

BIBLIOGRAFIA

- Archivos Nacionales. *Protocolos de San José. 1820-1850.*
- Aron, Raymond. "Social Class, Political Class, Ruling Class", en Reinhard Bendix and Seymour Martin Lipset, *Class, Status and Power.* Londres 1967.
- Mosca, Gaetano. *The Ruling Class.* New York 1939.
- Obregón Loría, Rafael. *El Poder Legislativo en Costa Rica.* San José 1966.
- Parker, Frank D. *The Central American Republics.* London 1968.
- Prado, Eladio. "Genealogía de la Familia Esquivel", en *Revista de los Archivos Nacionales.* Nos. 1 y 2. Año V. San José 1941.
- Revollo Acosta, Julio E. "La Descendencia del Adelantado de Costa Rica don Juan Vázquez de Coronado", en *Revista de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas.* No. 9. Año VIII. San José, Octubre 1961.
- . "La Ilustre Descendencia de Don Antonio de Acosta Arévalo", en *Revista de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas.* No. 8. San José, mayo 1960.
- Sanabria Martínez, Víctor. *Genealogías de Cartago hasta 1850.* San José 1957.
- Schumpeter, Joseph A. *Social Classes and Imperialism.* New York 1966.
- Stone Zemurray, Samuel. *Aspects of Power Distribution in Costa Rica.* En proceso de publicación en la nueva edición de *Contemporary Cultures and Societies of Latin America* (New York, Random House 1965), editado por el Dr. Dwight B. Heath.
- . *Los Cafetaleros: un estudio de los Grandes Caficultores de Costa Rica.* Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Costa Rica. No. 13. Junio 1969.
- . *Algunos Aspectos de la Distribución del Poder Político en Costa Rica.* En proceso de publicación en *Cahiers des Amériques Latines.* Universidad de París.
- Thiel, Bernardo Augusto. "Monografía de la Población de la República de Costa Rica durante el Siglo XIX", en *Revista de Costa Rica en el Siglo XIX.* San José 1902.
- . "La Iglesia Católica de Costa Rica durante el Siglo XIX", en *Revista de Costa Rica en el Siglo XIX.* San José, 1902.

EL FALSO TESTIMONIO

DR. FRANCISCO CASTILLO GONZALEZ
Profesor de Derecho Penal de la
Universidad de Costa Rica

SUMARIO

INTRODUCCION	Nº 1 a 2
Generalidades	Nº 3 a 5
PRIMERA PARTE. Falso testimonio cometido por testigo. Generalidades	
CAPITULO I—Elementos del Delito	
A) Deposition de un testigo hecha ante autoridad competente	Nº 6 a 28
Sección I—La calidad de testigo	Nº 8 a 24
a) El juramento	Nº 9 a 17
b) Personas obligadas al silencio	Nº 18 a 22
c) Personas con derecho al silencio	Nº 23 a 24
Sección II—La deposición	Nº 25
Sección III—La autoridad competente	Nº 26 a 28
B) La conducta delictiva	Nº 29 a 48
Sección I—La conducta en su modalidad activa	Nº 30 a 41
a) Afirmación de una falsedad	Nº 37 a 38
b) Negación de la verdad	Nº 39 a 41
Sección II—La conducta omisiva	Nº 42 a 48
C) La Intención	Nº 49 a 54
D) El perjuicio	Nº 55 a 59
CAPITULO II—Examen de algunos problemas que plantea el falso testimonio	
Sección I—Aplicación de reglas generales	Nº 61 a 63
a) Consumación y tentativa	Nº 61
b) Complicidad	Nº 62 a 63
Sección II—Circunstancias especiales de modificación de la responsabilidad	Nº 64 a 69
a) Circunstancia atenuante especial: la retractación	Nº 64 a 66
b) Circunstancias agravantes especiales	Nº 67 a 69
a-1) Falso testimonio contra el inculpaado en causa criminal	Nº 68
b-1) Falso testimonio dado por soborno	Nº 69
SEGUNDA PARTE: Falso testimonio cometido por perito, intérprete y/o traductor	
CAPITULO III—Falso testimonio cometido por perito, intérprete y/o traductor	
Sección I—Semejanzas entre el perito, intérprete y/o traductor en cuanto al delito	Nº 72 a 76
Sección II—Las diferencias entre el perito, intérprete y/o traductor en cuanto al delito	Nº 77 a 79
CONCLUSION	Nº 80 a 82

1) Según el artículo 314 "Será reprimido con prisión de uno a cinco años, el testigo, perito, intérprete o traductor que afirmar una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, interpretación o traducción, hecha ante autoridad competente.

Si el falso testimonio fuere cometido en causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de dos a ocho años de prisión. Las penas precedentes se aumentarán en un tercio cuando el falso testimonio sea cometido mediante soborno".

2) Por consiguiente, el artículo 314 del Código Penal de 1970, establece que el falso testimonio puede ser cometido por el testigo, por el perito, por el intérprete o por el traductor. Con base en el mismo, podemos establecer varias distinciones a la hora de tratar del falso testimonio: la principal es distinguir entre el falso testimonio cometido por el testigo, y la cometida por el perito, intérprete o traductor. Esta división se justifica porque mientras el perito, el intérprete o traductor son personas que tienen requisitos de la respectiva ciencia o arte para ser nombrados formalmente por el juez, el testigo saca su posición procesal de un particular acto de parte del juez.⁽¹⁾

Primera Parte. El Falso Testimonio Cometido por el Testigo

3) El testimonio es una forma de prueba judicial necesaria. Por la importancia que tiene en derecho penal, más que la confesión merecería ser llamada la "probatio probatissima".

En materia civil, siendo el testimonio importante, no lo es tanto, porque las partes pueden procurarse previamente a su llegada a los tribunales otras pruebas: es solamente cuando ha sido imposible procurarse otras pruebas, que el derecho civil admite, en general, que las partes presenten testigos.

En materia penal, por el contrario, la prueba preconstituida es imposible; por ello, el testimonio es, en realidad, el procedimiento corriente, para llegar al establecimiento de los hechos y al convencimiento del culpable.

Siendo necesaria la prueba testimonial, el testimonio reposa sobre las percepciones fugitivas de los sentidos y sobre la presunción de sinceridad del testigo, lo que hace que sea frágil y peligrosa.⁽²⁾

(1) Giuseppe Ruggiero, "Falza Testimonianza" en Enciclopedia del Diritto, Tomo XVI, pág. 592. Giuffrè Editore, 1967.

(2) Emile Garçon, "Code Pénal Annoté", Tome II, pág. 408, #1, Librairie Sirev, Paris, 1956. En el mismo sentido, José Ricardo Palacio, "El falso testimonio en causa criminal", en Revista de Derecho Español y Americano, editada por el Centro de Estudios Jurídicos Hispano-americanos. Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1964, págs. 81 ss.

La importancia del testimonio ha hecho que el legislador imponga a todo habitante de la República, cuando no esté justamente impedido, la obligación de comparecer a declarar como testigo (art. 425 Cód. proc. pen.), cuya inobservancia está sancionada por el artículo 392 inc. 3º del Código penal, sanción que no impide la imposición al testigo de la multa disciplinaria establecida en el artículo 428 Cód. proc. pen. Por último, es la misma importancia lo que explica el hecho de que el legislador imponga al testigo la obligación de decir verdad (artículo 434 Cód. proc. pen.), y de que haya organizado una represión severa del falso testimonio (artículo 314 Cód. pen.), del soborno (artículo 315 *ibid.*) y del ofrecimiento de testigos falsos (artículo 316 *ibid.*).

4) La institución del falso testimonio —como la usura— tiene raigambre directa en la teología cristiana.⁽³⁾

El origen religioso de la institución hace que para el juramento haya una fórmula particular, en la que la invocación a la divinidad no está exenta.

Además, el falso testimonio fue en un inicio un delito contra la religión. Lo que se castigaba era el perjurarse.

Este origen religioso del falso testimonio se ha perdido: hoy día, lo que se protege con la punición del falso testimonio es la administración de justicia; en especial, la pureza de la prueba testimonial.

5) De conformidad con el artículo 314 Cód. pen. el falso testimonio se comete por "... el testigo ... que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición ... hecha ante autoridad competente".

Del enunciado anterior, podemos obtener los elementos estructurales del delito.

(3) Baste recordar Exodo 20-16 "No testificarás contra tu prójimo falso testimonio"; *Ibidem*, 23-1 "No esparzas rumores falsos. No te unas a los impíos para testificar en falso"; Deuteronomio 5-20. "No dirás falso testimonio contra tu prójimo". *Ibidem* 19-18-19. "... quienes después de una escrupulosa investigación averiguasen que el testigo, mintiendo, había dado falso testimonio contra su hermano, le castigarán haciéndole a él lo que él pretendía que se hiciese con su hermano"; Proverbios, 19-5. "Testimonio falso no quedará sin castigo y el que esparce la mentira no escapará"; *Ibidem* 21-28. "El testigo falso perecerá, el hombre verdadero mantiene su palabra"; San Mateo 19-18. "Dijole él: ¿cuáles? Jesús respondió: no matarás, no adulterarás, no levantarás falso testimonio"; San Marcos 10-19 "Ya sabes los mandamientos: no matarás, no adulterarás, no robarás, no levantarás falso testimonio...".

6) Nosotros distinguimos cuatro elementos en el delito de falso testimonio: 1º) Deposición de un testigo hecho ante autoridad competente. 2º) Alteración u ocultamiento de la verdad en la deposición. 3º) La intención criminal del agente. 4º) Existencia de un perjuicio con la alteración de la verdad o el ocultamiento de la misma.

A Deposición de un testigo hecha ante autoridad competente

7) Este elemento del delito hace necesaria la investigación sobre el concepto de testigo, de deposición y de autoridad competente.

Sección I—La Calidad de testigo.

8) Podemos decir que testigo es aquél sujeto procesal que, bajo la fe del juramento, declara sobre hechos que personalmente le constan, para que dicha declaración sea tenida como prueba de los mismos.

a—El juramento

9) Condición esencial para ser testigo es haber sido juramentado, se trate de la materia civil, penal, de trabajo, etc. Este requisito del testigo se olvida muy a menudo en nuestro medio, quizás, porque la jurisprudencia en tratándose de falso testimonio es poca.

Este requisito es exigido por nuestra jurisprudencia, y es el juramento lo que distingue al falso testimonio —delito— de otras mentiras dichas en juicio.

De vez en cuando, la necesidad del juramento, para ser testigo, es recordado por los tribunales. Así, por ejemplo, la Sala Penal declara en una de sus sentencias —punto no contradicho por Casación al conocer del recurso— que "... se comete indudablemente el delito de falso testimonio cuando un testigo, en el sentido jurídico de la palabra, ante autoridad competente y de manera maliciosa, afirma un hecho que es falso o niega un hecho que resulta cierto".⁽⁴⁾ Esta condición del juramento, para la obtención

(4) Cas. 3:17 p. m. de 23 de noviembre de 1910. Col. Sent. Cas. 1910-II Sem., pág. 291

de la calidad de testigo, sujeto del delito de falso testimonio, es un punto de jurisprudencia constante.⁽⁵⁾

10) Por otro lado, la doctrina es unánime en este punto: para ser testigo se requiere haber sido previamente juramentado, pues la deposición testimonial, por su propia definición, requiere previamente el juramento.⁽⁶⁾ El individuo que no ha sido juramentado, no es testigo; el juez deberá tratar su declaración como una simple información. Pero las reglas que regirán esta declaración, a la hora de apreciarla, no son las de la prueba testimonial, sino las de la prueba indiciaria. Faltando, por tanto, el juramento, no puede cometerse el delito de falso testimonio.

11) El juramento es exigido para el testigo en el proceso civil. Así, de acuerdo con el artículo 316 del Cód. proc. civ. "Los testigos declaran bajo juramento y advertidos de las penas con que las leyes castigan el falso testimonio".

No fija el Código procesal civil la edad a partir de la cual puede tomarse juramento al testigo. A falta de este criterio, hemos de concluir que en el procedimiento civil la edad a la cual el juez puede juramentar a una persona, es cuando ésta haya cumplido 15 años. Ello, porque el testimonio, en el fondo, es un acto procesal y según el artículo 23 del Cód. Civ. "El menor de 15 años es persona absolutamente incapaz para obligarse por actos o contratos que personalmente ejecute o celebre".

(5) Cas. 2:34 p. m. de 30 dic. 1908. Col. Sent. Cas, 1908=II Sem., pág. 603; Cas. 2 p. m. de 27 de mayo de 1902. Col. Sent. Cas, 1902- I Sem., pág. 298; Cas. 2:45 p. m. de 22 de noviembre de 1927. Col. Sent. Cas. 1927- II Sem., pág. 846; Cas. 3 p. m. de 28 de mayo de 1903. Col. Sent. Cas. 1903, pág. 347; Cas. 15:30 h. de 10 de junio de 1953. Col. Sent. Cas. 1953- I Sem., pág. 1438.

(6) En este sentido, Garçon, *Op. Cit.*, Tomo II, pág. 409 ss.; Louis Lambert, "Traité de Droit Pénal Spécial", Editions. Police Revue, Paris 1968, págs. 1055 ss.; Paul Logoz, "Commentaire du Code Pénal Suisse", Partie Spécial, Tomo II, pág. 727, Delechaux et Niestlé, S. A. Neuchatel, Suisse, 1955; Luis Carlos Pérez, "Manual de Derecho Penal", pág. 287, Editorial Temis, Bogotá, 1959; Ricardo Levene (h) "El delito de Falso Testimonio", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963; Cuello Calón, "Derecho Penal", Tomo II, Parte Especial, undécima edición, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1961, pág. 278; Sebastián Soler, "Derecho Penal Argentino" Tomo V, pág. 258, Tipográfica Editora Argentina (TEA), 1951.

Manzini nos dice "La presentación del juramento no es necesaria, para la punibilidad del delito de falsedad judicial" ("Tratado de Derecho Penal", Tomo V, pág. 202, Ediar Soc. An. Editores, Buenos Aires, 1961, pág. 199).

En contra, José Rafael Mendoza ("Curso de Derecho Penal Venezolano" Compendio, Parte Especial, pág. 178; II Edición, Empresas El Cojo S. A., Caracas, 1961), quien nos dice: "...porque el juramento puede no ser religioso, basta una simple promesa de decir verdad".

El Código de procedimientos penales exige también el juramento en el artículo 434, según el cual "Todo testigo antes de ser interrogado prestará juramento de decir verdad sobre lo que fuere preguntado, sin ocultar nada de lo que conduzca al esclarecimiento de los hechos". El mismo artículo nos dice: "Inmediatamente después de juramentado el testigo, el juez le instruirá de la obligación en que está de ser veraz y de las penas con que la ley castiga el falso testimonio".

12) No regula el Cód. proc. pen. la forma de tomarle al testigo el juramento. Por ello, debe aplicarse el artículo 740 del mismo código que establece la analogía para las disposiciones procesales no reguladas por el Cód. proc. pen. Debe aplicarse, pues, la fórmula establecida en el artículo 1056 del Código de procedimientos civiles.

La fórmula contenida en el artículo 1056 Cód. proc. civiles es la siguiente: "¿Juráis por Dios decir la verdad en lo que fuereis interrogado?", a lo que el testigo debe responder "Sí juro". Según el mismo artículo "Los que no creyeren en Dios jurarán por lo más sagrado de sus creencias".

La redacción amplia y liberal contenida en el artículo precitado, hace que no se presenten en nuestra legislación los problemas que se presentan en otras, en las que por estar referido el juramento a la religión católica o a una de las cristianas, dejan por fuera a los ateos, y a los miembros de religiones diferentes del cristianismo.

Deja, sin embargo, sin resolver, el problema de los testigos cuya religión les prohíbe jurar, de modo absoluto. Tal es el caso de los cuáqueros y de los anabautistas, cuyas creencias les impiden jurar.

Siendo el juramento una formalidad esencial del testimonio, de ahí se deduce que es una de las obligaciones que la ley impone a la persona que es llamada a jugar dentro del proceso penal, el papel de testigo⁽⁷⁾, por lo que toda persona está obligada

(7) G. Leone, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo II, pág. 246, Editorial EJE. Buenos Aires, 1963, quien nos dice que la ley establece, en el procedimiento penal, cuatro obligaciones para el testigo: a) La obligación de comparecencia ante el juez. b) La obligación de proporcionar al juez los propios datos personales. c) La obligación de jurar. d) La obligación de deponer (la verdad).

a prestar juramento, aunque sus creencias religiosas se lo impidan. Para algunos, sin embargo, imponer la obligación de jurar a estas personas a quien se los prohíbe la religión, sería violatorio de la libertad de conciencia.⁽⁸⁾

Considerando que el juramento, referido al testimonio, ha dejado de tener una significación religiosa y que el falso testimonio es un delito contra la Administración de justicia y no contra la religión, es aceptable, para estos casos excepcionales, que se pida únicamente la promesa de decir verdad, lo que constituiría una excepción al principio de que no puede haber testimonio sin juramento.

13) La ley penal solamente castiga la mentira dicha por un testigo en su deposición y dicha ante autoridad competente. Como no hay testigo sin juramento, de ahí se deduce que no pueden ser sujetos del delito de falso testimonio ni los menores de 15 años en el proceso civil, ni los de 10 años en el proceso penal; tampoco aquellas personas de quien se sospeche por parte del juez, que han tomado parte en el hecho que se investiga en calidad de autores, cómplices o encubridores.

14) El artículo 314 del Cód. pen. no es aplicable al menor de 15 años que declare en el proceso civil, porque la capacidad para ser testigo en dicho proceso— a falta de norma expresa, debe ser fijada de conformidad con el artículo 23 del Cód. civil.⁽⁹⁾

Tampoco puede aplicarse el artículo 314 Cód. pen, a los menores de 10 años que faltan a la verdad en procedimiento penal, porque de acuerdo con el artículo 434 Cód. proc. pen. no se les juramenta. Y siendo el juramento condición esencial para la existencia de un testimonio, de ahí se deduce que de acuerdo con los

(8) Para algunos, sin embargo, imponer la obligación de jurar a personas a quienes se lo prohíbe su religión, es violatorio de la libertad de conciencia, derecho garantizado por las Constituciones. Para ellos, es admisible que estos testigos declaren simplemente, "Yo lo prometo", fórmula que no tiene el sentido religioso en referencia. Quien, jurando de este modo faltase a la verdad, cometerá desde luego, el delito de falso testimonio. En este sentido. Emile Garçon, *Op. Cit.*, Tomo II, pág. 409).

(9) No podría aplicarse, en nuestro criterio, analógicamente la disposición del Cód. proc. pen. que fija la edad a partir de la cual se puede ser testigo en 10 años, a la situación no reglada —pero idéntica— del derecho procesal civil, porque el derecho procesal civil aparece como el derecho común frente al derecho especial que es el derecho procesal penal. Es el derecho civil el derecho común del derecho procesal civil.

Para Leone (*Op. Cit.*, Tomo I, pág. 63) deben considerarse, al contrario de lo que pensamos, "... todas las normas procesales, cualquiera que sea el sector a que ellas pertenezcan, como miembros de un solo cuerpo, como elementos de un solo organismo: el derecho procesal". Por tanto, "... podremos tener aplicación analógica de una disposición de la ley que regule el proceso penal, a casos analógicos o materias afines del derecho procesal civil o administrativo".

artículos precitados, es hasta cierta edad que el individuo adquiere la capacidad para ser juramentado en juicio; por tanto, para tener la calidad de testigo, sujeto del delito de falso testimonio.

El hecho de no tomarle al menor de cierta edad juramento se fundamenta en la circunstancia de que es más difícil para el menor que para el adulto recordar ciertos hechos que caen bajo la acción de sus sentidos, debido a su frágil memoria. Por otro lado, al niño le es difícil narrar lo que vio, al lado de que tiene una tendencia a la fantasía, de que priva en él la imaginación sobre la realidad, el impulso sobre el raciocinio.⁽¹⁰⁾ Además, el niño es fácilmente sugestionable.

De conformidad con nuestro derecho es necesario recordar, sin embargo, que si teniendo edad para ser juramentado, pero no capacidad penal, que por razón de la edad se adquiere a los 17 años, el menor falta a la verdad bajo juramento y ante autoridad competente, no estará sujeto a pena, sino a las medidas tutelares edictadas por la ley N° 3260 de 20 de diciembre de 1963, llamada "Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores". Hacer este distinción es importante, porque si bien el menor de 10 años cumplidos en el proceso penal y de 15 cumplidos en el proceso civil, mientras no haya alcanzado esta edad no puede ser testigo ni sujeto del delito de falso testimonio. Pero si cumplida esta edad, falta a la verdad conscientemente en juicio y ante autoridad competente, aunque carezca de capacidad penal (por tanto, es inimputable desde el punto de vista del derecho penal si no ha cumplido 17 años), el delito queda subsistente, lo que es importante para el caso de que exista soborno u otras figuras conexas al falso testimonio.

