

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

ESCUELA DE DERECHO

**Revista**  
de  
**Ciencias Jurídicas**

*Donación del Lic. Fernando  
Quiros Squiruel.*

*Quiros*



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
FACULTAD DE DERECHO

Revista

de

Ciencias Jurídicas

Director: Lic. Eduardo Ortiz Ortiz  
Editor: Lic. Manuel Francisco Umaña Soto



DIRECTOR

LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

SUMARIO:

La Investigación Jurídica .....	5
Lic. Carlos José Gutiérrez G.	
La Comunidad de Bienes .....	25
Prof. Rogelio Sotela	
Discurso Académico pronunciado por el Lic. Jorge Enrique Guier, el 1º de marzo de 1971 con motivo de la apertura de clases en la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica .....	45
Tomás Moro .....	59
Lic. Jorge Enrique Guier	
Algunos Aspectos de la Distribución del Poder Político en Costa Rica .....	105
Dr. Samuel Z. Stone	
El Falso Testimonio .....	131
Dr. Francisco Castillo González	
El Contrato de Trabajo Deportivo .....	201
Lic. Manuel Francisco Umaña Soto	



COS R  
Nº 17  
JUNIO  
1971



09174  
DIAS

## LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA<sup>1</sup>

LIC. CARLOS JOSE GUTIERREZ G.  
Decano de la Facultad de Derecho

De todas las tareas que se señalan como propias de la Universidad creo que la docente es la fundamental. Por ella entiendo tanto la trasmisión de la cultura como la formación de los cuadros profesionales, que constituyen la dirigencia intelectual de todas las sociedades. Pero, eso sí, no veo cómo pueda pensarse en realizar una labor docente sin que ella se fundamente en tareas de investigación. Ambas son en verdad inseparables. La investigación vivifica la enseñanza y la obligación de llevar a cabo la segunda es fuerte acicate para la primera.

Dada la primordialidad de la tarea del desarrollo en América Latina es indudable que la investigación universitaria debe ser vista no sólo en ocasión de la enseñanza sino también como contribución a aquélla. Dos son las formas en que la investigación universitaria ha de contribuir al desarrollo: el conocimiento de la realidad nacional y el enjuiciamiento de la forma en que se cumplen los planes nacionales por los organismos gubernamentales. Ambas son labores típicamente universitarias. Si en la Universidad es donde se encuentran los profesionales de más alto nivel en los distintos campos del saber humano, si es en ella donde estos pueden encontrar el mejor ambiente para su actividad investigativa, dado que la pueden realizar en un plano objetivo, de estabilidad completa en sus posiciones, de continuidad en sus tareas y de medios adecuados para efectuarlas, lógico es que sea la Universidad el principal foco de la investigación sobre la realidad y necesidades nacionales. Esas mismas condiciones son las que señalan la posibilidad que los centros universitarios de investigación estén mejor capacitados para efectuar una crítica objetiva de los planes de desarrollo y mantener

(1) El presente trabajo constituyó la presentación general del tema en la Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo celebrada en Valparaíso, Chile, del 5 al 9 de abril de 1971, bajo el patrocinio del Consejo de Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades chilenas y el Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas. Con posterioridad a la conferencia se han hecho algunas revisiones en el texto original.



una vigilancia constante sobre la manera en que ellos se llevan a cabo.<sup>(2)</sup>

## 1. La tarea de las Facultades de Derecho:

Si la investigación es una actividad necesaria e ineludible del quehacer universitario habrá de tener igual esencialidad para las Facultades de Derecho. En forma clara fue ello señalado en la "Declaración de Principios sobre la enseñanza del Derecho en América Latina", que, en el párrafo primero del artículo primero, señala la misión que a ellas corresponde en los siguientes términos:

"Compete a las Facultades de Derecho de América Latina la investigación, enseñanza y difusión de los sistemas jurídicos..."<sup>(3)</sup>

y en forma todavía más específica, agrega luego:

"I. 2. Para el cumplimiento de sus finalidades, las Facultades de Derecho de América Latina desempeñan, en un régimen de plena libertad de Cátedra e Investigación, las siguientes funciones:

a...  
b...  
c...

d) La organización y desarrollo de la investigación jurídica y social, especialmente orientada a la solución de los problemas propios de la región y de los comunes con las naciones hermanas".<sup>(4)</sup>

La responsabilidad por la investigación académica la encontramos definida en una forma más precisa en las Normas de la Asociación Norteamericana de Escuelas de Derecho que, gracias a una reforma introducida en 1959, contienen los siguientes conceptos:

"II. 7. Responsabilidades en investigación: El profesorado tiene una importante responsabilidad tanto en el avance como en la transmisión de conocimientos. Una Escuela Miembro tiene la obligación de ayudar a sus profesores a cumplir esa responsabilidad. Entre otros, los siguientes factores tienen importancia para determinar si una escuela ha cumplido dicha obligación:

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE SANTA ROSA

- a) Reconocimiento a la capacidad creativa y promoción de los profesores.
- b) Número de horas lectivas y áreas de estudio de las cuales es responsable cada profesor.
- c) Políticas y prácticas referentes a la reducción de la carga docente, liberación de tareas administrativas o de integración de comités y permisos para ausentarse, retribuidos o no, destinados a hacer posible para los miembros del profesorado dedicarse a la creación académica.
- d) Políticas y prácticas relativas a apoyo financiero para dotar a los profesores de asistentes de investigación, y llevar a cabo estudios de campo, viajes y actividades de investigación.
- e) Adecuada asistencia secretarial y de biblioteca.
- f) Porcentaje o cantidad incluida en el presupuesto de la Escuela a la Investigación"<sup>(5)</sup>

En ambos documentos la tesis es clara y la misma: las Facultades de Derecho están en la obligación universitaria de llevar a cabo labores de investigación.

## 2. El Problema Inicial: La Naturaleza del Derecho:

Una investigación supone cuatro cosas distintas: El objeto sobre el cual se investiga, las personas que la realizan, los métodos e instrumental con los cuales se trabaja, y los propósitos con los cuales se lleva a cabo.

Puede ser deformación personal de un profesor de Filosofía del Derecho pero creo que lo más importante es la concepción que se tenga por parte del investigador, sobre la naturaleza de lo jurídico. Kant, en el siglo XVIII, señaló el carácter problemático del concepto de derecho al decirnos:

"Todavía buscan los juristas una definición de su concepto del derecho".<sup>(6)</sup>

y H. L. Hart nos demuestra que la situación se mantiene idéntica en nuestra época con el siguiente párrafo:

(2) Para un análisis completo de estas ideas véase mi artículo "La Universidad y el Desarrollo en América Latina", *Revista de Ciencias Jurídicas*. (Nº 11 Julio 1968), págs. 11-39.

(3) Aprobada en las Conferencias de México (1959) y Lima (1961) y editada en recordación de la Última Conferencia Organizada por la Universidad de Chile (1963).

(4) Ibid.

(5) Citadas por S. Harper en "Caution, Research Ahead", *Journal of Legal Education* (Nº 13 1961), Vol. 13, pág. 411.

(6) Citado por G. del Vecchio, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, XII Edizione Riveduta. Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano 1963), pág. 205.



"Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas y aún paradójicas, como la pregunta: "qué es el derecho". Aunque limitemos nuestra atención a la teoría jurídica de los últimos ciento cincuenta años, y dejemos a un lado la especulación clásica y medioeval acerca de la "Naturaleza" del derecho, nos daremos con una situación que no encuentra paralelo en ningún otro tema estudiado en forma sistemática como disciplina académica autónoma. No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas: "qué es química" o "qué es medicina" como la hay para responder a la pregunta: "qué es derecho". Nadie ha pensado que es esclarecedor o importante insistir en que la medicina es "lo que los médicos hacen respecto de las enfermedades" o "una predicción de lo que los médicos harán" o declarar que lo que comúnmente es reconocido como una parte característica, central de la química, por ejemplo, el estudio de los ácidos, no es en realidad parte de ella. Sin embargo, en el caso del derecho, se ha dicho con frecuencia cosas que a primera vista parecen tan extrañas como esas y no sólo se las ha dicho sino que se ha insistido en ellas con elocuencia y pasión, como si fueran revelaciones de verdades sobre el derecho, oscurecidas desde tiempo atrás por representaciones groseramente falsas de su naturaleza esencial.<sup>(7)</sup>

Pese a su carácter problemático, no hay duda de que el concepto que se tenga sobre el Derecho ha determinado siempre y determina hoy en día el método, la perspectiva y el propósito que se tenga en mente para realizar una investigación jurídica. Para ello basta con señalar someramente lo ocurrido en algunas épocas.

La creencia en un Derecho Natural, parte de la ley dada por Dios al Universo, llevó a los iusnaturalistas de la Escuela Cristiana a constituir la Ciencia del Derecho Natural y a concebir como tarea de la investigación jurídica la comprensión de los principios inspiradores de esa ley, mediante el estudio de los textos bíblicos y el contraste de las opiniones emitidas por los autores griegos y los Padres de la Iglesia.<sup>(8)</sup>

(7) H. L. Hart: *El Concepto de Derecho*. Trad. del Inglés, Abeledo Perrot. (Buenos Aires, 1963). págs. 1-21.

(8) T. de Aquino, *Suma Theologica*. 1-2 questios 90-92. F. Suárez, *Tratado de las leyes y de Dios Legislador*. Versión Española por José Ramón Eguiller, Muniozguren S. I, Madrid, 1968. Tomo II, Libro II.

Biblioteca de la Facultad

Durante los siglos XVII y XVIII, los problemas a determinar por la vía de la deducción racional, fueron el contenido del contrato social, las reglas que podían conformar la conducta de un hombre ideal en un estado ideal de las cosas, una serie de derechos naturales y una técnica de aplicación de esas reglas y derechos.<sup>(9)</sup>

En el siglo XIX, los problemas de la ciencia jurídica se vieron como la determinación analítica, histórica o filosófica, según la opinión de cada cual, de la naturaleza del derecho para poder enfocar con esa base la tarea crítica de los preceptos legales, doctrinas e instituciones.<sup>(10)</sup>

La investigación empírica actual, que trata de comprender al derecho en la interrelación de los procesos sociales y para la cual, el problema básico no es la esencia de lo jurídico sino lo que hace el derecho, como lo hace, que puede hacerse por su medio y como, es hija legítima de la Jurisprudencia Sociológica de Roscoe Pound, del experimentalismo de Dewey y del realismo legal de Llewelyn y Frank. El énfasis en el examen de hechos sociales, económicos y psicológicos para determinar como afectan el proceso jurídico y son afectados por, éste es producto de una concepción sobre el derecho positivo que lo ve como una forma de control social, incomprensible fuera del contexto en el cual se produce.<sup>(11)</sup>

Cabría finalmente apuntar que el prejuicio, que los latinoamericanos heredamos del sistema continental europeo, de estimar que el derecho es tan solo la norma escrita de promulgación legislativa es uno de los principales motivos por los cuales nos hemos preocupado poco por estudiar la rica cantera creativa de derecho que existe en la jurisprudencia de nuestros tribunales, que nos lleva a creer posible agotar la investigación jurídica con el comentario exegético de los textos legales, sin estudiar ni la interpretación que dichas normas reciben en los tribunales, ni sus fundamentos o efectos de carácter social.<sup>(12)</sup> Igual podría decirse de la negativa

(9) R. Pound, "Introducción" a E. Ehrlich: *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Trad. del Alemán Russel & Russel Inc. New York 1922, pág. xxix.

(10) Ibid.

(11) Harper, *Supra*, Nota 5, pág. 416.

(12) Sobre el privilegio de la ley en Europa véase Engisch: *Introducción al Pensamiento Jurídico*. Traducción del alemán (Ediciones Guadarrama, Madrid, 1967; págs. 61-85, 223-240.



fundada en el mismo prejuicio, a estudiar las costumbres y prácticas extralegales.

Además del carácter controversial de la noción de lo jurídico, habría que apuntar otras dos características que obligan a considerar el concepto de derecho como elemento determinante de la tarea investigativa. Son ellos la complejidad de los fenómenos sociales y la inexistencia del fenómeno propiamente jurídico. El entrelazamiento de relaciones humanas que constituye la realidad social es de tal amplitud y complejidad que obliga a la mayoría de los investigadores que se ocupan de ella a proceder por el sistema de abstracción relativa de algunas de esas relaciones, a fin de analizarlas fuera del contexto general. Esa labor de escogencia, en el caso del derecho, está determinada en buena parte por el concepto de cuáles son las relaciones sociales de relevancia jurídica.

Por otra parte, como muy bien apuntó Oscar Morineau "no existe el fenómeno jurídico como objeto dado, sino que los hechos adquieren el carácter de hechos jurídicos al ser referidos al derecho".<sup>(13)</sup> En todas las circunstancias, nos encontramos ante hechos sociales los cuales, por referirlos al concepto de lo jurídico, adquieren la connotación que los hace objeto de la investigación propia de nuestra disciplina.

Todo ello hace que cada investigador se enfrenta a su tarea desde una perspectiva que colorea de una manera inescapable la forma en que se entiende la labor a realizar, los límites dentro de los cuales ella se lleva a cabo, los métodos que se utilizan y los resultados que se obtenga.

De ahí que no sea posible hablar de "investigación jurídica" como tarea que pueda definirse de una manera universalmente aceptada, sino como labor a concebir y a ejecutar desde un punto de vista circunstancial a una época, tiempo y concepción de lo jurídico.

Personalmente, creo que hoy la tarea posee una connotación mucho más amplia que en otras épocas. No basta con estudiar y comentar la ley sino que además se hace necesario examinar los problemas que hayan surgido de su administración y aplicación, enfocarla dentro de su contexto histórico, comprender el medio

(13) O. Morineau; *El Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1953, pág. 7.

social que rige y enjuiciar los efectos que sobre él produce, observarla dentro de lo que se denomina "cultura jurídica".<sup>(14)</sup>

### 3. Los Investigadores:

Para investigar se necesitan investigadores. No es esta una actividad fácil ni que pueda llevarse a cabo sin una vocación especial. Como dijo Ortega y Gasset:

"... la ciencia es creación... Es cosa tan alta la ciencia que es delicadísima y —quíerese a no— excluye de sí al hombre medio. Implica una vocación peculiarísima y sobremanera infrecuente en la especie humana. El científico viene a ser el monje moderno".<sup>(15)</sup>

No es suficiente tan sólo con la vocación investigativa. Se requiere además entrenamiento especial para ella y los medios suficientes para llevarla a cabo. El entrenamiento puede ser resultado de una buena formación dada en los cursos profesionales o de postgrado. Pero también puede lograrse con seminarios especiales sobre investigación como los realizados por el Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas chileno.<sup>(16)</sup>

Cuando hablo de medios para realizarla más que en instrumental pienso en la necesidad en que se halla el investigador de dedicarse a esas tareas en la forma plena y exclusiva que demanda la tarea investigativa. Encuentro por ello imposible el cumplimiento de la misión encomendada a las Facultades de Derecho mientras no transformen la condición de su profesorado a medio tiempo y a tiempo completo. La socorrida crítica en contra de la Universidad latino-americana de que ella no produce suficiente investigación debe devolverse mediante el apunte de que no puede haber investigación de ninguna naturaleza donde no hay personal dedicado a ella en forma primordial. En el modesto ejemplo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica no ha sido sino con el aumento del profesorado de planta que ha sido posible contar con investigaciones en los distintos campos del saber jurídico. Por

(14) H. J. Steiner, "Legal Education and Socio-Economic Change: Brazilian Perspectives" *The American Journal of Comparative Law* (Vol. XIX-Winter 1971-Number 1), pág. 39.

(15) Misión de la Universidad", en *El Libro de las Misiones*, (Espasa-Calpe Argentina, Buenos Aires-México, 1942), pág. 100.

(16) *Ibid.*, pág. 421. Véase Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas, N° 4, Enero 1971.



otra parte, la comparación hecha de la utilización de personal de investigación de tiempo parcial frente los investigadores de tiempo completo o dedicación exclusiva, nos indica ser ésta la única fórmula satisfactoria para un resultado efectivo.

Por otra parte, es necesario hacer diferencia entre la investigación de carácter individual, que no pierde ese carácter en tanto que el investigador cuente con la colaboración de varios asistentes, y la realizada por un grupo o equipo de investigaciones. La primera representa la tarea que cada profesor debe cumplir como parte de su misión de docente. Con una mayor o menor dosis de individualidad le permite mantenerse al día en la disciplina particular que le corresponde, contribuir a su desarrollo científico y realizar la vigilancia que todo especialista debe cumplir sobre las leyes o instituciones que aplican una determinada rama del derecho en la sociedad en la cual vive. A través de esa labor, sobre todo en aquéllas sociedades en las cuales el número de especialistas es reducido, se cumple en debida forma la mayor parte de la tarea investigativa de las Facultades de Derecho.

El trabajo de grupo se presta más para la realización de planes específicos de investigación. Tiene las ventajas de permitir una división de trabajo, acelerar la realización de la tarea, y hacer posible la adopción de un punto de vista interdisciplinario para aquellos programas de investigación que demandan una serie de conocimientos que difícilmente pueden reunirse en una sola persona. Permiten asimismo que el diálogo y trabajo en conjunto de los participantes les haga posible un proceso de crítica interna que en mucho facilita la mayor hondura y pulimiento de los resultados de la investigación. Tienen sin embargo la dificultad de que hacen nacer una mayor cantidad de problemas de índole administrativa y reducen la capacidad del jefe de la investigación para su propia tarea, al enfrentarlo a los múltiples problemas de dirección del grupo. Diluyen igualmente la individualidad del producto obtenido y hacen necesaria una cuidadosa coordinación de los puntos de vista encontrados que puedan surgir en la tarea común.

Un punto estrechamente vinculado con la investigación en grupo es hasta donde debe institucionalizarse mediante la creación de un organismo permanente, o si es mejor formar grupos de carácter temporal para el desarrollo de un programa específico que

340 R  
N. 17 REV 14 15 43  
desaparezcan una vez que ellos hayan terminado. En mi criterio, entre una y otra solución debe adoptarse un criterio flexible. El número de profesores dedicados a una determinada investigación, el carácter más o menos permanente o circunstancial de las tareas a cumplir, la duración de ella, son factores que deben ser tomados en cuenta antes de determinar cuál sea la mejor política a seguir. En la Universidad de Costa Rica puede hacerse una comparación entre las políticas diferentes seguidas por la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales y la Facultad de Derecho. En la primera, el inicio de las labores investigativas se hizo en una época anterior a la segunda, mediante la creación de tres institutos: Investigaciones Económicas, Investigaciones Sociales, y Estadística. El entusiasmo inicial por la creación de institutos probó luego ser exagerado y condujo a la eliminación del Instituto de Investigaciones Sociales y a la conversión del Instituto de Estadística en una Sección a cargo de la estadística universitaria, queda hoy únicamente al Instituto de Investigaciones Económicas como organismo que en verdad cumple funciones permanentes. En cambio, en la Facultad de Derecho hemos trabajado en los tres últimos años a base de grupos de investigación para programas específicos, aunque consideramos actualmente necesario separar las funciones de Director de las tareas investigativas por los profesores de las que realiza el Jefe del Área sobre los estudiantes y crear una estructura administrativa permanente que reduzca el cumplimiento de tareas de esa índole por los investigadores.

#### 4. Tipos de Investigación:

Por el tipo de metodología y las fuentes utilizadas se acostumbra diferenciar la investigación doctrinal de la investigación empírica:

##### 1) Investigación Doctrinal:

La primera ha sido descrita por Albert J. Harno con los siguientes términos:

"en la investigación doctrinal, el objetivo principal es aclarar el derecho, tomar una posición, dar razones cuando hay un conflicto legal y tal vez, sugerir métodos para mejorar el derecho".<sup>(17)</sup>

(17) Harper, Supra Nota 5, pág. 415.



Es frecuente que se utilice para este tipo de investigación el nombre de "dogmática jurídica". La justificación del término ha sido hecha por Sebastián Soler que nos señala que en este tipo de tarea, el derecho es visto desde dentro de su ámbito de validez, desde una posición acrítica intemporal. La norma es tomada como un dato seguro, indiscutido, inalterable, a lo menos, durante el curso calculado de la acción. Al convertirse la norma en dato no cuestionable se le da el rango de dogma.<sup>(18)</sup>

Ya Ihering había señalado las condiciones de este tipo de conocimiento a partir de las reglas de derecho. Esta tarea implica el descubrimiento de dichas reglas, tanto expresas como latentes o implícitas, que se formulan y replantean constantemente a través de la actividad doctrinal. Nos agrega:

"la experiencia ha demostrado que el derecho es un manantial inagotable, de donde la práctica y la teoría extraen sin cesar reglas subjetivamente nuevas, es decir hoy desconocidas; así como las fórmulas de todos los tiempos demuestran a su vez, que son susceptibles de desarrollo y perfección".<sup>(19)</sup>

En la exposición de Ihering queda bien claro el carácter deductivo de este tipo de actividad. Señala que las reglas de derecho se deducen "por medio de la abstracción del juicio de las diferentes relaciones de la vida, con el fin de expresar y fijar su naturaleza íntima". Las diversas relaciones jurídicas se reúnen en rededor de grandes unidades sistemáticas o instituciones jurídicas. Las reglas se descomponen en conceptos o definiciones jurídicas, cuerpos simples que permiten su análisis, su elaboración racional, la composición de las distintas reglas, y la creación de nuevas nociones mediante la combinación de los diversos elementos. La tarea se concreta en:

"encumbrar las reglas de derecho a la categoría de elementos lógicos del sistema".<sup>(20)</sup>

Es indudable que la investigación de este tipo requiere una amplia labor de infraestructura. Podríamos reconocer tres aspectos básicos en ella:

(18) S. Soler: *Las palabras de la Ley*, (Fondo de Cultura Económica, México, 1969), págs. 118-127.

(19) R. von Ihering: *La Dogmática Jurídica* (Editorial Losada, Buenos Aires, 1946), pág. 23.

(20) *Ibid.*, pág. 32.

a) **Biblioteca:** Tal y como se anunció en las normas correspondientes de la Asociación Norteamericana de Escuelas de Derecho, una tarea de investigación requiere: "Adecuada asistencia secretarial y de biblioteca".

Resulta imposible y poco fructuosa una investigación si no se cuenta para ella con una buena biblioteca donde el investigador encuentre todos los materiales de tipo histórico, información sobre la ley positiva y posibilidad de hacer comparación de sistemas y de resultados de la aplicación del derecho en varias comunidades.

b) **Legislación:** En todo caso, cuando se realiza una investigación de este tipo es necesario saber con absoluta certeza cuál es la ley aplicada. En el sistema de derecho escrito que se sigue en la totalidad de los países latinoamericanos, dado el prejuicio ya mencionado de que todo el derecho consta en la ley, este punto es básico. Pero, en aquellos países en los cuales no se ha adoptado un sistema ordenado de relación entre la nueva legislación que aprueban los Poderes Legislativos y la que se encuentra vigente, es difícil muchas veces saber si una norma se encuentra o no derogada. Por ello, debe considerarse como obra de infraestructura de todas las investigaciones jurídicas, establecer un sistema en el cual, la evolución del derecho por la vía de legislación se efectúe en una forma armónica, a efecto de que se guarde una efectiva coordinación entre las leyes que constantemente fluyen del Poder Legislativo, dondequiera que éste resida, y la legislación vigente con anterioridad, para que la sustitución de normas escritas viejas por otras nuevas se haga de modo claro y expreso. Solo así es posible reducir al mínimo la dificultad que en la determinación de la norma aplicable introduce la oscura situación de saber cuáles y cuántas normas se encuentran vigentes sobre una determinada situación.

c) **Jurisprudencia:** De las distintas acepciones que tiene este término utilizo la más corriente en círculos jurídicos de mi país, de acuerdo con los cuales se entiende por ella la doctrina establecida por los tribunales.

El prejuicio de ser la ley la única fuente de derecho debe ser superada en cualquier investigación jurídica. En los países que sostienen ese criterio, tanto como en aquellos donde la principal



fuentes de lo jurídico es la producción de los tribunales con respecto a un problema concreto, es cierto lo que hace muchos siglos dijera Aristóteles de que:

"Ir al Juez es ir a la justicia; porque el Juez nos representa la Justicia viva y personificada".<sup>(21)</sup>

No hay sistema jurídico alguno en el cual, para conocer el derecho, pueda prescindirse de lo que digan los tribunales en relación con los casos concretos que llegan a plantearse a su conocimiento. Por frase transmitida por unos de los profesores de nuestra Facultad formados en Francia conozco la expresión de que si los jueces no tienen la propiedad del derecho, es indudable que poseen su usufructo con privilegio superior al resto de los mortales.<sup>(22)</sup>

De ahí que sea también esencial para un buen sistema de investigación jurídica contar con una clasificación cuidadosa y sistemática de la jurisprudencia dictada por los tribunales, sobre todo por aquéllos de mayor rango.

Ruego a aquéllos para quienes la consideración anterior pertenece al reino de Perogrullo perdonar la referencia hecha. Sucede en mi país que nos ha tomado algún tiempo darnos cuenta de que los esfuerzos investigativos requieren esas tareas esenciales y que es todavía reciente el inicio de la triple tarea de dotar a nuestra Facultad de una buena biblioteca jurídica y de trabajar, en colaboración con la Asamblea Legislativa y la Corte Suprema de Justicia en la formulación de un índice legislativo completo y un Digesto de Jurisprudencia, para no vernos en la necesidad de realizar una investigación específica sobre esos puntos como inicio de la tarea sobre cualquier tema especial.

A partir de esas tres tareas se cumple con la investigación doctrinaria, que representa posiblemente aquélla en la cual han concentrado su esfuerzo los juristas latino-americanos.

## II) Investigación Empírica:

Podemos describir la investigación empírica o no doctrinaria, con palabras de Harper, de la siguiente manera:

(21) *Ética a Nicómaco*, Libro V.

(22) Cita del Dr. Juan Luis Arias.

"El investigador no doctrinario se preocupa por lo que los hombres hacen realmente en vez de por aquéllo que los hombres, al través de sus leyes, o sentencias judiciales, dicen que hacen. Para poder encontrar lo que los hombres hacen es necesario reunir "hechos" sociales, económicos, psicológicos. Estos "hechos" pueden ser utilizados para señalar la brecha entre el derecho como es y el derecho como la realidad objetiva indica que deberá ser. O tal vez los hechos pueden dejarse de lado para servir como un depósito de conocimiento que tal vez pueda ser base para cambios futuros."<sup>(23)</sup>

En este tipo de investigación, la tarea y el enfoque desde el cual ella se realiza, cambian sustancialmente. Ya no se estudia el derecho tan sólo a partir de la norma sino que ésta se coloca en la realidad social en la cual se ha desarrollado y se trata de comprenderla dentro de este concepto. Para cumplirla, no basta con señalar la norma jurídica sino que se hace necesario además, determinar su eficiencia, la forma en la cual funciona y los efectos obtenidos por medio de ella. Se abandona igualmente la actitud intemporal para darse cuenta del proceso de cambio sufrido por la norma en sí como resultado de su aplicación, de los efectos que la norma causa en el medio en el cual se aplica y de la relación que puede existir entre la finalidad tenida en mente por el legislador y la que en verdad realiza.

Para citar un ejemplo, la investigación histórica deja de limitarse a una tarea de carácter documental, para aceptar preguntas como la hecha por Jorge Enrique Guier:

"Si el derecho indígena no se aplicó en la Colonia —salvo dos o tres rarísimos casos— y si la ley española no se cumplía, parece lógico deducir que la Colonia —puesto que prosperó— tuvo normas propias, creadas por las necesidades del lugar y del momento; es decir, que América vivió, en buena parte, bajo un régimen de derecho consuetudinario. Nuestros historiadores parecen ignorarlo. Han aprendido que "en ninguna parte, la sociedad se atuvo menos a la ley que en la América de la conquista", pero no se les ha ocurrido investigar cuáles fueron las leyes vigentes en la Colonia, ya que sin ellas no hubiera podido subsistir y organizarse."<sup>(24)</sup>

(23) Harper *Supra* 5, pág. 416.

(24) Discurso académico pronunciado el 1º de marzo de 1971 con motivo de la apertura de clases en la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.



La necesidad de este tipo de investigación en el ambiente latino-americano difícilmente podría exagerarse. Por falta de ella, en pocas regiones del mundo occidental hay tanta tendencia a sustituir el examen de la realidad que debe preceder al establecimiento o reforma de las instituciones por las convicciones ideológicas, casi ninguna de las cuales tiene sustento en el medio latinoamericano. Como consecuencia de ello, muchas de las instituciones son copia de las establecidas para un contexto social y económico diferente, y distan mucho de llegar a alcanzar la efectividad requerida para que encaucen la dinámica social.

Desde el punto de vista contemporáneo está el fenómeno muchas veces apuntado de la reducida efectividad de las normas jurídicas escritas y el divorcio entre el derecho de los códigos y las constituciones y la conducta efectiva de los componentes de la sociedad. Esta situación demanda establecer el efecto recíproco entre las normas jurídicas y los procesos sociales que están destinados a regir, crear si no un derecho propio por lo menos uno mejor adoptado a las realidades nacionales y regionales, fundamentar el sistema jurídico en estudios sociológicos, psicológicos y económicos y comparar efectivamente hasta qué punto cumple sus funciones de dar seguridad y justicia a las actividades humanas. Únicamente un orden jurídico con tal fundamento puede cumplir la función que le corresponde en el proceso de desarrollo.

La investigación jurídica así concebida ha de contar con el auxilio de todas las otras disciplinas que se ocupen del mundo de la cultura, dado que sin la información suministradas por ellas es imposible comprender el papel que corresponde el derecho y el buen o mal funcionamiento que pueda tener. Los métodos o principios señalados por ellas pueden y deben ser utilizados para comprender mejor las manifestaciones jurídicas. Las tres tareas básicas de toda investigación: determinación del objeto, recolección de datos e interpretación de los resultados se amplían de manera considerable, dado que el concepto de derecho adquiere una amplitud y complejidad que lo acerca más a su condición real, la recolección de datos ha de incluir antecedentes legislativos, judiciales y administrativos, así como hechos sociales, económicos y políticos. Todo ello hace más compleja la interpretación y más

necesaria la colaboración de distintos especialistas en ciencias sociales.<sup>(25)</sup>

## 5. Propósitos de la Investigación:

Por los propósitos tenidos en mente al llevar a cabo es necesario distinguir tres tipos de investigación jurídica. Son ellos: a) la investigación como medio de enseñanza; b) la investigación cuyo propósito básico es servir las tareas de enseñanza; c) la investigación no destinada a la enseñanza y que tiene propósitos de conocimiento de la realidad jurídica como medio de conocer el derecho y su papel social.

a) **Investigación como medio educativo:** Es innegable, como, como dice Ortega, que la investigación como actividad creadora no esté al alcance del hombre medio. Pero, por otra parte, no cabe duda de que todo profesional en el ejercicio de las actividades de su disciplina está en la obligación de investigar. Todo abogado, en cualquiera de las distintas tareas que pueden estarle encomendadas en una sociedad, se haya en la necesidad de enfrentarse a problemas que demandan de él tareas de investigación. Por ello, como dice Ricardo Nassif:

"Es difícil comunicar todas las verdades de la ciencia, pero es posible desarrollar en el alumno el amor a la verdad y la forma de lograrlo. Este es el punto de encuentro de la docencia y la investigación postulado por una nueva pedagogía universitaria que ve a la primera realizarse en la segunda y a ésta reproducirse en aquélla".<sup>(26)</sup>

Corolario inescapable de ese principio es que las Escuelas de Derecho están obligadas a enseñar a investigar. Los pre-seminarios o cursos introductorios donde se familiariza a los estudiantes con los distintos tipos de actividad investigativa que se pueden y se deben realizar sobre el derecho, constituyen una absoluta necesidad en el curriculum de las Escuelas de Derecho. Adquiridas esas técnicas es necesario luego que el estudiante, se acostumbre a prac-

(25) Ver *The Law School of Tomorrow*. The projection of an ideal. Editada por David Haber y Julius Cohen, Rutgers University Press, New Brunswick, New Jersey, 1968. Especialmente el seminario sobre "Toward Continuing Appraisal of the Impact of Law on Society", intervenciones de Harold Laswell, Mark S. Massel y James A. Robinson, pág. 87-149.

(26) Citado por A. Bascuñán, *Universidad*. Cinco ensayos para una teoría de la Universidad Latinoamericana, Ed. Andrés Bello, Santiago, 1963, pág. 79.



ticarlas en el curso de sus estudios para que adquiriera el hábito de la investigación y un grado aceptable de destreza en esas actividades; no hay duda que esa es la razón de ser de los seminarios y que éstos serán verdaderamente efectivos en la medida en que llenen tal cometido. Finalmente, la existencia de una investigación final como requisito de graduación representa la coronación de esa tarea.

Cabe hacer la salvedad de que en ningún momento debe confundirse la enseñanza de la investigación con la formación de investigadores. La primera es tarea general que debe realizarse con respecto a todos los futuros profesionales. La segunda es la cuidadosa labor que se lleva a cabo a nivel post-graduado en la cual se prepara esa rareza humana que es quien tiene una vocación personal de descubrimiento de la verdad y se prepara realizarla.

b) **Investigación para la enseñanza:** En la medida en que se halla obligado a formar a sus estudiantes, todo profesor está en la absoluta necesidad de investigar para poder enseñar. En este punto de vista es indudable que como dice Albert J. Harno:

"La enseñanza y la producción académica van siempre de la mano. Cada una complementa y estimula la otra. La enseñanza proporciona el incentivo para la vida académica productiva y ésta enriquece la buena enseñanza".<sup>(27)</sup>

El primer deber de todo profesor es organizar sus materiales de enseñanza. El segundo es la elección de las obras de consulta. La organización de programa y el plan a seguir para la docencia son actividades que no pueden cumplirse sino en virtud de un mínimo programa de investigación. Es indudable que en la medida que la enseñanza se convierte más y más en una obra de creación individual el profesor se encuentra mayormente forzado a la organización de sus materiales en una obra de texto.

En relación con la tarea de preparación de obras para la docencia jurídica es conveniente apuntar que la confusión que se hace en nuestra región entre los tratados o exposiciones orgánicas de una disciplina y las obras docentes, considerando que los primeros sirven para la enseñanza y que las segundas deben imitarlas, constituyen uno de los obstáculos más grandes para la labor for-

(27) A. Harno "The Law Schools, Centers of Legal Research and Scholarship", *Journal of Legal Education*, Vol. 2, Nº 2, 1969, pág. 193.

FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE CALI

mativa que debe realizarse en el estudiante. La obra con un definido propósito docente debe crear en el estudiante no sólo conocimientos sino también inquietudes, debe obligarle a ejercer su actividad crítica y adquirir conciencia clara del carácter problemático de la ciencia jurídica.

De acuerdo con lo dicho sobre la investigación doctrinal creo que una obra de pedagogía jurídica debe ofrecer al estudiante no sólo exposición doctrinal sobre los temas que trata sino incluir además legislación y jurisprudencia. Entre más ampliamente ve a el tema desde los distintos ángulos de los que cabe estudiar el derecho, más fácil será para el estudiante adquirir una clara conciencia de lo jurídico y formarse mejor como abogado.

Si se piensa en la necesidad de hacer pedagogía activa no puede haber duda alguna sobre la necesidad de que existan materiales de enseñanza y de que ellos sean especialmente preparados con ese propósito. Las experiencias realizadas en nuestra Facultad de Derecho en materia de pedagogía activa han tenido más éxito en aquellos casos en los cuales los materiales de enseñanza han comprendido distintos aspectos de las manifestaciones jurídicas (legislación-jurisprudencia-doctrina) resultado de una investigación nacional, aún cuando matizada con ejemplos y referencias a la legislación y jurisprudencia comparada.

Estimo que el primer deber de todo profesor de derecho es solucionar el problema que para sus estudiantes presenta la necesidad de contar con material de enseñanza y contribuir en una forma positiva al desarrollo de la ciencia jurídica. Investigar, escribir y publicar son deberes inherentes a la condición docente, fundamentos sin los cuales la tarea educativa se limita a una estéril repetición del pensamiento y la obra de otros.

c) **Investigación sobre la realidad jurídica:** Fuera de la investigación realizada con una finalidad educativa es indudable que cabe otra actividad investigativa sobre el Derecho: aquella que se lleva a cabo con el propósito de enjuiciar las manifestaciones jurídicas de un determinado país, con propósitos de criticarlas y reformarlas, o como tarea de simple conocimiento por lo cual el investigador pretende satisfacer su curiosidad sobre una disciplina o institución jurídica.



No es ésta, una tarea que corresponda de manera propia y única a los profesores de Derecho. Se puede y debe llevar a cabo a distintos niveles por las instituciones encargadas de aplicar o administrar ciertas actividades jurídicas.

Pero, por otra parte, no cabe ignorar que aquí tienen también las Facultades de Derecho un importante papel que cumplir. Quienes creen en la esencialidad del Derecho para la vida social y realizan una actividad de docencia e investigación sobre él, tienen una obligación, aún mayor que el resto de los abogados, de contribuir a la mejora y desarrollo de las instituciones jurídicas. En ninguna forma mejor pueden hacerlo que con la contribución de su capacidad de análisis, su objetividad y su dedicación al estudio, para presentar la realidad de esas instituciones, señalar sus aciertos y sus defectos y enfocar la forma en que deben ser sustituidas o reformadas.

La investigación dirigida a ver las instituciones jurídicas en su contexto social y humano, bueno es apuntarlo, es una tarea costosa. La utilización de grupos o equipos de investigación en esta materia se hace casi imperativa. El proceso de recolección de datos se magnifica y las tareas a desarrollar aumentan en una forma considerable. Por ello, el costo de programas de esta naturaleza difícilmente caben dentro de los presupuestos universitarios. Hacen ellas necesario obtener financiación especial para realizarlas, lo que obliga a la entidad académica a justificar ante los posibles financiadores las ventajas que pueden derivarse de dichos estudios.

El problema de la financiación constituye en múltiples instancias el más difícil de solventar. Hay que recurrir a entidades gubernamentales nacionales o a organismos internacionales. Muy a menudo, las fricciones o diferencias que pueden existir entre el claustro universitario y los organismos gubernamentales hacen difícil obtener financiación nacional para esas tareas. En otras ocasiones, los propósitos de investigación universitaria no coinciden con las prioridades o jerarquías establecidas por las entidades gubernamentales sobre empleo de fondos.

