inocencia.
- Otra parte acepta que en el proceso penal se dan cargas probatorias, pero de una forma diferente que en el proceso civil, hace una división entre carga de la prueba en sentido formal y carga de la prueba en sentido material, afirmando que no se da en el proceso penal en el primer sentido, sí existiendo en el segundo, tesis a la que nos adherimos.
- En caso de duda sobre la concurrencia de una causa extintiva de la responsabilidad penal se debe absolver, pues para condenar es necesario llegar a un estado de certeza absoluta en cuanto a la existencia de todos los elementos del delito.

(83) CAFFERATA NORES, *Los frutos del árbol envenenado*, *op. cit.*, p. 494.

— La actividad probatoria se desarrolla de acuerdo a una serie de actividades procesales por parte de los sujetos que en ella participan, que se ha dividido en diferentes momentos, que va desde su producción, presentación y averiguación, hasta su valoración propiamente dicha.

En el presente trabajo intentamos detallar dichos momentos, sin entrar a considerar la valoración que no es objeto de nuestro estudio, resaltando el hecho de que, nos parece que la clasificación que se desarrolla con mejor técnica es probablemente, la de Devis Echandía, quien subdivide de una manera más clara y precisa, los diferentes momentos y submomentos de la actividad en mención.

Tanto la pertinencia como la utilidad, son criterios limitativos en materia probatoria, que utiliza el juzgador para discriminar la prueba que finalmente podrá entrar a figurar dentro del elenco fáctico-técnico inmerso en el proceso, que intenta la reconstrucción del hecho histórico acaecido y que desarrolla en aras de la búsqueda de la verdad real o material de éste.

No obstante, en el proceso penal se reconoce el principio de libertad de prueba a través del cual todo puede probarse y por cualquier medio. Existen algunas limitaciones que tienen su origen en bienes jurídicos de mayor valor de cuya violación surge la categoría procesal conocida como prueba prohibida.

La prueba prohibida es una categoría procesal general de la cual, se deducen cuatro sub-especies de prueba prohibida, éstas son: prueba prohibida en forma expresa, prueba cuya prohibición se deduce del sistema prueba irritual y prueba ilícita.

La prueba irritual tiene como característica particular de que en sí misma no es prohibida, es decir, su práctica es permitida por la ley, no obstante eso, su esencia radica en la inobservancia de normas procesales y de requisitos establecidos por la misma ley.

La intervención de las comunicaciones telefónicas constituyen una práctica fundamentada en ley ordinaria que en la mayor parte de legislaciones latinoamericanas contradicen principios constitucionales, tal es el caso de Guatemala y Costa Rica, en donde los respectivos Códigos de Procedimientos permiten la vulneración de la libertad de comunicación oral, mientras que las Constituciones Políticas respectivas garantizan ese derecho sin límites y sin excepciones.

La prueba ilícita tiene como característica de que no obstante no estar prohibida por ley procesal, su obtención se origina de la violación de una garantía procesal, lo que trae como consecuencia su valoración negativa.

La doctrina dominante sobre prueba ilícita se pronuncia sobre su no admisibilidad en proceso penal, esto parece ser lo más adecuado, ya que las normas constitucionales son derecho positivo que impide, vincula y limita los poderes del Estado, y sería contradictorio valorar la prueba obtenida mediante la violación de esos preceptos.

El criterio más acertado para asegurar las garantías fundamentales parece ser el de la no valoración de las pruebas obtenidas mediante la violación de dichas garantías, toda vez que la responsabilidad penal, civil y disciplinaria de quien cometa dicha violación parece inoperante y más aún cuando la violación de garantías fundamentales se realiza regularmente sobre personas de muy escasos recursos.

Los medios probatorios que se derivan de la prueba ilícita deben ser igualmente inadmitidos ya que son tan ilegales como la violación que les dio origen, de lo contrario, sería aprovechar los frutos de la violación de garantía constitucional, lo que es rechazado fundamentalmente en base a la teoría.

La ausencia de jurisprudencia sobre prueba ilícita que según los autores que tratan el tema existe en América Latina y tomando en cuenta que hablamos de un área en donde con muy pocas excepciones existe un real y efectivo régimen de derecho, no puede llevar a otra conclusión de que la inexistencia de jurisprudencia en ese sentido se debe al desinterés posiblemente no casual con el que se reviste dicho tema, siendo un medio más en manos del Estado para legitimar el atropello a los derechos del individuo.

BIBLIOGRAFIA

BORJA OSORNO (Guillermo). *Derecho Procesal Penal*. Puebla, México. Editorial Cajica S.A., Tercera edición, 1985.

CAFFERATA NORES (José). *La prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma, 1986.

CLARIA OLMEDO. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Editorial Artes Gráficas, T. II, 1983.

CASTILLO BARRANTES (Enrique). *Ensayos sobre la Nueva Legislación Procesal Penal*. San José, Editorial Colegio de Abogados, 1977.

DEVIS ECHANDIA (Hernando). *Compendio de Pruebas Judiciales*. Santa Fe, Argentina. Editorial Rubinzal Colzoni, T. I., 1984.

DORING (Erich). *La prueba, su práctica y apreciación*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972.

ELLERO (Pietro). *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*. España. Editorial Reus, Séptima edición, 1980.

FLORIAN (Eugenio). *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Barcelona, Editorial Bosch, 1934.

FRAMARINO DEI MALATESTA (Nicola). *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Bogotá, Editorial Temis, Vol. I., 1973.

GUTIERREZ DE CABIEDES (Eduardo). *Estudio de Derecho Procesal*. Pamplona, España. Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1974.

HERRERA (Luis Guillermo). *Oportunidades procesales para que el imputado ofrezca prueba en el proceso penal*. **Revista Judicial**. San José, año IV, No. 14, dic. 1979.

JIMENEZ ASENJO (Enrique). *Derecho Procesal Penal*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, Vol. II.

LLOBET (Javier). *Código de Procedimientos Penales Anotado*. Alajuela, Ed. Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1987.

MANZINI. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, T. III, 1954.

MIN VIELLE (Bernardette). *La prueba ilícita en el Derecho Procesal Penal*. Córdoba, Argentina. Marcos Lerner, Editorial, 1987.

NUÑEZ (Ricardo). *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Anotado*. Argentina. Editorial Lerner, 1978.

ODERIGO (Manuel). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Editorial Ideas, T. I, 1952.

PARRA QUIJANO (Jairo). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá. Librería Profesional, Primera edición.

QUINTERO (Tiberio). *Práctica Forense Penal*. Colombia. Editorial Jurídica Wilchez, Segunda edición, T. III, 1982.

RAMIREZ (Mario). *Aspectos civiles de la Acción Resarcitoria*. **Revista Judicial**. San José, No. 12, junio de 1979.

RUBIANES (Carlos). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Argentina, Ediciones Depalma, T. II, 1977.

LA FILIACION Y EL DERECHO COMPARADO

Prof. José Miguel Rodríguez Zamora(*)

(*) Catedrático de la Universidad de Costa Rica. Exdirector de la Escuela de Ciencias Políticas y de Postgrado (Maestría) de la misma Universidad. Sus publicaciones especializadas abarcan las áreas de la filosofía política y social, la epistemología de las ciencias sociales, la sociología de la religión y la filosofía del conocimiento.

SUMARIO:

Resumen

Introducción

- I. El concepto de filiación
- II. Modos de filiación
- III. Pruebas de filiación de los hijos de matrimonio
- IV. Presunción de la concepción y pruebas biológicas de la filiación
- V. Impugnación. Imprescriptibilidad y transacción de los hijos habidos en matrimonio
- VI. Filiación de los hijos adquiridos por subsiguiente matrimonio de los padres e hijos habidos fuera del matrimonio
- VII. Declaración de paternidad y maternidad
- VIII. Conclusión
- IX. Bibliografía consultada

RESUMEN

En este artículo se estudia el tema de la filiación a la luz de la doctrina y del derecho comparado. Se analiza el derecho positivo según el Código de Familia: Título II: Paternidad y filiación de Costa Rica. Se trata de descubrir sus concepciones generales implícitas así como demostrar la ubicación que ocupa dentro del ordenamiento jurídico de acuerdo con el derecho comparado. Tres tipologías sirven de parámetros: las clasificaciones de la filiación, la presunción de la concepción y los sistemas de impugnación.

INTRODUCCION

En la legislación positiva costarricense el tema de la filiación, particularmente expuesto en el Título II: Paternidad y Filiación del Código de Familia, presenta una determinada concepción del ordenamiento jurídico y de los supuestos doctrinales subyacentes. Dicha concepción jurídica, vinculada al conjunto general del ordenamiento, responde a una visión doctrinal intermedia y moderada según las tipologías del Derecho comparado.

Este artículo tiene como objetivo la exposición de forma explícita de las bases doctrinales de la legislación costarricense sobre el tema de la filiación así como su inserción en las diversas tipologías utilizadas por el Derecho comparado sobre la materia. En particular se revisarán tres tipologías: la referente a las clasificaciones de la filiación, sobre la presunción de la concepción, y los sistemas de impugnación.

I. EL CONCEPTO DE FILIACION

El origen del problema jurídico de la filiación es, evidentemente, el hecho físico de la generación. Es decir, de la necesidad de la especie humana de perpetuarse a través de la reproducción biológica.

Como ha indicado un tratadista: "El hecho físico de la generación origina el hecho jurídico de la filiación, pero ésta, a su vez, produce un conjunto de relaciones que reciben el nombre de parentesco, de los cuales se derivan múltiples y complejos derechos y obligaciones de atención y cuidado, respeto y obediencia, asistencia mutua y beneficios sucesorios, que a tanto alcanza el

parentesco creado por filiación. Hay, pues, en ésta un aspecto natural, como hecho, y un aspecto jurídico como relación y aún como estado social, que el Derecho tiene que reconocer y regular cuidadosamente". (Fernández, p. 179).

La relación que se origina a través de la filiación es, ciertamente, una de las más sólidas y profundas que existen en el género humano. De esta alta responsabilidad surge, como se ha indicado, un conjunto de consecuencias, obligaciones, y derechos.

En síntesis, la filiación debe ser entendida como: "El vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente en primer grado. La vinculación de sangre entre el hijo y su padre o madre, que es el fundamento de toda filiación, da origen a ella sea que provenga de relaciones sexuales lícitas o ilícitas entre los padres. Por excepción, existe una filiación sin relaciones de sangre, que es la adoptiva, que encuentra su origen en un acto jurídico que se celebra entre dos personas, el adoptante y el adoptado, y que produce análogos efectos de filiación". (Rossel, p. 217).

Para el especialista en Derecho de familia, Antonio Cicu, las dos condiciones centrales de la legislación sobre la filiación son *la certeza y la estabilidad*. El afirma que "...al Estado declarador del Derecho y elaborador técnico de las normas jurídicas le interesa rodear al simple hecho generador de determinadas garantías que aseguren dos condiciones esenciales para el ulterior desenvolvimiento de las relaciones que origina, a saber: la certeza y la estabilidad". (Citado en Fernández, p. 179).

Para el Derecho lo importante es el vínculo jurídico que se crea a partir del nacimiento o la adopción. Para lograr esta certeza y estabilidad, el legislador tiene dos funciones: el establecimiento de reglas que permitan la mayor certeza posible; y, además, la determinación de las consecuencias jurídicas, es decir, los derechos y obligaciones que vinculan al padre o madre con el hijo, o al hijo con su padre o madre.

Se ha establecido que la filiación tiene por lo menos las siguientes características:

- a) "Es un fenómeno jurídico que tiene como fundamento el hecho fisiológico de la procreación, salvo la filiación adoptiva, que es solo creación legal.
- b) Constituye un estado civil, es decir, una posición jurídica permanente e indeleble en el todo social.
- c) Es fuente de fenómenos jurídicos de la más alta importancia, como la nacionalidad, la sucesión hereditaria, el derecho de alimentos, el parentesco entre los mismos hijos, que se llama hermandad y otras muchas e importantes consecuencias". (Rossell, p. 218).

Es sabido, además, que en la legislación costarricense la filiación es irrevocable, inalienable, tiene carácter declarativo, solemne y es unilateral. Como sujeto de derecho, afirma la personería y supone, por último, la libertad del sujeto de condición o término.

II. MODOS DE FILIACION

Los dos modos de filiación fundamentales son la de hijos nacidos de padres biológicos y los del resultado del proceso jurídico conocido como adopción. En este trabajo se verá lo relacionado sólo con el primer tipo, porque la adopción requiere otra investigación de profundidad.

Existen varias clasificaciones sobre la filiación. Algunas son muy antiguas y responden a una visión de la sociedad y de la moral que no está de acuerdo con la situación contemporánea.

Como es sabido, la Constitución Política, Art. 54, y el Art. 3 del Código de Familia (C.F.) prohíben toda calificación sobre una persona de acuerdo con la naturaleza de la filiación. Sin embargo, los diversos tipos de adquisición de la filiación no implican necesariamente la calificación en los términos sociales y despectivos como que se hacía antiguamente.

La más simple es la que clasifica a los hijos en legítimos e ilegítimos o, en terminología actual, en matrimonios y extramatrimoniales, según hayan nacido dentro o fuera del matrimonio. Para ello se atiende al momento en que son concebidos y no tanto cuando nacen. (Arts. 69, 70, 71, C.F.).

Además, se establece que en la legitimación legítima hay dos distinciones: los hijos legítimos propiamente tales y los hijos legitimados. Estos últimos eran hijos ilegítimos pero procreados por los mismos padres, que adquieren la legitimidad por el matrimonio de los padres y por la voluntad de legitimación de sus padres en acto jurídico. (Art. 81, 82, 83 C.F.). En el caso de los hijos habidos fuera del matrimonio por uno de los cónyuges, se habla de reconocimiento, e hijos reconocidos. (Arts. 84-90, C.F.).

Por otra parte, los hijos ilegítimos se clasificaban también en naturales e ilegítimos.

El antiguo Código Civil de Costa Rica hablaba de hijos naturales, adulterinos e incestuosos. (Brenes Córdoba, pág. 214).

Otras calificaciones, ya hay afortunadamente de poco uso son las siguientes: sacrílegos, o sea, los nacidos de un religioso o religiosa; máncer, nacido de prostituta; protervos, o sea, hijos de malechores; espúreos, el hijo de mujer soltera o viuda, etc.

Un tratadista afirma que este tipo de clasificaciones puede servir de base para hacer una tipología de las legislaciones nacionales. De tal manera que tendríamos las siguientes:

1. En primer lugar aquellas en las cuales se conservan los criterios tradicionales de forma muy rígida; ejemplos particulares son las inspiradas en el derecho latino y todavía vigentes en países hispanoamericanos. También el sistema jurídico musulmán, etc.
2. Legislaciones en las cuales se diluye la separación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales y se busca su equiparación. Es el caso de la legislación en los EE.UU., Costa Rica, etc.
3. Grupo de países cuya legislación no hace ninguna distinción sino que establece una absoluta igualdad. Ejemplo de ello son las legislaciones de los países socialistas, nórdicos, etc. (Fernández, pág. 181).

En esta primera tipología del Derecho comparado se puede apreciar el lugar que le corresponde al hecho jurídico de la filiación en el segundo tipo, es decir, los que no se mantienen en la visión rígida del pasado, ni en la ruptura total de distinciones, como los ordenamientos del tercer tipo.

III. PRUEBAS DE LA FILIACION DE LOS HIJOS DE MATRIMONIO

El carácter de filiación matrimonial se refiere a los hijos nacidos de los cónyuges después de celebrado el matrimonio y durante éste. Además, dentro de ciertos plazos de tiempo que determina la ley. Sin embargo, la procedencia materna y la paterna no presentan iguales dificultades. Es evidente, por el embarazo y el parto, que hay signos físicos de su procedencia materna. No ocurre lo mismo con la procedencia paterna. Debido a ello el Derecho romano acuñó el famoso aforismo de que: "Pater is est quod justae nuptiae demonstrant". Es decir, "El padre es el que las justas nupcias demuestran". O, más sencillamente, el padre es el marido de la madre. Como es claro, este aforismo no es suficiente para resolver los problemas que se presentan.

Sin embargo, los siguientes criterios constituyen las pruebas básicas de la filiación legítima: el matrimonio de los progenitores, el embarazo y el parto de la madre, y la supuesta paternidad del esposo, junto con la posesión de estado. La inscripción en el Registro Civil sería una prueba derivada de las anteriores.

El Código de Familia establece los modos de filiación de los hijos de matrimonio. En el artículo 79 indica las siguientes:

- a) Actas de nacimiento inscritas en el Registro Civil. En el caso de ausencia de las mismas o de que fueran incompletas o falsas se prueba por la posesión notoria de estado o cualquier otra prueba.
- b) En los artículos 80 y 93 se establece el concepto de la posesión notoria de estado, la cual consiste en que los padres lo hayan tratado como hijo,

especialmente, dándole sus apellidos, alimentos, y presentándolo a terceros como a su hijo. Brenes Córdoba la define como "ciertos hechos o circunstancias de que racionalmente se deduzca que un individuo tiene la calidad de hijo de dos personas unidas entre sí por los lazos del matrimonio". (Brenes, pág. 207).

Por otra parte, algunos de los efectos de la filiación son los siguientes:

- a) Los hijos tienen derecho de llevar los apellidos del padre y de la madre. (Art. 49 del C. Civil);
- b) Se origina una obligación de respeto y obediencia de los hijos hacia sus padres y de asistencia, educación, administración de bienes, por parte de los padres. (Arts. 127, 128, 129, 130, 131. C.F.).
- c) Se produce un derecho recíproco de alimentación. (Arts. 156, 157. C.F.);
- d) También se genera una relación parental entre los hijos y los consanguíneos. Y, a veces con los afines de los padres;
- e) Se originan derechos sucesorios recíprocos entre ascendientes y descendientes. (Arts. 571, 572, y 595 del C. Civil).

IV. PRESUNCION DE LA CONCEPCION Y PRUEBAS BIOLOGICAS EN LA FILIACION

Establecer el momento de la concepción en los seres humanos no es fácil y difícilmente se puede lograr la absoluta certeza. Este hecho ha ocasionado problemas al derecho, el cual, a su vez, ha tenido que proponer principios reguladores específicos. Un especialista del derecho de familia ha indicado lo siguiente: "Para conocer el momento de la concepción, partiendo del hecho conocido del nacimiento, sería preciso conocer la duración de la gestación. Aquí, la dificultad es doble: no se conoce exactamente la duración de la gestación en la especie humana; por otra parte, varía mucho de unas mujeres a otras (la oscilación puede ser de hasta cuatro meses o más, como se ha comprobado), y aún en una misma mujer de una gestación (la fecundación que origina la concepción), no coincide con el acto sexual originario; y tampoco aquí se conoce con exactitud el tiempo que puede transcurrir entre la cohabitación y la concepción. Sin embargo, la naturaleza no es inconsecuente consigo misma, y aquellas diferencias no quedan sin justificación o explicación: peso del recién nacido, su raza, sexo, salud... y los antecedentes familiares relacionan perfectamente el tiempo de gestación con los caracteres y desarrollo del niño, hasta el punto de que hay es posible dictaminar la fecha de concepción de un niño con margen de error relativamente pequeño, y desde luego, puede decirse con

seguridad que tal o cual recién nacido pudo o no pudo ser concebido en determinada época o fecha". (Rivero, pp. 95-96).