15) El hecho de que no se les tome juramento a "... aquellos de quien se sospeche que hayan tomado parte en los delitos, en calidad de autores, cómplices o encubridores", se fundamenta en el principio de que nadie puede ser testigo en su propia causa.⁽¹¹⁾

El Cód. proc. pen. manda que no se le tome juramento a las personas de las que el juez sospeche que han podido participar

(10) Ricardo Levene, *Op. Cit.*, pág. 48. Por otro lado, como hace recalcar Pierre David (*Encyclopedie Dalloz*, sous la voix "Témoïn", # 26), el menor de cierta edad no puede darse cuenta de la gravedad y trascendencia del juramento.

(11) Alexis Zousmann, *Encyclopedie Dalloz*, Droit Pénal, sous la voix "Faux Témoignage", # 13. Esta posición aplica la regla que ya existía en el derecho romano: "nullus idoneus testis in re sua intelligitur", que ya citada Pomponius ("De testibus" D.XII, 5).

como autores, cómplices o encubridores. Al considerar al encubridor como sujeto que no debe ser juramentado, lo hizo el legislador procesal basándose en el criterio, hoy superado, de que el encubridor es participante en la infracción. Hoy día la doctrina ha establecido que el encubrimiento no forma parte de la participación criminal, porque los actos de encubrimiento intervienen después de la consumación de la infracción. En consecuencia, el encubridor no ha participado —por no haber contribuido a su comisión— en la infracción. De ahí que el derecho moderno —nuestros códigos de 1941 y 1970— hacen del encubrimiento un delito distinto de la participación criminal, delito contra la administración de justicia. Es necesario, sin embargo, mantener la incapacidad para ser juramentado como testigo de la persona de quien el juez sospeche que ha sido encubridor, porque siendo delito distinto, el encubrimiento es también un delito de consecuencia, cuya punición depende de la existencia de un hecho principal. Esa es la razón por la cual el encubridor no puede ser testigo idóneo en la causa del autor o del cómplice, porque él podrá beneficiarse del no establecimiento del hecho principal.

Fuera de la incapacidad por razón de la edad y por razón de la posible participación en el delito (y por ser encubridor), no hay ninguna otra incapacidad para prestar juramento y por tanto para adquirir la calidad de testigo, sujeto activo del delito de falso testimonio. Los incapaces mentales —incluso los que sufren de enajenación mental total— ni los sordomudos ni los ciegos no son ipso facto descartados de prestar juramento.⁽¹²⁾ En consecuencia, pueden ser sujetos activos del delito de falso testimonio.

16) Cuando un menor de 10 años, en el proceso penal y un menor de menos de 15 años en el proceso civil es interrogado bajo juramento y falta a la verdad, no comete el delito de falso testimonio, porque de acuerdo con el artículo 314 del Cód. pen. comete el delito de falso testimonio el testigo que afirmare una falsedad, negare la verdad o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición "... hecha ante autoridad competente". Y el juez, ni ninguna autoridad, es competente para recibir testimonios a menores de menos de 10 años en el proceso penal (artículo 434 Cód. proc. pen.) ni a menores que tengan menos de 15 años en el proceso civil (artículo 23 del Código Civil).

(12) Pierre David, *Op. Cit.*, # 25 y # 27.

Del mismo modo, si una persona es oída como testigo y posteriormente es inculpada, por los hechos sobre los cuales declaró, habiendo, como testigo, faltado a la verdad, comete el delito de falso testimonio, toda vez que nos encontramos aquí con una apreciación discrecional del juez, cual es la de apreciar la calidad de participante, o encubridor de la persona que exime del juramento. La situación se diferencia radicalmente del caso anterior, en el que la incompetencia que se produce se fundamenta en la edad. Sin embargo, el inculpado que declaró falsamente podrá alegar, como lo veremos, la causa de exculpación denominada coacción, establecido en el artículo 38 del Cód. pen.

Comete delito de falso testimonio el testigo que haya faltado a la verdad o la haya ocultado conscientemente, aunque existan causales que hagan nulo el testimonio, salvo lo dicho con relación a los menores, siempre y cuando este testimonio pueda considerarse como deposición, hecha ante autoridad competente. Sin embargo, se dan también razones en sentido inverso. En especial se ha dicho que en el caso de que haya nulidad en lo que se refiere al juramento, esta nulidad impide el nacimiento del delito porque sin juramento (válido) no hay testimonio; si no existe testigo, tampoco podrá existir falso testimonio.

17) Tanto en el proceso civil, pero en especial en el proceso penal, ciertos testigos tienen el derecho o la obligación del silencio. Los mismos tienen que ser juramentados, porque todos tienen el deber de concurrir ante la autoridad competente y de juramentarse si son llamados como testigos (art. 425 Cód. proc. pen.; art. 392 inc. 3 del Cód. pen.), pero deben hacer valer su derecho o manifestar su obligación al silencio.⁽¹³⁾ Nos corresponde, entonces, estudiar con detenimiento las personas con derecho u obligación al silencio.

b—Personas obligadas al silencio

18) Ciertas personas, llamadas a juicio como testigos y después de haber sido juramentadas, tienen el deber de callar, si la respuesta que dieran pudiera revelar un secreto de que hayan tenido noticia en razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, si la

(13) Alfred Légal, "Secret Professionnel" en Encyclopedie Dalloz, # 40.

divulgación de este secreto puede causar perjuicio (art. 203 Cód. pen. 1970),⁽¹⁴⁾ y si la revelación se hace sin justa causa.

Desgraciadamente no ha habido jurisprudencia (de la Corte de Casación), ni bajo el Código de 1924, ni bajo el Código de 1941, en lo tocante al secreto profesional.

El problema es el saber si el ser llamado a juicio como testigo, es "justa causa" para la revelación de un secreto que se posea en razón del estado, profesión etc. Esto toca a la existencia del delito de revelación de secretos y a sus posibles circunstancias de exculpación. Para nosotros, el hecho de ser llamados como testigo, no es justa causa para revelar el secreto que se posea. No podrá equipararse esa situación con aquella de revelarlo para evitar ser condenado por un delito que no ha cometido y cuyos autores conozca el culpado en virtud del secreto profesional.

Pero sí podemos concluir que la existencia de un secreto profesional es motivo que configura una inmunidad para no testimoniar y el testigo no puede ser obligado a testimoniar. De toda forma, esta inmunidad es de carácter relativo, en el sentido que solamente debe existir a favor de aquellos individuos poseedores de secretos cuya revelación pueda causar perjuicio al honor y a la consideración de familias y personas.⁽¹⁵⁾ Resolver lo contrario, sería causar graves perjuicios a la administración de justicia.⁽¹⁶⁾ La existencia de la inmunidad antes apuntada, impide, por consiguiente, la persecución del individuo, de conformidad con el artículo 392 inc. 3).

Existen personas que están obligadas a denunciar ciertos hechos que conocen en virtud del cargo que ocupan (art. 147 Cód. proc. pen.); sin embargo, el artículo 149 del mismo código declara que "Se exceptúa de la obligación de denunciar, a las personas mencionadas en los dos artículos anteriores, que hubieran tenido cono-

(14) Ver el artículo 256 del Código penal de 1941 y tómesese en cuenta las modificaciones que introduce el Código de 1970. En particular, se suprime en el Código del 70 la frase "...y que no consista en un plan o conspiración para delinquir..." y la última frase del artículo 256 del Código del 41, que decía: "En las mismas penas incurrirá el que divulgare actuaciones o procedimientos, que por ley deben quedar secretos".

(15) J. Sauvel, "Les Inmunités Judiciaires" (Ce que l'on peut dire et écrire en justice et la police de l'audience"). Sirey, 1956, pág. 106.

(16) Garçon, *Op. Cit.*, Tomo II, # 33 ss.

cimiento del delito por revelaciones hechas bajo el secreto profesional", lo que pareciera indicar que no es justa causa para revelar el secreto que puede causar perjuicio el ser llamado a declarar como testigo.

19) Tampoco están obligados a declarar como testigos —aunque sí a juramentarse— aquellas personas poseedoras de secretos, aunque no hayan sido conocidos por ellas en virtud del ejercicio de las funciones de una profesión, de un estado, etc., si lo que se va a declarar puede revelar "... secretos políticos, o de seguridad concernientes a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la nación". (art. 284).

El artículo 284 del Código penal prevé la conducta indicada anteriormente y castiga a quien revelare estos secretos con pena de prisión de uno a seis años. Esta obligación existe aunque quien hace la revelación se haya enterado del secreto de manera casual. Además, el artículo 284 del Cód. pen. no autoriza la revelación del secreto aun por "justa causa". Por consiguiente, si un individuo revela uno de los secretos que protege el artículo 284 —salvo que exista un hecho justificativo de la infracción establecido en la parte general del Código del cual beneficiar— es punible, aunque lo hubiere revelado por haber sido llamado como testigo a declarar en un juicio.

El sujeto que se encuentre en esas condiciones con mayor razón podrá prevalerse de su obligación al silencio.

20) Esta obligación al silencio se acentúa más en el artículo 285 del Cód. pen., porque sanciona con prisión de un mes a un año "... al que por culpa revelare hechos o datos, o diere a conocer los secretos mencionados en el artículo precedente, en los que se hallare en posesión en virtud de su empleo, oficio o contrato oficial".

21) En la misma situación se encuentra "... el funcionario público que divulgare hechos, actuaciones o documentos, que por ley deben quedar secretos", porque el artículo 337 Cód. pen. lo castiga con prisión de tres meses a dos años.

22) Por último, tienen obligación de silencio y correlativamente inmunidad para declarar como testigos, los individuos que se encuentren en la situación definida en el artículo 286 según el

cual "Será castigado con diez a cincuenta días multa, el que tome copia o publique o de otro modo divulgue documentos secretos de la Administración Pública, no concernientes a los medios de defensa o seguridad de la nación o a sus relaciones internacionales, cuando el hecho no implique delito".

c—Las personas con derecho al silencio

23) Según el artículo 39 de la Constitución Política, "En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad".

Este artículo no presenta dificultad en lo que se refiere al acusado, puesto que no es juramentado.

Esta disposición constitucional modificó el artículo 455 Cód. proc. pen., que declaraba absolutamente inhábiles para ser testigos "1º Tratándose del cargo, el cónyuge del acusado, aun cuando esté legalmente separado, sus ascendientes, descendientes u otros parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad".

El inciso primero se fundaba en el artículo 39 de la Constitución de 1871.

La Constitución del 49 modifica este artículo del código procesal, según el artículo 197 de la Constitución que declara que "... se mantiene en vigor el ordenamiento jurídico existente, mientras no sea modificado o derogado por los órganos competentes del Poder Público, o no quede derogado expresa o implícitamente por la presente Constitución". La modificación aportada por la Constitución del 49 al artículo 455 Cód. proc. pen. consiste en que lo que establece no es una incapacidad del próximo pariente para declarar como testigo, sino un derecho a no hacerlo. Esta es la interpretación dada por la Corte de Casación.⁽¹⁷⁾

(17) Cas. 15 h. de 21 de enero de 1966 (Col. Sent. Cas. 1966-I Sem., T. I, pág. 221; Cas. 15 h. de 12 de marzo de 1958; Cas. 14:45 h. de 3 de diciembre de 1965.

Estas sentencias están de acuerdo con el pensamiento del constituyente, expresado en las Actas (Actas de la Asamblea Constituyente, Tomo II, págs. 514 y 515).

De acuerdo con lo anterior, si el testigo pariente en cuestión, después de haber sido juramentado no hace valer su derecho al silencio, el testimonio será válido. Así lo ha resuelto la Corte de Casación, en su sentencia de 15 h. de 21 de enero de 1966, precitada, en la que se lee: "II- En razón de lo que antes se expone, ningún escollo legal existió ni existe para admitir la declaración del menor C. L. A. G., sobrino del acusado, ni para que se llevaran a cabo los careos dispuestos, a los que el testigo no se opuso en forma alguna".

24) Si un testigo con derecho al silencio miente, comete el delito de falso testimonio. También comete el mismo delito el testigo obligado al silencio que miente. Y si además de ello revela lo que tiene obligación de callar, podría cometer también otro delito.

Sección II—La deposición.

25) Además de la condición esencial del juramento, para que pueda existir el delito de falso testimonio, se requiere que haya deposición. La negación de la verdad, la afirmación de una falsedad, o el ocultamiento de la verdad, debe realizarla el testigo "...en su deposición" (artículo 314 Cód. pen.), o lo que es lo mismo, en el curso de una deposición. Y ésta requiere el concurso simultáneo de tres condiciones que son: a) La presencia en el mismo lugar de un sujeto órgano de la autoridad competente, por un lado, y la presencia de la persona que comparece a deponer. b) La admisión del testigo para que declare lo que sepa sobre determinados hechos. c) La manifestación de conocimiento hecha por el testigo, en forma positiva o negativa, según el contenido de su conocimiento o de la modalidad de expresión adoptada en concreto.⁽¹⁸⁾

Sección III—La autoridad competente.

26) Según el artículo 314 del Cód. pen. la deposición debe ser hecha "...ante autoridad competente". Luego, un requisito normativo para la punición del delito de falso testimonio, es la calidad del órgano que hace el interrogatorio y recibe la respuesta.

(18) Giuseppe Ruggiero, *Op. Cit.*, pág. 529.

En el caso concreto, la autoridad debe ser competente para recibir testimonios.⁽¹⁹⁾ Pero cumplido este requisito, la autoridad puede ser de diferente naturaleza (civil, penal, de tipo administrativo, etc.). En lo anterior se diferencia nuestro derecho penal, de otros sistemas, en los que el falso testimonio solamente puede darse si la falsa manifestación es hecha ante autoridad judicial competente.⁽²⁰⁾ Nuestro sistema es más amplio y puede cubrir, no solamente la actividad judicial, sino la administrativa, la contencioso-administrativa, la parlamentaria, etc.

27) Se ha discutido en doctrina si la declaración prestada ante árbitros amigables componedores, hecha bajo la fe del juramento y en la que conscientemente se niegue o se oculte la verdad, total o parcialmente, o se afirme una falsedad, puede constituir falso testimonio. Pareciera que no es posible la existencia del falso testimonio, porque los árbitros amigables componedores no pueden ejercer ningún acto de jurisdicción pública, ya que los particulares que los nombran carecen de facultad para conferir la potestad a otro particular. Ellos, los árbitros amigables componedores, solamente tienen la autoridad que las partes les confieren y no pueden compeler a los testigos, ni ejecutar sus laudos.⁽²¹⁾

Por los problemas que presentan los árbitros es que el Código penal suizo declara en su artículo 309: "Les articles 306 a 308 (que castigan el falso testimonio y las figuras conexas al mismo) sont aussi applicables a la procédure devant les tribunaux administratifs,

(19) En este sentido ver Cas. 2:15 p. m. de 25 de julio de 1906 (Col. Sent. Cas. II Sem. pág. 30). En ella Casación declara con lugar el recurso establecido por un individuo condenado por falso testimonio, por haber afirmado bajo juramento una falsedad en una información ad-perpetuam. Los tribunales de instancia consideraron que: "Una declaración falsa, siempre entraña delincuencia, aun prestada en informaciones extraprocesales, cuya eficacia probatoria es eventual, así se hayan o no incorporado a expediente alguno...". Casación afirma, en contra de lo dicho por los tribunales de instancia que "...la certificación... que ha servido de base a este proceso, sacada de una información ad-perpetuam, levantada fuera de los casos permitidos por la ley y sin citación de parte interesada es ineficaz para comprobar el cuerpo del delito...".

(20) Así, por ejemplo, el Código penal francés, artículos 361, 363, 362, 364: el código penal italiano, artículo 372 "Cualquiera que, deponiendo como testigo ante autoridad judicial...".

En igual sentido, el artículo 246 del Código penal de Venezuela. Así nos dice la Dra. Lolita Aniyar de Castro ("Error y falsedad en el testimonio", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia, Venezuela, N° 17, año, VI, 1966, pág. 73): "La deposición debe rendirse ante autoridad judicial para que pueda ubicarse dentro del tipo penal. No importa si ésta es civil o penal...".

(21) En este sentido, Ricardo Levene (h), *Op. Cit.*, pág. 102.

devant les arbitres et fonctionnaires de l'Administration ayant qualité pour recevoir des témoignages".⁽²²⁾

28) Algunas leyes especiales castigan como falso testimonio el hecho de faltar en una declaración jurada. Es evidentemente, una excepción a los principios anteriormente establecidos, excepción que se establece por ley especial. Tal es el caso de la ley N° 139 de 14 de julio de 1941 (Ley de informaciones posesorias) cuyo artículo 2° establece que "Todas las afirmaciones contenidas en el escrito a que se refiere el artículo anterior, se tendrán como declaración jurada del solicitante, y por consiguiente, cualquier falsedad que llegare a demostrarse, hará incurrir a éste en las penas del delito de falso testimonio".⁽²³⁾

B Conducta Delictiva

29) De acuerdo con el artículo 314 del Cód. pen. el falso testimonio se da cuando el testigo "... afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición...".

La conducta delictiva del testigo puede asumir, por tanto, una modalidad activa, que consiste en afirmar, total o parcialmente, una falsedad, o en negar, total o parcialmente, la verdad. Puede asumir también una conducta omisiva, que es lo que se llama reticencia y que consiste en callar, total o parcialmente, la verdad.

Procede analizar, entonces, en dos secciones separadas, la conducta en su modalidad activa y la conducta punible de su modalidad pasiva.

Sección I—La conducta en su modalidad activa

30) Como dijimos, la conducta en su modalidad activa está constituida por la afirmación de una falsedad o por la negación de la verdad, sea totalmente, sea parcialmente.

(22) Code pénal suisse Annoté, André Panchaud, Payot Lausanne, 1967, pág. 201.

(23) En realidad, más que falso testimonio, el individuo que miente en una declaración jurada debería ser perseguido por perjurio. Es lo que hacen otras leyes; así, la N° 837 de 20 de diciembre de 1946 en su artículo 44; la ley N° 39 de 14 de julio de 1967, artículo 47.

31) La doctrina ha discutido si el juicio de falsedad deriva del contraste entre lo declarado y lo percibido o del contraste entre lo declarado y lo acaecido.

El problema no se presenta cuando lo declarado es diferente de lo percibido y de lo acaecido, porque ha habido voluntad de afirmar una falsedad o de negar la verdad. En este caso, con toda evidencia, hay falso testimonio. Tampoco existe dificultad cuando lo percibido, lo declarado y lo acaecido coinciden.

32) El problema se presenta cuando existe disconformidad entre alguno de los tres extremos, y es fácil establecer varias hipótesis: a) Lo declarado A difiere, tanto de lo percibido B como de lo acaecido C. b) Lo declarado A es conforme a lo percibido A, pero difiere de lo acaecido B. c) Lo declarado A difiere de lo percibido B, pero es conforme a lo acaecido A.

En el primer caso, suponiendo que la declaración sea voluntariamente diferente de lo percibido A existe el delito de falso testimonio. En el segundo caso, la mayoría de las veces hay falso testimonio. La discusión entre los autores se presenta en el tercer caso: existe divergencia entre lo declarado A y lo percibido B, pero no con lo acaecido A.

33) Al respecto la doctrina es partidaria de afirmar que el criterio de la falsedad no depende de la relación entre lo declarado y la realidad de las cosas, sino que depende de la divergencia entre lo objetivamente declarado y lo subjetivamente percibido. Para decirlo con Carrara, el criterio de la falsedad depende de "... las relaciones entre lo dicho y el conocimiento del testigo...".⁽²⁴⁾ Por consiguiente, existe el delito de falso testimonio cuando se declara un hecho realmente acaecido, si la declaración difiere de la representación del hecho. Tal es el caso del testigo que finge haber oído o visto, cuando en realidad no vio ni oyó lo que realmente suce-

(24) Carrara, "Programa de Derecho Criminal", Parte Especial, Volumen V, #2698, pág. 267. Editorial Temis, Bogotá, 1961. En igual sentido, Manzini, *Op. Cit.*, Vol. V, pág. 205, Parte Especial; Ruggiero, *Op. Cit.*, pág. 532, Garçon, *Op. Cit.* Tomo II, pág. 414 # 49; Soler, *Op. Cit.*, Tomo V, pág. 259.

dió.⁽²⁵⁾ Pero no se comete falso testimonio cuando el individuo afirma algo que no sucedió si lo declarado concuerda con lo percibido por el sujeto.

34) Por otro lado, también se plantea el problema en los casos límites en los que existe un error en la declaración, cuando el sujeto, por error en la declaración, afirma lo falso queriendo afirmar lo verdadero o bien cuando afirma lo verdadero queriendo afirmar lo falso, también por error en la declaración.