Por otra parte, la financiación de entidades internacionales para programas de investigación jurídica no es tarea fácil. Es todavía reciente la fecha en que, las instituciones internacionales negaban en forma sistemática ayuda de toda clase a los planes de re-

forma de la enseñanza jurídica por considerarlos ajenos a los propósitos de desarrollo. Pareciera, no creo ser demasiado optimista sobre la materia, que esos días han pasado y que ya resulta posible interesar a organismos internacionales en programas de reforma y de investigación jurídica sobre determinados problemas. Sin embargo, la dificultad subsiste. La demostración de las posibilidades de los programas de esta naturaleza es la mejor forma en la cual las Facultades de Derecho pueden obtener ayuda para programas cada vez más ambiciosos. En lo que pueda servir la experiencia nuestra como un modesto ejemplo ilustrativo, podría citarse que los programas de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica fueron iniciados como parte de un plan de preparación de obras de derecho, pero al demostrar el potencial de servicio que encerraban en ellos, hicieron posible obtener fondos nacionales e internacionales para llevarlos a cabo. En el proyecto de investigación sobre derecho agrario, por ejemplo, se logró establecer una relación constante entre la estabilidad de la tenencia de la tierra y la inversión, la productividad y el ingreso de la finca rural; mientras más seguro se siente el agricultor en cuanto a su dominio sobre la tierra más posibilidades de inversión tiene, lo que resulta en mayor producción y mayores ingresos. El reporte preliminar de este estudio sirvió de base para la inclusión de un programa de titulación de tierras no inscritas, dentro del plan agrario nacional que se lleva a cabo actualmente. Este ejemplo reciente evidencia como un programa básicamente jurídico puede servir de contribución a un plan de desarrollo nacional.

## 7. Finalidad:

Se oyen muchas críticas sobre el énfasis de la investigación en las universidades. Se expresa el temor de que ello pueda significar olvido de la misión docente y cultural que corresponde a toda casa de estudios universitarios.<sup>(28)</sup> Si ello ocurriera, si la investigación fuera en desmedro de la docencia o de la cultura en verdad podría hablarse de un peligro para la esencia misma de la Universidad. Pero, cuando funcionan coordinadas es cierto lo que dijera don Valentín Letelier:

"Cuando las universidades funcionan convencidas de que en la investigación y en la definición de la verdad no existe autoridad superior a

(28) Véase la coincidencia sobre este punto en Ortega, *Supra* Nota 15, pág. 102, y Harper, Nota 5, pág. 417.



ellas, su prestigio social crece en la misma medida en que se desarrolla su actividad dado que el objetivo principal de la Universidad es aumentar cada día este caudal de saber que las otras ramas de la enseñanza se encargan de distribuir por todas partes. Menos que en propagar la ciencia, se empeña en desarrollarla, y si se cura de enseñarla lo hace a intento de fijar sus límites extremos para probar investigaciones originales que amplíen sus horizontes".<sup>(29)</sup>

En el caso concreto de las Facultades de Derecho es necesario realizar lo que Benjamín Cardozo decía en 1931 para su propio país:

"Jueces y abogados pueden no estar dispuestos a admitirlo pero la sobria verdad es que el liderato en la marcha del pensamiento legal ha estado pasando en nuestros días de los estrados de los tribunales a las cátedras universitarias"<sup>(30)</sup>

Cuando ello ocurre, cuando el empuje de cambio en el sistema jurídico proviene de las aulas y los institutos de investigación, cuando la crítica y análisis científicos compiten con la ideologías políticas para que las leyes y las sentencias sean más justas y realicen en mejor forma las aspiraciones nacionales, cuando la vía jurídica luce más amplia y atractiva que las soluciones violentas, cuando la investigación se nutre de la cultura y fortifica el proceso docente, entonces, sólo entonces, las Facultades de Derecho cumplen en verdad la alta misión que les corresponde en todo país y en toda sociedad.

Para ello es necesario colocar a los investigadores en el lugar que les corresponde, en un permanente octavo día de la creación, en aquél en que todo el mundo había sido creado y después del descanso divino fue necesario empezar, al mismo tiempo, la vida y la tarea de su conocimiento.

(29) Citado por Bascuñan Supra 26, pág. 62.

(30) Harno, Supra 27, pág. 197.

## LA COMUNIDAD DE BIENES

Por ROGELIO SOTELA

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Sabemos que entre las características del dominio o derecho de propiedad, se incluye la de ser "exclusivo". El poder que emana del derecho subjetivo que configura el dominio, con sus caracteres de absoluto y perpetuo con que fue originalmente concebido, y que según hemos explicado,<sup>(1)</sup> en virtud de las nuevas concepciones sociales que imperan en todos los campos en que el quehacer humano se manifiesta, tiende a sufrir notorias transformaciones, no fue instituido para ser gozado o disfrutado únicamente por un titular "unipersonal" del derecho, ya que a través de situaciones tales como las derivadas del derecho sucesorio o del convenio, fue posible la existencia del derecho de propiedad sobre cosas que no pertenecieran "exclusivamente" a una sola persona; si bien los cotitulares de ese derecho, continuaban gozando en conjunto y frente a los demás, de la facultad de "exclusividad" inherente al dominio. Podríamos hablar en estos casos de una especie de "exclusividad compartida" y con ello poner de manifiesto otra característica del derecho de propiedad.

Los autores han discutido acerca de si puede darse la existencia del derecho que comentamos cuando el poder que emana del derecho subjetivo no recae sobre cosas corporales. Castán, nos explica de la siguiente manera el enfoque del tema a que nos referimos:

"Dentro del orden jurídico se emplea también la palabra propiedad en diversas acepciones.

En la más amplia de ellas, propiedad es toda relación jurídica de apropiación de un bien cualquiera, corporal o incorporal. En este sentido la toma Venezian, al definirla como la relación, perpetua o temporalmente ilimitada, de la persona con las cosas y con los derechos. Esta

(1) JOSE CASTAN TOBEÑAS. Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo II, pág. 59. Editorial Reus.



concepción, que admite la propiedad de cosas y la propiedad de derechos, tiene alguna resonancia en el tecnicismo jurídico de nuestros días, que parece manifestar cierta tendencia a ampliar el concepto del derecho de propiedad. Así, se habla hoy de propiedad intelectual y propiedad industrial, que son en realidad derechos sobre bienes incorpóreos; de propiedad del fondo comercial, que engloba una porción de cosas y derechos de muy distinta naturaleza. Pero, esta concepción amplísima de la propiedad no es la más corriente en la doctrina científica. Lo general es limitar el concepto de aquella a las cosas corporales, entendiendo que la palabra propiedad, aplicada a las cosas incorporales, no tiene más que un significado general de pertenencia o dependencia (Dusi), y que las propiedades incorpóreas, de que se habla a veces en el lenguaje corriente y aún en el de las leyes, son una verdadera metáfora"

De acuerdo con las ideas transcritas, cuando estemos en presencia de una cotitularidad en el ejercicio de un derecho subjetivo, que no incida sobre cosa corpórea, no podríamos decir con exactitud que somos "copropietarios", porque el derecho tiene por objeto una cosa inmaterial.

Para enmarcar estas figuras de cotitularidad dentro del campo de los derechos reales, los juristas hablan de "comunidad de bienes"; bienes de que se es dueño junto con otros, sean éstos de naturaleza corporal o incorporal. Como puede notarse, dentro de la figura jurídica de la "comunidad de bienes", caben el condominio o copropiedad y otras formas de comunidad, pero no podría decirse lo contrario, o sea que el condominio o copropiedad puedan contener a su vez otras formas de cotitularidad sobre bienes de naturaleza inmaterial. Nos dice Ruggiero lo siguiente:

"El concepto de comunidad es más amplio que el de condominio, el cual es comprendido en aquel como un especie suya. Comunidad es, en efecto, toda relación o todo conjunto de relaciones en que aparezcan como sujetos varias personas conjuntamente".<sup>(2)</sup>

Aparte del dominio propiamente dicho, compartido entre varios sujetos, vamos a encontrar casos de comunidad de bienes en los que la cotitularidad recae sobre bienes de naturaleza incorporal; las obras del ingenio humano que comprenden las produc-

(2) ROBERTO DE RUGGIERO. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I, pág. 577. Editorial Reus.

ciones de orden literario y científico, así como los inventos; la cotitularidad sobre el denominado "derecho de llave", que se tiene sobre los establecimientos comerciales; el derecho hereditario antes de la adjudicación de bienes; también el patrimonio del insolvente o del quebrado, ya que tales patrimonios se saben constituidos por los créditos y débitos de una persona así como los bienes materiales que les pertenezcan; y podríamos enumerar algunas otras figuras enmarcables dentro de la concepción jurídica que nos ocupa.

Esta comunidad de bienes de que venimos hablando puede tener variado origen; oigamos lo que nos dice Roberto de Ruggiero:

"Varias son las causas que la originan: o es la voluntad misma de dos o más personas, las cuales acuerdan poner algo en común para repartir las ganancias que pueden derivar y se da entonces la comunidad de los socios, basada en el contrato de sociedad, o bien son otros hechos, como la sucesión hereditaria, cuando varias personas son llamadas a recoger una herencia y resultan titulares de las relaciones jurídicas del difunto, o las relaciones de vecindad por las que paredes divisorias de dos edificios o las cercas que dividen dos fundos, los setos vivos, los fosos, los tejados, escaleras, patios de un edificio perteneciente por partes separadas a propietarios diversos, pertenecen en común a varios. Estas últimas y otras figuras de comunidad en las que la relación de coparticipación no ha sido querida por los copartícipes, suelen designarse en la terminología escolástica tradicional, para distinguirlas de la comunidad fundada en el contrato de sociedad con el nombre de "comunidad incidental" (communio incidens). En otro aspecto se suele contraponer la comunidad ordinaria a la forzosa o coactiva, tomando como criterio distintivo la facultad de los partícipes de pedir la división, ya que mientras esta facultad corresponde de ordinario a los comuneros y el pacto de indivisión es mirado desfavorablemente por la ley que lo considera nulo, hay casos en los cuales el destino de la cosa, según su naturaleza, no tolera la división, y en tales casos se habla de comunidad forzosa".<sup>(3)</sup>

A los casos anteriores, agregamos por nuestra parte los del fideicomiso y de la llamada "propiedad del pueblo", originada modernamente en la Alemania Oriental. Nos referiremos brevemente a estos dos tipos de comunidad de bienes, antes de entrar a analizar las figuras de condominio propiamente tal.

(3) RUGGIERO. Ob. citada pág. 578.



## El Fideicomiso

El actual fideicomiso, regulado en nuestra legislación por el Código de Comercio, artículos 633 y siguientes, es un producto más de las antiguas sutituciones fideicomisorias del derecho romano, tratadas en el capítulo de sucesiones de algunos códigos actuales, del desarrollo que la institución del "trust" ha tenido en Inglaterra y en los Estados Unidos de América, incrementada especialmente por la práctica bancaria.

Define Raúl Cervantes Ahumada el fideicomiso en los términos siguientes:

"Un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un determinado fin".<sup>(4)</sup>

Debe agregarse la mención a la importante figura del fideicomisario, quien es el que recibe los beneficios de la relación. En nuestro derecho el código habla de "una transmisión de la propiedad" al fiduciario; en cambio, en la legislación mexicana se dice que el fiduciario es titular, no propietario. Por titular se entiende:

"la cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica".<sup>(5)</sup>

Conforme con lo que se ha establecido en el artículo 639 de nuestro Código de Comercio, el propietario fideicomitente puede designar varios fiduciarios para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, y surge de allí un tipo de comunidad de bienes que es el que nos interesaba al menos mencionar.

## La Propiedad del Pueblo

Es la propiedad del pueblo, una nueva concepción surgida dentro de la paulatina socialización a que ha venido sometido el derecho de dominio clásico y que ya hemos relatado en otra parte de esta obra. Según nos explica Hedemman, se ha desarrollado particularmente en la zona de la Alemania Oriental. Veamos lo que nos dice dicho autor al respecto:

(4) RAUL CERVANTES AHUMADA. Títulos y Operaciones de Crédito. Pág. 312. Editorial Herrero.

(5) RAUL CERVANTES AHUMADA. Ob. citada pág. 313.

"Propiedad del pueblo. Se trata de un concepto desarrollado en la zona oriental. A pesar de su alto significado para la total configuración de la vida económica, está aún falto de un esclarecimiento y una fijación científicas definitivas. Se halla, sobre todo en su forma especial de transformación en empresa del pueblo", íntimamente relacionado con el fenómeno de la expropiación... Rasgos característicos: el concepto de propiedad del pueblo en modo alguno comprende sólo (como la propiedad del BGB), objetos corporales sino todo el patrimonio de la "empresa del pueblo" de que se trate. Se guarda la oportuna correlación el sistema, ya consagrado, del derecho privado, en cuanto que las fincas, una vez extinguido el derecho del anterior propietario, siguen inscritas en el Registro inmobiliario. Igual que antes (decreto 76/1948). Igual sucede respecto del Registro Mercantil. Así se constata registralmente el hecho de que las empresas del pueblo no agotan su finalidad en sí mismas, sino que al exterior también están destinadas al tráfico. Esto nos hace retroceder de nuevo, pasajeramente, al derecho privado. No obstante, se han establecido oficinas especiales para regular los contratos entre las empresas del pueblo y las privadas. Por lo demás, la propiedad del pueblo se halla sometida a enérgicas vinculaciones de índole "jurídico-pública", a una inalienabilidad de principio y a una administración rígidamente centralizada por medio de "uniones industriales", "empresas económicas comunales", etc. La fórmula constitucional es: "La propiedad del pueblo es intangible" (decreto 64/1948 de la Administración militar de la Rusia Soviética, junto a 4 edictos de la Comisión alemana de economía).

Va en continuo aumento, en la zona oriental la importancia de la propiedad del pueblo, que poco a poco se convierte en un "concepto jurídico autónomo. (No sólo comprende las cosas corporales, muebles e inmuebles, sino también el patrimonio íntegro de las empresas que pasan a ser propiedad del pueblo, y así por ej. los saldos bancarios activos, las participaciones en otras empresas, etc. La propiedad del pueblo así reunida es en principio intransmisible.) No obstante, como es natural, las existencias de mercaderías y los nuevos objetos producidos han de ser puestos en circulación, es decir, han de ser enajenados. En algunos aspectos, es asimismo inevitable un intercambio de bienes. Para obtener en tales casos una garantía jurídica adecuada, puede utilizarse analógicamente la figura jurídica de la subrogación real, aplicada reiteradamente en otros aspectos por el BGB... El régimen registral de las fincas que son propiedad del pueblo se acomoda totalmente al sistema



del Derecho Civil, si bien toma en cuenta, en ciertos casos, el especial carácter de dicha propiedad".<sup>(6)</sup>

Los aspectos más importantes, desde el punto de vista jurídico, de los casos de comunidad de bienes están contenidos en las situaciones que producen la copropiedad, la medianería y la propiedad horizontal. Vamos a tratar en primer término sobre la copropiedad.

### Propiedad en Mano Común

En la copropiedad hay que distinguir dos situaciones diversas, producto del distinto origen histórico-institucional de la misma. Una, denominada el "condominium iuris germanici" o propiedad en mano común, y otra, llamada "condominium iuris romani" o copropiedad propiamente dicha.

Ellas, como indica su denominación, han sido originadas por las concepciones del derecho germánico y del romano, respectivamente. La primera existe hoy día en los códigos influidos por tal derecho como el alemán y el suizo y la segunda es la que a través del Código de Napoleón se ha difundido más ampliamente entre las legislaciones que lo tomaron de modelo. En ambos tipos de copropiedad la característica es la que se apunta en cualquier comunidad de bienes: una cosa que no pertenece exclusivamente a un dueño sino que corresponde a varios condueños; pero entre un tipo de condominio y otro, hay sustanciales variantes que iremos precisando. No se piense que en el derecho alemán existe solamente el tipo de propiedad en mano común; ésta coexiste con la copropiedad romana. Al respecto nos dice Martin Wolf:

Dentro de la idea de comunidad por cuotas el Código Civil Alemán distingue claramente la comunidad (gemeinschaft) o situación jurídica que tiene lugar cuando un derecho corresponde a varios en común (artículos 741-758) y copropiedad (Miteigentum) que no es sino la idea de comunidad referida al derecho de dominio (arts. 1008-1011). Se hallan en la misma relación que el género y la especie y por ello las normas de la comunidad en general son referibles a la copropiedad en tanto no estén modificadas por las especiales de esta relación".<sup>(7)</sup>

(6) J. W. HEDEMANN. Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales, pág. 267 y sigs. Editorial Revista de Derecho Privado.

(7) ENECCERUS, KIPP Y WOLF. Tratado de Derecho Civil. Tomo III. Vol. I. pág. 541. Editorial Bosch.

La característica fundamental de la propiedad en mano común consiste en el hecho de que todos los condueños pierden en ella la individualidad jurídica que como titulares unipersonales les correspondería, de manera que forman una colectividad o comunidad de bienes. La cosa objeto del derecho pertenece no a los condueños en forma singular y proporcional a su derecho, sino a la colectividad, y en ella, cada uno tiene, como dice Ruggiero:

"derechos y facultades de goce con mayor o menor extensión, según la particular naturaleza del vínculo".<sup>(8)</sup>

Ninguno de los copropietarios tiene en realidad "una cuota" sobre el bien de que se trate, como sí sucede en el tipo de condominio romano; en consecuencia tampoco puede considerarse al copropietario con poder sobre determinada parte de la cosa, ni siquiera idealmente, mientras exista la comunidad; consecuencia de esto es que la "actio communi dividundo" que caracteriza la propiedad romana, está ausente en la germánica, mientras tal comunidad subsista, ya que no hay un régimen de mayoría para definir el destino de la cosa, sino que en todo caso es preciso contar con la unanimidad de pareceres de los condueños.

En la propiedad en mano común los comuneros se vinculan de manera personal a través de las disposiciones legales que emanan del derecho de familia, del hereditario y del derecho de obligaciones; el vínculo recae ordinariamente sobre un patrimonio en vez de una cosa particularizada, tales como los originados en el matrimonio o la herencia. A diferencia del condominio romano, en que cada condueño puede disponer de su derecho o de la participación que le corresponda en la cosa en común, en la copropiedad germánica podrá hacerlo ("de lo que le corresponde en el futuro, por consecuencia de la liquidación, con lo cual no dispone de algo relativo a la comunidad, sino de algo que se deriva de ella, pero que está fuera de la misma") (Hubner).<sup>(9)</sup>

La transmisión de la cuota cuando es posible realizarla no produce como en el condominio romano, una inalterabilidad de las cuotas de los otros condominios ni la entrada de un nuevo miembro en la comunidad, sino que al salir el comunero de la comunidad

(8) RUGGIERO. Ob. citada pág. 583.

(9) Citado por CASTAN. Ob. referida pág. 313.



"su derecho va a ésta, pero sin que tenga lugar ninguna transmisión a los demás comuneros, aunque aumente su parte por desaparecer una limitación de la misma" (Hubner).<sup>(10)</sup>

Muy clara es la explicación del profesor Hedemann sobre la institución que comentamos. Permítasenos insertar su pensamiento:

"La propiedad en mano común del BGB. Mientras que la "copropiedad" se apoya en bases romanas, la llamada propiedad en mano común tiene un origen germánico. Está guiada por una idea totalmente diferente, la de que todos los partícipes están recíprocamente vinculados. Precisamente por esto no se forman aquí partes alicuotas fríamente desligadas unas de otras, sino que cada uno participa en el todo, pero por lo mismo está vinculado a ese todo y obligado a tener en consideración en todo momento a sus compañeros en la propiedad. Como es natural, esto entorpece su libertad personal de movimientos, y hace que la propiedad en mano común sea menos apta para el tráfico que la copropiedad. Por ello, en diversas ocasiones, ha dulcificado el legislador, en mayor o menor medida la idea de mano común.

Ya hemos indicado los tres, o mejor dicho, cuatro grandes ámbitos en que juega la relación de mano común:

- 1º) La relación de sociedad.
- 2º) Las asociaciones sin capacidad jurídica, que, según el #54 BGB deben ser tratadas como las sociedades, mientras que en las asociaciones con capacidad, si bien los miembros son partícipes en los rendimientos económicos, no se da, en sentido jurídico, una coparticipación, sino que hay sólo una propiedad exclusiva, la de la misma asociación (Lehmann parte General #60).
- 3º) La relación entre coherederos.
- 4º) La relación económica matrimonial, si bien sólo en el caso poco frecuente en que los esposos han acordado introducir la llamada comunidad universal de bienes, en lugar del régimen legal (#1437).

La figura de la comunidad en mano común engendra, considerada en su abstracta pureza, las siguientes consecuencias:

- 1º) Nadie puede disponer libremente de su parte.

2º) Nadie puede exigir libremente la división.

3º) La administración ordinaria es común en el más estricto sentido de la palabra, es decir de forma que no hay régimen de mayoría, que para dar cualquier paso se necesita la unanimidad. En la práctica este régimen sufre en parte desviaciones de diversa índole, incluso por obra de la misma ley.

Un ejemplo especialmente significativo de esto último nos ofrecen los #2033 y 2034. Con arreglo a ellos, puede cada coheredero, como si se tratara de una verdadera copropiedad, disponer de su parte, pero la idea de vinculación recíproca se manifiesta al menos en que los demás tienen un derecho legal de adquisición preferente, y pueden así evitar la entrada de un extraño.<sup>(11)</sup>

### Copropiedad

El condominium iuris romano configura un tipo de propiedad conjunta o perteneciente a varios sujetos, con indivisión de la cosa sobre la cual el derecho recae. En los casos de copropiedad, cada condueño tiene un derecho sobre la totalidad de la cosa, pero proporcional a la extensión del mismo y con una completa indefinición acerca de la porción sobre la cual podría objetivar su derecho; vale decir, no se tiene sobre porción determinada de la cosa, sino sobre una parte alicuota. Esta parte alicuota se representa por un quebrado y permitirá establecer sobre cada molécula de la cosa una participación de todos los condueños, en proporción a su derecho. Dicen Planiol y Ripert:

"Cuando una cosa pertenece a varios copropietarios, se halla en indivisión si el derecho de cada propietario se refiere al total, no a una porción determinada, de la cosa común. La parte de cada uno no será por tanto, una parte material, sino una CUOTA-PARTE que se representará por un quebrado. El derecho de propiedad está dividido entre ellos; la cosa es INDIVISA".<sup>(12)</sup>

Rojina Villegas nos da una clara explicación de cómo debe entenderse la parte alicuota. Veamos lo que dice:

"Por ejemplo, dos personas tienen copropiedad sobre una cosa por partes iguales. La parte alicuota representa la mitad; pero no desde el punto

(11) J. W. HEDEMANN. Ob. citada pág. 265 y sigs.

(12) PLANIOL Y RIPERT. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo III, pág. 251. Editorial Cultural S. A.

(10) Misma cita anterior.



de vista material, pues esto haría cesar la copropiedad y daría lugar a que la cosa quedase dividida perteneciendo exclusivamente, en cada una de sus mitades a los copropietarios.

La naturaleza de la parte alícuota es fundamental para entender los derechos de los copropietarios. Cada uno tiene un dominio absoluto sobre su cuota. La porción de cada comunero es un bien que está en el comercio, que puede enajenarse, cederse, arrendarse, ser objeto de contratación, etc.

Sobre la parte alícuota cada propietario es dueño absoluto, sufriendo sólo las restricciones o modalidades de que toda forma de propiedad puede ser objeto".<sup>(13)</sup>

Sobre el origen de la copropiedad son muy explicativos los siguientes párrafos del tratadista Héctor Lafaille:

"La institución del condominio no fue organizada en forma completa por los romanos, quienes se limitaron a dictar preceptos dispersos al extremo de que no existió un vocablo para designarla. Ello no impidió que desde la primer época se conocieran las acciones de división en particular concerniente a los bienes hereditarios (*actio familiae erciscundae*) que figuraba ya en la ley de las XII Tablas. Pero así como nunca llegó entonces a formarse un sistema orgánico en cuanto a las personas jurídicas, tampoco se determinó con claridad el régimen para el dominio de varios sobre la misma cosa, que tropezaba con el texto de Ulpiano, según el cual era imposible la posesión y la propiedad de distintos sujetos en forma solidaria. Esto determinó graves dudas entre los intérpretes, que no se han disipado todavía.

La construcción que levantaron los glosadores sobre dichos cimientos fue rudimentaria y defectuosa. Erigida sobre el plazo de la propiedad única y no sobre el de la colectiva, partía de un contrasentido, como dice Josserand. Esto los condujo —y también a los legisladores modernos— a consagrar un régimen enmarañado, al punto de convertirse en inextricable.

Los mismos autores distinguieron este condominio, fundado en la indivisión (*condominio pro indiviso*) del que mantenía bajo muchos conceptos, diferenciadas las partes, y en cierto modo yuxtapuestas, caso que

<sup>(13)</sup> RAFAEL ROJINA VILLEGAS. Derecho Civil Mexicano. Tomo VIII, Vol. I, pág. 358. Editorial Antigua Librería Robredo.

se presenta para la medianería por ejemplo (*condominium pro diviso*). Estas denominaciones no se han vulgarizado y hasta conviene prescindir de ellas, para emplearlas cuando se procura separar la propiedad germánica de la romanista, asunto de mucha mayor importancia y que ha trascendido hasta el derecho moderno".<sup>(14)</sup>

Nuestra legislación es muy parca en cuanto a señalar los derechos y deberes que dentro del condominio corresponde a cada uno de los condueños; para esclarecerlas un poco debiéramos enfocar separadamente los puntos siguientes: a) relaciones que cada uno de los copropietarios puede tener con la cosa; b) relaciones de los titulares del condominio, entre sí; y c) los derechos de cada uno de los copropietarios con relación a su cuota. Analizaremos estas diversas situaciones.

#### a) Relaciones de cada condueño con la cosa objeto del derecho:

Como hay indivisión, ninguno puede aspirar a adjudicarse una porción determinada del bien "motu proprio", porque su derecho es sobre una parte alícuota y mientras la indivisión exista no puede considerarse "localizado" en ninguna parte del bien; para ello sería preciso proceder a la división material de la cosa, en los casos en que fuese posible.

Cabe preguntarse si un condueño tiene facultad de utilizar la cosa sin la intervención de los demás copropietarios. Para la legislación italiana sería posible que el copropietario se sirviese de la cosa común y que pudiese "eventualmente efectuar modificaciones que importen un mejor goce de ella, por ejemplo abrir luces y vistas sobre el patio común; sin embargo, sin alterar su destino ni impedir a los otros participantes hacer uso de ella según su derecho; de una manera más general, no puede hacer peor con sus actos la situación de los otros. Por tanto el goce exclusivo es concebible por turno, esto es sucesivamente, no acumulativamente".<sup>(15)</sup>

En la legislación argentina pareciera dificultarse la utilización personal de la cosa por el condueño imponiéndose el sistema del uso común, ya que el artículo 2699 de su Código Civil dice: "Siendo imposible por la calidad de la cosa común o por la ope-

<sup>(14)</sup> HECTOR LAFAILLE. Derecho Civil. Tomo IV, Vol. II, pág. 206. Editorial Ediar.

<sup>(15)</sup> FRANCESCO MESSINEO. Derecho Civil y Comercial. Tomo III, pág. 531. Editorial Ejea.



sición de alguno de los condóminos, el uso o goce de la cosa común o la posesión común, resolverán todos si la cosa debe ser puesta en administración, o alquilada o arrendada". Y comenta Lafaille sobre esto: "Se atribuye pues, a los copropietarios la decisión sobre la materia, trátase de administrar, o de dar en arredamiento la cosa; pero en forma subsidiaria, es decir, cuando no sea dado usar de ella en común o poseerla directamente en la misma forma, lo que vendría a ser el régimen ordinario, en que se aplica la regla del artículo 2684".<sup>(16)</sup> Pero el mismo autor nos aclara: "Recordemos sin embargo, que todos los titulares poseen la cosa en común e indistintamente. Entonces, ya no podría impedirse el empleo de aquella, ni siquiera su disfrute; a menos de coartarse la facultad igual reconocida a los otros titulares. Dice el artículo 2684: "Todo condómino puede usar de la cosa común conforme al destino de ella, con tal que no la deteriore en su interés particular." Además de la limitación antes consignada que es de orden fundamental, deben agregarse las dos que el texto reconoce: el uso y goce ha de ser conforme al destino del objeto y están prohibidos los deterioros o modificaciones que redunden en provecho exclusivo para uno de los comuneros. Por consiguiente si un edificio es bastante como para que todos los coparticipes lo habiten simultáneamente; o bien las necesidades de los interesados los llevan a verificarlo en épocas distintas, proceden todos dentro de la órbita de sus respectivas facultades. No sería lo mismo cuando se diera la cosa en arrendamiento, porque en tal caso, quien de ellos la ocupe, deberá pagar el precio, sin más ventaja que la preferencia reconocida en iguales circunstancias frente a los terceros".<sup>(17)</sup>

El Código español es explícito en permitir el uso simultáneo, si bien recíprocamente limitado, de los condueños. Dice el artículo 394: "Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique al interés de la comunidad, ni impida a los coparticipes utilizarlas según su derecho". Por su parte, Planiol y Ripert nos explican que en el derecho francés se ha establecido que ninguno de los comuneros podrá efectuar válidamente, sin el concurso de los demás, actos de administración, ni especialmente, arrendamientos, sin que pueda presumirse la existencia de un poder

(16) HECTOR LAFAILLE. Ob. citada pág. 238.

(17) LAFAILLE. Ob. citada pág. 227.

de administración conferido de unos a otros porque este mandato tácito se basa en el "affectus societatis", no existente en el caso de la copropiedad, pero admiten que los tribunales "han dado por válidos los actos útiles realizados por uno de los comuneros basándose en la noción de gestión de negocios".<sup>(18)</sup> Pensamos que en ausencia de disposición expresa, esta tesis de la gestión de negocios es aplicable al derecho costarricense y que conforme a lo estatuido en el artículo 1300 de nuestro Código Civil, podría entenderse que entre nosotros sí se da un "affectus societatis" en los casos que nos ocupan; y que no habría inconveniente en aplicar la concepción del artículo 2684 del Código Civil argentino y del 394 español, mientras no haya oposición de los demás condueños.

Como ningún condómino está obligado a permanecer en comunidad con sus condueños por más de 5 años (art. 272 del Código Civil), puede pedir, si no hubiera convenio o condición impuesta al respecto, la cesación de la copropiedad. De no llegarse a un acuerdo, ésta procede mediante gestión judicial y en ella, si la cosa fuere divisible, se hará la repartición; de otro modo se saca a pública subasta y el precio se divide entre los condueños.

En el caso de que en el remate no hubiese postores, no sería factible aplicar las reglas del juicio ejecutivo y sacar nuevamente a remate el bien con una rebaja en la base, sino que el procedimiento sería el de pedir nuevo dictamen pericial. Así lo ha resuelto la Sala Primera Civil en resolución de las 10.10 del 12 de octubre de 1956.

Tampoco podrá ningún condueño variar el destino de la cosa por decisión propia. En cambio sería factible para un condueño, establecer acciones en defensa de la propiedad común sin que previamente haya necesidad de hacer la división del bien, como lo ha resuelto la Sala Civil en resolución de las 15.50 del 4 de mayo de 1956.

#### b) Relaciones de los cotitulares entre sí:

A cada uno de ellos incumbe participar en los gastos que sean necesarios para la conservación de la cosa, cotizando en pro-

(18) PLANIOL Y RIPERT. Ob. citada pág. 255.



porción al valor de su derecho, así como en el pago de impuestos pudiendo exonerarse de esas obligaciones mediante la renuncia de su derecho (art. 271).

Los actos ilícitos que alguno de ellos pudiere cometer contra otro o contra los demás, se regirían por las mismas normas aplicables a los extraños y estarían en obligación de indemnizar el daño causado. (arts. 324 y 1045 del Código Civil).

Entre sí, los condóminos actúan (art. 1300) a manera de gestores de negocios y por tanto sería posible para cualquiera de ellos interponer la acción de defensa posesoria sin precisar la actuación conjunta de todos los copropietarios. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, ha admitido que cualquiera de los condueños puede establecer la acción reivindicatoria en beneficio de todos; y la acción negatoria para evitar la constitución de servidumbres. También se ha permitido la acción reivindicatoria contra los propios copartícipes según sentencia de 19 de febrero de 1945.<sup>(19)</sup>

En los casos de arrendamiento del bien de que se trate, la acción debe ser conjunta según lo ha determinado la doctrina.<sup>(20)</sup> Con mayor razón será imprescindible la acción de todos para la enajenación voluntaria de la cosa o para la imposición de gravámenes sobre la misma. Pueden tomar la decisión de mantenerse en copropiedad por un lapso que no exceda de cinco años, y en este caso ninguno podría pedir la disolución de la misma antes de que haya transcurrido ese término (art. 272). El pacto de indivisión, según Planiol y Ripert podría ser prorrogado indefinidamente.<sup>(21)</sup>

La administración de la cosa común corresponde conjuntamente a todos los copropietarios, pero podría ser delegada en uno de ellos o en un extraño inclusive, en virtud de convenio, ya que en estos casos lo convenido al respecto llevaría la fuerza que le da el artículo 1022 del Código Civil.

(19) Apéndice del Diccionario de Derecho Privado de CASSO y CERVERA. Pág. 267. Editorial Labor S. A.

(20) PLANIOL Y RIPERT. Ob. citada pág. 254.

(21) Ob. citada pág. 257.

### c) Los derechos de cada condueño con relación a su cuota:

Una de las características del "condominio iuris romani", es la de que si bien la cosa objeto del derecho permanece indivisa, el derecho en sí mismo está dividido entre los copropietarios, a diferencia, como hemos visto del "condominium iuris germanici", en que tal división del derecho no se da.

Dividido como está el derecho entre los copropietarios, cada uno de ellos puede ejercer sobre él los atributos del dominio y en consecuencia cederlo, hipotecarlo, donarlo, etc. Ahora bien, nuestra ley señala, en los casos en que se va a pedir la venta de la cosa por ser indivisible en sí misma, que de previo se indague la posibilidad de que ella sea adjudicada a alguno de los condueños (art. 273), con lo que parece configurarse un derecho de preferencia a favor de los condueños en el caso de venta del bien objeto de la copropiedad; pero esta preferencia, no se da en los casos en que lo que se esté cediendo sea el derecho de un copropietario. En este supuesto, puede disponerse del derecho sin ningún requisito.

En otras legislaciones, como la española por ejemplo, en los casos de venta o cesión del derecho, los otros copropietarios pueden ejercitar el derecho de retracto (art. 1522 del Código Civil español).

\*  
\* \*

Para terminar sobre el tema que tratamos, conviene hacer una comparación entre la copropiedad y la sociedad —que viene a ser un tipo de comunidad de bienes—. Entre sus características comunes apuntaríamos las siguientes: (a) En ambos casos se da la comunidad de bienes, con ciertos intereses comunes. (b) La existencia de estos intereses comunes, que están más definidos en la sociedad, y apenas se perciben en la copropiedad, da lugar a una cierta forma de representación común; esta representación es explícita y clara en la sociedad y entendida a través de la figura de la gestión de negocios, en la copropiedad; (c) Hay una distribución de los beneficios y cargas provenientes de la comunidad, proporcionalmente al derecho que cada uno tiene en ella.

Como características diferentes entre la sociedad y la copropiedad, podemos anotar estas: 1) la existencia de una persona jurídica en la sociedad y la inexistencia de la misma en la copro-



piedad. 2) En cuanto al patrimonio se refiere, la sociedad tiene sus haberes configurados en el patrimonio único de la compañía; en la copropiedad el derecho de los condóminos es parte del patrimonio personal de cada uno. 3) La sociedad requiere la existencia de un órgano de representación: Junta Directiva, Asamblea de Socios, Gerente, etc; en la copropiedad, es la actuación individual de cada condueño la que priva, aún cuando, como hemos visto, se habla de cierta representación de los condueños entre sí. En todo caso, la actuación de los condueños no requiere la formalidad de una especial representación. 4) El derecho de los socios será un derecho de tipo personal; el de los copropietarios será un derecho real. 5) Usualmente, en la sociedad, los actos de disposición podrán realizarse con el parecer de una mayoría de socios, mientras que en la copropiedad será imprescindible la unanimidad de pareceres de los condóminos.

### La Medianería

La figura jurídica de la medianería está inserta en nuestro Código Civil en el título V, destinado a las "cargas o limitación de la propiedad impuestas por la ley". En otras legislaciones se contiene dentro del capítulo de las servidumbres; y aún hay autores que la tratan con las características de una verdadera copropiedad; Castán, hablándonos de este tema se expresa en los términos siguientes:

"Quizá la opinión más aceptada es la de De Diego, que dice que la medianería es un estado jurídico de la propiedad tan especial, que ni puede decirse que sea caso propio de condominio (pues hay en ella partes conocidas y susceptibles de material designación), ni tampoco de servidumbre (a no darle el carácter de una servidumbre mutua) y se inclina a considerar como una reglamentación especial con restricciones mutuas al dominio de los predios contiguos. Se trata, pues (y esta parece ser también la opinión de De Buen y la de Beltran de Heredia) de una limitación mutua al derecho de dominio que encaja dentro del marco de las llamadas relaciones de vecindad entre los predios. No hay inconveniente, sin embargo, en conceptuarla como una comunidad especial, al modo como lo hacen Pérez González y Alguer, que aceptan la construcción de Wolff para el cual la medianería es una "comunidad de utilización" que a su vez entraña una comunidad de derecho".<sup>(22)</sup>

(22) CASTAN TOBENAS. Ob. citada pág. 317.

La medianería no fue regulada por el Derecho Romano; quizás debido al hecho de que era usual dejar entre los predios un espacio separado —el iter limitare— aquella franja de terreno de cinco pies de ancho que quedaba sustraída a la esfera de la propiedad privada, después de la ceremonia religiosa de la "limitatio" que tenía lugar en el tipo de propiedad denominada "dominium ex iure quiritium", y en la que no estaban ajenas las creencias religiosas relacionadas con los dioses lares y penates que correspondían a cada familia.