Para resolver este problema el derecho ha seguido dos sistemas fundamentales. Ellos son:

- a) *Sistema judicial*: permitir que sean los tribunales quienes determinen en cada caso específico, según las circunstancias y con la ayuda de peritos, la duración de la gestación. El problema de este sistema es su excesiva flexibilidad.
- b) *Sistema legal*: este sistema fija por ley los plazos máximos y mínimos para la gestación. Este sistema, derivado del Derecho romano, fue instaurado por el Código Civil napoleónico y de ahí pasó a los sistemas derivados del mismo. Aquí el problema es el inverso, es decir, su tendencia a la rigidez. Actualmente, numerosos tratadistas se inclinan favorablemente por el sistema flexible aduciendo que el gran desarrollo de la ciencia y de la medicina permite determinar con mayor certeza el momento de la concepción. (Rivero Fernández, p. 147.).

El Código de Familia sigue este segundo sistema. En efecto, en el artículo 69 dice: "Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de 180 días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también de los nacidos dentro de trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada". Sin embargo, también este artículo mitiga el rigor de los plazos al estipular que: "También se presumen igualmente hijos del matrimonio los nacidos dentro de los ciento ochenta días después de su celebración, cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias: a) Si el marido, antes de casarse tuvo conocimiento del embarazo de la mujer; b) Si estando presente consintió en que se tuviere como mujer al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil; c) Si de cualquier modo lo admitió como tal". Como se puede apreciar, este último inciso permite una amplia gama de posibilidades, haciendo que el sistema costarricense no sea tan flexible como el primero ni tan rígido como el último.

Evidentemente, la suposición positiva del artículo anterior tiene una cara opuesta a la que se refiere el artículo siguiente, el N° 70. Dicho artículo estipula que "en contra de la presunción del artículo anterior, es admisible prueba de haber sido imposible al marido de cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo lugar la concepción del hijo". Esto se podrá ver con más detalle en lo referente a la impugnación. Por el momento es importante la segunda parte del artículo referida en lo que corresponde a la prueba y al adulterio; dice así: "El adulterio de la mujer no autoriza por sí mismo al marido para desconocer al

hijo; pero sí prueba que lo hubo durante la época en que tuvo lugar la concepción del hijo, le será admitida de cualquiera otros hechos conducentes a demostrar su no paternidad". (70-b).

En los artículos 71 y 75 se establece lo correspondiente a la no aceptación de la filiación matrimonial. En ellos se insiste en que se tendrá como hijo habido fuera del matrimonio al nacido después de trescientos días de la separación de hecho de los cónyuges, de la declaratoria de ausencia del marido o de la disolución del matrimonio, y que no haya tenido posesión notoria de estado. En este caso le corresponde al Tribunal hacer la declaración pero sólo por solicitud de la madre o del hijo o de quien represente al mismo. Cabe siempre la posibilidad de proponer una prueba en contrario.

Es importante hacer notar que nuestra legislación se ha quedado rezagada en relación con el desarrollo de las ciencias médicas y biológicas. En efecto, el avance de estas disciplinas científicas ha dado lugar a importantes problemas jurídicos y morales frente a los cuales la legislación se ha encontrado desprotegida. Algunos de estos problemas son la fecundación "in vitro", la inseminación artificial, los llamados "bebés probeta", entre otros. El Código de Familia sólo menciona, en su artículo 72, segunda parte, lo siguiente:

"La inseminación artificial de la mujer con el semen del marido o de un tercero con el 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 calidades".

Además de las pruebas testimoniales o documentales, se reconocen las pruebas biológicas de paternidad; sobre ellas hay que indicar que en el pasado hubo mucha discusión y debate. Sin embargo, actualmente, no se discute tanto sobre el valor probatorio de las mismas. Las principales de estas son las siguientes:

- a) La prueba basada en la herencia de caracteres patológicos, que consiste en detectar rasgos patológicos hereditarios, fisiológicos o anatómicos;
- b) La heredobiológica o antropomórfica que destaca los rasgos familiares genéticamente heredados, entre ellos, el color de la piel, de los ojos, así como la conformación general, etc.;
- c) La prueba o método de Kühme, esta se fundamenta en el estudio de ciertos rasgos de transmisión hereditaria en la columna vertebral;
- d) La más importante y mejor acreditada es, sin duda, la prueba de grupos sanguíneos. Se basa en el hecho de que la mezcla de sangre de dos individuos de la misma especie da lugar a una aglutinación sanguínea particular; y, en el caso de grupos diferentes, ocasiona reacciones específicas.

- e) Por último está la prueba del grado de madurez del recién nacido, que también tiene que ver, como se ha indicado, con la presunción de concepción y con los plazos de gestación. Esta se fundamenta en el hecho de que hay una rigurosa relación entre la duración del embarazo y el desarrollo de ciertas medidas (talla, peso, diámetros y perímetros craneales, etc.): y de la conformación de estructuras anatómicas (proporciones corporales, desarrollo óseo, genitales externos, en general, el aspecto de conjunto del recién nacido. (Rivero Fernández, Cap. VIII). En realidad, más que pruebas en sentido estricto son consideradas indicios probatorios, es decir, elementos de gran fiabilidad, pero cuyo valor veritativo no es absoluto.

Se puede decir que, de forma global, el derecho prefiere el resultado de varias pruebas diferentes y no solo el de una de ellas por más rigurosa que sea, siempre que se pueda. Ello garantiza una mayor seguridad y objetividad. Así, por ejemplo, siempre que sea necesario y posible se requiere la prueba de la sangre, y, alguna o algunas de las otras ya mencionadas. También el desarrollo de las técnicas genéticas de marcadores biológicos como el ADN, y, otras posibles podrían ser de gran valor para este problema.

V. IMPUGNACION, IMPRESCRIPTIBILIDAD Y TRANSACCION DE LOS HIJOS HABIDOS EN MATRIMONIO

Como todo proceso legal, el de la paternidad y filiación tiene dos aspectos, el que podría ser considerado positivo, o sea la adquisición, y el negativo, o sea la impugnación. El concepto de impugnación se refiere a un acto por medio del cual se pone en entredicho el resultado o situación anterior con vistas a originar una nueva situación jurídica. No es un concepto fijo ni inmutable sino que varía según la teoría que se siga según el criterio de la presunción. La teoría más importante es la que se puede entender según la concepción clásica, y es "la que se basa en el juego de la presunción de paternidad en las ideas de cohabitación y fidelidad, esa presunción y la paternidad que de ella se deriva, deben caer cuando fallan aquellos presupuestos, o sea, cuando la cohabitación fuese imposible y cuando habiendo adulterio (y ocultación de nacimiento en algunas legislaciones) se demuestre que el marido no es el padre.

No basta el adulterio, pues si la esposa continuó cohabitando con su marido, el hijo podrá ser también de éste; por eso deberá demostrarse la no paternidad de marido". (Rivero Fernández, p. 403). La infidelidad constituirá un fuerte elemento de duda, mas no de prueba. Tampoco es suficiente la prueba

formal de las actas de nacimiento ni de la posesión notoria de estado. El punto preciso es la demostración de una cohabitación fecunda en el momento de la gestación, lo cual implica dos planos: demostrar la imposibilidad de la cohabitación del marido, en el caso de hijos extramatrimoniales o la posibilidad del propio marido en el caso de hijos matrimoniales; y, en segundo lugar, en el plano de la causalidad, es decir, que dicha cohabitación se realizó en el período de la concepción.

En nuestra legislación, según el artículo 72 del Código de Familia: "La paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio sólo puede ser impugnada por el marido personalmente o por el apoderado especialísimo y muerto o declarado ausente el marido, por sus herederos en los casos previstos en el artículo 74, excepto lo dicho en el artículo anterior". El artículo anterior, como se recordará, se refiere a que se tendrán como habidos fuera del matrimonio a los hijos nacidos después de 300 días de la separación de hecho de los cónyuges, y sin posesión notoria de estado por parte del propio marido.

De igual forma se expresa el artículo 75, ya citado, pero que por su importancia conviene revisar: "El hijo nacido después de 300 días de la disolución del matrimonio, o de la separación de los cónyuges judicialmente decretada o de la declaratoria de ausencia del marido, se tendrá como habido fuera del matrimonio, salvo prueba en contrario".

También el citado artículo 72 del Código de Familia se refiere al caso de la curatela y dice: "El curador, en los casos de incapacidad mental prolongada o incurable del marido, podrá ejercer la acción de impugnación, previo estudio médico legal en donde quede establecido el estado mental del marido". Este artículo además se refiere al hecho también estudiado aparte de la inseminación artificial. De forma taxativa, y sin miramientos de índole moral o biológica, el Código de Familia resuelve un complejo problema de la fecundación de nuestra época.

En los artículos 73 y 74 inicia la descripción del proceso adecuado y sus consecuencias. Esto debe verse con cierto detalle.

Comencemos por lo referente a la acción del marido; ello se encuentra en el artículo 73: "La acción del marido para impugnar la paternidad podrá intentarse en cualquier tiempo y deberá plantearse en la vía ordinaria. Se exceptúa el caso en que el hijo estuviese en posesión notoria de estado, en cuyo supuesto la acción deberá intentarse al año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación. Este plazo no corre contra marido incapaz mental que careciere de curador". Por vía ordinaria es decir, Tribunal de Familia. El reconocimiento es incidental. Por supuesto que deberá aportar las pruebas correspondientes.

Pero en el caso de que hubiere defunción del marido el procedimiento es, por supuesto, distinto. (Artículo 74).

En estos artículos se nota claramente la intención de la legislación de proteger al niño de cualquier eventual problema. Más clara se puede ver esta intención en el artículo 76 del Código de Familia en el cual se defiende el concepto de *imprescriptibilidad*, el cual puede ser entendido como la calidad de la conservación de la vigencia jurídica permanente. En efecto, el artículo 76 dice: "El derecho de los hijos de vindicar el estado que les pertenece es imprescriptible. Por muerte de los hijos ese derecho pasa a los nietos, y respecto a ellos también es imprescriptible". La consecuencia lógica es la siguiente: "Los herederos de los hijos o de los nietos en su caso, pueden continuar las acciones de vindicación pertinentes; y solamente podrán comenzarlas en caso de que el hijo o nieto falleciere antes de llegar a la mayoría de edad, o si al entrar en ella estuviere incapacitado mentalmente y muriese en ese estado. La acción de los herederos prescribe en cuatro años, contados desde la muerte del hijo o nieto".

El último punto sobre los hijos de matrimonio que vale la pena destacar se refiere al concepto de *transacción*. En este tema, nuestro Código es consecuente con lo manifestado desde el principio (Artículos 1, 2 del Código de Familia) de protección de los hijos y del matrimonio. El artículo 78 afirma de forma muy clara que "Sobre la filiación no puede haber transacción ni compromiso en árbitros, pero puede haber transacción o arbitramento sobre los derechos pecuniarios que de la filiación legalmente declarada pudiera producirse, sin que las concesiones que se hagan al que se dice hijo, importen la adquisición de ese estado ni las que haga éste importen renuncia de su filiación". Debido a lo delicado de las situaciones que se pudieran presentar el Código agrega: "La transacción o el compromiso tratándose de menores de edad u otros incapaces, requieren aprobación del Tribunal". De nuevo se puede apreciar la búsqueda de un equilibrio entre una normativa rígida y la función mediadora del Tribunal.

Los sistemas de impugnación sirven de interesante criterio para establecer una clasificación en el derecho comparado.

A. Sistemas negativos

En primer lugar tendríamos aquellas legislaciones u ordenamientos que no tienen normas especiales sobre la impugnación. En consecuencia, no dictan normas sobre la paternidad del marido. Siguen este sistema el Common Law inglés y norteamericano, la legislación rusa, la japonesa, etc.

B. Sistemas abiertos

Corresponden a los sistemas jurídicos que establecen que "el hijo es ilegítimo cuando se pruebe que el marido no es, o no podría ser el padre, o que

es manifiestamente imposible que sea padre el hijo impugnado". (Rivero Hernández, p. 422). Ejemplos de ello son los sistemas de Alemania, Suiza, Grecia, etc.

C. Sistemas cerrados

Se llaman cerrados porque el mismo sistema de derecho determina los casos posibles y las vías de la impugnación. "La impugnación de la paternidad presunta del marido sólo es posible, en las legislaciones que siguen este sistema, en los casos legalmente previstos, y sólo prosperará probando los hechos y circunstancias también indicados por la ley. Es cerrado en cuanto que las hipótesis en que cabe la impugnación están citadas con criterio de "numerus clausus": al margen de ellas no es posible la declaración de no paternidad marital. (Ibid., p. 424). Son los casos de los países derivados del Derecho romano. Entre ellos, Francia, Costa Rica, y casi todos los países latinoamericanos. (Fernández Clérigo, pp. 183-185).

D. Sistema cerradísimo

En este sistema solo cabe una prueba contra la presunción de paternidad legítima: la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que hubiesen precedido al nacimiento del hijo. Así lo estipula el Código Civil español.

En el caso de hijos habidos fuera del matrimonio o de los adquiridos por subsiguiente matrimonio de los padres el proceso de impugnación es algo diferente. Esto se verá a continuación.

VI. FILIACION DE LOS HIJOS ADQUIRIDOS POR SUBSIGUIENTE MATRIMONIO DE LOS PADRES E HIJOS HABIDOS FUERA DEL MATRIMONIO

En estos casos, los problemas son pocos, aunque no menos importantes. Nuestro Código de Familia dedica tres artículos a ello. En el artículo 81 establece el principio general: "Los hijos procreados por los mismos padres antes del matrimonio, contraído éste, se tendrán como hijos de matrimonio". También indica la formalidad para realizarla: la manifestación correspondiente podrá hacerla el padre o los progenitores conjuntamente en testamento, en escritura pública, por medio de acta levantada ante el Patronato Nacional de la

Infancia, por escrito dirigido al Registro Civil, o ante funcionario que celebre la boda en la solicitud para contraer matrimonio o en el momento de la ceremonia. A falta de manifestación a que se refiere el párrafo anterior, la legitimación requerirá declaración del Tribunal". De nuevo la legislación costarricense establece la regulación enumerativa y deja la posibilidad abierta a la intervención discrecional del Tribunal.

Es muy importante lo que establece el artículo siguiente: "Si el matrimonio a que alude el artículo anterior fuere declarado nulo, los hijos mantendrán su condición de matrimoniales". (Artículo 82 Código de Familia). Y por último, se establece el plazo de entrada en vigencia de tal calidad: "La calidad de hijo adquirida de conformidad con el artículo 81, surte efecto desde el día de la concepción y aprovecha aun a los descendientes de los hijos muertos al tiempo de la celebración del mismo".

Más complejo es el caso de los hijos extramatrimoniales. En un primer artículo, el 84, se extiende largamente sobre el particular. El principio general es el siguiente: "Pueden ser reconocidos por sus padres todos los hijos habidos fuera del matrimonio, cuya paternidad no conste en el Registro Civil. Igualmente, pueden ser reconocidos los hijos por nacer y los muertos". Posteriormente se va a dedicar a explicar lo referente a la impugnación en este caso. Así dice: "Dentro de un juicio de impugnación de paternidad puede reconocerse al hijo aún protegido por la presunción de paternidad del artículo 69 (presunción de acuerdo a término), o cuya paternidad conste en el Registro Civil, pero tal reconocimiento tendrá efecto solamente cuando sea declarada con lugar la impugnación". Más adelante en el 86 va a aclarar este punto afirmando que: "el reconocimiento podrá ser impugnado por el reconocido o por quien tenga interés, cuando ha sido hecho mediante falsedad o error. La acción del hijo no será admisible después de dos años contados desde la mayoría de edad, si antes tuvo noticias del reconocimiento y de la falsedad o error, o desde que las tuvo si estos hechos fueran posteriores. En el caso de tercero interesado, la acción sólo puede ser ejercida durante la minoridad del reconocido". (Artículo 86).

Existe la posibilidad siguiente, según el artículo 84: "también podrá reconocerse al hijo cuando la madre esté ligada en matrimonio, pero, para que surta los efectos legales consiguientes, es necesario que la concepción se haya efectuado durante la separación de los cónyuges; que el hijo no esté en posesión notoria de estado por parte del marido y que el reconocimiento haya sido autorizado por resolución judicial firme". Y a continuación indica el procedimiento requerido ante el Tribunal. (Art. 84) El artículo 85 se refiere al reconocimiento en relación con los padres, quienes, "podrán reconocerlo de común acuerdo o separadamente. Cuando el reconocimiento lo hiciera la madre, no podrá revelar el nombre de la persona con quien tuvo el hijo, lo mismo que expresar cualquier circunstancia mediante la cual pudiera ser identificada".

Los cuatro artículos siguientes establecen precisiones mucho más puntuales. Así el artículo 87 declara la irrevocabilidad del reconocimiento y la imposibilidad de que éste sea contestado por los herederos de quien lo hizo.

El artículo 88 establece que el hijo mayor de edad debe dar su consentimiento para el reconocimiento. Pero en el caso de que hubiere habido falsedad o error, lo puede impugnar dentro de los dos años siguientes después de conocidas las circunstancias.

En el artículo 89 las fuentes del reconocimiento, que son las siguientes: testamento, escritura pública, acta ante funcionario autorizado del Patronato Nacional de la Infancia o del Registro Civil. Es importante tener presente que el reconocimiento "no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento o se deje sin efecto la respectiva escritura". (Artículo 89). Y por último, estipula que "no se admitirá ningún reconocimiento cuando el hijo tenga ya una filiación establecida por la posesión notoria de estado". (Artículo 90). Como es sabido, el artículo 157 del Código de Familia establece la igualdad de derechos de alimentos para los hijos extramatrimoniales (Artículo 157).

Con ello se ha avanzado de manera notoria sobre las legislaciones más tradicionales.

VIII. DECLARACION DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD

En parte ya se han visto algunos aspectos sobre el tema. Sin embargo, debido a su importancia, el Código de Familia establece un capítulo, el quinto, de forma especial sobre el mismo.

En primer lugar conviene definir lo que se entiende por reconocimiento, el mismo es un acto formal o declaración jurídica de la paternidad o maternidad natural: puede ser voluntario cuando procede de la confesión espontánea de los progenitores: o reconocimiento forzoso si es el resultado de la prueba en juicio. (Cabanellas, *op. cit.*, Tomo VII. Sv. Reconocimiento de hijos naturales).

El reconocimiento es firme e irrevocable; es un derecho de los padres o del hijo extramatrimonial, y, además, es unilateral. En general, tiene los siguientes efectos: derecho de llevar los apellidos del reconocedor; a los alimentos estipulados por la ley; estar sometido a la patria potestad si es menor; a derechos sucesorios según la ley, etc. Se puede adelantar y decir que el artículo 97 establece, precisamente que "por el reconocimiento o declaración de paternidad o maternidad, el hijo entra jurídicamente a formar parte de las familias consanguíneas de sus progenitores, para todo efecto".

También aquí, como en los otros capítulos el Código de Familia comienza por enunciar un principio general, en este caso en el artículo 91, que dice: "Es permitido al hijo y a sus descendientes investigar la paternidad y la maternidad".

Los artículos siguientes establecen, vía factual, criterios específicos para determinar la calidad de paternidad o maternidad. El artículo 92 afirma: "La calidad de padre o madre se puede establecer mediante la posesión notoria de estado del hijo por parte del presunto padre o madre, o por cualquier medio de prueba". Nótese bien la amplitud de este último enunciado que permite la amplia diversidad de "cualquier medio de prueba". El artículo 93 define el concepto de posesión notoria de estado, el cual ya ha sido comentado.