En el primer caso, lo declarado A no está de acuerdo con lo percibido B, ni con lo acaecido B; en el segundo caso pueden presentarse dos hipótesis: 1) que lo declarado A este de acuerdo con lo acaecido A, pero no con lo percibido B, debido al error en la declaración. 2) que lo declarado A, no esté de acuerdo con lo acaecido B, ni con lo percibido C, debido a un error en la declaración.

(25) En este sentido, Cas. 15 h. de 18 de julio de 1955 (Col. Sent. Cas. 1955- I Sem., pág. 439), en la que se declara, con evidente inspiración en Soler -que a su vez sigue a Carrara-: "El falso testimonio consiste, en la mentira de un testigo al afirmar como sabidos hechos que no ha percibido por medio de sus sentidos, o al situarse al declarar ante autoridad competente en discrepancia entre los hechos referidos y los hechos sabidos. Quien incurre en una falsedad de esa naturaleza, claro que comete el delito. Pero hay que tener en cuenta que afirmar una falsedad es cosa distinta de afirmar una inexactitud, defecto en que incurren a menudo los testigos, por mala apreciación de las circunstancias que rodean los hechos, por perturbación psíquica originada por el mismo suceso, o simplemente, porque son imaginativos".

La jurisprudencia anterior a esa fecha se había establecido en este sentido. Tal fue la solución dada por la Sala Penal al revocar una sentencia de primera instancia, dictada en el caso siguiente: dos individuos, en un juicio por usurpación de tierras afirman haber visto al acusado quemar un rancho, hecho que no fue negado, sino admitido por el acusado en dicho juicio. Empero, el acusado acusa a los dos testigos por falso testimonio, porque en el momento en que él quemó el rancho, ellos no se encontraban en el lugar de la quema, sino en la vela de un ángel. El Juez absuelve considerando que "...conforme a nuestras leyes... incurre en falso testimonio el que afirma ante una autoridad un hecho falso, y no ha resultado falso el hecho que afirmaron los acusados...". "Para que el falso testimonio se cometa, lo jurado debe ser falso, y la falsedad debe ser sobre hechos de importancia y trascendencia, capaces de inducir a error a la justicia. Pues bien, el hecho afirmado por los acusados, no ha resultado falso, aún tomándolos como verdaderos; la justicia no se equivocaba porque eran ciertos". Apelaba la resolución, la Sala la confirma, pero basándose en falta de prueba del hecho de que los acusados no estuvieron en el lugar de la quema. Pero dice: "Ellos dicen que vieron y oyeron y entonces, ¿mintieron o afirman una falsedad? Si no vieron ni oyeron, no hay duda de que vertieron una declaración falsa (Artículo 473 del Código penal)". Ambas sentencias pueden verse en Cas. 10:50 A. M. de 6 de abril de 1936- Col. Sent. Cas. I Sem., pág. 513).

Nuestra Casación ha resuelto, sin embargo, que no existe falso testimonio cuando se afirma en juicio lo que se afirmó en una declaración jurada que pide la ley de informaciones posesorias, hecha ante notario, si los datos declarados, pero consignados, idénticamente en el acta, fueran falsos. Este caso, la declaración del testigo se ajusta a la verdad formal y objetiva que señala el instrumento público, porque "...no argüido de falso ese documento, mal puede estimarse que lo sean las declaraciones que en aquél escrito inicial... se basen..." (Cas. 15:45 h. de 25 de marzo de 1966- Col. Sent. Cas. 1966- I Sem., T I, pág. 442).

La solución de estos casos surge de la observación de que el elemento moral o subjetivo del delito excluye absolutamente la forma culposa y sólo admite la forma dolosa. En el primer caso planteado, el error en la declaración, efecto de una conducta culposa, (se declara lo falso queriendo afirmar lo verdadero, por error en la declaración), no hace nacer el delito, porque en el falso testimonio la conducta culposa es incompatible con el elemento subjetivo del delito, que es doloso.

En la primer hipótesis del segundo caso, la definición del falso testimonio (divergencia entre lo dicho y lo percibido por el testigo), lleva a la declaratoria de la existencia del delito de falso testimonio. En la segunda hipótesis (cuando lo declarado A, no está de acuerdo con lo acaecido B, ni con lo percibido C, debido a un error en la declaración, error que hizo que en vez de D, que era lo que quería declarar, declarara A), no existe tampoco el delito de falso testimonio, porque si la alteración de la declaración no es voluntaria, sino involuntaria, es incompatible con el elemento subjetivo del delito.⁽²⁶⁾ Por consiguiente, para que exista el delito de falso testimonio es necesaria la conformidad entre lo declarado y la representación. La involuntaria diferencia entre lo percibido y lo declarado, tiene por efecto el impedir el nacimiento del delito de falso testimonio. Evidentemente, es sumamente difícil probar el carácter involuntario de la alteración de lo representado en la declaración. Pero este es un problema procesal.

La solución anterior parece lógica sobre todo si se piensa que en el falso testimonio el dolo consiste en la sustitución de la originaria representación de lo ocurrido, por una representación artificiosa, que es la que efectivamente se declara. El dolo, anterior a la conducta delictiva, consiste en esa operación sustitutiva, que determinará luego la conducta delictuosa (activa o pasiva). El dolo requiere el conocimiento de la sustitución de la representación en las tres etapas que le sirven de presupuesto: lo acaecido, el acto de percepción y el resultado de la percepción.

35) Se ha discutido, respecto a la modalidad activa del delito, si sólo se configura el falso testimonio sobre la base de descripción de los hechos o si también es posible cuando el testigo hace una valoración de la realidad.

(26) Ruggiero, *Op. Cit.*, pág. 533.

La jurisprudencia y la doctrina francesas afirman la imposibilidad de la comisión del delito de falso testimonio en las apreciaciones y valoraciones de los testigos porque, versando éstas sobre los hechos, deben ser controladas por el juez.⁽²⁷⁾

36) En lo que se refiere al problema planteado y a la forma como se debe resolver en nuestro derecho, es necesario recordar, que de acuerdo con el artículo 423 Cód. proc. pen. "La prueba de testigos es procedente para establecer los hechos en un proceso criminal, menos en cuanto a aquellos cuya comprobación ordene la ley se haga por otros medios probatorios". El mismo código procesal penal, en su artículo 437 declara que "El juez dejará que el testigo narre sin interrupción los hechos sobre los cuales declare...". En fin, al menos en el procedimiento penal, podría llegarse —por los artículos antes citados, por artículo 443 Cód. proc. pen. y por la combinación de los artículos 44 y 265 *ibidem*— a la conclusión de que el juez siempre mantiene el control sobre los hechos, y que si bien, el testigo puede dar apreciaciones y valoraciones, éstas, en el caso de ser falsas, no hacen al testigo incurrir en el delito de falso testimonio, porque no pueden producir perjuicio.

Además, hay que considerar que cierto tipo de valoraciones de carácter especializado, no son materia de testimonio sino de peritaje. Tal es el caso del testigo que fue acusado por falso testimonio, por haber afirmado, en un juicio sobre nulidad de testamento, que poco antes de morir cuando lo vio, presentaba el causante signos de enajenación mental. Al conocer del asunto en apelación —punto no contradicho por Casación— la Sala penal declara que "... el testigo directo es apto para deponer sobre hechos simples o comunes que hayan podido caer directamente bajo la acción de sus sentidos y éste los conozca por sí mismo. El juicio que haga sobre apreciaciones personales suyas respecto a los mismos, no son propiamente objeto de prueba testimonial por estar reservados a la pericia, de modo que cualquier inexactitud en las apreciaciones no podrán estimarse como falsedad testimonial...".⁽²⁸⁾

(27) En este sentido, Cas. Crim. Franc, 25 fév. 1964, Bull. Crim. 65. En la doctrina, Robert Vouin "Précis de Droit Pénal Spécial," Tomo I, 2e. Edition, Dalloz, 1968, pág. 384; Garçon, *Op. Cit.*, Tomo II, pág. 414 #46. En la doctrina suiza, véase, Paul Logoz, *Op. Cit.*, T. II, pág. 728.

(28) Cas. 9:50 h. de 18 de set. de 1945. Col. Sent. Cas. II Sem., pág. 618.

Por otro lado, de la lectura del artículo 314 del Cód. pen., notamos que aunque la fórmula empleada para definir la conducta delictuosa es suficientemente amplia, puesto que se castiga al testigo "que afirmare una falsedad o negare o callare, total o parcialmente la verdad", el lugar en que este artículo se encuentra (delito contra la Administración de Justicia), hace que deba producir la falsedad cometida un perjuicio.

Normalmente una apreciación o una valoración de un testigo no produce perjuicio. De ahí que no pueda caer la mentira dentro del artículo 314 Cód. pen., en especial, cuando la valoración o la apreciación no es materia de prueba testimonial, sino de prueba pericial. Pero muchas veces la ley exige apreciaciones y valoraciones de los testigos, que no pueden ser objeto de prueba pericial (así, el artículo 11, inc. 5 c) de la Ley N° 3544, Ley de Extranjería y Naturalización y el artículo 297 inc. 1°, 2° y 4° del Cód. proc. pen.). En estos casos la mentira en cuanto apreciaciones y valoraciones queda sometida, en nuestro concepto, al artículo 314 Cód. pen. Sólo existirá delito de falso testimonio, si llena todas las condiciones para el delito, que se exige respecto a la alteración de la verdad en cuanto a los hechos.

37) Fuera del caso anteriormente citado, nuestra jurisprudencia no resuelve de manera directa el problema, aunque en muchos casos el mismo está presente. De esa jurisprudencia, en su mayor parte absolutoria, puede deducirse la posibilidad de la existencia del delito de falso testimonio cuando el testigo hace valoraciones o apreciaciones.

Así, un procurador judicial pide que se declare la insolvencia de un señor. Al contestar a unas repreguntas, dicho procurador declara que no es enemigo del demandado (posible insolvente), pero que tiene varios juicios establecidos en su contra, no ejerciendo derecho propio, sino como procurador. Es acusado del delito de falso testimonio, porque el acusador considera que sí es enemigo del insolvente. Casación casa la sentencia condenatoria correspondiente, porque "... el delito de falso testimonio en causa civil denunciado por el Sr. L. A., y por el que se ha seguido esta instrucción, no aparece comprobado con arreglo a lo que su naturaleza exige y a lo que prescriben las leyes positivas que se refieren a esta materia, por no estar demostrada la intención delictuosa con que procedió

el Sr. O. M. al contestar las dos repreguntas que se le hicieron en el juicio de insolvencia...".⁽²⁹⁾ Luego, de haber habido intención delictuosa comprobada, parecería ser posible el falso testimonio en tratándose de valoraciones o apreciaciones conscientemente alteradas.

De la misma manera, Casación casa, pero sin descartar la posibilidad del falso testimonio en las apreciaciones en el siguiente caso: dos individuos, en causa criminal, declaran a favor del acusado y afirman unánimemente que su punto de observación del suceso fue la orilla de la cerca fronteriza a un establecimiento y no obstante eso, difieren notablemente al indicar la distancia entre ellos y el sitio del suceso. Casación declara: "...este tribunal no tiene por comprobada la culpabilidad de los recurrentes, porque los fundamentos con que el delito se les imputa carecen de la solidez que para el caso es exigible. Apremiar con algunas varas de distancia, que no se mide, no puede tenerse como prueba de una contradicción mentirosa...".⁽³⁰⁾

a) La afirmación de una falsedad

38) En la modalidad comisiva, la manera más corriente de cometer el delito de falso testimonio es la afirmación de una falsedad. En este caso la afirmación debe ser totalmente consciente y cualquier forma de error excluye la posibilidad de nacimiento del delito.

La afirmación de una falsedad consiste en la disformidad positiva entre la declaración y la ciencia del testigo, que finge haber recibido una percepción sensorial que en realidad no tuvo, o bien altera la que percibió realmente.⁽³¹⁾

39) Gran parte de los casos juzgados, citados en la Colección de Sentencias de Casación lo son por afirmaciones de falsedades. Tal es el caso de los individuos que en un juicio por estupro, al cual fueron llamados como testigos, afirman haber tenido relaciones sexuales con la ofendida mucho antes del hecho que se juzgaba, cuando ello fue contradicho, de manera evidente por el dictamen del médico forense, que estableció —con motivo del ayun-

(29) Cas. 2:45 p. m. de 26 de febrero de 1913. Col. Sent. Cas. I Sem., pág. 179.
(30) Cas. 2:45 p. m. de 19 de mayo de 1905. Col. Sent. Cas. 1905. I Sem., pág. 293.
(31) Manzini, *Op. Cit.*, Vol. V, pág. 204.

tamiento del acusado con la mujer— que la ruptura del himen databa de seis u ocho días anteriores al día del examen.⁽³²⁾ Del mismo modo, comete el delito de falso testimonio el individuo que declara falsamente que A y B habían salido del lugar en que se cometió un robo a la hora en que dicho delito se cometió. En este caso, la Casación rechaza el recurso contra la sentencia de segunda instancia, considerando que "La malicia de la temeraria imputación hecha por el reo, resulta de la manera deliberada y artificiosa como procedió a establecer ante la autoridad las graves sospechas contra personas reconocidas después como inocentes, las que tuvieron que sufrir las penosas y deprimentes consecuencias de un principio de enjuiciamiento criminal".⁽³³⁾ Se responde del delito de falso testimonio por afirmación de una falsedad, cuando se afirma un hecho que contradice lo que unánimemente declaran todos los testigos presenciales del hecho; en la especie que uno de los contendientes en una riña fue el agresor, cuando en realidad fue el agredido,⁽³⁴⁾ o bien cuando se afirma ante autoridad competente y bajo juramento que el Sr. S. le había dicho (al testigo) que era enemigo de V, muerto en un lance con S., cuando el testigo que tal cosa declaró, declara posteriormente que "... que era verdad que nunca le había hablado S. tal cosa acerca de V...".⁽³⁵⁾ Son condenadas por el delito de falso testimonio las personas que "... en dos distintas declaraciones se contradicen en lo sustancial, sin que aparezca en el asunto elemento alguno que haga pensar en otra cosa que en un designio deliberado de engañar a la justicia del país, con tanto o mayor motivo cuanto los testimonios que dieron en contra del procesado —a quien más tarde se propusieron exculpar— están corroborados con datos fidedignos...".⁽³⁶⁾ En fin, hay afirmación de una falsedad constitutiva de falso testimonio cuando los testigos declaran en su primera declaración que ni el ofensor ni el ofendido portaban armas, y en una segunda declaran la idea contraria,⁽³⁷⁾ o cuando el individuo declara en la sumaria que A es el autor de las lesiones, y en plenario del mismo juicio declara lo contrario.⁽³⁸⁾

(32) Cas. 2:45 p. m. de 21 de enero de 1927. Col. Sent. Cas. I Sem., pág. 133.
(33) Cas. 3:01 p. m. de 21 de junio de 1913. Col. Sent. Cas. I Sem., pág. 554.
(34) Cas. 2:10 p. m. de 20 de abril de 1912. Col. Sent. Cas. 1912. I Sem., pág. 360.
(35) Cas. 2:34 p. m. de 30 de dic. de 1908. Col. Sent. Cas. 1908. II Sem., pág. 603.
(36) Cas. 2 p. m. de 8 de julio de 1905. Col. Sent. Cas. 1905. II Sem., pág. 26.
(37) Cas. 2 p. m. de 27 de mayo de 1902. Col. Sent. Cas. 1902. I Sem., pág. 298.
(38) Cas. 3 p. m. de 28 de mayo de 1903. Col. Sent. Cas. 1903, pág. 347. En igual sentido, Cas. 1:45 p. m. de 21 de set. de 1904. Col. Sent. Cas. 1904, pág. 672.

Por último, es falsedad constitutiva de falso testimonio el afirmar en juicio, previo juramento y ante autoridad competente, que se estuvo en un lugar en el que no se estuvo.⁽³⁹⁾

b—La negación de la verdad

40) La negación de la verdad consiste en la disformidad negativa entre la declaración del testigo y su ciencia, quien niega la existencia o su conocimiento de un hecho determinado, ocurrido en determinadas circunstancias de tiempo, de lugar, de modo. Lo que hace el individuo, pues, es decir que el hecho no se dio en las circunstancias de modo, tiempo o lugar en que efectivamente se dio, o bien, niega el conocimiento por él de ese hecho o de las circunstancias que lo rodean. Esta modalidad del delito también se da cuando no se niega la existencia del hecho, pero se le coloca en circunstancias diferentes de aquellas que son realmente conocidas por el testigo.⁽⁴⁰⁾ De una manera más simple, puede decirse que se niega la verdad cuando se dice que no es cierto aquello sobre lo cual el testigo es preguntado.⁽⁴¹⁾

41) Desde luego, es necesario que la negación de la verdad sea el resultado de la sustitución de una originaria representación de lo ocurrido por otra artificiosa, que es la que se declara.

Así, si preguntado un testigo sobre si el acusado fue quien tiró golpes primero sobre la víctima y reponde negativamente, no habrá cometido el delito de falso testimonio, respondiendo negativamente, en contradicción con lo ocurrido, sino en el caso de que esta declaración sea el resultado de la sustitución originaria y consciente de la primitiva percepción. Podría darse el caso de que efectivamente haya visto al acusado tirar primero el golpe.

42) La negación de la verdad debe ser claramente diferenciada de la reticencia, que es el callar total o parcialmente, la verdad. El que calla no niega la verdad, porque el callar la verdad es una omisión, mientras que el negarla es una acción.

Esta diferencia no es clara en Soler para quien "Negar o callar la verdad es una forma tan positiva de mentir como la ante-

(39) Cas. 2 p. m. de 21 de enero de 1902- Col. Sent. Cas., pág. 41

(40) Manzini, *Op. Cit.*, Vol. V., pág. 206; Garçon, *Op. Cit.*, Tomo II, pág. 414 # 50 ss.

(41) Luis Carlos Pérez, *Op. Cit.*, pág. 289.

rior: en vez de afirmarse como verdadero el hecho falso, se niega el hecho que se sabe verdadero".⁽⁴²⁾

Sección II—La conducta omisiva

43) La conducta omisiva se da cuando el testigo "... callare la verdad, en todo o en parte en su deposición..." (art. 314 Cód. pen.).

A la conducta omisiva en el falso testimonio se le denomina reticencia.

En la reticencia el testigo, que tuvo una determinada representación de la realidad, quiere callar y en efecto calla lo que percibió de la misma.⁽⁴³⁾

La diferencia entre la forma activa y la omisiva del delito de falso testimonio estriba que en la segunda no se da la contradicción entre representación inicial, resultado de la percepción y representación artificiosamente sustituida, que consta de la declaración, que sí es esencial en la primera. En la forma omisiva hay sí una representación inicial de la realidad, que basta. Por el contrario, si se da una contradicción entre la representación primera y la declarada, será negación de la verdad o afirmación de una falsedad, pero no reticencia.

Podría ocurrir que el individuo haya tenido una representación sustitutiva de la derivada de lo percibido, pero que no la haya manifestado. En este caso ha callado voluntariamente y es esta voluntad de callar y no la representación sustitutiva lo que constituye el delito. Si el individuo ha callado por negligencia, se produce una situación de involuntario contraste entre lo no declarado y la representación, involuntariedad que es incompatible con el carácter doloso que debe el delito en referencia.

44) Otro problema que presenta la reticencia es el de determinar si la misma solamente puede darse con la relación al callar respecto a los hechos conocidos, o si también es posible respecto a las valoraciones. La solución en nuestro derecho parece ser que sí es posible en las valoraciones, si estas son susceptibles de producir perjuicio, pues el artículo 314 Cód. pen. castiga el callar la verdad (hechos o valoraciones sobre los mismos).

(42) S. Soler, *Op. Cit.*, Tomo V, pág. 260.

(43) Ruggiero, *Op. Cit.*, pág. 339.

45) La ley castiga al que callare, en todo o en parte, la verdad "... en su deposición ..." (Artículo 314 Cód. pen.).