La construcción de esta institución jurídica fue objeto de la elaboración posterior de los juristas, con la falta de claridad que hemos apuntado anteriormente en relación a su configuración. Una definición de la medianería nos dan Colin y Capitant, quienes dicen:

"Se llama medianería (o propiedad por mitad) la indivisión que existe en los cerramientos, tales como paredes, setos, y fosos que separan heredades contiguas".<sup>(23)</sup>

La utilidad de la medianería no puede ponerse en duda en los casos de predios urbanos, pues permite compartir los gastos que demande la pared divisoria y compartir también el terreno con el consiguiente beneficio para ambos propietarios de los predios contiguos; los copropietarios quedarán obligados a no realizar acto alguno que pueda perjudicar los derechos del otro. Como en nuestro derecho todo propietario puede ser obligado a construir pared divisoria (art. 302 del Código Civil), la medianería resulta impuesta por la ley en la mayoría de los casos, y sólo podría eludirse esa obligación cediendo la mitad del terreno en que haya de levantarse la pared y haciendo renuncia a la medianería (art. 305 del Código Civil).

De conformidad con la ley, la pared divisoria, las cercas, zanjas, patios, jardines o acequias que dividan dos fundos, se presumen medianeras si no hay título o señal que demuestren lo contrario (art. 386). Y como signos contrarios a la medianería el Código nos enumera los casos contenidos en el artículo 387.

Interesante es la disposición contenida en el derecho catalán, según ley de 21 de julio de 1960. El artículo 285 de la Com-

(23) COLIN Y CAPITANT. Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo II, Vol. II, pág. 632. Editorial Reus.



pilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, faculta al propietario que se proponga construir para tomar la mitad del terreno del vecino para edificar la pared medianera en forma directa y sin intervención del vecino. Dice así el artículo referido:

"Art. 285: Todo propietario que se proponga edificar en su predio podrá construir una pared de obra del grueso correspondiente, mitad en solar propio y mitad ocupando el del vecino. Su uso será común a ambos en los términos previstos en el párrafo 1 del artículo 287 y cada propietario podrá cargar en ella hasta la mitad de su espesor.

En caso de que el propietario no se proponga elevar una pared de obra de las circunstancias indicadas y use materiales que dificulten gravemente la posible carga del edificio del vecino, deberá elevar la pared en suelo propio y ésta no tendrá el carácter de medianera".

El citado párrafo 1 del artículo 287 dispone:

"No se podrá cargar en pared medianera que el vecino haya edificado sin haber pagado la mitad de su costo o sin convenio con dicho vecino. El que haya construido pared medianera podrá ser compelido a recibir de su vecino la mitad del costo de la pared en la porción correspondiente...".<sup>(24)</sup>

Cabe preguntarse si la enumeración de signos contrarios a la medianería indicados en el Código Civil es exhaustiva o si por el contrario sería posible tomar en cuenta otros casos. COLIN y CAPITANT, comentando el Código Civil francés, llegan a la conclusión de que la enumeración no es limitativa; justifican su punto de vista con este razonamiento:

"La enumeración de los signos contrarios a la medianería, es limitativa? No lo creemos. La misma redacción del artículo 666 nos dicta esta opinión. En efecto, ese texto, en su párrafo 1 establece que todo cerramiento se presume medianero "si no existe... signo contrario". Más adelante añade: "respecto de las zanjas hay signo contrario, etc..." "Este giro de la frase es exclusivamente demostrativo. Prueba implícitamente, sobre todo cuando se trata de cerramientos que no están enumerados en la ley, como los setos, estacadas, etc. que pueden existir presunciones de propiedad privativa, no señaladas expresamente por el texto y que corresponderá apreciar al juez. Por ejemplo supongamos

dos heredades contiguas cerradas respectivamente con seto vivo de diferente especie. Si el seto que las separa está formado por plantas de una sola de las dos especies. ¿No es este un signo contrario a la medianería? La jurisprudencia parece inclinarse en el mismo sentido que nosotros: concede a los jueces facultad soberana de apreciación respecto del valor de las presunciones y contra-presunciones, en atención a las circunstancias del caso".<sup>(25)</sup>

Para no extendernos sobre el tema, alargando tal vez innecesariamente esta exposición, omitimos la referencia a otros aspectos más conocidos de esta institución y la finalizamos en este punto.



(24) Apéndice del Diccionario de Derecho Privado de CASSO y CERVERA. Pág. 646.

(25) COLIN y CAPITANT. Ob. citada págs. 635-637.



**DISCURSO ACADÉMICO PRONUNCIADO POR  
EL LICENCIADO JORGE ENRIQUE GUIER, EL  
1° DE MARZO DE 1971 CON MOTIVO DE  
LA APERTURA DE CLASES EN LA FACULTAD  
DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**



El estudio y aprendizaje del derecho —como es de todos sabido—, funde en sus entrañas una trilogía de situaciones indisolubles, que si en sus proporciones tripartitas se desbalancearan, resultaría un perjuicio para la formación del abogado.

La primera de ellas —pero no en importancia porque todas la tienen igual— es puramente el conocimiento de la doctrina jurídica, el estudio de la ley y la labor continua de la jurisprudencia; la segunda es la práctica ante estrados de esas enseñanzas, o sea el trabajo del abogado en la aplicación al caso concreto y en debate de sus conocimientos teóricos. Finalmente, la labor de investigación, el conocimiento de la ley en sus propias fuentes, las circunstancias que le dieron origen, las interpretaciones que ha sufrido por los tribunales en diversas épocas, el ambiente histórico en que apareció, sería el tercer punto de la trilogía, y de este punto hacia adelante podría llegarse hasta la contestación de la pregunta fundamental de por qué se dio tal ley o norma jurídica en tal situación histórica particular.

Si el estudio de la ley, de la doctrina jurídica y de la jurisprudencia toma un ámbito exagerado, como producto tendremos al letrado dogmático, fundamentalmente doctrinal, desapegado a la práctica de su profesión y del ambiente histórico en que el derecho apareció. Es aquel abogado que tiene como idea directriz de su pensamiento —errónea en su totalidad— que el derecho es un producto ahistórico, un combinado intelectual nacido en la probeta de un estudio, como la elucubración del genio jurídico; si acaso sucediera que el descomedimiento en la enseñanza del derecho se fuera por el lado de la práctica, con abandono de la doctrina y la jurisprudencia, poniendo solamente los ojos en esa desnuda práctica del derecho, tomando en cuenta lo que dice la ley y nada más allá de ella, caeremos, si es con suerte, en que se nos llame como a aquellos tratadistas de mediados del siglo pasado en España, los todavía fructíferos “prácticos”, pero si no tenemos genio para tal cosa, lo cual es lugar común, vendremos a caer en pecado bastante grave, o sea, el que se nos considere simplemente “codigueros”. Pero también el pecado de exceso puede darse en cuanto



a la tercera condición de la enseñanza del derecho: la investigación. Esta es tarea tan apasionante que puede desviarnos, si enfocamos el problema desde la pura profesión de abogado litigante o tratadista, hacia los planos de la historia, y todavía podríamos llegar mucho más allá si quisiéramos hacernos preguntas hondas en cuanto al por qué y la razón de ser del derecho, desembocaríamos, sin mayor problema, en el sendero de la filosofía del derecho o de la filosofía de la historia.

El justo balance de las tres situaciones crea el jurista, pero hoy, permítaseme enfocar únicamente la última de ellas: ámbito de la investigación en la enseñanza del derecho, referida a la historia del derecho costarricense.

La vida del abogado no se desarrolla siempre dentro de la investigación tranquila, sosegada, científica del erudito o del historiador, sino la combativa para planear una batalla, batalla al fin y al cabo, aunque ésta se desarrolle con tinta y papel sellado. ¿Qué otra cosa no hacemos, sino investigar, cuando buscamos un artículo en algún código o en una ley para encontrar solución al caso que tenemos entre manos? Al indagar qué opiniones emitieron los diputados a la Asamblea Legislativa cuando consideraban un proyecto de ley, para tratar de elucidar sus alcances, hacemos también investigación. Investigación hacemos también cuando leemos sentencias de casación —nuestra jurisprudencia fundamental—, para saber qué cosa han entendido los tribunales acerca de una determinada norma jurídica.

Todas estas son formas de hacer derecho y muchas más que se podrían enumerar, son investigación, pero hoy hablaremos de la investigación del derecho desde el plano puramente de su historia. Al fin y al cabo, a quien padece de achaques históricos, y por una serie de situaciones personales vino a desembocar en ser abogado, es justo que se le permita armonizar su tendencia subjetiva con su profesión objetiva, o sea, concluir como síntesis, en la investigación de la historia del derecho.

Al hacer investigación histórica encontraremos clara la tensión entre el presente y el futuro entablada en relación con el pasado. La verdadera causa, entonces, es algo más profundo y ha de buscarse en la naturaleza del hombre y del universo. Trátase de algo que, según me parece, fue reconocido por Heráclito cuando escribió:

“La contienda es la justicia”, lo cual creo que significa que toda vida y toda creación, si ha de persistir, debe avanzar sin detenerse hacia el cambio, es decir, que en cierto sentido, el futuro siempre estará en guerra con el presente y con el pasado. Por otra parte, algo del pasado ha de conservarse y perdurar de algún modo aún en el cambio. De otro modo, la existencia sería una serie de sucesos discontinuos que no guardan relación entre sí, y a los que no cabría percibir ni comprender, porque no debemos olvidar, ni por un momento, que nuestra historia es la historia de nuestra alma, y la historia del alma humana es la historia del mundo.

Primero que todo hay que hacerse a la idea de que toda labor de investigación histórica es un trabajo lento. Es el trabajo paciente de recolección de datos, que nos conduce a una gran tarea y a una fabulosa meta: la reconstrucción en el presente de los hechos de los tiempos pasados. Siempre dejamos en el atrás, en lo pasado, partes de nuestra vida y partes de la vida de los otros. Esas partes de vida perdidas en el pretérito del ayer se entremezclan, se confunden unas con las otras, y eso viene a ser, en primer término, nuestra historia y la historia de los demás, o sea, la historia de todos nosotros. Todo lo bueno, lo malo y las esperanzas de cada uno de nosotros se encuentra en la historia, y dentro de la historia es en el derecho donde más claro oímos y detectamos las aspiraciones de la humanidad, del hombre de carne y hueso, que pretenden hacerse o se han hecho en algunos casos una realidad. De allí que la investigación de la historia del derecho nos dé un doble cuadro apasionante: por un lado, lo que fue en verdad, o sea la historia, y por otro, la mayoría de las veces, lo que el hombre ha querido que sea, que se nota en sus legislaciones.

Toda obra de investigación, en síntesis, puede dividirse en dos grandes sectores que se compaginan: primero, la investigación de los hechos; y, segundo, la interpretación de los mismos. Casi que podría decirse que ambas se confunden en algunos casos, pero eso depende de capacidad y preparación del investigador.

Tomemos el primer punto, la investigación de los hechos históricos, y dentro de ellos, los que ahora nos interesan fundamentalmente, la investigación de los hechos histórico-jurídicos y, sobre todo, ya no tanto la investigación, sino el descubrimiento de la historia de nuestro propio derecho costarricense.



Para muestra un botón: del Código Napoleón se conoce hasta sus más íntimos detalles, hasta situaciones personales del emperador que se reflejaron en la redacción de un determinado artículo de ese Código; en cambio, de nuestro Código Civil, el emitido en 1888, o lo que resta de él, luego que se le han dado algunos mandoblos casi a mansalva sacándole inmensos trozos, no sabemos casi nada, o mejor dicho, de las reuniones de su comisión codificadora, no se conoce absolutamente nada.

Sin embargo, esta situación, en lugar de ser negativa, debe convertirse para nosotros en aliciente, en esperanza, como quien ante la fragosidad de una selva tropical impenetrable, se parara a contemplarla desde la llanura de suave césped que la circunda, y no se decidiera, machete en mano, a adentrarse en esa selva, teniendo la fe segura de que en su interior, difícil de alcanzar, se encontrará el premio al trabajo y los desvelos, como un rico tesoro.

La investigación de nuestra historia jurídica es una tarea bien difícil, muy complicada y llena de peligros. Podríamos ver una primera comprobación: lo escaso de la bibliografía costarricense en la materia y lo mediocre de sus resultados. Lo primero se explica pues la vocación histórica rara vez ha sido acompañada de la aptitud jurídica en nuestro medio. Y de ambas necesita —sin contar otras cosas— el historiador del derecho para realizar obra valedera. Es probable que, como afirmaba el historiador argentino Bunge, “cualquier historiógrafo puede hacer historia externa del derecho”; pero es indudable que la historia interna, la de sus instituciones, exige los conocimientos especializados de un jurista.

Aquí haría resaltar otra de mis preocupaciones: las doctrinas y los métodos de acuerdo con los cuales se estudia la historia del derecho en Europa, no sirven para explicar nuestra propia evolución jurídica. El fenómeno jurídico latinoamericano tiene caracteres propios. Bastaría, al respecto, indicar la individualidad del Código General de Carrillo dentro del panorama legislativo europeo.

En los autores costarricenses y aun centroamericanos, se trata siempre, repito, de la historia externa del derecho, es decir, de la historia de las fuentes del derecho y aún ésta misma, limitada a las fuentes legislativas, lo que importa excluir del panorama las más características manifestaciones del fenómeno jurídico. Para

comprender la secundaria utilidad de esa investigación, bastará recordar que el “desprecio de la ley” ha sido uno de los primeros hechos sociales que ha sido aislado por los sociólogos iberoamericanos. Existe indudablemente, y se pronuncia más conforme nos alejamos del presente hacia atrás, un divorcio de la realidad con la ley, sobre todo si nos referimos al campo constitucional. Este rasgo parece ser general a toda la América española. Viene, además, de muy antiguo; en los primeros años de la conquista, Benalcázar, acuñó en una frase que hizo camino, la realidad social de América: la ley se acata pero no se cumple.

No podemos hablar entonces, de acuerdo con estas ideas ahora expuestas, del derecho indiano, con fundamento único en las reales cédulas o en las provisiones reales españolas. “Las ideas que contiene, los fines que persigue, son datos puramente intelectuales, exposición de planes de gobierno que ayudan para reconstruir la psicología de España; pero de ninguna manera expresiones de vida americana”.

Por otra parte, según ya lo insinué, la historia del derecho es algo más que la historia de la legislación, aunque entre nosotros se las confunda con frecuencia. Abarca no sólo el hecho legislativo y el hecho político o económico que lo influyen y condicionan, sino también las ideas, los sentimientos, los intereses, el pensamiento jurídico, etc., del grupo social. Concebido así su estudio, el conocimiento exacto de la evolución jurídica iluminará muchos aspectos de nuestra historia general, hasta ahora desconocidos o apreciados contradictoriamente, y cuya clave debe darnos las investigaciones de nuestra historia jurídica.

Esa investigación excede en el estadio actual de los estudios a la capacidad de trabajo de un sola persona. Hay una vasta tarea preliminar que sólo puede ser cumplida en forma colectiva. Este trabajo se ha realizado muy parcialmente y con una serie inmensa de lagunas, en los seminarios de investigación histórica-jurídica que ha ofrecido desde hace unos cinco o seis años esta Facultad, pero la labor la debería concluir un futuro “Instituto de Historia del Derecho Costarricense”, adscrito a esta Facultad. De otra manera, la labor sería lenta e insegura. Porque, para ocuparse de historia del derecho, lo vuelvo a repetir, lo primero que se necesita es saber derecho. Este proloquio, que de puro ortodoxo parece perogrullesco, ha encontrado entre nosotros algunos disidentes.



Me parece oportuno, además, recordar una distinción elemental: el "conocer histórico" y la "construcción histórica" son operaciones distintas, que requieren aptitudes diferentes. No se necesita mucha perspicacia para comprender que, en el estado actual de nuestros conocimientos sobre nuestra historia jurídica, las tareas que atañen al primero de esos procesos (es decir, el de búsqueda, análisis y clasificación del material histórico) son las más urgentes y las únicas que un hipotético "Instituto de Historia del Derecho Costarricense" podría realizar ahora con alguna eficacia.

La labor que debería emprenderse, con carácter de urgencia, tendría que abandonar toda investigación en cuanto al derecho español, porque en España hay excelentes trabajos sobre la materia; tampoco podría ser materia de esa investigación el derecho indígena, porque no tendría ninguna importancia práctica, lo justifica sólo la curiosidad propia del historiador, amante de nuestra América precolombina. Mucho más interesante, pues, que plagiar de textos españoles la "evolución del derecho castellano leonés", por ejemplo, o que narrar la historia complicada del derecho indígena, es fijar las normas jurídicas (escritas o no), dentro de las cuales se desenvolvió la actividad social de los grupos hispanoamericanos en la tierra recién conquistada; sin olvidar, en ningún momento, el ya señalado divorcio entre la realidad y la ley.

Si el derecho indígena no se aplicó en la colonia —salvo dos o tres rarísimos casos— y si la ley española no se cumplía, parece lógico deducir que la Colonia —pues que prosperó—, tuvo normas propias, creadas por las necesidades del lugar y del momento; es decir, que América vivió, en buena parte, bajo un régimen de derecho consuetudinario. Nuestros historiadores parecen ignorarlo. Han aprendido que en "ninguna parte de la sociedad se atuvo menos a la ley que en la América de la conquista"; pero no se les ha ocurrido investigar cuáles fueron las leyes vigentes en la Colonia, ya que sin ellas no hubiera podido subsistir y organizarse. ¿Será necesario encarecer el interés de esa pesquisa para la historia general de Costa Rica?

En lo que atañe a nuestro país —y en un sector determinado: el de los testamentos—, he hecho la investigación pertinente y los resultados confirman aquella inducción. Escogí los testamentos porque como alguien decía en todos ellos transparece el alma de las sociedades incipientes y de las familias mal unidas; el

alma fiera y devota, altanera y sumisa a un tiempo, del guerrero y del pecador, que cree en Dios y sus penas, en vísperas de sufrirlas. La actividad social se rigió en este punto de los testamentos por normas puramente empíricas, que concluyeron por formar una verdadera costumbre, con figuras propias, cuya historia puede servir de ejemplo para mostrar cómo nace, se desarrolla y se afirma en América, una institución de derecho consuetudinario.

Dando pues por conocida la evolución legislativa del derecho español e indiano y abandonada por "impráctica" la curiosidad sana y plausible por el derecho indígena, las investigaciones han de tender a fijar la vida de aquellos derechos en la realidad social de la colonia y en los primeros tiempos de vida independiente, por lo menos, y para encontrar una fecha convencional, hasta 1900. Para lograr esto, hay que empezar por la labor humilde y engorrosa, pero proficua, de levantar inventarios de los archivos judiciales desparramados por el país, como base de los catálogos críticos que podrían hacerse en el futuro. Allí está toda la vida del derecho, el derecho en función: los pleitos privados, los procesos criminales, los contratos, los testamentos, etc. Todos esos documentos contienen datos esenciales para nuestro asunto, como que se refieren a la historia económica, a la historia legislativa, a la historia de las creencias y los sentimientos, a la misma historia política, sin cuyo conocimiento cabal, es casi imposible apreciar en su verdadera significación el fenómeno jurídico.

Permanecen aún inéditas en su mayor parte, en casi todo el país, las actas de los Cabildos y los registros oficiales de las municipalidades independentistas, sin cuyo conocimiento exacto cualquier inducción que se haga sobre cuestiones de historia jurídica será necesariamente provisional, sobre todo si se refiere a esa época de la independencia. La preparación del material debería ser hecha con criterio científico: he ahí un tarea específica que se le podría confiar a ese futuro "Instituto de Historia del Derecho Costarricense". Si se le indicara exactamente y con propiedad al legislador, o a la Universidad, sobre la significación e importancia de esos documentos, no se escatimarían sin duda los fondos para llevar a cabo la obra. ¡Se despilfarran tantos en cosas inútiles!...

Otra labor primordial que debería emprenderse, en su doble acepción de "primera" y de "fundamental", debería consistir en la formación de repertorios retrospectivos de jurisprudencia en todo



el país, desde principios del siglo XVII, por lo menos. Esta tarea suministraría algunos datos esenciales para especulaciones ulteriores. Por ejemplo, cómo funcionaba el derecho español en la realidad social de la colonia, variaciones impuestas al mismo por las peculiaridades geográficas, económicas o políticas de las distintas porciones del territorio centroamericano; en qué sentido y en qué medida gravita sobre la vida del derecho privado el movimiento de la independencia; el derecho privado en la época de la formación de la república; la transformación posterior de ese derecho hasta la sanción de los códigos; la forma en que influyó la jurisprudencia patria de 1841 a 1888 en la transformación radical del Código General de Carrillo, etc.

Transponiendo un prólogo corriente en la literatura francesa jurídica, podríamos decir que trazar fielmente la obra de la jurisprudencia durante todo el período indicado, sería escribir casi toda la historia del derecho costarricense. Porque tal como sucede en algunos períodos del derecho europeo, el motivo fundamental de nuestra historia jurídica, hasta la sucesiva sanción de los diferentes códigos, es la lucha entre los libros y la vida. Cuando el derecho positivo no traduce el espíritu de la realidad social, no tiene vigencia efectiva. Frente a esa *Lex data*, el pueblo, por la voz de sus magistrados, va creando su propio derecho. Aunque, "la ley define las palabras, es la vida la que las interpreta". Tenemos cerca de nosotros la comprobación de esta afirmación: las interpretaciones radicalmente distintas, dadas a los mismos textos de los códigos, por los diversos tribunales del país.

Paralelamente a esa exploración a fondo de los archivos judiciales y del Archivo Nacional —y como consecuencia de la misma—, irían surgiendo las figuras de algunos juristas que actuaron en el período colonial o en la era independiente. La publicación de los escritos más interesantes de cada uno de ellos, arrojaría plena luz sobre la historia de las ideas jurídicas en Costa Rica y se perfilarían personalidades muy interesantes en el campo jurídico, y de cuya actuación no podría prescindir en el futuro el historiador del derecho costarricense.

Toda la labor de investigación legislativa, inicialmente, en algunos aspectos, en el ámbito colonial e independentista hasta 1900, es decir, la menos complicada, casi que se ha concluido en

los seminarios de Historia del Derecho, que con la dedicación de los estudiantes que se han matriculado en ellos, y confiando plenamente en la buena fe del novel investigador. En cuanto a la historia de algunas instituciones definidas, como la del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial y del Congreso o Asamblea Legislativa, se ha completado por la investigación de estudiantes que han querido presentar sus tesis de incorporación sobre tales temas. También una completa institución colonial, la del gobernador en Costa Rica, se estudió en forma semejante. Pero todavía, a pesar de esas obras y de la labor de los seminarios y de la mía propia, puede decirse sin temor a equivocarse, que la historia del derecho costarricense es todavía una tarea por comenzar.

Con esta obra —repito— se lograría enfocar la creación del derecho costarricense, como un producto social emanado de su particular momento histórico y llenando una necesidad de su propio momento. La historia del derecho entonces se concebiría como una continuidad, en la cual no pueden hacerse cortes arbitrarios, salvo los indispensables metodológicos, y dentro de esa continuidad se encontraría ubicado el derecho, formando parte de la totalidad histórica, junto con una serie inmensa de situaciones. Enfocada la historia del derecho costarricense desde este punto, ganaría en profundidad, porque dotaría al derecho actual de perspectiva histórica, colocándolo en las circunstancias históricas que le dieron origen. Esto nos haría conocer la evolución del derecho costarricense como esa continuidad que corre parejas con la misma historia. Tal estudio también implicaría el enraizamiento de las diferentes corrientes y doctrinas del pensamiento jurídico universal, en la evolución institucional costarricense, con lo cual se comprenderían muy bien los problemas actuales que implica la traslación automática de instituciones jurídicas disímiles a la realidad costarricense, lo mismo que los aciertos cuando instituciones jurídicas, producto de parecida realidad histórica, se adaptan a nuestra propia realidad social.

Tal enfoque del estudio de la historia del derecho costarricense, como una consecuencia de la evolución social del país y como consecuencia del análisis de lo general y específico de nuestra realidad histórico-jurídica, en relación con el pensamiento jurídico universal, conllevaría un conocimiento profundo de nuestro propio derecho, en la forma académica y humanista más altamente recomendable, aunque muchas veces parezca que se quiere hacer del



abogado, una simple máquina sin emociones, capaz únicamente de buscar y aplicar automáticamente y sin vida artículos en colecciones de leyes.

Y llegado a este punto de mi intervención de hoy, no es algo que sobre, y permítaseme la disgresión pasajera, referirme aunque sea muy ligeramente a la experiencia humanista. Esta experiencia consiste en sentir, que nada humano es ajeno a uno, que "yo soy tú", que un ser humano puede comprender a otro ser humano porque los dos participan de los mismos elementos de la existencia humana. Esta experiencia humanista sólo es plenamente posible si ampliamos nuestra esfera de conocimiento. Nuestro conocimiento se limita habitualmente a lo que nos permite conocer la sociedad a la cual pertenecemos. Las experiencias humanas que no se encajan en ese marco, son reprimidas. De ahí que nuestra conciencia represente principalmente a la sociedad y a nuestra cultura, mientras que nuestro inconsciente representa al hombre universal que hay en cada uno de nosotros. (Fromm, "El corazón del hombre", pág. 107).

Pues bien, volviendo a lo que ahora nos interesa más, si se necesita ser abogado lo cual implica teóricamente al menos, la idea de que se sabe derecho, para la investigación de la historia del derecho, esta exigencia conlleva un doble filo, porque el abogado no está hecho para ser imparcial, sino todo lo contrario, aunque esto no implica que el abogado falsee esa verdad. La verdad se alcanza más fácilmente desde dos partes, y esa es en el fondo la verdad y sustento cabal del proceso judicial, porque la parcialidad de un abogado es el impulso que engendra el contraimpulso del adversario, como decía Calamandrei, el empuje que excita la reacción del contrario, y que, a través de una serie de oscilaciones casi pendulares, de un extremo al otro, permite al juez hallar lo justo en el punto de equilibrio.

Sin embargo, a pesar de estas dificultades de formación profesional, entre el abogado y el historiador se dan inmensas coincidencias, ambos actúan sobre la realidad en parecida manera, ambos recogen hechos según el criterio de selección que se ha pre-establecido y prescinden ambos de aquellos que, a la luz de tal criterio, les parecen desprovistos de interés. También el abogado, como el historiador, traicionarían su oficio si alterasen la verdad relatando hechos inventados; no la traiciona, en cambio, mientras

se limita a recoger y a coordinar, de la cruda realidad, sólo aquellos aspectos que favorecen su tesis, como lo afirma Piero Calamandrei.

Francesco Carnelutti, otro de los grandes juristas italianos contemporáneos, dice algo que siempre he juzgado de valor impeccedero, cuando oigo a algunos decir que la historia o la investigación histórica del derecho es cuestión baladí, propia para elucubraciones universitarias o placeres de viejo solitario. Carnelutti dice que el hecho de que en sus obras "particularmente en las más amplias y recientes, las observaciones estén limitadas al derecho italiano vigente, puede haber inducido a más de uno a pensar que yo estimo inútil el estudio del Derecho antiguo y del Derecho extranjero. Esto sería una falsificación de mi pensamiento... sepan los jóvenes, que si yo hubiese tenido medios para nutrir mis libros con los jugos de una larga cultura histórica y comparativa, los habría juzgado menos imperfectos de lo que son" (Metodología del Derecho, Uteha, 1940, págs. 36-37). Hasta aquí la cita de Carnelutti.

Para terminar, y cuando hagamos o escribamos historia, sobre todo si es historia del derecho, aunque sea la nuestra pequeña, debemos meditar sobre aquello que nos relata Juan, en el Cuarto Evangelio (VIII - 6, 9) cuando los escribas y fariseos llevaron a la mujer adúltera ante Jesús, El, doblegándose hacia la tierra, escribió algo en el polvo con el dedo, sin pluma ni tinta, y después les dijo que el que se sintiese sin culpa lanzara la primera piedra, y los acusadores se fueron en silencio. ¿Qué escribió el Maestro? ¿Lo leyeron los escribas?

El historiador, por su parte, anda por los campos y las ciudades, por el espacio y el tiempo, tratando de leer, para escribirlo y comentarlo, lo que el invisible dedo desnudo de Dios ha escrito en el polvo del camino que se lleva el viento. Lo que escribe Dios en la tierra es el milagro de la historia, que el historiador llega a narrar y a comentar como el pensamiento de Dios.



## TOMÁS MORO

JORGE ENRIQUE GUIER

Catedrático de Historia del Derecho

A la memoria siempre viva de mi padre.

Parece ser que son los grises apacibles y los colores esfumados y armónicos, como en los cuadros del Támesis de Turner, los que distinguen a Inglaterra, más que los contrastes violentos de tono o las construcciones pictóricas exaltadas de El Greco. Pareciera también que la flema inglesa se prestara más a las recogidas reuniones familiares, alrededor de un buen fuego hogareño, al comentario de textos bíblicos o autores predilectos, que a las grandes definiciones heroicas que pueden conmover hasta el fondo del alma, y poner la vida de cada uno, en esos bordes, que la contestación a la tal pregunta hacen que aquélla tome el aspecto de encrucijada: de un lado la vida —pero obnubilada y destruida en la negación de la conciencia— y del otro la muerte —como suprema consagración eterna del modo de esa conciencia viva—.

Inglaterra, desde los inicios del siglo XIII, empezó a definirse, muchas veces en paz, muchas en guerra —pero siempre aislada e insular— derramando sangre culpable y ensuciándose con sangre inocente, en los grandes temas de la vida humana, como la convivencia con los otros y la potestad de todos los individuos para configurar el sistema que los había de regir en común. Trabajosamente, fueron delimitando las atribuciones de los individuos, sus medios de garantizar su propia vida ante el Estado de tendencias omnímodas, y la formación de ese Estado en su propia función. La labor inglesa alcanzó su esplendor en 1688, con la llamada Revolución Gloriosa, que configuró la intervención del individuo en los negocios públicos y sirvió de ejemplo para todos los pueblos del mundo. No sólo definió Inglaterra de manera inequívoca esas altas cuestiones de gobierno entre los hombres, sino que también preguntas íntimas del propio hombre ante el sistema jurídico imperante.



Parece que casi siempre la vida de los hombres no se define por la contestación a grandes y trascendentales preguntas, sino que más bien es un continuo hacer de pequeños pedazos sin importancia, cumplir fielmente un cúmulo de obligaciones, tal vez bajo el criterio de que en la vida sólo se encuentra o lo blanco o lo negro, sin posibilidades de matices. Al menos eso nos parecía. Pero resulta que es todo lo contrario, puede que un día nos enfrentemos ante una situación desesperada —para otros puede parecer baladí y sin importancia, o cómica o simplemente un juego de posibilidades—, que coloca a toda nuestra actividad en entredicho, de un lado lo que consideramos el deber, el derecho, lo moral, pero que conduce a un cierto, seguro y evidente sacrificio, y del otro, el incumplimiento del deber, lo antijurídico, y si se quiere brutalmente calificado, lo inmoral, pero que esto nos da, aunque sea una cruel paradoja en forma de mueca angustiosa, seguridad y fortaleza, alegría de vivir y, finalmente, en muchos sentidos, puede dar una definición amplia a nuestra existencia, y nos hace en su contrario sentido, encontrar la explicación de nosotros mismos. Sin embargo, en el incumplimiento del deber, en la negación del derecho, en la obstrucción de lo moral, aunque represente mucho y se encuentre todo lo que buscábamos, falta un elemento esencial: se hiere en lo íntimo, con una herida que no admite cauterizarse, nuestra propia anterior definición, nuestras antiguas ideas encarnadas, lo que fuimos y todavía somos. El conflicto, en muchos casos, lleva a una meta final, a aquél lugar que se transforma en un punto sin retorno, en una posibilidad exigida y que debe cumplirse: la vida, llena de problemas, o la muerte, que nos acercaría a Dios.

Inglaterra, a fines del siglo XV y principios del XVI, vivía una época de transición, que si se compara con el continente europeo, indiscutiblemente presentó un fenómeno que ya había sido resuelto en la Europa peninsular. El tránsito de la Edad Media al Renacimiento en el continente no vio la característica de salto grave que tuvo en Inglaterra. Los problemas que implicaba ese renacimiento inglés, se mostraron en forma más virulenta que en Francia, por ejemplo. El proceso de consolidación de una monarquía absoluta en el continente gastó más tiempo y no se logró a plenitud debido al movimiento constitucionalista —al que luego nos referiremos—, y, finalmente, el proceso de reforma de la Iglesia fue más despacioso. En cambio, en la Isla fue más grave.

Es indiscutible que en los países del Norte, el Renacimiento despuntó mucho más tarde que en Italia y sobre todo, con matices diferentes que lo asociaron, casi desde el principio, con el movimiento religioso de la Reforma. Sin embargo, puede vislumbrarse un período muy pequeño, casi cronológicamente insignificante, al comienzo del siglo XVI, en que el nuevo conocimiento, o sea la mera actitud ante la vida y la nueva definición del hombre, eran divulgadas por Francia, Inglaterra y Alemania, sin haberse contaminado con ninguna discusión teológica. En muchos aspectos —casi en todos— este renacimiento en el Norte fue bien diferente de su modelo italiano.

El amor apasionado por cuadros y estatuas y la sensualidad desbordada de los italianos renacentistas no tienen paragón en la austera Inglaterra. No se oían sermones en las iglesias que defendieran las virtudes cristianas con citas de Séneca o de Horacio, y el carácter humanista o demasiado humano de los Papas italianos molestaba —más bien que halagaba—, a los ingleses que llegaban a Italia, quienes gustaron más de escuchar a Savonarola o Marsilio Ficino. Lo explosivo sensual del Renacimiento italiano atraerá a ingleses rebeldes y a artistas, dará ideas a Chaucer, pero nunca complació de manera efectiva al inglés medio. El Renacimiento inglés ni fue anárquico ni amoral, todo lo contrario, se asoció desde su inicio con la piedad y con la práctica pública y consciente de las virtudes: dirigió sus esfuerzos a aplicar todas las normas de las escuelas a la Biblia, para así lograr una versión más cierta y fidedigna de la Vulgata. Este Renacimiento fue menos brillante que su contrapartida italiana, porque no conoció a genios como Leonardo, Miguel Ángel o Pico de la Mirandola, pero tuvo una virtud de validez que tal vez no fue tan explícita en Italia: hizo a un lado el juego pirotécnico del ingenio personal —del cual el Aretino puede ser un ejemplo—, o de la sabiduría propia y egoísta hasta cierto punto —como Leonardo—, por una ansiedad franca y decidida de derramar el conocimiento tan ampliamente como fuera posible, para que cobijara a todas las capas sociales.

Por otro lado, en el campo religioso, el inglés se colocó tan largo de la sensualidad italiana como lo hizo de la violencia teológica alemana. El genio tan cerca de la rudeza y la brutalidad —ignorante de matices—, como lo era el de Lutero, contrarió y molestó a los tranquilos eruditos de Oxford, y al principio sólo



atrajo débilmente —es cierto—, a la gente joven y “revolucionaria” de Cambridge y a los “pobres sacerdotes” lolardos, desviados en mucho —según consideración de la época—, de las verdaderas y ciertas sendas de la religión.

Se podría muy bien sostener que los primeros movimientos de la reforma inglesa —que despuntaron en Oxford—, se dirigían a corregir errores en el seno de la Iglesia Católica, pero sin siquiera pasarles por la mente que un cristiano pudiera vivir —y mucho menos abandonar—, esa Iglesia que era considerada la verdadera y única senda de salvación. La religión en Inglaterra, antes de la Reforma iniciada en 1530, era una de las que se vivía con más intensidad y más convicción en esa época en Europa. Podría decirse que sería excepcional el marinero quien antes de partir a un viaje no se despediera ante la Virgen de Walshingam. Los cuatro millones de ingleses de esta época se dedicaron a venerar reliquias y acrecentar con sus ofrendas los inmensos tesoros de los santuarios, templos y monasterios. Sin embargo, la ola de reacción en contra del clero era similar a la que andaba en boga por los correderos del continente. Libelos acusándolos de deshonestidad, malicia y falta de fe eran corrientes. Uno dirigido en forma de súplica al monarca se hizo popular en su época: “¿Quién podrá contar el número de esta gente vana y ruinosa, que eludiendo la ley del trabajo, ha sabido mendigar de una manera tan eficaz, que ha llegado a apropiarse más del tercio de nuestro reino?”.

En Inglaterra menudeaban los curas y los monjes. Según cómputos de la época había diez mil de éstos y cinco mil de aquéllos, todos ignorantes como el bajo clero medioeval. De los ochocientos abades nombrados por el monarca, que habitaban y regían los ochocientos monasterios ingleses, ochocientas congregaciones se engullían y tragaban las rentas reales. De los veintiún obispos ingleses, sólo cuatro verdaderamente habitaban en sus jurisdicciones. Y aquella súplica concluía con esta petición: “que se los despoje de sus riquezas, que se los ponga a trabajar y que se los case, para que dejen en paz a la mujer del prójimo”.

Mucha de toda la fortuna de los monasterios iba a parar a las arcas de San Pedro, a través de diezmos, anatas y los gastos de apelación de los casos judiciales ante los estables tribunales judiciales de la Santa Sede, basada la jerarquía pontificia en que

unos tres siglos antes, en virtud de la revocatoria de una excomunión al rey Juan sin Tierra, éste se había declarado vasallo de Inocencio III, y de allí continuaba ininterrumpido el vasallaje feudal. Esto hacía que una nobleza empobrecida y una naciente y rica burguesía compuesta de adinerados comerciantes e industriales, esquilada por una corona siempre en crecientes angustias financieras, volviera a ver con un sordo rencor a la gente de Iglesia como ésta “se atiborraba el estómago a punto de estallar”, como decía Erasmo. El resentimiento llegó poco a poco hasta los oídos atentos y la conciencia flexible del monarca.

