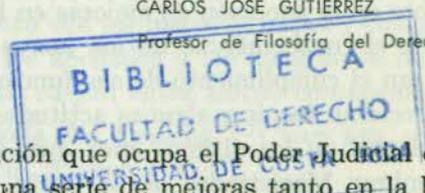


# LOS JUECES DE COSTA RICA \*

## Hipótesis y Sugerencias para su Estudio

CARLOS JOSE GUTIERREZ

Profesor de Filosofía del Derecho



A partir de 1949, la posición que ocupa el Poder Judicial en Costa Rica ha experimentado una serie de mejoras tanto en la legislación formal como en la realidad. En la Constitución Política promulgada en noviembre de ese año, se exigió a la Asamblea Legislativa consultar a la Corte Suprema de Justicia todos los proyectos de ley que se refieran a la organización y funcionamiento del Poder Judicial y aprobar por mayoría calificada, aquéllos en los cuales se separara del criterio de la Corte.<sup>(1)</sup> Se estableció además un sistema de nombramiento para los Magistrados de la Corte, que, por exigir dos tercios del total de votos en contra, hace casi imposible su remoción, al vencerse su nombramiento inicial de ocho años.<sup>(2)</sup> En 1961 se reformó la Constitución para garantizarle al Poder Judicial un 6% del Presupuesto Nacional, suma que le ha permitido a la Corte entrar en un ambicioso programa de construcciones de edificios para los tribunales en todo el país, que la hace ser el único Poder del Estado que cuenta con edificios diseñados expresamente para su servicio, que reúnen condiciones de confort,

\* El autor agradece la colaboración prestada a este trabajo por los estudiantes María Isabel Arce, Luis Ramón Araya, Alicia Bogarín, Mario Alberto Blanco, Blanca Cecilia Briceño, Bernardo Baruch, Daniel Blumberg, Alfonsina Camacho, Marbell Corrales, Rogelio Fernández, Federico González, Luis Alberto Jaen, Alvaro Jiménez, Mauro Fernando Mora, Mario Alberto Mesén, Johnny Mejía, Rafael Antonio Rojas, Manuel Sánchez, Ruth Venegas y Luis E. Wong. Agradece igualmente a Edmundo Fuenzalida, Lorenzo Zolezzi, James Lauer y Ricardo Harbottle, los comentarios críticos a la versión inicial de este trabajo. Finalmente agradecer a Oscar Arias, Luis Fishman, Sonia Picado, José Gregorio Quesada y José Manuel Gutiérrez la información suministrada. Todos han contribuido a su texto final, excepto en cuanto a los errores que son míos.

(1) Artículo 167.

(2) Artículo 158.

funcionalidad y elegancia.<sup>(3)</sup> Si añadimos a esas circunstancias, una tradición de independencia de presiones políticas y de general respeto en todos los sectores sociales por sus fallos, tenemos un sistema de tribunales con todos los elementos básicos para desempeñar sus labores a un alto nivel.

Pese a ello, la actividad del Poder Judicial en Costa Rica es blanco de comentarios adversos. Se critica a la Corte no esforzarse en mejorar los sistemas procesales y no mantener un esfuerzo constante en la adopción de mejoras en la legislación. Se le critica también el conservatismo de los jueces y el rigor formalista con que miran el cumplimiento de sus funciones. Motivos de esa naturaleza parecieran inspirar algunas actitudes tomadas por la Asamblea Legislativa en los últimos años que, separándose de la tradición de nombrar Magistrados de la Corte Suprema a personas que han dedicado toda su vida a la función judicial, ha hecho recaer varios nombramientos en abogados que hasta el momento no habían tenido práctica en la judicatura.<sup>(4)</sup>

Hay sin embargo, una tarea en la cual no se ha hecho mayor labor en Costa Rica: es la de analizar las actitudes básicas de nuestros jueces, la concepción que tienen de su labor y la forma en que se comportan en sus fallos. Dicha tarea, realizada en Europa a partir de la obra de Francois Geny<sup>(5)</sup> y Herman Kantorowics<sup>(6)</sup>; y en los Estados Unidos, como resultado de la obra de Oliver Wendell Holmes,<sup>(7)</sup> Benjamín Cardozo,<sup>(8)</sup> Roscoe Pound<sup>(9)</sup> y sobre todo, de los "realistas jurídicos" como Jerome Frank<sup>(10)</sup> y Karl

Llewellyn,<sup>(11)</sup> no ha tenido paralelo en nuestro país. Es posible que ello sea resultado de la tendencia general a ver la dogmática jurídica como la única actividad científica que pueda hacerse sobre el derecho. Sin lugar a duda, contribuye a ella la circunstancia de que no es sino en fecha reciente que nuestra Facultad de Derecho ha comenzado a tener un cierto número de profesores de planta. Lo cierto es que hay un importantísimo campo del conocimiento jurídico que se encuentra totalmente virgen en nuestro país y que debería merecer la atención de profesores, jueces y de los egresados que preparan sus tesis de grado: Como ven los jueces su papel y como lo cumplen, que esperan de ellos los abogados y los integrantes de la sociedad global, y que conflictos surgen entre ambas concepciones.

En "Lecciones de Filosofía del Derecho"<sup>(12)</sup> hice una serie de afirmaciones sobre la materia. Fueron ellas:

a) Mi creencia de que la mayoría de los jueces de Costa Rica tenían una concepción mecánica sobre su labor, inspirada en los criterios de la Escuela Exegética Francesa, que veía al juez como un subordinado del legislador, carente de toda capacidad creativa;

b) La organización de nuestro Poder Judicial, copiada del sistema francés, con una Sala de Casación en la cúspide de la pirámide, destinada a vigilar, fiscalizar o inspeccionar la aplicación de la ley y a anular toda sentencia que contenga violación expresa de su texto;<sup>(13)</sup>

c) La facultad de interpretación auténtica de las leyes que posee la Asamblea Legislativa, de acuerdo con nuestra Constitución;<sup>(14)</sup>

(3) Ley N° 2738 de 12 de mayo de 1961 que adicionó el artículo 177 de la Constitución Política.

(4) Desde 1969 se han nombrado seis Magistrados de los cuales dos han llegado a la Corte provenientes de otros cargos judiciales y cuatro de fuera del Poder Judicial.

(5) *Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Prive Positive, Essai Critique*. Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, second edition, 1919. París. La primera edición es de 1899.

(6) Kantorowics, Herman: *La Definición del Derecho* (Revista de Occidente, Madrid, 1964) Traducción del Inglés.

(7) Holmes, O. W. *The Common Law* (Little, Broun and Co., Boston, 1881).

(8) Cardozo, Benjamín: *The Growth of Law*, (Yale University Press, New Haven, 1924).

(9) Pound, Roscoe. Entre otras véase: *An Introduction to the Philosophy of Law* (Yale University Press, New Haven, 1922).

(10) Frank, Jerome: *Law and the Modern Mind* (Tudor Publishing Co. New York, 1936); *Courts on Trial*, (Atheneum, New York, 1971, Sexta Edición).

(11) Llewellyn, Karl: *Jurisprudence, Realism in Theory and Practice*, Univ. Chicago Press, Chicago 1962.

(12) Editorial Tridente, Madrid, 1964. Véase Cap. XVI: "La Función Judicial".

(13) "Lecciones...", p. 222 y 223. Las reformas realizadas a los Códigos de Procedimientos, las últimas de las cuales fueron llevadas a cabo por Ley N° 3917 del 12 de agosto de 1967, han disminuido el formalismo del recurso de casación, lo cual puede ser atribuido como lo hacen algunas autoridades judiciales a la incapacidad de los abogados litigantes para preparar recursos "técnicos" o puede ser resultado de un anhelo de que todos los tribunales hagan justicia.

(14) Artículo 121, inciso 1 de la Constitución Política. En resolución dictada por la Corte Suprema en sesión extraordinaria de las 16 horas del 12 de julio de 1971, al conocer del veto a la Ley N° 4779, de 16 de julio de 1971, la obediencia de los tribunales a las "interpretaciones auténticas" ha sido severamente limitada, tanto en la resolución de mayoría como en el voto de minoría.

ch) La forma tan limitada en que entiende nuestra Corte Suprema la función constitucional, que imputé a la circunstancia de ser esa función tomada del sistema jurídico norteamericano y no compaginarse con el sistema francés de absoluta separación de poderes;<sup>(15)</sup>

d) La opinión expresada por Alberto Brenes Córdoba en su "Tratado de las Personas", para quien, interpretar la ley es describir "cuál es la idea que tuvo en mira el legislador al redactar la disposición", para sostener luego que la interpretación auténtica es "la forma más satisfactoria de llegar a una correcta inteligencia de la ley, puesto que nadie está mejor capacitado que quien la dictó para declarar cuál es su sentido y verdadero alcance";<sup>(16)</sup>

e) Cité finalmente una resolución de la Sala Primera Civil de 10:15 horas de 23 de junio de 1959, en ordinario Barboza c/ Suc. Fernández, que comparaba el proceso judicial con un silogismo y la contrasté con otra del Juez Primero Civil de las 16 horas del 5 de setiembre de 1961, en Castro Vs. Pozuelo, que señalaba como actividad del Juez no sólo aplicar las leyes a casos concretos sino "crear e integrar el derecho donde no haya norma escrita".<sup>(17)</sup> En esas dos resoluciones consideré expresadas la concepción mecánica, tradicional o exegética de la función judicial —ver a los jueces como "la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden cambiar su validez o su efecto", como los llama Montesquieu<sup>(18)</sup>— y aquella que mira al juez como un creador de derecho, en un plano individualizado, pero que afecta directamente la vida del derecho y que podría resumirse en la expresión de Aristóteles. "Ir al Juez es ir a la Justicia".<sup>(19)</sup>

(15) Lecciones . . . p. 223. De particular interés en esta materia es el hecho de que la Corte Suprema de Justicia haya sostenido en distintas resoluciones la existencia de una presunción de constitucionalidad de las leyes, para dificultar aún más la declaratoria de inconstitucionalidad. Véase como ejemplos más recientes de esta corriente las resoluciones dictadas por Corte Plena en sesión de lunes de 25 de noviembre de 1971 en recurso de inconstitucionalidad de Luis Morice Lara contra párrafo b) del inciso 20 del artículo 30 de Ley de Tierras y Colonización y resolución de Corte Plena de Sesión del 8 de julio de 1971 en recurso de Richard Dyer Ward contra artículo 85 del Código Electoral.

(16) p. 55.

(17) "Lecciones . . .", p. 223.

(18) *L'Esprit des Lois*, Parte II, Libro XI, Cap. VI.

(19) *Ética a Nicómaco*, Libro V, Capítulo IV, 1132-20.

Para el planteamiento hecho tenía pocos indicadores: las lecturas llevadas a cabo durante los años en que he tenido a mi cargo la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Costa Rica; las impresiones personales recogidas en los años de ejercicio de la profesión y los ejemplos aislados que cité. Todo a un nivel subjetivo, carente de una verdadera verificación científica.

Ello fue motivo para que en 1970 tomara "El Papel del Juez en el Derecho" como tema de mi seminario, con el propósito de estudiar los distintos criterios que han imperado o imperan sobre la misión del juez. El trabajo del seminario comprendió dos partes: en la primera se discutieron una serie de lecturas sobre el papel del juez, que se iniciaron con la descripción del escudo de Aquiles, en el Canto XVIII de "La Iliada", y terminaron con el libro "Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho", de Luis Recaséns Siches.<sup>(20)</sup> En la segunda, cada uno de los estudiantes seleccionó a un juez, a fin de entrevistarle, conocer los criterios que sostenía sobre su papel en la vida del derecho y estudiar dos o tres de sus sentencias, para contrastar las ideas expresadas en la entrevista con la actuación puesta de manifiesto en los fallos. En un principio, pensé en concentrar la investigación en los diecisiete miembros de la Corte Suprema de Justicia, pero, la imposibilidad de contar con la cooperación de todos ellos, hizo que acordara que cada uno de los estudiantes estaba en libertad de determinar la persona que sería objeto de su estudio particular. Al no ejercer un control preciso sobre la selección, tres jueces fueron objeto de dos estudios separados cada uno, y un estudiante, en vez de estudiar un juez en particular, presentó un análisis de dos sentencias en materia laboral de la Sala de Casación, para mostrar que ella actuaba con un criterio interpretativo distinto, a efecto de darle en ambos casos, la razón al patrono.