En sentido estricto, el que silencia la verdad sobre un hecho no depone nada. Sin embargo, el legislador emplea ese término para indicar que el testigo debe encontrarse en el acto de ser examinado por la autoridad competente, para diferenciar la reticencia, que constituye el delito de falso testimonio, que es un delito, de la simple negativa de una persona a asumir el papel de testigo⁽⁴⁴⁾ y de las personas que, una vez juramentadas, hacen valer su derecho u obligación al silencio. Es evidente que el falso testimonio debe separarse de la negativa a declarar (sancionada por el artículo 392 inc. 3) Cód. pen.), porque "... la negativa a declarar no puede engañar al juez acerca del contenido de la misma, mientras que la reticencia es una forma de engaño".⁽⁴⁵⁾

La negativa de asumir el papel de testigo o de declarar una vez que se ha sido juramentado, pero antes de que la autoridad competente haya hecho pregunta alguna, es una contravención, cuya pena, de conformidad con el artículo 392 es de tres a treinta días multa. En efecto, el artículo precitado castiga con dicha pena "3) Al que habiendo sido legalmente citado como testigo, se abstuviere de comparecer o se negare a prestar la declaración correspondiente".⁽⁴⁶⁾

46) Históricamente ha habido diferentes formas de entender el concepto de reticencia. Para algunos lo era la simple hesitación del testigo; para otros el no contestarle al juez; y para otros, el evadir la respuesta con subterfugios.⁽⁴⁷⁾ Para Carrara la reticencia aparece "... como un absurdo lógico ...", pues es imposible que un

(44) Manzini, *Op. Cit.*, Vol. V, pág. 206.

(45) Soler, *Op. Cit.*, pág. 206., Tomo V.

(46) El mismo artículo 392 inc. 4 y 5, se refiere a la situación de los peritos, traductores o intérpretes. Según el inciso 4) debe aplicarse la pena de multa de tres a treinta días multa "Al médico, cirujano, farmacéutico u obstétrica que, llamado en clase (?) de perito en un proceso criminal, se negare a practicar el reconocimiento, y a dar el informe requerido por la autoridad judicial"; inc. 5) se aplica igual pena "Al perito o intérprete que habiendo aceptado el cargo en materia judicial, sin justa causa se negare a cumplirlo o retardare hacerlo con perjuicio para alguna de las partes del negocio". Es necesario observar que los redactores del Código, quizá por inadvertencia, solamente prevén el caso de la negativa o del retardo del peritaje, interpretación o traducción ante autoridad judicial, lo que contrasta con el artículo 314 *ibidem*, según el cual se puede ser testigo, perito o intérprete o traductor, ante autoridad competente, y no solamente ante autoridad judicial.

(47) Levene, *Op. Cit.*, pág. 65.

hombre pueda narrar y describir un hecho sin omitir alguna circunstancia. Si se considera la reticencia como declaración mentirosa—por callar parte de los hechos— sin considerar el elemento subjetivo del delito, es lógica la posición de Carrara de considerar que "... somos de la opinión que el título de la reticencia no debe mantenerse en los códigos, por los peligros de trampas y sorpresas a que expone al testigo más ingenuo ...".⁽⁴⁸⁾

Es solamente teniendo claro el elemento moral del delito: este elemento es el callar lo que se sabe respecto a los hechos sobre los cuales se es interrogado, de manera voluntaria. Por consiguiente, el callar, total o parcialmente la verdad, debe ser una conducta intencional; debe existir en el testigo la intención de callar la verdad. La prueba de esta intención se dificulta. Además actuará en el ánimo del juzgador el principio del favor rei. Pero como dice Carrara "... las dificultades relativas a la prueba no deben ejercer ningún influjo al establecer los principios ...".⁽⁴⁹⁾

47) Además de esta característica subjetiva de la reticencia, encontramos en la misma también una característica objetiva: es que el silencio del testigo, solamente tiene carácter de falso testimonio cuando el mismo equivale a la expresión de un hecho positivo, contrario a la verdad, susceptible de engañar al juez y de introducir el error en la prueba de un determinado hecho.⁽⁵⁰⁾

De acuerdo con la característica subjetiva de la reticencia, los puntos relacionados con los hechos que se han callado por olvido, hacen que el falso testimonio sea incompleto, pero no dan por resultado el delito de falso testimonio. De acuerdo con la característica objetiva hay que excluir del falso testimonio las reticencias, aun intencionales, que no puedan tener ninguna influencia en el proceso penal.

48) La figura de la reticencia es relativamente nueva en nuestro derecho penal. Fue introducida por el Código de 1918. Antes de este código, no se castigaba la reticencia,⁽⁵¹⁾ laguna que llena

(48) Carrara, *Op. Cit.*, Tomo V, pág. 266.

(49) Carrara, *Op. Cit.*, Tomo V, pág. 269.

(50) Garçon, *Op. Cit.*, Tomo II, pág. 415, # 54 y 55.

(51) Como dijimos, ni el Código de 1841 ni el de 1880 prevenían la reticencia. El Código de Carrillo en el artículo 328 castigaba a "Cualquiera que en clase de testigo o perito y bajo juramento declare maliciosa y falsamente en juicio...". El Código de 1880, castigaba, sin mayores especificaciones al que "... diere falso testimonio...". Es el Proyecto de Astúa que establece dispo-

la jurisprudencia mediante la aplicación analógica de la ley penal. En este esfuerzo, se adscribe el caso siguiente, juzgado en 1910: un testigo es acusado de falso testimonio porque en su primera declaración dada ante el Alcalde Instructor, al ser interrogado bajo juramento para que dijera lo que supiera en torno al homicidio investigado declara que "... del hecho principal a que se refiere aquella causa, nada absolutamente le constaba...". Pero en la segunda declaración, al ser interrogado bajo juramento, se mostró sabedor de muchos detalles relativos al crimen investigado, pretextando que en su primera declaración nada dijo al respecto, porque nada se le preguntó sobre el homicidio. El juez condenó. La Sala revoca y Casación, al conocer del recurso interpuesto por el acusador, declara sin lugar el recurso. La absolución de la Sala se fundó en la no existencia de la voluntad criminal. Pero es interesante lo que la Sala penal dice sobre la reticencia. Según la Sala:

"nuestro Código no dice, de modo claro, como lo hacen los de otras naciones, que también hay falso testimonio cuando el testigo calla, en todo o en parte, lo que sepa de los hechos acerca de los cuales se le interroga y no parece contemplar sino los dos casos de faltar a la verdad, negándola o asegurando inexactitudes; pero es evidente que el silencio malicioso implica falso testimonio, y que debe tenerse como falsedad decir que nada se sabe cuando se sabe algo de los hechos que investiga la Justicia".

La absolución la funda, por tanto, no en la imposibilidad de la existencia de la reticencia, pues analógicamente, según ella puede ampliarse la definición del falso testimonio y cubrir el silencio voluntario, sino en que "... parece sincera su alegación de que antes no había hablado, por no haber sido preguntado concretamente". Además, establece que no existió en el procesado "... ánimo de delinquir..." (Cas. 3:17 p. m. de 23 de noviembre de 1910- Col. Sent. Cas. 1910-II Sem., pág. 291).

Esta laguna es llenada en las legislaciones posteriores.

siones sobre la reticencia; estas disposiciones pasan en forma íntegra al Código de 1918 y al de 1924. El proyecto decía, en su artículo 444 "... el testigo, perito o intérprete que en lo que deba declarar ante autoridad afirmare una falsedad o total o parcialmente negare o callare la verdad, en su deposición, dictamen, traducción o interpretación, no obstante la orden de la autoridad de declararla o manifestarla...", es culpable de falso testimonio.

49) Es, por último, necesario recordar que un testigo puede realizar en una misma deposición la conducta comisiva (afirma una falsedad, niega la verdad) o bien omisiva (oculta la verdad). Sin embargo, hay unidad de delito. Se comete un solo delito de falso testimonio.

c—La Intención

50) Siendo el delito de falso testimonio intencional es necesario que la alteración de la verdad (afirmación de una falsedad o negación de la verdad) o su ocultación, hayan sido hechas de manera dolosa. Vimos que en la conducta activa el dolo consiste en la operación sustitutiva de la originaria representación de lo ocurrido, que fue la percibida, por una representación artificiosa que es la que efectivamente se declara. En la forma omisiva el dolo consiste en la intención de callar lo que el testigo percibió respecto a los hechos. Vimos también los problemas que se planteaban el caso de error en la declaración.⁽⁵²⁾

51) La intención existe desde el momento en que el testigo ha ocultado o alterado conscientemente la verdad. Las razones, en términos generales, que han podido llevarlo a hacer la operación sustitutiva de la originaria representación y a declarar otra cosa, son indiferentes.⁽⁵³⁾ Por consiguiente, no es necesario que los jueces comprueben una determinada intención de dañar a una persona. Así, lo establece la Sala penal (lo que luego es acogido por Casación), quien declara que "... el elemento intencional del delito estriba, según las reglas ordinarias del derecho penal, en la transgresión voluntaria de la ley y en el conocimiento que el deponente tiene de perjudicar el honor y buen nombre de un ciudadano. Que poco importa que el inculpado haya procedido sin intención dañosa, ya

(52) La sala, en una de las sentencias sobre falso testimonio, repite casi literalmente lo que sobre el elemento subjetivo dice Soler. Dice que se requiere el dolo para la existencia del delito de falso testimonio. Y agrega "Naturalmente que al hablarse de falta de dolo, la Sala no está introduciendo en la doctrina del delito ninguna innovación, pues en toda clase de figura delictiva el dolo es necesario y en ausencia de éste, la infracción no es punible". ¿Y los delitos culposos?

Tal y como se encuentra esta redacción caben dos posibilidades: Que los delitos culposos no son infracciones; que en los delitos culposos se requiere el dolo!

Puede verse esta sentencia en Cas. 14:45 h. de 27 set. 1961 (Col. Sent. Cas. 1961- II Sem., T. I pág. 539).

(53) Garçon, *Op. Cit.*, Tomo II, pág. 416 # 65.

que la ausencia del intento de perjudicar solamente puede disminuir el delito, pero no extinguirlo". En el mismo asunto Casación declara que "La malicia de la temeraria imputación hecha por el reo, resulta de la manera deliberada y artificiosa como procedió a establecer ante la autoridad graves sospechas contra personas reconocidas después como inocentes..." (Cas. 3:01 p. m. de 21 de junio de 1913- Col. Sent. Cas. I Sem., pág. 554). La misma tesis correcta, que separa la intención criminal del móvil, es afirmada en varias sentencias. Así, en la sentencia de Casación de 1:45 p. m. de 21 de setiembre de 1904 (Col. Sent. Cas. 1904-, pág. 672), Casación declara que "... no puede admitirse la doctrina según la cual es lícito —o solamente culpable, y no delictuoso—, el falso testimonio para favorecer al reo...". En fin, estas y otras sentencias hacen aplicación de los principios generales: bien es sabido que, salvo contadas excepciones (animus injuriandi en la injuria, etc.), el móvil no tiene importancia en derecho penal a la hora de la calificación de la infracción.⁽⁵⁴⁾

Para la existencia del delito en orden a la intención, pues, basta el dolo genérico. Es suficiente la conciencia y voluntad de alterar la verdad o de ocultarla.⁽⁵⁵⁾ Para Logoz⁽⁵⁶⁾ basta, incluso, el dolo eventual, que consagra el Cód. Pen. 1970 en su artículo 31.

52) Una vez que el testigo se ha juramentado, y que comienza a declarar, si altera u oculta la verdad, no podrá sustraerse de la condenatoria, aunque haya mentido por temor a exponerse a ser inculcado, en el caso de que hubiera dicho la verdad.⁽⁵⁷⁾ Tampoco podrá sustraerse de dicha condenatoria, si ha mentido para salvar un próximo pariente, de los enumerados en el artículo 36 de la Constitución Política.

El Código italiano en su artículo 384 establece que queda exento de pena el testigo, perito, intérprete que haya cometido la falsedad "... por necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar a un próximo pariente de un grave e inevitable menoscabo en la libertad o en el honor". Este texto ha sido sumamente discutido. Para Manzini, el menoscabo debe aparecer como efecto inmediato e ine-

⁽⁵⁴⁾ Francisco Castillo González, "Derecho Penal", Parte General, Tomo II, pág. 11. Ver la bibliografía ahí indicada.

⁽⁵⁵⁾ Raffaele Dolce, "Falza perizia o interpretazione", en Enciclopedia del Diritto, Tomo XVI, Op. Cit., pág. 524.

⁽⁵⁶⁾ Logoz, Op. Cit., Tomo II, pág. 730.

vitabile de la manifestación de la verdad, y no como consecuencia de otras causas a cuya acción dicha manifestación pueda suministrar ocasión o condición.

Algunos autores (por ejemplo, Logoz, Op. Cit., Tomo II, pág. 731), son partidarios de aplicar en este caso las normas generales sobre el estado de necesidad.

En nuestro derecho, la aplicación de estas normas generales, no es aceptable. Y a falta de una disposición como la italiana, la necesidad de salvarse a sí mismo o a un próximo pariente, no justifica la alteración o el ocultamiento de la verdad.

En efecto, según el artículo 27 del nuevo Código penal "No comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Que el peligro sea actual o inminente. b) Que no lo haya provocado voluntariamente; y c) Que no sea evitable de otra manera.

Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo".

Esta eximente es inaplicable al testigo que depone falsamente para evitarse un mal o evitárselo a un próximo pariente, porque para admitirla, sería necesario que el único medio de salvarse del peligro fuera la comisión del delito de falso testimonio, pero este mal siempre es evitable, por lo menos por medio de la negativa a testificar.⁽⁵⁷⁾ Por otro lado, es difícil que pueda existir proporcionalidad entre el bien que trata de salvar el testigo con el falso testimonio y el bien lesionado con el delito, cuyo interés social está por encima de los intereses individuales, cual es la recta administración de justicia.

El problema se presenta cuando un individuo fue juramentado como testigo, porque no había indicios en su contra como participante en la infracción o como encubridor de la misma y después éstos aparecen, cuando ya el individuo, para evitar ser inculcado había rendido una declaración falsa. Este problema se conoce con el nombre de las inculpaciones tardías. Del mismo modo, puede ocurrir una situación análoga cuando el objeto de la deposición

⁽⁵⁷⁾ Ruggiero, Op. Cit., pág. 546.

se encuentra preventivamente determinado, como puede ser el caso del interrogatorio en el proceso civil, por lo que el testigo haya renunciado inicialmente a la facultad de abstenerse —teniendo posibilidad de hacerlo, por tener el derecho a no declarar como testigo o por tener el deber de no declarar— y que surja la necesidad de salvarse de un peligro grave o inminente o a un pariente ante una pregunta intempestiva de la autoridad. La solución sigue siendo la misma: si falta a la verdad cometerá el delito de falso testimonio. No existe un hecho justificativo de la infracción; por tanto, la infracción existe. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 38 del nuevo Código penal, este individuo beneficia de una causal de exculpación. En efecto, según el artículo 38 "No es culpable quien obra bajo coacción o amenaza de un mal actual y grave, sea o no provocado por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa". Es evidente, que no puede exigírsele una conducta diversa a la persona que se encuentra en dicha situación, porque el mal actual y grave —pena por el hecho cometido, para sí mismo o para un próximo pariente, revelación de un secreto del que se tiene la guarda y que debe guardarse en toda situación— es suficiente para producir la coacción o la amenaza, de tal modo que no puede exigírsele actuar de diferente modo a como actuó. El derecho penal, no está dado para héroes, sino para hombres de carne y hueso.⁽⁵⁸⁾

(58) Lo anterior no quiere decir que seamos partidarios de las llamadas causas "generales" o "supralegales" de justificación o de exculpación. Algunos autores (por ejemplo Jiménez de Astúa, "Tratado de Derecho Penal", Tomo VI, pág. 930ss.) son partidarios de la no exigibilidad de otra conducta como causa supralegal de exculpación o de justificación. Esta concepción deriva de la teoría normativa de la culpabilidad y para ésta puede exigirse una conducta conforme a derecho al individuo, exigencia, que es la que justifica el reproche. Por consiguiente, no podrá hacerse este reproche, base de la culpabilidad, si la conducta mandada por la norma no le era exigible al individuo, aunque éste, de modo voluntario haya procedido antijurídicamente. Esto se da cuando un hecho es ejecutado en circunstancias anormales (Jiménez de Astúa, *Op. Cit.*, pág. 934, Tomo VI). Los partidarios de esta teoría dicen que no puede confundirse derecho y ley. Aunque la ley no establezca dicha causal de exculpación o de justificación, es necesario admitirla, si de conformidad con el análisis teológico de la norma de cultura, en el caso falta el injusto y el mismo no puede alojarse en las concretas causas de exculpación o de justificación establecidas por el Código penal (Enrique Ramos Mejía, "Estudios de Derecho Penal" Editorial Ideas. Buenos Aires, 1947, pág. 124). O más claro dice Jiménez de Astúa "El intérprete ha de esforzarse en extraer de la ley el concepto de justicia y buscarlo en la norma de cultura, que es la base del derecho, y que, por tanto, no es metajurídica, sino parte del derecho mismo como no es ajena al árbol la raíz" (*Op. Cit.* Loc. Cit.). El problema es saber qué son las normas de cultura" o "normas de civilidad", de las que también hablan algunos autores, pero que nadie ha definido.

La admisión de estas causales supralegales, de justificación o de exculpación en nuestro derecho es peligrosa.

Por otro lado, este problema de las causales supralegales de justificación o de exculpación no se presentará en el nuevo código penal, a menos que nuestros tribunales se enfilen por la

Esta nos parece la solución justa. Es evidente que en el caso de que al que ha participado como autor o cómplice en un infracción, o bien sea encubridor, no puede obligársele a ejercer el derecho al silencio, porque ello conduciría, indirectamente a obligarlo a confesar el delito cometido, lo que estaría en contra de la disposición constitucional (artículo 36). Pero si miente, no puede ser amparado por el estado de necesidad. Por consiguiente, es en las reglas de la coacción, en donde se encuentra la justa solución al problema.

53) La intención puede destruirse por la existencia de un error. Aun siendo culposo el error, es suficiente para destruir el elemento subjetivo del delito, que es el dolo.⁽⁵⁹⁾

Como observa Garçon, el error en el testimonio es una de las causas principales del error judicial.

Se ha llegado a afirmar que el testimonio ideal y puro no existe, ni aun dando por supuesta la integridad de los órganos físicos de la percepción, porque el testimonio nunca es una reproducción fotográfica de lo ocurrido, sino el producto de una multiplicidad de factores (objetivos y subjetivos). Los factores objetivos se integran en la personalidad del testigo, personalidad que actúa tanto en el momento de percepción de lo acaecido, en el momento de la evocación y en el momento de la declaración de lo percibido.⁽⁶⁰⁾ Gorphe afirma que para ser buen testigo, no basta querer serlo. Es necesario, además saber. El testigo nos dice "... pone en juego la mayor parte de sus funciones intelectuales: el sentido, la percepción, la memoria, el juicio. Es necesario que todo se halle en perfecto funcionamiento".⁽⁶¹⁾

teoría normativa de la culpabilidad, con abandono de la teoría psicológica de la culpabilidad, que ha sido la tradicionalmente seguida por nuestra jurisprudencia y en cuyo espíritu se han formado todas las generaciones de abogados que hemos tenido.

Decimos que el problema de las causas supralegales no se planteará con el nuevo Código, porque —paradójicamente— lo que se hizo en el artículo 38 precitado, fue definir la coacción o la amenaza a través de la no exigibilidad de otra conducta. Por tanto, la no exigibilidad de otra conducta solamente puede ser tomada en cuenta cuando la coacción o la amenaza impidan que pueda exigirse otra conducta. No alcanza —por estar condicionada a la existencia de la coacción o de la amenaza— el carácter por sí misma de causa legal de exculpación.

(59) Soler, *Op. Cit.*, Tomo V, pág. 264.

(60) Dra. Lolita Aniyar de Castro, *Op. Cit.*, pág. 66.

(61) F. Gorphe, "La Critique du Témoignage", Dalloz, Paris, 1924, pág. 115.

En materia de testimonios es necesario distinguir entre dos categorías de errores: el que todo hombre normal puede cometer y aquél que deriva de una anomalía funcional del testigo.⁽⁶²⁾

La psicología judicial da indicaciones precisas de lo que podría llamarse errores normales del testigo: se tiene la tendencia a subestimar las distancias pequeñas y a sobreestimar las grandes, cuando se trata de apreciar distancias. Las ilusiones ópticas forman parte de los errores que el testigo medio puede cometer. Estos errores encuentran su base en las características del objeto o del hecho que el testigo debe apreciar. Al lado de estos errores, hay otros que encuentran su explicación en la personalidad del testigo. Estos errores, difíciles de descubrir por parte del juez, son más peligrosos, porque hacen que de buena fe el testigo se equivoque. Pero en fin, esto es parte de la psicología judicial.⁽⁶³⁾

(62) Max Le Roy, "L'Utilisation de la Psychologie Appliquée en Matière de control de Témoignages", en Revue de Science Criminelle, 1948, Sirey, Paris, pág. 726.