En este ambiente religioso, sin embargo, antes de Lutero, los líderes del pensamiento, como Erasmo y Moro, se movían en forma distinta a la violencia —que en ambos bandos—, se desató después de Lutero. Y Moro y Juan Fisher —Arzobispo de Rochester—, quienes difundieron con tenacidad la nueva forma venida del continente, murieron como mártires de esa Iglesia Católica, que pretendieron reformar desde su interior, pero sin modificarla en su esencia ni abandonarla por otra. Erasmo y Moro, en su forma de ser, bien pueden considerarse exponentes típicos del Renacimiento del Norte de Europa. Ambos vivieron bajo los Tudor, sobre todo el último, y notaron como el cambio político eminentemente medioeval, en su transformación, dio también una vuelta grave a todo un sistema intelectual y cultural.

Inglaterra en esa época, bien puede afirmarse, es todavía una potencia de segundo orden. Al frente, cruzando el estrecho de Calais, la monarquía francesa había recibido un fuerte impulso de centralización, producto de la guerra de los Cien Años. Ya Luis XI y su hijo Carlos VIII, no fueron los jefes de un grupo desordenado de señores feudales más o menos independientes y llenos de ínfulas orgullosas, sino que mandaban en una Francia unida que se extendía desde ese canal hasta el mediterráneo. El mismo rey de Inglaterra, que había sido el más poderoso de los feudatarios de la monarquía francesa, había sido expulsado de Francia. Solamente Calais quedaba en manos de los herederos de Guillermo el Conquistador.

El otro problema que conllevaba una fuerza negativa a la consolidación absoluta de la monarquía francesa, o sea la casa de Borgoña, se resolvió fácilmente con la muerte de Carlos el Te-



merario en 1477, y así Luis XI se adueñó de esa codiciada Borgoña. El resto de la herencia borgoñona, sin embargo, pasó el Sacro Romano Emperador Maximiliano por el casamiento suyo con María de Borgoña, con lo cual los Habsburgos y los Valois, se encontraron cara a cara en la frontera nordeste de Francia, en Holanda y Bélgica. Si esos reyes Valois en esta época, mandaban en una sección de Europa que bien podría llamarse ya Estado francés. El jefe de este Estado se iba fortaleciendo paso a paso con su lucha en contra de Inglaterra, porque consiguió dos elementos que no pudo encontrar nunca el monarca inglés: la imposición de impuestos a las clases no nobles sin convocatoria previa de Estados Generales, y un ejército permanente.

Sin embargo, todavía en Europa se encontraba un estado casi típicamente medioeval que se negaba a este proceso de aglutinamiento político: el Sacro Imperio Romano que aparentemente se encontraba en estado de desmembramiento. Por dos generaciones el Emperador había sido jefe de algo casi inexistente, y lo que no podía conseguir a través de la fuerza de las armas lo consiguió, al menos en apariencia, con la diplomacia y las alianzas matrimoniales. Maximiliano, como vimos, se había casado con la heredera mayor de Europa, María de Borgoña, y el hijo de ambos, el archiduque Felipe, se casó con una mujer todavía más rica que su madre, la infanta Juana, apodada luego "La Loca", por sus múltiples desgracias, quien heredaría Castilla, Aragón, Sicilia, Nápoles y las Indias, y fue una hermana suya, Catalina de Aragón, quien dio el impulso al ascenso vertiginoso de la casa Tudor, cuando contrajo matrimonio, primero con Arturo, y luego con su hermano Enrique

En este mundo, en el cual lo que determinaba las ventajas era el crecimiento del poderío, el rey de Inglaterra se encontraba en una posición de desventaja indiscutible: no tenía ejército permanente, tampoco tenía recursos propios como el monarca francés, y todavía no podía hablarse en Inglaterra de un aparato estatal que fuera obediente a la voluntad del monarca. Y a la par de estas desventajas, por su proximidad con Francia y la Holanda imperial, Inglaterra se veía inmiscuida en los grandes problemas de la política europea y, en muchas ocasiones, debía representar su papel, aunque fuera por la fuerza, porque las guerras y las negociaciones continentales europeas envolvían al monarca, con las secuelas de

desplazamientos de alianzas y cambios de equilibrio, en los cuales casi ni tenía experiencia.

El mundo cambiaba debido a la invencible caballería de Gonzalo Fernández de Córdoba o a las huestes de la infantería suiza y en algunas ocasiones a otra caballería temible, la de Gastón de Foix, y otros generales franceses. Esto trajo como consecuencia que las recetas políticas europeas que se fundaban primordialmente en las guerras y las victorias, de las que mucho se aprovechaban los ingleses, ya no valían mucho. Esto también hizo que durante casi un siglo los monarcas británicos tuvieran que moverse con extrema cautela, muy conscientes de la desventaja en que se encontraban y siempre temiendo el peligro inmenso de que en alguna circunstancia, se pudiera encontrar sola Inglaterra frente a frente con Francia o España.

Apenas ascendió al trono Enrique VIII, se preocupó por la seguridad de su reino, la cual, como primera imposición, requería urgentemente el dominio del estrecho. Como necesidad para tal dominación era necesario un programa de expansión naval y una habilidad extraordinaria en el campo diplomático. De la primera se encargó personalmente el rey, de la segunda el Cardenal Wolsey. El monarca supervigiló la construcción de cada navío y el Cardenal organizó todo el servicio exterior: como primera medida un eficientísimo servicio de correos y corresponsales se extendió por toda Europa, lo que permitía a Inglaterra conocer lo que sucedía en aquella con extraordinaria prontitud. Sirvió de base para esta organización el servicio diplomático que ya había entrenado Enrique VII, el cual se reforzó con los elementos más sabios que producía Oxford, como Richard Pace, John Clark y Richard Sampson, de los cuales los dos últimos llegaron a ser obispos bajo el reinado de Enrique VIII.

La colección de despachos ingleses de este período —el apogeo del renacimiento— pinta con extraordinaria brillantez los detalles y colorido de esa época: los ejércitos, las frecuentes rebeliones de las ciudades italianas, los menores movimientos políticos en el Colegio de Cardenales de Roma, los impuestos en Francia, en fin, ese maravilloso tejido que sostenía la creación cultural del Renacimiento. Por un tiempo, Enrique VIII, y sobre todo Wolsey, con su extraordinario talento diplomático y su eficientísima información,



fueron un factor muy poderoso y firme en estabilizar, con pesos y contrapesos, la balanza delicada de Europa.

Un corto tiempo necesitó Enrique VIII para sacar a Inglaterra de su lugar de segunda potencia, para colocarla en un periodo de ascensión, que la sobrepasaría, hasta convertirla en la primera del mundo occidental, luego de haber superado, y aún arruinado, a aquellas potencias continentales, ante las cuales, poco tiempo antes, sólo el oír el nombre hacía temblar a la pequeña, insular y aislada Inglaterra.

\*  
\* \*

Para conocer la personalidad de alguien, no hay medio más eficaz, en la mayoría de las veces, que compararlo con el genio de sus amigos. Esto sucede con Tomás Moro y Erasmo de Rotterdam. Ambos mantuvieron una cálida amistad y su correspondencia es copiosa. De ésta es que se puede conocer ahora su forma de trato, las ideas en su exposición y sobre todo, su manera de actuar ante la vida.

Erasmo, a quien examinaremos someramente ahora, se caracterizó porque en su vida no hay —al menos aparentemente—, grandes crisis violentas. Erasmo no aparece nunca ante el que estudia su biografía —y mucho menos su obra—, sumergido en esos conflictos espirituales que con harta frecuencia asolan el alma de los grandes intelectos. Paso a paso, sin circunstancias de dolores profundos, se va cincelando despaciosamente la conciencia ética de Erasmo, llega a su plenitud por el movimiento de las circunstancias exteriores, rehuía muchas veces con fuerza las ocasiones de los problemas insolubles o de drásticas consecuencias, y sentía repulsión por todo aquello que no fuera sosegado, tranquilo y pacífico.

Esta situación anímica no es peculiar de Erasmo ni exclusivamente suya. Su modo de pensar en este sentido era el ideal del Renacimiento. Debía existir un intercambio de ideas tranquilo, alegre —sin bordear la carcajada estruendosa—, esbozando una sonrisa sutil de inteligencia, y a la vez serio y sereno, en un ambiente que podría ser un bosquecillo de fresca sombra o una casa sencilla, bien provista de comodidades sin aparatosos lujos, donde reinara la armonía y la comprensión ante la Naturaleza. Era ansia del Renacimiento encontrar el equilibrio supremo, que daría como

resultado, por ejemplo, en los cuadros de Luca Signorelli o Piero della Francesca, la sencillez, la verdad y, sobre todo, la sinceridad y la franqueza. Toda esta esencia del Renacimiento parecía de primera intención tener sus raíces dentro del agua de la antigüedad, pero más bien, era representación trasmutada del ideal de la Edad Media, y que se relacionaba con ellos de manera más directa de lo que pensaban. Los Medici de Florencia actuaban de manera similar. Rabelais algo parecido disponía con armonía en la fantasía de la Abadía de Thuleme, Montaigne hacía cosa similar en su obra y, también, se nota claramente en la Utopía de Moro. El ideal, pues, muchas veces podría decirse que era estar tranquilo y rodeado de buenos amigos, en una biblioteca bien provista de libros, en una casilla amable rodeada de un verde bosquecillo. ¿Qué más se podría desear?

Tal vez, extendiendo a Moro por muchas razones que se irán exponiendo de manera explícita o implícita en el curso de este trabajo, el pensamiento de Erasmo, se logre descubrir que en ambos su base fundamental es un deseo de libertad casi llevado al extremo, pero una libertad que a su vez se fundamente en la claridad, la pureza de intenciones, la sencillez clásica y el reposo en la contemplación de esa geometría exquisita del orden, que tanto se adentró en el alma del Renacimiento. Es un viejo ideal de vida —no monástico y exclusivo sino abierto hacia la naturaleza—, al que la infatigable riqueza del pensamiento erasmiano dio un nuevo color. Se podría decir que en Erasmo y también en Moro —tal vez una de las fundamentaciones de su martirio—, no puede concebirse el vivir sin libertad y esta libertad sin reposo, porque la vida en libertad implica orden y armonía en ese reposo. En Erasmo —y en la negativa inicial de Moro a convertirse en colaborador de Enrique—, se nota el miedo a definirse por un partido, porque esa definición y aceptación de un programa conllevaría una pérdida de la libertad y una destrucción de la armonía. Ese compromiso que se adquiriría implicaba una atadura, y la atadura —tanto en Erasmo como en Rabelais y Moro— cortarían en el hombre los dictados de la propia naturaleza, que hacen al hombre inclinarse al bien y que son descubribles fácilmente si se confía en la fe y en la piedad.

Estas ideas parecían a los contemporáneos de Erasmo —incluyendo a Moro—, la apertura hacia una nueva libertad mental, una senda que se abría de pronto a una esplendente claridad, com-



puesta de una fresca sencillez primigenia en el conocimiento que resultaba en la armonía vital —muy renacentista—, nuevamente justa e incontaminada. Era la novedad de la riqueza bien descubierta, que Erasmo distribuía en el Norte de Europa. La promesa de Erasmo mantenía como su contraparte negativa, una aversión obstinada hacia todo lo que no era razonable, a lo insípido y a lo puramente formal, que con el desarrollo lento de la escolástica medioeval, se había ido colocando sobre el mundo del pensamiento como una adherencia peligrosa.

Erasmo y Moro, si se usa un concepto exacto del término, no fueron filósofos, sino la representación más acabada del pensamiento de una época, de una época que podría definirse como pre-revolucionaria, donde se siente la necesidad de una reforma y en la cual, incluso los hombres tímidos, pueden hablar con tranquilidad, sosiego y paz, en vista de que todavía no se encuentran amedrentados por los hombres de reacciones violentas y extremistas. Ambos son ejemplo, debido a esas circunstancias, de la reacción de todo lo sistemático en teología y filosofía, que caracterizó la aversión hacia el escolasticismo. Leyendo “El Elogio de la Locura” y la “Utopía”, podría pensarse que ambos autores aplaudirían el advenimiento de la Reforma, pero ambos probaron, uno con la repulsa de Lutero y otro con el martirio, que esa semblanza de primera ocasión no era verdadera, lo cual nos ilustra muy bien otro de los problemas del tránsito del Medioevo al Renacimiento. De ambos, también, puede extraerse la idea de que la verdadera religión es producto del corazón y no de la mente, y que como consecuencia, toda elaboración de la teología es superflua, punto de vista que fue haciéndose común y que ahora es generalmente aceptado por los protestantes. Casi que se podría afirmar que es un rechazo impulsivo del intelectualismo helenista por el sentimentalismo del Norte.

Tanto Moro como Erasmo tenían acrecentada la santa curiosidad que permitió el advenimiento de la época renacentista, pero ambos mantenían todavía la curiosidad muchas veces equivocada del académico, que prefiere los libros a la contemplación de la realidad. Ambos intentaron sus obras como una explicación racional, en mucho libresco e irrealizable, del mundo que esa realidad transformaba por la exaltación casi viciosa. —como en Erasmo—, de las ideas de la antigüedad. Nunca ambos tuvieron como idea central que sus pensamientos llegaran a convertirse en

realidad, porque ello implicaba una revolución, y esa situación era inconcebible en mentes que antes que todo propiciaban la estabilidad, el orden, la paz y la armonía. Esto, en una ocasión, llevó a Moro a decir que de “vez en cuando había que aceptar a los malos monarcas” y que no “debiera buscarse un remedio” para tal circunstancia.

\*  
\* \*

Expuesta a muy grandes rasgos la situación histórica y cultural en que se va a desarrollar el drama, es indispensable exponer —también muy ligeramente—, cuál era el concepto del derecho y de la ley en la época de Enrique VIII. Debido a la serie inmensa de triunfos diplomáticos obtenidos por el Cardenal Wolsey en el exterior, fue que él mismo comenzó a poner su atención en desarrollar una cantidad de principios constitucionales y legales para obtener una centralización del poder, tal como Enrique VIII lo imaginaba y deseaba. Por ejemplo, durante los doce años que el Cardenal Wolsey fue Lord Canciller de Inglaterra sólo una vez, dividida en dos temporadas y por un total de tres meses, se reunió el Parlamento. Como contrapartida, el tribunal denominado Star Chamber (Cámara de la Estrella), bajo la jurisdicción exclusiva del monarca, se hizo más activo, haciendo que sus procedimientos internos de trabajo se simplificaran con acopio considerable de normas procesales romanas, las cuales afectaron de manera primordial la recepción de la prueba testimonial. En cuanto a esta innovación, se derogaron todas las reglas sobre recepción de prueba del common-law, y a las personas se las llamaba a declarar, una por una, y en muchas ocasiones, dispensándolas de la formalidad del juramento. Estas reformas conllevaron a la expedición de la justicia, aunque las multas impuestas por el tribunal de la Cámara de la Estrella eran altas, pero su autoridad vino a afianzarse de tal manera, que en la Inglaterra de Enrique VIII, nadie se consideró con tal fuerza como para burlarse u oponerse a tal tribunal. Además, la Cámara de la Estrella se abrió a conocer casi cualquier caso que se refiriera a la administración del Estado, y uno de esos casos, que sentó jurisprudencia en Inglaterra, por lo inusitado, fue aquel en el cual un soldado de la guarnición de Calais envió a su esposa, para que ésta se quejara ante el Tribunal del maltrato que los soldados recibían de parte del Lord Delegado en esa ciudad. La cámara le dio plena audiencia a la mujer, y resolvió a favor de los quejosos.



Este sistema de principios que casi podrían llamarse arbitrarios, sobre todo si se comparan con el sistema instaurado por la Carta Magna desde 1215, o lo que esto se pensaba que era, recibió el beneplácito de la nueva generación, que había nacido después de la Guerra de las Dos Rosas, y que respetaba la ley —proveniente del monarca—, y que estaba decidida a hacerla cumplir. Estos principios de gobierno —usando una ficción creada por Wolsey— se hacían nacer de la voluntad del pueblo, y como consecuencia, proviniendo de la Carta Magna. Para fundamentar el monarca toda su autoridad en la administración judicial, echó mano al expediente de fortalecer una institución que ya su padre, Enrique VII, había usado con buen éxito, pero no tan eficientemente: el juez de paz. El juez de paz era un hidalgo, el terrateniente del lugar, quien ejercía el cargo de manera gratuita, por lo que esto significaba un honor. Enrique VIII le enseñó a gobernar por su delegación, y le dio una serie de reglas y ordenanzas de gran complejidad, para que este juez casi no tuviera libre expresión de su voluntad, sino que actuara atado a la voluntad real. En el mismo siglo de Enrique VIII esta obra de instrucciones se editó varias veces, para perfeccionarla e ir llenando los huecos en que todavía quedara algo dentro de la órbita del libre albedrío del juez de paz.

Bien se podría afirmar que los Tudor, considerados en general e involucrando dentro de ellos, por supuesto, a Enrique VIII, crearon un sistema de gobierno que se mantuvo —con modificaciones propias de las diferentes épocas históricas por las cuales atravesaba— incólume hasta la era victoriana. Los jueces de paz administraron el derecho común sin miedo, porque eran apoyados y amparados por el rey, sin mayores prebendas de sus convecinos porque no tenían ni necesitaban renta, aunque el partidismo y las amistades propias interrumpían con frecuencia los intereses superiores de la corona. Estos jueces actuaban como tribunales unipersonales para causas de menor importancia en la misma aldea de su jurisdicción; y para casos de mayor importancia —camino, puentes y robos en las fincas—, en asocio de otros jueces, cada tres meses, en la ciudad que les correspondiera. Por regla general, estos rudos hidalgos campesinos, quienes fueron creando un ordenamiento de rudas y campesinas libertades, aceptaban las instrucciones de la monarquía, pero, otras veces, no escuchaban el con-

sejo oficial y más bien representaban una tendencia de oposición popular al rey, y si esto lo hacían en sus distritos jurisdiccionales, bien podían repetirlo, y muchas veces lo intentaron e hicieron, en la Cámara de los Comunes. Aún durante el apogeo de los Tudor, los miembros del Parlamento no temieron decir lo que sentían y pensaban. Esta situación embarazosa y peligrosa, fue muy bien comprendida por Wolsey, y así es que prefirió crear toda su política sin el concurso muchas veces contraproducente del Parlamento.

La política de Wolsey fue finamente aprendida por Enrique VIII, quien con el sucesor habilidoso de Wolsey, Thomas Cromwell, logró conducir con eficiencia a la Cámara de los Comunes, y lograr hacer a un lado aun situaciones que producían disturbios y hasta rebeliones en las campañas, pero en general, fue una alianza entre Rey y Parlamento, que surtió los efectos que esperaba la monarquía, y que realizaron en ese conjunto peligroso todas las tareas —muchas veces arbitrarias—, que deseaba por su sola voluntad la Corona.

Las ideas que se llevaban a la práctica en esta época de Tomás Moro, muy poco tiempo después de su muerte, tuvieron dos grandes expositores en la época isabelina. Esto nos autoriza a señalar que si en la época de Isabel I (1533-1603, reinando a partir de 1558), los juristas y filósofos del derecho pensaron como Sir Thomas Smith (1514?-1577) y Richard Hooker (1533-1600), en la época de Tomás Moro (1478-1535), esas ideas ya debían de estar maduradas y sirviendo de estructura intelectual, a lo que Enrique VIII hacía en la práctica con la legislación y la jurisprudencia. De tal modo, que examinando en esencia lo que estos autores piensan, podemos construir un cuadro más claro del valor del derecho en la época de Moro, y la forma en que en la producción jurídica actuaba el monarca y la validez, casi inmovible, de sus deseos en el Parlamento.

Locke, en su obra sobre el gobierno civil, bautiza a Richard Hooker como “el juicioso Hooker” y no yerra en ello. Hooker fue teólogo, pero eso no obsta para que se le considere —como lo hace Carl J. Friedrich—, uno de los principales filósofos del derecho en el mundo de habla inglesa, seguido tal vez en categoría, nada más que por Sir Thomas Smith, si consideramos a ambos en la era isabelina y como exponentes clásicos de la tradición constitucional inglesa.



Sir Thomas Smith se fundamenta en Sir John Fortescue, quien desde el siglo XV vio que las prácticas políticas, y por ende constitucionales y jurídicas de los ingleses, se debían a una amplia codeterminación de la voluntad del pueblo, expresada en el Parlamento, junto con la voluntad del monarca. Smith trasluce en su obra ese orgullo tan inglés de ser libre; desarrolla la doctrina de que "el rey en el Parlamento" es omnipotente, aunque a veces pareciera deslizarse la idea de que quien es omnipotente en ese sentido es el parlamento actuando solo. De la doctrina de Smith se desprende sin dudas, que el pueblo en general está representado en el Parlamento, por lo cual todo inglés se encuentra presente, o al menos en estado de ficción representativa, en ese parlamento en forma personal o por delegación. Es entendido que cuando Smith habla de todo inglés no hace diferencia entre ellos, por lo que en el Parlamento se encuentra representado desde el monarca hasta su más humilde súbdito. De este planteamiento Smith extrae la consecuencia lógica de la situación de representación planteada: el consentimiento que a alguna institución —cualquiera fuera ella—, dé el Parlamento, implica el consentimiento de todos los ingleses, situación que debe mantenerse clara para la hora de relatar el conflicto de Tomás Moro.

Esta afirmación, sin embargo, no debe llevarnos a la idea de lo que es el Parlamento actual ni suponer siquiera una soberanía total de ese Parlamento, que Smith enfatiza siempre la situación del rey en el parlamento, o sea, que el rey, junto con sus pares y comunes poseen el supremo poder legislativo y financiero, aunque el rey por sí solo posea otros poderes, como el de nombramiento de funcionarios y el del control de las relaciones internacionales y, de manera directa, las atribuciones de declarar la guerra y firmar la paz. Es más, Smith sostiene una teoría constitucional de la cual puede extraerse, sin mayor problema, el axioma de que el estado secular constitucional, el único creador y garantizador de todo el orden legal; para tal situación, y como primer punto a dilucidar, Sir Thomas Smith sostuvo la absoluta soberanía del monarca inglés en relación con cualquier otro monarca o entidad soberana del orbe, lo cual es la conclusión lógica del estudio y armonización de muchos estatutos de la época de Enrique VIII y de Isabel I, porque ningún monarca inglés recibió su corona de manos de reyes, emperadores o papas extranjeros, con lo cual está capacitado para no reconocer ninguna autoridad o superioridad soberana sobre sí.

Richard Hooker tomó otro rumbo. Lo preocupaba fundamentalmente esclarecer el problema de la cuestión del gobierno eclesiástico, con lo cual, como típicamente inglés, enfrentaba un asunto práctico y de carácter gubernamental. Ésta, como atrás se ha indicado ya, es una de las situaciones más atrayentes de la Reforma en Inglaterra, porque pone en entredicho —además de dogmas de carácter religioso—, el sistema gubernamental de la propia Iglesia Católica, además de su propia autoridad intrínseca. Su obra se dedicó, pues, de primera intención, a formular casi de manera escolástica los fundamentos teológicos de la filosofía del derecho, con lo cual intentó demostrar que los puritanos ingleses no podían aducir prueba alguna para fundamentar su actitud negativa de obedecer el derecho o la ley eclesiástica. Al estudiar estos problemas de obediencia, desde un punto de vista esencialmente pragmático, tuvo necesariamente que entrar en la pregunta filosófica del ejercicio legítimo del poder, con lo cual logró —casi de rebote— convertirse en uno de los grandes expositores del derecho constitucional.

Al enfrentarse a resolver el problema se vio complicado en algunos aspectos o facilitado en otros, por la ambivalencia que en inglés tiene la palabra *law*, que tanto puede significar derecho como ley, y que los juristas del continente diferenciaban con claridad con el uso de los términos *lex* y *jus*, o *loi* y *droit*. Hooker sostiene, entonces, que el derecho debe ser parte fundamental de la ley, si bien el concepto que se expresa a través del vocablo "derecho", además de sus implicaciones de carácter estrictamente legal, lleva anejos otros más determinantes de contenido ético y moral. Así las cosas, a Hooker no se le hacía difícil encontrar la obligatoriedad de la ley en el hecho de que dimanara de quien tuviera el ejercicio del poder, con lo cual adquiriría éste poder, como corolario, la responsabilidad de dictar la legislación positiva, ni tampoco podía abstraer esa idea encontrándole únicamente en la verdad y la razón que se contenían en el derecho natural. La genialidad de Hooker se manifestó plenamente cuando trató de amalgamar ambos conceptos, y darles un espíritu razonable de moderación.

Hooker contempla al derecho en un mundo ordenado universalmente por ese mismo derecho, y un mundo que por tal circunstancia es razonable. Es fundamental para el desarrollo posterior de la filosofía del derecho, el amalgamamiento efectuado por



Hooker entre la concepción escolástica y racional del derecho, con la sui generis del **common-law**, pues desde el inicio se creía que ambas doctrinas eran incompatibles. De la doctrina tomista, Hooker eliminó la preponderancia del Sumo Pontífice, queriendo sustituirla por la autoridad política que se manifestara apoyada en el consentimiento del pueblo, de donde la combinación "rey en el parlamento", sustituyó la autoridad papal en la interpretación del derecho natural, por ser el príncipe, en la concepción anglicana, cabeza de la iglesia.

Para Hooker las normas legales positivas y la ley natural están en claro paralelismo, y ambas representan, de manera indudable normas aceptadas voluntariamente en bien de una conducta recta, de donde puede considerarse al derecho, de manera primordial, como un sistema que es coherente en sí mismo. Hooker, dentro del sistema suyo, encuentra cuatro grupos de leyes: el primero es la ley de Dios, luego las leyes naturales, seguidamente las de los ángeles, y para concluir, las de los hombres. Esta última subdivisión, a su vez, está compuesta por cuatro secciones: la ley de la razón, la ley positiva o de estatutos, la ley consuetudinaria (**common-law**) y la ley o el derecho internacional. Todas se mantienen en un grupo, debido a que las cohesiona la razón, que es el fundamento de todas. La obligatoriedad de la ley también se fundamenta en la razón, pero, como la ley de Dios y la de la naturaleza son inexorables y no admiten cambio, los dos otros grupos —de los ángeles y de los hombres—, no sólo tienen la facultad de poder cambiarse, sino que también pueden ser violadas. La explicación de este fenómeno la encuentra Hooker en que el hombre por una parte pertenece al reino de la naturaleza y por otra al de Dios. De tal modo, que quien ordena el sistema jurídico es la ley de la razón, una ley racional de la naturaleza, separada en forma total de la ley propiamente de la naturaleza, que debe ser obedecida por las criaturas sin que en esa obediencia intervenga la razón.

La argumentación del filósofo jurista se centra, pues, en la idea de que las leyes, como normas de buen proceder, son los dictados de una razón justa, pues el hombre no puede desear nunca lo que sea malo o falso, pues si así lo hiciera, sería falto de discernimiento. La pregunta para discernir lo malo de lo bueno la contesta Hooker, diciendo que la evidencia más clara de la bondad es si hay una persuasión general de que tal cosa lo es, pues si

los hombres siempre lo han sabido es que proviene de la enseñanza de la naturaleza. La ley de la razón no puede, en forma alguna, ser rechazada por el hombre cuando éste la ha comprendido, pues todos los hombres, aunque sea de manera muy elemental, tienen nociones de ella. Esta ley racional, pues, es la ley que el hombre descubre por su propia naturaleza humana, como algo que es universalmente reconocido. Sobre todas estas bases, que para Hooker demuestran que la naturaleza da leyes por las cuales la vida humana puede regularse, construye el autor su interpretación de la comunidad en el derecho. Tal comunidad o asociación no se fundamenta en un contrato, sino que se funda en los instintos sociales del hombre basados en un orden explícita o tácitamente aceptado, determinando la pura forma íntima de la estructura de esa asociación que repercute, de manera directa, en la vida en común. Este es el orden que Hooker llama la ley de la comunidad, o sea la verdadera y sustancial alma del cuerpo político, dentro del cual la constitución es la creadora de la comunidad jurídica: si las cosas se aprecian de tal modo, entonces ese orden legal básico puede fundamentarse en los estatutos —o leyes promulgadas por el Parlamento o el monarca, según los casos—, o en la costumbre —o sea el **common-law**—, pero en todos esos casos la validez de ambas interpretaciones se basa en la cosmovisión racional que todos y cada uno de los hombres tengan de la estructura de su vida en comunidad. Aquí resalta otra de las ideas fundamentales en Hooker, el hombre no puede oponer resistencia a este ordenamiento legal y menos justificar legalmente su oposición. "Su razón le dice que lo razonable es cooperar, pues toda ley humana es racional y, por tanto, obligatoria, o bien es obligatoria porque posee la legitimación de una ley constitucional fundamental que descansa en el consentimiento" (Friedrich, C. J. "La Filosofía del Derecho". Breviarios del Fondo de Cultura Económica. #179, México, 1964, pág. 115).

Hooker, como se ha indicado, clama por una obediencia absoluta a las leyes. Antes lo había indicado Erasmo y luego lo reafirmaría Kant. En este punto encontramos las dos ideas básicas de Hooker en conjunción armónica, por un lado, el consentimiento del pueblo o sus representantes y, por el otro, que dictada la ley no se encuentra en ella posibilidad legal alguna de escapar a su obediencia. Si tal consentimiento hubiera desaparecido, la ley en su autonomía prosigue en su integridad. Sin embargo, Hooker in-



siste mucho en que no puede considerarse como ley a aquellas disposiciones que no han sido consagradas por el consentimiento público como tales leyes. De aquí proviene la necesidad, donde Hooker reclama la participación de los parlamentos o de consejos del pueblo o de algunas otras asambleas populares, en la emisión de la ley, lo cual está de acuerdo con la tradición constitucionalista británica, que en la época de Tomás Moro ya tenía la venerabilidad de varios siglos. Tal consentimiento puede ser tácito o expreso, pero de cualquier manera que sea, es necesario, pues de otro modo, la norma jurídica carecería de uno de los elementos fundantes de su validez. Tal orden constitucional, también deberá garantizar, de manera efectiva, los cuerpos institucionales encargados de expresar el consentimiento a las normas legales que se emiten, como representantes de la voluntad general.

Ambos juristas —Richard Hooker y Sir Thomas Smith—, desarrollaron filosóficamente lo jurídico y político del sistema inglés: el derecho es un orden constitucional cuya base reposa en el consentimiento del pueblo, y es de éste consentimiento popular que las leyes reciben su carácter de obligatorias. Ellos, sin embargo, no resolvieron lo esencial del problema político, que se dilucidaría un poco más tarde, en 1688, sobre qué en caso de controversia quién tendría la última palabra si el rey o el parlamento, pero por sus palabras ya se puede columbrar la futura estructuración de la respuesta a la pregunta.

\*  
\* \*

En la tragedia del Canciller Tomás Moro, se perfilaron tres personajes, o mejor dicho, en el triángulo de ángulos erizados de problemas que ellos tres formaron, se encerró al Canciller. Un monarca, una reina y la querida del monarca, sirvieron de motor a grandes definiciones. Cuando se estudian problemas humanos, y todos los problemas envuelven al hombre y por eso son humanos, debe ponerse atención sobre los integrantes de esos problemas. Las definiciones morales —sobre todo— y las jurídicas también, envuelven al hombre. Debemos contestarnos, pues, tres preguntas: aunque sea someramente: ¿quién era Enrique VIII?, ¿quién su esposa Catalina de Aragón?, y ¿quién Ana Bolena?, para luego tratar de dibujar a nuestro personaje central, ¿quién era Tomás Moro?

Para conocer a los personajes históricos es buen consejo ver lo que de ellos dicen sus contemporáneos. Los embajadores, cuando conocieron a Enrique VIII, hablaron bien de él: “Su Majestad es el potentado más apuesto que nunca he visto. De talla superior a lo común, con una pantorrilla fina; de complexión rubia y brillante, con caballo marfilino, peinado derecho y corto a la francesa, y con cara redonda tan hermosa que le vendría bien a una mujer bonita; cuello más bien largo y grueso . . . Habla francés, inglés, latín y un poco de italiano, toca bien el laúd y el clavicordio, canta con partitura y combate en torneo maravillosamente.

“Le gusta cazar y nunca se divierte sin cansar a ocho o diez caballos, a los que ordena estacionarle de antemano por el campo que piensa recorrer. Le gusta muchísimo el tenis, y es lo más lindo del mundo verlo jugar a esto, cuando su hermosa piel le brilla a través de una camisa de finísimo tejido”.

Ya maduro era un hombre alto, pelirrojo y de formas macizas que descollaba entre sus semejantes, dando la sensación de violencia personal. Con los extraños era jovial, abierto e inspirador de confianza. Dado a las bromas atraía a la multitud. Sin embargo, con los que mejor le conocían, mantenía un espíritu reservado y hermético que le impedía confiarse en nadie totalmente. Para unos era un monarca alegre, amigo de la caza, los caballos y las franquicias, para otros, frío y agudo observador de las cámaras de consejos y audiencias, que primero oía, pesaba razones y finalmente daba su propia opinión, sólo cuando era tenazmente compulsado por los acontecimientos.

Enrique era un problema para sus consejeros. Cuando emitía una opinión, nadie podía apartarlo de ella, y la resistencia únicamente tenía como resultado empecinarlo más en sus conclusiones. Aunque aceptaba oír consejos, y los pedía a sus consejeros, por francos que fueren, no era nada prudente seguir discutiendo con el monarca cuando éste había formulado ya su decisión.

“Su Alteza” —como dijo Tomás Moro al Cardenal Wolsey— “estima que nada en el consejo es más peligroso que perseverar en mantener una opinión por el hecho de haberla ya formulado”.

Sabía combinar una incansable energía y una ferocidad inauditas con una paciencia y solicitud dignas de todo encomio. Era profundamente religioso, escribió sobre teología y el Papa le otor-



gó el título de "Defensor de la Fe". Trabajaba en los asuntos de gobierno de manera infatigable, escribía versos y componía música. Tal vez su cultura provenía que de joven había sido destinado a la Iglesia, por deseos de su padre Enrique VII.

Uno de los primeros actos de su gobierno, casi a las seis semanas de la muerte de su padre, fue casarse con la viuda de su hermano Arturo, la Princesa Catalina de Aragón, hija de los Reyes Católicos, de veintitrés años y cinco meses en esa época y de dieciocho su nuevo marido. El Papa dispensó los obstáculos legales canónicos que impedían el matrimonio. Hasta que ella llegó a los treinta y ocho años siguió siendo la dueña del corazón de Enrique y restringió en mucho sus locuras, a pesar de unas cuantas calaveradas sin mayor importancia. Por esta época ya Inglaterra se había convertido en Europa en una potencia que no era posible ignorar. La princesa española ayudaba a guiar el Estado, en medio de sus continuos y fracasados embarazos y partos. El primer hijo de la reina nació muerto, cuando Enrique cumplía diecinueve años, otro murió un poco después de nacer, un año más tarde. En total serían cinco las grandes decepciones.

En una corte donde despuntaba el Renacimiento y donde regía un rey mundano, se injertó una princesa católica, española, medioeval. En 1525 Catalina de Aragón contaba con cuarenta años. Unos cinco años antes, cuando la conoció en el Campo del Manto de Oro el rey Francisco I, el rey caballero del poema, a pesar de su caballerosidad, en lo íntimo con sus cortesanos, dentro de la privacidad que se presumía garantizaban las tiendas del torneo, dijo de ella que ya estaba "vieja y desfigurada". Una típica princesa española que maduró y envejeció rápidamente, y que no tenía ya posibilidad de dar al monarca inglés un heredero varón.

Enrique estaba decidido a anular su matrimonio, indudablemente acuerpado por el Cardenal Wolsey. Pero no se sabrá a ciencia cierta si tales procedimientos fueron anteriores o posteriores al encuentro del monarca con una vivaracha muchachilla: Ana Bolena. Enrique era muy reservado en sus asuntos personales. La primera vez que se oyó hablar de Ana, de manera oficial en la corte inglesa, fue en un despacho suscrito por el embajador imperial de fecha 16 de agosto de 1527, unos cuatro meses después de haberse iniciado los trámites para la anulación del matrimonio.

"La señora Ana", —indica con cierta sorna el embajador de Venecia— "no es la mujer más hermosa del mundo. Es de mediana altura, piel morena, cuello largo, boca ancha, un poco chata de pecho". La muchacha fue educada en Francia y cuando Enrique se enamoró de ella tenía veinticuatro años, delgada y de apariencia frágil. Poseía unos bellos ojos negros y una larga cabellera oscura, tan larga que podía sentarse sobre ella. Era enérgica, con genio bravo, dominadora. Logró en poco tiempo hacerse de un séquito de adictos, todos ellos coqueteando con las doctrinas religiosas de Lutero.

El 22 de junio de 1527 el monarca anunció a Catalina que abandonara la Corte con urgencia; el monarca —decía Enrique—, no podía más soportar el vivir en pecado mortal, casado con la viuda de su hermano. El sufrimiento del pecado había durado ya dieciocho años. Según la legislación canónica de la época, esa boda no podía haberse celebrado, por anularla de previo un impedimento dirimente por afinidad. Ese impedimento no había significado mucho cuando Enrique se lo saltó alegremente para casarse, para no perder ni la dote ni la alianza española, y sobre todo, confiado en la dispensa emitida por el Papa Julio II.

Después del triunfo de Carlos V en Italia, y de que Catalina de Aragón no había tenido herederos varones, Enrique había empezado a ver con buenos ojos una alianza con Francisco I de Francia. Sólo una mujer sobreviviría de los hijos de Enrique y Catalina, pero se planteaba la duda de la sucesión, pues ninguna mujer había ocupado nunca el reino de Inglaterra. Enrique pensaba en legitimar a uno de sus numerosos bastardos cuando hizo su aparición Ana Bolena.

Con la aparición de Ana Bolena, la caída del Cardenal Wolsey como Canciller —debido en parte a las intrigas de Ana—, subió a la Cancillería Tomás Moro, y comenzó en este momento a acentuarse el nudo de la futura tragedia.

\*  
\* \*

Tomás Moro fue abogado lo mismo que su padre. De joven fue electo miembro del Parlamento, y dirigió la oposición contra Enrique VII, cuando éste insistió en el aumento de los impuestos y en la creación de nuevos. Fue este liderazgo opositorista uno de



sus grandes triunfos de juventud, aunque se granjeó la mala voluntad del monarca, quien puso en prisión al padre de Moro, dejándole en libertad únicamente cuando se pagó una multa de cien libras esterlinas.