La finalidad del presente artículo es examinar algunos de los resultados obtenidos en la investigación llevada a cabo por los estudiantes. El subtítulo tiene el propósito de indicar que las observaciones que se hacen no pueden generalizarse. El número de jueces estudiados —dieciséis— y de sentencias —cuarenta y siete— no guarda relación alguna con el número de funcionarios encarga-

(20) Fondo de Cultura Económica, México, 1956. Este libro es, a mi parecer, la mejor exposición en el idioma español de las distintas tesis sobre el papel del Juez. Resulta significativo que la obra, hoy agotada, no haya sido objeto de una nueva edición. El tema no parece ser objeto de suficiente atención en el mundo jurídico latino-americano como para hacer que una obra destacada continúe en circulación.

los de decidir controversias en nuestro Poder Judicial —193 en total—,<sup>(21)</sup> ni fueron seleccionados de manera que garantizara la representatividad de la muestra. Corresponde únicamente a la asignación de una labor a cada uno de los veinte alumnos de la Escuela de Derecho que tomaron ese año mi seminario, a que se produjeran los estudios sobre tres de los jueces, y a que uno de los estudiantes modificara el plan de trabajo y lo hiciera sobre dos sentencias pero sin entrevistar a los encargados de redactarlas, y a que existiera cierta diferencia de criterio sobre el número de fallos a estudiar.

La muestra resultante de ese proceso, en forma alguna puede tenerse como representativa del universo compuesto por los Magistrados, Jueces, Alcaldes, Actuarios y Agentes Judiciales de la Policía de Costa Rica, por diversos motivos: Están incluidos cuatro de los seis Magistrados que eran en aquel entonces profesores de la Escuela de Derecho, y un ex-Magistrado pensionado que había sido también profesor, siendo posible que esa circunstancia puede afectar la forma en que ellos vean el Derecho y lo apliquen. Por otra parte, la muestra se compone de tres jueces, dos Alcaldes, un Actuario, un Juez Superior, siete Magistrados y un ex-Magistrado, números que no guardan relación alguna con el número que de cada una de esas categorías existen en el Poder Judicial. Además, la muestra está recargada de funcionarios de largo tiempo en el servicio judicial, dado que siete de ellos tenían más de treinta años de vida judicial, cuatro entre veinte y treinta, sólo tres entre diez y veinte y dos, menos de diez años. Si se piensa que la edad de terminación de los estudios de Derecho en Costa Rica es entre los 24 y los 28 años y que la de retiro del Poder Judicial es de 65, tenemos un tiempo de servicio posible de treinta y siete años en el caso de que una persona haya pasado su vida dedicado a esas tareas pero que no haya ingresado a ella, sino al finalizar su carrera (como veremos ese no es el caso). Agréguese que de los funcionarios entrevistados, sólo cuatro prestaban sus servicios en centros de población fuera del Área Metropolitana de San José para aumentar las circunstancias de falta de representatividad.

(21) La cifra se compone de 17 Magistrados, 18 Jueces Superiores, 44 Jueces, 80 Alcaldes, 13 Actuarios y 21 Agentes Judiciales. De ellos 133 son abogados y 60 no tienen título, si bien muchos de ellos han cursado la carrera, (números obtenidos de la Oficina de Personal de la Corte Suprema de Justicia).

Debo confesar que las lecturas previas señaladas a los estudiantes y las intervenciones que realicé durante el seminario estaban dirigidas a conseguir que los alumnos aceptaran la tesis de que el juez es un creador de derecho, que tiene posibilidades dentro de nuestro sistema de llevar a cabo tareas de esta índole y de realizar la justicia. Es posible que esa labor haya prejudicado la escogencia realizada por cada uno de los estudiantes, dirigiéndolos a aquellos jueces que mejor podrían representar ese criterio, como queda en evidencia en el hecho de que dos jueces que fueron mencionados en las reuniones del seminario como representativos de la concepción creadora, estaban entre quienes fueron objeto de dos estudios separados.

Finalmente, el número de sentencias es pequeño y no guarda relación con el número de ellas que pueda haber dictado cada uno de los funcionarios estudiados. Para los dieciséis jueces hay un total de cuarenta y siete sentencias. De ellas, veintiuna corresponden a juicios civiles, dieciocho a juicios penales, siete a asuntos laborales y uno a materia considerada hoy como contencioso-administrativa. Si se piensa que el número de sentencias dictadas por sólo la Sala de Casación durante los veinte años que van de 1948 a 1968 es de dos mil seiscientos cuarenta y ocho<sup>(22)</sup> se verá que los resultados obtenidos no pueden tenerse como expresión exacta de lo que ocurre en la vida judicial costarricense.

Por otra parte, ni siquiera existe un número igual de sentencias para cada juez. Tres de ellos tienen cinco sentencias, seis están representados por tres fallos y dos por un par de pronunciamientos, correspondiendo las dos restantes a las de la Sala de Casación que fueron estudiadas por el estudiante que hizo su trabajo sobre la interpretación en materia laboral de dicha Sala.

Por todas esas razones, los datos obtenidos son valederos únicamente para los componentes de la muestra estudiada, y con base en ellos no pueden formularse generalizaciones de tipo estadístico sobre el universo de los jueces de Costa Rica. Reconociendo ese hecho, debo señalar que las razones que me han impulsado a escribir este artículo son básicamente cuatro:

(22) Wroc, Steve: *Reporte sobre el progreso del Proyecto del Digesto de Jurisprudencia de la Sala de Casación, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica hasta fin del año 1971*. (Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1971). p. 39.

1) La escasa literatura que existe sobre el tema en América Latina;

2) Mi interés creciente por las investigaciones empíricas sobre el Derecho, en las cuales se deja de ver a éste sólo como un conjunto de normas, se les comprende como un factor de la vida en sociedad y se les estudia como causa y efecto de los procesos sociales, como un sub-sistema del sistema social;<sup>(23)</sup>

3) El convencimiento de que dentro de ese tipo de investigación, una de las tareas fundamentales es la de formular teorías fundadas en alguna información cuantitativa, que sirva de base conceptual y constituyan hipótesis que señalen cuáles son las áreas de importancia para las investigaciones a realizar.<sup>(24)</sup>

4) La esperanza de que la presentación de los resultados obtenidos en 1970 puedan servir de base para investigaciones mejor planeadas y llevadas a cabo con mejor criterio en el futuro, por nuevos estudiosos sobre la materia o por el autor de estas líneas.

Para los efectos de este trabajo, la expresión "jueces" deberá entenderse como sinónimo de funcionarios del Poder Judicial con capacidad de tomar decisiones vinculantes en controversias planteadas por las partes, sin atender a la distinción que entre ellos hace la Ley Orgánica del Poder Judicial entre Magistrados, Jueces Superiores, Jueces, Alcaldes, Actuarios y Agentes de Policía Judicial. El formato de presentación de las hipótesis será encabezar con una afirmación general, seguida luego de los datos obtenidos en el estudio y el comentario que sugiere su posible validez. Para hacer una diferencia del grado de importancia, he dividido las hipótesis en dos grupos, dando esa denominación a las dos primeras que

<sup>23)</sup> Desarrollaré estas ideas con toda amplitud en un artículo en preparación, bajo el título "Los epistemes Jurídicos".

<sup>24)</sup> Sigo en ello la tesis sostenida por Barney Glase y Anselm Strauss en su obra *The Discovery of Grounded Theory. Strategies for Qualitative Research* (Aldine Publishing Company, 1967). La palabra "hipótesis" está utilizada en el sentido que da a ese término Julián Simón en *Basic Research Methods in Social Science. The Art of Empirical Investigation*. (Random House, New York, 1969), sea como "una sola proposición que pretende explicar un solo fenómeno" y que puede ser probada empíricamente.

constituyen los aspectos focales del trabajo. Las restantes, que indican temas de interés, sobre los cuales existen datos fragmentarios en la labor cumplida por los estudiantes, las he denominado "sugerencias", con el único propósito de señalar la categoría de menor confirmación que tienen dentro de la tarea cumplida en mi seminario.

Sin embargo, ya en proceso de preparación el presente artículo, tuve acceso al valioso trabajo que sobre los gobernantes de Costa Rica prepara el Lic. Oscar Arias, en que se incluye una serie de datos sobre origen geográfico y social de los miembros de la Corte Suprema de Justicia en el período 1948-1970. Ello me ha permitido realizar un contraste entre los datos obtenidos en el seminario y los que resultan de la investigación del Lic. Arias, que disminuye la falta de representatividad de la muestra para esos puntos específicos.

Finalmente, debo indicar que algunos de los fallos son sentencias dictadas por tribunales colegiados. En ellos he colocado la opinión como producto del Magistrado encargado de la redacción del pronunciamiento, sea este unánime, voto salvado o de mayoría. La convicción de que una tarea de esta naturaleza requiere el mantenimiento de la confidencialidad sobre la identidad de las personas que de buen grado aceptaron colaborar con mis estudiantes y suministrarles no sólo sus criterios sino hasta detalles de su origen familiar, me han impedido establecer una serie de relaciones que podrían permitir a un lector demasiado curioso identificar a cualquiera de los jueces estudiados.

\* Hechas esas aclaraciones, vamos pues a los resultados de la investigación:

**1ª Hipótesis.** El absoluto predominio de la concepción mecánica de la función judicial no resulta verificada, por las respuestas dadas en las entrevistas.

El predominio casi absoluto de la concepción mecánica de la función judicial que apuntara yo en "Lecciones de Filosofía del Derecho" no resultó confirmada por la muestra. Seis de los entrevistados consideraron que el juez es un creador de derecho, seis tenían sobre él, una concepción mecánica y cuatro pueden considerarse como intermedios entre una y otra posición. Señalo las diferentes posiciones en el detalle que permiten las respuestas obteni-

das, a efecto de ver la "expectativa del rol" que tienen los jueces sobre su labor, para contrastarla luego con "el desempeño de rol" que cumple cada uno de ellos.<sup>(25)</sup>

A. La concepción creadora podemos expresarla, en primer término, en los siguientes conceptos utilizados por un juez civil: "La norma se hace para ser justa; así que la norma que hubiera creado el legislador es la norma justa... Siempre ha de buscarse el espíritu de la ley y no la letra. La interpretación correcta debe tomar en cuenta ambas cosas. Si la letra no se ajusta, se aplica el espíritu de la ley, pues a veces el legislador no usa el debido lenguaje para expresarse... la función creadora del juez se palpaba con día pues la ley no puede prever todos los casos y las normas generales, a veces no alcanzan a ajustarse a un caso especial; así entra el juez a llenar lagunas de la ley y de las normas específicas, como puede ser por la analogía... No debe creerse que el juez es un ciego aplicador de las leyes, como si fallar un pleito fuera una operación aritmética de  $2 \times 2$  igual a 4. La lógica jurídica supone algo más que eso, supone ir desentrañando el sentido de la norma, definir cuáles son los supuestos de hecho de una determinada naturaleza, y de ahí se le abre al juez el campo con miras a la aplicación del derecho a un caso concreto, sin infringir la ley".