(63) Bien es sabido que respecto al testimonio el juez debe examinar dos problemas. El primero es la credibilidad del testigo, que depende de factores subjetivos. El otro es el de la fuerza probatoria de la deposición del testigo. Estos dos aspectos aparecen casi confundidos en nuestro sistema, en que los jueces "...son soberanos en la apreciación de la prueba siempre que al hacerlo no se aparten de las reglas de la sana crítica..." (Cas. 10:45 h. de 31 de mayo de 1966- Col. Sent. Cas. 1966-I Sem., T II, pág. 701). Por otro lado, es jurisprudencia constante que "...no constituye error de ninguna clase, en la estimación de las respectivas probanzas, el dar más crédito a unos testigos que a otros declarantes..." (Cas. 15 h. de 21 de enero de 1966- Col. Sent. Cas. 1966-I Sem. T I, pág. 221; entre la abundante jurisprudencia en este sentido, puede verse Cas. 16 h. de 16 de junio de 1966- Col. Sent. Cas. 1966- I Sem., T II, pág. 774). El problema es qué es lo que se debe entender por reglas de la sana crítica. Al respecto existen las definiciones clásicas de Couture y Alcalá Zamora. Un punto de vista novedoso y fecundo es el de Santiago Sentís Melendo, para quien la sana crítica es el medio racional al llegar a la libre convicción. O sea, la sana crítica es un medio para que el juez pueda llegar a la libre convicción. (Ver Proceso Civil, Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Ejea, 1957, págs. 289 y ss.)

Al analizar los dos aspectos antes apuntados, el juez debe apreciar datos de diferente naturaleza. Entre estos datos, factores psíquicos que influyen en la formación del testimonio. Esta formación se presenta como un psíquico, que se desarrolla en la conciencia del testigo y que va desde la sensación y la percepción, hasta la declaración.

Este proceso psíquico lo determinan factores objetivos —que no depende de la personalidad etc. — y factores subjetivos, que están ligados a la personalidad del testigo. (Condiciones físicas del testigo, psíquicas, etc.). Estos factores pueden intervenir en el momento de la percepción (adquisición del conocimiento), en el momento de la fijación de conocimiento en la memoria. en el momento de la declaración comunicación de lo conocido.

En los países socialistas, se utiliza el peritaje psicológico para descubrir y constatar ciertos fenómenos de naturaleza psíquica, que influyen en la formación del testimonio y para sacar las conclusiones relativas a los factores que contribuyeron "in concreto" a esta formación. La apreciación del peritaje se hace según la íntima convicción del juez. (Lajos Nagy "Quelques problèmes relatifs à l'expertise psychologique du témoin dans le proces pénal", en Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, 1970, págs. 355 ss.). Por medio de la intervención del perito psicólogo, ciertos hechos son descubiertos, definidos y evaluados por el experto, de acuerdo con sus conocimientos profesionales... Estos hechos así estudiados por expertos, susti-

54) Lo importante es que el error que impide la correcta percepción de lo ocurrido, aunque provenga de culpa —cuando siendo posible una correcta percepción, por imprudencia o por negligencia, no se percibe correctamente el hecho— es incompatible con el elemento subjetivo del delito, que es doloso. En el delito de falso testimonio, por consiguiente, el error de percepción hace que la conducta sea perfectamente lícita, porque la falsedad existe cuando hay contradicción entre lo percibido y lo declarado si ha habido una sustitución de la originaria representación. No se castiga la contradicción entre lo acaecido y lo percibido. Los errores que producen una falsa representación de la realidad o una falsa declaración, pueden ser culposos, y ellos bastan para excluir la existencia del delito.

Cuando se trata del error de hecho —error sobre uno de los elementos esenciales del delito y que es causa de exculpación— creemos que sí debe exigirse las condiciones generales que exige el código para exculpar: debe ser un error invencible o inevitable y esencial. Elemento esencial del delito de falso testimonio es que la deposición se haga ante autoridad competente. Por tanto, si un individuo declara una representación artificiosa diferente de la percibida, de manera consciente, creyendo que no se encontraba ante autoridad competente para recibir testimonio y siendo lo contrario, pareciera que solamente podría ser exculpado si su error es invencible.

Esta diferencia entre los dos tipos de error apuntados no ha sido advertida por los tratadistas. A nosotros nos parece esencial. La importancia de la distinción es escasa porque los efectos que producen ambos errores son muy parecidos. En lo que se refiere al error de percepción, impide el nacimiento del delito. En el segundo caso, si existe un error esencial e inevitable de hecho, el mismo destruye el dolo —es causa de exculpación— y deja el delito subsistente para otras personas y para otros efectos, lo que en tratándose de falso testimonio tiene poca importancia porque —salvo las formas de soborno y de proposición por la parte de testigos falsos— no se presenta el problema de la participación criminal.

tuyen la intuición del juez y sirven de apoyo a las razones dadas por el juez para fundamentar su decisión en lo que se refiere a la credibilidad del testigo, y, por tanto, en lo relativo a la probatoria que debe darse a un testimonio.

En el procedimiento alemán (República Federal), según U. Panhuysen ("Die Untersuchung des Zeugen auf seine Glaubwürdigkeit", Berlin, De Gruyter Verlag, 1964, pág. 43 ss.), los tribunales utilizan el peritaje psicológico para el control de la credibilidad del testigo desde 1945.

55) Para determinar la existencia del delito, entonces, es necesario que el juez determine si existe este error que determina una percepción diferente de lo realmente acaecido. Para ello es necesario que penetre en la psicología del testigo. Para expresar esta idea en las palabras de quien fue juez de Heredia en 1924 "... lo que interesa al juez es saber lo que el testigo ha pensado...". En el caso que él juzgaba no existe delito de falso testimonio, a pesar de la manifiesta contradicción entre dos frases, porque "El testigo Zamora, en la sencillez de la mentalidad, y en la pobreza de su idioma, no ha querido pensar sino una sola cosa y expresar una sola idea...".⁽⁶⁴⁾

No puede ser determinada la existencia del delito de falso testimonio por la existencia de una contradicción en dos declaraciones de un mismo testigo. Podría ocurrir que la contradicción provenga de dificultades de expresión del testigo.⁽⁶⁵⁾

Siendo dos declaraciones contradictorias podría ocurrir que individuo que apenas conoce el castellano, sea inexacto en la forma de producirse. En este caso, habiendo contradicción entre dos declaraciones, no existe delito por falta de dolo "... en quien no hablando su propio idioma comete ligeras equivocaciones..." (Cas. 2:07 p. m. de 30 de abril de 1907-Col. Sent. Cas. 1907 I Sem., pág. 205). Del mismo modo, es necesario comprobar el dolo. La simple contradicción de declaraciones de dos testigos de un mismo suceso, sobre todo ocurrió éste, no puede tenerse como prueba de una contradicción mentirosa. Tal es el caso de los individuos que dan declaraciones dispares sobre cómo se desarrolló la lucha entre el acusado y la víctima "... lo rápido ésta (lucha) puede prestarse a diversas apreciaciones entre testigos de una misma probidad, como

(64) Dicha sentencia aparece en Cas. 9:10 a. m. de 16 de enero de 1924- Col. Sent. Cas. 1924- I Sem., pág. 30.

(65) El Código de Carrillo establecía en el artículo 334 "Para la graduación de los delitos de perjurio cometidos por los testigos o peritos, atenderán los jueces al estado de imbecilidad o idiotéz; y resultando que los perjuros han delinquido más por ignorancia que por malicia, les impondrán solamente el mínimo de la pena correspondiente al delito, sin infamia".

Esta disposición desapareció de nuestra legislación con el Código de 1880, pero el creador de éste nos dice, refiriéndose al error en el testimonio que "... el hombre sencillo, ignorante del significado de las palabras, incurre —sin pensarlo— en contradicciones manifiestas, viniendo a ser víctima de su propia candidez" (Orozco, *Op. Cit.*, pág. 250), idea que influyó en la actitud jurisprudencial posterior.

enseña a cada paso la experiencia" Cas. 2:15 p. m. de 19 de mayo de 1905- Col. Sent. Cas. I Sem., pág. 293).⁽⁶⁶⁾

Es necesario indicar que nuestros tribunales han tenido siempre cuidado de verificar la no existencia de un error de percepción o de un error en la declaración.⁽⁶⁷⁾

d—El Perjuicio

56) Elemento necesario para la constitución del delito de falso testimonio es el perjuicio.

Para castigar el falso testimonio no es necesario que se haya producido un daño efectivo —es decir, un perjuicio para los derechos ajenos— pero sí se requiere que haya lesión al bien jurídico protegido por el legislador con la instauración del delito de falso testimonio; es decir, se requiere un perjuicio a los intereses de la administración de la justicia.⁽⁶⁸⁾ Este perjuicio —que es necesario para la existencia del delito de falso testimonio⁽⁶⁹⁾— puede ser eventual, simplemente.⁽⁷⁰⁾

57) ¿Qué es y en qué consiste el perjuicio? El concepto de perjuicio ha sido interpretado diferentemente por los diversos autores:

a) Para algunos, hay perjuicio cuando el falso testimonio se refiere a elementos esenciales del delito. No existirá perjuicio —y por tanto, tampoco falso testimonio— cuando la deposición, en que se falta a la verdad, se refiera a elementos accesorios del hecho, debido a que los mismos no son tomados en cuenta por el

(66) En varias sentencias se toma el error como causa impeditiva del nacimiento de la conducta delictiva. Así, Cas. 16:45 h. de 12 de enero de 1961- Col. Sent. Cas. 1961- I Sem., Tomo I, pág. 99; Cas. 16 h. de 17 de octubre de 1958- Col. Sent. Cas. 1958- II Sem., Tomo II, pág. 533.

(67) En este sentido ver, entre otras, Cas. 2:10 p. m. de 20 de abril de 1912- Col. Sent. Cas. 1912- I Sem., pág. 360.

(68) P. Logoz, *Op. Cit.*, Tomo II, pág. 729.

(69) Para decirlo con las palabras de un juez penal que escribía en San José en 1935: "El delito de falso testimonio se opera no sólo por faltar a la verdad en un dicho jurado ante autoridad competente, sino que es preciso, además, que se produzca un perjuicio con la falsa afirmación. Si en concurso de esos dos elementos, la delincuencia no existe, porque la violación del acto juratorio es cuestión de índole religiosa". Estos conceptos pueden verse en Cas. 9:45 a. m. de 16 de setiembre de 1935- Col. Sent. Cas. II Sem., pág. 550.

(70) Alexis Zousman, *Op. Cit.*, # 38 ss.

juez a la hora de fundamentar su decisión. Esta fue la posición de la Escuela Antigua de criminalistas italianos (Farinacius, Quouest. 67, #154; Julius Clarus, Quouest. 53 #9; Adnotationes ad J. Clarum, parr. 55), de los antiguos autores franceses (Muyard de Vouglans, pág. 789; Jousse). Algunos autores modernos siguen esta distinción, por ejemplo, Chaveau et Hélie (IV, 1783). Entre los autores latinoamericanos partidarios de esta posición está Luis Carlos Pérez.⁽⁷¹⁾

Esta posición tiene la dificultad de que obliga a verdaderas distinciones bizantinas, para determinar lo que es principal y lo que es accesorio en los hechos.

b) Para Carrara, lo importante no es tanto el determinar si la circunstancia es principal o accesorio, sino si es o no de influencia en la causa. En realidad, las circunstancias principales siempre tienen influencia en la causa; las accesorias nunca. Por ello nos dice "... entre el testimonio que recae sobre *super accidentibus* y el que recae sobre circunstancias que no pueden influir de ninguna manera en el resultado del juicio, hay palpable diferencia. Se trata, pues, de circunstancias accesorias que no influyen en la causa y acerca de éstas es general enseñanza de que la mentira que recae sobre ellas no puede castigarse como falso testimonio...".⁽⁷²⁾ La misma posición es seguida por Sebastián Soler quien nos dice que "Lo importante es que la falsedad recaiga sobre algunos hechos, principales o accesorios, que puedan positiva o negativamente, contribuir a la formación del juicio del juez".⁽⁷³⁾

c) Para algunos, por ejemplo para Garçon,⁽⁷⁴⁾ no es necesario preguntarse si la alteración de la verdad o su ocultamiento se refiere a un hecho principal o accesorio, para que produzca perjuicio. El perjuicio se produce, si el testigo ha mentado a favor o en contra del acusado; es decir, si la mentira puede hacer que se absuelva a un culpable o se condene a un inocente.

58) ¿Cómo ha sido tratado el problema del perjuicio en los Códigos penales que hemos tenido, y en la jurisprudencia nacida al calor de ellos?

(71) Luis Carlos Pérez, *Op. Cit.*, pág. 287.

(72) Carrara, *Op. Cit.*, Vol. V, pág. 241 # 2681.

(73) Soler, *Op. Cit.*, Tomo V, pág. 261.

(74) Garçon, *Op. Cit.*, Tomo II, pág. 413, # 43.

La exigencia del perjuicio como elemento necesario del delito de falso testimonio existe ya en el Código de 1880. La jurisprudencia que interpretó este código hizo expresa diferencia entre daño efectivo causado a un particular —que no es necesario para la existencia del delito de falso testimonio— y perjuicio, elemento integrante del delito.

Sin embargo, el concepto de perjuicio sufrió modificaciones con el transcurso del tiempo en la jurisprudencia. No se puede decir que de esta jurisprudencia pueda sacarse una evolución ascendente de la cual surja un concepto perfeccionado del perjuicio. Al contrario, el movimiento de la jurisprudencia es en zig-zag.

En esta evolución, existen tres directrices: a) aquella jurisprudencia que hace la diferencia entre daño efectivo y perjuicio, pero que reconoce que el perjuicio se expresa generalmente cuando se declara en contra o favor del culpado. El fin de favorecer o perjudicar al inculpado es la *ratio cognoscedi* del perjuicio. El perjuicio se fundamenta en otras razones. b) La jurisprudencia para la cual el declarar contra o a favor del inculpado, el tender de favorecerlo o de perjudicarlo, es la *ratio essendi* del perjuicio. c) La escasa jurisprudencia que identifica daño efectivo con perjuicio.

a) Tendencia a favorecer al inculpado como la *ratio cognoscendi* del perjuicio.

Un grupo de sentencias distinguen entre daño efectivo y perjuicio. El juicio criminal en que el individuo declara contra el reo, el daño es la condenatoria efectiva, que puede existir o no existir, en el caso de que haya sido absuelto el acusado; el perjuicio es que personas "... reconocidas después como inocentes... tuvieron que sufrir las penosas y deprimentes consecuencias de un principio de enjuiciamiento criminal".⁽⁷⁵⁾ Los abogados, en defensa de sus tesis, trataron de identificar perjuicio con daño efectivo. Ello obliga a Casación a hacer una diferencia clara entre perjuicio y daño. Así, leemos en una de sus sentencias: "Que aunque el falso testimonio de que se trata no produjo resultado adverso al procesado G., eso no exime a la declarante de la consiguiente responsabilidad penal, así porque nuestra ley no establece tal particularidad como motivo que pudiera favorecerla, como porque el falso testimonio

(75) Cas. 3:10 p. m. de 21 de junio de 1913- Col. Sent. Cas. I Sem., pág. 554.

es grave quebranto de la obligación en que todos se hayan de decir verdad cuando son interrogados por las autoridades, y por el peligro en que se pone a un tercero de ser condenado injusta e irregularmente debida a la acción maliciosa de los testigos". La ausencia de daño efectivo, si bien no influye en la calificación del delito, puede ser tomada en cuenta, para, con otros factores, disminuir, si pena. Por ello leemos en la misma sentencia: "Que sin embargo, la falta de daño positivo al mencionado G., pues resultó absuelto en la respectiva causa, la poca edad de la enjuiciada y su condición de mujer honesta, aunque no han podido influir en dejar de establecer la sanción penal contra ella, sí dan mérito para que los jueces de instancia hayan suspendido la pena que le correspondía, armonizando de ese modo el rigor de la ley con la clemencia judicial."⁽⁷⁶⁾

Si era fácil determinar la existencia del perjuicio cuando se declaraba contra el inculcado, la situación se complicaba en tratándose de las declaraciones del testigo favorable al inculcado. ¿En qué consiste en este caso el perjuicio? El perjuicio consiste en este caso en que el testimonio tiene o puede tener por resultado, la absolución de un culpable. Por consiguiente, ello revela que la existencia del perjuicio nada tiene que ver con la lesión a derechos individuales. Así, Casación juzgó que son responsables del delito de falso testimonio, dos individuos que declaran en un proceso por el delito de estupro, haber tenido relaciones totales con la ofendida, mucho tiempo antes que el acusado en el juicio, cuando el dictamen médico revela que la ruptura del himen data de cinco o seis días antes de la fecha en que rindió el dictamen. Tal declaración produce perjuicio, porque "... la doncellez de una menor de edad, es un estado o condición que la ley toma en cuenta para la calificación del delito de estupro; consiguientemente, si los testigos declararon en el proceso de C. que habían tenido accesos carnales con la ofendida, antes que C., tendían a disminuir o suprimir la responsabilidad de éste y declaraban así en su beneficio...".⁽⁷⁷⁾ La misma posición es afirmada por Casación en una sentencia de 1908. Casación rechaza el recurso contra la sentencia condenatoria de segunda instancia, porque "... habiendo tenido en mira el procesado favorecer al reo en

(76) Cas. 2:10 p. m. de 20 de abril de 1912. Col. Sent. Cas., I Sem., pág. 360. En igual sentido, Cas. 2:15 p. m. de 25 de junio de 1906. Col. Sent. Cas., II Sem., pág. 30.

(77) Cas. 2:15 p. m. de 21 de enero de 1927. Col. Sent. Cas., I Sem., pág. 133.

su primera declaración, al caso es aplicable el artículo 229 del Código penal...".⁽⁷⁸⁾

b) La tendencia de favorecer o perjudicar al inculcado como la **ratio essendi** del perjuicio.

El artículo 473 del Código de 1924 establecía que para ser punible el falso testimonio debía haber sido rendido en contra o en favor del inculcado, en materia criminal; en contra o en favor de una de las partes en materia civil.

Si se examina la disposición con detenimiento, encontramos que esta norma consagra la experiencia tenida en el código anterior. Pero había una importante modificación: perjuicio y declaración en contra o a favor del inculcado en el proceso civil o en contra o a favor de una de las partes en el proceso civil, se identifican. Por ello puede decirse que el Código de 1924 —y en la jurisprudencia que lo interpreta— el hecho de que la declaración sea dada en contra o a favor de alguna de las partes es la **ratio essendi** del perjuicio. No será posible, pues, fundamentar el perjuicio en motivos diferentes— como lo hacía la jurisprudencia anterior de los establecidos en el código.

Al tenor de ese artículo, la jurisprudencia interpretó que no había delito de falso testimonio cuando un testigo declara bajo juramento, en una causa por abigeato, como agregado a la declaración principal, pero que no se relaciona directamente con los hechos investigados: "En casa de A. hay matanza de reses y cuando van a

(78) Cas. 2:34 p. m. de 30 dic. de 1908. Col. Sent. Cas., II Sem., pág. 603; En igual sentido Cas. 2 p. m. de 27 de mayo de 1902. Col. Sent. Cas., I Sem., pág. 298; Cas. 2 p. m. de 8 de julio de 1905. Col. Sent. Cas., II Sem., pág. 26; Cas. 3 p. m. de 28 de mayo de 1903. Col. Sent. Cas., I Sem., pág. 347.

Esta es la jurisprudencia dominante hasta nuestros días. Evidentemente, en algunas sentencias —que pueden considerarse dentro de esta línea—, se cometen crasos errores. Tal es el caso de una sentencia de la Sala penal, que aparece en Cas. 16:45 h. de 12 de enero de 1961. (Col. Sent. Cas., I Sem., T. I, pág. 99), en la que se lee: "Este tribunal no juzga que haya mediado dolo en sus testimonios, tendientes a perjudicar a una de las partes, en el caso concreto, al acusador". Hay una grave equivocación. Una cosa es decir que existe perjuicio cuando el testimonio es dado a favor o en contra del acusado en materia penal, o a favor o en contra de alguna de las partes en el proceso civil, como lo hace la jurisprudencia. Otra muy distinta en afirmar lo que afirma la sentencia precitada. Se confunde en esa sentencia dolo con perjuicio, interpretado como que debe existir el fin en el delincuente de perjudicar a una de las partes. Esto es erróneo, porque se exige en el falso testimonio un dolo específico, cual es el tender a perjudicar o a favorecer al inculcado. Y la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo al establecer que el dolo requerido para el falso testimonio es el dolo general.