A la muerte del monarca, en 1509, Moro retornó a la práctica activa de su profesión. Debido a su brillantez, alcanzó el favor del subsiguiente rey, Enrique VIII, quien lo hizo caballero en 1514, y lo empleó sucesivamente en varias embajadas, las cuales siempre cumplió a cabalidad. Enrique insistía siempre en invitarlo a la Corte, pero Moro esquivaba con respeto tales invitaciones, hasta que un día el monarca llegó a almorzar —lo cual en la época significaba un honor sin precedentes— a la casa de Moro en Chelsea.

Fue durante mucho tiempo empleado en las cortes judiciales del Monarca, distinguiéndose como un juez imparcial, en una época que tampoco se caracterizaba por ello, pues era común aceptar dádivas de las partes, aunque estos regalos siempre se juzgaban como el pago de las cosas del juicio. Tomás Moro siempre los rechazó. El 15 de abril de 1523 fue electo "Speaker", o sea presidente, de la Cámara de los Comunes. Una vez, felicitado por otros por el favor y el aprecio que a cada momento le mostraba el monarca, indicó en una frase que no estaba muy seguro en cuanto a la firmeza del carácter del rey: "Si mi cabeza le ganara a él un castillo en Francia no vacilaría en quitármela".

Al momento de su elección a la Cámara de los Comunes dijo un discurso en que exaltó de manera admirable la libertad de expresión. De ese discurso, por lo importante, sobre todo si se toma en cuenta la época en que fue pronunciado, son los conceptos siguientes: la mente del legislador, en los sucesos de mucha importancia, puede muchas veces enervar los argumentos, con lo cual se pueden decir muchas cosas distintas de las que se pensaban. Un hombre sabio y muy elocuente, por estar excitado con un determinado argumento, puede con frecuencia variar un poco el modo en que deseaba expresarse, sin tener una intención peor cuando ha hablado, de aquella que tenía cuando deseaba modificar sus palabras. De tal modo, el monarca debe garantizar la libertad de expresión de todos los que concurran a la Cámara de los Comunes para que éstos puedan expresarse sin miedo de incurrir posteriormente en el disfavor o caer en desgracia con el trono, y así todos

puedan hablar con descargo de su conciencia; además, se correría el inmenso peligro de que por miedo a represalias, se dejarán de escuchar sabios consejos, con grande pérdida para los asuntos comunes, a menos de que todos los miembros de la Cámara estén completamente libres de la duda y el temor de que sus actuaciones y palabras pudieran ser interpretadas por el monarca en un sentido contrario a sus deseos.

El monarca, ante el pedido del **Speaker** Moro concedió las dos solicitudes, o sea, que cada miembro de la Cámara podía hablar con plena confianza y sin caer en desgracia con el monarca por sus palabras y que las cosas que se dijeran en la Cámara no se tomaran a mal por el monarca.

En los primeros meses de 1529, siendo Moro consejero del monarca, éste le pidió explicación sobre algunos puntos del Levítico (XVIII, 16 y XX, 21) y del Deuteronomio (XXV, 5-9), en cuanto a las sanciones y prohibiciones de un hombre que desposara de su hermano, y en cuáles circunstancias debía verificarse este matrimonio. Moro se excusó de dar las opiniones dichas, sabiendo ya hacia adónde se dirigía el monarca, pero presionado, logró evadir la cuestión diciéndole que para ser verdaderamente sincero con el rey, y siendo servidor suyo, era mejor buscar consejo en personas idóneas, que estuvieran alejadas del propio monarca.

En virtud de esta situación, la Corte inglesa solicitó del Papa Clemente VII la solución de la "gran cuestión del rey", luego que el Cardenal Canciller Wolsey había dirigido un juicio religioso secreto, en el cual por complacer al monarca lo había acusado por haber contraído matrimonio contra las prohibiciones de la Iglesia. El Papa, que por ese entonces se encontraba virtualmente prisionero en Roma, luego del saqueo, por las tropas de Carlos V —sobrino de Catalina—, sintió que acudiendo a este pedido obligaba al Emperador, y así lo hizo, encargando a Wolsey el conocimiento del caso, pero dándole como adjunto al Cardenal Campeggio, a quien le recomendó darle largas al asunto, lo cual hizo muy bien, pues al cabo de dos años no se había llegado a ninguna solución.

Por toda esta época estaba reunido en Inglaterra el que luego se denominó Parlamento de la Reforma (1529-1536), y que votó sin problemas todas las medidas que le pedía la Corona. El



9 de octubre de 1529 comenzó la desgracia del Cardenal Canciller Wolsey porque se le acusó de mantener los tribunales eclesiásticos sobre los reales, contraviniendo los Estatutos de Praemunire dictados en el reinado de Ricardo II, en 1353, y aprobados de nuevo en 1392. Tales Estatutos disponían que "quienquiera que obtuviese en la Corte de Roma o en otra parte transferencias de procesos a Roma, de sentencia de excomunión, bulas, instrumentos o cualquiera otra cosa que afecte al rey, contra él, su corona, y realeza o reinado, perderá la protección real y todos sus bienes caducarán en favor del rey". En reparación por el crimen "cometido" por Wolsey y por los clérigos al aceptarlo como Cardenal Legado, el clero tuvo que pagar una multa de dos millones de libras, reconocer a Enrique el título de protector y jefe supremo de la Iglesia y abolir las anatas, o sean las primicias que se pagaban a Roma. Moro presentó su renuncia, que no fue aceptada, al no estar de acuerdo con esta situación, llamada de las convocatorias del Norte y del Sur, de 1531, en donde sólo el Obispo Fisher respondió con la negativa. A la caída de Wolsey, el monarca nombró a Moro Lord Canciller, con la esperanza de que Moro consintiera en la cuestión del divorcio, por la importancia que su pensamiento ya tenía en Europa.

Este Parlamento a que nos hemos referido, entre otros Estatutos reformistas, votó los siguientes: **Estatuto de Apelaciones** que prohibía las apelaciones a Roma; **Acta de Supremacía**, que hacía del Rey "el único y supremo jefe de la Iglesia de Inglaterra", dándole la jurisdicción espiritual al mismo tiempo que la civil, pudiendo reformar y reprimir errores y herejías; y el **Acta de Sucesión**, anulando el primer matrimonio del rey, privando a los hijos de ese matrimonio nulo de sus derechos a la Corona, en beneficio de los descendientes de Ana Bolena, y obligando a los súbditos del rey a jurar que creían en la validez religiosa del divorcio. En todos estos Estatutos, cuando se hacía referencia al Papa, ya únicamente se le nombraba como "Obispo de Roma" y más adelante, cuando la virulencia de los hechos iba en aumento se le llamaba usurpador del título de "Pontífice" y "Papa".

El 16 de mayo de 1532, Tomás Moro renunció a su cargo de Lord Canciller, tomando en cuenta que el 18 de mayo de 1531 Enrique había sido designado Jefe de la Iglesia. El divorcio se declaró en mayo de 1533 y la rotura definitiva con Roma se pre-

sentó el 21 de febrero de 1534, cuando Clemente VII ordenó que la causa del divorcio real pasara directamente a Roma. Duró Moro en su cargo del 25 de octubre de 1529 al indicado 16 de mayo de 1532, y durante su tiempo, según se dice con frecuencia, la Cancillería en Inglaterra es cuando funcionó mejor.

El **Acta de Supremacía**, emitida por el Parlamento en 1534, contenía un juramento de Supremacía, o sea que todos los súbditos del monarca británico debían jurar que era él y no el Papa, la cabeza de la Iglesia en Inglaterra. Quien no jurara en la forma que exigía el Estatuto, se hacía acreedor a pena de prisión, que no envolvía, por supuesto, la pena de muerte. Sir Thomas Moro rehusó jurar. Luego de su negativa, en un diálogo que conserva su yerno en la biografía que del suegro escribió, dijo lo siguiente:

—“Quieres saber, Roper, hijo mío, por qué estoy tan alegre?

—“Claro que sí, Sir”.

—“Me alegro, hijo, y no sin fundamento, de haber dado un buen tumbo al diablo; y de que tan lejos he ido al contestar a esos señores que ya no podré volverme atrás sin gran vergüenza mía”.

El ex Canciller fue puesto en prisión, para ver si era posible soliviantar su negativa al juramento. Muchos intentos se hicieron para que jurara. El monarca primero le pidió que hiciera el juramento como gustara, y que eso sería suficiente. Pero las insistencias de Ana Bolena hicieron que Enrique cambiara su idea original, y sometieron a Moro a un nuevo juramento; el Abad de Canterbury le insinuó que era erróneo mantener esa actitud, cuando todo el Parlamento opinaba lo contrario. Moro respondió valientemente:

—“Si de un lado no estuviera más que yo, y del otro todo el Parlamento, me espantaría el apoyarme únicamente en mi criterio contra tanta gente... Pero teniendo de mi parte un Consejo tan numeroso, y mayor aún que aquél, no estoy obligado a cambiar mi conciencia y conformarla al Consejo de un reino contra el Concilio general de la Cristiandad”.

El Parlamento votó otra ley en 1535, la denominada **Acta de Traiciones**, por la cual se consideraba delito de alta traición contra la Corona el “intentar, querer o desear maliciosamente, por



palabra o por escrito”, privar al rey, a la reina o a sus herederos de las dignidades y títulos que poseían, o tratar al rey, de manera directa o indirecta, de “hereje, cismático, tirano o infiel”, siempre que tal trato se hiciera “maliciosamente”. El Parlamento también promulgó varias **Actas de Imputación** y en una de ellas se acusaba a Moro de tal tipo de crimen, retrotrayendo la responsabilidad al 1º de mayo de 1534.

El proceso seguido contra Moro culminó, como es obvio, en la condena a muerte del procesado. Un diálogo muy interesante suscitado durante el proceso, fue el siguiente:

—“Master Moro, todo el mundo sabe que sois hombre discreto y sabio, y versado en las leyes del reino. Perdonadme, pues, la audacia de proponeros sin malicia alguna, Sir, una cuestión. Supongamos, Sir, que un Acta del Parlamento me hiciera rey. No me tendrías por tal, Master Moro?”

—“Sí, Sir: lo haría.”

—“Supongamos ahora que un acta del Parlamento me hiciera Papa. No me tendrías por Papa, Master Moro?”

—“Para contestar a nuestro primer caso, Master Rich, os diré que el Parlamento puede muy bien intervenir en el status de los príncipes temporales. Y para contestar al segundo os pondré yo este caso: imaginad que el Parlamento diera una ley estableciendo que Dios no debe ser Dios. Dirías por ello, Master Rich, que Dios no sería Dios?”

—“No, Sir; no lo diría, puesto que ningún Parlamento puede dar semejante ley” (diálogos entresacados de la biografía de Moro por su yerno Roper).

Repitió Moro en el otro proceso, casi textualmente, su declaración anterior cuando se le pidió jurar, pero agregándole algunos párrafos más explicativos de su teoría. En esa ocasión el duque de Norfolk lo interrumpió:

—“Ahora vemos a las claras que opináis maliciosamente

—“No, por cierto”, —replicó Moro—. “Es la pura necesidad lo que me obliga a hablar tanto en descargo de mi conciencia. Y a Dios apelo, cuya mirada penetra hasta los hondones del corazón

humano. El me será testigo. Pero no es sólo por la Supremacía por lo que buscáis mi sangre, sino también por no querer condescender en el asunto del matrimonio”.

Al terminar el proceso, Moro dijo las siguientes palabras, una vez impuesto de la sentencia de muerte:

—“Señores, no tengo más que decir; sino que así como el bienaventurado Apóstol San Pablo —según se lee en los Hechos de los Apóstoles— se hallaba presente y consintió en la muerte de San Estéban al custodiar la ropa de quienes le apedreaban y, sin embargo, juntos están ahora los dos santos en el cielo, y juntos continuarán siendo amigos para siempre, así también espero y rezaré para que a pesar de que vuestras Señorías hayan sido aquí en la tierra jueces de mi condena, nos encontremos gozosamente en los cielos, en eterna salvación. Y así, también deseo que Dios Todopoderoso preserve y defienda a su Majestad el rey y le inspire buenos consejos”.

Cuando fue ajusticiado en la Torre de Londres el 6 de julio de 1534, el monarca le pidió ser breve en sus palabras de despedida, lo que Moro aceptó. De la relación castellana contemporánea al martirio es interesante copiar el párrafo final:

“E un poco antes que la execucion se hiciesse rogo a los presentes que rogassen a Dios por el desde aca, que el aria lo mesmo en el otro mundo. Después amonesto y suplico con grandissima instancia que rogasen a Dios por el Rey para que le diese buen consejo, protestando que moria por su buen servidor e de Dios primeramente”.

Sus últimas palabras en inglés fueron:

“the King's good servant, but God's first”

\*  
\* \*

Tomás Moro —como vimos— mantuvo una activa y cordial amistad con uno de los grandes humanistas de todos los tiempos: Erasmo de Rotterdam. En ambos se presentó ese fenómeno del tránsito de la Edad Media al Renacimiento, y ambos, aunque sin quererlo, influyeron en mucho en la reforma de la Iglesia, aunque los dos permanecieron apegados a una ortodoxia católica. Erasmo,





en sus frecuentes viajes a Inglaterra, se hospedó en la casa de Moro, y es copiosa la correspondencia que ambos mantuvieron. Las opiniones de Erasmo sobre Moro ayudan a comprender el carácter de éste. Tanto en las cartas dirigidas a Moro como en las que Erasmo dirigía a otros humanistas de la época, se perfila el carácter del gran Canciller, según la apreciación que un genio de la época hace de otro. Se hace necesario, pues, para lo que interesa en este trabajo, transcribir ahora algunos párrafos de esos documentos epistolares.

**Carta de Erasmo a Moro (9 junio 1511):** "...te gusta en general desempeñar de algún modo el papel de Demócrito en la vida social. Aunque merced a tu carácter increíblemente amable y sereno eres capaz de serlo todo para todos los hombres y te complaces en ello, tu intelecto singularmente penetrante te obliga a disentir de las opiniones del rebaño..."

**Carta de Erasmo a Ulrico Hutten (23 julio 1519):** "...Su expresión corresponde a su carácter, y siempre muestra una alegría agradable y amistosa, muchas veces manifestada en una mirada sonriente... Su habla es maravillosamente clara y distinta, sin huella de apresuramiento ni de vacilación... Anteriormente le disgustaban la vida de la corte y la compañía de los príncipes, a causa de su peculiar repugnancia a la tiranía y de su amor a la igualdad... Sólo con gran dificultad fue posible arrastrarlo a la corte de Enrique VIII. Si alguien quisiese un ejemplo acabado de verdadera amistad, en ningún hombre lo hallaría mejor que en Moro... Nadie es menos guiado por la opinión del rebaño, pero nadie está más cerca de los sentimientos comunes de la humanidad... se dedicó al derecho con tal éxito que nadie fue luego más consultado por los litigantes... Actuó durante algunos años como juez en asuntos civiles... Nadie resolvió tantas causas como él, ni se condujo con tanta integridad... ¡Qué felices serían las naciones si los gobernantes designaran en todas partes magistrados como Moro!... Podría llamarse a Moro abogado de los necesitados. Se considera grandemente enriquecido cuando asiste a los oprimidos, saca de apuros a los perplejos o reconcilia a los alejados. Nadie confiere de tan buena gana un beneficio, nadie es tan prudente para reprochar... Cuando argumenta es increíblemente agudo, de modo que con frecuencia confunde a los me-

jores teólogos en su propio campo... Inglaterra, aunque rica en magníficos talentos, sólo tiene un genio..."

**Carta de Erasmo a Bartolomé Latomo (24 agosto 1535):** "Es demasiado cierto que Tomás Moro está hace mucho tiempo en la prisión y que su fortuna ha sido confiscada. Se dice que él también fue ejecutado, pero todavía no tengo noticias seguras. Ojalá nunca se hubiera enredado en este peligroso asunto, dejando a los teólogos la causa de la teología. Otros amigos que me honraron de vez en cuando con dones y cartas nada me envían ahora, nada me escriben, ni aceptan nada de nadie, como si bajo cada piedra durmiera un escorpión".

\*  
\* \*

La obra fundamental de Tomás Moro, entre las muchas que escribió es "Utopía". Se divide en dos libros, el primero de ellos debió terminarse en 1516, y se vincula con una embajada comercial inglesa que en 1515 se envió a los Países Bajos y de la cual formó parte Moro. El portugués Hytlodeo de la obra no es otro que Moro, expresando sus opiniones e inquietudes. El segundo de los libros de la obra se terminó un año antes, y es donde se describe minuciosamente el maravilloso país de Utopía. Moro hace línea —si pudiera decirse— con los forjadores de imposibles sueños políticos, que nacerían a partir de Platón con su "República". Moro añadió a lo teórico de la república platónica dos ingredientes: el sentido común, que hace bajar el ensueño al plano de lo aconsejable y provechoso, y la ácida ironía del humanismo, con prudencia refinada y candorosa. Utopía, pues, es un libro constructivo y constituye —todavía en la actualidad— la obra política de lectura más amena y de mejores consejos prácticos que pueda encontrarse. De esta obra es que fundamentalmente extraeremos las ideas del Lord Canciller en cuanto al Derecho, la Moral y la relación del gobernante con sus súbditos y de éstos con aquél.

La "Utopía" de Moro es en muchos sentidos una obra que bien pudiera llamarse liberal. No hay mucho que decir de las prácticas comunistas en cuanto a la propiedad privada que aparecen en ella, porque tales teorías se encuentran en la tradición de muchos movimientos religiosos y en los albores de la historia del



derecho en pueblos primitivos, pero sí se puede ver en ella el sentido liberal cuando proclama la tolerancia religiosa, la estulticia de la guerra y, también, lo innecesario de la cacería y la necesidad de matar a los animales por un placer mal entendido. Utopía clama también por un suavizamiento de la legislación criminal, a fin de que ella tienda a la restauración del delincuente a la sociedad y no su expulsión de ella. La obra se inicia con un ataque en contra de la pena de muerte por robo.

En la obra citada<sup>(\*)</sup>, por medio del viajante Hytlodeo, es que habla la prudencia de Tomás Moro, así, que para conocer su pensamiento en los dos problemas que ahora nos ocupan —derecho y moral—, se hace indispensable, ver en tal obra, las opiniones del narrador sobre esos asuntos.

La ley —o sea el derecho—, como primera observación de Moro, debe ser dictada de manera recta, sin segundas intenciones y deben esas leyes ser observadas y cumplidas, no por temor sino para lograr la finalidad —que debe ser intrínseca— del derecho, de realizar de una manera más perfecta (p. 36); de tal modo, el derecho debe estar esencialmente compuesto en su interioridad con el elemento de humanidad y debe tender, de manera inequívoca a lograr la conveniencia pública (p. 96); de ahí que no sea necesario una gran profusión de leyes, porque encadenarían la libertad del hombre dentro de un círculo estrecho de prohibiciones, y darían apenas los derechos que enunciaran, porque las leyes no deben ser más numerosas de lo que sea posible leer y nunca más oscuras de lo que cualquiera pueda comprender con la lectura simple de ellas (p. 114), consejo de Tomás Moro que deben tener muy en cuenta algunos legisladores del presente, que creen erradamente que cuanto más técnico y abstruso parezca el texto de una ley, ésta es más efectiva, lo cual —en mi concepto—, es un craso error, porque el derecho está dirigido para gobernar a una comunidad de hombres y no sólo a un grupo de jurisperitos.

La interpretación del derecho debe separarse del poder del gobernante, porque éste siempre tiende —cualquier clase de gobernante que sea—, a interpretar la norma jurídica en exclusivo pro-

vecho propio (p. 55), y en la interpretación de la ley cuanto más simple es esta interpretación más equitativa es la norma interpretada (p. 114). Quien interpreta la ley debe hacerlo tomando la norma en su recto y justo sentido, porque es indigno que por medio de una torcida interpretación se cambie el sentido justo de una buena disposición jurídica (p. 118). Ahora bien, el sentido social de convivencia entre los hombres que debe ser el norte del derecho, puede ser prudente guía en su interpretación, aunque sea buscando el propio interés, mientras no se viole el contexto de la ley (p. 98).

La pregunta crucial en el asunto de la interpretación de la ley es qué pautas se deben seguir para considerar el derecho como bueno. La primera contestación que el sabio Lord Canciller de Inglaterra da a esta interrogante es la siguiente: no puede considerarse bueno el derecho mientras proteja solamente a unos pocos que detentan la riqueza y que se reparten entre ellos todos los bienes, disfrutando de todas las comodidades que su imaginación les dicte, mientras una inmensa mayoría viva en la miseria (p. 61). Las instituciones jurídicas deben tener como primer objetivo, pues, garantizar la libertad a los ciudadanos de cualquier clase de servidumbre corporal, favorecer a esa libertad y, sobre todo, cultivar la inteligencia de cada uno de los componentes de esa comunidad (p. 82). Si las leyes cumplen tales objetivos, dice Moro, que los utópicos, cuando alguien las incumplía lo expulsaban del país (p. 83), y nunca aplicaban la pena de muerte porque consideraban que tal penalidad, el único fin que lograba era contrario al interés público, porque Dios no autorizaba quitar la vida a nadie (p. 36). Y además —si existían los delitos y principalmente el robo—, lo que significaba era un mal reparto de la riqueza, porque debía tenerse en mente primero que todo, asegurar a cada uno su subsistencia, para que por necesidad no se robe, y después no se castigue a quien roba (p. 36).

Si las leyes son rigurosas para destruir los vicios, los delincuentes deberían ser tratados de tal manera que vuelvan necesariamente a ser honrados y reparen, durante la vida de ellos —ya que se eliminaba la pena de muerte—, el daño o mal que hubieran producido antes (ps. 46-47). Por qué razón —se pregunta Tomás Moro— se considera derecho supremo entonces al que engendra la injusticia suprema?

(\*) En el presente trabajo, las citas que de ahora en adelante se hagan de "Utopía", corresponden a Moro, Santo Tomás, Utopía. Segunda Edición, Colección Austral #1153, Buenos Aires, 1953.



En cuanto al aspecto social que debe tener la justicia, dice Moro, quisiera "que alguien osase comparar con esta equidad la menor traza de justicia y de equidad. Pues, qué clase de justicia es la que permite que cualquier noble, banquero, usurero u otro de esos que nada hacen, o lo que hacen no tiene gran valor para la república, lleve vida regalada y espléndida, en la ociosidad o en ocupaciones superfluas, mientras que el obrero, el carretero, el artesano y el campesino han de trabajar tanto y tan asiduamente como jumentos, a pesar de que la labor sea tan útil que sin ella ninguna república duraría más de un año, llevando una vida tan miserable que parece mejor la de los asnos, cuyo trabajo no es tan seguido ni su comida mucho peor, aunque el animal la encuentre más grata y no tema el porvenir?" (ps. 141-142). "No es ingrata e inicua la república que a los nobles, que así les llaman, a los banqueros y demás gente ociosa, o adolorada prodiga placeres tan frívolos y artificiosos y tantos caudales, mientras mira indiferente a los campesinos, carboneros, peones, carreteros y artesanos sin los que no existiría ninguna república? Después de abusar mientras están en sus mejores años de su trabajo, cuando más tarde les pesan los años o una enfermedad privándoles de todo, la república, olvidada de tantas vigiliadas, de tantos servicios realizados por ellos, les recompensa ingratísima con las más miserable de las muertes. Qué diré de los ricos que merman cada día un poco más el salario de los pobres, no sólo con ocultos fraudes, sino con públicas leyes? Así, pues, la injusticia que suponía antes pagar tan mal a los que más merecían de la sociedad, se convierte, por obra de estos malvados, en justicia al sancionarla con una ley." (p. 142).

En Utopía era permitida la eutanasia cuando el enfermo lo consentía. El divorcio era aplicable en Utopía —lo cual es digno de notarse— únicamente por el adulterio, o por intolerables costumbres inmorales de uno de los cónyuges. La reincidencia en el adulterio era castigada con la muerte, una probable contradicción en la obra, de acuerdo con lo que antes se afirmó. En cuanto al derecho penal la ley no establecía —en Utopía— ninguna pena determinada, sino que el Senado la acomodaba a lo grave o leve del delito cometido. "En todos casos, la tentativa cierta y determinada de delito es asimilada al hecho, pues creer que el fallar en la ejecución del crimen no debe ser considerado como excusa para el criminal, de quien no dependió que fallase" (p. 112).

Para concluir, los utópicos —y ellos expresan, como se ha dicho, las escondidas ideas fundamentales de Moro—, creían que los vínculos que creaba la Naturaleza entre los hombres, debían suplir a la norma jurídica, porque los hombres están unidos con mayor fuerza por la buena voluntad que por los contratos, y más por los sentimientos que por las palabras.

Planteado así el asunto en cuanto al derecho, la moral, para el Lord Canciller, es un problema en que se conjugan, de manera básica, la fe y la razón. La moral tiene como resultado producir un placer, y este placer conduce a la felicidad, de donde todo lo moral hace feliz al hombre. La moral urdida por Tomás Moro para los utópicos, de donde resulta nuestra interpretación del pensador, es fundamentalmente cristiana. Los principios morales tienen como principal fuente a la religión, pero aunque se adquieran por fe, es a la razón a quien compete darles la fe para creerlos y también para practicarlos. Cuando se renuncia a la dulzura que depara la vida, y acaso se escoja un camino de penas y mortificaciones, se conseguirá una recompensa en el otro mundo.

Lo moral o lo virtuoso, que para el presente caso se confunden, se define "como vivir según la Naturaleza a lo cual estamos como encaminados por Dios" (p. 97). Obedecer a la razón no es otra cosa que seguir los mandatos de la Naturaleza. La razón inflama a los hombres en el conocimiento de Dios, y es a El a quien debemos lo que somos y "la posibilidad de ser felices" (p. 97), y nos excita a que vivamos en la alegría mayor posible ayudando a los otros a vivir de la misma manera "en bien de la sociedad natural". La vida debe ser alegre, y debemos procurar que los otros la tengan igual. "Por qué no ha de serte propicio lo que es tan conveniente para los demás? La Naturaleza no te manda ser benéfico con los otros y que, en cambio, seas malo y cruel contigo mismo." (p. 97). De donde se puede colegir que es la Naturaleza del hombre la que incita al cumplimiento de los preceptos morales, y que estos preceptos morales conducen a una vida alegre, pero recuerda Tomás Moro, por su idiosincrasia tan inglesa en el respeto a los demás, que "claro está... que no debes buscar tu comodidad a expensas de incomodar a los demás" (p. 98) y, buscar "el propio interés sin violar las leyes es de prudencia; buscar además el bienestar general, de caridad, pero destruir el bienestar ajeno para conseguir el propio, es una acción injusta



y, al contrario, privarse de alguna ventaja para favorecer a otros es acción humana y benéfica" (p. 98).

Sin embargo, a pesar de estas circunstancias, a nadie debe molestarle por motivos religiosos (p. 130), lo cual es reflejo fiel y verdadero de la tradición constitucionalista inglesa de respeto, ni hacer uso de arengas o de la fuerza para obligar a los otros a aceptar lo que uno cree ser la verdad, no es otra cosa que la tiranía y el absurdo (p. 131). Hay, dentro del contexto de ideas referentes a la moral de los utópicos, una en que se nota el pensamiento de Moro en cuanto al problema de la vida y el enfrentamiento con valores que la puedan destruir, sobre todo cuando para conservar la propia vida debe abjurrarse de los valores propios y, sobre todo, del honor: "la vida no es cosa tan vil que deba ser prodigada sin motivo, ni tan infamemente querida que deba ser conservada torpe y avaramente cuando el honor exige renunciar a ella" (p.124).

Dentro del sistema que se sigue en este ensayo, es necesario ahora estudiar el pensamiento de Moro, reflejado en Utopía, en cuanto a la relación del gobernante con sus súbditos, para terminar con el problema visto desde el ángulo contrario: las relaciones de esos súbditos con el gobernante.

De manera fundamental, parece que el Lord Canciller no está de acuerdo con el origen divino de la monarquía, lo cual es muy explicable en un inglés de su época. Sostiene que los "hombres hicieron los reyes para su propio bien y no para el de éstos" (p. 56). De esta situación, entonces, se desprende que la autoridad del monarca es esencialmente humana, y está únicamente dirigida a una concepción del monarca como pastor "que no debe cuidar de sí mismo, que para eso es pastor" (p. 56), sino que debe dedicarse a que los hombres puedan "vivir tranquilos en su trabajo y al abrigo de contratiempos" (p. 56), siendo esencial del monarca ("velar por la prosperidad del pueblo") (p. 56). De ahí que le sea vedado interpretar las leyes en su propio provecho, pues estas leyes están por encima de su autoridad real, y convertirse, más bien, en "el garante del cumplimiento de las leyes" (p. 54).

En el cumplimiento de las leyes el monarca debe trabajar intensamente por velar aquella prosperidad del pueblo —a que me referí antes—, porque el "reinar sobre un pueblo de miserables

no es propio de la equidad de un soberano" (p. 57), y en el modo de su gobierno sería erróneo privar a sus súbditos de sus comodidades, pues si así lo hicieren, les negaría su posibilidad de libertad, y el monarca que así lo hiciere, "no tiene derecho a mandar sobre hombres libres" (p. 57), ya que "los príncipes no tienen ningún derecho sobre los bienes de los ciudadanos" (p. 45).

Como el "poder del príncipe es un manantial de donde manan continuamente sobre el pueblo todos los bienes y todos los males" (p. 34), la prosperidad o ruina de un pueblo depende de las costumbres propias de los monarcas "y éstos no deben dejarse desviar de lo honrado por ningún precio, y no deben ceder a ningún afán o solicitud malvada" (p. 115). De ahí que aunque el monarca se considere como un magistrado vitalicio, puede ser destronado si se hace "sospechoso de aspirar a la tiranía" (p. 75).

Moro, en un pasaje de la obra en comentario, que casi podría aplicarse a su actuación durante el problema del divorcio del rey, sostiene lo siguiente: "Aunque no podáis desarraigar las opiniones malvadas ni corregir los defectos habituales no por ello debéis desentenderos del Estado y abandonar la nave en la tempestad porque no podáis dominar los vientos. Y tampoco sostener una doctrina insólita y desusada ante gente que profese opiniones diversas y a la que no se pueda convencer; preciso que sigáis un camino oblicuo y que procuréis arreglar las cosas con vuestras fuerzas, y, si no conseguir realizar todo el bien, esforzaos por lo menos en menguar el mal. Porque no es posible que las cosas vayan perfectamente a menos que los hombres sean todos buenos, cosa que no espero que suceda hasta dentro de muchos años" (p. 59).

Pero, a pesar de la advertencia anterior, Tomás Moro indica también que no hay deber que obligue tanto como el de ser buen ciudadano (p. 51), y el de éstos de acompañar a sus gobernantes, aunque "no debe hacerse uso de fuerza ni amenazas para imponer un criterio que se crea verdad, y deben respetarse las ideas de los demás" (p. 131). Sin embargo, cierto tono de pesimismo se nota en la obra del Lord Canciller, cuando indica los consejos que los ciudadanos deben dar a los príncipes, porque dice que los reyes —a menos de que sean filósofos como lo indicaba Platón—, tienen embebida e impregnada el alma de ideas perwersas desde la infancia y, sigue diciendo Moro, si yo "propusiera



sabias medidas en la corte de cualquier monarca, si procurase extirpar de su reino los gérmenes de graves males, no creéis que sería expulsado o convertido en objeto de burlas?" (p. 52).

Y, para acabar esta sección, casi con un total pesimismo, dice el consejero del monarca, "ciudadanos sana y sabiamente gobernados no son cosa que se encuentren por doquier" (p. 32). Parece que veía en el futuro un problema angustioso y una definición fatal que debería intentar él en la propia intimidad de su conciencia: el conflicto entre la norma jurídica —que Moro siempre había respetado por su profesión de abogado y su labor de juez— y la norma moral —que respetaba también por su conciencia profunda de cristiano convencido—.

\*  
\* \*

Spinoza, en el Escolio II de la Proposición XXXVII de la Cuarta Parte de su "Ética", dice que "cada uno existe por derecho supremo de la Naturaleza, y, por consiguiente, cada uno hace por derecho supremo de la Naturaleza lo que se sigue por necesidad de la Naturaleza propia; así, cada uno juzga por derecho supremo de la Naturaleza qué cosa es buena o cuál mala y sirve a su interés con arreglo a su complexión". Más adelante en el mismo lugar indicado atrás, apunta: "Así, en el estado natural no puede concebirse el pecado, sino solamente en el estado civil, cuando ha sido decretado con consentimiento de todos lo que es bueno y lo que es malo... por consiguiente, en el estado natural no se puede concebir que se atribuya voluntariamente a cada uno lo suyo, ni arrebatarse a nadie lo que le pertenece; es decir, en el estado natural no hay nada que pueda llamarse **justo** o **injusto**, sino solamente en el estado civil, en que con consentimiento común se ha decretado lo que es propiedad de cada individuo".

De las afirmaciones spinozianas podríamos entonces fácilmente concluir que el derecho es una situación posterior al estado natural del hombre, y que es una serie de convenciones necesarias para formar el estado civil de los individuos, que viene a definir el campo de acción de esos mismos individuos, su propia libertad y a mantener la comunidad en la obediencia al derecho y castigando a quien se rebele contra tal orden. Si estas ideas las

comparamos con lo que por moral entiende el mismo Spinoza —"Entiendo por bueno lo que sabemos con certeza que nos es útil" (Definición I de la Cuarta Parte)—, se nota fácilmente que entre derecho y moral en la época, hay una indiferenciación notable.

En tal problema también cae Bertrand Russell, a pesar de que lo separan varios siglos de Spinoza. Dice Russell que la ética tiene por intento prestar significación universal —y no únicamente individual— a algunos de nuestros propios deseos. La intención anterior se puede llevar a cabo desde dos puntos de enfoque, el del legislador y el del predicador, que el filósofo matemático examina. Para esta cuestión supone que el legislador es desinteresado en la norma jurídica que emite, y que tal norma, en consecuencia, no tiene intereses personales, sino totalmente impersonales. De las anteriores proposiciones Russell llega a la conclusión de que lo virtuoso o moral no es otra cosa que la sumisión a los deseos del legislador, hasta donde el legislador ha considerado que sus deseos son dignos de universalización. La explicación, como se nota, hace depender a la moral del derecho, lo cual, a mi juicio, es erróneo, porque, como es de todos sabido, hay una serie de conceptos que maneja el derecho, que no se explican en virtud del mismo derecho, sino que hay que echar mano de disciplinas ajenas, como sucede con el concepto de justicia, por ejemplo, que para su explicación debe volverse los ojos a la historia, en primer lugar, y luego a la ética.

Para ir intentando la definición de los campos del derecho y la moral, se hace necesario tomar en cuenta la división bipartita clásica de la ética en sus dos componentes fundamentales: la teoría de los deberes y la teoría de los bienes. Los bienes en ética son la serie de valores que forman el contenido de la gama de deberes que impone la moral. De ahí que el Derecho, en ciertos aspectos, pueda tener relación tanto a los bienes como a los deberes morales.

Los valores tienen un orden jerárquico que no puede especificarse de un modo irrevocable y con característica de eternidad universal, y mucho menos someter a prueba tal ordenamiento. Esto es claro de apreciar enjuiciando al derecho desde la coyuntura histórica, donde se aprecia que los fines del derecho y los valores jurídicos, no sólo varían de acuerdo con los estados sociales de los diversos pueblos y las distintas épocas históricas, sino que, además, se enjuician, subjetivamente, de muy diversos modos por las per-



sonas, y de acuerdo con muchos criterios, tales como el sentimiento propio del derecho, concepción del Estado, credo religioso o partido político a que se pertenezca, etc. Y este enjuiciamiento individual del derecho lo hace cada individuo en comunión única consigo mismo, como un asunto que es propio de su propia conciencia.

De aquí se arriba a la distinción más conocida entre derecho y moral, que es la sugerida inicialmente por la Stoa, establecida luego en forma más definida y clara por Thomasius († 1728) y desarrollada después hasta sus últimos extremos por Kant, y que todavía, se puede decir, permanece en vigencia. Resumiendo la teoría indicada, expone ésta que el derecho le corresponde reglar la conducta externa y a la moral la interna; de donde acerca de los valores morales sólo puede decidir la propia conciencia y nunca el orden jurídico imperante.

Si tomamos al derecho como un ordenamiento que creó un tipo especial de convivencia humana, es lógico desprender de él la consecuencia de su exterioridad, sobre todo si se opone al concepto de la interioridad de la moral, porque es con actos externos que se manifiesta la convivencia entre los hombres. También debe notarse que el derecho, en muchos aspectos, se fija en la interioridad del hombre, como cuando dispone sobre la buena o mala fe, la distinción entre dolo o falta, y muchas otras disposiciones jurídicas que ven la decisión interna volitiva del hombre. Pero eso sí, debe notarse que la interioridad del hombre, cuando al derecho le presta interés, tiene importancia por las consecuencias externas que haya producido una determinada decisión interior, y no por ella en sí misma; el fenómeno contrario sucede con la moral, que son los actos exteriores los que se toman en cuenta para su valoración, por lo que éstos significan de las intenciones del sujeto que actuó. De tal modo, pues, lo moral sufre su enjuiciamiento a posteriori, efectuado por los que conviven con quien ha actuado.