Podemos igualmente verla en las impresiones dadas por un Juez Penal al entrevistador y que este puso en tercera persona: "El papel del juez en el derecho es la realización de la Justicia; para él, justicia es "el convencimiento íntimo de que la persona que se condena es el verdadero actor del delito, todo ello determinado por las normas de la sana crítica". "Cuando existe pugna entre el derecho y la justicia y debido a las normas penales hay obligación de dictar un fallo de acuerdo a lo estipulado por la ley, se condena a la persona y, como un recurso extraordinario que tiene el juez, se recomienda el indulto para tratar de lograr la justicia. Se piden más pruebas para indagar mejor y si se llega al convencimiento de que el delito es menos grave, se recomienda dicho indulto. Un ejemplo de ello nos lo ofrece la acusación dirigida a una persona por el robo de una suma de mil colones en la casa de un campesino o persona

(25) "Expectativa de rol" es la concepción subjetiva, interna, que los seres humanos tienen, que describe cómo deben comportarse las personas que ocupan ciertas posiciones. "Desempeño de rol" es como se comportan de hecho esas personas, ya sea en cumplimiento de las normas que definen su posición, o, desviadamente, en desafío de dichas normas". CHAMBLIS, W. and SEIDMAN, R: *Law, Order and Power* (Adisson-Wesley, Menlo Park, 1971), p. 7-8.

pobre; sería muy extraño que en esa casa existiera esa suma". "También la misión del juez es tratar de moderar la pena cuando esta sea menor de tres años. Se trata en esta forma de evitar que el delincuente salga peor de la cárcel; queda de esta manera sujeto a libertad condicional por un período de siete años y, en caso de que reincida, descontará ambas penas. Este perdón judicial es como el perdón que concede el padre a su hijo, y se concede en delitos leves, en casos especiales y solamente una vez en la vida. También se indulta a personas muy pobres y se ponen en libertad condicional; ésto se debe a que se castiga a la familia del reo también, en el sentido de que quedarán su mujer e hijos sin alimentos". "En cuanto a la interpretación de la ley, esta debe ser restringida, pero en cuanto a la recepción de pruebas, éstas deben ser lo más amplias posibles".

Tres de los jueces pertenecientes a esta corriente, con mayor experiencia en materia civil, hicieron una mención específica del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como fundamento de su actuación, con especial acento en el párrafo tercero de dicho artículo, que en su texto completo dice:

"Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, a no ser los casos en que la ley los faculta para proceder de oficio.

"Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia no podrán excusarse de ejercer su autoridad por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión.

"No habiendo ley aplicable al caso, fallarán con arreglo a los principios de derecho".

En ese párrafo final todos encontraron la autorización de un criterio amplio en la conducta que debe cumplir el juez en cada caso sometido a su conocimiento.

Por otra parte, los dos jueces cuya mayor experiencia era en materia penal señalaron que, en su concepto, los jueces en este campo tienen mayor libertad de acción para determinar la existencia de la verdad y mencionaron la recomendación del indulto como medio de lograr la adecuación de ley, cuando ésta ordena condenar y hay motivos de importancia para estimar que el acusado no debe cumplir la condena.

B. La concepción mecánica de la función judicial podemos verla también en las palabras de jueces civiles y penales y presentar un grupo de expresiones de cada uno de esos grupos: Jueces civiles: "La experiencia más dolorosa para un juez es la que tiene cuando se enfrenta a un amigo que no tiene la razón... es un conflicto que sólo se resuelve cuando uno ha adquirido la "disciplina de juez" que lo hace impartir justicia sin atender otras razones que las de la ley... Excepcionalmente somos jueces de conciencia pero, en general, resolvemos conforme a las leyes... En mi vida judicial soy un apegado a los procedimientos formales, ya que los considero la base del orden en la resolución de los casos y en la aplicación de las leyes". "El derecho y las leyes deben tender a hacer justicia, pero ordinariamente no se logra esta porque los jueces nuestros son de derecho y no de conciencia... Lo que se debe hacer es resolver los casos con arreglo a la justicia, pero buscando la integración del derecho en aquellos casos en que la función del juez no rebasa los límites de las leyes expresadas, ya que en presencia de éstas, si no se ajustan a la realidad social, quien debe integrar el Derecho es el legislador y no el juez. El juez no puede contravenir las leyes porque prevarica...: "Hay que tener cuidado con estas frases que ahora están de moda: excesiva ortodoxia jurídica y arcaísmo procesal. Nuestros jueces son de derecho y la experiencia aconseja no salirse de sus cauces, si bien procurando como hemos procurado y lo continuaremos haciendo, adaptar las normas de la nueva ciencia del proceso. Recordemos, más bien, esta otra frase de un autor famoso, el padre de la ciencia procesal, José Chiovenda: "Los jueces rigurosamente fieles a la ley dan a los ciudadanos mayor garantía y seguridad, que los buscadores de novedades, frecuentemente subjetivas y arbitrarias".

En el campo penal encontramos una actitud similar en las siguientes expresiones: "me manifestó (escribe el entrevistador) que él había fungido como Juez Penal durante veinte años y que siempre ha tenido la convicción de que el juez debe ajustarse a las normas... me manifestó que su parecer en cuanto lo que es un juez se encontraba en una recopilación de votos y sentencias penales de Mario A. Oderico, por lo que recurrió a traer dicho libro y me leyó la siguiente frase: "He llegado a ellas con base a una convicción muy profunda: la de que los jueces no deben apartarse nunca del cumplimiento de la ley, aun cuando, con relación a determi-

nados casos, les pareciere que la estricta aplicación de aquélla lleva a soluciones poco equitativas". "El juez debe cumplir la ley, pues con ese proceder hace justicia y brinda seguridad a las diversas actividades de la sociedad. Se le presentan casos en que la ley no es muy clara y entonces tiene oportunidad de aplicarla haciendo justicia. Su tarea es sujetarse a las formalidades judiciales no sólo en cumplimiento de las leyes procesales sino para establecer seguridad y lealtad en el debate judicial". "El derecho no le da al juez mayor amplitud en sus atribuciones de juzgador, tanto para la apreciación de la prueba... lo que se conoce en nuestro medio como la "sana crítica" tan sólo permite apreciar de un modo objetivo; sólo se puede desechar un testimonio cuando sea totalmente parcial de la parte que lo solicita. Es así que cuando un testigo declara casi mecánicamente no es posible desecharlo. Para el suscrito, el papel más importante que debe llenar el juez como estandarte y al propio tiempo con miras al interés superior de cualquier sociedad organizada es el cumplimiento del juramento que se presta al asumir un puesto de esta naturaleza.<sup>(26)</sup> Debe de ser superior a cualquier otro concepto, como al de hacer justicia cumpliendo la ley. Sin embargo, en caso de que la ley fuera demasiado dura para una situación dada que se debe juzgar, no existe otra alternativa que la de aplicar la misma ley".

Así como algunos de los miembros del grupo anterior, mencionaron el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, uno de los jueces sostenedores del criterio estricto o mecánico y uno de los que admitieron una fórmula intermedia, señalaron como base de su actitud el artículo 388 del Código Penal vigente en aquella época que decía:

"Se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación para cargos públicos de dos a diez años, a los funcionarios judiciales que, a sabiendas, dictaren resoluciones manifiestamente contrarias al texto expreso de la ley."

C. La posición intermedia, podemos verla en las siguientes expresiones: De un juez con jurisdicción en varias materias: "La misión del juez en el derecho es velar porque se haga justicia, dentro de las normas establecidas, positivas y adjetivas. El papel del

(26) Dicho juramento, contenido en el artículo 194 de la Constitución Política, ordena "observar y defender la Constitución y las leyes".

juez es esencialmente hacer justicia; no debe limitarse a cumplir la ley, porque sería una actividad sin trascendencia, de mera operación mecánica, sin proyección al problema humano y social que todo proceso revela al juzgador a través de la prueba que se recibía... Nuestro ordenamiento jurídico es rígido y da poca libertad al juez, en términos generales, especialmente en el momento de tomar la máxima decisión, como es la sentencia. Tiene el juez alguna libertad al recibir la prueba testimonial, en que se le permite hacer preguntas al testigo, para cerciorarse del fundamento de su dicho; también esa libertad al apreciar la prueba, de acuerdo con los principios de la sana crítica. Por ejemplo, dentro de esa libertad, existen otras normas que le permiten al juez ser más certero dentro de lo justo e injusto, cuando aplica el principio de que en la duda debe estarse a lo que favorezca al reo en materia penal, y también, como disposición genérica, la precisión de las circunstancias análogas a las que la ley enumera como atenuante, que permite al juez una mejor adecuación de la pena. En materia de trabajo también hay principios que contribuyen a que el juez destaque en la labor de hacer justicia, como son que, en caso de duda, debe estarse a lo que favorezca al trabajador, sujeto más débil del proceso". De un juez civil: El papel del juez es el de hacer justicia, aplicando la ley que juró cumplir, pero eso sí, sin hacer abuso de una excesiva ortodoxia jurídica. En cuanto a las formalidades procesales que deben aplicarse al proceso (escribe el entrevistador) estima que el juez debe aplicarlas con un criterio moderado"... De un juez con jurisdicción en varias materias: Su papel (escribe el entrevistador) consiste en hacer justicia dentro del marco de las normas legales que nos rigen, pero no apegándose a la letra de ellas sino a su espíritu. Agregó: "Doy importancia a las normas legales establecidas con el fin de hacer justicia. Yo no puedo despegarme de la ley, pero la misma se debe interpretar por su espíritu".

Lamentablemente, ninguno de los jueces entrevistados puede considerarse como un juez cuya principal actividad sea la administración de justicia en materias laboral y contencioso-administrativa, como sería necesario para ver si los mismos criterios prevalecen en ellas:

Una posible hipótesis de que la posición creadora pudiera haberse producido a través de la relación personal entre algunos de sus representantes surgió cuando cuatro de ellos, separados ge-

neracionalmente por unos diez o quince años cada uno del que le seguía en edad, resultaron haber estado relacionados laboralmente y tres de ellos manifestaron que habían visto en su jefe un modelo digno de imitar. La identificación con un modelo o paradigma ha sido reconocido como una de las maneras en que se adquiere la concepción subjetiva del rol y debería ser investigada, frente a las otras posibles hipótesis que pueden plantearse sobre su origen.

Para concluir, señalo que la realidad es mucho más rica que el esquema que había trazado en "Lecciones de Filosofía del Derecho". Lejos de encontrarnos frente a dos únicas modalidades opuestas, encontramos que dentro de ellas existe una serie de matices y posiciones intermedias que merecen gran interés.

**2ª Hipótesis. La actividad creadora de los jueces aparece con mayor evidencia en las sentencias estudiadas que lo sugerido por las concepciones que los entrevistados tienen de su papel. Dicha actividad aparece no sólo en los jueces que admiten su condición de creadores de derecho sino también en aquellos que niegan ese carácter.**

El estereotipo de lo que sea el juez en quienes creen en el predominio de la concepción mecánica de la función judicial dentro del sistema continental europeo, podemos describirlo con los siguientes párrafos de John Henry Merryman:

"El cuadro del proceso judicial que nace es la de una actividad bien rutinaria. El juez viene a ser un burócrata experimentado. Se le presenta una situación de hechos para la cual es posible encontrar una respuesta legislativa inmediata, excepto en un caso extraordinario. Su función es la de encontrar la disposición legislativa pertinente, relacionarla con los hechos y santificar la solución que se produce casi automáticamente de la unión de ambos. El proceso completo de la decisión judicial se encaja dentro del silogismo formal de la lógica escolástica. La premisa mayor es la ley, los hechos del caso dan la premisa menor, y la conclusión se produce de manera inevitable. En el caso excepcional en que se necesita un trabajo intelectual mayor por parte del juez, se espera que siga con mucho cuidado las instrucciones cuidadosas que marcan los límites de la interpretación.