El perjuicio —como veremos— es objetivo e independiente de la voluntad del culpable. Es la lesión al bien jurídico protegido que es la Administración de la justicia.

destazar alguna res, amarran una en la mañana y en la tarde destazan otra, que no es la que se había amarrado; los cueros se esconden y nunca se dejan ver; eso implica que ese ganado ha sido robado...” El Sr. A. acusa al testigo por falso testimonio. Este testigo es absuelto por el juez y también por la Sala penal. Casación declara que: “No está demostrado el falso testimonio; pero aunque lo estuviera, el artículo 473 del Código penal, que como infringido se cita, señala penas para ese delito cuando se cometiera, ya en materia civil para daño o beneficio de alguna de las partes, ya en causa criminal en perjuicio o en favor del inculpado” (Cas. 10:20 h. de 9 de agosto de 1933- Col. Sent. Cas. -II Sem. pág. 286). Del mismo modo, esta posición explica el hecho de que no pueda cometer el delito de falso testimonio la persona que declara como testigo, ser apoderado generalísimo y no apoderado general, situación irregular, porque se le pregunta algo que no se prueba por testigos. Según Casación, no hay falso testimonio, pues “aun cuando el hecho era irregular, aquella circunstancia se refería a una circunstancia personal del declarante respecto a la cual su dicho no era prueba según la ley civil anteriormente citada, ni podía, por consiguiente redundar en perjuicio del inculpado en la sumaria seguida a consecuencia de la denuncia de C.” (Cas. 10:40 h. de 20 de dic. de 1933- Col. Sent. Cas. 1933-II Sem., pág. 850). En otra sentencia se dice que las declaraciones acusadas de falsas, fueran declaradas sin lugar por el Juez Segundo Civil de aquí y confirmada la sentencia por la Sala Primera Civil... habiéndose declarado sin lugar el recurso de casación como se ha informado en autos, de suerte que dichos testimonios acusados de falsos han resultado inocuos”. Al conocer del recurso contra esta sentencia, Casación declara que “... tanto el Código Penal anterior como el actual, colocaron el delito de falso testimonio entre los clasificados como delitos contra la administración pública, entidad abstracta que también viene a ser así parte ofendida en esta clase de infracciones; por eso en principio es exacto... que el falso testimonio como atentado contra la administración de justicia, se consuma con la falsedad, con independencia de las consecuencias que las manifestaciones falsas produzcan...”. Para armonizar este principio con el artículo 473, aplicable a la especie, del Código de 1924, Casación declara que “... siempre resulta que en este caso las atestaciones de los testigos acusados, relativas al adulterio de la señora demandada, dejan para

siempre en el nombre de ella, aunque no prospere la demanda de divorcio, una duda que sólo separándose de la realidad de las cosas decirse que no constituye un daño real para su honor”. La última parte de la sentencia es una tesis de compromiso entre la tesis del perjuicio efectivo y la tesis simplemente del perjuicio. Casación declara “Que la sinceridad de las declaraciones y el respeto por el juramento, afectados hoy por una relajación alarmante, interesan a la sociedad entera; son base en la buena administración de la justicia y de la confianza que deben inspirar las decisiones judiciales; por eso conviene aplicar estrictamente la ley que reprime el falso testimonio siempre que éste aparezca y pueda afirmarse que ha producido, dentro de la teoría más rigurosa del daño efectivo, una consecuencia lesiva para alguna de las partes litigantes”.⁽⁷⁹⁾

Esta sentencia concilia la jurisprudencia anterior con los principios sobre perjuicio establecidos en el Código de 1924. Sin dejar de afirmar la necesidad de un daño, le da a este daño —perjuicio— un contenido totalmente diferente a perjuicio real y efectivo, por tanto, mensurable de acuerdo al resultado concreto de un juicio. Por otro lado, establece la interpretación de cómo debe entenderse perjuicio en el Código de 1941.

Esta interpretación queda vigente con el Código de 1970.

59) Nosotros creemos que el delito de falso testimonio solamente es punible si produce perjuicio. No existe delito, si no hay perjuicio, porque éste es un elemento constitutivo del delito de falso testimonio.

¿Qué es el perjuicio? Es necesario distinguir el perjuicio del resultado. El término perjuicio, bien que vago, no es sinónimo de resultado penal. Algunos autores confunden perjuicio y resultado. Tal es el caso de Donnedieu de Vabres,⁽⁸⁰⁾ para quien infracción formal es aquella que es castigada independientemente de la existencia de un perjuicio actual, a diferencia de la infracción material, donde este perjuicio actual sí es requerido. Dentro de su concepción, por consiguiente, resultado y perjuicio son sinónimos.

⁽⁷⁹⁾ Cas. 15:10 h. de 17 de setiembre de 1944- Col. Sent. Cas. II Sem. pág. 709.

⁽⁸⁰⁾ Donnedieu de Vabres, “Essai sur la notion du préjudice dans la théorie du faux documentaire”, Paris, 1943, págs. 28 y 133.

Infracción material es aquella que se castiga desde el momento en que el resultado, tal y como está previsto en la ley, se ha producido. El resultado es elemento integrante de la infracción, a tal punto que si éste no se da no hay delito.⁽⁸¹⁾ En la infracción material el resultado penal es parte de su definición legal. El gran dominio de las infracciones materiales, es como bien se sabe, las infracciones culposas.

Hay dos excepciones a este principio de que no hay infracción sin resultado en las infracciones materiales: son la tentativa y el delito imposible (artículo 24 del Código penal de 1970).

Por el contrario, la infracción formal es aquella que se castiga con independencia de que se haya producido un resultado preciso.

Se habla de daño para indicar la lesión a un derecho del particular.

Se habla de perjuicio para indicar la lesión al bien jurídico protegido.

El falso testimonio es delito formal, porque se castiga independientemente de un resultado preciso que la misma ley determine. El delito existe desde el momento en que se ha afirmado una falsedad, se ha negado la verdad o se la ha callado, por parte del testigo, intérprete o traductor en la deposición, peritaje, traducción o interpretación, hecha ante autoridad competente. Pero para ser punible es necesario que la alteración o el ocultamiento de la verdad, produzca un perjuicio o sea capaz de producirlo. Perjuicio es la lesión al bien jurídico protegido por la figura del falso testimonio, que es la administración de justicia.

El perjuicio y el resultado se asemejan en que ambos son consecuencias de la infracción.

El bien jurídico tutelado con el delito de falso testimonio es la administración de la justicia. El artículo 314 del Cód. pen. que castiga el delito de falso testimonio se encuentra dentro del título XIV del Código, que reprime los "Delitos contra la administración de justicia". Esta buena administración de justicia se quebranta cuando en las pruebas protegidas por el delito de falso testimonio, se introducen elementos extraños, que por medio de una falsa depo-

sición, traducción, peritaje o interpretación, produzcan el error en el juez, lo que a su vez producirá un entramamiento del normal funcionamiento de las pruebas en el proceso.

Es por ello que leemos en la sentencia de Cas. 9:10 a. m. de 16 de enero de 1924 (Col. Sent. Cas. 1924-I Sem., pág. 30) "... que el falso testimonio que se dice dado a favor del reo, habría de consistir, y ello debía de estar bien esclarecido, en que se ha faltado a la verdad ante los jueces por el testigo acusado y que fue violado el deber de ayudar a la autoridad pública en la mejor administración de justicia". En el mismo sentido establece la Casación de 2:10 p. m. de 20 de abril de 1912 (Col. Sent. Cas. 1912-I Sem., pág. 360) que el falso testimonio es "... el grave quebrantamiento de la obligación en que todos se hallan de decir verdad cuando son interrogados por las autoridades ...", lo que crea "... el peligro en que se pone a un tercero de ser condenado injusta o irregularmente debido a la acción maliciosa de los testigos".

El perjuicio debe existir, pero basta que sea eventual. No es necesario que haya habido una lesión efectiva a la administración de la justicia, en el entramamiento de las pruebas en el proceso, en especial, en el envenenamiento de la prueba testimonial o pericial, que son las directamente protegidas con el falso testimonio, o de las otras pruebas que son indirectamente protegidas con la figura al castigar la falsa interpretación o traducción. Es suficiente, la simple eventualidad de que ésto suceda.

60) Existe una aparente contradicción entre la exigencia del perjuicio y el carácter formal del delito de falso testimonio. Como delito formal que es, Casación establece en varias de sus sentencias que "... el delito se consuma desde que el testigo presta su declaración falsa bajo juramento de decir verdad ..." (Véase, entre otras, Cas. 3 p. m. de 28 de mayo de 1903- Col. Sent. Cas. I Sem., pág. 347).

El falso testimonio es castigado independientemente de cualquier resultado, porque dentro de la definición legal del mismo no existe un determinado resultado. Es castigado también, independientemente de cualquier daño a los interesados de los particulares. Pero aún consumado, no será posible si la mentira no es susceptible de lesionar el bien jurídico protegido. Esta posibilidad de lesión es

(81) S. Keyman, "Le résultat pénal", en Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, 1968, pág. 786; Librairie Sirey, Paris, 1968.

independiente de la intención del agente. No será posible, a pesar de estar consumado el falso testimonio, entre otros casos:

a) Cuando la declaración mentirosa del testigo no se relaciona ni directamente ni indirectamente con los hechos que se investigan. Es necesaria la inherencia de la falsedad a los hechos sobre los cuales el testigo es interrogado, porque el delito sólo existe cuando hay una lógica conexión entre los hechos sobre los cuales se declaró falsamente y el tema de la decisión del juez.⁽⁸²⁾ Esta característica explica —más que la dada por Casación, de que la declaración debe ser dada en perjuicio o a favor del reo— el sobreseimiento del individuo que hace imputaciones contra el honor de otra persona al declarar.⁽⁸³⁾

b) Cuando lo declarado, aunque se relacione con los hechos de la causa, se refiera a un hecho respecto al cual no se admite la prueba testimonial o bien cuando el dicho del testigo no es modo de probar esa circunstancia, según la ley. Tal es el caso de que se pregunte a un testigo si el Sr. A y la mujer B son casados, porque el estado de matrimonio se prueba por certificación del Registro Civil.⁽⁸⁴⁾ En este sentido son varias las sentencias que pueden citarse. No existe perjuicio —pues no hay lesión al bien jurídico protegido— cuando se le preguntan al testigo circunstancias personales a él, las cuales se prueban por otros medios. Tal es el caso del testigo que afirme ante autoridad competente y bajo juramento, que es apoderado generalísimo de una persona, mientras en realidad es solamente apoderado general. Dicha calidad se prueba por certificación del Registro Mercantil.⁽⁸⁵⁾ En esta misma línea de ideas, no existirá falso testimonio si el testigo afirma que vio señales de enajenación mental en un testador poco antes de su muerte. Lo que es enajenación mental y si existe o no en un individuo, es asunto de prueba de peritos.

Tampoco podría cometerse el delito de falso testimonio cuando se miente respecto a las generales de ley, porque aparte de que dichas generales se preguntan antes de que el individuo ha sido juramentado, no se refiere a los hechos, sino al estado civil del

(82) Ruggiero, *Op. Cit.*, pág. 540.

(83) Cas. 10:20 h. de 9 de agosto de 1933. Col. Sent. Cas. II Sem., pág. 286.

(84) Al respecto ver Soler, Tomo V de *Ob. Cit.*, pág. 252, aunque en un sentido diferente.

(85) Cas. 10:40 h. de 20 de dic. de 1933. Col. Sent. Cas. II Sem., pág. 850.

testigo, que se prueba por otros medios. Por otro lado, no existe conexión lógica entre la declaración sobre las generales de ley y la decisión que deberá tomar el juez.

En fin, es necesario advertir que el problema del perjuicio que cauce la declaración debe examinarse caso por caso y puede asegurarse que el mismo no existe cuando la falsa deposición no sea susceptible de entorpecer el normal funcionamiento de la prueba testimonial en el proceso.

Capítulo II - Examen de algunos problemas que plantea el falso testimonio

61) No quedaría completo el examen del falso testimonio sin el examen de algunos problemas que plantea la aplicación de las reglas generales, en particular, las reglas relativas a la consumación y a tentativa y las relativas a la participación criminal. Es necesario, además examinar las circunstancias agravantes y atenuantes especiales que presenta el falso testimonio. De ahí que dividamos nuestra exposición en varias secciones.

Sección I—Aplicación de reglas generales

a—Consumación y tentativa

62) En el falso testimonio uno de los problemas más discutidos es el momento de consumación del mismo. Determinar este momento es importante porque es a partir de él que comienza a correr la fecha de prescripción y porque la posición que se adopte respecto al momento consumativo, tendrá influencia inmediata a la hora de considerar la tentativa.

Nuestra jurisprudencia ha resuelto que "... el delito de falso testimonio se consuma desde que el testigo presta su declaración falsa bajo juramento de decir verdad..." (Cas. 3 p. m. de 28 de mayo de 1903, precitada). Esta misma sentencia, que conserva su autoridad bajo el Código de 1970, dice que nuestra ley no distingue, como lo hacen otras legislaciones, para efecto de responsabilidad por falso testimonio "... el que la declaración haya sido en la sumaria, en el plenario o bien en juicio oral y público, donde existe; que haya sido o no contradicha en el plenario; que haya tenido o no eficacia en el resultado de la causa...". Por ello, es correcta la

conclusión que saca la sentencia de Cas. de 2:15 p. m. de 21 de enero de 1927 (Col. Sent. Cas. I Sem., pág. 133): para la imputación del falso testimonio no es necesario que el proceso en que se dio la falsa declaración haya terminado por sentencia.

Dijimos que aunque el delito se consuma con la declaración, es necesario, para que se complete la figura que produzca un perjuicio con la declaración falsa, o sea susceptible de causarlo.

La consumación se da, entonces, cuando "... el acta correspondiente ha terminado con la lectura, ratificación y firmas requeridas, en el procedimiento escrito. En el proceso oral, la falsedad se consuma tan pronto como la declaración se da por concluida".⁽⁸⁶⁾

63) Se ha sostenido que, siendo el anteriormente dicho el momento de consumación de la infracción, la tentativa no es posible en el falso testimonio. Soler dice: "La tentativa de este delito no es posible, precisamente por su carácter de infracción de peligro abstracto".⁽⁸⁷⁾

El problema de la tentativa en nuestro derecho hay que enfocarlo considerando dos cosas: a) De acuerdo con el artículo 24 del Código penal hay tentativa "... cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes de la voluntad del agente". Este párrafo del artículo 24 define lo que es tentativa y lo que es desistimiento (éste existe desde el momento en que, iniciada la ejecución de un delito, el individuo no recorre todo el iter criminis y no llega hasta la consumación, porque voluntariamente interrumpió la ejecución). Si el delito de falso testimonio se consuma en el momento en que el testigo ha terminado su declaración bajo juramento, de ahí se deduce que existe un camino que debe recorrer y que va, desde el inicio de su declaración hasta el momento en que ésta debe darse por concluida. En este inter criminis—mientras el delito no haya sido consumado— puede el individuo desistir de la comisión del delito. Las disposiciones sobre la tentativa y el desistimiento, colocadas en la parte general, se aplican a todas las infracciones, salvo que a ello se oponga expresamente la ley penal o la naturaleza propia del delito.

(86) S. Soler, *Op. Cit.*, Tomo V, pág. 263.

(87) Soler, *Ibidem*, pág. 264.

No existe la tentativa en el delito de falso testimonio. Ella es imposible. Sólo que no es el carácter de infracción de peligro abstracto en lo que se fundamenta la imposibilidad de su existencia, sino en el hecho de que o bien el individuo no desiste de la comisión del delito —es decir no "se retracta"— antes de que haya concluido la declaración y se habrá consumado el delito de falso testimonio, o bien, el individuo, habiendo empezado la ejecución del delito, dando una deposición mentirosa, desiste de la ejecución y da una declaración correcta —desiste o se "retracta"— antes de que haya concluido su declaración y entonces el delito no existe.⁽⁸⁸⁾

La falsedad dicha al principio de la declaración y enmendada con posterioridad en la misma declaración, de manera voluntaria y antes de que ésta haya concluido, no surte ningún efecto, porque no ha habido desistimiento voluntario. Establecer lo contrario, sería limitar, sin razón suficiente y de manera arbitraria, la extensión de las reglas de la parte general del Código, en perjuicio del inculpado. Y lo cierto es que esta limitación, solamente puede hacerse cuando haya disposición expresa del legislador. En nuestro derecho, existe, por consiguiente, la posibilidad de la retractación, de la falsedad dicha, cuando el delito está en proceso de cometerse y todavía no se ha consumado. Por eso nos dice Logoz "Una deposición no es "falsa" cuando, después de haber mentido, el testigo dice la verdad antes que su deposición haya terminado... Hasta ese momento, el testigo tiene la facultad de modificar su deposición, y no podrá ser castigado por una mentira de la cual él se haya retractado en el curso de audición. Poco importa el móvil al cual haya obedecido".⁽⁸⁹⁾ Además, puede agregarse otra razón; si el testigo desiste antes de que su declaración haya concluido, de la comisión del delito, no engaña a la justicia, por lo que no causa ningún perjuicio.

Como hipótesis de escuela puede concebirse la tentativa. Y es cuando, habiendo empezado el testigo a mentir, se interrumpe la deposición, por un hecho extraño a su voluntad, de modo que no puede terminar la deposición, por causas ajenas a la voluntad del agente. Tal es el caso clásico del testigo, que habiendo comenzado a mentir, se desmaya antes de haber terminado su deposición. Tal

(88) Garçon, *Op. Cit.*, Tomo II, pág. 421 # 106.

(89) Logoz, *Op. Cit.*, Tomo II, pág. 729. En el mismo sentido Manzini, *Op. Cit.*, Tomo V, pág. 223.

es el caso juzgado por la Corte de Casación de Francia el 28 de febrero de 1811. Merlin sostuvo que en tal caso había delito consumado. Otros criminalistas sostuvieron que había tentativa, por ejecución, y que fue interrumpida la ejecución, por causas independientes de la voluntad del agente.⁽⁹⁰⁾

b—Complicidad

64) Siendo la reglas generales de aplicación a todas las figuras de la parte especial, salvo disposición en contrario de la ley o cuando la naturaleza de la figura lo impida, es necesario determinar si es posible la participación criminal facultativa —a título principal y a título secundario— en materia de falso testimonio.

La participación criminal facultativa está en el artículo 45 del nuevo Código, en forma contradictoria y poco científica. El Código penal hace la distinción entre tres categorías básicas de participantes: a) el autor y el coautor, que es "... quien lo realizar (el hecho punible) por sí o sirviéndose de otro u otros y coautores los que lo realizaren conjuntamente con el autor" (artículo 45). De este artículo se deduce que el problema del coautor debe estudiarse estableciendo varias categorías: 1) El autor, el que realiza el hecho por sí mismo —debe realizar la infracción en sus tres elementos constitutivos: el elemento legal, el moral y el material. Este autor, puede no ser único, en cuyo caso hablaremos de

(90) Garçon, *Op. Cit.*, Tomo II, pág. 421 # 108.

Los autores posteriores a Merlin analizaron este caso de la siguiente manera: cuando el testigo ha terminado su declaración, el delito ya ha sido consumado. Podrá retractarse, pero en este caso ya no podrá escapar a la pena pretextando un acontecimiento cualquiera. Pero si el testigo no pudo acabar su deposición, no pudo desenvolver completamente su pensamiento, que forma un todo, y sería sumamente peligroso establecer la existencia de un delito de falso testimonio estableciendo una pretendida mentira, que sus explicaciones posteriores, habrían podido desvanecer. (Garçon *Op. Cit.*, pág. 421; Chaveau et Hélie, V, # 1800; Garraud, Tomo V, # 2299).

En el caso concreto, la Corte de Casación condenó, en una época en que la retractación antes de determinar la declaración, no era considerada. La sentencia es comentada por Carrara (*Op. Cit.*, Tomo V, pág. 249 # 2688, nota 1), para quien "mucho habría que decir acerca de estas hipótesis. Si el testigo que se desmayó vuelve en sí, ¿por qué no se le llama otra vez y se le da oportunidad para retractarse?. De otra manera, sufrirá castigo por un caso fortuito y por la severidad del juez que no quiso permitirle que completara sus declaraciones. Si, por el contrario, esto era imposible, por hallarse en término del debate o por haber continuado la afección morbosa, la declaración falsa ya hecha, debe considerarse como delito consumado, no como tentativa, y si se quisiera considerarla incompleta, la tentativa no sería punible, por ser espontáneo el desistimiento".

coautores. Por consiguiente, el coautor debe realizar la infracción en sus tres elementos constitutivos: el elemento legal, el elemento moral, y el elemento material: ellos son los que realizan el hecho punible conjuntamente con el autor" (artículo 45). Respecto a este tipo de autores, los cómplices, definidos en el artículo 47, realizan el elemento legal, el elemento moral de la infracción, pero no realizan todo el elemento material totalmente, sino que "... prestan al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible", sin llegar a consumir el delito. Es evidente que unos y otros (cómplices y coautores) sólo pueden diferenciarse por su posición respecto al elemento material de la infracción: los actos de cooperación o auxilio no podrán ir hasta la consumación de la infracción, porque ya no serían cómplices, sino autores. Esta diferencia básica, hace surgir otra notable diferencia: mientras que el autor y el coautor, tienen responsabilidad propia, porque han realizado, por sí mismos la infracción en sus tres elementos constitutivos, el cómplice tiene responsabilidad accesoria o de préstamo: él toma la responsabilidad, del autor principal. 2) Otra categoría de autor, nueva en nuestro derecho, es la del autor mediato, figura que se realiza cuando alguien realiza el hecho punible "... sirviéndose de otro u otros ...". Pero es necesario que este otro sea un inimputable o una persona en estado de no culpabilidad por ciertos motivos.