El derecho, entonces, como opuesto a la moral —de acuerdo con los criterios kantianos—, no exige para su validez nada más que “legalidad”, o sea, el cumplimiento puramente externo. De aquí puede colegirse que a la ley le interesa únicamente el ser obedecida o cumplida, sin que tal acto de obediencia tenga nada que ver con una convicción de respeto por la tal norma, que es el sentido que el derecho demanda en cuanto a la seguridad jurídica.

sin que interese en la teoría kantiana la esencia del derecho. En cambio, al concepto de “legalidad” en el campo del derecho, se opone a la “obligatoriedad” específica de la moral, sin tomarse en cuenta el problema del derecho que no se sustentará, en su profundidad más íntima, en razones de orden moral. El concepto, pues, de la heteronomía del derecho como contrapuesto a la autonomía de la moral, en algunos aspectos es bastante endeble, porque una “obligación heterónoma es una contradicción lógica, pues no es la norma externa como tal la que puede obligarnos, sino solamente la aceptación de la norma por nuestra conciencia... La heteronomía del derecho significa solamente que la conciencia acepta como propio un complejo de normas desarrollado con arreglo a sus propias leyes, exactamente del mismo modo que la veracidad, como deber de conciencia, se orienta hacia la verdad, regida lógicamente por sus leyes propias. Ahora bien, la obligatoriedad, la validez de aquel complejo de normas, no puede tener otra justificación que la del haber sido aceptadas las normas por la conciencia propia, la de formar parte del contenido de nuestra conciencia” (Radbruch, G. “Introducción a la filosofía del derecho”. Breviarios del Fondo de Cultura Económica, # 42. México, 1951, págs. 54 - 55).

Como vemos, pues, la teoría kantiana lo único que exige del derecho es una legalidad o conformidad de la conducta externa con la norma jurídica, sin ningún otro motivo justificativo. Llevando esta teoría al extremo, esa conducta exterior propia podría adaptarse también al derecho del deber ser, o sea la justicia. La justicia, enfocada así, es lo que Kantorowicz (Kantorowicz, Hermann. “La definición del Derecho”. Traducción por J. M. de la Vega. Revista de Occidente. Madrid. 1964, pág. 93) llama “cuasimoralidad”, o sea, “una conducta puramente externa que, por lo que respecta a su contenido, satisface las normas morales y que, por lo tanto, sería moral si fuera dictada por un motivo digno... Este fenómeno reviste una gran importancia social: la cuasimoralidad constituye todo lo que puede lograrse a través de una reforma social, de una política práctica y de la presión de la opinión pública, si bien es verdad que la moralidad auténtica puede seguir ajustada a la conducta externa, a instancias del propio respeto, en su desarrollo a través del proceso familiar por el que existe la conducta interna” (Kantorowicz, ob. cit., p. 93).



De acuerdo, pues, con el idealismo kantiano, la diferencia entre el derecho y la moral, se vería en el tanto en que la moral tiene su origen en la razón, mientras que el derecho tiene una unión espacio-temporal inviolable, determinado, incluso su contenido, históricamente. “La moral es pura validez; el derecho es simultáneamente fenómeno y validez, una intersección entre la realidad y la idea, o la revelación de una validez de la razón en el mundo de la realidad” (Ross, Alf. “Sobre el derecho y la justicia”, Eudeba. Buenos Aires. 1963. pág. 64).

Petrazycki, según Kantorowicz (ob. cit., p. 95) admite —creo yo que ampliando o interpretando la teoría kantiana—, que existen derechos y obligaciones o deberes en el Derecho, mientras que la moral sólo contiene deberes. Para el autor citado el carácter del derecho es bilateral, o sea, que posee un carácter imperativo-atributivo, mientras que la moral es puramente imperativo, en otras palabras, es formalmente unilateral. A pesar de lo dicho, la situación no corresponde con la realidad y con los hechos, porque el derecho no es siempre bilateral ni la moral únicamente unilateral. Hay que notar ciertas normas —por ejemplo la mayoría de las constitucionales— que son unilaterales y hay ciertos sistemas éticos que dan lugar a la concepción de derechos morales.

Esta teoría kantiana de la explicación de la distinción entre derecho y moral, como apunta Bodenheimer (Bodenheimer, Edgar. “Teoría del Derecho”. Fondo de Cultura Económica. Colección Popular. #60. México 1964. págs. 97 y 98), no es una verdad universal, sino la explicación del fenómeno jurídico en un cierto estadio del desarrollo del derecho, pero, al menos, es la más satisfactoria que puede encontrarse para hacer la diferenciación indicada y, sobre todo, es la que se adapta mejor a la concepción moderna y contemporánea del Estado de Derecho, donde el derecho se convierte —en su forma pura e ideal—, en el único e indiscutible “instrumento de control colectivo externo del estado” (Bodenheimer, ob. cit., pág. 98).

Sin embargo, la teoría kantiana haría imposible la reconsideración “como Austin hizo, del derecho de gentes como ‘moralidad’ positiva internacional, o la admisión, de acuerdo con Gray, de que ‘las doctrinas de moralidad son en gran medida... una fuente importantísima de la cual los jueces extraen, y debieran

extraer, las normas que constituyen el derecho’, o la observación de acuerdo con Pound, de que cuando un tribunal busca una interpretación que proporcione un resultado ‘satisfactorio’ significará en la mayoría de los casos, desde un punto de vista práctico, moralmente satisfactorio”, (Kantorowicz, ob. cit., pág. 92).

En cuanto a la teoría kantiana en comentario, se enfrenta al meditar sobre ella con otro problema: la conducta externa puede imponerse mientras que con la interna sucede todo lo contrario. Lo que puede colegirse de lo anterior es que los sistemas éticos califican el resultado de una determinada actuación del hombre y comparan entre distintas actitudes: la humildad y la soberbia, la castidad y la lujuria, etc., y exaltan una de esas dos actuaciones a la cual se da el nombre de virtuosa mientras que a la otra se le denigra. Con la norma jurídica sucede lo inverso, pues nunca ordena la conducta interna, aunque se trate de problemas como la buena fe, la imprudencia o negligencia, sino que crea un vínculo de conveniencia y convivencia entre dos o más individuos, o castiga la actitud de uno que previamente se haya tenido por ilegal.

La moral también contiene y exige otro requisito indispensable: toda actitud o impulso individual que se vive como moral es desinteresado, en otras palabras, no tiene su fundamento íntimo en una necesidad. La anterior definición adquiere validez y se explica a sí misma, cuando lo moral se vive y practica como un deber, o cuando la moral se aprecia como conciencia del valor o del bien. El deber se presenta en nosotros como un impulso desinteresado de acción, no buscando justificación en ninguna ventaja, sino únicamente por un cumplimiento de sí mismo. No es necesario que el deber se nos presente como justificativo de nuestras inclinaciones “naturales” o “sensuales”, sino que en la mayoría de los casos más bien es una censura de cumplimiento ineludible a actos nuestros de la categoría dicha, como un puro sentido del deber.

Ahora bien, el problema planteado con la relación entre moral y derecho no puede dilucidarse como si la moral y el derecho fueran dos sistemas impositivos de normas semejantes. Hemos visto que entre ellos hay diferencias radicales, pero debe ahora mostrarse la relación que entre derecho y moral existe, tomando a aquél como el instrumento colectivo de la comunidad jurídica



y a ésta como la regla de conducta individual. De esto resulta que entre ambos debe existir una armonía, porque el derecho y la moral tienen su base en la misma tradición histórica y cultural del grupo. Ambas instituciones, pues, se encuentran en una interdependencia e influencia correlativos. La moral es parte de la serie de factores metajurídicos que conforman, junto con otros factores, al derecho y éste, también, es un factor de gran importancia para establecer las actitudes morales. Esto que se afirma anteriormente no indica en modo alguno que en las sociedades reguladas por el derecho, la moral se circunscriba al ángulo estrecho de dictar medidas ideales para el gobierno del alma o conciencia individual, pues más bien sucede todo lo contrario, porque la moralidad crea el establecimiento de una serie de valores jerárquicos supremos, que deben gobernar a la sociedad, pues desde el aspecto individual se proyecta hacia la totalidad de la comunidad, para evaluar la conducta humana individual inmersa en ese todo social, de donde el Derecho resulta la encarnación —en gran parte—, de ideas morales imperantes dentro de la sociedad que regula. Esto nos hace ver, como en ciertos movimientos ideológicos —el anarquismo radical y algunas manifestaciones del ascetismo cristiano—, que niegan al derecho todo valor, de donde lo despojan de su contenido moral, y si se lograra imponer tal situación generalizándola, el derecho no subsistiría únicamente en aras de su pura "legalidad".

En última instancia, aunque la moral tiene un hondo sentido histórico, pues cada sociedad tiene, en general, la moral que le corresponde según su época y momentos históricos y su posición geográfica, no puede aplicarse a las normas morales, como pautas de conducta aprobadas por el individuo en la intimidad de su propia conciencia, el mismo criterio que se aplica al derecho, como si ambos fueran un fenómeno objetivo de similar naturaleza. La moral se basa, de manera primordial, entonces, en una interpretación "metafísica de la conciencia en tanto que revelación de principios a priori, autoevidentes, de la razón" (Ross, Alf. ob. cit., pág. 60). El criterio de aprobación o sanción de la mayoría por un acto individual, entonces, no juega ningún papel en el acto moral, porque es motivo desinteresado, el impulso hacia lo que es "correcto", lo que mueve a alguien a actuar de manera determinada, y en esta actuación debe únicamente ser aprobada por la persona misma, de donde el criterio propio —que puede diferir en muchos casos

del criterio de los otros—, induce a cada persona a actuar de acuerdo consigo misma, aunque de conformidad con el criterio dominante sea criticada en su propio medio.

Tal actitud —que podría calificarse de actitud moral dogmática—, no tiene otro hilo conductor que una obediencia hacia la propia voz de la conciencia "que está dentro de mí". Kant expresa esta situación de manera increíblemente bella en la sección final (Beschluss) de la "Crítica de la Razón Práctica": "Mientras más medito en ellas, dos cosas llenan mi corazón con un temor y una admiración siempre nuevos y crecientes: el cielo estrellado, que está por encima de mí y la ley moral que está dentro de mí". La actitud moral descrita, pues, coloca al hombre por encima de la necesidad, porque la validez de su decisión se basa, en última instancia, en la voz de la conciencia, que es una revelación de validez absoluta a priori, atribuida a Dios o a nuestra conciencia racional suprasensible.

El poder establecido en cada sociedad es quien crea la ley. En la tradición jurídica inglesa tal poder o autoridad lo señala el juez, pues el estatuto promulgado por el monarca —en la época que nos interesa en este estudio—, se acopla voluntariamente al sistema de principios legales que conforman al common-law, y no es sino en este momento que tales estatutos adquieren plenamente el carácter de leyes. En tal sistema, se elabora una relación con la razón "es decir, sólo por la razonada elaboración en función de las ideas, valores y creencias de la comunidad, que se suma la autoridad al ejercicio del poder, ya sea autocrático o democrático. El poder así reforzado por la autoridad adquiere la capacidad de crear leyes rectas y justas haciéndolas legítimas" (Friedrich, ob. cit. págs. 293-294).

La autoridad de la ley, en última instancia, se basa en que sea razonable, es decir, en la justicia de la misma, mientras que la legitimidad de la norma depende de que se conforme con el derecho, y su legalidad que esté de acuerdo con las leyes positivas. Tal situación es la misma si se aplica a los titulares de la autoridad, o sea el soberano gobernante. "Su legalidad es cuestión de ley positiva, en particular de ley constitucional, si es que tal ley existe; su legitimidad es cuestión de derecho y justicia, y su autoridad, materia de razón, es decir, de su capacidad para comprender las



ideas, los valores y las creencias de los miembros de la comunidad" (Friedrich, ob. cit., págs. 295-296). Puede decirse, en conclusión, que la infracción de la ley en última instancia es un ataque al orden legal como una consecuencia de la poca autoridad de la ley y de quienes la aplican. Esta carencia de autoridad también afecta la eficacia del castigo. Si el castigo no se tuviera como justificado, entonces se considerará arbitrario, y se iniciará, nuevamente, un orden de subversiones al orden legal. "Por tanto, el orden que todo sistema legal trata de realizar no deberá estar en oposición a la justicia, como si fuera un valor rival, ni mucho menos ser opuesto por encima de ella. Pues la justicia y el orden son... interdependientes. La comunidad legal no podrá realizarlos sino conjuntamente" (Friedrich, ob. cit., pág. 309). Esto nos demuestra claramente que el hombre todavía no ha llegado a un estadio tal como para llegar a concebir un sistema en que la ética sustituya a la autoridad, al ejercicio del derecho y a los medios coercitivos que emplea éste para hacer valer su eficacia y autoridad.

El enfrentamiento de las dos formas de reglar la conducta humana, entonces, deviene dentro de una definición que cae en la moral. En la época de Moro se enfrentaron dos tesis: el nacimiento de un estado absoluto, o al menos el intento de crear ese Estado, y un sentimiento de vida distinta. Dentro del Estado totalitario se confunden la moral y el Derecho, y hay un momento en que el derecho se disfraza de moral al reconocer ciertas reglas de moralidad política y social como normas jurídicas. Aunque el individuo se oponga a tales preceptos morales —sobre todo en una época de transición—, no puede negársele a tales principios guías o sistema de valores el nombre de una nueva moral. En tal ordenamiento jurídico, entonces, se considerará inmoral todo acto contrario a los objetivos supremos de ese estado y castigará severamente a quienes osen no acatarlos. El derecho, en tal momento de tránsito, pierde su racionalidad y precisión, y al estar en tal momento, no cumple sus fines últimos como son los de aclarar y definir derechos y obligaciones individuales y sobre todo, el ámbito del poder de la autoridad. "So capa de realizar una idea moral, se somete y da paso al ejercicio arbitrario de un poder autocrático por parte de los gobernantes de la sociedad totalitaria" (Bodenheimer, ob. cit., págs. 100-101).

En el caso que ahora nos ocupa, Enrique VIII y Tomás Moro, se enfrentaron dos grandes hombres, uno que preconizaba la nueva idea del Estado y el otro la concepción eterna de la moral cristiana. Al primero lo caracterizó la independencia o indiferencia ante el juicio moral y al segundo, al contrario, el apego ante una norma absoluta y eterna. La moralidad para Tomás Moro significó una lucha contra el mal y ese mal fueron las nuevas formas jurídicas dictadas por el monarca. El mal se convirtió en una continua insidia contra un modo de vida, contra la unidad de la vida y, a la vez, representó para Moro una guerra declarada contra la libertad espiritual; para Moro el bien es el continuo establecimiento y fortalecimiento de la verdad, y por lo mismo de su propia libertad. Para redimirse de la servidumbre del derecho nuevo —puesto que, en su dureza, pretendía el aplastamiento de todo un orden íntimo—, Moro no encontró más modo ni salida que el de elevarse sobre ese derecho a la alta vida moral, donde los obstáculos que encontraba más bien se convertían en instrumento de su propia fuerza interior.

El orden moral, como orden íntimo, se sobrepuso sobre el nuevo orden jurídico y así sucede siempre, cuando el orden interior de convencimiento propio se enfrenta con el orden exterior jurídico —producto de una autoridad que pretende interpretar la moral de todo un conglomerado—, y ese orden moral en su imposición individual, acoge con orgullo y satisfacción su victoria, aunque sea a costa de la propia vida individual física.

El fundamento de las ideas en Moro, fue, pues, su ferviente deseo de libertad, claridad, pureza, sencillez y reposo. Era el viejo ideal al que la riqueza de su pensamiento dio nueva vida. Sin libertad, la vida deja de ser vida, porque se pierde uno de sus elementos fundamentales: la tranquilidad que destruye el reposo, y no hay libertad sin reposo. El hecho de que a Moro le costara tanto acercarse a la corte del monarca nos indica su urgente necesidad de perfecta independencia. Cada compromiso, aún los compromisos temporarios, se convirtieron para Moro en una amarra. Y la última de las amarras la disolvió con la ofrenda de su vida, en aras de su libertad de conciencia.

En toda la vida de Moro, y en la coronación con la muerte de toda su trayectoria de independencia, se nota ese deseo de



espontaneidad libre dentro de los cánones de su propia moral. Y a la hora de definir su propia existencia, en la forma más auténtica que puede hacerse en esa definición, que es perder la propia vida, Moro confirmó su propio ideal y abjuró del nuevo derecho. Una norma moral puede destruir al derecho.

En la época de Moro, donde se enfrentaron dos personalidades con dos ideales diferentes —la creación de un estado y la definición de una moral propia y auténtica—, se hizo bien claro y patente aquello que con tanto acierto nos recuerda el Doctor Murray, que una tragedia no es un conflicto entre el bien y el mal —pues sería obvia la solución del nudo problemático—, sino un conflicto entre el bien y el bien.

\*

\* \*

Finis

## ALGUNOS ASPECTOS DE LA DISTRIBUCIÓN DEL PODER POLÍTICO EN COSTA RICA<sup>1</sup>

Por SAMUEL Z. STONE  
Doctor en Sociología

Las ideas sugeridas en estas páginas brotan de ciertas inquietudes que surgen en torno a investigaciones realizadas sobre la clase de grandes cafetaleros de Costa Rica.<sup>(2)</sup> El propósito de dicho estudio fue el de esclarecer el proceso de la evolución de la clase, comprendiendo las etapas de su nacimiento, su auge, sus subdivisiones y la trayectoria actual de su ocaso. Fue este el grupo que permitió a la nación pasar de la posición económica más atrasada del Continente en 1821, al rango de primera potencia en el Istmo de la América Central medio siglo más tarde. Los hechos fundamentales que explican cómo los cafetaleros pudieron efectuar tal transformación, fueron su posesión del poder político y su preponderancia económica en relación con el resto de la población. En este sentido, el presente estudio, así como las mencionadas investigaciones anteriores, constituyen un análisis de la distribución del poder en la sociedad nacional.

Una de las mayores interrogantes que salieron a la luz en el transcurso de las investigaciones, concierne a la relación, que aparentemente siempre ha existido, entre los nexos de la sangre y el poder político. Dicha relación fue sumamente estrecha durante la época colonial, y curioso es notar que ha continuado signifi-

(1) El presente artículo se fundamenta en gran parte sobre otros dos en el proceso de publicación, uno, que lleva el mismo título, en *Cahiers des Amériques Latines* de la Universidad de París; y el otro, "Aspects of Power Distribution in Costa Rica", a publicarse en la nueva edición de *Contemporary Societies and Cultures of Latin America*, (New York, Random House 1965), editado por el Dr. Dwight B. Heath. El autor agradece el permiso de ambas partes para utilizar el material aquí presentado.

(2) SAMUEL Z. STONE. "Los Cafetaleros: un Estudio de los Grandes Caficultores de Costa Rica". *Revista de Ciencias Jurídicas*. Universidad de Costa Rica, N° 13, Junio 1969. Dicho artículo se fundamenta sobre una disertación doctoral presentada ante la Facultad de Letras y Ciencias Humanas de la Universidad de París en 1968. El trabajo original lleva el mismo título y el presente artículo encuentra allí parte de su documentación.



cantemente, pero con otros matices. Es por esto que en el presente trabajo nos hemos interesado en tratar un poco más a fondo el fenómeno. Con tal propósito, consagraremos algunas páginas a analizar someramente el significado para el país de una clase política de donde salieron los Cafetaleros, entendiendo por "clase política" una agrupación social de donde se recluta la mayoría de los que ejercen las funciones de gobierno de una sociedad.<sup>(3)</sup> Luego trataremos de determinar, mediante un estudio de los orígenes sociales de los diputados electos al Congreso, el significado actual de dicha clase dentro de la sociedad moderna, así como el papel que hoy en día juegan los nexos de la sangre en las consideraciones políticas.

### La Distribución del Poder en la Sociedad Colonial: una Elite Política y Económica

Las investigaciones realizadas sobre la distribución del poder y de la riqueza en la sociedad colonial, permiten ver que un pequeño grupo de familias hidalgas adquirió, desde los primeros días de la Conquista, el control de la provincia. Este control se ejerció sobre el nivel político, en donde la Corona reservó el acceso a los puestos importantes a los miembros de la hidalguía. En lo económico, muchos miembros de esta misma clase poseían importantes medios que, en conjunto con su poder político, les ofrecían las mejores oportunidades de inversión. Fue por esto que durante el período colonial este grupo se dedicó a la actividad más lucrativa: el cultivo del cacao.

Esta élite política, económica y social hacía marcado contraste con el resto de la población, que subsistía gracias a una agricultura primitiva. Dos razones fundamentales explican tal situación: por un lado, la ausencia de suficientes indios para la constitución de una fuerza de trabajo importante; por el otro lado, la relativa escasez de oro, que se tradujo por la atracción a la provincia de modestos colonizadores interesados principalmente en la agricultura. Fue por esto que la mayoría de las personas que inmigraron a Costa Rica, provenían de las humildes clases campesinas, (generalmente de Andalucía)<sup>(4)</sup> atraídos por la idea de llegar

(3) RAYMOND ARON. "Social Class, Political Class, Ruling Class." Reinhard Bendix and Seymour Martin Lipset, *Class, Status and Power*. Londres 1967. Páginas 201-209.

(4) VICTOR SANABRIA MARTINEZ. *Genealogías de Cartago hasta 1850*. San José, 1957. Tomo I. Introducción.

a ser propietarios de tierra. Aún antes de emprender el viaje, sabían que tendrían ellos mismos que trabajar la tierra, y que la provincia de su escogencia no los apremiaría, ni con gloria ni con riqueza. Para la precitada élite, las plantaciones de cacao estaban particularmente adaptadas para tal situación, puesto que requerían muy poca mano de obra.

Sin embargo, el verdadero significado de la concentración del poder que hemos señalado, no puede comprenderse fuera del contexto de la reducida población colonial. Para fines de ilustración, a continuación presentamos el cuadro de la evolución demográfica durante la época colonial:

### CUADRO I

Evolución de la Población de Costa Rica según los Censos entre 1522 y 1801

Año	Españoles	Indios	Negros	Mestizos	Mulatos	Total
1522	—	27.200	—	—	—	27.200
1569	113	17.166	30	—	170	17.479
1611	330	14.908	25	25	250	15.538
1700	2.146	15.489	154	213	1.291	19.293
1720	3.059	13.269	168	748	2.193	19.437
1741	4.687	12.716	200	3.458	3.065	24.126
1751	7.807	10.109	62	3.057	2.987	24.022
1778	6.046	8.104	94	13.915	6.053	34.212
1801	4.942	8.281	30	30.413	8.925	52.591

Fuente: Bernardo Augusto Thiel. "Monografía de la Población de la República de Costa Rica durante el Siglo XIX." *Revista de Costa Rica en el Siglo XIX*. San José 1902. Página 8.

Este cuadro explica en una importante medida la preponderancia de la élite que hemos descrito, y al respecto, caben tres observaciones. En primer término, en el momento de la Independencia, la nueva República contaba con menos de 60.000 habitantes, y por razones obvias, se facilitó enormemente la propagación de la élite dentro de una sociedad tan reducida. Viene al caso señalar que aún en los albores del siglo 20, la República contaba



con solamente 300.000 habitantes, y San José, la actual capital, con 50.000. En segundo lugar, es importante recordar que la inmigración a la provincia, que recibió su más fuerte impulso durante el siglo 18, se debió en gran medida al hecho que la Corona estimuló el traslado al Nuevo Mundo, de familias campesinas y labradoras. El territorio de Costa Rica, como se ha visto, presentaba una de las pocas regiones atractivas para aquellos que, no provenientes de la hidalguía, y sin grandes ambiciones, podían no obstante tener la ilusión de llegar a ser propietarios de tierra. En última instancia, cabe señalar que el aislamiento del territorio fue un factor de primera importancia en el fomento de la condición social que hemos descrito: afectó las divisiones de una sociedad que difícilmente pudo enterarse de lo que ocurría en el resto del Istmo. Aún en el siglo 19, Costa Rica se encontró separada de Guatemala, la sede de su propio gobierno, por un viaje de tres meses a caballo. Por esta misma razón, el Obispo de Nicaragua, de quien dependía Costa Rica, pudo efectuar únicamente 11 visitas a la desdichada provincia entre 1607 y 1815, a veces con intervalos de hasta 33 años.<sup>(5)</sup>

Las consecuencias de tal situación, como hemos dicho en otra parte,<sup>(6)</sup> fueron varias, y cabe repetirlas por el significado que tienen para la comprensión de la sociedad nacional moderna. Primeramente, citemos la distribución de la tierra en pequeñas parcelas que un hombre solo puede trabajar. Este factor guarda una estrecha relación con la estabilidad política tradicional. En segundo lugar, por falta de almas indígenas para convertir, el territorio tuvo un clero reducido. Por lo tanto, no es coincidencia que la Iglesia Costarricense nunca haya sido el punto de enfoque de violentos debates y luchas de índole política, como en otras partes del Continente. También por falta de indios para conquistar, la provincia siempre tuvo un ejército insignificante, lo que puede explicar la falta de entusiasmo por consideraciones de naturaleza militar. Finalmente, los sencillos requerimientos de tal sociedad nunca dieron lugar a un artesanado. En resumen, la sociedad podía dividirse en dos categorías: la élite anteriormente descrita (es decir, la hidalguía), y el resto de la población, de una miseria extrema.

(5) BERNARDO AUGUSTO THIEL. "La Iglesia Católica de Costa Rica durante el siglo 19." *Revista de Costa Rica en el Siglo 19*. San José, 1902. Páginas 303-305.

(6) STONE. Op. Cit. Páginas 173-175.

Ya hacia finales de la época colonial, la manera de actuar, tanto de la Corona como de Guatemala, tuvo como consecuencia el estancamiento de la vida económica, hasta el punto en que aún el cultivo del cacao tuvo que ser abandonado. Por tal motivo, la hidalguía, siempre conservando su preponderancia política, se vio obligada a reducir su tren de vida, lo que se tradujo por una distorsión entre su modo de vivir relativamente modesto, y su posición social y política de primer rango. Los gobernadores mismos se vieron obligados, en algunos casos, a cultivar la tierra para poder sobrevivir. Así, al final de la época colonial, este nivelamiento económico había favorecido el acercamiento de las dos categorías sociales, y el conjunto de la sociedad presentaba un aspecto igualitario notable. No obstante, la élite subsistía, y gracias a su poder político, iría a convertirse en el motor de la expansión económica. Dicho motor encontraría en el café su carburante. De esta clase, por lo tanto, después de la Independencia, saldrían los cafetaleros.

La manera en que el grupo surgió y llegó a emprender el cultivo del café y los efectos que tuvo esta actividad sobre la sociedad y sobre la economía, han sido ampliamente discutidas en otras ocasiones.<sup>(7)</sup> Como consecuencia de las exportaciones de café, se elevó la posición económica de los Cafetaleros, así como la de la clase de donde salieron, a un nivel en concordancia con sus altos puestos políticos y sociales. Esto a su vez permitió a la nueva nación salir del estancamiento económico en el cual se encontraba desde finales del siglo 18.

### Las Subdivisiones de la Elite Cafetalera

Fue hacia mediados del siglo 19 que el cultivo del café conoció su auge. A medida que permitía una prosperidad creciente, los miembros de las familias de los primeros cafetaleros y de otras familias de la clase política, invertían más y más en el negocio, librándose así una fuerte concurrencia entre ellos. Por este motivo, la clase se dividió en varios grupos, todos pertenecientes a las mismas familias, y el poder político llegó a ser el objeto de disputa entre ellos. El siglo 20 marcó el advenimiento de varias fuerzas tendientes a introducir cambios en la situación existente. La primera se manifestó con la instalación en el país de la United Fruit Company. Dicha empresa, que se dedica al cultivo del banano,

(7) Ibid.



ofreció salarios elevados para atraer a los peones cafetaleros hacia las zonas bananeras de la costa atlántica. El peón, sin embargo, no pudiendo soportar ni el clima ni las condiciones del trabajo bajo el empresario extranjero, pronto regresó a los cafetales; pero el hecho de conocer entonces un salario inferior al que recibía de la empresa bananera, provocó en él un resentimiento hacia el patrón cafetalero. Fue hacia la misma época cuando el peón obtuvo cierta autonomía política con la introducción del sufragio secreto. Luego vino la gran Depresión de 1929, y con ésta la instalación en el país del Partido Comunista. Dichos acontecimientos y una tasa creciente de escolarización nacional, hicieron al peón aún más consciente de las posibilidades de cambio. Esto obligó a los grupos precitados, que en distintas ocasiones ocuparon el poder, a prestar atención a las necesidades de las clases trabajadoras, y es casualmente a raíz de la aparición de dichos factores de cambio, que empiezan a desarrollarse claramente las variadas pero concretas ideologías políticas. Por lo tanto, por consideraciones económicas y políticas, los referidos grupos empiezan paulatinamente a definir su posición con respecto a las ideologías, y el personalismo que prevaleció hasta la Segunda Guerra Mundial, comienza la trayectoria de su ocaso.

Los intereses de las clases trabajadoras fueron, por consiguiente, un importante factor motivador del proceso anteriormente descrito, lo que tuvo como consecuencia el que los partidos políticos representantes de los diversos grupos, se comprometieran en campañas para favorecer a las clases inferiores y para efectuar una redistribución de la riqueza nacional. Así se introdujo un salario mínimo y un código del trabajo, y a partir de la gran depresión de 1929, *grosso modo*, la legislación social en Costa Rica se ha visto estimulada por casi todas las tendencias políticas, tanto de derecha como de izquierda.

Cabe mencionar que durante el proceso de subdivisión de la clase de donde salieron los cafetaleros, que empieza hacia finales del siglo 19 y que sigue hoy en día, los mencionados grupos han tendido a diversificar sus actividades económicas. El café sigue siendo la de mayor importancia, pero la legislación social descrita ha sido, muy a menudo, a expensas de su producción, y ésta, dicho sea de paso, también sufre de un mercado mundial en deterioro. Por lo tanto, los grupos cafetaleros han tendido, en una importante me-

didada, a experimentar una merma en su preponderancia económica. Además, todos los grupos de la comentada clase política, cualesquiera que fueran sus actividades económicas, tienden más y más a perder su poder político. Esto se debe, en parte, a la misma legislación social, que desde la década de los 1930, está en el proceso de hacer del Estado una potencia burocrática poderosa, efectivamente bajo el control de ningún grupo. Por otra parte, también se debe a la llegada a la escena política de otros grupos en el siglo 20, a quienes veremos más adelante. En todo caso, la clase política de donde salieron los Cafetaleros sigue existiendo. Su influencia en la vida política tiende a disminuir en nuestros tiempos, pero la evolución de sus componentes es clara: durante la época colonial fue muy unida, dedicándose la mayoría de sus miembros al cultivo del cacao; durante el siglo 19, una importante parte de ellos se dedican al café, y brotan las primeras subdivisiones; durante el siglo 20, estas subdivisiones se traducen por el hecho de que muchos se dediquen a actividades otras que el café, y que incluyen la ganadería, la abogacía, la medicina, etc.

Hasta aquí el panorama de la evolución de la clase política costarricense. Si bien todavía existe, su significado dentro del contexto de la vida política nacional ha cambiado. Una manera de apreciar este cambio es mediante el análisis comparativo de la influencia de las grandes familias costarricenses en el presente y en el pasado. Con estos fines, nos consagraremos en las siguientes páginas a abordar dicho problema desde tres puntos de vista. En primer término, confirmaremos a través ciertas descendencias, la existencia de la clase política. Luego mediremos, al nivel de la Asamblea Legislativa, su influencia actual con su poder de antaño. Finalmente, veremos el significado para la clase, de las subdivisiones que hemos mencionado. Todo esto permitirá a la vez establecer la relación entre los nexos de la sangre y la vida política nacional.

### La Clase Política: Importancia de los Nexos de la Sangre

La presencia de la clase política se puede apreciar a través de las descendencias de algunas pocas familias hidalgas que se establecieron en Costa Rica durante la época colonial. Efectivamente, como lo hemos señalado en otra parte,<sup>(8)</sup> se pueden encon-

(8) Ibid. pp. 205-207.



trar 33 de las 44 personas que han ejercido la Presidencia de la República desde la Independencia, en solamente tres de estas familias: la del Conquistador Juan Vázquez de Coronado, la de don Nicolás de González y Oviedo y la de don Antonio de Acosta Arévalo. Se hace aún más patente la existencia de la referida clase política, llevando el análisis al nivel de la Asamblea Legislativa. El Anexo A en el Suplemento de esta edición presenta a los diputados en la descendencia de Juan Vázquez de Coronado. Hemos a la vez señalado los Presidentes en esta familia: contamos 18 Presidentes y aproximadamente 230 diputados.

Caben varias observaciones sobre este Cuadro. Uno de los factores que tienden a explicar por qué esta clase ha podido mantener su preponderancia durante tanto tiempo, es que la Capital, hacia donde tienden a gravitar los políticos de importancia en una escala nacional, es el único centro económico, político y social importante. Este hecho ha excluido la organización de grupos rivales en otras zonas geográficas del país, y consiguientemente de otros linajes. También es necesario mencionar el matrimonio. La retención del poder por la hidalguía y por sus descendientes fue enormemente facilitado por los matrimonios contraídos dentro del grupo. Joseph Schumpeter atribuye a este mismo factor la preponderancia de la familia alemana de Hohenstaufen durante los siglos 12 y 13.<sup>(9)</sup> En Costa Rica, los matrimonios se contraen a una edad relativamente temprana, y dentro de la clase política precitada, a menudo se manifiesta una concurrencia entre los padres de familia para fomentar los noviazgos de sus hijos con los hijos de las familias de su escogencia. Un examen cuidadoso de este cuadro demuestra que los matrimonios entre miembros de la clase han continuado aún hasta nuestros días. Quizás la manera más gráfica de demostrar esto sea a través de la lista de las primeras grandes familias cafetaleras, presentada en el Anexo B del Suplemento.<sup>(10)</sup> Allí puede apreciarse que una tercera parte desciende de Acosta Arévalo y otra tercera parte de Vázquez de Coronado. Además, la cantidad de cuñados y concuños es asombroso. Para no citar más que unos ejemplos ya mencionados en otra parte:<sup>(11)</sup> Juan Rafael Mora Porras fue cuñado de José María

Cañas, de José María Montealegre Fernández y de Toribio Arángüello; fue también yerno de Manuel Aguilar Chacón. José María Montealegre fue cuñado de los tres hermanos Mora Porras, y su hermana Joaquina fue casada con el ex Presidente Bruno Carranza Ramírez, hermano del caficultor Domingo Carranza Ramírez y de Froilana, casada con el caficultor y ex Presidente Braulio Carrillo Colina. La relación de cuñado existía entre Eusebio Rodríguez y Juan Mora Fernández, entre Narciso Esquivel Salazar y Nicolás Sáenz Ulloa, Gordiano Fernández Ramírez y Pío Joaquín y Santiago Fernández Hidalgo (que eran además primos hermanos), Hilario Zeledón Masís y Juan Mora Fernández, José María Jiménez Carranza y Gordiano Fernández Ramírez, Nicolás Sáenz Ulloa y Manuel José Carazo Bonilla, José Rafael de Gallegos Alvarado y Nicolás Sáenz Ulloa, etc.

Una manera de apreciar cómo esto ha continuado es mediante una comparación de los diputados en las descendencias de Vázquez de Coronado y de Acosta Arévalo. Caben sobre este punto dos observaciones: en primer término, 65 diputados aparecen en ambas, y muchos de éstos son personas que aún viven o que han fallecido recientemente. Esto indica que los matrimonios dentro de la clase han continuado. En segundo término, cabe notar que muchos diputados descienden por el mismo antecesor por más de una vía. En el caso de Vázquez de Coronado, 44 descienden por dos vías y 9 por tres. Volviendo al Anexo B, puede apreciarse la relación entre la clase política y los Cafetaleros, puesto que casi las tres cuartas partes de los primeros cafetaleros ejercieron puestos políticos importantes. Estos los hemos señalado con una "P". La clase política ha sido, por consiguiente, un grupo muy endógamo, difícilmente accesible para los que en ella no hayan nacido. Para éstos, prácticamente la única vía de acceso ha sido el matrimonio.

### Importancia de la Clase Política, Pasado y Presente

Este panorama de la clase política a los niveles del Poder Ejecutivo y Legislativo, sin embargo, no permite verdaderamente juzgar su significado dentro del contexto de la vida política nacional. Para obtener una idea más exacta, es preciso entrar en más detalle a analizar la composición de la Asamblea Legislativa. Esto lo

(9) JOSEPH A. SCHUMPETER. *Social Classes and Imperialism*. New York 1966. Página 116.  
(10) Aunque esta lista se haya publicado en Stone 1969, la presente está más completa e incluye a los descendientes de Vázquez de Coronado además de los de Acosta Arévalo.  
(11) STONE, Op. Cit. pp. 193-194.



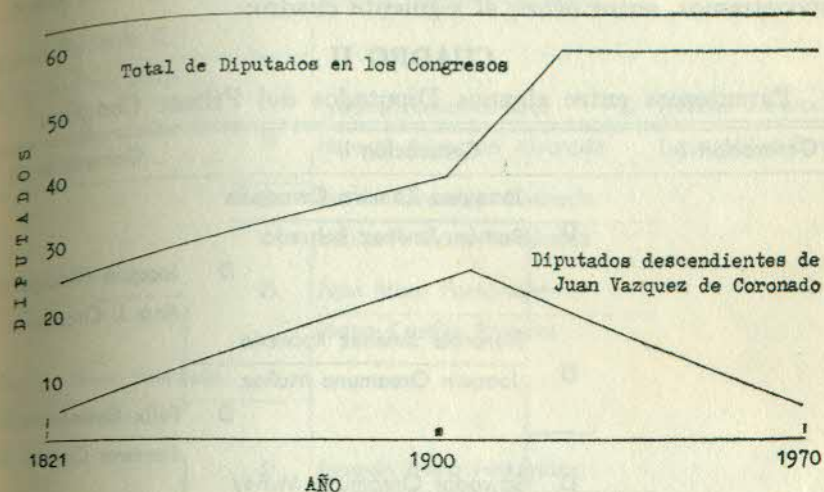
hacemos con el propósito de medir la influencia evolutiva de la clase, comprendiendo a todos los grupos mencionados. Efectivamente, en las dos descendencias mencionadas encontramos 380 de los 1300 diputados que ha tenido la República desde 1821.<sup>(12)</sup> Si a ésto se le agregan los 140 que descienden de Jorge de Alvarado (hermano del Conquistador de Guatemala, Pedro de Alvarado) y los 40 que vienen de Nicolás González, se constata que de las 4 familias provienen 550 diputados. Como hemos señalado, sin embargo, tal ha sido el grado de endogamia que muchos descendientes, tres y hasta cuatro veces de uno de estos progenitores; si se cuenta cada diputado solamente una vez, la colectividad de las 4 familias citadas ha generado únicamente 350 diputados. Haciendo una estimación conservadora, podríamos decir que si a éstos le agregamos los diputados descendientes de unas 5 familias adicionales, encontraríamos que alrededor de la mitad ha sido reclutada de la clase.