"La imagen neta es la del juez como el operador de una máquina diseñada y construida por los legisladores. Su función es mecánica."<sup>(27)</sup>

De las sentencias estudiadas en el seminario, de un total ya mencionado de cuarenta y siete, encontramos treinta y cinco en las cuales el juez no se limitó a una consideración estricta de los hechos y el derecho aplicable sino que indagó sobre el sentido de la norma y trató de llevar a cabo un proceso de ajuste entre la ley y el caso concreto que, por su extensión, está muy lejos de ser el resultado de una tarea mecánica. En cambio, en siete casos, la interpretación de la ley se hizo en una forma restringida y estricta, y en cuatro, la información suministrada es deficiente o la materia adjudicada es tan sencilla, como para pensar que una distinta concepción de la tarea judicial hubiera producido una sentencia diferente.

Creo que los casos que pueden tener mayor interés son aquellos en los cuales la tarea creadora queda en plena evidencia. Citemos algunos:

**En materia civil: La doctrina del daño moral:** Uno de los jueces con una concepción creadora, se refiere al daño moral en la entrevista, en los siguientes términos: "La idea general que prevalece es que la indemnización del daño moral sólo cabe tratándose de delitos contra el honor, honestidad y otras causas que afectan intereses de orden moral, según el texto del artículo 125 del Código Penal, y por ahí han considerado que no cabe indemnización en delitos por lesiones, denegando por lo mismo la indemnización del dolor físico, de la angustia moral, de la angustia de los seres afectivos. Desde que era juez sostuve la tesis contraria, que el Artículo 125 del Código Penal debe interpretarse en armonía con el Artículo 41 de la Constitución Política. Siempre, los Tribunales me revocaron estas sentencias; no llegó a prosperar, inclusive en la Sala de Casación. Sin embargo, por una de esas cosas circunstanciales que intervienen en la justicia, la Sala de Casación quedó integrada con los suplentes, por impedimento de los propietarios para resolver el caso concreto. Los suplentes... daba la casualidad que estaban de acuerdo con la tesis del daño moral; así se produjo un voto de ma-

yoría, porque los dos propietarios coincidían con los suplentes, con voto salvado... del Magistrado..., quien mantuvo el criterio de la Sala en otros fallos."

Dicho juez en una de sus sentencias justifica su criterio así:

"En un delito de lesiones, se producen daños de carácter moral cuya posibilidad de indemnización no la descartan las leyes que regulan la obligación indemnizatoria... No es sólo el menoscabo económico de no poder trabajar mientras está en curación; hay otros perjuicios también como: dolor físico, la pena de verse en una cama y sujeto a curaciones, privarse de la vida familiar, angustias durante su enfermedad y sufrimiento moral si no se recupera totalmente. Siendo así, no es suficiente con el pago de tiempo perdido, gastos de curación y otros daños patrimoniales. Todo esto es así "conforme a principios de lógica y de correcta dictrina jurídica". El artículo 125 del Código Penal, también habla de "otros casos de daño a intereses de orden moral"; así en este concepto encuentran acomodo todos los daños morales. El artículo 41 de la Constitución Política se refiere a la "reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales... La responsabilidad civil no depende de la índole del delito sino de las consecuencias."

Si se compara lo ocurrido en este campo con la construcción de instituciones jurídicas que se opera en los fallos de los tribunales de los países del sistema anglo-sajón, difícilmente puede señalarse diferencia de alguna clase.<sup>(28)</sup>

2.—**Las Fundaciones:** Si el desarrollo de la doctrina del daño moral se lleva a cabo por quienes creen en el papel creador del juez, situaciones similares de creación podemos encontrar en quienes creen en el papel de simple aplicador de la ley que corresponde al juez. En un juicio sobre la legalidad de la creación de una fundación en una cláusula testamentaria, uno de los jueces pertenecientes a esa posición desarrolló el siguiente razonamiento:

<sup>(28)</sup> Para esos efectos pueden verse las siguientes sentencias sobre daño moral: 10 horas 18 octubre, 1949 (Gamboa Rodríguez v. Oficina de Custodia y El Estado); 14:50 horas 6 marzo 1951 (Paris, Franceschi Vs. Vega Rodríguez) y 15 horas 3 junio, 1964 (Crespo Sojo y otro Vs. El Estado); 10:45 horas 6 abril, 1966 (Salazar Durán vs. Northern Railway Company); 15 horas 3 junio, 1959 (Montes de Oca Alvarado Vs. Valerio Paniagua); 16:20 horas 6 junio, 1958 (Gutiérrez Sánchez vs. Kopper Vega); 15 enero de 1970.

<sup>(27)</sup> *The Civil Law Tradition* (Stanford University Press, Stanford, 1969) p. 37-38. Hay traducción al español bajo el curioso título "La tradición Jurídica Romano Canónica". (Fondo Cultura Económica, México, 1971), p. 70.

“Es cierto que buen número de autores sostiene que el testador no puede crear en su acto de última voluntad personas jurídicas sino que forzosamente debe referirse a entidades ya creadas por la ley, pero, también es cierto que otra corriente de autores, si admiten necesitándose cuando más la posterior ratificación, aprobación o autorización del Poder Público en resguardo del interés social lícito. Esta posición es más conveniente, tanto para el interés personal del testador que en un acto de desprendimiento que lo altece piensa en hacer el bien a sus semejantes, creando una institución de beneficencia, de educación, científica, cultural, etc., como para el interés público que resulta favorecido con ella, sin el peligro de que se produzca abusivamente un estancamiento de bienes, porque, como se ha dicho, deben llevar la ratificación, aprobación o autorización del Poder Público. Esta tesis no contraría el artículo 5 del Código Civil que establece que “La existencia de las personas civiles proviene de la ley...” pues el testador lo que hace es crear la Institución de beneficencia asignándole los bienes necesarios para que cumpla su cometido, y una disposición posterior del Poder Público le imparte su aprobación, para que, formando ambos efectos un solo todo, no por efecto de la retroactividad de la ley sino por la ratificación misma, que le da vida jurídica a la Institución que nace cuando el testamento comienza a surtir efectos legales...”

Tenemos en este campo un juez que cree en una interpretación de tipo restringido, una disposición jurídica limitativa, pero en interés de orden social sumamente claro, contrapuesto al interés particular de los parientes que se beneficiarían si la cláusula del testamento careciera de todo efecto. Frente a esa situación, los tribunales estiman que su obligación de hacer justicia tiene primacía y agregan al sistema jurídico una nueva forma de crear personas jurídicas, la testamentaria. Pese a que la legislación no tiene disposición alguna sobre las fundaciones, a nadie puede caber duda alguna de que, a partir de ese fallo, en Costa Rica es posible crear personas jurídicas por la vía testamentaria.

3.—**La paternidad imposible:** En uno de los casos estudiados podemos ver claramente la confrontación de los dos criterios. Se trata de una investigación de paternidad establecida por la madre contra el concubino, pese a que su matrimonio anterior no había sido disuelto y que su anterior marido no había impugnado la inscripción de la hija como suya en el Registro Civil, si bien había

establecido acción de divorcio, con fundamento en la existencia del concubinato.

El juez declaró sin lugar la demanda, con base en que el artículo 100 del Código Civil establece una presunción absoluta de que son hijos de matrimonio los habidos durante éste, después de los 180 días de celebrado y dentro de los 300 que siguen a la disolución. Su criterio fue que el deber del juez es cumplir con la aplicación estricta de los preceptos legales, aun cuando de esa manera se produzca una supuesta injusticia, con cita del proverbio latino “Dura Lex est lex”, y la afirmación de que la seguridad jurídica puede hacer necesaria la lesión de intereses individuales.

La Sala de instancia al revocar la sentencia del juez mantuvo el siguiente criterio:

“Que el artículo 100 del Código Civil no puede aplicarse en forma aislada, como para que dé lugar a absurdos, cual sería el de mantener situaciones artificiales y atribuir a un hijo que evidentemente no es del esposo (sólo porque éste no ha incoado una acción formal de denegación) una paternidad que no le pertenece; principio, el de dicho texto, que no puede interpretarse, menos con los criterios del Derecho Romano o del costarricense de 1888, visto que el Constituyente de 1949 (artículos 53 y 54 de la Carta Magna) varió sustancialmente el régimen que sobre calificación de los hijos e investigación de la paternidad regía, a fin de que en verdad imperara la justicia en tan importantes sectores del Derecho de Familia, el más humano y dinámico de los troncos del Derecho Civil; de ahí que la posterior reforma legislativa (sobre ajuste del Código Civil al mandato del constituyente) introducida por la Ley N° 1443 del 21 de mayo de 1952, ha de aplicarse en forma tal que, sin incumplir o ignorar determinados textos, tampoco el apego ciego a estos con criterios ya superados lleve al desconocimiento de aquellos y, a lo que es lo más importante, el irrespeto del mandato constitucional en el sentido de que “Toda persona tiene derecho a saber quienes son sus padres”.

En la Sala de Casación encontramos dos criterios contrapuestos. El de mayoría inspirado en un criterio estricto y el de minoría en un criterio amplio. Dice el primero:

“Que si bien es cierto que el artículo 53 de la Constitución Política consagra el principio de que “Toda persona tiene derecho

a saber quienes son sus padres”, como dice la Sala de grado, también es cierto, que agrega esa misma regla “conforme a la ley”, y la ley, regula el caso que interesa, por medio de los artículos 100 y 104 del Código Civil, porque según el primero “Se presumen habidos en el matrimonio... los hijos nacidos después de ciento ochenta días, contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges legalmente separados...” y por expresa disposición de la misma norma, parte final “Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieren al nacimiento” lo que no se demostró, actuando conforme a la segunda norma citada, luego de haber planteado el divorcio y de haber nacido la niña. De tal manera que esta Corte, por sobre otras consideraciones, debe aplicar la ley”.

El voto salvado argumenta en sentido contrario así: “Nadie puede dejar de advertir que el rechazo de la demanda, a base de lo dispuesto en el artículo 100 del Código Civil equivale a consagrar un absurdo jurídico, tan absurdo (como se expresó en el fallo antes citado), que por este medio se atribuye a un hijo una paternidad evidentemente falsa, en virtud de una disposición que se interpreta con una lógica de carácter matemático, ajustada apenas al sentido literal de la norma, lo que lleva a resultados que riñen con la verdad y la justicia. Los jueces deben obediencia a las leyes y son impotentes ante la ley injusta, pues carecen de facultades para dejar de aplicarla aunque estimen que su aplicación no producirá los efectos buenos que el legislador se propuso conseguir al emitirla. Pero sí pueden y deben los jueces desentrañar el verdadero sentido de la ley, no sirviéndose simplemente de la lógica tradicional sino tratando de ir más hacia el fondo del problema, para averiguar cuáles son los supuestos de esa ley y determinar si ellos son precisamente los del caso concreto; porque la norma jurídica aunque se formule en términos generales, siempre responde a un juicio de valor que se hace teniendo presente un cierto tipo de casos, es decir, de casos puramente ideales que surgen en la imaginación del legislador; y ese tipo de casos es el que éste se propone solucionar cuando dicta una de esas reglas jurídicas, mediante la cual pretende alcanzar un resultado que presume justo. Ahora bien, si los hechos del caso concreto coinciden con los que sirven de supuesto y justificación a la norma jurídica, el juez no tendrá otra

alternativa que la de aplicarla, pues no puede ponerse en rebeldía con el derecho positivo. Pero si los hechos difieren de la situación abstracta que previó el legislador, entonces el juez sí tiene potestad para dejar de aplicar la norma cuando el resultado de su aplicación es absurdo o injusto, lo cual lo llevará a la búsqueda de otra regla para resolver el problema, si la hubiera, que de lo contrario aplicará otra por analogía o fallará el pleito con arreglo a los principios generales de derecho, por falta de ley aplicable”

Pudiéramos considerar que en este caso se resumen toda la pugna de criterios sobre la materia. No hay diferencia en cuanto a los hechos. No hay diferencia en cuanto a cuál sea la legislación aplicable. La diferencia esencial se encuentra en la concepción sobre cuál sea el papel que le corresponda cumplir al juez con respecto al derecho. A base de diferencias de criterio sobre este punto se llega a dos soluciones totalmente diferentes, ambas de las cuales pueden ser sostenidas dentro del marco legal en que se llevan a cabo. No puede decirse que ni unos ni otros hayan cometido prevaricato. No estamos en presencia de un caso en que no haya ley aplicable. Pero existe una diferencia que no puede resolverse si se piensa en que es posible ejercer la función judicial de manera automática.