También es importante recalcar que del hijo por nacer se puede hacer la investigación de paternidad. (Artículo 94). Aquí los medios de prueba mencionados con anterioridad desempeñan un importante papel. Esto queda más claro en el artículo 98 del Código de Familia que dice: "En todo juicio de investigación de impugnación de paternidad, es admisible la prueba de los grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos, con el objeto de probar la no paternidad y siempre que ésta sea evacuada por el Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia". Este artículo establece la importancia de esta prueba al agregar lo siguiente: "La parte que sin fundamento razonable se niegue a someterse a la práctica de esa prueba dispuesta por el Tribunal, podrá ser tenida como procedimiento con malicia. Además, esa circunstancia podrá ser tenida como indicio de la veracidad de lo que se pretende demostrar con dicha prueba".

El artículo 95 establece los plazos adecuados: "la investigación de paternidad o maternidad, tratándose de hijos mayores, podrá intentarse en cualquier momento en vida del padre o madre o a más tardar dentro del año siguiente a su fallecimiento. Si el padre o madre falleciere durante la minoridad del hijo, podrá intentarse la acción, aun después de su muerte con tal de que se ejercite antes de que el hijo haya cumplido veinticinco años. Sin embargo, en el caso de que el hijo encuentre un documento escrito o firmado por el padre o madre en el cual éste o éstas expresen su paternidad o maternidad, podrá establecer su acción dentro de los dos años siguientes a la aparición del documento, si esto ocurriere después de vencidos los términos indicados".

En el artículo siguiente la preocupación será de otra naturaleza, pues ahora no interesan los plazos sino lo correspondiente a gastos y alimentos disponiendo, como se sabe que: Cuando el Tribunal acoja la acción de declaración de paternidad podrá en la sentencia condenar al padre o reembolsar a la madre según principios de equidad, los gastos de maternidad y los alimentos del hijo durante los tres meses que han seguido al nacimiento". Evidentemente, este artículo está en relación directa con el Artículo 156 y 159 que establecen los criterios relacionados a los alimentos.

VIII. CONCLUSION

En síntesis, se puede afirmar que el Código de Familia es muy cuidadoso en el tratamiento del tema, precisamente para evitar cualquier supuesta discri-

minación. Al Código de Familia le interesa salvaguardar la integridad del hijo, como ser humano, así como de la relación familiar. En este sentido, el Código de Familia de Costa Rica se inscribe dentro de los más modernos tanto en su lenguaje (no se habla ya de legítimos e ilegítimos, etc.) como en su propia concepción doctrinal carácter igualitario. La referencia, aunque breve a diversos sistemas jurídicos y a las tipologías correspondientes al *Título II: Paternidad y Filiación*, existe una búsqueda de un equilibrio, quizás no siempre logrado, entre el sistema rígido clásico y derivado del Derecho romano, y de los más flexibles que introducen criterios de naturaleza científica y social diferentes. Por eso a la par de las enumeraciones determinativas suele aparecer la oportuna posibilidad de la intervención discrecional de los Tribunales.

Especialmente las tipologías que clasifican al tipo de filiación, la de la presunción de la concepción y la referente a la impugnación, constituyen adecuados parámetros para observar con óptica comparativa la ubicación del sistema costarricense dentro del conjunto del Derecho comparado.

IX. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de las personas*. San José, Imprenta Trejos Hermanos. 1925.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Buenos Aires, Heliasta, S.R.L. Voces: filiación, adopción, paternidad, maternidad, posesión de estado, legitimación, etc. 1989.
- Cámara, M. de la. *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho comparado*. Madrid. Tecnos. 1989.
- Coviello, Nicolás. *Doctrina general del Derecho civil*. México, Unión Tipográfica Hispanoamericana. 1949.
- Fernández, Clérigo, L. *El derecho de familia en la legislación comparada*. México. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana. 1947.
- Gutiérrez, Carlos J. *El Proyecto de Código de Familia: antecedentes, bases y principios*. Revista de Ciencias Jurídicas. San José, N° 16. 1970.
- Lete del Rfo, José M. *Derecho de la persona*. Madrid, Tecnos. 1986.
- Mazzinghi, J. A. *Derecho de familia*. Tomo III. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 1981.
- Pérez Vargas, V. *Derecho de familia*. San José. Duplicadoras de Costa Rica, S.A. 1991.

EL DESACATO

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez^(*)
Catedrático Investigador del
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Profesor de Derecho Administrativo;
y, de Derecho Económico Internacional

En realidad, no es el legislador quien
mata, sino el juez; la disposición judi-
cial, no la legislativa.

Salvatore Satta^()*

Soliloqui e colloqui di un giurista

(*) Fax (506) 234-2723.

(*) En *Puertas abiertas* de Leonardo Sciascia (Barcelona: Tusquets, p. 7, 1989).

Rivero Hernández, Francisco. *La presunción de paternidad legítima. Estudio de Derecho comparado y Derecho español*. Madrid, Tecnos. 1971.

República de Costa Rica. *Código Civil*. Ley del 19 de abril de 1885. (Entró en vigencia el 1º de enero de 1888). Reformado por Ley N° 7020 del 6 de enero de 1986.

República de Costa Rica. *Código de Familia*. Ley N° 5476 del 21 de diciembre de 1973. (Publicado en el Alcance N° 20 de La Gaceta N° 24, 5 de febrero de 1974). Entró en vigencia seis meses después.

Rossell Saavedra, Enrique. *Manual de derecho de familia*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1992.

Trejos, Gerardo. *Derecho de familia costarricense*. Tomo I. San José. Juricentro. 1990.

SUMARIO:

Resumen

Abstract

1. Introducción
2. Definición
3. Artículo 307 del Código Penal
4. Bienes jurídicos protegidos
5. Delito de acción pública
6. Artículo 81 del Código Penal
7. Distintas clases de ofendidos
8. Sanciones
9. Privilegio
10. Historia
11. Agravio a la igualdad ante la ley
12. Responsabilidad de la Administración Pública y el servidor público
13. Voto de inconstitucionalidad No. 412- 90 (20 de abril de 1990)
 - a) Comentario
14. Sentencia del Juzgado 5° Penal (13 de julio, 1994)
 - a) Comentario
15. Lingüística jurídica
16. Conclusiones
17. Bibliografía

RESUMEN

Esta investigación analiza el artículo 307 del Código Penal relativo al desacato tipificado como una ofensa al honor del funcionario público y al cargo que desempeña. Consideramos que esta figura penal debe ser derogada por ser autoritaria y configuradora de privilegios para el personal del Estado.

ABSTRACT

The paper analysed the article 307 of the Penal (Criminal) Code as a antidemocratic and discriminative figure in of the Public Officials.

I. INTRODUCCION

Toda persona goza de los derechos de igualdad y justicia en su trato con el Estado y con los particulares. Este principio es el fundamento de la igualdad de trato y de oportunidades que debe existir en el Estado. Este principio es el fundamento de la igualdad de trato y de oportunidades que debe existir en el Estado.

V. ARTICULO 307 DEL CODIGO PENAL

Artículo 307. El que insultare o desacatase a un funcionario público o a un cargo que desempeña, será castigado con la pena de prisión de uno a tres meses o multa de cincuenta a cien veces el salario mínimo mensual.

1. INTRODUCCION

En nuestro país la figura penal de desacato se aplicó a un periodista que hizo un comentario sobre varios jueces superiores. El Juzgado 5° Penal efectuó la condena, aplicando el artículo 307. Esta situación puso de manifiesto los privilegios y las características antidemocráticas del desacato evidentemente fuera de lugar en nuestro ordenamiento jurídico y en la concepción del Estado de Derecho costarricense.

Esta investigación analiza estas circunstancias, a la luz —entre otros elementos— de la sentencia penal de ese Juzgado y del voto 412-90 de la Sala IV.

2. DEFINICION

Toda expresión proferida o acción ejecutada en menosprecio de la autoridad y realizada en su presencia o en escrito a ella dirigido (Federico Puig Peña *Desacato*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, Ed. Seix, 1980, T. VII, p. 116).

Nuestro Código Penal lo tipifica así:

3. ARTICULO 307 DEL CODIGO PENAL

Artículo 307: Será reprimido con prisión de un mes a dos años el que ofendiere el honor o el decoro de un funcionario público o lo amenazare a causa de sus funciones, dirigiéndose a él personal o públicamente o mediante comunicación escrita, telegráfica o telefónica o por la vía jerárquica.

La pena será de seis meses a tres años, si el ofendido fuere el Presidente de la Nación, un miembro de los Supremos Poderes, Juez, Magistrado del Tribunal Supremo de Elecciones, Contralor o Subcontralor General de la República.

La Sala IV declaró inconstitucional (como luego se analizará) el párrafo final de este artículo 307:

Al autor de desacato no se le admitirá la prueba de la verdad o notoriedad de los hechos o cualidades atribuidas al ofendido.

(Voto No. 412-90 del 20 de abril de 1990; cf. **Revista Jurisprudencia Constitucional** No. 3, Poder Judicial, San José, 1992, pp. 78 a 80).

4. BIENES JURIDICOS PROTEGIDOS

1) Honor referido a la autoimagen (honor subjetivo) y a la imagen social (estima social, buen nombre, reputación: honor objetivo).

2) Autoridad pública (Henry Ilsa El Khoury, El desacato dentro de un derecho penal republicano en: *Justicia penal y libertad* de prensa, T. I. Ilanud, San José, 1992, p. 71).

5. DELITO DE ACCION PUBLICA

Ello quiere decir que no es necesaria una acusación ni siquiera la denuncia de la parte implicada, cualquier persona puede hacerlo o el mismo juez, de oficio, si tiene noticia del hecho; intervención obligatoria del Ministerio Público e impulso procesal de oficio.

Cuando se trata de la *acción privada*, como los delitos contra el honor de las personas (injuria, calumnia, difamación) no interviene el Ministerio Público, hay necesidad de la querrela, la conciliación; el objeto de protección es de relevancia individual (cf. El Khoury, cit., T. I., p. 72).

6. ARTICULO 81 DEL CODIGO PENAL

Son delitos de acción privada:

- * Injuria
- * Calumnia
- * Difamación o incumplimiento de deberes familiares en sus diversas formas
- * Propaganda desleal y
- * Aquellos que leyes especiales califiquen como tales.

También este artículo establece los *delitos de acción pública perseguibles sólo a instancia privada* (violación, estupro, sodomía al tenor del numeral

156 del Código Penal, por ejemplo) y aquellos de acción pública. Establece Eduardo Couture (*Fundamentos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 2da. ed., 1951) que la distinción entre *acciones públicas y privadas* no corresponde ni al derecho ni a la pretensión, ni al proceso. Se refiere a la iniciativa de la demanda. Así, por *acción pública* se entienden aquellas que son promovidas por los órganos del Poder Público, normalmente los agentes del Ministerio Público. Por *acción privada* aquellas en que la iniciativa es de los particulares y sólo éstos pueden llevarla hacia adelante (cf. El Khoury, cit., T. I., pp. 72 y 75).

7. DISTINTAS CLASES DE OFENDIDO

- * *Ofendido común*: debe querellar
- * *Ofendido privilegiado*: (funcionarios públicos): le basta con denunciar o hacer que se denuncie el hecho.

8. SANCIONES

- * El condenado por injurias, difamación o calumnia tiene sanción patrimonial.
- * El condenado por desacato tiene una sanción privativa de libertad.

9. PRIVILEGIO

El desacato puede permitir actos de abuso de autoridad que impidan que se conozcan y analicen actos de la función pública de un funcionario público; lo cual es útil y necesario en un sistema democrático y en un Estado de Derecho (cf. El Khoury, cit., T. I., pp. 74 y 75).

10. HISTORIA

En Costa Rica los casos de desacato que se conocen se refieren a desobediencia de jueces (Cf. El Khoury, *idem.*, p. 76), por lo tanto el caso del periodista Bosco Valverde de 1994 es el primero en su naturaleza (ofensas al honor de funcionario público).

11. AGRAVIO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Este delito es un agravio a la igualdad ante la ley (artículo 33 de la Carta Magna = todo *hombre* es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana). Y, un peligro a la libertad de prensa (cf. Alicia Oliveira y Sofía Tiscornia, *Delito de desacato* en *cit.*, Justicia penal y libertad de prensa, T. I. p. 9).

El desacato resulta una afirmación legislativa de la visión cuasiteocrática que los funcionarios públicos tienen de sí mismos. En esta concepción privilegiada, ellos creen que se diferencian del resto de los habitantes porque los suponen subordinados a sus decisiones políticas y a los cuales se les excluye de la discusión de la cosa pública (cf. *idem.*, p. 14). Precisamente todo lo contrario de lo que tiene que ser un agente público (funcionario y empleado públicos): transparente, responsable civil y penalmente, servidor de la comunidad.

Cabalmente es la concepción democrática enfrentada a la concepción autoritaria.

En el Derecho Administrativo —tal y como se creó (en sus orígenes por la burguesía revolucionaria francesa)— (por todos: Juan Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho administrativo*, T. I, Madrid: Ed. Areles, 1991) el poder público y político de la Administración estatal [(con su personal burocrático: los agentes públicos debían ser servidores públicos, de la sociedad, de la comunidad; pero con el transcurrir del tiempo, los papeles se invirtieron y ahora ese derecho (en la *praxis*)] es un instrumento de poder del Estado contra los ciudadanos, que se materializa en las circulares, reglamentos, decretos, leyes y demás normas jurídicas. Esa inversión del derecho administrativo, como derecho político que es (porque expresa, regula y ejecuta relaciones de poder) constituye la consolidación no sólo de la burguesía revolucionaria (ahora clase instaurada en el poder) sino también de la burocracia pública, como sector social anclado en el Estado y amparado a convenciones colectivas, normas del empleo público, etc.

A nivel *ideológico* (conjunto de ideas para justificar el poder: ideología conservadora; conjunto de ideas: ideología a secas; cf. por ejemplo: Ludovico Silva *et al*, *La ideología en los textos*, México, eds. Marcha, 1982, 3 tomos), se dice o enuncia que los burócratas del Estado son servidores públicos (lenguaje del siglo pasado que pasa por Maurice Hauriou, (1856-1929), Emile Durkheim, (1858-1917), León Duguit, (1859-1928), ya que el Estado justifica su existencia al darle a los administrados servicios públicos (ideología de justificación). En la *teoría democrática* (poder del, para, por y con el pueblo) el personal del Estado deben estar al servicio de la comunidad, del interés común, del bien público (cf. Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia*, Madrid, Ed. Alianza, 1988, 2 tomos; Marie-Pauline Deswarte *Intérêt général, bien commun* en *Revue*

du Droit Public, París, LGDJ, 5-1988; Jacques Chevallier *L'État de Droit* en *Revue du Droit Public*, París, LGDJ, 2-1988). En la *democracia*, como sistema de gobierno, todos están sujetos a las *Leyes* (al ordenamiento jurídico) (cf. Norberto Bobbio *El futuro de la democracia*, México, CFE, 1986). Se trata de un sistema de poder que postula ideológicamente el principio de la igualdad de los sujetos de derecho. En este sentido el delito de desacato, privilegiando al agente público viola ese principio. Complementemos aquí lo que dice el artículo 307 del Código Penal ya citado con el numeral 392 inciso 8 —*contravención*— que afirma:

Artículo 392, inciso 8 (Contravención):

Se penará con 3 a 30 días multa al particular que faltare el respeto debido a cualquier funcionario revestido de autoridad pública, aún cuando no se halle en ejercicio de su cargo, siempre que se anunciare o fuere reconocido con tal carácter.

Bien establece el artículo 11 de la constitución Política que:

Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública. (La cursiva es nuestra).

Por supuesto que este numeral constitucional tiene su fundamento histórico en los motivos y contexto de la guerra civil de 1948, ya que el grupo triunfante en esa guerra consideró que funcionarios del Gobierno del "régimen de los ocho años" [(cf. Alberto Cañas, *Los ocho años*, San José, Ed. Liberación Nacional, 1955; y, nuestros libros *La social democracia en Costa Rica*, San José, Euned, 1982, *El Partido Acción Democrática*, San José, Ed. Nueva Década, 1983 y *Partidos, Poder y Derecho*, San José, UCR, 1985)] habían traicionado el mandato popular de gobernar para el bien común y el interés público. Por ello este numeral 11 es rotundo en afirmar que

Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad siendo responsables por su gestión

lo cual queda reiterado por el juramento constitucional establecido en el artículo 194 de la Carta Magna.

Lo que ha ocurrido, a lo largo de la historia, es que el personal del Estado (desde la cúspide a la base) ha invertido la situación (popularmente "se ha comido el mandado").

De ahí que sea fácilmente constatable la contradicción entre los postulados del Estado, nacido de la Revolución Francesa -1789-:

- * Principio de legalidad administrativa
- * Responsabilidad civil y penal de los agentes públicos
- * Juicios contencioso administrativos
- * Protección a las libertades públicas
- * Cobertura de los derechos constitucionales
- * Subordinación del Estado y los agentes público al Ordenamiento Jurídico.

(Cf. Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid: Civitas, 1974, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Madrid: Tecnos, 1984) por un lado; y, el *desacato*, como delito especial de privilegios para los agentes públicos (funcionarios y empleados), por otro.

12. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA Y DEL SERVIDOR PUBLICO

El artículo 190 de la Ley de Administración Pública (LAP) afirma que la Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal; salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.

Estamos frente a la responsabilidad objetiva.

Por su parte, el artículo 199 de la LAP manda que:

Será responsable personalmente ante terceros el servidor público que haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, aunque sólo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo.

Este principio de la responsabilidad y de que quien hace un daño, lo paga; está en el artículo 1045 del Código Civil y tiene su origen en el antiguo Derecho Romano:

Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.

Nuestra *Carta Magna* se refiere a la *responsabilidad* en estos términos:

Artículo 9.-El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y *responsable* (...).

Artículo 41.-Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

Sobre este artículo 41 constitucional, la Sala IV ha efectuado los siguientes votos, entre otros: 898-90, 1639, 813-90, 1559-90, 1367-91, 1230-91, 1279-91, 1329-91, 1307-91, 1371-91, 1425-91, 1831-91 (con relación al precepto de la justicia pronta, cumplida y sin denegación).

Por su parte la *Constitución de España*, en su artículo 106 manda:

Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Por su lado, la *Constitución italiana*, establece en su artículo 28:

Los funcionarios y agentes del Estado, y otros entes públicos serán directamente responsables, según las leyes penales, civiles y administrativas, de los actos realizados con lesión de derechos. En tales casos, la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los entes públicos.

Resumiendo, el *desacato* y *ultrajes* a la autoridad, lesionan el principio de igualdad ante la ley (como se ha indicado) y deben suprimirse, como resabio monárquico. Esta figura es hija bastarda del *crimen majestatis*. Es un sistema republicano no es admisible que un funcionario goce de un privilegio inexplorable en comparación con el resto de los ciudadanos. (Cf. Raúl Zaffaroni "Las limitaciones a la libertad de prensa utilizando el poder punitivo formal en América Latina", en *Justicia penal y libertad de prensa*, cit., T. II, 1992, p. 23 y 10).

13. VOTO DE INCONSTITUCIONALIDAD N° 412-90 DEL 20 DE ABRIL DE 1990

Mediante este Voto de la Sala IV se declaró inconstitucional el artículo 307 *in fine*:

Al autor del desacato no se le admitirá la prueba de la verdad o notoriedad de los hechos o cualidades atribuidas al ofendido.

La Sala IV dijo en ese Voto 412-90, lo siguiente:

Considerando II: Estima esta Sala que el legislador costarricense al incorporar a nuestro ordenamiento penal de fondo el texto argentino que establecía la prohibición de la *prueba de la verdad*,^(*) no analizó con detenimiento las razones que motivaron a la dictadura de ese entonces -o a los italianos mediante la inclusión en el código fascista que influenció a esta última (la argentina)- a crear la prohibición, limitándose a copiar el texto casi literalmente, sin detenerse a meditar sobre sus consecuencias directas en el proceso, ni en cuanto a su vigencia constitucional.