Para medir la influencia evolutiva de esta clase, nos hemos limitado a hacer nuestro enfoque a través de la óptica de una sola descendencia, cual es la de Juan Vázquez de Coronado. Hacemos esto por tratarse dicha familia de la más importante, numéricamente hablando, y ésto, dicho sea de paso, por ser la más vieja. En la sección A de esta descendencia (ver Anexo A del Suplemento) aparece el nombre de Ramón Jiménez Robredo en la novena generación, junto con todos los diputados descendientes de él hasta el presente. En el Anexo D del Suplemento hemos distribuido a estos descendientes, por generaciones, en los congresos en que han ejercido sus funciones de diputados. Al hacer lo mismo con los diputados de todas las otras secciones en el Anexo A, desde B hasta V, y al sumar a todos los descendientes de Vázquez de Coronado en cada congreso, obtenemos unas cifras que nos permiten medir la influencia de esta familia al nivel de la Asamblea Legislativa, comparando su trayectoria con la totalidad de los diputados en cada congreso desde 1821 hasta 1970. Dicha comparación aparece en el Gráfico I.

(12) Véase la lista de los 1300 Diputados en el Anexo C del Suplemento.

## GRAFICO I

Importancia de los Descendientes de Juan Vázquez de Coronado en la Asamblea Legislativa.



Este gráfico sirve, obviamente, sólo para fines esquemáticos. El gráfico detallado de dicha evolución es demasiado vasto para ser incluido aquí. Permite, sin embargo, hacer los comentarios pertinentes para nuestro análisis.

En primer término, recordemos una vez más que se trata de una sola familia de la mencionada clase política. La curva del conjunto de estas familias sería una curva aproximadamente paralela a la de la familia de Juan Vázquez de Coronado, pero, naturalmente más alta.

La primera cuestión de interés en el Gráfico es la trayectoria del ocaso de la familia poco después de principios del siglo 20. Para comprender esto, es preciso remontar en la historia a la época de los primeros congresos. El primer congreso consistió de 28 diputados, cuyos nombres reproducimos a continuación:

Pedro José Alvarado Baeza	Ramón Jiménez Robredo
Manuel Alvarado Hidalgo	José Santos Lombardo Alvarado
Rafael Barroeta Castilla	Juan de los Santos Madriz Cervantes
Nicolás Carazo Alvarado	Juan Mora Fernández
Nicolás Carrillo Aguirre	Pío Murillo Gutiérrez
José Nereo Fonseca	Francisco Navarro
Félix de Jesús García	Félix Oreamuno Jiménez
José Antonio García	Joaquín Oreamuno Muñoz
Joaquín Hidalgo Muñoz	Salvador Oreamuno Muñoz
Joaquín Iglesias	José Nic. Oreamuno Sancho



Rafael Francisco Osejo  
Manuel María Peralta López  
Blas Pérez Reyes  
Joaquín Bruno Prieto Ruiz

Tomás Prieto Ruiz  
Gregorio Ramírez Castro  
Ricardo Quesada  
José Ana Ulloa Guzmán

Si analizamos las relaciones de sangre al interior del grupo, encontramos, entre otros, el siguiente cuadro:

### CUADRO II

#### Parentezcos entre algunos Diputados del Primer Congreso

Generación I	Generación II	Generación III
	Joaquina Zamora Coronado	
D	Ramón Jiménez Robredo	D Joaquín Hidalgo Muñoz
	Florencia Jiménez Robredo	Ana J. Oreamuno Jiménez
D	Joaquín Oreamuno Muñoz	D Félix Oreamuno Jiménez
	Salvador Oreamuno Muñoz	Ramona Carazo Alvarado
Francisco Carazo B.		D Nicolás Carazo Alvarado
Ana Alvarado Baeza		Escolástica Peralta López
D P. J. Alvarado Baeza	José M. Peralta Vega	
J. A. Alvarado Baeza	1) Ana Alvarado Oreamuno	D Manuel M. Peralta López
Bartola Oreamuno	2) Ana B. López	Ana Echeverría Fajardo

Fuentes: Principalmente Víctor Sanabria Martínez. *Genealogías de Cartago hasta 1850*. San José, 1957.  
D= Diputado del Primer Congreso.

Por lo tanto, aquí tenemos a ocho diputados del primer congreso, íntimamente relacionados los unos con los otros, por la sangre. Este subgrupo representa casi la tercera parte del congreso. De la misma manera encontramos otros grupos en este mismo congreso, y para demostrar la continuidad de dicha situación, presentamos en el siguiente cuadro uno de los otros subgrupos, pero mostrando a la vez los parientes cuyos nombres aparecerán en los congresos subsiguientes.

### CUADRO III

#### Parentezcos entre algunos Diputados de los Primeros Congresos

Generación I	Generación II	Generación III
	D Rafael Barroeta Baca	
	Rosario Guardia Gutiérrez	
D Rafael Barroeta C.		
Barbara Díaz Baca	Rosalía Barroeta Baca	D Manuel Alvarado B.
	D Manuel Alvarado Alvarado	Lucía Millet Porras
	D Benito Alvarado Alvarado	
	María P. Mora Fernández	
	D Juan Mora Fernández	
	Juana Castillo Palacios	
José M. Mora Valverde		
Lucía Fernández	D Joaquín Mora Fernández	
	Pilar Bonilla Nava	
	Feliciana Mora Fernández	
	D Eusebio Rodríguez Castro	
		D Juan R. Mora Porras
		Inés Aguilar Cueto
		D José M. Mora Porras
		Felipa Montes de Oca
		D José J. Mora Porras
		Dolores Gutiérrez P.
Dionisio Mora Valverde	D Camilo Mora Alvarado	
Luz Alvarado	Ana Benita Porras	Ana M. Mora Porras
		D José M. Montealegre F.
		Rosa Mora Porras
		D Man. J. Gutiérrez P.
		Juana Mora Porras
		D José A. Chamorro G.

Fuentes: Principalmente Víctor Sanabria Martínez. *Genealogías de Cartago*. San José, 1957.



Este proceso sigue pero los ejemplos mostrados bastan para ilustrar la idea. Lo que conviene retener es que durante el siglo 19, la composición de los congresos siguió generalmente las mismas líneas, reclutándose una parte muy importante de los diputados, a menudo más de la mitad, de la clase política. Esta clase estaba, a su vez, dividida en grupos, por familias, y generalmente apareados estos grupos entre sí. El resto de los diputados eran personas relativamente desconocidas en los grandes centros urbanos, y representaban familias en ciudades no de la importancia de Cartago y San José. Al interior de estas familias rurales y de ciudades secundarias, se observa un proceso de transmisión del poder similar al que hemos descrito para la clase política nacional. A veces, las familias de la clase política nacional estaban ligadas por la sangre a familias de ciudades secundarias, como Heredia. A continuación un ejemplo:

#### CUADRO IV

Parentesco entre familias de la Ciudad de Cartago y la de Heredia durante el Siglo 19

Ciudad	Generación I	Generación II
Heredia	Carmen Solares Sandoval	D Juan José Ulloa Solares
	Rafael Moya Murillo	
	Florencia Solares Sandoval	D Matilde Ulloa Solares
	Nicolás Ulloa	
Cartago	María Teodora Ulloa	D Joaquín Lizano Gutiérrez
	Juan José Bonilla Herdocia	
	Tranquilino Bonilla Herdocia	
	Sinforsosa Peralta López	

Fuentes: Principalmente Víctor Sanabria Martínez. *Genealogías de Cartago hasta 1850*. San José, 1957.

D= Diputado

Se encuentran varios casos como el que se presenta en el Cuadro IV, en donde una familia de una ciudad de importancia relativamente secundaria, tiene parentezcos con la clase política "capitalina", pero no es muy frecuente. La base del acceso al poder para estas familias merece un estudio detallado. Sin duda, la explicación se encuentra en parte en las divisiones geo-políticas del país. A medida que estas divisiones se llevaban a cabo, la élite que forma la base de este trabajo, tuvo que permitir una representación política a los habitantes de las nuevas zonas. Por consiguiente, las familias que allí surgieron fueron las más influyentes de su localidad.

Esto conduce a una consideración de la naturaleza del poder de la clase política nacional o "capitalina": su fuerza durante el siglo pasado radicaba casualmente en el hecho que las familias venían de únicamente dos regiones, que eran Cartago y San José. (Existen importantes excepciones como la familia de Don Nicolás de González y Oviedo). Pero además de esto, constituían, por lo general, una mayoría en el congreso. Por el otro lado, si los diputados no provenientes de estas familias eran importantes, numéricamente hablando, representaban a grupos cuya importancia no desbordaba límites muy regionales en áreas muy dispersas.

#### La Descentralización del Poder

Hemos hablado de la disminución progresiva del poder político de la élite. Dicha disminución se ha visto acelerada por las subdivisiones que han ocurrido entre los miembros de la clase. En el momento de la Independencia, la capital de Costa Rica era Cartago, pero debido al crecimiento de la ciudad de San José, fue incrementándose una rivalidad entre las dos ciudades. Esta rivalidad se manifestó en un nivel ideológico en 1822 y 1823, cuando el aristocrático y conservador Cartago, secundado por la ciudad de Heredia, se inclinó a apoyar la unión con el imperio Mejicano, mientras que el democrático y liberal San José, seguido por la ciudad de Alajuela, optó por una federación con Colombia. Esto eventualmente culminó en una guerra de la cual salió victorioso San José, trasladándose allí en consecuencia la Capital.<sup>(13)</sup> Estos acontecimientos no están sin importancia para nuestro trabajo. Con pocas

(13) FRANK D. PARKER. *The Central American Republics*. London 1968. Páginas 259-260.



excepciones, las primeras familias de la clase política fueron oriundas de Cartago, y por consiguiente, mientras que la vida política nacional giraba en torno a esa ciudad, hubo una unidad entre ellas. A medida que San José crecía, sin embargo, y sobre todo a partir del momento en que se convirtió en la capital, muchas familias cartaginesas trasladaron sus hogares allí. Esto marcó la primera e importante subdivisión de la clase política. Cuando más tarde el cultivo del café entró en su auge, hacia mediados del siglo 19, hubo otra notable subdivisión en torno a problemas de la financiación. Así se desarrolló una fuerte rivalidad entre un grupo de familias (Mora y Fernández), lo que no tardó en manifestarse en un nivel político. Vemos de esta manera una cadena de subdivisiones durante el resto del siglo, pero cabe señalar que dichas separaciones ocurrían generalmente entre familias o grupos de familias, por motivos políticos y económicos. Este proceso continuó hasta la llegada a la escena política nacional de Don Ricardo Jiménez Oreamuno, electo Presidente en 1910. Salido de la mencionada clase política, Don Ricardo fue considerado por algunas personas de su época, como un candidato que hoy día sería calificado de izquierda. Lo interesante de Don Ricardo para efectos de este estudio es que fue él quien se lanzó a las zonas rurales a buscar el apoyo de grupos que hasta la sazón no habían participado en el proceso político nacional. Logró ésto mediante los líderes comunales de la Meseta Central, llamados popularmente "gamonales". Aunque existe mucha discrepancia sobre la definición exacta del gamonal, no cabe la menor duda entre los políticos de nuestros tiempos sobre la influencia que éste ejerce en su comunidad. En todo caso, el advenimiento de Don Ricardo a la escena política, en 1910, a juzgar por el Gráfico I, parece haber marcado el principio del ocaso de su propia clase en lo que concierne al poder. Este punto lo consideraremos, sin embargo, más adelante. A partir de su llegada, se empieza a ver una mayor participación, al nivel de la Asamblea Legislativa, de personas no vinculadas con las familias tradicionales que hemos analizado. No es coincidencia que a Don Ricardo se le haya dado el apodo de "padre del Gamonalismo".

#### Significado de las Subdivisiones de la Clase Política

La clase política comenzó a perder su influencia, entonces, a partir de la primera presidencia de Don Ricardo Jiménez. Cedió

ante las presiones que él estimuló, por una mayor participación en la política nacional, tanto de las ciudades de importancia secundaria como de los cantones en zonas rurales. El resultado, como lo demuestra el Gráfico I, es que en los congresos recientes, la mencionada clase ha tenido una representación reducida. En los períodos que terminaron en 1966 y 1970, solamente hubieron 3 diputados descendientes de Juan Vázquez, mientras que en 1948 y 1949, hubieron 10 y 11, respectivamente. Esto se compara con 21 en 1859. Lo significativo de las subdivisiones, sin embargo, es que por las razones ya expuestas, han adquirido progresivamente, pero sobre todo durante el presente siglo, matices ideológicos. Para efectos de demostrar el punto hasta donde ha llegado este proceso en nuestros tiempos, presentamos a continuación un resumen de la descendencia de Juan Vázquez de Coronado en el Suplemento, mostrando a todos sus descendientes que hayan sido electos diputados a la Asamblea Legislativa.

#### CUADRO V

Diputados en la Descendencia de Juan Vázquez de Coronado  
(Directa y por matrimonio)

##### Octava Generación

Manuel Alvarado Hidalgo

##### Novena Generación

Cruz Alvarado Velasco

Lucas Alvarado Velasco

Santiago Bonilla Laya-Bolívar

Cipriano Fernández Tenorio

Rafael Gallegos Alvarado

Manuel García Escalante

Ramón Jiménez Robredo

Joaquín Oreamuno Muñoz

Santiago Ramírez Ulloa

Anselmo Sáenz Ulloa

Francisco Javier Sáenz Ulloa

José Nicolás Sáenz Ulloa

##### Décima Generación

José Astúa Aguilar

Manuel Castro Bonilla

José Antonio Chamorro Gutiérrez

Francisco de P. Echavarría Alvarado

Juan Vicente Escalante Nava

Aniceto Esquivel Sáenz

Camilo Esquivel Sáenz

Macedonio Esquivel Sáenz

Manuel de J. Esquivel Sáenz

Manuel María Esquivel Sáenz



Máximo Fernández Alvarado  
Manuel Fernández Chacón  
Juan Freses Ñeco  
J. Gregorio García Carrillo  
Alejandro García-Escalante Nava  
Manuel García-Escalante Nava  
Pedro García Oreamuno  
Manuel Joaquín Gutiérrez Peñamonje  
Joaquín Hidalgo Muñoz  
Joaquín Iglesias  
Agapito Jiménez Zamora  
Jesús Jiménez Zamora  
José Manuel Jiménez Zamora  
José M<sup>a</sup>. Montealegre Fernández  
José Joaquín Mora Porras  
Juan Rafael Mora Porras

#### Décima Primera Generación

Fabio Baudrit González  
Manuel José Carazo Bonilla  
Ramón Carranza Ramírez  
José María Castro Madriz  
Diego Chamorro Mora  
Ramón Chavarría Diez-Dobles  
Juan Fsc. Echavarría Aguilar  
Manuel Echavarría Aguilar  
Roberto Esquivel Carazo  
J. Joaquín Esquivel Carrillo  
Fabián Esquivel Flores  
Miguel Narciso Esquivel Sáenz  
Joaquín Fernández Oreamuno  
Eusebio Figueroa Oreamuno  
Rafael Gallegos Sáenz  
Fran. de P. Gutiérrez Peñamonje  
Agustín Gutiérrez Ross  
Atanacio Gutiérrez Zaldós  
Franklin Jiménez Delgado  
Alfredo Jiménez Oreamuno  
Francisco Jiménez Oreamuno

Miguel Mora Porras  
Inocente Moreno  
Rafael Moya Murillo  
Francisco M<sup>a</sup> Oreamuno Bonilla  
Félix Oreamuno Jiménez  
Mauricio Peralta Chavarría  
Francisco Peralta López  
Manuel M<sup>a</sup> Peralta López  
Ramón Quirós  
Luis Diego Sáenz Carazo  
Andrés Sáenz Llorente  
Pascual Sáenz Llorente  
Vicente Sáenz Llorente  
Félix Sancho Alvarado  
Venancio Sandoval Jiménez  
Nicolás Ulloa

José M<sup>a</sup> Jiménez Oreamuno  
Manuel de J. Jiménez Oreamuno  
Manuel Vicente Jiménez Oreamuno  
Nicolás Jiménez Oreamuno  
Ricardo Jiménez Oreamuno  
Roberto Jiménez Sáenz  
Manuel Jiménez Zamora  
Joaquín Lizano Gutiérrez  
Ramón Loría Vega  
Manuel Montealegre Mora  
Camilo Mora Aguilar  
Ricardo Moreno Cañas  
Rafael Moya Solares  
Carlos Fabián Moya (\*)  
Desiderio Oreamuno Carazo  
Rafael Oreamuno Carazo  
Ricardo Oreamuno Carazo  
Francisco Oreamuno Gutiérrez  
Julio Padilla Romero  
José Mauricio Peralta Chavarría  
Luciano Peralta Chavarría

José María Peralta Chavarría  
Alberto Pinto Fernández  
Pedro Saborío Alfaro  
Francisco Sáenz Echavarría  
Francisco V. Sáenz Echavarría  
Manuel Sáenz Echavarría  
Carlos Sáenz Esquivel  
Alejandro Sancho Alvarado

#### Décima Segunda Generación

Julio Acosta García  
Raúl Acosta García  
Joaquín Aguilar(\*)  
Manuel Argüello de Vars  
Eduardo Beeche Argüello  
Antonio Cañas Iraeta  
José M<sup>a</sup> Castro Fernández  
Moisés Castro Fernández  
Ramón Castro Fernández  
Francisco Chavarría Mora  
Nicolás Chavarría Mora  
Mario Echandi Jiménez  
Manuel Echeverría Aguilar  
Manuel Escalante Durán  
Carlos Manuel Escalante Durán  
Jaime Esquivel Sáenz  
Julio Esquivel Sáenz  
Francisco Esquivel Ugalde  
Rogelio Fernández Güell  
Víctor Fernández Güell  
Ezequiel Gutiérrez Yglesias  
Carlos María Jiménez Ortiz  
Manuel Fsc. Jiménez Ortiz  
Roberto Jiménez Ortiz  
José Miguel Jiménez Sancho  
Mario Jiménez Tinoco

Enrique Sancho Jiménez  
Juan M<sup>a</sup> Solera Rodríguez  
Saturnino Tinoco López  
Juan José Ulloa Solares  
José María Vargas Pacheco  
Carlos Volio Llorente  
Francisco M<sup>a</sup> Yglesias Llorente

Carlos Lizano Ulloa  
Juan Rafael Lizano Ulloa  
Pedro Loría Yglesias  
Ramón Loría Yglesias  
Félix Mata Valle  
Nicolás Oreamuno Ortiz  
Rafael Orozco González  
Juan Félix Pacheco Frutos  
Bernardino Peralta Echavarría  
José M<sup>a</sup> Peralta Echavarría  
José Joaquín Peralta Esquivel  
Leonidas Peralta Sancho  
Fernando Pinto Echeverría  
Marta Saborío Fonseca  
Carlos Saborío Yglesias  
Rogelio Salazar Oreamuno  
Carlos Manuel Salazar Oreamuno  
Juan María Solera Oreamuno  
Demetrio Tinoco Yglesias  
Federico Tinoco Yglesias  
Arturo Volio Jiménez  
Claudio M<sup>a</sup> Volio Jiménez  
Jorge Volio Jiménez  
Fernando Volio Sancho  
Carlos Volio Tinoco  
Demetrio Yglesias Llorente



### Décima Tercera Generación

Ramiro Brenes Gutiérrez  
Andrés Brenes Mata  
Alberto Cañas Escalante  
Alfonso Carro Zúñiga  
Ricardo Castro Beeche  
Nelson Chacón Pacheco  
Eduardo Chavarría Salas  
Manuel Ant. González Herrán  
Agustín Gutiérrez Ross  
Francisco de P. Gutiérrez Ross  
Gonzalo Jiménez Flores  
Guillermo Jiménez Ramírez  
Eugenio Jiménez Sancho  
Arnoldo Jiménez Zavaleta  
Gerardo Lara Avellán  
Guillermo Mata Oreamuno  
Graciela Morales de Echeverría  
Alberto Oreamuno Flores  
Romano Orlich Zamora

Carlos Orozco Castro  
Ernesto Ortiz Odio  
Antonio Peña Chavarría  
José Joaquín Peralta Esquivel  
William Reuben Aguilera  
Miguel Angel Robles Troyo  
José Rossi Monge  
Mario Salazar Fábrega  
Maximiliano Soto Fernández  
Federico Tinoco Granados  
Luis Demetrio Tinoco Gutiérrez  
Ricardo Tinoco Gutiérrez  
Rafael Angel Valladares Mora  
Miguel Angel Velázquez Castro  
Jorge Nilo Villalobos Dobles  
Arturo Volio Guardia  
Fernando Volio Jiménez  
Alfredo Volio Mata

### Décima Cuarta Generación

Carlos Luis Fallas Sibaja  
Felipe Gallegos Yglesias  
Carlos José Gutiérrez G.  
Francisco José Marshall Jiménez  
Pedro Quirós Aguilar  
José Quirós Montero

Juan Bautista Quirós Segura  
Edgar Rojas Vargas  
Roberto Salazar Mata  
Cristián Tattenbach Yglesias  
Luis Demetrio Tinoco Castro

### Décima Quinta Generación

Adán Acosta Valverde  
Salustio Camacho Muñoz  
Napoleón Quirós Fonseca

Roberto Quirós Quirós  
Manuel de Jesús Quirós Troyo  
Juan Trejos Quirós

### Décima Sexta Generación

Adriano Camacho Quirós  
Daniel Oduber Quirós

Francisco José Orlich Bolmarcich

A través de este cuadro se puede apreciar el significado para nuestros tiempos, de las subdivisiones. Desde 1948, Costa

Nota: (\*) no estamos seguros del caso.

Rica ha conocido dos corrientes políticas preponderantes. Una ha sido la del partido Liberación Nacional, de tendencia ideológica liberal, y estrechamente ligado con el nombre del actual Presidente, José Figueres Ferrer, quien por ser de ascendencia española reciente, tiene pocos parentescos próximos con la clase política. Cuentan, sin embargo, con el apoyo de muchos de sus miembros. La otra corriente, del Partido Republicano, es menos liberal, y está organizada en torno a la figura del ex Presidente Rafael Angel Calderón Guardia. Han habido otros partidos significantes, de tendencia conservadora, dirigido uno por el ex Presidente Otilio Ulate Blanco, y el otro por el ex Presidente Mario Echandi Jiménez. En la última década se ha formado una coalición (el Partido Unificación Nacional) entre todas estas fuerzas más o menos conservadoras, con la finalidad de presentar un frente unido ante el Partido Liberación Nacional. Esto se ha traducido por las dos grandes tendencias políticas en cuestión, una de las cuales podríamos llamar liberal (liberacionista) y la otra más conservadora (unificacionista).

Así, por ejemplo, en la décima segunda generación aparece el nombre de Mario Echandi Jiménez (hoy unificacionista), quien fue electo Presidente en 1958, contra el liberacionista Francisco Orlich Bolmarcich, en la décima sexta generación. En el cuadro vemos a grupos que ideológicamente apoyan o apoyaron (puesto que algunos han muerto) a estos dos candidatos, habiendo o no sido candidatos a diputado en aquel entonces. Vemos a José Joaquín Peralta Esquivel, a Cristián Tattenbach Yglesias y a Ricardo Castro Beeche todos de tendencias unificacionistas. Por el otro lado, vemos a Alberto Cañas Escalante, a Alfonso Carro Zúñiga, a Daniel Oduber Quirós y a Fernando Volio Jiménez de tendencias liberacionistas. También vemos a seguidores del ex Presidente Otilio Ulate Blanco como, por ejemplo, Alberto Oreamuno Flores, su vice-Presidente. Vemos a dos personas como Francisco José Marshall Jiménez y Ramiro Brenes Gutiérrez, que son con cuñados, y que han organizado su propio partido. Podemos hasta señalar el nombre de Carlos Luis Fallas Sibaja, quien fue dirigente del Partido Comunista. Algunos ejemplos adicionales: el hijo de Juan Trejos Quirós, quien es José Joaquín Trejos Fernández, ganó las elecciones presidenciales en 1966 por el Partido Unificación Nacional, contra Daniel Oduber Quirós, por el Partido Liberación Nacional. Los candidatos Trejos y Oduber pueden trazar sus ascen-



dencias a un mismo bisabuelo, Pedro Quirós Jiménez, quien fue hermano del bisabuelo político del ex Presidente Orlich, Asención Quirós Jiménez. En resumidas cuentas, estos ejemplos bastan para indicar nuestra idea principal: si bien durante el siglo pasado para clase política, estrechamente unida por la sangre, presentaba un aspecto unido, hoy, al contrario, se encuentra sumamente dividida por todas las ideologías.

En resumen, en el Cuadro VI podemos apreciar gráficamente la marcada diferenciación política dentro de una misma familia, contando a algunos diputados, desde 1948, según sus afiliaciones políticas.

### CUADRO VI

Afiliaciones Políticas de Algunos Diputados, desde 1948,  
Descendientes de Juan Vázquez de Coronado

Partido	Tendencia Ideológica	Diputados
Partido Unión Nacional	Conservadora	15
Partido Unión Cívica Revolucionaria	Conservadora	2
Partido Republicano	Centro Derecha	14
Partido Liberación Nacional	Centro Izquierda	14
Partido Vanguardia Popular	Comunista	1

Nota: Resulta sumamente difícil clasificar las tendencias ideológicas del Partido Republicano y del Partido Liberación Nacional. En diferentes ocasiones ambos han tenido constituyentes de tendencia liberal y conservadora a la vez. Lo más que se puede decir es que éste tiende a ser algo menos conservador que aquel.

### Consideraciones Finales

Hemos expuesto en estas páginas algunas ideas sobre la clase social costarricense, de donde se ha reclutado, a lo largo de la historia, la mayoría de los dirigentes políticos. Dicha clase siempre ha consistido de los descendientes de un pequeño grupo de familias hidalgas de la época colonial. Por lo tanto se establece la estrecha relación entre los nexos de la sangre y el poder político. Dentro de este contexto, sin embargo, no hay que perder de

vista el hecho que la sociedad nacional costarricense sigue siendo muy reducida, numéricamente hablando. Su población actual casamente excede el millón y medio de habitantes. Ya es una cifra, empero, que no excluye calificarla de sociedad pluralista, con los conflictos y problemas que ésto implica. La evolución de la clase demuestra que el cambio ha provocado el surgimiento de subdivisiones que aparentemente debilitan su poder. La pregunta que cabe hacer, entonces, concierne a la medida en que todavía se puede hablar de la preponderancia política de la clase: ¿existe tal? ¿Cuál es su forma? ¿Cuál es el significado de los nexos de la sangre hoy en día?

Para contestar a estas preguntas, cabe empezar por el poder al nivel de la Presidencia. Aún en nuestros tiempos, la gran mayoría de los candidatos importantes a los puestos de Presidente y vice-Presidente, sale de la clase. Así, en los últimos años, en solamente esta descendencia de Juan Vázquez de Coronado, vemos los nombres de Mario Echandi Jiménez, José Joaquín Peralta Esquivel, Alberto Oreamuno Flores, Fernando Esquivel Bonilla, Jorge Rossi Chavarría, Daniel Oduber Quirós, Francisco José Orlich Bolmarcich y José Joaquín Trejos Fernández, todos ligados a uno de los puestos en torno al Poder Ejecutivo. Además de éstos, que efectivamente han ejercido un puesto o han sido candidatos legítimos, existen muchos otros, cuyos nombres han entrado al foro de las discusiones y debates políticos para seleccionar candidatos. Por lo tanto, no obstante el hecho de no haber sido ellos candidatos legítimos, sus carreras han guardado una significativa relación con los puestos en torno al Poder Ejecutivo. Entre los descendientes de Juan Vázquez, contamos a Manuel Escalante Durán y a Alfonso Carro Zúñiga, entre otros. De modo que difícilmente se podría afirmar que en este nivel, la clase haya perdido su preponderancia.

En el nivel de la Asamblea Legislativa, por otro lado, sí se detecta claramente una merma en el poder de la clase. El Gráfico I lo demuestra. ¿Cuál, entonces puede ser la relación entre los nexos de la sangre y el poder político en Costa Rica? Formularíamos nuestra contestación hipotética de la siguiente manera: tradicionalmente, el pertenecer a una de las familias de la clase política se ha traducido, para el pretendiente a un puesto, por la vía principal de acceso al poder. No obstante, este factor ha sido desa-



percibido por muchos: hemos constatado que muchos en el Cuadro V ignoraban su parentesco con Juan Vázquez. Esta situación ha sido cierta para todos los niveles de gobierno. Consiguientemente, las administraciones han estado significativamente bajo el control de la clase. Durante el siglo 20, sin embargo, otras clases han llegado a participar en el proceso político al nivel de la Asamblea Legislativa. Esto ha ocurrido principalmente porque los grupos rivales de la clase política, al buscar el mayor apoyo electoral posible, han fomentado esta participación. El apoyo colectivo de estos "nuevos llegados" es de importancia decisiva en el proceso político, pero éstos representan muy diversos y variados intereses, de regiones geográficamente dispersas. Los grupos capitalinos de la clase política han sido sus dominadores, y por el momento, nada indicaría el surgimiento de un liderato propio y significativo para los "recién llegados", ni de algún factor de unión. Por lo tanto, la clase política se ha convertido de "propietario" del poder durante el siglo pasado, a "líder" del poder en el presente. En todo caso, el poder no ha salido de sus manos. Lo que ha ocurrido es que la Asamblea Legislativa ha podido "democratizarse", gracias a todo el proceso, pero el liderato permanece entre las filas de la misma clase.

Los que pertenecen a las familias de la clase política, entonces, así como aquellos que disfrutaban de estrechos lazos de amistad con ella, siguen teniendo una importante vía de acceso a los puestos políticos. Además, por tratarse de una clase relativamente pequeña, existe entre sus miembros un constante roce, lo que facilita la perpetuación del poder entre sus rangos. Este roce es de suma importancia, y quizás sea lo que explique el fenómeno de la sangre en el proceso político. El poder ha circulado significativamente entre las manos de la misma clase que, como hemos visto, es difícilmente accesible para los que en ella no hayan nacido o contraído matrimonio. Esto se ha traducido por una circulación relativamente restringida, en la sociedad nacional, de los miembros de la clase. Este hecho se constata al nivel de sus organizaciones sociales y aún económicas, en donde un factor de primera importancia ha sido y sigue siendo la familia. Por lo tanto, el mismo proceso se aplica al dominio de la política, y los pasillos por donde caminan los que tienen el acceso al poder, están limitados, en una importante medida, a aquellos que disponen de una entrada a través de la sangre.

Lo antedicho encuentra otra explicación en ciertas observaciones de Gaetano Mosca sobre la clase dominante, sobre todo al comentar que toda clase dominante tiende a llegar a ser hereditaria de facto. "La riqueza y la valentía militar, por ejemplo, se mantienen fácilmente dentro de ciertas familias por herencia y por tradición moral. De la misma manera, la calificación para un puesto político de importancia, que incluye el estar acostumbrado a, y el tener la capacidad para, tratar asuntos de trascendencia, se adquiere con mayor facilidad cuando el individuo ha tenido cierta familiaridad con esos dos factores desde su niñez. Por consiguiente, aún cuando los títulos académicos y el entrenamiento medido por exámenes, dan acceso a un puesto público, no se puede descartar la ventaja de ciertas personas, llamada en francés la ventaja de los puestos ya tomados. De hecho, no obstante que exámenes y concurrencias estén abiertos para todos, la mayoría nunca tiene los recursos para sufragar el costo de una larga preparación. Además, carece de las conexiones y de los nexos de la sangre que encarrilan expeditamente al individuo en la vía de lo político, permitiéndole a la vez evitar el andar a tientas y los inevitables errores que normalmente sufre el individuo quien compenetra un ambiente extraño sin dirección ni apoyo."<sup>(14)</sup>

Dentro de estos procesos del poder, la mayor incógnita es la naciente burocracia del Estado. Otra es la aparición de nuevos grupos minoritarios (sobre todo hebreos y libaneses) que aparentemente están adquiriendo una marcada preponderancia económica dentro de la sociedad nacional. Es curioso que su participación en la política nacional haya sido insignificante hasta la fecha, pero el comentario que sobre ellos cabe hacer es el siguiente: si su preponderancia económica sigue aumentando, tendrá que llegar el día en que exijan una participación en el proceso político nacional. En el curso de estudios ulteriores, trataremos de demostrar la potencia de dicha burocracia, así como la de estos grupos minoritarios, y los problemas que presentan para la clase política.

(14) GAETANO MOSCA. *The Ruling Class*, New York 1939. Páginas 59-69.



- 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.<sup>(1)</sup>

### 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.<sup>(2)</sup>

(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.<sup>(3)</sup>

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".<sup>(4)</sup> 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.<sup>(5)</sup>

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.<sup>(6)</sup> 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; Cuervo 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<sup>(7)</sup>, 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.<sup>(8)</sup>

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.<sup>(9)</sup>

Tampoco puede aplicarse el artículo 314 Cód. pen, a los menores de 10 años que falten 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.<sup>(10)</sup> 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.<sup>(11)</sup>

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.<sup>(12)</sup> 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.<sup>(13)</sup> 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),<sup>(14)</sup> 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.<sup>(15)</sup> Resolver lo contrario, sería causar graves perjuicios a la administración de justicia.<sup>(16)</sup> 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.<sup>(17)</sup>

(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.<sup>(18)</sup>

### 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.<sup>(19)</sup> 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.<sup>(20)</sup> 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.<sup>(21)</sup>

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".<sup>(22)</sup>

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".<sup>(23)</sup>

## 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...".<sup>(24)</sup> 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.<sup>(25)</sup> 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.<sup>(26)</sup> 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.<sup>(27)</sup>

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...".<sup>(28)</sup>

(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...".<sup>(29)</sup> 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...".<sup>(30)</sup>

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.<sup>(31)</sup>

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 estrupo, 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.

amiento del acusado con la mujer— que la ruptura del himen databa de seis u ocho días anteriores al día del examen.<sup>(32)</sup> 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".<sup>(33)</sup> 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,<sup>(34)</sup> 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...".<sup>(35)</sup> 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...".<sup>(36)</sup> 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,<sup>(37)</sup> 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.<sup>(38)</sup>

(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.<sup>(39)</sup>

## 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.<sup>(40)</sup> 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.<sup>(41)</sup>

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".<sup>(42)</sup>

## 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.<sup>(43)</sup>

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. 539.



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<sup>(44)</sup> 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".<sup>(45)</sup>

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".<sup>(46)</sup>

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.<sup>(47)</sup> 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...".<sup>(48)</sup>

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...".<sup>(49)</sup>

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.<sup>(50)</sup>

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,<sup>(51)</sup> 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.<sup>(52)</sup>

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.<sup>(53)</sup> 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.<sup>(54)</sup>

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.<sup>(55)</sup> Para Logoz<sup>(56)</sup> 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.<sup>(57)</sup> 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-

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

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

<sup>(56)</sup> Logoz, Op. Cit., Tomo II, pág. 730.

evitable 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.<sup>(57)</sup> 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

<sup>(57)</sup> 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.<sup>(58)</sup>

(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 enfileen 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.<sup>(59)</sup>

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.<sup>(60)</sup> 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".<sup>(61)</sup>

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.<sup>(62)</sup>

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.<sup>(63)</sup>

(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 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...".<sup>(64)</sup>

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.<sup>(65)</sup>

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 actividad 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).<sup>(66)</sup>

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.<sup>(67)</sup>

#### 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.<sup>(68)</sup> Este perjuicio —que es necesario para la existencia del delito de falso testimonio<sup>(69)</sup>— puede ser eventual, simplemente.<sup>(70)</sup>

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 impediende 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.<sup>(71)</sup>

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...".<sup>(72)</sup> 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".<sup>(73)</sup>

c) Para algunos, por ejemplo para Garçon,<sup>(74)</sup> 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".<sup>(75)</sup> 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."<sup>(76)</sup>

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...".<sup>(77)</sup> 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...".<sup>(78)</sup>

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 es 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”.<sup>(79)</sup>

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,<sup>(80)</sup> 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.

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

<sup>(80)</sup> 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.<sup>(81)</sup> 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.<sup>(82)</sup> 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.<sup>(83)</sup>

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.<sup>(84)</sup> 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.<sup>(85)</sup> 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".<sup>(86)</sup>

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".<sup>(87)</sup>

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.<sup>(88)</sup>

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".<sup>(89)</sup> 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.<sup>(90)</sup>

## 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.<sup>(91)</sup>

(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.<sup>(92)</sup>

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

<sup>92)</sup> 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... Apremiar (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.<sup>(93)</sup>

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

<sup>(93)</sup> 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.<sup>(94)</sup>

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.<sup>(95)</sup> 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".<sup>(96)</sup> Nosotros agregaríamos que en la primera se trata también de la libertad, de la propiedad e incluso de la vida del ciudadano.<sup>(97)</sup>

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 aquéllas 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.<sup>(98)</sup>

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,

<sup>(98)</sup> 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.<sup>(99)</sup>

## 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.<sup>(100)</sup> 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.<sup>(101)</sup> 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 disminución 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.<sup>(102)</sup> 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).<sup>(103)</sup> 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;<sup>(104)</sup> 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.<sup>(105)</sup>

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.<sup>(106)</sup>

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.



## EL CONTRATO DE TRABAJO DEPORTIVO

Por el LIC. MANUEL FRANCISCO UMAÑA SOTO

Por ser el tema de este ensayo de un elevado interés actual, hemos sentido especial curiosidad por investigar y determinar los alcances del contrato de trabajo deportivo.

El asunto, de suyo apasionante y controvertido, ha despertado las más variadas opiniones, provocando diversas corrientes en la doctrina y en la jurisprudencia, especialmente en países como Italia, España, Brasil y Argentina, entre otros, en los que los deportistas prestan sus servicios a los clubes a cambio de cuantiosas sumas de dinero.

En Costa Rica, probablemente, el único deporte en el que se refleja una situación que merece ser analizada y determinada dentro de los marcos que señala el Derecho del Trabajo es el fútbol, razón por la cual haremos referencia a esta actividad en el desarrollo de esta monografía.