Como categoría inmediata intermedia entre los autores y los cómplices, está el instigador. Este realiza el elemento legal y el elemento moral de la infracción, pero no el elemento material, porque él lo que hace es "intencionalmente" (?) determinar a otro a cometer el hecho punible. 3) Por último, encontramos los cómplices, categoría examinada.

En tratándose del autor mediato, es necesario observar que el falso testimonio solamente puede ser cometido por una persona que da una deposición ante autoridad competente como testigo. Desde este punto de vista podemos decir que el delito de falso testimonio es un delito especial, porque en él no todo el mundo puede cometerlo, sino solamente quien es testigo. En los delitos especiales el círculo de autores no es abierto, como en todos los delitos, sino que está limitado a determinados sujetos.⁽⁹¹⁾

(91) Enrique Gimbernat Ordeig, "Autor y Cómplice en Derecho Penal", Universidad de Madrid Facultad de Derecho, 1966, pág. 229.

Respecto a este tipo de delitos rige el principio: "Si duo faciunt idem, non est idem". Es decir, el requisito personal es intransmisible. Si un "extraneus" utiliza a un testigo como instrumento no por ello se convierte aquél en autor mediato del delito especial de falso testimonio, pues falta la calidad de testigo. Para expresarlo en términos de la teoría de la tipicidad, falta un elemento típico en el aspecto personal. De lo anterior resulta que el falso testimonio no puede ser cometido por el autor mediato, que sin tener la calidad de testigo, se sirva del testigo como instrumento, para el falso testimonio.⁽⁹²⁾

Por otro lado, la autoría, tal y como está configurada en el nuevo código, no es posible, porque, aunque sean dos los testigos que mienten, con relación a los mismos hechos, no puede decirse que realizan el hecho punible (afirmando una falsedad o negando la verdad, o bien ocultándola, total o parcialmente) "... conjuntamente con el autor" (artículo 45 cp.), puesto que este hecho, por propia definición es personalísimo y no puede ser compartido con otro. En el caso de que sean varios los testigos que mienten, aun habiendo acuerdo entre ellos, habrá tantos delitos de falso testimonio como testigos que mienten haya, aunque sea sobre los mismos hechos, y aunque estén de acuerdo en el elemento material de la infracción. A nuestra manera de ver, por tanto, no se da la nota característica de la participación criminal, consistente en la unidad de la infracción, a pesar de la diversidad de participantes. Al contrario, la diversidad de participantes, engendra la diversidad de infracciones: habrá tantos falsos testimonios como testigos falten a la verdad.

65) Nuestra jurisprudencia se ha establecido en el sentido de tratar a los testigos como participantes de un mismo delito. La Corte de Casación afirma la unidad de la infracción, a pesar de la diversidad de participantes. Ello porque, en realidad, la diferencia que nosotros apuntamos solamente tiene importancia cuando objetivamente existe diferencia entre el autor y el cómplice.

En los códigos anteriores al de 1970 la diferencia entre lo que es conducta de autor y lo que es conducta de cómplice, no está marcada legalmente, sino que es hecha, de manera discrecional por

⁹²⁾ Logoz, *Op. Cit.*, Tomo II, pág. 727. En contra, Manzini, *Op. Cit.*, Tomo V, pág. 216.

el juez. Las dificultades que surgen en este sistema, se salvan con la declaración de coautor cuando el juez juzga que el individuo ha tenido una participación importante en los hechos.

En varias sentencias se condena como coautores, a dos o más personas que declaran falsamente sobre un mismo hecho, previo acuerdo. Tal es el caso de dos individuos que afirman falsamente haber tenido relaciones sexuales, antes que el acusado, con la ofendida de un delito de estupro. El tratamiento que los tribunales les dan es el de participantes en una misma infracción: "si, los testigos declararon en el proceso de Campos que habían tenido accesos carnales con la ofendida, antes que Castro, tendían a suprimir o a disminuir la responsabilidad penal de éste..." "Que los términos generales en que están redactadas las declaraciones de Madrigal y Valenciano, se desprende que ellos que el acceso carnal fue un acto completo..." (Cas. 2:15 p.m. de 21 de enero de 1927— Col. Sent. Cas. I Sem., pág. 133). En otras sentencias en que existen varios acusados el tratamiento es el mismo, antes apuntado: "... este Tribunal no tiene por probada la culpabilidad de los recurrentes... Apreciar (por ambos) con algunas varas de diferencia una sentencia que no se mide, no puede tenerse como prueba de una contradicción mentirosa..." (Cas. 2:15 p. m. de 19 de mayo de 1905— Col. Sent. Cas. 1905— I Sem., pág. 293). En idéntico sentido, tratan a dos individuos que declaran falsamente en un proceso contra otro, "... a quien más tarde se propusieron exculpar..." (Cas. 2:10 p. m. de 24 de junio de 1905— Col. Sent. Cas. I Sem., pág. 359). En fin, en igual sentido Cas. 2 p. m. de 27 de mayo de 1902— Col. Sent. Cas. 1902— I Sem., pág. 298).

Si es posible decir que nuestra jurisprudencia considera como posible la coautoría cuando hay acuerdo previo y diversidad de participantes, en el falso testimonio, hay que hacer resaltar el hecho de que no se encuentra una sola condenatoria en que haya autores (principales) y cómplices (participantes secundarios). Ello se debe a que la coautoría es un verdadero cajón de sastre en nuestro derecho, hecho derivado de que nuestra Parte General ha sido imprecisa (y lo es aún en el Código de 1970), a la hora de definir lo que se entiende por cómplice y autor.

Tal y como está establecida la instigación en el Código del 70, es imposible que exista en el falso testimonio. La razón es sencilla: el código castiga, como delitos independientes el soborno de

testigos y la proposición de testigos falsos (artículos 315 y 316 Cód. pen., respectivamente), que son, en el fondo, formas de instigación calificadas. Estas dos figuras derogan las reglas generales sobre participación criminal establecidas en la parte General del Código.

Sección II—Circunstancias especiales de modificación de la responsabilidad.

a—Circunstancia atenuante especial: la retractación

66) Quien ha faltado a la verdad, puede retractarse de ello. Si lo anterior se hace antes de que el acta correspondiente haya sido leída y firmada, esta retractación es un desistimiento y, como dijimos, en este caso no hay delito.

Pero después de que se ha consumado el delito, la ley le da oportunidad al delincuente para que manifieste la verdad. Si ésta puede ser apreciada por el juzgador, de modo que se elimine la posibilidad de un error judicial, el legislador acuerda un trato especial al delincuente.

Después de consumado el delito, en términos generales en el derecho penal moderno, el arrepentimiento (la retractación asume la forma de éste) influye en la medida de la pena a imponer, pero no en la calificación ni en la existencia del delito. La retractación, en nuestro derecho, es una circunstancia atenuante especial, porque hay disposiciones especiales respecto a ella que derogan las reglas generales sobre las circunstancias atenuantes. Algunos Códigos hacen de la retractación, por razones de política criminal, una excusa legal absolutoria. Tal es el caso del Código italiano de 1930 que nos dice en el artículo 376: "En los casos previstos por el artículo 372 y el 373, el culpable no es punible si en el procedimiento penal en que ha prestado su oficio, retracta la falsedad y manifiesta la verdad antes de que se haya cerrado la instrucción con sentencia de no haber lugar a proceder o antes de que se haya cerrado el debate o haya sido reenviado con ocasión de la falsedad. Una vez que haya intervenido la falsedad en una causa civil, no es punible el culpable si retracta la falsedad y manifiesta la verdad antes de que sobre la demanda judicial se haya pronunciado sentencia definitiva, aunque no irrevocable".

Otros códigos hacen de la retractación una simple circunstancia atenuante.

Un sistema mixto entre ambas posiciones, es el seguido por el Código de 1941 que declara en el artículo 400 "Al responsable de cualquiera de los hechos de que tratan los artículos anteriores que se retracte de su dicho en el mismo proceso y manifieste la verdad, a tiempo para que ella pueda ser apreciada por el juzgador, podrá imponérsele la pena ordinaria disminuida hasta en cinco sextas partes y aún eximirse de ella, según las circunstancias". Este artículo se aplica al artículo 397, al 398 y al 399 del Cód. penal de 1941.⁽⁹³⁾

67) El artículo 93 del Cód. pen. 1970 dice: "También extingue la pena, el perdón que en sentencia podrán otorgar los jueces al condenado, previo informe que rinda el Instituto de Criminología sobre su personalidad en los siguientes casos: 1) A quien siendo responsable de falso testimonio se retracte de su dicho y manifieste la verdad a tiempo para que ella pueda ser apreciada en sentencia".

Los cambios ocurridos con relación al Código anterior son notables: 1) El perdón judicial, institución nueva, puede el juez declararla o no. Pero se elimina la posibilidad de disminuir discrecionalmente la pena, como sí ocurre en el artículo 400 del Código penal de 1941. Podríamos decir, que antes lo que existía era una excusa legal atenuante. El perdón judicial no es una excusa legal, en el sentido en que esta expresión habitualmente se utiliza. 2) Con el nuevo Código queda abierta la posibilidad de que, si es posible la apreciación en sentencia, la mentira dicha en un juicio, pueda ser retractada en otro, pues desaparece la expresión del

⁽⁹³⁾ Las disposiciones sobre retractación no existieron en el Código penal de 1841, ni en el Código penal de 1880. Como causa de exención de pena fueron introducidas por el Proyecto de Astúa Aguilar, que sin variaciones pasan al Código de 1918 y 1924. El artículo 444 del Proyecto Astúa dice: "Estará exento de pena el que habiendo declarado falsamente o con omisión total o parcial de lo que supiere en tales juicios, se retracte de su dicho y manifieste la verdad, a tiempo para que ella pueda ser apreciada por el juzgador".

En jurisprudencia de la Corte de Casación el único caso en que se ataca el problema de la retractación es el resuelto por la Sent. Cas. 30 enero de 1946-Col. Sent. Cas. I Sem. pág. 122, que interpreta el artículo 400 del Código penal de 1941, en nuestro criterio, de manera equivocada. Ella declara que "... los jueces tienen facultad de apreciación para llegar hasta la absolución del inculcado en los casos como los expuestos, dentro de los cuales está comprendido el presente...". El recurso de Casación fue planteado contra la sentencia de instancia que absolvía a la persona que, habiendo mentido en una primera declaración, se había retractado con posterioridad. La parte interesada alegó contra dicha sentencia "Violación del artículo 397 del C. pen. al no haber enjuiciado al inculcado... violación del artículo (del indiciado) diga verdad, el inculcado debe ser enjuiciado y castigado...". Esta jurisprudencia pierde importancia en vista a las nuevas disposiciones contenidas en el artículo 93 inc. 1) del Cód. pen. de 1970.

artículo 400 del antiguo código ... que se retracte de su dicho en el mismo proceso ...” 3) Por último, como diferencia significativa es necesario notar que según el artículo 400 del Código penal del 41, la retractación era posible en tratándose de falso testimonio, y de perjurio. Con el nuevo código —e inexplicablemente— se reduce el ámbito de aplicación del perdón judicial al falso testimonio, dejando, quizá por olvido, por fuera al perjurio.

El perdón judicial, acordado para la retractación después de cometido el delito, obliga al juez a cerciorarse de los motivos por los cuales se cometió el falso testimonio, a fin de saber si aplica o no el perdón judicial. Ello porque el artículo requiere la intervención de ese fantasma llamado Instituto de criminología, que deberá dictaminar sobre la personalidad del delincuente. Sabido es que, entre los factores que determinan un dictamen sobre el estado peligroso, están los motivos determinantes del acto realizado. Lo anterior excluiría, por ejemplo, la posibilidad del perdón judicial con relación al individuo que ha actuado por soborno.

68) La retractación es aquella institución por la cual se reconoce eficacia a la manifestación de la verdad, hecha después de cometido el delito de falso testimonio, si esta manifestación es susceptible de poder ser apreciada por el juzgador. Casi todos los códigos regulan esta institución. En particular ello ocurre en el Código de 1941 y en el Código de 1970. De no existir disposición expresa al respecto, la manifestación de la verdad, posterior a la comisión del delito de falso testimonio, debería ser apreciada simplemente como una circunstancia atenuante; y en el caso del Código del 70, se encontraría regulada por el artículo 71 inc. f).

La retractación se encuentra regulada en el Código del 70 por el artículo 93 inc. 1º, al regular el perdón judicial, institución nueva en nuestro derecho. La retractación regulada en este artículo presupone que el delito de falso testimonio se encuentra completo en todos sus elementos: tanto en lo que se refiere al elemento material como en lo que se refiere al elemento moral del delito. La retractación no afecta al dolo y esta es la razón por la cual el artículo 93 inc. 1º habla del “... responsable de falso testimonio...”.

Siendo la retractación una declaración por la cual quien ha hecho una deposición reconoce la falsedad de esta anterior depo-

sición y manifiesta la verdad, de ahí se deduce que es una actitud puramente subjetiva. Pero ello, debe ser consciente y voluntaria. No es necesario, sin embargo, que sea espontánea, pudiendo ser provocada por el juez.⁽⁹⁴⁾

La retractación debe manifestarse como una declaración de conciencia, de conocimiento, que consta de dos extremos: a) el reconocimiento de la falsedad de la precedente deposición (por lo que constituye confesión del delito de falso testimonio); b) la manifestación de la verdad.

Debido a la particular estructura del delito de falso testimonio podría ocurrir que el primer extremo (reconocimiento de la falsedad), falte. Esto se da siempre cuando la conducta criminal realizada fue omisiva (reticencia). En la conducta criminal activa, puede el primer extremo ser tácito, cuando se pueda deducir de la manifestación de la verdad. Tanto en la conducta activa, como en la omisiva la retractación consiste en el reconocimiento —tácito o expreso— de una falsedad precedente y en la manifestación de la verdad.

En cuanto al segundo extremo (la declaración de la verdad) puede ocurrir que se manifieste como una declaración opuesta a la precedente deposición: este ocurre cuando habiéndose afirmado lo “falso” se afirma lo verdadero; cuando habiéndose negado “lo verdadero”, se afirma lo verdadero.

El Código de 1941 pone como condición para que sea válida la retractación que se haga en el mismo proceso en que se cometió el falso testimonio. Esta enunciación expresa se suprime en el Código del 70, pero pareciera implícita en el artículo 93 inc. 1º al decir que la retractación debe hacerse “... a tiempo para que ella pueda ser apreciada en sentencia...”.

En cuanto se refiere al término para que la retractación sea válida se distingue en doctrina, según que se trate del procedimiento penal o del procedimiento civil. En el primero debe hacerse en la instancia en que se está resolviendo el asunto. En el segundo debe hacerse antes que sobre la demanda se haya pronunciado sentencia definitiva, aunque no irrevocable.

Sin embargo, no es necesario para proceder contra el testigo falso esperar a que expire el término útil para hacer la retracta-

(94) Ruggiero, *Op. Cit.*, pág. 541.

ción.⁽⁹⁵⁾ Esto es especialmente cierto en nuestro derecho, porque el artículo 438 del Cpp. dice que "El juez podrá arrestar al testigo vario o que discordare consigo mismo, o al que vacilare de un modo que dé sospecha de falsedad...". No se encuentra, sin embargo, una regla parecida en el Código procesal civil. Además, el perdón judicial es una institución librada a la apreciación del juez.

En cuanto a la naturaleza de la retractación ha variado en el Código del 70 por relación a lo que era en el Código del 41. En éste era una excusa legal absolutoria o atenuante, cuyo fundamento se encuentra en razones de política criminal. En el Código del 70 la retractación se encuentra dentro del perdón judicial. La naturaleza de la misma depende, por tanto de la naturaleza jurídica del perdón judicial.

Los motivos por los cuales se dio la retractación no interesan. Puede —dijimos— no ser espontánea.

Por último, es necesario observar que la retractación tiene el Código del 70 un campo de aplicación que el que tenía en el Código del 41. En efecto, en este decía el artículo 400 "Al responsable de cualquiera de los hechos de que tratan los artículos anteriores (falso testimonio, artículo 397; soborno de testigo, artículo 398; y perjurio, artículo 399), que se retracte de la verdad, etc...". Por el contrario, el artículo 93 inc. 1º limita la retractación al falso testimonio.

b—Circunstancias agravantes especiales.

69) Existen circunstancias que agravan la pena en el delito de falso testimonio. Llamamos a tales circunstancias "agravantes especiales", porque producen una elevación de la pena fuera del régimen general de las circunstancias agravantes, establecidas en la parte general del Código.

a - 1) Falso testimonio dado contra el inculcado en causa criminal.

70) Según el artículo 314 del Cód. pen.: "Si el falso testimonio fuere cometido en una causa criminal, en perjuicio del inculcado, la pena será de dos a ocho años de prisión".

(95) Manzini, *Op. Cit.*, Tomo V, pág. 224.

Esta circunstancia agravante se comprende fácilmente. Ya decía don Rafael Orozco que la diferencia entre la pena que castiga al falso testimonio en causa criminal y aquella que lo castiga en causa civil se establece "... en atención a que en la primera se trata de la honra del ciudadano; y en la segunda, sólo de la propiedad".⁽⁹⁶⁾ Nosotros agregaríamos que en la primera se trata también de la libertad, de la propiedad e incluso de la vida del ciudadano.⁽⁹⁷⁾

Por juicio criminal es necesario entender, en el Código del 1970, no solamente el juicio seguido por delito (doloso o culpos), sino también el seguido por una simple contravención. En este aspecto el Código del 70 es más severo que el del 41, que excluía expresamente las faltas de policía. En efecto, el artículo 397 del Código del 41 establece que "La prisión será de uno o seis años si el falso testimonio se rinde contra el inculcado en el curso de una causa por delito o cuasidelito".

La aplicación de esta agravante supone la existencia del delito de falso testimonio en sus elementos integrantes.

Declaración dada "... en perjuicio del inculcado..." no quiere decir que, para la aplicación de la agravante, sea necesario

(96) Rafael Orozco, "Elementos de Derecho Penal de Costa Rica", Primera edición. Imprenta Nacional, San José, 1882, pág. 252.

(97) Esta circunstancia agravante, establecida por razón de haberse dado la declaración en causa criminal, ha sido una constante en nuestra legislación.

En efecto, la encontramos: a) En el Código de 1841: artículo 328 "mas si fuere en causa criminal, sobre delito que merezca pena corporal o de infamia, sufrirá la mitad de la pena que se hubiere impuesto al procesado, si el delito hubiese sido probado...". El artículo 329 del mismo Código establece "Si las declaraciones de los testigos falsos, o los pareceres de los peritos de igual clase hubiesen dado lugar al juez para imponer alguna pena al procesado, sufrirán aquellos la misma que se hubiese impuesto al acusado, quedando éste en libertad si se hubiese ejecutado la sentencia; pero si la pena fuere de muerte y no se hubiere verificado, será condenado el testigo o perito a diez años de presidio, y habiéndose ejecutado la sentencia, serán considerados como asesinos". b) En el Código de 1880: artículo 230 "El que diere falso testimonio en contra del reo, sufrirá la pena de presidio interior mayor en su grado mínimo, si la causa fuere por crimen; de presidio interior menor en su grado máximo, si fuere por simple delito; y de presidio interior menor en su grado medio, si fuere por falta". Artículo 231 "Si en virtud del falso testimonio se hubiere impuesto al encausado una pena respectivamente mayor que las determinadas en el artículo precedente, se aplicará la misma al testigo falso". Este Código llega, incluso a subdistinguir entre el falso testimonio dado en causa civil cuando el valor de la demanda exceda de doscientos cincuenta pesos y cuando no exceda esta suma (artículo 232). Además, este hecho era distinguido— en cuanto a la pena aplicable del falso testimonio dado "... en materia que no sea contenciosa..." (artículo 233). c) El proyecto de Código Penal de don José Astúa decía en su artículo 444 "Si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal por delito, con perjuicio del inculcado, la prisión se aplicará en cualquiera de sus grados, y si se cometiere en causa por falta, se pronunciará en su grado 2º...". d) Código de 1918 y Código de 1924 mantienen igual esta disposición.

que el falso testimonio haya producido la condena de un inocente. La sentencia que se dicte puede no ser materialmente injusta y la agravación existirá aunque el testimonio no haya sido tomado en cuenta por el juez a la hora de fundamentar su sentencia.