Mucho se ha discutido en doctrina sobre el origen de la *figura del desacato* y su relación histórica con los delitos contra el honor, y muy poco se ha cuestionado si se justifica la prohibición de la prueba de la verdad, en razón del bien jurídico que se tutela; así, como tampoco, se ha analizado su conveniencia o no, y mucho menos su asidero constitucional.

Quienes adversan la tesis de la necesaria inclusión de la prueba de la verdad en el desacato, se fundan principalmente en que al no ser el bien jurídicamente protegido el honor del funcionario, sino la autoridad que éste representa, no procede la misma, pues se parte de una presunción de legitimidad en la acción de aquél, y en la necesaria protección del prestigio de la administración pública que se entorpecería de permitirseles a los ciudadanos su cuestionamiento público.

A la luz de nuestro ordenamiento constitucional y de nuestro sistema democrático, no es legítimo ni lógico, prohibir a persona alguna el ejercicio del derecho al debido proceso en razón del bien jurídico que se protege, ni por

(*) En el Código Penal argentino actual el artículo 244, referido al desacato, aparece como *derogado* por Ley 24.198.

ninguna otra razón, ya que la regla constitucional contenida en el artículo 39, al exigir "la necesaria demostración de culpabilidad", está imponiendo a cargo del Estado, la obligación de comprobar que el imputado es culpable, es decir, que actuó mediante dolo o culpa, y ello sólo es posible si se le otorga la oportunidad de ser oído ampliamente, pues bien pudiera ser que alguno o ambos supuestos quedaran excluidos, o bien que mediara alguna causa de justificación u otra que amerite la *no* imposición de la pena.

El principio de defensa, como garantía constitucional fundamental, tiende a resguardar la libertad del individuo ante la posibilidad de que se le imponga indebidamente una pena, por ello, no puede ni debe ser restringido en forma alguna, sino más bien resguardado celosamente por el legislador, el juez y el gobernante. El ordenamiento procesal penal, en vigencia, en su *artículo 198*^(*) recepta el principio ahora imperante de que todo se puede demostrar y por cualquier medio lícito, si ello es así nuestro legislador ya ha adoptado, para que conforme al principio constitucional de necesaria demostración de culpabilidad irrestricta para ejecutar la defensa, se puede acreditar cualquier hecho de importancia para la fijación de la responsabilidad o no del encartado en el hecho delictivo que se le atribuye.

Por otra parte no es conveniente que en un Estado democrático como el nuestro se castigue a quien denuncia actos de corrupción, sin dársele la oportunidad de probar su dicho, pues ningún ciudadano asumiría la función social de denuncia, que ejercida con ética es básica para el sano ejercicio de la función pública.

El ejercicio de la prueba de la verdad, sirve al ofendido en el caso de que se demuestre la falsedad de las imputaciones para limpiar su nombre, caso en el cual recaería condena, y se controlaría el ejercicio irresponsable de la libertad de opinar o expresarse, conciliándose dos intereses: la verdad como interés público; y, el honor del ofendido como interés privado.

Por todo lo anterior, se declara inconstitucional el artículo 307, respecto de la prohibición de la prueba de la verdad, por ser contrario al artículo 39 de la Constitución Política que protege el principio de defensa en juicio o debido proceso. (Cf. Revista de Jurisprudencia Constitucional No. 3, 1990, pp. 78 y 79, Poder Judicial, San José).

(*) *Artículo 198 del Código de Procedimientos Penales (CPP):* No regirán en la instrucción las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba, con excepción de las relativas al estado civil de las personas.

a) *Comentario:* Estoy completamente de acuerdo con el criterio expresado por la Sala IV en este voto.

14. SENTENCIA DEL 13 DE JULIO DE 1994 (JUZGADO 5° PENAL)

En esta sentencia se condenó al periodista del matutino *La Nación*, Bosco Valverde por haber escrito y publicado una columna que tituló *3 jueces testarudos*, a un año de prisión (se le dio el beneficio de ejecución de la pena); y a pagar (acción civil resarcitoria) la suma de medio millón de colones a cada juez que expresamente la solicitó. Es decir un juez no pidió esta acción y dos sí.

Las razones dadas en la sentencia para esa condena fueron las siguientes:

Siendo analizada toda la prueba recibida en la audiencia oral y pública bajo los principios de la sana crítica racional, conformada ésta por la lógica, la experiencia y la psicología; y, habiéndose establecido que el delito investigado protege como bien jurídico el decoro del funcionario público. Se tiene que efectivamente en el artículo del periodista hay frases ofensivas para los jueces y por lo tanto procede condenarlo:

- * Tres indios repartiendo chicha
- * Estos jueces se dan el tupé de poner en jaque nada menos que a un expresidente
- * Estos jueces no son dioses del olimpo
- * Si los que asisten al proceso penal les guarda sumisión es porque una ley absurda así lo impone.

Como el periodista tuvo conciencia plena de sus palabras resultaban ofensivas, porque al inicio de su artículo dijo que podrá parecer irrespetuoso el calificativo de otros jueces testarudos o tres indios repartiendo chicha, pero como "no estoy en el Tribunal que integran (esos jueces) puedo permitirme el lujo de usarlo". *Entonces*, el dolo está probado.

Así vemos que en la conciencia del encartado existe el dolo directo (p. 24 de la Sentencia, *cit.*).

La Sentencia *traduce* así las frases que consideró agraviantes, e hirientes; expresadas con dolo:

Periodista	Sentencia
Indios repartiendo chicha	Burla por la incapacidad de los jueces (equivale a decir que los jueces son incapaces)
- o -	- o -
Los jueces se dieron el <i>tupé</i>	Los jueces se dieron la desfachatez el descaro, desvergüenza, irreverencia
De poner en jaque nada menos que a un expresidente	
- o -	- o -
Estos jueces no son dioses del olimpo ^(*)	Jueces encumbrados, que no saben lo que ocurre en la <i>tierra</i> (en el caso concreto: en el <i>debate</i> o proceso penal)

(*) Lo interesante del caso es que en el lenguaje cotidiano y de los operadores del derecho se hizo común la expresión "dioses del olimpo" para calificar así un tribunal superior penal cuyos integrantes se comportaban arrogantemente y guardando mucho la distancia con el resto de las personas.

La *Sentencia* afirma que el dolo del periodista también se comprueba por haberse documentado únicamente con las publicaciones periodísticas y no con las resoluciones del tribunal (*idem.*, p. 27).

Se tiene por probado que hubo irrespeto, ofensas al decoro y al honor de los jueces, se socavó la imagen del tribunal menospreciando e incitando al desprecio público sobre el respeto que se merecen como funcionarios públicos así como de su investidura de conformidad con la definición del artículo 111 de la Ley de Administración Pública (LAP) (*idem.*, p. 28).

Como posteriormente analizaremos el uso del artículo 111 de la LAP es indebido por cuanto se distorsiona en favor de la intencionalidad de la sentencia de condenar al periodista.

La sentencia concluye que la abundante prueba demuestra la conducta ilícita del imputado (*idem.*, p. 32) y, por consiguiente, se tiene al periodista como autor responsable del delito de desacato en perjuicio de la autoridad pública y de los tres jueces ofendidos y agraviados (*cit.*, pp. 33 y 34).

a) Comentario

1. Reglas de la sana crítica

Estas reglas son las de la experiencia, psicología y la lógica (Fernando De La Rúa). Las de la *experiencia* son las que conoce el ser humano común, y el juez es tal. El límite de las reglas de la *experiencia* está en los conocimientos técnicos especializados. Las *reglas de la psicología*, se refieren a los mínimos conocimientos en este campo. Como por ejemplo, el tratar de ponerse al nivel del testigo con poca educación formal (el autor pone como ilustración cuando un juez le dijo a un testigo "le cedo el verbo" y el testigo contestó: "qué tirada, yo no sabía que esto era en inglés"). Aquí el juzgador está violando las reglas de la psicología en el tratamiento del testigo.

Las reglas de la lógica incluyen las reglas de:

- * Identidad
- * Contradicción
- * De tercero excluido
- * De razón suficiente

Regla de la *identidad* es una proposición, sólo puede ser esa proposición y no otra. X es x, pero no y.

El principio de *contradicción* enuncia que una persona o cosa puede ser y no ser al mismo tiempo.

El principio de *tercero excluido* sostiene que de dos proposiciones que se niegan entre sí, una es necesariamente falsa y la otra otra es verdadera.

El principio de *razón suficiente* sostiene que ningún hecho se puede considerar verdadero o existente, si no hay una razón suficiente por la cual deba ser así y no de otro modo. Nada ocurre o se produce sin una razón suficiente (cf. Francisco Dall' Anese, *Falta de fundamentación de la sentencia y violación de reglas de la sana crítica* en revista Ciencias Penales No. 6, 1992, pp. 55 a 57; y, Elí de Gortari, *Diccionario de la lógica*, México, Ed. Plaza y Valdés, 1988, pp. 400 a 403).

Estas reglas de la sana crítica son valoraciones que hace el juzgador de acuerdo a sus estereotipos, motivaciones, prejuicios, es decir, de conformidad a sus esquemas mentales y sentimentales de referencia. Por ello son opiniones personales, prejuiciadas, distorsionadas y estereotipadas; pero, su valor consiste en que quien esgrime esas opiniones se llama juez y las vuelca en un documento denominado *sentencia*, con los efectos que ella tiene.

En esta *sentencia* el juzgador insiste en que utilizó la sana crítica (*cit.*, pp. 4, 20 y 32). Lo cierto del caso es que es innecesario que el juzgador manifieste que usa esa sana crítica, pues de hecho así ocurre pues esas reglas propias de esa "sana crítica" son operaciones mentales que constituyen juicios de valor del juzgador para apreciar las pruebas y el proceso entero; y, luego resolver "lo que proceda en derecho" y así juzgar y ejecutar lo juzgado, si es preciso.

2. Esta *sentencia de 1994* ignoró lo que la Sala IV había resuelto mediante el voto citado 412-90, en cuanto a la posición de la Sala Constitucional, pues de hecho partió de la prohibición de la *exceptio veritatis* (excepción de la verdad), como se desprende de la propia sentencia. En otras palabras, el juzgador de este caso desconoció ese voto 412-90 de la Sala IV. Recordemos aquí, que ese voto mencionado dijo que la prohibición indicada es inconstitucional.

3. Artículo 111 de la LAP

El numeral 111 de la Ley de Administración Pública (LAP) simplemente señala lo que es el funcionario público. Se trata de una definición a partir de su uso en el derecho laboral administrativo o derecho administrativo de la función pública (régimen del empleo público).

Sin embargo, la *sentencia* citada la usa para otros menesteres (es decir, como parte de la argumentación para condenar al periodista).

Efectivamente, arranca de la definición de funcionario público de la LAP y la enlaza con el Código de moral del abogado que afirma los abogados deben respetar y hacer respetar la ley y las autoridades públicas. Luego hace unas citas seleccionadas de ideas escritas por otros abogados sobre el juez en sentido de alabanza o apología.

Con lo anterior la *sentencia* de marras configura la investidura del juez para luego concluir que la condena procede (resolución penal, *cit.*, pp. 18 a 20).

Es completamente irrelevante indicar las citas de la LAP, el código de moral de los abogados y las frases laudatorias sobre el juez y su rol procesal e institucional; ya que es harto evidente que se trata de jueces superiores del Poder Judicial, o sea, de funcionarios públicos.

15. LINGÜÍSTICA JURIDICA

Este caso analizado se puede ubicar en el terreno de la *lingüística jurídica*, es decir, de la combinación de la lingüística con el derecho. Se hace una operación mental de darle a ciertas expresiones escritas (signos, propios de la *semiótica*).

Por *lingüística* se puede entender, entre otros modos de percibirla, ya no como una ciencia histórica, cuyo objetivo era estudiar la evolución de las lenguas, sino como una ciencia social que analiza el funcionamiento de los signos lingüísticos, en donde la lengua se investiga como un sistema integrado (cf. André Martinet –director– *La lingüística*, Barcelona: Anagrama, 1975, pp. 244 a 250).

Por su parte la *semiótica* estudia los signos. Y, los *signos* son algo que corresponde por otra cosa, que representa otra cosa y que es comprendido o interpretado por alguien (cf. Max Bense y Elizabeth Walther, *La semiótica*, Barcelona: Anagrama, 1975, pp. 143 y 155).

Este trabajo de la *lingüística jurídica*, lo realizan en los Estados Unidos, los profesores Roger Shuy y Deborah Tannen (ambos profesores de la Universidad de Georgetown, Washington D.C.), siendo en Costa Rica su discípulo el Dr. Jorge Quesada (cf. *Culpable mientras no pruebe su inocencia: problemas de nuestro sistema jurídico*, San José, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 76, 1993, pp. 61 a 80).

Así, en la redacción de la sentencia, el *análisis del discurso* (estudio sobre la estructura y el contenido de la sentencia como un conjunto de ideas cuyo destino final será la absolutoria o la condenatoria del llamado encartado, imputado, acusado) tiende a escudriñar los diversos elementos que componen esa sentencia. Por ejemplo, la ideología, prejuicios, estereotipos, uso del lenguaje, sintaxis gramática, contradicciones internas, lagunas o vacíos al interior de ese discurso, los saltos lógicos o manipulación de hechos, signos o personas para darle una estructura determinada al discurso y así llevarlo “de la mano” a la conclusión de condenar o absolver o sea, no hay inocencia o ingenuidad entre el redactor del discurso (sentencia) y ésta; todo lo contrario, el autor del discurso judicial sabe lo que tienen “entre manos” (in mente) y hacia adonde va. Tiene plena certeza del manejo de su discurso, no puede apartarse de él porque si no se “le va de las manos”; y provoca contradicciones evidentes y una desarticulación gruesa en la estructura y contenido de la sentencia.

Claro que en la vida real, hay sentencias llenas de errores, incongruentes, absurdas. Pero, para detectar esta situación hay que hacer ese análisis del discurso propio de la lingüística jurídica.

En el caso concreto las frases que sirvieron para la condena del periodista fueron (como se sabe *supra*) :

indios repartiendo chicha :	incapaces
se dieron el tupé :	desfachatados
dioses del olimpo :	ignorantes

tal y como fueron traducidas o interpretadas por el autor del discurso judicial.

Así, el que firma la sentencia penal (juez) tuvo por probado que el periodista le dijo a los jueces superiores (ofendidos): *incapaces, desfachatados e ignorantes*.

jueces superiores = incapaces, desfachatados e ignorantes

16. CONCLUSIONES

- Luego de la condena al periodista, se ha propuesto derogar el artículo 307 del Código Penal referido al desacato (iniciativa de varios diputados, *La Nación*, del 12 de julio de 1994).
- Al ser una amenaza al sistema democrático, el desacato, debe ser eliminado de la legislación penal ya que abre las puertas del abuso de la autoridad pública para acallar la crítica o la investigación (*La Nación* 16 de julio de 1974).
- Luego de haber tenido dentro del ordenamiento jurídico la figura del desacato, Argentina lo derogó (cf. artículo 244 del Código Penal, Buenos Aires: Ed. A-Z, 1994, p. 69). La misma medida se debe tomar en nuestro país.
- El privilegio, la desigualdad ante la ley y la concepción autoritaria que alimentan el desacato justifican que esta figura penal sea derogada.
- Acción privada e igualdad con los particulares (administrados) debe ser el tratamiento pertinente en el campo de las ofensas al honor de las personas. De esta manera también el personal de la Administración Pública puede defenderse en el Poder Judicial cuando considere que su honor o estima es atacada por otros.
- Lo relevante de este caso del periodista es que se trata del primero, con estas características, que se da en el país; ya que los anteriores se referían a la desobediencia respecto de jueces.

17. BIBLIOGRAFIA

- Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. (México: CFE, 1986).
- Bense, Max; Walther, Elizabeth. *La semiótica*. (Barcelona: Anagrama, 1975).
- Cañas, Alberto. *Los ocho años*. (San José: Ed. Liberación Nacional, 1955).
- Carrillo, Tomás. *Historia crítica de la democracia*. (Caracas: Monte Avila, 2° T., 1983).
- Castillo, Francisco. *La excepción de verdad en los delitos contra el honor*. (San José: Pasdiana, 1988).
- Chevallier, Jacques. *L'Etat de Droit* (Paris: LGDJ, REvue du Droit Public, 2-1988).
- Correas, Oscar. *Sociología jurídica*. (México: Unam, 1994).
- Couture, Eduardo. *Fundamentos de derecho procesal civil*. (Buenos Aires: Depalma, 1951).
- Dall' Anese, Francisco. *Falta de fundamentación de la sentencia y violación de reglas de la sana crítica*. (San José: Ciencias Penales, No. 6, 1992).
- De Gortari, Eli. *Diccionario de la lógica*. (México: Plaza y Valdés, 1988).
- Desware, Marie. *Intérêt Général, bien commun*. (París: LGDJ, Revue du Droit Public, 5-1988).
- El Khoury, Henry. *El desacato dentro de un derecho penal republicano*. (San José: Ilanud, Justicia penal y libertad de prensa, T. I., 1992).
- García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. (Madrid: Civitas, 1974).
- Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. (Madrid: Tecnos, 1984).
- Curso de derecho administrativo*. (Madrid: Civitas, T. II, 1977).
- Martinet, André. *La lingüística*. (Barcelona: Anagrama, 1975).
- Oliveira, Alicia; Tiscornia, Sofía. *Delito de desacato*. (San José: Ilanud, Justicia penal y libertad de prensa, T. I, 1992).
- Parada, Ramón. *Derecho Administrativo*. (Madrid: Marcial Pons, 1992, T. I).
- Puig, Federico. *El desacato*. (Barcelona: Ed. Seix, Nueva Enciclopedia Jurídica, T. VII, 1980).
- Quesada, Jorge. *Culpable mientras no se pruebe lo contrario*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, RCJ, No. 76, 1993).
- Romero-Pérez, Jorge Enrique. *La sociología jurídica en Max Weber*. (San José: Universidad de Costa Rica. UCR, 1980).
- Algunas anotaciones sobre la sociología jurídica*. (San José: RCJ, No. 26, 1975).
- Ensayos de Derecho Administrativo*. (San José: Euned, 1993).
- La social democracia en Costa Rica*. (San José: Euned, 1982).
- El partido acción democrata*. (San José. Ed. Nueva Década, 1983).
- Partidos, poder y derecho*. (San José, UCR, 1985).
- Santamaría, Juan. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. (Madrid: Ed. Ramón Areces, 1991).
- Sartori, Giovanni. *Teoría de la democracia*. (Madrid: Ed. Alianza, 2 T. 1988).
- Sciascia, Leonardo. *Puertas abiertas*. (Barcelona: Tusquets, 1987).
- Silva, Ludovico. *La ideología en sus textos*, et. al. (México: Marcha eds. 3 T, 1982).
- Zaffaroni, Raúl. *Las limitaciones a la libertad de prensa utilizando el poder punitivo formal en América Latina*. (San José: Ilanud, Justicia penal y libertad de prensa, T. II, 1992).
- Manual de Derecho Penal*. (Buenos Aires: Ediar, 1985, parte general).
- En busca de las penas perdidas*. (Buenos Aires: Ediar, 1990).

LA TORTURA; Y, OTROS TRATOS Y PENAS CRUELES INHUMANOS O DEGRADADANTES

Prof. Luis Alberto Varela
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

LA TORTURA Y OTROS TRATOS Y PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADADANTES

CONCEPTO

La tortura es un acto de violencia física o psicológica que tiene por objeto obtener información o confesión, o castigar, o intimidar a una persona, o simplemente satisfacer una pasión o interés del torturador.