4.—**Innovaciones procesales:** No sólo en las sentencias sino en los trámites del juicio podemos encontrar igualmente decisiones creadoras de parte de los jueces. Uno de los de criterio creador citó en su entrevista el texto siguiente; como uno de los casos en que él había creado derecho:

“Cuando una misma parte en fechas distintas señala también oficinas distintas para atender notificaciones, debe mantenerse como valedera sólo la últimamente señalada. Cuando una misma parte simultáneamente señala más de una oficina para atender notificaciones o pretende que se mantengan las distintas oficinas señaladas sucesivamente, el Tribunal correspondiente le debe prevenir que dentro del término que le fije debe manifestar cuál de esas oficinas, una sola, mantiene para atender notificaciones, apercibida de que si no lo hiciera el Tribunal tendrá como única oficina al respecto la que en esa misma resolución indicará de una vez. Ciertamente en el capítulo de notificaciones del Código de Procedimientos Civiles no existe disposición legal que de manera expresa establezca el procedimiento como la solución antes indicada, pero

ello es perfectamente posible con aplicación de los principios generales de derecho, conforme lo prevee el párrafo final del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y por allí con la aplicación por analogía de lo dispuesto en el párrafo dos del artículo 77 del Código antes citado, que para efectos de las copias establece que se considerarán como una sola parte los que litiguen unidos y bajo una misma representación, caso en el cual hay que presentar una sola copia y no tantas como litigantes sean, lo que significa que sólo se les notificará en una sola oficina señalada por esa misma representación, con mayor razón en un caso en que no sean varios los litigantes sino uno sólo, quien pretende que se le notifique en distintas oficinas, porque hacerlo en esa forma sería notificar a la misma parte en varios lugares distintos, lo que nuestra legislación procesal no contempla ni autoriza”.

El artículo 475 del Código de Procedimientos Civiles señala la que, cuando no hay postores en las dos primeras subastas, se celebra una tercera y en ésta, si la postura que se hace es inferior al 50% de la base inicial de remate, el deudor podrá pagar al acreedor, y liberar el bien que se remata. El artículo no indica cuál es el monto que debe pagar el deudor, manteniéndose dos criterios distintos en la Sala de apelaciones que conoce de la materia. Según el primero de ellos, lo que el deudor debe pagar es el monto de la deuda junto con sus intereses y costas. Dicho criterio se fundamenta en los comentarios hechos por Emilio Reus a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que se consideran pertinentes a la situación costarricense, en virtud de ser nuestra ley copiada de la española. El segundo es el expresado por uno de los jueces que manifestó un criterio más estricto, quien, en un voto salvado, dijo lo siguiente:

“Según mi leal saber y entender... la suma que está facultado para pagar el deudor, a fin de liberar sus bienes, es la ofrecida por el postor en la diligencia, puesto que no resultaría lógico que después de realizado todo el procedimiento tendiente a lograr el pago de la deuda, sin obtener ningún resultado práctico, vaya a concederse una última oportunidad al obligado para pagar la totalidad de la deuda, y, además, todas las costas e intereses que a esa fecha ya se adeudaron. Si no pudo pagar en un principio, menos va a hacerlo después, cuando la deuda ha aumentado considerablemente con el transcurso del tiempo. Pareciera que la razón de orden filosófico de la disposición de comentario, reside en la circunstan-

cia de que el legislador, en vista de que los bienes van a ir a pasar a manos de un tercero, por un precio inferior al 50% de su avalúo inicial, sin beneficio directo para ninguno de los principales interesados, acreedor y deudor, ya que forzosamente va a quedar un saldo en descubierto bastante apreciable, prefiera conceder oportunidad al deudor para que por la suma ofrecida adquiera y libere sus bienes, y pueda, manteniéndolos dentro de su patrimonio, hacer frente en mejor situación económica, al saldo en descubierto en su contra que la subasta arroje”.

Valga los ejemplos citados como ilustrativo de lo que ocurre en materia civil. Veamos algunos ejemplos de materia penal:

1.—Variación de criterio Calificativo: En una causa por lesiones, el acusado manifiesta que llegó de noche a casa de su esposa, de quien estaba separado, y la encontró cerrada por dentro. Le pidió a la señora que abriera, pero ella no lo hizo porque se encontraba acompañada del acusador. El indiciado pudo ver por una rendija de la casa la sombra de un hombre dentro de ella. Temiendo que el hombre que se encontraba dentro pudiera estar cometiendo un robo, hizo cuatro disparos de rifle a baja altura, uno de los cuales hizo blanco en el cuerpo del ofendido. Este permaneció en la casa hasta las cuatro de la mañana, hora en que, por un descuido del acusado, salió por una ventana y se fue del lugar.

El lesionado acusó al heridor, señalando que había sido herido en la calle, en un lugar solitario y que le habían disparado desde una finca. Había perdido el conocimiento y fue la investigación la que le permitió saber quién era el heridor. El juez, aceptó la versión de que el acusado había procedido en legítima defensa de su propiedad y de su esposa, por lo cual dictó sobreseimiento definitivo.

El caso podría haberse englobado dentro de los términos de las lesiones causadas por ímpetu pasional, lo cual no constituía un eximente. Pero, al variar la calificación correspondiente, y tomar el caso desde una perspectiva distinta, el juez cambió las posibles consecuencias jurídicas y dio una sentencia, que posiblemente corresponde a sus concepciones sobre el papel que deben desempeñar los maridos en una situación como la que ocurría. Antes de la justificación formal de la sentencia y en una forma que nada tiene de silogística, es indudable que el juez ha llevado a cabo un juicio de

valor que colorea su apreciación del caso que le lleva a darle valor a unas pruebas y no a otras para dictar la sentencia que en su fuero interno cree que debe dar. Es indudable que esa es una tarea que por no ser mecánica no podría ser realizada por una computadora.

2.—**El error de hecho:** Uno de los jueces penales sostenedores del criterio de interpretación estricta conoce de una causa por estrago, por la explosión de un cilindro de oxígeno que había sido conectado a una hornilla por el propietario de una cafetería, al fallarle el gas propano que debería haber utilizado. La explosión causó la muerte de una persona.

Considera el juez en su sentencia:

“... Que no obstante que está determinada la relación causal del suceso, éste, a juicio del Juzgado, no es imputable al inculcado a título de culpa porque actuó bajo la influencia de un error esencial de hecho, al no saber precisamente que estaba poniendo la causa que iba a producir el estrago. Efectivamente, no está probado que al señor... se le advirtiera que aparte del propano no debía usar ningún otro gas en la hornilla, ni tampoco él tenía entonces conocimiento de que dicho gas con el oxígeno dentro de un envase cerrado formaba una mezcla peligrosa por ser altamente explosiva, pues no consta que hubiere cursado la segunda enseñanza que imparte nociones elementales de química, de donde se puede afirmar que se trata de una persona ignorante en esa materia. Ello explica que al darse cuenta... de que en la Agencia Tropigas no se podía obtener el propano, se dirigiera a la Fábrica de Miller a buscar el gas, cuando es sabido que esta firma produce única y exclusivamente gas oxígeno que no es combustible sino comburente. Es decir, que él había hecho cuentas de que la cocina podía calentarse indiferentemente con “cualquier gas” y ese error fue precisamente lo que determinó el accidente fatal. En consecuencia, desde el punto de vista subjetivo, dicho procesado no tenía los elementos síquicos esenciales para poder proveer el resultado dañoso de su actuación”, por lo cual absuelve al procesado.

3.—**La apreciación de la capacidad mental:** En causa por violación de una menor que en el examen realizado por un médico psiquiatra resultó tener una deficiencia mental, pese al dictamen médico, el juez, uno de los miembros de la Sala de instancia y la

Sala de Casación consideraron que debía absolverse a los acusados. El motivo tenido en cuenta por la mayoría de la Sala de Apelaciones para condenar fue lo dicho en el dictamen médico. Pero, combatiendo dicha tesis, nos encontramos con la siguiente opinión:

“En primer término, es dudoso el valor que como prueba pericial pueda tener el aludido dictamen, ya que la firma del galeno no aparece autenticada, ni fue nombrado como perito y además entendiéndose el suscrito que no es Médico Forense, sino auxiliar de la Dirección General de Prisiones y Reformatorios. En el mismo, el propio profesional manifiesta que es el sicólogo y no el siquiatra, quien generalmente hace los tests sicométricos y el sicólogo manifiesta que la aquí ofendida es débil mental y padece de posibles trastornos de la personalidad, como lo indica el folio 22, cuya autenticidad también es dudosa dada la circunstancia de no aparecer su firma debidamente autenticada, ni ser perito nato del Tribunal. El doctor... manifiesta que casos como este ameritan el internamiento en una escuela-hospital, a fin de hacer los exámenes complementarios de fondo de ojo, electroencefalografía, radiografía del cráneo, exámenes de laboratorio, etcétera, cosas que no fueron hechas en la persona de la ofendida, de donde resultan harto dudosas las conclusiones a que llega dicho profesional. Existe abundante prueba testimonial de que la ofendida es persona que se desenvuelve normalmente en sus conversaciones, y de su capacidad mental da buena prueba la circunstancia de haber concluido los estudios primarios en una escuela que no es precisamente de enseñanza especial para retrasados mentales...; además consta de autos que estuvo en el Colegio Superior de Señoritas, donde obtuvo en algunas asignaturas difíciles, excelentes calificaciones, circunstancias que hacen llegar al ánimo del suscrito una duda muy marcada por cierto, respecto a la conclusión del doctor... de que la señorita ofendida pueda clasificarse entre un setenta y ochenta por ciento de deficiencia mental. Otro hecho de importancia al respecto lo es la circunstancia de haber contraído matrimonio la aquí ofendida, que hace suponer al suscrito que al dar el consentimiento los padres para las nupcias, lo hicieron en el entendido de que su hija se daba cuenta cabal y perfecta de la trascendencia del acto que realizaba, y probable es que esa circunstancia sea cierta, es decir, que la señorita... concurrió al matrimonio con plena conciencia del acto que realizaba”.

Puede verse como, frente a un dictamen médico que representa un conocimiento técnico y especializado, el juez ejerce su sentido común y utiliza tanto puntos de carácter puramente formal y legalista como la sana crítica para apartarse de la opinión del experto y llegar a conclusiones de orden muy distinto de las indicadas por este último.

Como ya dijimos, ninguno de los jueces estudiados tenía una formación especializada en Derecho de Trabajo. Sin embargo, por estar incluidos en la muestra algunos jueces con jurisdicción en varias materias, es posible citar también ejemplos de casos laborales. Citemos un par de ejemplos de ellas:

1.—**Continuidad en el servicio del Estado:** En demanda de un funcionario público que reclama el pago de prestaciones por todo el tiempo trabajado para dos instituciones autónomas diferentes, hay un voto salvado de un Magistrado cuyo criterio de interpretación he clasificado como estricta, pese a lo cual dice:

“Examinando el problema desde el punto de vista social, en materia de trabajo, el auxilio de cesantía es un ahorro que hace el patrono a favor del trabajador a fin de protegerlo en el caso de que perdiese el empleo, que en nuestra legislación laboral no puede exceder de ocho meses, aunque tenga más de ocho años trabajados. De manera que si la base principal para otorgarlo está en relación directa con el tiempo servido, es de equidad reconocer al actor la indemnización máxima, toda vez que en realidad laboró más de ocho años seguidos en dos instituciones del Estado. “En el derecho de trabajo cumple la equidad una gran función, no sólo de índole jurídica, sino de carácter ético social... Puede afirmarse que el derecho de trabajo da mayor importancia a la equidad que a la justicia, así como en el derecho romano, en cuanto al “jus gentium” frente al “jus Civile” (Mario L. Deveali, Tratado de Derecho de Trabajo, t I. p. 398)”.