Pero tratándose de una circunstancia agravante, creemos nosotros, que el móvil del falso testigo debe ser el perjudicar al inculpado, porque es a la hora de agravar o de atenuar la pena que el móvil debe ser tomado en cuenta. Es necesario, por tanto, comprobar que el fin específico del delincuente fue perjudicar al inculpado. Lo anterior excluye del campo de la agravante aquellas declaraciones objetivamente perjudiciales al inculpado, si subjetivamente no existió ánimo de perjudicarlo por parte del delincuente.

No puede aplicarse esta agravante en el caso de que el falso testimonio haya sido dado a favor del reo, o favor de uno de los reos, aunque objetivamente se perjudique a otro de los inculpados con la falsa declaración.

b - 1) Falso testimonio dado por soborno.

71) De acuerdo con el artículo 314 "Las penas precedentes se aumentarán en un tercio cuando el falso testimonio sea cometido mediante soborno".

Esta agravación se aplica al falso testigo cuya pena haya sido ya agravada por haber declarado en causa criminal contra el inculpado.

Para determinar la pena aplicable en el caso de esta agravación, deberá partirse, según el artículo 314 de: a) De la pena de prisión de uno a cinco años, con que se castiga el falso testimonio dado en una causa no criminal (asunto civil, administrativo, etc.) o en causas criminales cuando el falso testimonio no es dado en "... perjuicio del inculpado...". b) De la pena de dos a ocho años si el falso testimonio se rindió en causa criminal "... en perjuicio del inculpado...".

Esta circunstancia agravante especial consiste en aumentar las penas precedentes "... en un tercio..." (artículo 314). El problema que se presenta, sin embargo, es que las reglas de la parte general (artículo 71 ss.) dan plena libertad al juez para fijar la pena, tomando en cuenta ciertas circunstancias, objetivas y

subjetivas, que la misma ley determina. Este es el nuevo sistema, aunque haya, dentro de esa misma parte general, algunas disposiciones que parezcan dislocarlo (por ejemplo, artículo 75, 77, etc.). Desde este punto de vista, el nuevo Código penal hace abandono del sistema seguido en el Código de 1941, respecto a la fijación de la pena. Es necesario recordar el artículo 83 del Código del 41, según el cual "Cuando la ley disponga que se aumente la pena o se disminuya en una fracción determinada, el aumento o disminución se harán, respectivamente, a partir de los extremos mayor o menor de la pena ordinaria, etc...". Una disposición de este tipo —por lo demás incompatible con el sistema del arbitrio judicial— falta en el Código del 70; sin embargo, varios artículos la suponen. Tal es el caso de la disposición que comentamos, que denota una falta de coordinación entre la parte general del Código y la parte especial. Creemos que para resolver la anterior contradicción será necesaria la intervención del legislador, de ser preferible, antes de que el nuevo Código entre en vigencia.

La agravación especial que comentamos cuando el testimonio falso había sido dado por soborno existía en el Código del 41, sólo que no presentaba mayores problemas porque su determinación se hacía monetariamente. Así, decía el artículo 398 del Código del 41: "La pena del perito, testigo, o intérprete falsos, cuya declaración fuere prestada mediante cohecho, se agravará con una multa igual a duplo de la cantidad ofrecida o recibida". Este artículo del Código del 41 habla de "... cantidad ofrecida o recibida...", para cubrir los casos de entrega efectiva y de entrega futura de lo prometido.⁽⁹⁸⁾

Esta agravante no puede aplicarse si, habiendo el testigo aceptado determinadas dádivas o promesas para cometer el delito de falso testimonio, dice la verdad, porque la agravante supone,

⁽⁹⁸⁾ Esta agravante también ha existido casi siempre en nuestro derecho. Así, el Código de Carrillo establecía en su artículo 328 "... Si resultare que la declaración falsa de cometido por soborno o cohecho, será castigado el perjuro con el duplo de las penas respectivas". Pero, curiosamente, el artículo 330 establecía: "El testigo o perito que sin perjuicio de otro, declare falsamente en favor del sobornador o de otra persona, aunque no intervenga soborno, será castigado solamente con la multa de diez a cincuenta pesos, al arresto de dos meses a un año". Esta agravante no existió en el Código de 1880. Pero reaparece, en una forma similar a la del Código del 41, en el Proyecto Astúa de 1910, que establece en el artículo 445 "La pena del testigo, perito o intérprete falso, cuya declaración fuere prestada mediante cohecho, se agravará con una multa igual al duplo de la cantidad ofrecida o recibida. El sobornante sufrirá la pena indicada en el artículo anterior".—En el Código de 1918 mantiene igual esta disposición, lo mismo que el de 1924.

lógicamente, que el delito haya sido cometido. Este comportamiento indelicado del testigo podría ser constitutivo de estafa.⁽⁹⁹⁾

Segunda Parte. Falso Testimonio Cometido por Perito, Intérprete o Traductor

72) El artículo 314 Cód. penal castiga al "... perito, intérprete o traductor que afirmare una falsedad, o negare o callare la verdad, en todo o en parte... en su informe, interpretación o traducción, hecha (sic.) ante autoridad competente".

Salvo diferencias de detalle, lo establecido para el falso testimonio cometido por testigo, es aplicable a la falsa pericia, interpretación o traducción. Esta es la razón por lo que esta segunda parte de nuestro trabajo será corta. Nos concretaremos a hacer resaltar las diferencias más significativas.

Capítulo III - Falso Testimonio de Perito, Intérprete o Traductor

73) Algunos autores tratan al intérprete y al traductor como peritos. Este punto de vista es sostenible, porque hay grandes semejanzas entre el perito y el intérprete o traductor. Nosotros creemos, sin embargo, que deben tratarse separadamente porque también hay entre ellos diferencias importantes. Por otro lado, la importancia del perito es mucho mayor que la del intérprete o traductor. Será conveniente, entonces, hacer dos secciones: una dedicada a la semejanza entre estos sujetos procesales y la otra dedicada a sus diferencias.

Sección I—Semejanzas entre el Perito y el Intérprete y/o Traductor en cuanto al delito

74) El delito de falso testimonio es de aquellos llamados propios o exclusivos (de propia mano), porque solamente pueden ser cometidos por quien tenga la calidad de testigo —como ya dijimos— de perito, de intérprete o de traductor.

Por consiguiente, una de las más importantes semejanzas entre el perito y el intérprete y el traductor, es la forma como la persona que va a jugar dentro del proceso respectivo, o en el asunto

(99) Manzini, *Op. Cit.*, Tomo V, pág. 248.

de que se trate, adquiere la categoría respectiva: en todos los casos es absolutamente necesario el nombramiento de parte de autoridad competente. Un peritaje puramente privado no debe tomarse en cuenta, ni por medio de él, de ser falso, podría cometerse falso testimonio.⁽¹⁰⁰⁾ Lo mismo hay que decir respecto a la traducción o interpretación.

Además, una característica común a todos los sujetos de este artículo —común incluso al testigo— es que deben ser juramentados por la autoridad competente. (Así, para testigos, art. 434 Cód. pen.; 356 Cód. proc. civ., 477 Cód. de Trab.; para peritos, art. 500 Cód. proc. pen., art. Cód. proc. civiles; para intérpretes o traductores, art. 1056 Cód. proc. civ, 500 y 740 Cód. proc. pen.).

El perito es aquella persona que, teniendo específica competencia en una ciencia o en un arte determinados, es llamado a hacer una constatación, o a rendir un dictamen de carácter técnico, que son aptos para tener el valor de prueba.⁽¹⁰¹⁾ El perito es un auxiliar del juez, cuya tarea es facilitar la sentencia, constatando un estado de hecho o sacando determinadas conclusiones cuando estas operaciones exigen conocimientos especializados de los carece el juez.

La doctrina alemana hace la diferencia entre el traductor que es el que hace inteligible lo escrito o hablado en otra lengua que no sea la nacional, mientras que el intérprete lo que hace es dar sentido a ciertos signos especiales: los signos de los sordomudos, escritura Braille, texto criptográfico, etc. La doctrina francesa, por el contrario, considera que el intérprete es aquél que debe traducir al francés un discurso o declaración oral, mientras que el traductor es aquél que debe poner en francés un documento escrito. (Logoz, *Op. Cit.*, pág. 733). En nuestro derecho intérprete es aquél que es el intermediario entre el individuo que no sabe el idioma cas-

(100) En este sentido, Cas. 15 h. de 21 enero de 1966. (Col. Sent. Cas. 1966-I Sem., T. I, pág. 221), en la que se lee: "Verdad es que ese no es el dictamen a que se refiere el artículo 38 del Código Sanitario y que el Sr. Serrano no fue nombrado, formalmente, perito en la causa. Pero esa y otras deficiencias lamentables de la instrucción, no impiden dar al informe o documento de que se trata, por lo menos el valor de un indicio muy calificado". Véase también Cas. 3:40 p. m. de 26 abril 1910-I Sem. pág. 225. En ella se lee: "Que la dismuyente 15ª ibídem, no está comprobada con arreglo a derecho, porque la certificación médica legal en que se hace constar que S. S. está decrepito, fue presentada sin los requisitos que determina el artículo 614 del Código de procedimientos penales, y sin que ese dictamen hubiera sido decretado previamente por el respectivo tribunal."

(101) Raffaele Dolce, *Op. Cit.*, pág. 522.

tellano y el juez que le toma declaración como inculpado (artículo 262 Código de procedimientos penales) o como testigo (artículo 435 Código proc. penales; artículo 317 Código de procedimientos civiles) o bien, es también intérprete la persona que sirve de intermediario entre el inculpado sordomudo, que no sepa escribir y el juez (artículo 263 C pp) o bien entre el testigo que se encuentre en esas mismas condiciones (artículo 444, Código de Proc. pen. y 263 ibid.). Es lo que diga este intermediario lo que será recogido por el juez. Por el contrario, nuestro derecho habla de traductor para referirse a aquél que traduce documentos escritos en otros lenguas diferentes del castellano (así, artículo 516 Código de procedimientos penales, artículo 272 C p civiles).

75) El elemento material de la infracción consiste en dar una constatación o en rendir un dictamen (perito) o en hacer una traducción o interpretación, afirmando una falsedad, negando o callando la verdad, en todo o en parte, se entiende, ante autoridad competente.

Tanto en el caso del perito como del intérprete o traductor, el delito de falso testimonio solamente puede cometerse cuando haya rendido el informe o constatación, o cuando haya hecho la interpretación o traducción. Antes de ello, aunque haya prestado juramento, no existe el delito de falso testimonio. Una vez que se ha rendido el informe, o hecho la interpretación o traducción, puede cometerse el delito sea afirmando una falsedad, negando la verdad u ocultándola, total o parcialmente.

a—La conducta comisiva

76) En lo que se refiere al perito, su actividad puede asumir dos formas: él puede rendir una falsa constatación o bien dar un falso reporte (informe). La constatación es falsa cuando la misma se refiere a la existencia o inexistencia de hechos determinados.⁽¹⁰²⁾ El delito de falso testimonio puede cometerse por afirmación de una falsedad (el médico que haga una autopsia —artículo 196 Cód. proc. pen.— afirma conscientemente la existencia de una herida en el cadáver, que no constató) o bien por negación de la verdad (para seguir con el ejemplo, el médico afirma la no existencia de una

(102) Logoz, *Op. Cit.*, Tomo II, pág. 731.

herida que constató en el cadáver).⁽¹⁰³⁾ Pero cuando se trata de informes, que son falsos cuando el perito saca conclusiones falsas de los hechos constatados, (ejemplo, según el artículo 295 Cód. proc. pen., el médico debe sacar conclusiones del examen realizado, tocantes a la responsabilidad o irresponsabilidad del imputado), solamente es posible la afirmación de una falsedad, que se da cuando conscientemente el perito saca conclusiones falsas. No puede haber negación de la verdad en el caso del informe, ni tampoco reticencia, porque se confundiría con la afirmación de una falsedad.

La conducta activa, en el caso del intérprete o del traductor, está representada por la afirmación de una falsedad (se afirma lo del testigo que declara en lengua extranjera no dijo, o bien se traduce cosa diferente a lo que el texto escrito dice). Podría pensarse en la siguiente hipótesis en la cual haya negación de la verdad: el juez nombra un intérprete o traductor para que diga si determinado concepto, lo dice el interrogado como testigo o como inculpado o lo expresa determinado documento. El concepto está efectivamente expresado en el material a traducir, pero el intérprete o traductor afirman, de manera consciente, que no lo está, sabiendo que sí lo está.

b—Conducta omisiva

57) El ocultamiento de la verdad (reticencia) se da cuando, en todo o en parte la constatación del perito oculta determinados hechos constatados o cuando la interpretación o traducción realizadas no hacen, dolosamente, expresión de todos los conceptos que expresa el testigo o inculpado extranjero que declara en su lengua o que contiene el documento que debía ponerse en español.

En nuestro derecho se presenta un problema en lo que se refiere a la reticencia cometida por el perito. Existen en nuestro proceso civil y penal algunas disposiciones que parecen hacer doble empleo con el delito de falso testimonio por reticencia.

En lo que se refiere al proceso civil según artículo 299 C.p.c.: "El perito que dejare de concurrir al acto de reconocimiento, o que no rindiere su dictamen en la oportunidad legal, sin justa causa, que-

(103) Garçon, *Op. Cit.*, pág. 412 # 33 del Tomo II.

dará sujeto a la indemnización de daños y perjuicios y se nombrará un nuevo perito en su reposición”.

Esta regla debe interpretarse conjuntamente con el artículo 298, según la cual en el caso de que en el informe haya habido “...omisión, oscuridad u otra insuficiencia...” podrá el juez acordar —previa solicitud de parte— que los mismos peritos amplíen, completen o expliquen con claridad su dictamen. En el caso de no hacerlo el perito “No se girarán los honorarios...”. Estos solamente se girarán cuando se haya completado el informe o dictamen “...y quien se niegue a hacerla, perderá los honorarios, que serán destinados a pagar un nuevo peritazgo”.

Del mismo modo establece el artículo 498 del Código de procedimientos penales que “El informe pericial deberá verterse inmediatamente después de practicado el reconocimiento, si ello fuere posible; y si no lo fuere, en el transcurso de los tres días siguientes”, término que habrá que respetar cuando, rendido un informe pericial “... contenga pasajes oscuros o sus conclusiones no estuvieren determinadas...”, en cuyo caso según el artículo 493 del Código de procedimientos penales “... el juez, de oficio o a petición de parte, ordenará al perito o peritos que hagan las declaraciones necesarias, las cuales se reputarán como parte del informe”. Además, establece el artículo 499 “En caso de demora o negativa de los peritos para hacer su relación, podrán ser apremiados por el juez a verificarlo dentro del tercer día, con multa que no exceda de quinientos colones y aun con prisión de uno a seis meses”.

El problema que se presenta es diferenciar en qué casos se aplican estas disposiciones, y en qué casos las disposiciones del Código penal sobre falso testimonio. Por ejemplo, se descubre que la omisión original del perito se debió a que quiso dar un informe falso. O bien, una vez, rendido el informe que no contesta al cuestionario establecido por el Juez, se niega a completarlo, a pesar de la prevención del juez de que lo haga. ¿Cuál de las dos disposiciones aplicar? Pareciera que no hay diferencia objetiva entre ambas figuras; la única diferencia que puede establecerse es de carácter subjetivo: determinar si la omisión en el peritaje —o su negativa a completarlo— se debe a que se quiere, conscientemente, ocultar la verdad; este caso sería de aplicación el artículo 314 del Código penal. En los casos en que la omisión se deba a negligencia, se aplicarían, según

el caso, el artículo 299 del Código de procedimientos civiles y el artículo 299 del Código de procedimientos penales.

No escapa, sin embargo, lo malo de la solución que deja la aplicación de la ley penal librada al arbitrio judicial, y contra la cual podrá alegarse aplicación de la ley menos severa, en virtud del principio del “favor rei”, que informa todo nuestro ordenamiento penal.

78) El delito de falso testimonio es intencional. Por consiguiente, es necesario que haya en el perito, intérprete o traductor la intención de alterar la verdad, sea afirmando una falsedad, negando la verdad o bien ocultándola, total o parcialmente. La ley no castiga al perito por haber sido negligente en el establecimiento de los hechos o imprudente o negligente a la hora de sacar las conclusiones de los mismos, cuando se trate de un informe. Del mismo modo podrá castigarse por falso testimonio al intérprete o traductor que por precipitación o ignorancia afirman cosas diferentes de lo que dice el declarante en lengua extranjera o el documento.

Es necesario el dolo, pero basta el dolo genérico;⁽¹⁰⁴⁾ es decir, basta la conciencia y voluntad de afirmar una falsedad, de negar la verdad o de ocultarla.

No debe confundirse el falso testimonio con la libertad de opinión científica de que puede gozar el perito. Tampoco puede confundirse con el error científico, porque desde que existe este error, no puede nacer el dolo. El problema se presenta cuando el perito sabía que su afirmación científica —que consta en el informe o dictamen— era errada, de modo que consciente y voluntariamente alteró la verdad. En este caso existe falso testimonio. Pero será casi imposible establecer la existencia del dolo.⁽¹⁰⁵⁾

79) Es necesario que la alteración de la verdad o la afirmación de la falsedad o su ocultamiento hechas en el peritaje, interpretación o traducción cause un perjuicio, aunque sea eventual, en los mismos términos afirmados para el falso testimonio de perito.

De acuerdo con lo anterior, es necesario hacer la diferencia entre afirmaciones falsas, o reticencias, sobre aspectos propios y

(104) Dolce, *Op. Cit.*, pág. 524.

(105) Garçon, *Op. Cit.*, Tomo II, pág. 412.

esenciales de su función, y los que se refieren a aspectos que no son propios ni esenciales de su función. En este sentido, decide el juez de San José —lo que fue acogido por Casación— que no existe falso testimonio cuando el perito rindió su dictamen sin faltar a la verdad en cuanto a las fuentes de donde obtuvo los datos necesarios para su pronunciamiento. La apreciación errónea de un lapso y aún la inclusión errónea "...en un avalúo de lo que no corresponde, no constituyen defectos sustanciales y propios de su función, que es ajena a los conocimientos de derecho..." (Cas. 16:45 h. de 31 de marzo de 1964- Col. Sent. Cas. 1964- I Sem., Tomo I, pág. 414). Por consiguiente, si existe una falsa afirmación, una negación de la verdad, o bien una reticencia que no puede ocasionar entrabamiento del normal funcionamiento de las pruebas en el proceso, no constituye falso testimonio porque no causa perjuicio.

Sección II—Las diferencias entre el Perito y el Intérprete y/o Traductor en cuanto al delito

80) La principal diferencia que esté entre los anteriores sujetos procesales es la interpretación y traducción no son, como el testimonio y el peritaje, medios de prueba. Sin embargo, una y otra contribuyen a la administración de la prueba.⁽¹⁰⁶⁾

De la anterior diferencia derivan otras secundarias como son la diferente gravedad de la alteración de la verdad en uno y otras, la frecuencia con que son utilizados los peritos y la frecuencia con que son utilizados los traductores e intérpretes.

81) Estas diferencias no ameritan —visto el cúmulo de semejanzas,— un artículo aparte para la falsa interpretación o la falsa traducción.

82) Por último, debemos advertir nuevamente que para entender el delito de falso testimonio cometido por el perito, el intérprete o traductor, es necesario remitirse a lo dicho sobre el falso testimonio del testigo.

Conclusión

83) Hay cambios en el Código del 70 respecto a lo que el Código de 1941 dispone sobre el falso testimonio. Pero los mismos no son de tal importancia para considerar que ha habido una "remise en cause" del delito y menos de la jurisprudencia. Por ello podemos afirmar que la gran mayoría de la jurisprudencia habida bajo el calor de los Códigos anteriores al del 70, queda vigente.

84) Esta jurisprudencia es fluctuante y en ciertos problemas (por ejemplo, el perjuicio) es difícil señalar el cauce por el que discurre. Las fluctuaciones no impiden hacer sistematización de esta jurisprudencia. En gran parte nosotros pretendíamos, con nuestro trabajo, hacer dicha sistematización.

85) Por último, es necesario advertir que en el plan que se sigue en este nuestro trabajo, no hay toda la lógica que nosotros quisiéramos. Hay puntos que casi no concuerdan con el capítulo o con la sección en que se encuentren. No queremos rehuir la parte de responsabilidad que nos toca. Mas tales contradicciones derivan, más de la materia de que se trata, que de falta de esfuerzo de nuestra parte.

(106) Vouin, *Op. Cit.*, pág. 397, # 363-1; Logoz, *Op. Cit.*, Tomo II, pág. 732.