La tortura es un acto de violencia física o psicológica que tiene por objeto obtener información o confesión, o castigar, o intimidar a una persona, o simplemente satisfacer una pasión o interés del torturador.

La tortura es un acto de violencia física o psicológica que tiene por objeto obtener información o confesión, o castigar, o intimidar a una persona, o simplemente satisfacer una pasión o interés del torturador.

La tortura es un acto de violencia física o psicológica que tiene por objeto obtener información o confesión, o castigar, o intimidar a una persona, o simplemente satisfacer una pasión o interés del torturador.

La tortura es un acto de violencia física o psicológica que tiene por objeto obtener información o confesión, o castigar, o intimidar a una persona, o simplemente satisfacer una pasión o interés del torturador.

SUMARIO:

- I. Definición
 - II. La tortura como institución
 - III. Responsabilidad por la violación de la prohibición de la tortura
 - IV. Recursos contra la tortura
 - A. El Derecho Internacional
 - B. Instrumentos jurídicos internacionales que prohíben la tortura
 - C. La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ONU) y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (OEA)
El Proyecto de Protocolo Facultativo
 - V. Otras medidas de protección contra la tortura
 - A. Los grupos nacionales
 - B. Las organizaciones intergubernamentales
 - C. Organismos internacionales no-gubernamentales
 - VI. La tortura y el derecho costarricense
- Conclusión
- Bibliografía
- Apéndices

INTRODUCCION

“La tortura fue un procedimiento legítimo de investigación criminal y de castigo que había sido proscrito y prácticamente desaparecido en los siglos XVIII, XIX y en las primeras décadas del XX”.⁽¹⁾ Durante la Segunda Guerra Mundial, con la barbarie nazi y fascista, la tortura volvió escondida bajo teorías repudiables. El 1° de octubre de 1946, el Tribunal de Nuremberg, de acuerdo con el Estatuto del Tribunal de agosto de 1945, incluyó el rubro “crímenes contra la humanidad. Poco después, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró y proclamó los principios relativos a la responsabilidad penal internacional del individuo en que se fundamentó el juicio de Nuremberg. Desde entonces, se acepta jurídicamente que los responsables de “crímenes contra la humanidad”, están sometidos a una responsabilidad penal.

Ningún Estado legaliza la tortura en su Constitución ni en su Código Penal y muchos ordenamientos jurídicos la prohíben en forma expresa. Por otro lado, diversos instrumentos jurídicos internacionales se refieren a ésta y la condenan, no obstante, la creación de una jurisdicción penal internacional competente, aún está lejos de ser realidad.

El presente trabajo pretende analizar las causas que llevan a tan repugnante práctica, la responsabilidad que tienen los gobiernos al respecto y los distintos recursos, jurídicos y no-jurídicos, que se han creado para prevenirla y sancionarla.

I. DEFINICION

El artículo 1° de la *Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (1984), entiende por “tortura”:

“...todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se

(1) Héctor Gros Espiell. “Los crímenes contra la humanidad: la tortura” en *La Nación*. (No. 14.286, año 40, San José, domingo 9 de marzo de 1986), p. 15A.

sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia...”.

Los elementos que entran en tal definición son: la gravedad del dolor o sufrimiento físico o mental que se le cause a la víctima; la intencionalidad del acto; el hecho de que con éste se persiga un propósito concreto, y la participación directa o indirecta de funcionarios del Estado.

Al tratar de precisar qué constituyen “tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, es claro que estos términos son un tanto elícticos, que han evolucionado con la jurisprudencia y según las normas internacionales de derechos humanos. En cuanto a determinados actos, existen normas internacionales que se refieren a éstos, así el artículo 7 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos*, prohíbe la experimentación médica o científica sin el libre consentimiento del sujeto. El Comité de Derechos Humanos señala “que es necesaria una protección especial... en el caso de personas no capacitadas para dar su consentimiento”. Por otro lado, tampoco es permitido que una persona presa o detenida sea sometida, aún con su consentimiento, a experimentos científicos que puedan perjudicar su salud.⁽²⁾ Se ha comprobado que estas disposiciones no se cumplen, por lo que se ha propuesto la aprobación de un proyecto de principios, orientaciones y garantías para la protección de enfermos mentales o de las personas que padecen trastornos mentales.⁽³⁾

Las penas corporales —los azotes y la amputación— también violan las normas internacionales. Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, prohíbe que se someta a aquéllos que han incurrido en faltas de disciplina a: penas corporales, encierro en celdas sin luz, reducción de la ración de sus alimentos (a menos que el preso en cuestión haya sido declarado médicamente apto para resistir tal procedimiento punitivo). Se prohíben también las “penas de aislamiento”; es decir, cualquier forma de castigo que vaya en detrimento de la salud física o mental del recluso.⁽⁴⁾

(2) P. Kooijmans. “La tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. (Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 1987), p. 11.

(3) Kooijman. *Loc. cit.*

(4) Amnistía Internacional. *Tortura*. (Editorial Fundamentos, Madrid, 1984), p. 16.

II. LA TORTURA COMO INSTITUCION

Generalmente, la tortura es parte del aparato que utiliza el Estado para reprimir a los disidentes. “Independientemente de la perversidad de las acciones de torturadores concretos, la tortura tiene un fundamento teórico: el aislamiento, la humillación, la presión psicológica y el dolor físico, como medios de obtener información, de someter al preso y de intimidar a allegados.”⁽⁵⁾

La mayoría de las veces, la tortura se utiliza como parte integrante de la estrategia de seguridad de un gobierno. De tal forma, que se le practica para intimidar a la persona y alejarla de la política; en el medio rural para someter a la población, o como castigo o accesorio a penas de prisión.

Las víctimas de la tortura pertenecen a todas las clases sociales, oficios y profesiones y aunque en algunos países se tortura a sospechosos de delitos comunes, los casos de que se tiene más noticia, son los casos políticos.

La naturaleza del cuerpo de seguridad que ejecuta las torturas, sirve de orientación respecto del grado de responsabilidad del gobierno. Las unidades militares o policiales de inteligencia, así como del cuerpo general de policía y quizá los funcionarios de prisiones, son los que frecuentemente están a cargo, lo que pone de manifiesto hasta qué punto está institucionalizada la tortura.

Los informes existentes sobre torturas y malos tratos, demuestran el decidido propósito de muchos gobiernos de utilizar la tortura y su falta de voluntad para ponerle coto. Si bien universal y colectivamente, los gobiernos condenan la tortura, más de la tercera parte de ellos la han utilizado o tolerado.

El deber del Estado es proscribir la tortura, y si un gobierno se atiene al imperio de la ley, ésta debe prohibirse.

III. RESPONSABILIDAD POR LA VIOLACION DE LA PROHIBICION DE LA TORTURA

Se considera que la prohibición de la tortura pertenece al *jus cogens*, pues constituye una obligación internacional de importancia fundamental para la protección del ser humano, a la cual no cabe hacer excepción alguna.⁽⁶⁾

La Convención de las Naciones Unidas (1984), establece la jurisdicción universal en relación con la tortura, como uno de sus elementos más importantes:

“Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura, cometanse donde se cometan y sea cual fuera la nacionalidad del presunto infractor, acarreen una pena conforme a su legislación nacional.” (arts. 4 y 5).

(5) *Idem.*, p. 4.

(6) Kooijmans. *Op. cit.*, 1987, p.12.

En virtud del Derecho Internacional, cuando sistemáticamente se practique la tortura contra determinados grupos de población, el perpetrador es responsable de un grave delito, no importa el cargo que ostente en la jerarquía oficial. Al respecto se refiere el Proyecto de Código de Delitos Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de la Comisión de Derecho Internacional, en su artículo 9:

“El hecho de que una infracción haya sido cometida por un subordinado no exonera de responsabilidad penal a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir que, ...dicho subordinado estaba cometiendo o iba a cometer una infracción, y si no tomaron las medidas prácticamente posibles a su alcance para impedir o reprimir esta infracción”.⁽⁷⁾

Respecto a las obligaciones de un Estado ante la comunidad internacional en su conjunto, todos los Estados tienen interés jurídico en su salvaguardia. El derecho a no ser torturado pertenece a la categoría de Derechos Humanos fundamentales y, por lo tanto, todos los Estados tienen interés jurídico en el cumplimiento de la prohibición de la tortura. Esto significa, que quien viole esta prohibición es responsable ante la comunidad internacional en su conjunto y como representantes de ésta, los Estados pueden presentar demandas. “Si la práctica de la tortura adquiere un carácter *masivo, persistente o sistemático*, hasta podría corresponder al concepto de “*delito internacional*”.⁽⁸⁾

IV. RECURSOS CONTRA LA TORTURA

A. El Derecho Internacional

La fuerza de la ley de la prohibición de la tortura se deriva de dos fuentes del Derecho Internacional:

- 1) Los tratados.
- 2) La costumbre internacional o derecho consuetudinario.

Al respecto, el informe de Amnistía Internacional sobre la tortura dice:

“Los Convenios de Ginebra, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los convenios regionales de derechos humanos, todos los cuales prohíben la tortura, son jurídicamente

(7) *Idem.*, p.13.

(8) *Idem.*, p.14.

obligatorios para los Estados que los ratifican. El Derecho Internacional consuetudinario se puede extraer inductivamente de ciertos objetivos como son las declaraciones multilaterales sobre aplicación de una normativa común entre los Estados, las constituciones nacionales que estatuyen un determinado principio y la aceptación por los tribunales nacionales e internacionales, de normas internacionales convenidas.”⁽⁹⁾

En el mencionado reporte se considera que la absoluta prohibición de la tortura constituye una manifestación del Derecho Internacional consuetudinario y por consiguiente, es jurídicamente obligatoria para todos los Estados, incluso para los que no han suscrito ningún tratado relativo a los Derechos Humanos, así como para los que no existían cuando se formuló la prohibición de tortura en los instrumentos jurídicos internacionales.⁽¹⁰⁾

Cabe hacer notar, que en un estudio realizado en 1978 sobre 136 constituciones y otros instrumentos jurídicos, en 112 naciones se prohíbe explícitamente la tortura, o así se puede interpretar.⁽¹¹⁾

No basta que los Estados declaren que la tortura y otros tratos o penas son constitutivas de delito. Es un hecho que estos abusos se producen a pesar de la normativa penal en vigor, y los Estados, como control efectivo, deben instituir medidas preventivas y reparadoras complementarias. En julio de 1982, el Comité de Derechos Humanos acordó, que tales medidas han de tener como mínimo lo siguiente: eficaz investigación sobre las denuncias de malos tratos; debe imputarse a quienes se declaren culpables la responsabilidad correspondiente; las presuntas víctimas deben tener recursos eficaces a su disposición, incluido el derecho a obtener reparación (por ejemplo, disposiciones contra la detención bajo incomunicación; posibilidad de comunicarse con médicos, abogados y familiares; detención en lugares públicamente reconocidos; disposiciones que hagan inadmisibles ante los tribunales las confesiones u otras pruebas obtenidas mediante tortura u otros tratos contrarios al artículo 7).⁽¹²⁾

Por otro lado, P. Kooijmans, en su informe sobre el tema, recomienda las siguientes medidas preventivas:⁽¹³⁾

- 1) Limitar el período de detención en régimen de incomunicación en virtud del Derecho interno. Esto se debe a que muchas de las acusaciones se refieren a países donde el detenido es incomunicado por largos períodos.

(9) Amnistía Internacional. *Op. cit.*, p.25.

(10) *Idem.*, p. 26.

(11) Steven Ackerman, citado por Amnistía Internacional. *Loc. cit.*

(12) Amnistía Internacional. *Op. cit.*, pp. 72-73.

(13) Kooijmans. *Op. cit.*, pp. 26-28.

- 2) Programa de capacitación para el personal encargado de aplicar la ley y personal de seguridad, especialmente en aquellos países donde se aplicaba la tortura bajo un régimen anterior.
- 3) Adopción de medidas estrictas por parte de los gobiernos, en contra de las personas pertenecientes a la profesión médica que anteriormente hayan intervenido en la práctica de la tortura. Además, que en todos los cursos de ética médica se haga resaltar las funciones que la profesión médica puede tener en la práctica de la tortura.
- 4) Introducción de un sistema de visitas periódicas de un comité de expertos a los lugares de detención o prisión. El Proyecto de Protocolo Facultativo presentado por el gobierno de Costa Rica en marzo de 1980, propone este sistema de visitas. La periodicidad de las visitas sería un medio de cooperar con el gobierno, y no un instrumento de denuncia contra el mismo. Hasta tanto no se establezca tal sistema, se debe admitir grupos de la Cruz Roja en lugares de detención y prisión.
- 5) Establecimiento de una autoridad independiente que pueda recibir denuncias de particulares sobre abusos administrativos, incluida la tortura. En algunos países ya existe un cargo de este tipo.

B. Instrumentos jurídicos internacionales que prohíben la tortura

1. Universales

- a) Declaración universal de Derechos Humanos (1948), art. 5.
- b) Convenios de Ginebra (1949), art. 3 y 99.
- c) Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966), art. 7.
- d) Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ONU, 1975), art. 3.
- e) Convención de las Naciones Unidas contra la tortura u otros tratos degradantes o penas crueles, inhumanos o degradantes. (1984)

2. Regionales

- a) Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales (1950), art. 3.
- b) Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 5(2).
- c) Carta africana de los Derechos Humanos y de los pueblos (aprobada en 1981, pero aún no en vigor), art. 5.
- d) Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura (1985).

3. Reglamentos especiales y códigos de ética

- a) Reglas mínimas para el tratamiento de los recursos (ONU, 1957)
- b) Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (ONU, 1979), art. 5.
- c) Principios de ética médica (ONU, 1982) Principio 2.

C. La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (ONU) y la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura (OEA)

Las dos convenciones internacionales más recientes son las de las Naciones Unidas (1984) y la de la OEA (1985). Aunque un grupo significativo de Estados las ha firmado, ninguna de las dos está aún vigente. Sin embargo, el proceso de firmas y ratificaciones parece acelerarse.⁽¹⁴⁾

La Convención de la OEA representa la culminación de un largo proceso de elaboración dentro del Sistema Interamericano. El proyecto de Convención había sido propuesto desde el año 1975, debido al elevado número de países con dictaduras militares que violan continuamente los Derechos Humanos, y ante la consabida doctrina de seguridad nacional. La materialización de este esfuerzo complementa la Convención de la ONU. La entrada en vigor de estos instrumentos implicará la existencia de importantes normas de Derecho Internacional en la lucha contra la tortura.⁽¹⁵⁾

Ambas Convenciones son plenamente compatibles entre sí. Tanto una como la otra reposan esencialmente en los tribunales nacionales para sancionar a los torturadores. La Convención de la ONU así lo establece en sus arts. 2, 4, 5, 6, 7, 12, 13, 14 y la Convención de la OEA, en sus arts. 6, 8, 9 y 12.

En su art. 17 la Convención de la ONU crea un Comité contra la tortura que recibirá los informes de los Estados partes en la Convención (art. 19) y prevé un procedimiento para su consideración (art. 20). Todo Estado parte en la Convención puede declarar que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones en que ese Estado parte alegue que otro Estado no cumple con las obligaciones que le impone la Convención (Art. 21). También prevé la posibilidad de que todo Estado Parte reconozca al Comité la competencia para recibir y examinar comunicaciones de personas sometidas a la jurisdicción en su nombre, que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado Parte.

(14) H. Gros Espiell. *Op. cit.*, p. 15-A.

(15) Daniel Zovatto. "Cartagena de Indias y Derechos Humanos" en *La Nación*. (No. 14.286, año 40, San José, domingo 9 de marzo de 1986) p. 16A.

"La Convención de la OEA es mucho menos audaz y abre menos posibilidades futuras de desarrollo. La única norma relativa al Contralor Internacional es el art. 17, en que los Estados partes se comprometen a informar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otro orden que hayan aplicado en ejecución".⁽¹⁶⁾

El proyecto de protocolo facultativo

Fue presentado por Costa Rica el 6 de marzo de 1980 a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Propuesto por la Comisión internacional de juristas y por el Comité suizo contra la tortura, tiene por objeto hacer más eficaz la puesta en ejecución del Proyecto de convención contra la tortura, sometido a consideración de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas desde 1978, por medio de un sistema de visitas a todos los lugares de detención.

Los gobiernos de Barbados, Nicaragua y Panamá apoyaron la gestión hecha por Costa Rica y numerosos gobiernos formularon comentarios favorables. Sin embargo, el proyecto no ha sido ratificado.

V. OTRAS MEDIDAS DE PROTECCION EN CONTRA DE LA TORTURA

A. Los grupos nacionales

Muchas organizaciones locales y nacionales se han creado en defensa de los Derechos Humanos, incluida la tortura, en los que podríamos incluir colegios de abogados, sindicatos, iglesias y grupos pro derechos de minorías, así como partidos políticos.

Comúnmente, estos grupos concentran su labor en los tribunales acogiéndose al recurso de *habeas corpus*. En algunos casos, concretan cuadros de violaciones en perjuicio de determinados sectores sociales, demostrando así, que los abusos que se cometen son producto de los excesos de algunos funcionarios.

Un aspecto importante que realizan, es la labor humanitaria: prestan ayuda directa a los torturados una vez liberados. La divulgación, como medida de presión a los gobiernos para que ajusten su conducta a los preceptos del Derecho Internacional, es otro de sus objetivos.

(16) Gros Espiell. *Loc. cit.*

B. Las organizaciones intergubernamentales

Los mecanismos intergubernamentales enfrentan considerables obstáculos que limitan su eficacia. Ninguna de estas organizaciones puede forzar a los gobiernos a poner término a la tortura, puesto que no pueden hacer ejecutar sus recomendaciones. Por tal razón, sancionan a los gobiernos ejerciendo presión a nivel internacional, investigándoles y en algunos casos, divulgando los hechos.

Según Amnistía Internacional, en materia de Derechos Humanos, la eficiencia de una organización intergubernamental tiende a aumentar, cuando sus estructuras y procedimientos reúnen las siguientes condiciones:

- a. Independencia de los miembros que la integran frente a las presiones del gobierno de que se trate.
- b. Capacidad de investigar los hechos responsablemente, y sin tomar al pie de la letra las explicaciones de un gobierno dado. Dotación suficiente de personal como para investigar por iniciativa propia.
- c. Capacidad de actuar sin demora para impedir actos concretos de tortura, y aplicación de procedimientos rápidos y eficaces para el análisis de casos y situaciones.
- d. Capacidad de actuar por iniciativa propia cuando exista razón suficiente para creer que se han infligido torturas.
- e. Facultad de recibir denuncias de personas que aleguen haber sido torturadas, de quienes actúen en nombre de éstas, de los Estados miembros de la organización gubernamental de que se trate, y de las organizaciones no gubernamentales.
- f. Pública difusión de las partes más significativas de sus actuaciones, al menos de sus conclusiones y recomendaciones. Máxima difusión de los informes públicos de las decisiones y recomendaciones de la organización.
- g. Si un gobierno no responde a las denuncias o no cumple a satisfacción con las decisiones de la organización, ésta debe interpretar que se aceptan los hechos denunciados. Al gobierno que incurra en incumplimiento debe apremiársele insistentemente, informándose públicamente de su actitud".⁽¹⁷⁾

Amnistía Internacional basa estos principios, según sus propias experiencias y cree que la diversidad de procedimientos de las distintas organizaciones, puede servir para dar mayor fuerza al conjunto tendente a erradicar la tortura.

(17) Amnistía Internacional. *Op. cit.*, pp. 36-37.