Frente a este caso de interpretación ampliativa en favor del trabajador, que se da en un voto de minoría, tenemos una interpretación ampliativa, en favor del patrono, en la siguiente situación.

2.—**Los insultos a un hijo:** La actora rompió el contrato de trabajo y alegó como causal que la autorizaba para proceder de esa manera, los hechos de que su patrono le infirió diversos ultrajes a

un hijo suyo que trabajaba para el mismo demandado y el no pago del salario completo. Reclamó pre-aviso, auxilio de cesantía, y diferencia de salarios. El juez aceptó la demanda, el Tribunal de Trabajo revocó la de primera instancia y consideró que “para que se dé la causal que justifique el rompimiento del contrato por parte del trabajador, se requiere que éste de previo haya hecho la correspondiente reclamación al patrono y que le fuere negada, pues bien puede suceder que ignorara que estaba procediendo mal o creyera que lo estaba haciendo bien”.

Lleva el asunto ante la Sala de Casación, esta consideró que: “la causal de vejámenes a la dignidad de un hijo, causal invocada por la señora... como motivo determinante de su rompimiento del contrato laboral que la ligaba al demandado, no constituye falta de probidad de su patrón, ni tampoco causa justa que la autorizara para dar por terminado su relación laboral con responsabilidad para éste por no estar autorizada por la ley, la doctrina o la jurisprudencia”

y agrega:

“la actora estuvo trabajando... y recibiendo su salario sin protestas de ninguna clase por un período superior a los ocho años. Si en algún momento de su larga prestación de servicios estimó que lo que se le pagaba no era lo justo y legal, nada le impedía solicitar a su patrón el reajuste a que creía tener derecho de acuerdo con las características de su labor y en caso de negativa injustificada de éste, haber dado por roto el contrato de trabajo”.

Resulta claro que la sentencia indica procedimientos que no están por ninguna parte indicados en la ley, con el propósito de justificar la tesis adoptada de que el reclamo no es procedente.

Puede considerarse que al proceder de esa manera, el juez actúa por estimar dichos requisitos como “rationales” o por considerar los razonamientos como una actitud justificativa de criterios personales sobre las partes en la relación de trabajo y los deberes de una para con la otra. Lo cierto es que, cualquiera que sea el criterio que se tenga sobre la justicia o injusticia de ese proceder, en forma alguna puede considerarse que el juez llega a él de una manera mecánica y con una simple aplicación de la ley, dado que lo

resuelto no se encuentra en forma alguna dispuesto en forma expresa por ella.<sup>(29)</sup>

Creo que los casos mencionados en las distintas materias bastan para demostrar que los tribunales, al enfrentarse a situaciones no previstas o colocadas en las "zonas de penumbra" de ciertas normas jurídicas<sup>(30)</sup> o en las cuales su criterio personal no se conformaba con lo dispuesto por las normas taxativas, sintieron la necesidad de crear derecho, para expresar a través de ellos sus criterios ideológicos y abrir nuevos campos a la solución de conflictos por la vía judicial o agregar al sistema jurídico principios no expresados en la legislación.

Un simple conteo de las sentencias demuestra que, mientras los seis jueces que expresaron concebir su tarea como creadores de derecho o realizadores de la justicia estuvieron representados por sentencias que ponen en claro dicha tarea, no ocurrió lo mismo con los componentes de los otros dos grupos. De los seis jueces que contribuyeron el papel del juez como el simple cumplimiento de la ley, sólo uno estuvo representado por tres sentencias que realizan esa concepción; tres de ellos lo fueron por una sentencia en la cual la ley se aplicó en forma rigurosa y por una sentencia en que revelaron una amplitud creativa, uno de ellos está representado por dos sentencias creativas y una estricta y el último, por cuatro sentencias de carácter amplio y una de determinación estricta. Por su parte, los cuatro jueces que propugnaron por un balance entre el cumplimiento de la ley y la justicia, tres están representados por sentencias que revelan un criterio amplio y uno, por dos sentencias de ese carácter y por una de aplicación estricta.

Los ejemplos estudiados son demasiado pocos para que con base en ellos pueda pensarse en afirmar que la mayoría de los jueces costarricenses tiene una conciencia clara del papel que les corresponde como creadores de derecho, en una sociedad cambiante,

<sup>(29)</sup> Un estudio de algunas actitudes de la Corte Suprema de Justicia de Chile en relación con juicios de trabajo, arrendamientos urbanos, expropiaciones, derechos adquiridos, franquicias tributarias, defensa de las garantías individuales y juicios penales, dentro de la agitación política que ha vivido en los últimos años ese país, motivaron un artículo altamente polémico de Eduardo Novoa Monreal, publicado en el número 187 de la revista "Mensaje", correspondiente a marzo y abril de 1970, bajo el título "¿JUSTICIA DE CLASE?"

<sup>(30)</sup> La expresión es de H. L. Hart, citada por FRIEDMAN, Wolfgang: *Law in a Changing Society* (Stevens, London, 1959), p. 32.

donde las normas legales no tienen solución para todos los problemas y admiten distintos criterios de adecuación al caso concreto, según sea la concepción que tengan de su papel y el afán personal de hacer justicia o limitarse a cumplir una función burocrática.

Bien pudiera ser que, al conocer el interés de los participantes en el seminario por fallos en los cuales se pudiera apreciar su función creadora, los jueces entrevistados hubieran tenido especial empeño en indicarles aquellas de sus opiniones que tuvieran ese carácter. Es igualmente posible que los estudiantes, después de leer varios fallos, escogieran para su presentación en el seminario, los que confirmaran la tesis del juez como creador de derecho. Podría igualmente ser que, pese a su formación dentro de una concepción mecanicista de su rol, los jueces se vieran obligados a comportarse en una forma distinta para hacerle frente a las necesidades prácticas de su función. Finalmente, una cuarta posibilidad es que los jueces, seres humanos al fin y al cabo,<sup>(31)</sup> traten de vez en cuando de buscar una solución a los conflictos humanos, acorde con principios de equidad y de justicia.

Las hipótesis planteadas revelan que el estudio del proceso judicial, como toda actividad científica sobre el derecho, no puede limitarse a una simple descripción de lo dicho por las normas jurídicas. Es necesario ir al estudio del comportamiento que realizan los hombres al cumplir o hacer cumplir el derecho. En una forma que todavía debe ser objeto de un análisis más amplio y profundo, la imagen del juez como un autómatas aplicador del derecho es tan poco cierta en Costa Rica como lo es en otras latitudes. Y esto debe ser esclarecido en forma que demanda un gran esfuerzo de investigación.

Quiero agregar a las anteriores consideraciones, algunas sugerencias de estudio que resultan de la documentación recogida en mi seminario. Como ya dije, los resultados obtenidos serán comparados con los que resultan de la investigación que lleva a cabo el Lic. Oscar Arias sobre los representantes del Poder Público en Costa Rica, dentro del período 1948-1970, que incluye a los miembros de la Corte Suprema de Justicia durante ese tiempo.

<sup>(31)</sup> FRANK, J.: *Courts on Trial*, Atheneum, New York, 1971, sexta edición, ps. 146-156.

1ª sugerencia: Los jueces costarricenses en su mayoría provienen de familias de la parte inferior de la clase media urbana.

En las entrevistas se preguntó a cada uno de los estudiados por la actividad ocupacional del padre. En mi opinión, dicho aspecto constituye un indicador de la clase social a que se pertenece, dado que las actividades que requieren la existencia de un alto capital de trabajo, son propias de la clase alta, las que hacen necesaria la posesión de un título universitario y las que suponen un grado medio de capitalización, de la parte superior de la clase media; las que revelan una condición de empleado público o privado de cuello blanco o una actividad que requiera poco capital, de la parte inferior de la clase media, y las de obrero o trabajador agrícola, de la clase baja. Aclaro igualmente que por "urbana" entiendo las actividades propias de la vida en ciudad, cualquiera que sea su tamaño y por "rural" las labores agrícolas.

De los dieciséis entrevistados, tres indicaron una ocupación que suponía un título universitario (abogado-dentista-ingeniero de minas); cinco mostraron la condición de "comerciante", que si se relaciona con el lugar de residencia de la familia hace suponer que se trata de labores desarrolladas en pequeña escala; cuatro indicaron la de empleado público (Alcalde de cantón menor-telegrafista-maestro) o privado (empleado de comercio), uno dio la condición de industrial y dos señalaron la de agricultor, pero con una diferencia, pues mientras uno se refirió a su origen campesino, el otro agregó la de empresario, sea dueño de propiedades. Tenemos una actividad que puede colocarse en la clase alta, el industrial; cuatro que caben dentro del estrato superior de la clase media costarricense, los tres profesionales y el agricultor empresario, este por residir en una cabecera de provincia. Frente a ellos, tenemos los cinco cuyos padres se dedicaban a actividades de comercio en escala cantonal, y los cuatro que eran burócratas, públicos o privados, para un total de nueve en actividades propias de la clase media inferior. Finalmente, tenemos al de origen campesino que debe ubicarse en la clase baja.

De acuerdo con la ubicación asignada a esas actividades tendríamos los siguientes porcentajes:

Clase alta	:	6%
Clase media	:	87%
Alta	:	25%
Baja	:	62%
Clase baja	:	6%

Si limitamos la información a los miembros de la Corte Suprema de Justicia en servicio a la fecha del estudio e incorporamos a ella al ex-Magistrado retirado, tenemos un total de ocho, con las siguientes proporciones:

Clase alta	:	12%
Clase media	:	77%
Alta	:	27%
Baja	:	50%
Clase baja	:	0%

Por otra parte, si tomamos la división entre actividades urbanas y rurales tenemos, en la muestra completa, catorce cuyos padres se dedicaban a labores urbanas y dos a actividades rurales, sea

ocupaciones urbanas:	87%
ocupaciones rurales:	13%

Reducida la muestra a los ocho Magistrados tendríamos que para ellos siete corresponderían a labores urbanas y uno a ocupaciones rurales, sean

ocupaciones urbanas:	88%
ocupaciones rurales:	12%

La investigación realizada por Oscar Arias Sánchez está referida a los titulares del poder formal en Costa Rica en el período 1948-1970, sea a las personas que durante ese período ocuparon los cargos de Presidente de la República, Ministros de Gobierno, Diputados a la Asamblea Legislativa y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. El total de éstos últimos fue de 36, de los cuales seis no contestaron el cuestionario.

Sobre origen social de los Magistrados se utilizaron cuatro variables: clase social del padre, nivel de educación del padre, condición económica del padre y número de hermanos. Esta última no me parece adecuada, dado que, en Costa Rica, el número de miem-

bros de la familia no siempre guarda relación con la condición social de las personas.

De los treinta Magistrados que contestaron la encuesta, cuatro contestaron que sus padres habían muerto, que su padre no pertenecía a ninguna clase o que ellos creían en la no existencia de clases sociales. Hay pues un total de veintitrés respuestas.