1. *El Comité de Derechos Humanos*

Constituido en 1976, según lo estipulado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los Estados Partes en el Pacto eligen 18 miembros por un período de cuatro años; éstos se reúnen tres veces al año. Se les elige en calidad de expertos independientes en materia de Derechos Humanos y desempeñan su cargo a título personal.

No sólo recibe denuncias del perjudicado directamente, sino que éstas son generalmente presentadas por familiares o un abogado designado al efecto. Esto se debe a que con frecuencia la víctima ha muerto, se encuentra en prisión, o está, de algún modo, imposibilitada para iniciar el trámite.

2. *Organismos de Naciones Unidas*

La Comisión de Derechos Humanos constituida en 1946, se encuentra entre los organismos especializados de Naciones Unidas que se ocupan de cuestiones de tortura. Aunque en 1948 elaboró el proyecto de la Declaración Universal, no fue sino hasta dos décadas después, que se consideró facultada para investigar denuncias de torturas o de otras violaciones de Derechos Humanos. La integran 43 miembros en representación de sus gobiernos.

Además de la Comisión, las Naciones Unidas ha creado dos mecanismos de ayuda personal y directa a las víctimas de la tortura:

- a) El Secretario General puede ejercer sus "buenos oficios" para proteger a las personas en peligro de sufrir torturas.
- b) El "Fondo voluntario para las víctimas de la tortura" creado en 1981, como medio de ofrecer socorro, rehabilitación y asistencia jurídica a las víctimas de la tortura.

3. *Organización de los Estados Americanos*

La OEA cuenta con dos órganos facultados para vigilar por el cumplimiento de las normas que prohíben la tortura y otras violaciones de Derechos Humanos:

- a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En cuanto a la CIDH, se creó en 1959, durante una reunión de ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, y fue reconstituida por la Convención

Americana sobre Derechos Humanos (1969), que entró en vigor en 1978. La CIDH conserva su jurisdicción sobre la totalidad de los miembros de la OEA y no sólo sobre los que han ratificado la Convención.⁽¹⁸⁾

4. *El Consejo de Europa*

Los Estados miembros del Consejo de Europa han otorgado a la Comisión Europea de Derechos Humanos y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para recibir denuncias por violaciones al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Según esto, los Estados miembros pueden formular demandas y cuando se trate de Estados que han aceptado la jurisdicción del Tribunal, pueden pedir revisiones o confirmaciones a las resoluciones de la Comisión. Los ciudadanos de la mayoría de los Estados miembros pueden recurrir a la Comisión, una vez que se hayan agotado los recursos jurídicos nacionales.

5. *Organización para la Unidad Africana (OUA)*

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos aprobada en julio de 1981 por los jefes de Estado africanos que asistieron a la "cumbre" de la OUA en Nairobi. El art. 5 de la mencionada Carta prohíbe la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes. Este tratado entrará en vigor cuando lo hayan ratificado una mayoría de Estados miembros; hasta 1983 sólo 7 de 51 formalizaron ese trámite; otros 11 lo firmaron sin ratificarlo.

Si la Carta entrara en vigor, se creará una Comisión facultada para atender denuncias de tortura y otras transgresiones a la Carta. De momento, la OUA no posee ningún órgano regional efectivo en tal respecto.

La carencia de medios coercitivos y las presiones políticas de que son objeto los organismos intergubernamentales, hacen que su eficacia dependa, en gran parte, de la disposición de los gobiernos a atender la recomendaciones.

C. *Organismos internacionales no-gubernamentales*

Las actividades de los organismos internacionales no-gubernamentales son diversas: investigan y dan a conocer públicamente las denuncias individua-

(18) *Loc. cit.*

les o las situaciones de tortura generalizada; interceden con frecuencia ante los gobiernos, con la intención de proteger a las personas en peligro de ser torturadas; analizan el marco jurídico de los Estados que practican la tortura; envían comisiones *in situ*; prestan ayuda moral, jurídica y a veces económica a las víctimas de la tortura y a sus familiares.

Algunos de estos organismos son:

1. *El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)*

Esta institución juega un papel único en el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas privadas de libertad y es la única que realiza visitas regulares a presos o prisioneros. Se interesa por las condiciones en que se tiene al recluso, y no por las causas que le han llevado a esa situación. Una vez establecidos los hechos, actúan de diversa manera, según el caso. Por ejemplo, llamando la atención de las autoridades sobre las torturas infligidas. Para evitar poner en peligro la posibilidad de efectuar futuras visitas, no hacen públicas las conclusiones de sus delegados.

Como objetivo permanente, la CICR trata "...de hacer todo lo posible por entrevistar a los presos desde el momento de la detención." Esto se debe a que esos presos son los que corren mayor peligro de ser torturados.⁽¹⁹⁾

2. *La Comisión Internacional de Juristas (CIJ)*

Centra su actividad en los temas jurídicos, nacionales e internacionales en relación con las normas de Derechos Humanos. Por medio de su revista (Review), aporta hechos y análisis acerca de la tortura y hace públicos los casos de abogados y jueces víctimas de represalias.

3. *Las organizaciones médicas*

Se ocupan de cuestiones relativas a la asistencia médica a las víctimas de la tortura y al perfeccionamiento de métodos de verificación científica y a los aspectos éticos. La Declaración de Tokio de 1975 de la Asociación Médica Mundial, estipula que "el médico no protegerá, tolerará o participará en la práctica de la tortura y otras formas de procedimientos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual sea el delito por el que la víctima de tales procedimientos

(19) *Idem.*, p. 43.

es objeto de sospecha, acusación o culpa, y cualesquiera que sean las creencias o motivos de la víctima y en cualquier situación, incluyendo el conflicto armado y la guerra civil.⁽²⁰⁾

También el Consejo Internacional de Enfermeras en 1975, se pronunció respecto del papel de la enfermera en la atención de detenidos y presos y la Asociación Psiquiátrica Mundial, en su sexto Congreso en 1977, "insta a los psiquiatras a no participar en el tratamiento psiquiátrico forzoso de personas no enfermas mentalmente."⁽²¹⁾

VI. LA TORTURA Y EL DERECHO COSTARRICENSE

La Constitución Política costarricense en su artículo 40 estipula que "Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes... Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula". No se menciona el término "tortura", ni se hace referencia tampoco al trato inhumano. Sin embargo, ambas expresiones están contempladas en forma implícita, de ahí que este artículo debe entenderse en sentido amplio.

Las condiciones de higiene y seguridad en que se encuentran muchos reos en Costa Rica, constituyen formas de tratamiento degradante e inhumano. Por otra parte, la interrogación en forma prolongada, por horas, con hambre, sueño y cansancio de la víctima, para obtener la información que se quiere, es otra violación a los derechos humanos. Esto último se denomina "tortura legal", y aunque es lícita, es inhumana.

La utilización violenta y a veces brutal de la fuerza pública para reprimir manifestaciones de cierta magnitud, es otra forma de tratamiento cruel en Costa Rica. El Estado costarricense, y casi todos los Estados, justifican estas acciones con razones de interés, orden y seguridad públicos. En otros países se ha llevado a debate la responsabilidad del Estado que deriva del daño causado a una persona en esta clase de actividades; por ejemplo, en Francia se discutió cuando un individuo murió cuando participaba en una manifestación pública. Los tribunales decidieron que la responsabilidad estaba dividida, ya que el manifestante, al tomar parte en una actividad prohibida, era también culpable.⁽²²⁾

La situación de aquellos imputados que resultan inocentes en resolución judicial después de pasar detenidos durante meses, es inhumana y degradante. Sufren daño moral, social y hasta físico, tanto ellos como sus familiares y el Estado costarricense no les indemniza, como sí ocurre en otros países.

(20) *Loc. cit.*

(21) *Idem.*, p.44.

(22) Robert Jacques citado por Hugo A. Muñoz. *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. (Editorial Juricentro, San José), p. 47.

Aunque puede afirmarse que en Costa Rica no se detiene ni se tortura por razones políticas, Amnistía Internacional recibió informes de que el examen médico de un grupo de presos detenidos en marzo de 1982, mostraba que dos de ellos presentaban contusiones infligidas después de haber sido detenidos. La encuesta judicial resolvió que, si bien existían argumentos documentados de que dos de los presos habían sido golpeados, la naturaleza contradictoria de las pruebas presentadas por éstos, hacía difícil continuar con las diligencias judiciales. Por esta razón, el caso quedó cerrado. Amnistía Internacional recibió asimismo denuncias de torturas por motivos políticos en Costa Rica durante este mismo período. Las fuentes gubernamentales rechazaron esas acusaciones y mantienen que fueron hechas para desacreditar al Organismo de Investigación Judicial (OIJ).⁽²³⁾

CONCLUSION

La tortura se ha convertido en un elemento más o menos normal de la vida diaria y por esto, debe ser motivo de preocupación para la comunidad internacional, y objeto de su atención primordial. Las autoridades en algunos casos han perdido el control sobre la situación y, en otros, permiten que continúen estas prácticas, ya sea para proteger sus objetivos más importantes, o para crear una atmósfera de miedo o de terror.

Cualesquiera sean las causas, los rasgos esenciales siempre son los mismos: el desprecio e irrespeto hacia la persona humana.

La tortura no puede justificarse en ninguna circunstancia y es una obligación de todos los Estados erradicarla. Los esfuerzos deben dirigirse, sobre todo, a prevenirla, sin restar importancia a la sanción y al castigo.

Los tratados internacionales que tipifican y sancionan la tortura como delito y que establecen el deber de los Estados de proscribirla, son un gran paso, pero esto debe ser complementado con medidas adecuadas. Sin la efectiva persecución y penalización, no se habrán logrado plenamente los objetivos de los tratados.

(23) Amnistía Internacional. *Op. cit.*, p. 158.

BIBLIOGRAFIA

AMNISTIA INTERNACIONAL. *Tortura*. Editorial Fundamentos, Madrid, 1984.

GROS ESPIELL, Héctor. "Los crímenes contra la humanidad: la tortura" en *La Nación*. No. 14.286, año 40, San José, domingo 9 de marzo de 1986.

KOOIJMANS, P. *La tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 1987.

MUÑOZ, Hugo Alfonso. "Artículo 5. Derecho a no ser sometido a torturas o tratamientos crueles" en *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Editorial Juricentro, San José, 1979.

ZAVATTO, Daniel. "Cartagena de Indias y Derechos Humanos" en *La Nación*. No. 14.286, año 40, San José, domingo 9 de marzo de 1986.

Documentos:

1. Constitución Política de la República de Costa Rica.
2. Convención de Naciones Unidas contra la tortura u otros tratos o penas crueles o degradantes.
3. Cómo hacer eficaz la Convención Internacional contra la tortura un Proyecto de Protocolo Facultativo. Comisión Internacional de Juristas. Ginebra, 1980.

APENDICE I

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos

Adoptada por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente el 30 de agosto de 1955 y aprobada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas el 31 de julio de 1957 Artículos 31, 32 y 33

31. Las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante quedarán completamente prohibidas como sanciones disciplinarias.
32. (1) Las penas de aislamiento y de reducción de alimentos sólo se aplicarán cuando el médico después de haber examinado al recluso, haya certificado por escrito que éste puede soportarlas.
(2) Esto mismo será aplicable a cualquier otra sanción que pueda perjudicar la salud física o mental del recluso. En todo caso, tales medidas no deberán nunca ser contrarias al principio formulado en la regla 31, ni apartarse del mismo.
(3) El médico visitará todos los días a los reclusos que estén cumpliendo tales sanciones disciplinarias e informará al director si considera necesario poner término o modificar la sanción por razones de salud física o mental.
33. Los medios de coerción tales como esposas, cadenas, grillos y camisas de fuerza nunca deberán aplicarse como sanciones. Tampoco deberán emplearse cadenas y grillos como medios de coerción. Los demás medios de coerción sólo podrán ser utilizados en los siguientes casos:
 - (a) Como medida de precaución contra una evasión durante un traslado, siempre que sean retirados en cuanto comparezca el recluso ante una autoridad judicial o administrativa;
 - (b) Por razones médicas y a indicación del médico;
 - (c) Por orden del director, si han fracasado los demás medios para dominar a un recluso, con objeto de impedir que se dañe a sí mismo o dañe a otros o produzca daños materiales; en estos casos, el director deberá consultar urgentemente al médico, e informar a la autoridad administrativa superior.

APENDICE II

Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes *("Declaración contra la Tortura")*

El 9 de diciembre de 1975 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una Declaración en la que condenaba todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante como "una ofensa a la dignidad humana". De conformidad con esta Declaración, ningún Estado permitirá o tolerará la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: asimismo, se pide a todos los Estados que tomen medidas efectivas para impedir que se practiquen dentro de su jurisdicción esos tratos.

La Declaración fue aprobada en primer término y enviada a la Asamblea por el Quinto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en setiembre de 1975. Al aprobar la Declaración sin votación, la Asamblea señaló que la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclaman que nadie será sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La Asamblea ha recomendado que la Declaración sirva como norma de orientación para todos los Estados y demás entidades que ejerzan un poder efectivo.

A continuación figura el texto de la Declaración.

* * *

Artículo 1

1. A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

2. La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante.

Artículo 2

Todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 3

Ningún Estado permitirá o tolerará la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 4

Todo Estado tomará de conformidad con las disposiciones de la presente Declaración, medidas efectivas para impedir que se practiquen dentro de su jurisdicción torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 5

En el adiestramiento de la policía y otros funcionarios públicos responsables de las personas privadas de su libertad se asegurará que se tenga plenamente en cuenta la prohibición de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Esta prohibición se incluirá asimismo, en su caso, en las normas o instrucciones generales que se publiquen en relación con los deberes y funciones de cualquier encargado de la custodia o trato de dichas personas.

Artículo 6

Todo Estado examinará periódicamente los métodos de interrogatorio y las disposiciones para la custodia y trato de las personas privadas de su libertad en su territorio, a fin de prevenir todo caso de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 7

Todo Estado asegurará que todos los actos de tortura definidos en el Artículo I constituyen delitos conforme a la legislación penal. Lo mismo se aplicará a los actos que constituyen participación, complicidad, incitación o tentativa para cometer tortura.

Artículo 8

Toda persona que alegue que ha sido sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, por un funcionario público o a instigación del mismo, tendrá derecho a que su caso sea examinado imparcialmente por las autoridades competentes del Estado interesado.

Artículo 9

Siempre que haya motivos razonables para creer que se ha cometido un acto de tortura tal como se define en el artículo 1, las autoridades competentes del Estado interesado procederán de oficio y con presteza a una investigación imparcial.

Artículo 10

Si de la investigación a que se refieren los artículos 8 ó 9 se llega a la conclusión de que parece haberse cometido un acto de tortura tal como se define en el artículo 1, se incoará un procedimiento penal contra el supuesto culpable o culpables de conformidad con la legislación nacional. Si se considera fundada una alegación de otras formas de trato o penas crueles, inhumanos o degradantes, el supuesto culpable o culpables serán sometidos a procedimientos penales, disciplinarios u otros procedimientos, adecuados.

Artículo 11

Cuando se demuestre que un acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes han sido cometidos por un funcionario público o a instigación de éste, se concederá a la víctima reparación e indemnización, de conformidad con la legislación nacional.

Artículo 12

Ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes podrá ser invocada como prueba contra la persona involucrada ni contra ninguna otra persona en ningún procedimiento.

APENDICE III

Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley

Adoptado por la Asamblea General de las
Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979

Artículo 5 con Comentario

Artículo 5

Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar, o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Comentario:

(a) Esta prohibición dimana de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General, y en la que se estipula que:

“Todo acto de esa naturaleza constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos”.

(b) En la Declaración se define la tortura de la siguiente manera:

“...se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán torturas las penas o

sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”.

(c) El término “tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” no ha sido definido por la Asamblea General, pero deberá interpretarse que extiende la protección más amplia posible contra todo abuso, sea físico o mental.

APENDICE IV

Comentario General sobre el Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Adoptado por el Comité de Derechos Humanos en su 37ª reunión
(16ª sesión) de 27 de julio de 1982 en virtud del Artículo 40, párrafo 4,
del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Comentario general 7 (16) (artículo 7)

1. Al examinar los informes de los Estados partes, los miembros del Comité han pedido con frecuencia información adicional en relación con el artículo 7, en que se prohíben, en primer lugar, las torturas y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El Comité recuerda que, incluso en situaciones excepcionales como las previstas en el párrafo I del artículo 4, no es posible, con arreglo al párrafo 2 del mismo artículo suspender esta disposición. Su finalidad es proteger la integridad y la dignidad de la persona. El Comité observa que no es suficiente para aplicar este artículo prohibir tales penas o tratos crueles o considerarlos un delito. La mayoría de los Estados tienen disposiciones penales aplicables a los casos de tortura o prácticas análogas. Dado que, pese a ello, pueden ocurrir casos de ese tipo, del artículo 7, leído juntamente con el artículo 2 del Pacto, se sigue que los Estados deben garantizar una protección eficaz mediante algún mecanismo de control. Las denuncias de malos tratos deben ser investigadas eficazmente por las autoridades competentes. Debe imputarse a quienes se declaren culpables la responsabilidad correspondiente, y las presuntas víctimas deben tener recursos eficaces a su disposición, incluido el derecho a obtener reparación. Entre las salvaguardias que pueden dar eficacia a los métodos de control figuran las disposiciones contra la detención bajo

Principios de Etica Médica

Adoptados por la Asamblea General de las
Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1982

Principios de Etica Médica pertinentes al Papel del Personal de la
Salud, particularmente Médicos, en la Protección de Presos y Detenidos
contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes

La Asamblea General,

Recordando su resolución 31/85 de 13 de diciembre de 1976, en la que
invitó a la Organización Mundial de la Salud a que preparase un proyecto de
código de ética médica pertinente para la protección de las personas sometidas
a cualquier forma de detención o prisión contra la tortura y otros tratos o penas
cruelles, inhumanos o degradantes.

Expresando nuevamente reconocimiento al Consejo Ejecutivo de la
Organización Mundial de la Salud que en su 63 período de sesiones, celebrado
en enero de 1979, hizo suyos los principios consignados en un informe titulado
"Preparación de códigos de ética médica" que, en un anexo, contenía un
proyecto de principios preparado por el Consejo de Organizaciones Internacio-
nales de Ciencias Médicas y titulado "Principios de ética médica aplicables a la
función del personal de salud en la protección de las personas contra la ternura
y otros tratos o penas cruellas, inhumanos o degradantes".

Teniendo presente la resolución 1981/27 de 6 de mayo de 1981 del
Consejo Económico y Social, en la que éste recomendó que la Asamblea
General adoptase medidas encaminadas a dar forma definitiva a un proyecto de
Principios de ética médica en su trigésimo sexto período de sesiones.

Recordando su resolución 36/61 de 25 de noviembre de 1981, en la que
decidió examinar el proyecto de Principios de ética médica en su trigésimo
séptimo período de sesiones con miras a aprobarlo.

Alarmada por el hecho de que no es infrecuente que miembros de la
profesión médica u otro personal de salud se dedican a actividades que resultan
difíciles de conciliar con la ética médica.

incomunicación; disposiciones encaminadas a dar a ciertas personas, como
médicos, abogados, y familiares, la posibilidad de comunicarse con los deteni-
dos sin perjuicio de la investigación que se realice; disposiciones en que se exija
que se mantenga a los detenidos en lugares públicamente reconocidos y que se
consignen sus nombres y lugares de detención en un registro central a disposi-
ción de las personas interesadas, como los familiares; disposiciones que hagan
inadmisibles ante los tribunales las confesiones u otras pruebas obtenidas
mediante tortura u otros tratos contrarios al artículo 7; y medidas de formación
e instrucción destinadas a los funcionarios encargados de la aplicación de la ley,
con miras a que no inflijan dichos tratos.