Sobre la clase social, 5 manifestaron que su padre pertenecía a la clase trabajadora, 15 que era de la clase media alta y 2 de la clase media baja, cuatro que de la clase alta y 4 dieron respuestas que deben tenerse como negativas a la identificación. Tenemos entonces los siguientes porcentajes:

Clase trabajadora	:	16.6%
Clase media	:	56.6%
Baja	:	6.6%
Alta	:	50.0%
Clase alta	:	13.3%
No responden	:	13.3%

La encuesta del Lic. Arias señaló tres posibilidades de respuesta sobre condición económica del padre: estrecha, mediana y acomodada. Las respuestas indicaron que 3 consideraron que su padre tuvo una condición estrecha, 11 que mediana y 12 que acomodada. Los porcentajes serían entonces:

Situación estrecha	:	10.0%
Situación mediana	:	36.7%
Situación acomodada	:	40.0%

Con respecto al nivel de educación, resultó que 11 padres de los encuestados sólo habían terminado la escuela primaria, 6 el cuarto año de secundaria, 2 el bachillerato, 1 ingresó a la Universidad pero no terminó la carrera y 10 tenían títulos universitarios, lo que en porcentajes da el siguiente resultado:

No ingresó a la escuela	:	0:0%
Terminó Primaria	:	36:6%
Terminó IV año de secundaria	:	20:0%
Bachillerato	:	6:6%
Ingresó Universidad	:	
sin terminar	:	3:3%
Graduados Universitarios	:	33:3%

Finalmente, por su ocupación, 6 de los padres eran abogados independientes, 1 un alto funcionario judicial (Juez o Secretario de la Corte, lo que supone que también era abogado), 1 médico independiente, 1 ingeniero civil, 1 de otra profesión de rango universitario, para un total de 10 profesionales. De los restantes, 6 eran empresarios agrícolas, grandes o pequeños, y cuatro empresarios comerciales, con el mismo criterio, para un total de 10 empresarios; 4 eran funcionarios de mediana o baja categoría, 4 obreros calificados, 1 maestro y 1 industrial.

Tenemos entonces los siguientes porcentajes:

Profesionales	:	33.3%
Empresarios	:	33.3%
Funcionarios	:	13.3%
Obreros	:	13.3%
Industrial	:	3.3%
Maestro	:	3.3%

Pueden verse algunas inconsecuencias sobre la apreciación realizada por los entrevistados respecto a la condición económica de sus padres, su ubicación dentro de una determinada clase social y su nivel educacional; v.g. el porcentaje de los que se estima pertenecían a la clase trabajadora, no coincide con los de condición económica estrecha, con los de nivel de terminación de estudios primarios ni con los que trabajaban como obreros. Igual sucede a los otros niveles. Parte de esas diferencias pueden ser resultado de apreciaciones de índole subjetivo, dados los límites de percepción que tiene toda persona sobre la condición de sus padres. Parte del problema puede surgir de la terminología empleada: las expresiones sobre condición económica, "estrecha", "mediana" y "acomodada", no permiten una diferenciación muy clara entre las dos últimas, como para saber cuál correspondería a ingresos de clase baja, media o alta. Igual sucede con la inclusión de los empresarios agrícolas y de los empresarios comerciales, grandes y pequeños, en una sola categoría cada uno de ellos. Sin embargo, si tomamos las variables de educación y ocupación del padre dentro del criterio dado con anterioridad de que las profesiones de nivel universitario corresponden a la clase media alta, vemos que coinciden en líneas generales con la ubicación dada por los entrevistados a su padre, en el más alto porcentaje, dentro de la clase media, y dentro de ésta, en la parte alta de ella.

Me parece entonces que el universo utilizado por el Lic. Arias —las personas elegidas a la magistratura en el período 1948-1970— revela una condición económica de los padres superior a la muestra de jueces entrevistados en el seminario. Sin embargo, esa diferencia es apenas la que va de clase media alta (estudio Arias) a clase media baja (muestra del seminario). Por lo tanto, la sugerencia original debería quedar modificada para señalar el predominio de origen de clase media de los jueces costarricenses, con diferencias sobre nivel dentro de ésta.

Con base en el mismo estudio de Arias es posible hacer la comparación entre la clase social a que consideran pertenecer los Magistrados y los abogados que han sido miembros de los otros poderes del Estado con el siguiente resultado:

<b>Poder Ejecutivo:</b>	<b>Clase alta</b>	<b>Clase media</b>
Porcentaje	35.0%	52.5%
Absolutos	14	21
<b>Poder Legislativo:</b>	<b>Clase alta</b>	<b>Clase media</b>
Porcentaje	26.7%	57.5%
Absolutos	32	69
<b>Judicial:</b>		
Porcentaje	13.7%	83.3%
Absolutos	4	25

Como puede verse, el número de miembros de la clase media es mucho más elevado en los Magistrados que en los abogados que han ocupado los cargos de Presidente, Ministro o Diputado.

Ello se confirma con los datos referentes al origen social del padre que para los otros dos poderes nos dan:

**1ª Variable: Clase social del Padre:**

	<b>Poder Ejecutivo</b>		<b>Poder Legislativo</b>	
	<b>Absolutos</b>	<b>Porcentaje</b>	<b>Absolutos</b>	<b>Porcentaje</b>
Clase trabajadora	1	2.5%	7	5.8%
Clase media	23	57.5%	64	53.3%
Clase alta	13	32.5%	30	25.0%

**2ª Variable: Condición económica del Padre:**

Estrecha	2	5.0%	8	6.7%
Mediana	18	45.0%	52	43.3%
Acomodada	19	47.5%	55	45.8%

**3ª Variable: Nivel de educación del Padre:**

No ingresó a la escuela	0		0	
Cursó primaria	6	15.0%	28	23.3%
Cuarto año secundaria	14	35.0%	36	30.0%
Graduado secundaria	3	7.5%	8	6.7%
Estudios Univ. parciales	2	5.0%	7	5.8%
Graduados Univ.	15	37.5%	35	29.2%

La comparación de esos números con los de los Magistrados indican claramente la circunstancia de proceder ellos de estratos sociales inferiores.

En un estudio realizado por Ronald Scheman en Brasil,<sup>(32)</sup> uno de los pocos llevados a cabo sobre la condición social de los jueces en América Latina, encontramos que un 17% de los jueces estudiados provenían de clase alta, un 62% tenían su origen en la clase media y un 4% habían nacido en familias de clase baja. En esa encuesta, la ubicación se hizo por los propios interesados, al contestar el cuestionario que les preguntaba sobre el estrato social al que consideraban pertenecer por su origen. En las conclusiones de dicho estudio se lee:

“pese a que la clase media no es extensa en el Brasil, la magistratura es una institución preponderantemente de clase media, que tiene sólidas ligas con los niveles superiores de la antigua jerarquía social, y una ligera pero creciente representación de la clase media que ha surgido en épocas recientes”.<sup>(33)</sup>

Si los números obtenidos en el seminario mío de 1970 pudieran confirmarse para el universo de los jueces de Costa Rica, y asimismo se confirmara la generalizada creencia del excesivo con-

(32) Revista Jurídica Interamericana, Volumen IV, 1962, “El Origen Social y Económico de los Jueces Brasileños”, ps. 81-82.

(33) Ibid., 92.

servadurismo e interpretación estricta de la ley, que no se evidenció en los ejemplos seleccionados para el seminario, es posible que lo uno podría constituir una explicación de lo otro. Al constituir la carrera judicial un vehículo de movilidad social, dentro de la clase media, que le permite a personas del estrato inferior ascender en la escala de salarios y en la consideración de su semejanza, es de suponer en ellos una actitud de mayor valoración de las ventajas obtenidas por el propio esfuerzo, que en aquellos a quienes los adquirió por nacimiento como por haber llegado a ellos con menor esfuerzo. La observación de ese fenómeno es tan universal que Aristóteles, utilizando conceptos de Platón en "La República"<sup>(34)</sup> nos dice en su *Ética a Nicomaco*:

"Generalmente el hombre es más generoso, cuando no es el mismo el que ha adquirido la fortuna que posee, sino que la ha recibido de otros por herencia"<sup>(35)</sup>

Por otra parte, que, en una sociedad donde es innegable la existencia de jerarquías sociales que no por disimuladas son menos reales, la composición de los estratos superiores del Poder Judicial sea diferente a los del Poder Ejecutivo y Legislativo, pareciera indicar un menor prestigio social de la Magistratura frente a las posiciones de Diputado o Ministro, que vienen a constituir sus equivalentes dentro de los otros Poderes del Estado. En estos otros, el predominio de los componentes que en ellas han tenido los miembros de determinadas familias ha llevado a Samuel Stone a hablar de una "clase política"<sup>(36)</sup>, mientras que no parece ser igual la situación que ocurre en el Poder Judicial. Es innegable que un estudio sobre la relación de esas variables habrá de iluminar en mucho la comprensión de los procesos y actitudes de los jueces costarricenses.

Resulta por ello interesante no sólo examinar el origen social de los jueces en Costa Rica sino compararlo con el que se da en otras naciones como los Estados Unidos de América, donde el juez

(34) Libro I.

(35) Libro IV, Capítulo I, "De la Liberalidad".

(36) Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 13, junio 1969, "Los Cafetaleros" ps. 167-217; y Nº 17, junio, 1971, "Algunos Aspectos de la Distribución del Poder Político en Costa Rica" ps. 105-13; y Suplemento al Nº 17 de la Revista de Ciencias Jurídicas.

constituye el centro de la vida del derecho, "un héroe cultural", como lo llama John Henry Merryman.<sup>(37)</sup> En la literatura sociológica, política y jurídica norteamericana nos encontramos con bastantes estudios y con afirmaciones como la hecha por Robert Carr, según el cual "es enteramente posible que un cuidadoso examen de las personalidades y el origen social y económico de los ochenta hombres que han servido en la Corte Suprema podría probar ser un enfoque tan realista y valioso para explicar la Constitución de los Estados Unidos como el enfoque más corriente de las escuelas de derecho que ponen tanto énfasis en el estudio de los casos, la regla de *stare decisis* y de los principios jurídicos fijos".<sup>(38)</sup> John R. Schmidhauser, quien se refiere a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y considera que "la ocupación paterna ha sido aceptada como el más confiable indicador para determinar el origen social"<sup>(39)</sup> nos da las siguientes cifras sobre origen social de los miembros de la Corte Suprema:

"A través de toda la historia de la Corte Suprema, sólo un puñado de ellos fueron de un origen esencialmente humilde. Nueve individuos, seleccionados en períodos ampliamente separados comprenden el total. Los restantes ochenta y dos (90%), no sólo fueron de familias en circunstancias económicas confortables sino escogidos de manera preponderante de las clases altas con prestigio social e influencia política durante el final del siglo XVIII y principios del siglo XIX, y de la parte superior de la clase media con formación profesional, a partir de entonces. Un gran número de magistrados (54 que representan 59% del total) previno de familias activas políticamente. Las familias políticamente activas eran esencialmente aquéllas que tenían una situación social alta (99% de la actividad política estaba concentrada en familias de alto nivel social)"<sup>(40)</sup>

En un estudio similar de Robert Heiberg, que sigue los planteamientos del realizado por Schmidhauser, pero refiriéndolos a los Magistrados de la Corte Suprema del Estado de Minnesota, encontramos una situación parecida. Para el último período de aqué-

(37) Ver supra Nº 27, p. 35 de la obra original, p. 66 de la traducción al español.

(38) Citado por John R. Schmidhauser en "The Justices of the Supreme Court". A Collective Portrait", Midwest Journal of Political Science, Volume III, número 1, febrero 1959, p. 1-2.

(39) Ibid, p. 6.

(40) Ibid, ps. 6-7.

llos los que divide la existencia de esa Corte, 1931-1968, de 60, un total de 33 (55.0%) provenían de grupos sociales de alto nivel (Comerciantes, industriales, banqueros, agricultores ricos, profesionales), los padres de 22 (36.7%) tenían una ocupación social humilde y los de 5 (8.3%) habían sido de ocupación desconocida.<sup>(41)</sup>

Pareciera por ellos existir una relación entre el prestigio social de la posición de juez y el nivel social del que provienen sus ocupantes.

**2ª sugerencia. La mayoría de los jueces costarricenses proviene de cabeceras de provincia:**

Si examinamos el lugar de nacimiento de los jueces entrevistados encontramos que nueve nacieron en ciudades cabeceras de provincia, cinco en la ciudad de San José o en zonas que actualmente se encuentran incorporadas a esa ciudad, y dos en cabeceras de cantón.

La situación es similar si las referimos a los miembros de la Corte Suprema incluidos en la muestra, dado que de ellos, cinco son nacidos en cabeceras de provincia, tres en San José y uno en la cabecera de un cantón menor.

En el estudio del Lic. Arias, el número de los nacidos en la ciudad de San José es 13, los nacidos en las otras cabeceras de provincia son también 13, hay 2 nacidos en cabeceras de cantón, sea en distritos rurales con características urbanas, 1 en un distrito rural y 1 en el extranjero. Tenemos entonces los siguientes porcentajes de comparación:

	Seminario	Estudio Arias
Ciudad capital	31.2	43.3
Cabeceras Provincia	56.3	43.3
Ciudades menores	12.5	6.6
Rurales	—	3.3
Extranjero	—	3.3

En ambos casos, el porcentaje proveniente de las ciudades cabeceras de provincia es muy elevado, si se compara con un estu-

(41) "Social Background of the Minnesota Supreme Court Justices", Minnesota Law Review. Volume LIII, 1968-1969, p. 910.

dio hecho en 1968 por Marco Vinicio Tristán y Ernesto Morales de acuerdo con el cual el 78% de los estudiantes de Derecho resultaron ser procedentes de la ciudad capital.<sup>(42)</sup>

Estudios similares hechos con relación al total de estudiantes de la Universidad de Costa Rica señalan que más de un 50% de ellos provienen del Area Metropolitana.<sup>(43)</sup>

La situación presenta algunas diferencias con la que se da en los jueces brasileños en el estudio de Schemen, quien nos dice:

"En grado pronunciado la judicatura es una carrera más atractiva para los hombres jóvenes nacidos en el interior del Estado en comparación con las ciudades capitales. El 75% de las personas que respondieron al cuestionario indica que su origen se encuentra en el interior de los Estados, pauta uniforme para todas las regiones geográficas".<sup>(44)</sup>

Por otra parte, nos encontramos con que, según nos dice José Juan Toharia, "tanto en Italia como en España los jueces parecen provenir, de modo claramente mayoritario de las zonas rurales más atrasadas". Cita Toharia a Giuseppe di Federico, según el cual, en Italia, el 60% de los jueces en ejercicio en 1968 provenían del sur y de las islas, sea de las zonas más deprimidas económicamente, y agrega que en España, Madrid en 1960, sólo el 15.85% de los jueces existentes provenían de Madrid, Barcelona, Vizcaya y Guipuzcua, las cuatro provincias de mayor desarrollo industrial y menor actividad agrícola, pese a que ellas tenían el 21.88% de la población. En cambio, las provincias con un porcentaje de más de un cincuenta por ciento de actividad agrícola tenían un 52.28% de los jueces, mientras su población era un 30.30% del total.<sup>(45)</sup>

Esa comparación podría servir para dos explicaciones: una reconocería que si bien los jueces costarricenses provienen en un número más alto de centros de población de segunda importancia, no se encuentran en igual condición de origen que los de Brasil,

(42) Encuesta de Trabajo, 1968. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

(43) Estadística Universitaria, 1968-1969. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 1972.

(44) SCHEMEN, op. cit., p. 77.

(45) TOHARIA, José Juan: Cambio Social y Vida Jurídica en España 1900-1970. Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, por publicar. pp. 178-179 de la versión en mimeógrafo, obtenido por cortesía del autor.

Italia o España, donde vienen de las regiones de menor desarrollo. En Costa Rica, al darse su origen en las zonas colocadas en segundo plano tan sólo a la ciudad capital, ello les daría una ubicación más cercana a las áreas de mayor desarrollo.

Pero dicha explicación tiene un obstáculo, cual es el de que la educación universitaria en Costa Rica no llega sino muy ocasionalmente a las personas provenientes de sectores rurales. Dado el requerimiento del título de abogado para los puestos de juez y admitiéndose sólo en los casos de inopia, que dichos cargos puedan ser servidos por quien carece de él, resulta casi imposible pensar que pueda presentarse un alto número de personas de origen rural en la judicatura. Podría entonces considerarse que, de acuerdo con la composición de los miembros de la profesión legal en Costa Rica, que en su casi totalidad está formada por personas provenientes del Área Metropolitana y de las ciudades cabeceras de provincia, se dedican a la Judicatura los que proceden de estas últimas.

Lo que no hay duda es que si relacionamos dichas circunstancias con la tesis de la judicatura como vehículo de movilidad social y la de menor prestigio de ésta con otras funciones del Estado, un estudio de profundidad podría encontrar una serie grande de aspectos de importancia para la comprensión del medio social original como factor influyente en las concepciones de los jueces de su papel social.

**3ª Sugerencia: La judicatura constituye en Costa Rica una verdadera carrera, a la cual se ingresa muy temprano en la vida y a la cual se dedica el funcionario de manera permanente.**

Doce de los jueces entrevistados por los estudiantes de mi seminario (75%) iniciaron su carrera judicial antes de haber terminado sus estudios de Derecho, ocupando posiciones de empleados de los tribunales, posiblemente con uso de la autorización contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial para que uno de los empleados de cada tribunal pueda ser estudiante de Derecho. Tres de ellos (18%) comenzaron su carrera judicial después de graduarse, uno de ellos (6%) no había estudiado Derecho sino que llegó a ser Alcalde de un cantón menor por nombramiento en funcionario o no letrado, al no existir candidatos al cargo que tuvieran la condición de profesionales.

Únicamente dos de los jueces salieron del Poder Judicial después de haberse iniciado en esa carrera y ejercieron la profesión de abogado. Uno de ellos lo hizo por espacio de veinte años y el otro durante seis años. Dos de los jueces (uno de los cuales está comprendido en la situación anterior) sirvieron por un período de pocos años en la Procuraduría General de la República. Fuera de ellos, ninguno de los otros había llevado a cabo actividad ocupacional distinta a la carrera judicial. Es así cómo seis de ellos habían servido en el Poder Judicial por más de treinta años, cinco entre veinte y treinta años, tres entre diez y veinte años y dos de ellos por menos de diez años.

Todo ello ocurre pese a que, según lo dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial, los jueces y alcaldes son elegidos por períodos de cuatro años y los Magistrados de la Corte Suprema lo son por períodos de ocho años. Ocurre ello también en un país donde la burocracia de la Administración Pública no comenzó a adquirir una institucionalización sino en 1953, al aprobarse la Ley N° 1581 de 30 de mayo, que estableció el servicio civil y sólo para los funcionarios del Poder Ejecutivo. Con anterioridad a esa fecha esa burocracia estaba regida por el principio del "botín político", que todavía mantiene vigencia en ciertas ramas de la Administración Pública.<sup>(46)</sup> Pese a que los funcionarios del Poder Judicial no se encuentran cubiertos por el sistema de servicio social, pareciera que en realidad, adquirió un grado de institucionalización muy alto, con anterioridad a otras ramas del servicio público. La circunstancia de que en 1948, después del movimiento revolucionario triunfante que tuvo lugar en ese año, se destituyera a la Corte Suprema de Justicia, pareciera no haber afectado el proceso de institucionalización de la burocracia judicial.

Pareciera entonces cierta, para nuestro país, la descripción de los jueces de los países que pertenecen al sistema jurídico continental europeo hace John Henry Merryman, cuando dice:

"... en el mundo del sistema jurídico continental europeo, un juez es... un servidor público, un funcionario. Aunque existen variantes muy importantes, la pauta general es como sigue: la carrera de juez es una de las varias posibilidades que tiene un estu-

(46) GARITA, Luis: *Análisis de la Burocracia en Costa Rica y su capacitación*. Tesis de grado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1972, ps. 1-18.

diante que se gradúa en la escuela de derecho de una universidad. Poco después de su graduación si quiere seguir la carrera de juez, tendrá que sustentar un examen oficial para aspirantes a jueces y si tiene éxito será designado como asistente de juez. Poco tiempo después, estará fungiendo como juez en un puesto inferior en la jerarquía de los tribunales. A su tiempo ascenderá en la escala según su capacidad y su experiencia práctica. Le aumentarán el sueldo según escalas pre-establecidas y pertenecerá a una organización de jueces que tiene como objetivo principal la mejora de los sueldos, condiciones de trabajo e inamovilidad judiciales.

“El ingreso a la carrera judicial sin empezar desde abajo es raro. Aunque esté prevista en algunas jurisdicciones del sistema jurídico continental la designación de abogados distinguidos o profesores, a los altos tribunales, la gran mayoría de los puestos judiciales, incluso los de más alto nivel, se llenan de entre las filas de los jueces profesionales”.<sup>(47)</sup>

Si eliminamos la organización de jueces, que en Costa Rica no existe, y, en lugar del examen de ingreso colocamos el concurso de antecedentes que se lleva a cabo cada vez que ocurre una vacante, los resultados obtenidos de la muestra parecieran confirmar esa descripción. Ella es válida aún para los miembros de la Corte Suprema, dado que sólo dos de los componentes de ella que encontramos en la muestra, llegaron a Magistrados sin que fueran jueces en ejercicio, aunque ambos lo habían sido en el pasado. Como queda dicho, sin embargo, en los últimos años esta última política pareciera haber sido variada por la Asamblea Legislativa.

El grado de institucionalización burocrática que posee el sistema judicial costarricense queda expresado en la muy indicativa circunstancia de que, en aquellos casos en que los entrevistados eran jueces de rango inferior, fue manifiesta la preocupación que sentían por lo ocurrido a los fallos que fueron dados como ejemplo, cuando fueron conocidos por un superior.

Ejemplo de dicha preocupación es un juez que reveló que mantenía una estadística personal del criterio de los tribunales superiores respecto a sus fallos, según la cual tenía un promedio de 90 a 95% de confirmaciones. Otro señaló con satisfacción que todas

(47) Ver supra nota 27, p. 36 en la obra original, p. 68 de la traducción.

las sentencias dadas en su primer año como juez sólo una le fue revocada; un tercero afirmó su preocupación porque “los Superiores” pudieran corregirlo y revocar su criterio; un cuarto, ya Magistrado puso énfasis en su independencia de criterio, diciendo que nunca le había preocupado que le confirmaran o revocaran sus sentencias, cuando era juez de primera instancia. Tres de los jueces, al indicar al entrevistador las sentencias ejemplo de su desempeño en la carrera, incluyeron en la historia lo ocurrido en el tribunal de segunda instancia o en la Sala de Casación. Si se piensa que el aspecto de confirmatoria o revocatoria de la sentencia no se encontraba en las preguntas, el hecho de que siete de dieciséis, casi un 44%, haya orientado la entrevista a ese punto adquiere una gran significación, cuando se relaciona con el hecho de que “Los Superiores”, sea los componentes de la Corte Suprema de Justicia no sólo conocen de los fallos en alzada sino que además tienen la facultad de nombrar o revocar el nombramiento.

Dado ese grado de institucionalización cabría finalmente preguntarse en qué medida la identidad creada entre los jueces al sentirse pertenecer a una organización influye en sus fallos.

Stanford, California, julio 1972 \*

\* El presente artículo fue escrito mientras trabajaba en la Escuela de Derecho de la Universidad de Stanford en el diseño de un estudio sobre Derecho y Desarrollo. El ambiente académico, la excelencia de las bibliotecas y la oportunidad de concentración en la tarea investigativa hicieron posible, entre otras actividades, la redacción de este artículo con fundamento en el material recogido antes. Conste mi agradecimiento a todos los que hicieron posible esta tarea.