2. Según se desprende de los términos de este artículo, el alcance de
la protección exigida es mucho más amplio que la simple protección contra la
ternura, tal como se la entiende normalmente. Quizás no sea necesario estable-
cer distinciones muy precisas entre las diversas formas prohibidas de tratos o
penas. Estas distinciones dependen de la naturaleza, la finalidad y la severidad
del trato particular que se dé. A juicio del Comité, la prohibición debe abarcar
el castigo corporal, inclusive los castigos físicos excesivos como medida
pedagógica o disciplinaria. Incluso una medida como la reclusión solitaria
puede, según las circunstancias, y especialmente cuando se mantiene a la
persona incomunicada, ser contraria a este artículo. Además, en el artículo
claramente se protege no sólo a los presos o detenidos, sino también a los
alumnos y pacientes de instituciones educacionales y médicas. Por último, es
también obligación de las autoridades públicas garantizar la protección de la ley
contra esa clase de tratos, aun cuando sean infligidos por personas que actúan
fuera de los límites de su función pública o que no ejercen función pública
alguna. Respecto de todas las personas privadas de libertad, la prohibición de
tratos contrarios al artículo 7 se complementa con la exigencia positiva conte-
nida en el párrafo I del artículo 10 del Pacto, de que se les trate humanamente
y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La prohibición alcanza en particular, a los experimentos médicos o
científicos que se llevan a cabo sin el libre consentimiento de la persona
interesada (segunda oración del artículo 7). El Comité observa que, en general,
en los informes de los Estados partes no figura, o casi no figura, información
sobre este punto. El Comité estima que, por lo menos en los países en que la
ciencia y la medicina están muy desarrolladas, e incluso, en caso de que se vean
afectadas por dichos experimentos, respecto de las poblaciones y las zonas que
se hallan fuera de sus fronteras, sería necesario prestar más atención a la posible
necesidad y a los posibles medios de asegurar que se cumpla esta disposición.
Es necesaria una protección especial contra experimentos de esa naturaleza en
el caso de personas no capacitadas para dar su consentimiento.

Reconociendo que en todo el mundo realiza cada vez con más frecuencia importantes actividades médicas personal de salud que no tiene título ni formación profesional de médico, como los auxiliares médicos, el personal paramédico, los fisioterapeutas y los practicantes de enfermería.

Recordando con reconocimiento la Declaración de Tokio de la Asociación Médica Mundial que contenía las Normas directivas para médicos con respecto a la ternura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o castigos impuestos sobre personas detenidas o encarceladas, aprobadas por la 29ª Asamblea Médica Mundial, celebrada en Tokio en octubre de 1975.

Observando que, de conformidad con la Declaración de Tokio, los Estados, las asociaciones profesionales y otros órganos, según corresponda, deben tomar medidas contra todo intento de someter al personal de salud o a sus familiares a amenazas o represalias como consecuencia de su negativa a condonar el uso de la ternura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Reafirmando la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Ternura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes aprobada por unanimidad por la Asamblea General en su resolución 3452 (XXX) de 9 de diciembre de 1975, en la que declaró que todo acto de ternura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituía una ofensa a la dignidad humana, una negación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y una violación de la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁽¹⁾

Recordando que, de conformidad con el artículo 7 de la Declaración aprobada en virtud de la resolución 452 (XXX), todo Estado asegurará que todos los actos de tortura definidos en el artículo 1 de la Declaración, así como los actos que constituyan participación, complicidad, incitación o tentativa para cometer tortura, constituirán delitos conforme a la legislación penal.

Convencida de que en ninguna circunstancia se ha de castigar a una persona por llevar a cabo actividades médicas compatibles con la ética médica, independientemente de quien se beneficie de dichas actividades, ni se ha de obligarla a ejecutar actos o a hacer tareas que contravengan la ética médica, pero convencida, al mismo tiempo, de que las violaciones de la ética médica que el personal de salud y especialmente los médicos están obligados a respetar, deben acarrear responsabilidad.

(1) Resolución 217 A (III).

Deseosa de establecer otras normas en esta esfera para que sean aplicadas por el personal de salud, especialmente los médicos, y los funcionarios gubernamentales.

1. *Aprueba* los Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, expuestos en el anexo a la presente resolución;
2. *Exhorta* a todos los gobiernos a que den la difusión más amplia posible tanto a los Principios de ética médica como a la presente resolución, especialmente entre las asociaciones médicas y paramédicas y las instituciones de detención o carcelarias en el idioma oficial de cada Estado;
3. *Invita* a todas las organizaciones intergubernamentales pertinentes, especialmente a la Organización Mundial de la Salud y a las organizaciones no gubernamentales interesadas a que señalen los Principios de ética médica a la atención del mayor número posible de personas, especialmente las que ejercen actividades médicas y paramédicas.

ANEXO

Principio 1

El personal de salud, especialmente los médicos, encargado de la atención médica de personas presas o detenidas tiene el deber de brindar protección a la salud física y mental de dichas personas y de tratar sus enfermedades al mismo nivel de calidad que brindan a las personas que no están presas o detenidas.

Principio 2

Constituye una violación patente de la ética médica, así como un delito con arreglo a los instrumentos internacionales aplicables, la participación activa o pasiva del personal de salud, en particular de los médicos, en actos que constituyan participación o complicidad en torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, incitación a ello o intento de cometerlos.⁽²⁾

(2) Véase la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (resolución 3452 (XXX) anexo, de la Asamblea General) cuyo artículo I establece lo siguiente:

Principio 3

Constituye una violación de la ética médica el hecho de que el personal de salud, en particular los médicos, tengan con los presos o detenidos cualquier relación profesional cuya sola finalidad no sea evaluar, proteger o mejorar la salud física y mental de éstos.

Principio 4

Es contrario a la ética médica el hecho de que el personal de salud, en particular los médicos:

- (a) Contribuyan con sus conocimientos y pericia a interrogatorios de personas presas y detenidas, en una forma que pueda afectar la condición o salud física o mental de dichos presos o detenidos y que no se conforme a los instrumentos internacionales pertinentes.
- (b) Certifiquen, o participen en la certificación, de que la persona presa o detenida se encuentra en condiciones de recibir cualquier forma de tratamiento o castigo que pueda influir desfavorablemente en su salud física y mental y que no concuerde con los instrumentos internacionales pertinentes, o participen de cualquier manera en la administración de todo tratamiento o castigo que no se ajuste a los dispuesto en los instrumentos internacionales pertinentes.

"1. A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

"2. La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante".

El artículo 7 de la Declaración establece lo siguiente:

"Todo Estado asegurará que todos los actos de tortura definidos en el artículo 1 constituyen delitos conforme a la legislación penal. Lo mismo se aplicará a los actos que constituyen participación, complicidad, incitación o tentativa para cometer tortura".

Principio 5

La participación del personal de salud, en particular los médicos, en la aplicación de cualquier procedimiento coercitivo a personas presas o detenidas es contraria a la ética médica, a menos que se determine, según criterios puramente médicos, que dicho procedimiento es necesario para la protección de la salud física o mental o la seguridad del propio preso o detenido, de los demás presos o detenidos, o de sus guardianes, y no presenta peligro para la salud del preso o detenido.

Principio 6

No podrá admitirse suspensión alguna de los principios precedentes por ningún concepto, ni siquiera en caso de emergencia pública.

MEDIDAS DISEÑADAS PARA EL AVANCE DE LA OBSERVACION DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS POBLACIONES INDIGENAS. EN ESPECIAL DE LAS POBLACIONES INDIGENAS DE LATINOAMERICA

Lic. Carlos José Valerio M.

"Vivimos tiempos de gran esperanza pero también de profundas inquietudes: tiempos llenos de conflictos y de contradicciones, tiempos donde las luchas de liberación han levantado los pueblos del mundo contra las estructuras nacionales e internacionales del imperialismo logrando volcar los sistemas coloniales, tiempos de luchas y de victorias donde las naciones se dan, entre ellas o al interior de cada una de ellas, nuevos ideales de justicia".

Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos de los Indígenas. Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos. Ginebra. Suiza. 4 de julio de 1976.

SUMARIO:

- I. Las poblaciones indígenas de América Latina. Proceso histórico de las negaciones de una realidad
- II. Realidad de las poblaciones indígenas en la actualidad
- III. Algunos datos en relación con las poblaciones indígenas de Costa Rica
- IV. Instrumentos internacionales para la defensa de los derechos humanos de las poblaciones indígenas
- V. Defensa y promoción de los derechos humanos de las poblaciones indígenas: una responsabilidad de todos
- VI. El futuro de las poblaciones indígenas

I. LAS POBLACIONES INDIGENAS EN AMERICA LATINA. PROCESO HISTORICO DE LA NEGACION DE UNA REALIDAD

Al momento del descubrimiento de América y durante su ulterior proceso de conquista por parte de España y demás potencias mundiales de la época, la ideología dominante, sea la de los monarcas y de la Iglesia católica, consistía en inducir, la mayoría de las veces por la fuerza, al indígena al proceso de evangelización y de obtención de sus territorios y sus riquezas.

Mediante la institución de la encomienda se repartieron los territorios conquistados y se apoderaron de la riqueza natural de estas tierras.

El indígena fue degradado al estado de la servidumbre, esclavizado y vilmente aniquilado. Estas poblaciones emprendieron la lucha en su defensa, sin embargo, el poder del hombre blanco triunfó.

Los indígenas de América eran considerados como animales que debían ser apartados de su vida mundana y salvaje. En el discurso de los pensadores de la época se insistía en la naturaleza y condición inhumana de los nativos. En el año 1525, el dominicano fray Tomás Ortiz afirmaba:

“...comían carne humana... ninguna justicia habían entre ellos, andaban desnudos y no tenían vergüenza, eran como asnos abobados, alocados e insensatos y no temían en nada matarse ni matar, ni guardaban verdad si no era en su provecho, eran inconstantes, no sabían que cosa era consejo, ingrátísimos y amigos de novedades, se preciaban de borrachos, eran bestiales en los vicios, ninguna obediencia ni cortesía tenían mozos a viejos ni hijos a padres, no eran capaces de doctrina ni de castigo, eran traidores, crueles y vengativos, haraganes, ladrones, hechiceros, cobardes, no guardaban fe el marido a la mujer ni ésta al marido, carecían de barbas y si algunas les nacían, se las arrancaban: nunca crió Dios gente más cocida en vicios y bestialidades sin mezcla de bondad y policía”.⁽¹⁾

(1) Stavenhagen (Rodolfo). *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. El Colegio de México. Camino de Ajusco 20. Primera Edición, 1988. Página 17.

No faltó por su parte, quien abogara por las poblaciones indígenas; es así como Francisco Suárez, Bernardino Minaya, Julián Garcés, Francisco de Vitoria, Domingo de Soto y Melchor Cano se levantaron agitando la bandera de la defensa de estos pueblos, condenando la guerra injusta que se estaba perpetrando contra los nativos.

En relación con el vasallaje de los españoles a su rey, el sabio P. Francisco de Vitoria, dominico, aseveró que en igual medida eran vasallos del rey de España los indígenas del Nuevo Mundo, y que la guerra que en contra de ellos se efectuaba, era injusta y no contra extraños, sino contra verdaderos vasallos del emperador.⁽²⁾

Así los años de conquista estuvieron impregnados de una fuerte ideología cristiana, basada en la inquisición y el deseo de poder y riqueza. Ante esta coyuntura, apareció el indígena acosado e indefenso frente a la opresión.

Su tierra, costumbres, riquezas, identidad cultural y demás posesiones propias fueron despojadas por la ideología dominante.

El yugo opresor continuó durante los años de la colonia y vida independiente. La nueva clase dominante, emprendió una lucha por buscar su propia identidad e independencia. Se iniciaron las luchas por la libertad, luchas en la cual la realidad indígena no tenían ninguna relevancia ni papel predominante.

Una vez alcanzada la independencia de las colonias, surge entre los intelectuales de la época, doctrinarios, clérigos y entre la clase dominante, la necesidad de buscar una propia identidad que definiera a los nuevos países en vías de consolidación de una manera independiente de España. En esta búsqueda de una propia identidad, la clase dominante dirigió la mirada, sin más, a Europa: Francia, Inglaterra, Italia y la misma España aparecían como la fuente de inspiración para esta nueva clase social dominante americana que apenas surgía. El indígena no tenía en este proceso de autodefinición ningún papel trascendental, se consideraba, por el contrario a los pueblos indígenas como un peligroso obstáculo que impedía la búsqueda de una identidad propia. Resultaba más beneficioso en este proceso, el negar la existencia y realidad del indígena.

“De hecho, las poblaciones indígenas eran consideradas un obstáculo para la integración nacional y, por lo tanto, una amenaza para el legítimo lugar que las élites nacionales creían ocupar entre las naciones civilizadas del mundo. Los principales líderes

(2) Marín Guzmán (Roberto). *El espíritu de la Cruzada española y la Ideología de la Colonización de América*. San José, Costa Rica. Instituto Costarricense de la Cultura Hispánica. 1985. Página 56.

intelectuales del siglo XIX menospreciaban abiertamente a las culturas indígenas, considerándolas inferiores a la cultura dominante de la época...”⁽³⁾

Se señaló además que “...la ideología dominante, basada en el Liberalismo y el Positivismo, consideraba que el elemento indio o indígena no tenía lugar en las nuevas culturas nacionales que se estaban edificando”.⁽⁴⁾

Surgen, sin embargo, diversos acontecimientos en los cuales, las nuevas naciones, al no encontrar el concepto de “nacionalidad” propia, intentan buscar ésta en otros procesos. La solución “racial” dejó de ser la más aceptada; se acuñó el concepto de “América mestiza”. Esta solución, contraria a la anterior, en vez de negar la realidad indígena (como obstáculo para el desarrollo), centró su atención en la importancia de la fórmula “mestiza” y la nueva concepción de cultura suya, la cual resultaba más interesante.

Se procedió a adoptar una nueva posición: la de aculturación, asimilación, incorporación e integración de las poblaciones indígenas a la sociedad dominante. La fórmula parecía como la más adecuada, teniendo en cuenta que la mejor manera de lograr la unidad nacional era asimilando a las poblaciones indígenas y negándoles sus derechos y demás características propias como pueblos.

Desde entonces la ideología dominante (política y económica) se encargó de llevar a cabo la tarea de asimilar y hacer suyos a los indígenas. Para materializar esta concepción, las nuevas naciones se avocaron a la tarea de ocupar los pocos territorios indígenas que habían quedado en su poder, sus costumbres, sus derechos y su propia identidad cultural.

Esta ideología no sólo significó la negación de estos pueblos, sino que también significa la continuidad de una sistemática violación de sus Derechos Humanos.

En resumen, el desarrollo histórico de esta sistemática violación de derechos se debió, en primera instancia al apoderamiento y aniquilación de los grupos indígenas, sus riquezas, su cultura. Posteriormente, debido al “atraso” social y cultural del indígena, la violación consistió en negar su realidad como pueblo, para por último, y hasta nuestros días, la tendencia ha sido la de asimilación y de integración con el objeto de incorporar a la vida nacional a las poblaciones indígenas.

Algunos teóricos han afirmado que “en suma, se propone que los indígenas deben olvidar sus costumbres y hasta su idioma

(3) Stavenhagen (Rodolfo). *Op. cit.* Pág. 28.

(4) Stavenhagen (Rodolfo). *Op. cit.* Pág. 29.

mismo si fuese posible. Sólo de esta manera solucionarán sus problemas y formarán una masa homogénea, una nación verdadera. Es decir que la solución a su aislamiento de tantos siglos se resolverá simple y sencillamente con que el indígena deje de ser indígena. La salvación del indio reside entonces en su incorporación al sistema económico de la clase mestiza".⁽⁵⁾

El resultado de este proceso, no sólo ha devenido en Genocidio, Etnocidio y demás violaciones de Derechos Humanos en perjuicio estos grupos en Latinoamérica, sino en una sistemática negación de un pueblo y sus raíces ancestrales que aun lucha contra este yugo y reivindicarse para así recobrar aquella identidad que ha perdido.

II. REALIDAD DE LAS POBLACIONES INDIGENAS EN LA ACTUALIDAD

Como consecuencia de esta negación de la que hemos hecho mención, las poblaciones indígenas de Latinoamérica han sufrido, como se señaló supra, de una sistemática violación de Derechos Humanos.

La mayoría de ellos han consistido en el Genocidio y el Etnocidio en sus diversas manifestaciones, entendiéndose por el primero como aquella aniquilación masiva de grupos y pueblos y por el segundo como la destrucción cultural de determinado pueblo, también en forma masiva. Esto deviene en racismo del cual los indígenas son sumamente susceptibles por parte de la sociedad dominante.

No nos referimos aquí a las distintas violaciones de las que son objeto las poblaciones indígenas de América Latina. Se trata de minorías, en unos países numéricas y en otros lo son bajo el concepto de la dominación de quien detenta el poder.

La realidad actual de las poblaciones indígenas, y por lo tanto sus problemas, se deben, en su mayor parte a razones ajenas totalmente a su voluntad; como se señaló anteriormente América Latina en esta búsqueda de su identidad, junto a una serie de factores colaterales, ha pasado y aún pasa por un proceso político y económico desequilibrado en el cual los gobiernos han intentado, algunos bajo la forma dictatorial, de mantener el poder mediante la fuerza y la utilización de los ejércitos para mantener su condición, esto junto con las constantes luchas por la detención de la tierra (conflicto latifundimínifundio, las reformas agrarias), la crisis económica y la colateral situación de países

(5) Stavenhagen (Rodolfo). *Op. cit.* Pág. 43.

subdesarrollados, son tan sólo algunos de los índices que han marcado la tendencia hacia la violación de Derechos Humanos en perjuicio de los pueblos indígenas en América Latina.

Los distintos Estados del área han contado con una marcada tendencia de violaciones, unas por acción y otras por omisión. Así los indígenas son despojados de sus tierras, se les niega sistemáticamente sus más preciados y necesarios derechos, mientras que por otra lado, son también olvidados como pueblos y como hombres.

De esta forma, todos y cada uno de los Derechos Humanos les son negados a estos pueblos. La situación se torna aun más grave en países con una débil organización política y asechados por constantes guerras civiles, en medio de las cuales aparece el indígena, irresponsable de toda participación. El Genocidio aparece aquí como una de las principales notas características en detrimento de estas poblaciones.

Por otra parte, por todos sabido, para todo indígena el valor *tierra* es su más preciado derecho, junto a éste, la *vida* cobra sentido, de modo que el binomio tierra-indígena es indisoluble e indispensable para la supervivencia de estas poblaciones. Así, una de las más terribles violaciones de Derechos Humanos ha consistido en desterrar a los indígenas de sus suelos con distintos objetivos; las empresas transnacionales han asumido un papel determinante en este proceso, pues éstas trabajan con base en esta materia prima: la tierra, la cual vienen a despojar con el objeto de satisfacer sus necesidades capitalistas. Los Estados coadyuvan en este mencionado proceso de manera que el indígena debe ceder cada vez más sus territorios tras las constantes amenazas e incluso legislación que autoriza tal despojo.

Es menester que tomemos conciencia que las poblaciones indígenas, como comunidad de hombres, también tienen derecho a formar parte de un Estado, y por lo tanto a sus tierras, sin éstas, los indígenas, paulatinamente irán desapareciendo.

Este proceso no acaba con despojos de tierras y crueles matanzas de poblaciones enteras, los más básicos derechos son denegados al indígena: la salud, la educación, el desarrollo, la participación en la vida social y política y el trabajo, son sistemáticamente negados a estas poblaciones.

Así, podríamos asegurar que casi la totalidad de los derechos consagrados en los distintos tratados y declaraciones de Derechos Humanos son violados; no existen derechos sociales, económicos, sociales, civiles, ni políticos para estas poblaciones.

No sólo se violan los Derechos Humanos de la manera supracitada, sino que, a su vez, algunos de los ordenamientos jurídicos de nuestros países, niegan la existencia de estos grupos, así también se estipulan normas que atentan a todas luces contra sus derechos. En algunos casos, el acceso a la justicia es sumamente

limitado a éstos para los indígenas, se ordenan normas y se resuelven litigios totalmente violatorios de los más valiosos intereses y derechos del indígena. Lo anterior, nos sirve para argumentar también que el Derecho Consuetudinario indígena es rechazado sin más en muchos países de América Latina.

Cabe citar que a pesar de todo lo hasta aquí expuesto, existen en todos los países fuertes tendencias gubernamentales y no gubernamentales que intentan poner coto a esta sistemática violación de derechos.

En las últimas décadas han surgido esfuerzos nacionales e internacionales, conscientes de esta realidad, que intentan consagrar, garantizar y difundir los Derechos Humanos de las poblaciones indígenas.

Sin embargo, en términos políticos y culturales, la idea de nación en la América Latina contemporánea está basada en la precitada negación de las culturas indígenas, sin considerar su valor como pueblo desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo:

“Excepto en museos, las artesanías, el folklor y como atracciones, a los indios les ha sido negado el derecho a una existencia cultural colectiva en América Latina.”

“Mientras que en algunos países los indios representan minorías relativamente pequeñas, aisladas regionalmente, en otras constituyen a veces la mitad, si no es que una proporción mayor de la población total. En otros países, los indios constituyen una minoría “sociológica” y no “numérica”. En toda América existen por lo menos 400 grupos étnicos indígenas diferentes, cada uno de los cuales tiene su propio idioma, cultura y modo de vida”.

“A pesar de que las estimaciones varían y los censos son a veces poco confiables, es válido afirmar que las poblaciones indígenas hoy en día alcanzan cuando menos 30 millones de habitantes en América Latina (cerca de 10% de la población total), y su número está creciendo”.⁽⁶⁾

III. ALGUNOS DATOS EN RELACION CON LAS POBLACIONES INDIGENAS DE COSTA RICA

La realidad de las poblaciones indígenas de Costa Rica es distinta de la que se señaló aquí para el resto de la región latinoamericana.

(6) Stavenhagen (Rodolfo). *Op. cit.* Pág. 32.

Básicamente la sistemática violación de Derechos Humanos de la que se hace mención con relación a estas poblaciones consiste en la omisión o descuido del que han sido objeto estos pueblos por parte del Estado costarricense.

En Costa Rica, el problema de la ocupación de tierras ha sido medular por cuanto muchos de los territorios que se encuentran actualmente asignados a estos pueblos, se hallan en manos de personas no indígenas.

En relación con el ofrecimiento de prestaciones estatales, el Estado costarricense se ha caracterizado por un descuido injustificado, por lo que, la atención en las áreas de salud, trabajo y educación puede calificarse de insuficiente.

No es posible describir aquí todos los problemas de los que son objeto las poblaciones indígenas del país y que van en detrimento de sus más fundamentales derechos, sin embargo, es importante mencionar aquí que el Estado costarricense ha desarrollado importantes tareas con el objeto de remediar estos y otros problemas que sufren estas poblaciones, por ejemplo, se ha puesto en práctica un importante programa de atención primaria en salud en ciertas comunidades indígenas, además el Estado costarricense ratificó en el mes de octubre de 1992 el Convenio 169 de la Oficina Internacional del Trabajo; esto viene a significar un importante avance para estas comunidades por cuanto el precitado convenio se ha catalogado como de avanzada ya que desecha la añeja y obsoleta idea de asimilación de los pueblos indígenas para que, por el contrario, se desarrollen las nuevas tendencias de autodeterminación de estas poblaciones.

IV. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS POBLACIONES INDIGENAS

Como premisa fundamental para el análisis de la garantía de los Derechos Humanos de los indígenas, se debe tener presente que todo ser humano es igual ante la ley, y que cualquier discriminación contra la persona sea contra su integridad física o moral o contra sus derechos, atendiendo a razones de sexo, color, edad o cualquier otra condición social o económica configura una abierta, evidente y reprochable violación de Derechos Humanos contra el ser humano.

Como segunda premisa, debemos asegurar que el indígena como persona y el pueblo indígena como agrupación de hombres, deben ser considerados como tales sin hacer ninguna distinción ni discriminación en relación al resto de la sociedad.

De modo que todos y cada uno de los convenios y declaraciones de Derechos Humanos son por igual aplicables a las poblaciones indígenas.

Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y demás convenciones y declaraciones de carácter internacional son por igual aplicables a todos los hombres, incluyendo a los indígenas.

Han surgido, por su parte, a raíz de la preocupación de la violación sistemática de Derechos Humanos contra los indígenas, importantes acontecimientos en atención a la tutela de estos pueblos: se han efectuado estudios para analizar el problema de la discriminación de las poblaciones indígenas, se ha elaborado la Declaración Universal sobre Derechos Indígenas, se efectúa el IX Congreso Indigenista Interamericano, etc.

A su vez numerosos países, aunque sea a manera de declaración, han reconocido en sus constituciones políticas, normas que proclaman y estipulan a las poblaciones indígenas como depositarios de las mismas garantías legales que el resto de la sociedad.

La mayoría de las organizaciones internacionales han mostrado gran interés en intervenir en este proceso; es así, como la Organización Internacional del Trabajo ha asumido un importante papel, organizando una serie de actividades con el propósito de tutelar estas poblaciones. A su vez la UNESCO, la OEA y otras organizaciones de rango supra nacional han participado, cada una en su campo, de importantes aportes en este sentido.

Antes de analizar detalladamente esta coyuntura internacional en atención a la tutela y vigencia de los Derechos Humanos de las poblaciones indígenas, debemos destacar que no basta con proclamaciones de principios internacionales que velen por estos derechos, sino que es importante la puesta en práctica de instrumentos que garanticen la efectividad de estos derechos. En este sentido es de resaltar el importante aporte que en este sentido ha efectuado el Instituto Indigenista Interamericano, como órgano ejecutivo de la política regional para cumplir con las resoluciones de los congresos y para orientar y coordinar la política indigenista en nuestro continente. El instituto, para implementar su cometido, efectúa investigaciones, promueve la capacitación, la colaboración y la cooperación técnica entre los distintos Estados a efecto de garantizar los derechos básicos de los pueblos que aquí nos ocupan.

Es de resaltar el importante aporte de la Organización de las Naciones Unidas en este sentido, toda vez que su participación no se ha limitado a la proclamación de declaraciones de principios de Derechos Humanos en este

campo, sino que ha prestado un especial interés, a pesar de algunos fallos en años anteriores, en desarrollar mecanismos y organizar foros especializados en materia de indigenismo a fin de tutelar y promover el desarrollo de estos pueblos.

El estudio de la discriminación contra los pueblos indígenas organizado por la ONU de 1970 ha marcado la pauta para promover todo un interesante desarrollo internacional en este sentido cuando la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías recomendó efectuar un estudio acerca de esta situación en relación a los indígenas. Las conclusiones del Relator Especial Sr. José R. Martínez, del Ecuador, en 1971, marcaron un hito importante en el estudio de los Derechos Humanos de estas poblaciones por parte de las Naciones Unidas.

Aun más de resaltar el acontecimiento de 1982 cuando se crea el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas por parte del Consejo Económico y Social, como un órgano subsidiario de la Subcomisión. Este Grupo de Trabajo agrupa y recibe a todas las organizaciones, representantes y comunidades indígenas del mundo. El precitado grupo examina los acontecimientos nacionales relativos a la promoción y protección de los Derechos Humanos de los indígenas; a su vez, elabora normas internacionales. En este sentido la participación del grupo ha sido interesante por cuanto ha elaborado normas de carácter internacional que, entre otros cometidos, intentan mantener las características e identidades étnicas y culturales, la protección contra el Genocidio y el Etnocidio, los derechos relativos a las religiones, los idiomas, la educación, la propiedad, la posesión y el uso de tierras y los recursos naturales indígenas. Además se han previsto procedimientos justos y mutuamente aceptables para resolver conflictos entre poblaciones indígenas y los Estados.

Por su parte es de resaltar la importancia de que los indígenas puedan tener acceso a estos foros internacionales. El ya conocido procedimiento de "comunicaciones" denominado "1503" constituye un valioso instrumento mediante el cual los indígenas pueden hacer valer sus derechos frente a los Estados con el objeto de ver respetados sus derechos y garantizar sus libertades fundamentales, además del fácil acceso con que cuenta el indígena para ser escuchado en el precitado Grupo de Trabajo.

En otro orden de ideas, se debe destacar la participación que en este sentido ha tenido la Organización Internacional del Trabajo, pues esta organización aprobó en 1957 el Convenio N° 107 (Convenio relativo a la Protección e Integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes) —convenio que discutiremos en el siguiente capítulo—, así como la Recomendación N° 104 relativa a la protección de estos pueblos.

V. DEFENSA Y PROMOCION DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS POBLACIONES INDIGENAS: UNA RESPONSABILIDAD DE TODOS

La realidad de las poblaciones indígenas, así como las acciones nacionales e internacionales de tutela y promoción de los derechos de estos pueblos, resultan insuficientes de indicar y de analizar aquí, por cuanto la coyuntura y complejidad de esta situación es sumamente difícil de estudiar en unas cuantas páginas. Todo lo anteriormente expuesto es tan sólo un ejemplo y sustento sobre el cual poder efectuar un análisis sobre un problema de transfondo en atención a la sistemática violación de Derechos Humanos contra los indígenas de América Latina.

Como se indicó en el primer apartado de este estudio, el indígena ha sido sistemáticamente negado como realidad dentro del contexto histórico de América Latina, de modo que nos enfrentamos ante un problema de profundas raíces que responde a un asunto de índole cultural, sociológico y político, entre otros.

No debemos argumentar, como lo han hecho algunos, a los 500 años del descubrimiento de América, que los Derechos Humanos de estos pueblos fueron únicamente violados por los conquistadores, evangelizadores y por la emergente clase dominante toda vez que debemos reconocer que este sistemático atentado contra las libertades fundamentales de estos pueblos ha sido una situación arrastrada durante todos estos siglos e incluso, ¿por qué no?, heredada de aquella mentalidad de exterminio que dominó a los grupos dominantes de aquella época.

"América no indígena" de épocas de la colonia y de la vida independiente es responsable de esta situación ha subsistido hasta nuestros días de modo que uno de los grupos más susceptible a la discriminación racial y cultural lo son los propios indígenas.

Quizás la citada violación de Derechos Humanos a la que hemos hechos referencia aquí no se debe a razones objetivas, muchos factores han influido en este proceso como lo hemos indicado supra de modo que gran cantidad de razones de orden cultural y de orden sociológico han contribuido a crear y reforzar esta situación de dominación de un pueblo sobre otro. Incluso se pensó y se ha pensado por los indígenas, en el sentido de que quien ha dispuesto el devenir y futuro de estos pueblos han sido las clases política y económicamente poderosas.

Debemos hacer un alto en el camino y reconocer que los indígenas han sido mansillados en su vida; asimismo reconocer que la fórmula para enfrentar y dar solución a estos problemas no radica únicamente en la proclamación de derechos y en la ejecución de mecanismos para su efectiva vigencia y aplicación.

En este sentido debemos recordar que, en materia de Derechos Humanos, la mejor manera de defender las libertades fundamentales del ser humano, es mediante la promoción de las mismas, de modo que debemos luchar por reconocer a estos pueblos como tales y emprender las acciones para promover los Derechos Humanos de los mismos; la educación a la población es requisito para fomentar en la persona el concepto de igualdad.

A su vez, uno de los pilares sobre el cual descansan los Derechos Humanos es la *tolerancia*, de modo que debemos aprender a vivir y a reconocer la diversidad en todas sus manifestaciones y respetarla sin inmiscuirnos en la forma de vida de las poblaciones indígenas; esto es ni más ni menos, que el acatamiento a uno de los Derechos Humanos: el del respeto a la diversidad cultural. Si aceptamos esto, reconoceremos que estos pueblos tienen derechos.

La realidad de América, sobre todo la latina, por todos sabido, es difícil. Nos acechan enfermedades tales como el el SIDA y el Cólera, se viven momentos de complicada situación política, de gran pobreza, de explotación por parte de los países desarrollados, de destrucción del medio ambiente, de luchas internas, de guerras y de un narcotráfico que no sólo destruye a nuestra juventud, sino que también la paz social y desequilibra la economía; de modo que no podemos detenernos a establecer rivalidades entre nosotros mismos ni insistir en continuar con las discriminaciones en contra de las minorías. Debemos, por el contrario, solidarizarnos todos juntos y promover la vigencia de todos nuestros Derechos Humanos.

Lo anterior implica una autorrevisión por parte de los propios Estados para efectuar un cambio de actitud. Además esto es aceptar la necesaria vigencia y promoción de los Derechos Humanos de la Tercera Generación, como derechos de la solidaridad, entendiendo por éstos como aquellos derechos de todos que permiten el desenvolvimiento de las otras dos órdenes de Derechos Humanos. El derecho a la paz, al desarrollo, al medio ambiente, como Derechos de la Tercera Generación, son temas que cuentan con íntima relación con el de los derechos de las poblaciones indígenas.

Es hora de que se reconozca que los Derechos Humanos de los indígenas son también nuestros derechos, y en la medida en que respetemos la paz social, emprendamos las acciones para promover el desarrollo socio-económico en igualdad de condiciones y aprendamos a amar la naturaleza o bien nuestro entorno, entonces habremos reconocido y defendido los Derechos Humanos de las poblaciones indígenas: *Los Derechos Humanos de la Tercera Generación*, son la clave para el respeto y promoción de los derechos de los indígenas; es una cuestión que nos concierne a todos.

"...debe reiterarse que la calificación de los derechos humanos de esta tercera generación como derechos de la solidaridad, se efectúa sabiendo que la solidaridad social es un elemento

necesario e integrante de cualquier sistema dirigido a hacer posible la vigencia de todos los derechos humanos. La totalidad de los derechos del hombre son derechos del ser humano viviendo en sociedad y todos requieren para su existencia real un medio social y político solidario, un orden en el que se equilibren derechos y deberes entrelazados y sustentados por y en la solidaridad social".⁽⁷⁾

En este sentido, actualmente resultan interesantes las iniciativas modernas a nivel internacional que tienen como fin el pretender eliminar la errónea propuesta de incorporación total de las poblaciones indígenas a sociedad dominante y, por el contrario, promover la autodeterminación de los pueblos. Así, es de resaltar el aporte de la Organización Internacional del Trabajo al haber aprobado el Convenio 169, el cual intenta derogar la vieja idea de integración como lo pretendía hacer el Convenio N° 107 de esta misma organización.

El convenio N° 169 de la OIT, por su parte proclama que las relaciones entre los Estados y las poblaciones indígenas deben basarse en el consentimiento informado libre y fundamentado y en la cooperación, antes que en mera consulta y la participación, y que los indígenas deben ser reconocidos como sujetos idóneos de derecho internacional. Además, lo más interesante resulta ser la propuesta para que las poblaciones indígenas deban actuar con base en la autodeterminación como pueblos sin ningún tipo de ingerencia arbitraria por parte de los Estados.

Así, se reconoce que los indígenas pueden y deben ser libres en asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de desarrollo económico, además mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que vivan.

El convenio además reconoce que el tema de los Derechos Humanos de las poblaciones indígenas es un tema de Derechos Humanos de la Tercera Generación al recordar la particular contribución de los pueblos a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad, a la cooperación y comprensión internacionales.

Así lo anterior no es más que el reconocimiento por parte de la comunidad mundial de que las culturas indígenas forman parte del patrimonio cultural de la humanidad y merecen ser protegidas.

Por último, y como última reflexión que, los quinientos años del descubrimiento de América deben ser el terreno apto para que tomen conciencia de que estos pueblos requieren, en estos momentos, de gran impor-

(7) Gros Espiell (Héctor). *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano*. San José, Costa Rica. Asociación Libro Libre. 1986. Pág. 26.

tancia y que deben ser protegidos, pero al mismo tiempo no permitir las ingerencias arbitrarias en detrimento de sus derechos para que así la autodeterminación de éstos se pueda llevar a la práctica.

Para tal efecto, se deben desarrollar mecanismos para la puesta en práctica de estas nuevas políticas: El proyecto del Fondo Indígena Internacional que se encuentra en estos momentos en su etapa de gestación y que pretende desarrollar un plan de financiamiento a nivel mundial para que los proyectos de desarrollo en materia indígena puedan llevarse a la práctica, constituye un elemento fundamental para la puesta en ejecución de estos nuevos designios.

Que el año 1993 como año internacional de las poblaciones indígenas del mundo, tal y como lo declaró la Organización Mundial de la Naciones Unidas, constituya la *Génesis* de este proceso y marque un hito a nivel mundial para que las nuevas tendencias en defensa y promoción de los Derechos Humanos de las poblaciones indígenas no sólo sean reconocidas sino que, y más que todo, sean puestas en ejecución real y efectiva de manera que logremos la paz social tan deseada en nuestros países.

VI. EL FUTURO DE LAS POBLACIONES INDIGENAS

"Durante los últimos años del pasado siglo, las poblaciones indígenas de las grandes planicies de Norte América desarrollaron un nuevo pensamiento. Casi al punto de extinción debido al contacto con las personas no indígenas, las poblaciones indígenas iniciaron el "Baile de los Fantasmas". Estos bailes fueron diseñados con el fin de atraer a la vida los espíritus de los ancestros con el fin de que éstos les ayudaran a sobrevivir.

Los más viejos talvez no resuciten, pero el espíritu de nuestros ancestros todavía transita por nuestros corazones...

Las poblaciones indígenas todavía están vivas. Hemos estado enfermos. Pero somos sobrevivientes. Después de quinientos años de un constante y fuerte ataque contra nuestras gentes, todavía estamos aquí. Muchos no sobrevivieron, se extinguieron. En el Canadá, los Beothuck no sobrevivieron los ataques de los cazadores británicos. Tribus enteras a través de toda América fueron exterminadas en el nombre del progreso...

Las poblaciones indígenas de todo el mundo están uniendo esfuerzos para sobrevivir...

Es el momento para retomar el camino por la dirección correcta con el fin de garantizar un mejor futuro a los hijos de nuestros hijos. Aniquilar a las poblaciones indígenas es aniquilar nuestra madre, La Tierra. Todos sufren la muerte de las poblaciones indígenas".

Sharon H. Venne

(Abogada indígena.

Pierceland, Saskatchewan, Canadá).

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	8
 <i>Ensayos:</i>	
Costa Rica: Del sistema de justicia tradicional a la justicia necesaria	
<i>Dr. Francisco Morera Alfaro</i>	9
Cargas, fases y límites de la actividad probatoria	
<i>Licdos. Alvaro Burgos, Carlos Gálvez y Rosibel López</i>	19
La filiación y el derecho comparado	
<i>Prof. José Miguel Rodríguez Zamora</i>	63
El desacato	
<i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	81
La tortura; y, otros tratos y penas crueles inhumanos o degradantes	
<i>Prof. Luis Varela Quirós</i>	103
Medidas diseñadas para el avance de la conservación de los derechos humanos de las poblaciones indígenas	
<i>Lic. Carlos Valerio M.</i>	133