De previo a entrar al examen del tema que nos interesa, estimamos conveniente hacer un breve análisis de ciertas situaciones que hoy día comprende el Derecho del Trabajo, el cual se halla, en la actualidad, en situación muy parecida a la que atravesó el Derecho Civil frente al contrato de trabajo común y corriente, toda vez que éste, originalmente, se pretendió regularlo mediante los estrictos y poco elásticos moldes del Derecho Civil, cuando el dinamismo y la agilidad del referido contrato exigía e imponía un tratamiento distinto. Por ello el nacimiento de la nueva disciplina requirió de un largo proceso de siglos, que estuvo determinado por radicales cambios socio-económicos ocurridos en las naciones de la Europa Occidental. Una vez que se hubo consolidado el Derecho del Trabajo, la doctrina se impuso la ardua tarea de definir y precisar el marco jurídico del contrato de trabajo, labor que produjo la enumeración de los elementos esenciales del nuevo instituto. Pero, paralelamente, los autores llegaron a la conclusión de que el contrato de trabajo "No es un monolito jurídico", —como



lo señala Manuel Alonso Olea,— sino que este tipo de contrato encierra una amplia variedad de modalidades y variantes, tales como el contrato de aprendizaje y orientación profesional, el contrato de trabajo rural o agrícola, el de los viajantes de comercio, el de la gente de mar, el de servicio doméstico, el de los artistas, el de los deportistas profesionales, etcétera.

En esa forma, el contrato de trabajo deportivo no es más que un tipo especial de contrato de trabajo, sujeto a las disposiciones generales del contrato laboral.

No obstante lo antes expuesto, la práctica corriente ha sido que, por medio de la astucia y de la sagacidad de muchos, se han sustraído las obligaciones que conlleva el contrato de trabajo deportivo de las prescripciones de la legislación del Trabajo, con lo cual virtualmente se ha colocado al margen de las Leyes de Trabajo a los futbolistas profesionales, así como a otros deportistas que rinden su actividad a cambio de una remuneración determinada.

La profesión del futbolista, que en muchos países se paga con elevadas sumas de dinero, y que en nuestro ya empieza a serlo en cierto grado, merece y debe estar sujeta a las Leyes de Trabajo, a las que corresponde fijar la responsabilidad de los clubes deportivos como patronos.

Las razones fundamentales en que apoyamos nuestra aseveración son las siguientes:

#### A. El club deportivo como patrono

Los clubes deportivos de Costa Rica, por lo menos los de la división superior, de acuerdo con el ordenamiento establecido por la Federación Costarricense de Fútbol, presentan ciertas características comunes, pues están organizados como asociaciones, y existió uno de ellos cuyo pacto constitutivo correspondía a la modalidad de una Sociedad Anónima, regida, desde luego, por el Código de Comercio.

La representación judicial y extrajudicial de esas entidades corresponde al Presidente de su Junta Directiva, de acuerdo con la Ley de Asociaciones vigente. Se trata de organismos o agrupaciones de hombres ligados entre sí por diversos vínculos, que colaboran en la realización de un fin determinado. Este grupo o asociación cuenta con una duración independiente de los sujetos que la cons-

tituyen, y posee una personalidad diferente de éstos. Es una forma jurídica que se desarrolla en un medio social, y para la realización de sus fines se organiza un poder, el cual crea órganos necesarios para su desenvolvimiento, produciéndose entre los miembros que la componen manifestaciones de solidaridad, dirigidas y reguladas por procesos ético-jurídicos adecuados a esa modalidad de organización. De todas formas, el artículo 2° del Código de Trabajo de Costa Rica define al patrono como:

“... toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo”.

Como se puede apreciar con absoluta claridad, el artículo transcrito no distingue entre asociaciones o sociedades, ni lo hace entre personas de Derecho Privado y personas de Derecho Público. Tampoco interesa, para los fines del Derecho del Trabajo si la persona es física o jurídica. Se trata de una amplia enunciación, comprensiva de todas las modalidades de personas, en las que, repetimos, se encuentran las asociaciones. Se trata, en síntesis, del sujeto para quien se presta el trabajo, y, en consecuencia, quien tiene el poder de dirigirlo, y la obligación de contra-prestarlo mediante la remuneración respectiva.

Se trasluce que el propósito del legislador fue establecer, en beneficio del trabajador, la responsabilidad de la persona que con él ha contratado en nombre propio, aunque lo haya hecho por cuenta de otro, quedando de pleno abierto el compás, y abarcando, en consecuencia, todas las modalidades posibles en lo que hace referencia a la parte económicamente fuerte en la relación obrero-patronal.

El club de fútbol es la persona jurídica a la que los jugadores que tiene contratados le prestan sus servicios remunerados. Y dentro de esta concepción procede incluir también a su entrenador, a su director técnico y a las demás personas que le prestan sus servicios subordinados, a cambio de un salario, sin importar que esos servicios sean físicos o intelectuales. Es el club quien recibe el trabajo, quien paga por recibirlo, y quien cobra por ofrecerlo como espectáculo. El público, en cambio, sólo paga por admirar y dis-



frutar de ese espectáculo, no estableciéndose relación jurídico-laboral entre los aficionados o espectadores y los jugadores de los clubes, sino tan sólo un vínculo afectivo o de admiración.

## B. El futbolista profesional como trabajador

No cabe la menor duda de que el futbolista profesional es un trabajador por cuenta ajena. La convicción sobre esta calidad nos la brinda un análisis de los elementos constitutivos y esenciales del contrato de trabajo. Veamos:

### I) Prestación de un servicio personal

El futbolista profesional rinde su servicio no con un fin agonístico o por el mero y simple placer de practicar un deporte, sino con la mira puesta en la retribución que recibirá por ese servicio, dado el carácter sinalagmático de la relación que lo une con su club. Es cosa corriente hoy en día oír en el ámbito de las relaciones futbolísticas profesionales de la compra y venta de jugadores, actividad en la que rigen las leyes comunes de oferta y demanda que determinan precios altos por los servicios valiosos y escasos, y más bajos por aquellos que no tienen esas características. Y dentro de tal cuadro, que podríamos denominar económico-jurídico, se distingue perfectamente la preferencia de los jugadores profesionales para pasar a integrar las filas de los equipos o clubes que mejor pagan por sus servicios, lo cual constituye una aspiración lógica y natural, que nada tiene de despreciable o irregular. El ámbito de la fidelidad hacia determinado club ha quedado reservado en la actualidad, salvo escasas excepciones, a la actividad de los jugadores o deportistas "amateurs", o sea aquellos que no reciben retribución económica por sus servicios.

El elemento psicológico en el jugador de fútbol profesional es básico en la calificación de sus relaciones con su club, toda vez que es el que viene a determinar su deseo de jugar, o prestar sus servicios, a cambio del pago de una suma de dinero, remuneración, sueldo o dieta, o como quiera llamársele. Establecido lo anterior, procede indicar que la prestación de los servicios del jugador profesional de fútbol no es exactamente personal, sino más bien personalísima, pues en la mayoría de las oportunidades resulta en

grado sumo difícil sustituirlo por otro elemento sin que el club, o su sistema general de juego, no se vean afectados en alguna forma; el primero podría serlo desde el punto de vista económico, y el segundo podría verse afectado con una disminución de la destreza conjuntiva del equipo. Esto no ocurre con un empleado corriente, por ejemplo de un comercio, que sí puede ser sustituido con facilidad sin que el trabajo se perjudique en su calidad. La actividad que desarrolla el jugador de fútbol profesional se identifica con la ejecución del trabajo libre por cuenta ajena, entendiéndose por trabajo toda actividad o energía física o intelectual que un sujeto, —llamado trabajador—, pone a disposición de otra, —que se denomina patrono.

El jugador de fútbol profesional se obliga a hacer algo, sea a actuar, a cambio de una remuneración que le paga el club; ahora bien, para los efectos del Derecho del Trabajo, no importa la naturaleza del servicio que se presta, pues lo que interesa es que la prestación de ese servicio sea personal, circunstancia que se da de pleno en la relación jugador profesional-club deportivo.

### II) Pago de una remuneración (salario, sueldo o dieta)

El monto del salario, sueldo o dieta, o como se desee llamar, no interesa para los fines del Derecho del Trabajo, ni en particular para las metas que nos fijamos de previo a la realización de este estudio, sino que lo que en definitiva cuenta y debe tomarse en consideración es que el club deportivo paga una suma determinada a sus jugadores profesionales, a cambio del servicio que ellos le brindan. Es la obligación de dar que corresponde al patrono, y que reviste carácter de onerosa, siendo de inexcusable cumplimiento para el club-patrono frente a su jugador-trabajador. Se considera salario lo que el trabajador recibe a cambio de sus servicios, y en el caso que nos ocupa el salario corrientemente se paga en dinero efectivo, o bien en éste más implementos deportivos, alimentación, habitación y medicamentos.

El salario se origina en el hecho de un trabajo efectivo considerado como actividad profesional, encaminada a una finalidad económico-social que está comprendida dentro de los marcos del Derecho Laboral, y él se refleja en diversos tipos de remuneraciones, a saber:



a) Una suma mensual fija, variable o determinada en nuestro medio por las condiciones físicas, técnicas y por la habilidad personal del jugador contratado;

b) la "ficha o fichaje", que es una cantidad de dinero, cuyo monto se determina en la misma forma que el sueldo mensual del jugador profesional, y que el club deportivo abona en pago de la obtención de la contratación del jugador. Este pago puede hacerse, o más propiamente se hace al antiguo club a que pertenecía el jugador cuando se produce un traspaso, en el evento de que dicho antiguo club fuese el dueño de esa "ficha" por haber pagado anteriormente por ella; o bien, puede darse el caso de que el propio jugador profesional sea el dueño de su "ficha", caso en el que el nuevo club contratante le paga al jugador el monto del valor de ese "fichaje". Cabe anotar que el vencimiento de este pago se fija de común acuerdo, por períodos anuales, o de dos años, o más, según se estipule entre las partes contratantes.

Existen otras sumas de dinero que el club paga a sus jugadores profesionales, entre las que conviene destacar las primas por partidos ganados o empatados, cuya cuantía es diferente en uno u otro caso. Se trata en realidad de verdaderos premios que estimulan superiores actuaciones del conjunto, o la consecución de resultados favorables para el club, lo que provoca una mayor afluencia de público a los estadios, con el consiguiente beneficio económico.

### III) Dependencia o subordinación

Este elemento, considerado el más importante del contrato de trabajo, debe analizarse en una doble proyección: 1) La jurídica; 2) La económica.

La primera es un derecho o prerrogativa que tiene el patrono para ejercitar su autoridad, mediante órdenes o instrucciones que le imparte a sus trabajadores, con el fin de una mejor utilización y aprovechamiento de la fuerza de trabajo, y se manifiesta como un conjunto de poderes que corresponden al patrono frente a los correlativos deberes que asume el trabajador. Así el patrono posee los poderes de mando, dirección, fiscalización y disciplinario; en cambio, el trabajador soporta los siguientes deberes: Obediencia, fidelidad y diligencia. Ese juego de intereses, poderes y deberes es

resultante de las relaciones entre capital y trabajo como factores decisivos de la producción en general.

Ahora bien, en lo que a nuestro estudio respecta es dable afirmar que difícilmente se da el caso de otro patrono que ejerza con más vigor sus poderes que el club deportivo como acreedor de la prestación de servicios del futbolista profesional; e, igualmente, es casi imposible encontrar otro trabajador que acepte sus obligaciones con mayor intensidad que el jugador profesional, quien queda obligado, en virtud del contrato deportivo-futbolístico, a acatar todas aquellas normas y disposiciones de carácter técnico-deportivo que emanan de la Junta Directiva del club, o del cuerpo técnico del mismo. Se produce en esa forma un verdadero estado de limitación de la autonomía del futbolista-trabajador, quien queda sometido con excesiva y precisa rigidez a la potestad patronal, constituyéndose así casi un status personal en el que la sumisión alcanza caracteres de intensidad y valoración que no se producen en otros ámbitos del Derecho del Trabajo. El jugador profesional de fútbol es un trabajador subordinado al club que ocupa sus servicios, el cual le impone el deber de realizar los entrenamientos en forma periódica, jugar bajo determinados sistemas que fija en forma unilateral la entidad patronal. Además, le impone la obligación de ser ordenado en su vida privada —lo que no exige corrientemente otro tipo de patrono—, de abstenerse del tabaco y del licor, de no trasnochar, de confinarse en lugares alejados de centros de población, que el club escoge libremente con anticipación a la celebración de juegos importantes o difíciles. Y es más, si el futbolista profesional reduce su rendimiento por cualquier causa, salvo lesiones, el club, también en forma unilateral, lo suspende como jugador activo y lo envía a la nómina de jugadores suplentes, o bien le impone una multa, y llega hasta reducirle el salario.

Pero lo expuesto anteriormente no es todo, sino que el jugador de fútbol profesional, para el debido cumplimiento de su trabajo, está obligado a superarse y a realizar el mayor esfuerzo físico e intelectual con miras a lograr una actuación sobresaliente.

Como se ve, las obligaciones que corresponden al futbolista profesional son estrictas y muy rígidas, correspondiendo las mismas a las etapas de preparación, actuación y comportamiento, tanto en el ejercicio de su profesión, como en su vida privada. Queda



así sometido a un régimen casi esclavizante, lo que denota que el futbolista profesional está sometido o subordinado jurídicamente al club patrono más intensamente que ningún otro trabajador.

La dependencia o subordinación económica es la exigencia que tiene el trabajador del sueldo, para satisfacer sus necesidades y las de su familia. Este nexo está desprovisto de contenido jurídico, pero merece nuestra consideración por cuanto el mismo se funda en la circunstancia de que en toda organización laboral hay quienes mandan y quienes obedecen, estando éstos subordinados a los que dirigen, que son aquéllos.

#### IV) Otros elementos coadyuvantes

Cuando los elementos esenciales del contrato de trabajo no aparecen delineados con perfiles nítidos, se recurre al acopio de otros elementos que aparecen con frecuencia en la contratación laboral, y que enunciarnos de la siguiente forma: Profesionalidad, exclusividad y estabilidad relativa.

##### a) La profesionalidad

Este elemento hace referencia a la prestación de servicios de un empleo, facultad u oficio en forma reiterada y persistente por parte del trabajador, y en el contrato deportivo-futbolístico ella aparece configurada por la habilidad y la preparación técnica que el club exige al futbolista profesional, así como por la normalidad y frecuencia de la prestación de sus servicios al club, debiendo ponerse especial cuidado en la forma cómo esa prestación de servicios se proyecta en el tiempo hasta constituir una verdadera continuidad.

##### b) La exclusividad

En principio sólo se acepta una única subordinación del trabajador respecto a un patrono; es decir, que un trabajador no puede ni debe contratar sus servicios sino con un patrono, estándole vedado hacerlo con dos o más simultáneamente. Esta premisa tiene plena validez en el contrato deportivo que analizamos, en el sentido de que es absolutamente prohibido a los jugadores profesionales facilitar su concurso a más de un club deportivo en forma simultánea o concurrente. No obstante, el principio general ex-

puesto, admite la posibilidad de la coexistencia de varios empleos y prestaciones limitadas, posibilidad que también encuentra eco en el ámbito del contrato deportivo-futbolístico. En esta forma, así como el contrato de trabajo común le permite a un trabajador laborar para un patrono en las horas de la mañana, para otro en las horas de la tarde, y a veces para uno más "un rato" en las noches, es lo cierto que al futbolista profesional se le permite colaborar con su fuerza y capacidad de trabajo en otra empresa, siempre y cuando no sea otro club futbolístico.

La liberalidad anterior encuentra su fundamento en la reducción de lo que podría denominarse la jornada del futbolista profesional, o del tiempo que debe estar al servicio o a disposición de su club-patrono, y también en atención a los crecientes gastos e índices del costo de la vida.

##### c) La estabilidad

La estabilidad que nos interesa destacar es propiamente la **estabilidad en el empleo**, no aquélla que hace referencia a la **estabilidad en la función**; ésta alude a la permanencia de las condiciones de los servicios que presta el empleado, mientras que la primera se refiere a la subsistencia del contrato de trabajo en tanto la empresa opera normal y permanentemente.

Estos elementos que hemos citado, denominados concurrentes, se conforman también con lo que es materia propia del contrato de trabajo de los futbolistas profesionales, coadyuvando en la identificación de los perfiles o lineamientos de este tipo de contratación.

#### C. Forma y prueba del contrato de trabajo

Nuestra legislación, en términos generales, no exige una forma específica para la realización del contrato de trabajo, la cual puede ser escrita o verbal; es decir, el contrato de trabajo no está sujeto a formas determinadas, pudiendo celebrarse por escrito o verbalmente.

En la práctica, se utiliza con más frecuencia la modalidad verbal, y sólo se usa la forma escrita cuando se trata de contratar servicios de cierta responsabilidad o que requieren, de parte del trabajador especialmente, preparación o instrucción calificada. Lo anterior encuentra su razón de ser en la circunstancia de que, por



regla general, el trabajador, en su acepción más amplia, es un sujeto a quien se le deben facilitar los trámites de la contratación, pues su grado cultural no le permite participar en difíciles convenciones, sobre todo cuando éstas se plasman por escrito. Esta condición, muy común en los niveles bajos de la clase trabajadora, unida a otras desventajas que padece ese sector, verbigracia no saber leer ni firmar, han hecho obligatoria la aceptación del contrato de trabajo en su forma verbal.

Esta modalidad de contratación también opera en las convenciones de trabajo deportivo, siendo lo corriente y usual en nuestro medio que los pactos de los futbolistas profesionales con los clubes se realicen oralmente, y que sea la prestación efectiva de los servicios la que confirme la existencia real y verdadera de la relación laboral.

De otra parte, para demostrar la existencia del contrato de trabajo se admiten todos los medios probatorios establecidos por la legislación civil.

\* \*

Del examen realizado se concluye que el contrato que liga a los futbolistas profesionales con sus clubes guarda una perfecta identidad con la contratación común y corriente del Derecho del Trabajo, teniendo con ésta no sólo enorme analogía, sino una verdadera correspondencia en todos sus elementos.

#### CH. Dos disposiciones legales que confirman nuestras conclusiones

El Código de Trabajo de Costa Rica establece, en conexión con el tema que desarrollamos, lo siguiente:

“Artículo 4.—Trabajador es toda persona física que presta a otra u otras sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo”.

A su vez, el artículo 18 *ibidem*, explica el contrato de trabajo individual, cualquiera que fuere su denominación, de la siguiente forma:

Artículo 18.—Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo

la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma.

Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe”.

Podemos resumir nuestro criterio afirmando categóricamente que los futbolistas profesionales deben quedar regidos por las disposiciones legales reguladoras del contrato individual de trabajo, sin olvidar las especiales características que se dan en la prestación de sus servicios, ni el régimen casi esclavizante que se palpa en la subordinación jurídica a que quedan sometidos con sus clubes. Y como trabajadores, entendida su relación de acuerdo con lo que establece nuestro Código de Trabajo, así como la doctrina y la jurisprudencia, los jugadores profesionales de fútbol deben tener derecho a vacaciones, a descansos semanales, a la protección de los seguros sociales (de riesgos profesionales, de enfermedad, etc.), al pago de pre-aviso y auxilio de cesantía en los casos en que su club patrono ponga fin a la relación laboral sin justa causa, etcétera.

Pero hay algo más en favor de los futbolistas profesionales; se trata de un derecho del que no disfrutaban los trabajadores comunes o corrientes. Es el derecho que detentan para exigir a los dirigentes del club a que pertenecen que los pongan a trabajar, vale decir que los pongan a jugar, ya que consistiendo la capacidad de trabajo del jugador profesional de fútbol en la habilidad y en la destreza que debe tener para el ejercicio del deporte, así como en una sana y óptima condición física, el patrono no podría pagarle para que no entrenara, o para que no jugara, porque con ello le haría perder su capacidad laboral, sus condiciones de atleta, de jugador habilitado, y, además, con un proceder así el patrono estaría atentando abiertamente contra la fama y renombre del jugador profesional, patrimonio de enorme valor que sólo a éste pertenece.

El fútbol, como espectáculo, es una actividad que crea riqueza; una cuantiosa riqueza que, en Costa Rica, en la última temporada sobrepasó el millón de colones, suma que otras muchas empresas de distinta naturaleza no alcanzan en su giro normal y en sus operaciones corrientes. El negocio así entendido debe me-



recer el análisis cuidadoso de nuestras autoridades y de nuestros legisladores, a fin de que se incluya dentro del ordenamiento positivo laboral el contrato de trabajo que une a los futbolistas profesionales con sus clubes.

#### D. La Jurisprudencia Nacional

Hace más o menos ocho años, un futbolista que pertenecía a uno de los equipos de la primera división se presentó a la Alcaldía Segunda de Trabajo de San José, con el fin de establecer demanda laboral contra su club-patrono. A solicitud del interesado se levantó el acta respectiva en ese tribunal, la cual, en nuestro criterio, carece de ciertos datos y de no pocos tecnicismos que la convirtieron simple y llanamente en una demanda más de las muchas que se inician mediante la comparecencia directa de los interesados a los Tribunales de Trabajo. No existe en el texto de esa demanda un acopio de datos y de elementos lo suficientemente valioso como para que el litigio que nació llegara a convertirse en un connotado caso de Derecho Laboral, sino que se trata de una sencilla acta que en nada se aparta de los formatos usualmente utilizados por los empleados judiciales para cumplir con el requerimiento de los trabajadores que se presentan a demandar a los patronos. No obstante lo anterior, una vez que se dio el traslado de ley, la parte accionada procedió a contestar la precitada acción mediante un prolijo memorial contentivo de oportunas y valiosas citas de doctrina, especialmente argentina. Y no faltaron en la contestación de la demanda referencia a la jurisprudencia dictada por tribunales brasileños y argentinos.

Creemos de utilidad ofrecer a nuestros lectores los textos de la demanda y su contestación, para luego añadir las resoluciones de nuestros tribunales, y proceder posteriormente a un análisis de estos fallos.

##### A) El contenido de la demanda

“En la Alcaldía Segunda de Trabajo. San José, a las ocho horas y cuarenta y cinco minutos del veintiséis de julio de mil novecientos sesenta y dos. Presente un reclamante dijo llamarse H. N. L., ... y expone: Que comparece con el objeto de entablar formal demanda contra la empresa “Deportivo Orión Sociedad Anónima”;

en la persona de su gerente o gerentes, con base en los siguientes hechos: 1º) A principios del mes de julio de mil novecientos sesenta y uno comencé a trabajar a las órdenes del Club Orión F. C., hoy denominado “Deportivo Orión Sociedad Anónima” como jugador profesional de su primera división, desempeñando el puesto de guardameta o arquero y con un salario de ciento cincuenta colones mensuales. 2º) El veintiocho de mayo de este año, por medio de carta que se me entregó firmada por el secretario de la entidad demandada, señor E. Ch., quedé despedido de mis labores y fui declarado transferible para poder actuar con cualquier entidad deportiva. 3º) Posteriormente, y con fecha veintitrés de julio en curso, se me entregó otra carta donde se me comunicaba que no estaba despedido. Es del caso que la empresa es en deberme los salarios de junio y julio, por lo que deberá cubrírmelos, pues como se indica en esta carta no he sido despedido aunque actualmente no practico ni juego, tampoco me quieren dejar en libertad para actuar con otra entidad deportiva. 4º) Como no he sido despedido, aunque estoy transferible para cualquier club que quiera mis servicios, y como no se me quiere dar libertad para jugar con otro equipo, la empresa me tendrá que seguir pagando mis salarios hasta el día en que me deje en completa libertad. Acción: Por lo expuesto pido que en sentencia se declare: a) Que la empresa Deportivo Orión Sociedad Anónima es en deberme en concepto de salarios retenidos la suma de trescientos colones correspondientes a los sueldos de junio y julio en curso; b) Que actualmente soy jugador de su primera división; c) Que me tendrá que seguir reconociendo mi salario de ciento cincuenta colones mensuales hasta la fecha en que me deje en plena libertad para actuar con cualquier otra entidad deportiva, ya que actualmente no lo puedo hacer por cuanto no se me ha concedido eso; ch) Que deberá reconocerme ambas costas de la presente acción. Estimo la presente demanda en más de cien colones. Pruebas... Notificaciones...”

##### B) El texto de la contestación de la demanda

Acreditada en autos la personería del Presidente del Orión Sociedad Anónima, se confirió el traslado de la Ley, y el club-patrono procedió a contestar la acción en la siguiente forma:



“Señor Alcalde Segundo de Trabajo. Demanda de H. N. L. contra Deportivo Orión. Yo, R. J. B. . . , en mi carácter de Presidente de la Junta Directiva de la entidad demandada, atentamente vengo a decir: Contesto negativamente la demanda planteada, en los siguientes términos: 1. La Sociedad demandada no acepta como cierta la exposición de hechos que formula el actor, ya que ésta considera que la relación que existe entre el Club y el actor no es de carácter laboral. El no ha sido trabajador de dicho club sino un jugador de fútbol del equipo Orión y sus relaciones como tal, están regidas por las disposiciones de la Federación Nacional de Fútbol y por organismos internacionales, cuyas reglamentaciones son aceptadas por todos los países en una forma universal y de hecho por el jugador al firmar la llamada Cédula de Inscripción. 2. Tampoco es cierto que dicho jugador haya sido despedido, sino más bien declarado en condición de transferible. El deporte en ninguna de sus manifestaciones, está considerado por la legislación costarricense como una actividad laboral, especialmente si se toma en cuenta que tal actividad no tiene en Costa Rica el carácter de profesional, y aun en los países que como Brasil y Argentina, si se organizan profesionalmente, tampoco le reconocen carácter laboral: El Supremo Tribunal Federal de Brasil en fallo plenario el 4 de diciembre de 1950, declaró que los jugadores profesionales de fútbol no están amparados por la legislación laboral. “Rev. Trabajo e Seguro Social”, Río de Janeiro, julio-agosto de 1951, pág. 174”. Y en Argentina, después de algunas decisiones de las diferentes Salas, la Cam. Ap. Trab. Cap. en pleno, con sentencia de abril 15, 1952, ha decidido que, entre el jugador profesional de fútbol y el club deportivo que lo ha contratado, no existe una vinculación de carácter laboral (En Rev. “Derecho de Trabajo”, 1952, pág. 298 con nota de remisiones). Asimismo el tratadista argentino Mario L. Deveali, en su obra “Derecho del Trabajo”, expone lo siguiente:

“Excluida la posibilidad de asimilar los partidos de fútbol a un espectáculo público y los jugadores profesionales a los artistas que intervienen en ellos, cabe analizar la naturaleza de la relación que existe entre el club y el jugador profesional.

Señalando desde ya que la existencia de una remuneración y el carácter profesional de la presentación, si constituyen elementos propios del contrato de trabajo, no bastan por sí mismos

para configurar tal contrato, siendo comunes a otras figuras contractuales, como la locación de obra, el mandato, etcétera.

Para configurar una relación de trabajo, nuestras leyes básicas exigen el elemento de dependencia. Cabe pues preguntarse si las relaciones que existen entre el profesional y el club implican una relación de dependencia, de la misma naturaleza que la contemplada por nuestras leyes laborales. Quienes pretenden encuadrar las relaciones de esos deportistas profesionales en el esquema del contrato de trabajo, invocan las cláusulas contenidas en el contrato-tipo utilizado en esta clase de contrataciones y las fijadas por la reglamentación pertinente, pero tales cláusulas no difieren sustancialmente de las que en las reglamentaciones internas de muchos clubes o que en vía consuetudinaria se aplican cuando un grupo de aficionados es seleccionado para representar el club en competiciones deportivas con otros clubes nacionales, o en competiciones internacionales. Rígida disciplina que llega a afectar los tributos esenciales de la libertad humana y que tiene muchos puntos de contacto con la disciplina militar. Tal disciplina, que importa un verdadero status subiectionis de carácter eminentemente personal, no puede ser asimilada a la dependencia propia del contrato de trabajo, por las dos razones aludidas, que a pesar de parecer contradictorias, resultan en cambio concurrentes y que consisten: a) En el hecho de ser sustancialmente idéntica a la que rige en cualquier equipo deportivo, aunque compuesto únicamente por aficionados, no retribuidos; b) porque las limitaciones que ella importa a la libertad personal de los jugadores sólo son admisibles —como las inherentes a los votos eclesiásticos— por cuanto significan el sometimiento a un régimen riguroso, libremente aceptado en contemplación a una noble finalidad, de carácter superior; y resultan en cambio inadmisibles cuando constituyen el resultado de una imposición contractual, ya que importarían un verdadero jus in corpore, cual era propio del periodo de la esclavitud”.

Estas dos consideraciones parecen suficientes para excluir la posibilidad de asimilar las obligaciones que se imponen a los profesionales del fútbol al estado de “subordinación” jurídica que caracteriza los verdaderos contratos de trabajo (Págs. 482 y 483).

Además quiero hacer algunas otras observaciones. Uno de los principios fundamentales de nuestra materia consiste en la li-



bertad de trabajo, solemnemente consagrada en nuestra Carta Constitucional. Son conocidas las discusiones ocasionadas en el campo doctrinario cuando se pretende limitar la libertad de trabajo empleado después de la terminación del contrato. En el caso que nos interesa, tales cláusulas son notoriamente admitidas y consagradas en la reglamentación de carácter nacional e internacional, ya que responden, dentro de ciertos límites, a una exigencia imprescindible a esta clase de actividades. Si se aceptara la clasificación de contratos de trabajo, sería menester eliminar dicha reglamentación de carácter nacional, colocando a nuestros países en una situación de inferioridad frente a los otros e infiriendo un golpe casi mortal a esta clase de competencias deportivas. Se llegaría además, a otras consecuencias evidentemente absurdas. De acuerdo con las orientaciones de nuestra legislación laboral que se propone, ante todo, asegurar la estabilidad del empleado, se llega a imponer a los clubes la obligación de conservar en sus equipos a los jugadores que por razones de edad u otras no tienen más condiciones físicas necesarias para lucirse en esta forma de deporte. Correspondería también aplicar la disposición sobre trabajo dominical y nocturno, reconocer a los jugadores el derecho de tomarse vacaciones en el período legal, aún cuando en el mismo deba jugarse algún partido muy importante. Basta reflexionar sobre estas consecuencias, que serían ineludibles, para darse cuenta de que las actividades de los profesionales del fútbol no pueden ser sujetas a las normas que rigen en cuanto a los verdaderos contratos de trabajo; lo que confirma que se trata de una actividad sustancialmente distinta de las que forman objeto de tales contrataciones y que tienen "naturaleza especialísima". Con base en las razones anteriormente expuestas, opongo la excepción de falta de derecho para demandar, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 1, 2, 4, 447 y 465 del Código de Procedimientos civiles. Para atender notificaciones...".

Contestada la demanda en los términos transcritos, el Alcalde que conocía de este litigio se declaró incompetente, por razón de la materia, para continuar su tramitación, ya que consideró, por resolución de las diez horas del tres de diciembre de mil novecientos sesenta y dos, que esta litis era de conocimiento de los Tribunales Comunes. Y para tal efecto expuso en la precitada resolución:

“Que el actor lo que pretende es, en síntesis, que la accionada reconozca los sueldos de los meses de junio y julio del año en curso —(1962)—, así como los posteriores que deje de percibir hasta el día en que esa empresa le dé completa libertad para poder actuar con cualquier otro equipo de fútbol, pues siendo él jugador profesional de ese deporte, en el puesto de guardameta y habiendo sido declarado transferible para que pudiera ser contratado por otro club, permanece inscrito como integrante de la primera división del Deportivo Orión Sociedad Anónima, que no ha sido despedido, pero no le pagan sus salarios, no se le permite practicar, ni jugar y tampoco se le quiere dejar en libertad para poder hacerlo con otra entidad deportiva. De acuerdo con tales datos y con lo expuesto por el señor R. J. B., Presidente de la Junta Directiva de la accionada en su escrito de folios 11 a 13, esta autoridad estima que el presente negocio no es de competencia de los Tribunales de Trabajo porque en Costa Rica no existe un verdadero profesionalismo en el fútbol, pues, por lo general, los jugadores de los diferentes equipos de las divisiones superiores, no se dedican única y exclusivamente a ese deporte como medio de subsistencia, sino que trabajan en forma independiente en otras actividades o como empleados públicos o de empresas particulares, y si a algunos de ellos o a muchos, los clubes a que pertenecen les tienen asignada una remuneración quincenal o mensual por jugar en el equipo, éste no puede conceptuarse como “salario” en la acepción legal del vocablo. Nuestro Código de Trabajo define al salario o sueldo como la retribución que el patrono debe pagar al “trabajador” en virtud del “contrato de trabajo” y las relaciones entre el jugador de fútbol y el Club al que pertenece, no se rigen por tales contratos sino por convenios de carácter deportivo en los cuales la actividad prometida es la agonal, de naturaleza sui generis y no de trabajo propiamente dicha. Además, aún cuando los jugadores de fútbol deben acatar y someterse a las órdenes, instrucciones de sus directores y entrenadores etcétera, no se da la subordinación jurídica —característica del contrato de trabajo— sino que los mismos están sujetos a una disciplina de índole deportiva cuyo fin primordial es el logro de los mejores rendimientos en los juegos. Por lo expuesto, es criterio del suscrito Alcalde que los jugadores de fútbol —profesionales— y las entidades deportivas a que pertenecen, no se encuentran ligados por contratos de trabajo ni les es aplicable el derecho laboral y, en consecuencia,



se declara incompetente, por razón de la materia, para seguir conociendo de este asunto ya que es en los tribunales comunes donde debe ventilarse. Previa audiencia a las partes por el término de veinticuatro horas para lo que tengan a bien proponer o manifestar, elévense los autos a la Sala de Casación para lo que estime del caso resolver”.

Los autos fueron enviados a la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia para los efectos de los artículos 415 y 466 del Código de Trabajo, que se refieren, por su orden, a la potestad que corresponden a la Sala de Casación para resolver los conflictos de jurisdicción que se susciten entre los Tribunales Comunes y los Tribunales de Trabajo, o entre éstos y las autoridades administrativas, sea porque los funcionarios se declaran en cualquier momento incompetentes, o porque alguna de las partes oponga en tiempo la excepción correspondiente. Y el artículo 466 se refiere a la forma en que debe tramitarse y resolverse lo necesario en el evento de que alguna de las partes interpusiere la excepción de incompetencia de jurisdicción.

La Sala de Casación, por resolución de las quince horas y quince minutos del diez de enero de mil novecientos sesenta y tres, declaró que el conocimiento de el litigio planteado correspondía a los tribunales de trabajo, para lo cual consideró:

“I.—La relación que liga a los jugadores de fútbol, sean “amateurs”, o profesionales, con los clubes cuyos colores defienden, cuando éstos han sido constituidos como asociaciones con el fin ideal de estimular dicho deporte y el de competir con un fin puramente agonístico, condición que distingue a la generalidad de los centros deportivos en Costa Rica, aunque dichos jugadores reciban remuneración por su trabajo, es cierto, tiene tan marcadas diferencias con el contrato laboral, que algunos autores como el eminente tratadista Mario L. Deveali (Lineamientos del Derecho de Trabajo, página 421) y alguna jurisprudencia como la dictada por algunas Cortes como la de la República Argentina, han llegado a la conclusión de que es un contrato *sui generis* que ha de tener una reglamentación especial. Esas marcadas diferencias, las hace notar el citado tratadista Deveali, en estos párrafos, del enjundioso comentario, que hace, en la revista argentina Derecho del Trabajo, al fallo dictado por la Cámara Ap. Trabajo de la Capital (Buenos

Aires) (Sala 1) Dic. 27 de 1949 en el caso Borgoria, Alfredo y otros c/Club Ferrocarril Oeste (páginas 604 y 606): “Distintas son las modalidades de nuestro país y de muchos otros de idéntica idiosincrasia. Los aficionados de este deporte, pertenecen todos a un determinado club o simpatizan con él. Las masas populares que llenan las tribunas en ocasión de los partidos de campeonato, no concurren al partido para asistir a una exhibición de técnica deportiva, sino que son arrastrados por pasión partidista, por el deseo de ver triunfar al club de su preferencia; la misma pasión que ya en la edad media se manifestaba en las competiciones de distintas clases (Torneos, carreras, etc.) que se realizaban en fechas determinadas, entre los representantes de los distintos barrios de una comuna. El mismo espíritu agonístico que anima a los equipos, es compartido por los espectadores, preocupados por los resultados del match más que por la capacidad demostrada por los componentes del equipo. Las personas que componen el mismo interesan sólo en cuanto pueden con su intervención facilitar el éxito de aquél. Quien baja al campo, quien participa en el encuentro, no son determinados jugadores —que en efecto pueden ser sustituidos a último momento por el club—, no es el equipo compuesto por ellos, sino que es el mismo club, cuyos colores figuran en las mallas del equipo, y cuya clasificación depende de los resultados que éste logre conseguir; es el club, con sus millares de afiliados, sus millares de simpatizantes, con sus tradiciones, sus ambiciones y sus esperanzas. El jugador, o mejor dicho, los jugadores que componen el equipo son los representantes del club deportivo, que tienen la responsabilidad y el honor de demostrar, en el combate con el competidor, el grado de perfección técnica lograda por el mismo...” “Si se aceptara la calificación del contrato de trabajo, sería menester eliminar totalmente dicha reglamentación de carácter nacional colocando a nuestro país en una situación de inferioridad frente a los otros e infiriendo un golpe quizás mortal a esta clase de competiciones deportivas. Se llegaría además a otras consecuencias evidentemente absurdas. De acuerdo con las orientaciones de nuestra legislación laboral que se propone, ante todo, asegurar la estabilidad del empleado, se llegaría a imponer a los clubes la obligación de conservar en sus equipos a los jugadores que por razones de edad no tienen más las condiciones físicas necesarias para lucirse en esta forma de deporte; podría negarse, con frecuencia, el derecho de los clubes de retirar un ju-



gador del equipo en ocasión de algún partido, privándolo así de la posibilidad de ganar las primas que se abonan en el caso de victoria; sería menester aplicar las disposiciones que subordinan la facultad de despido al elemento antigüedad y que la excluye en el caso de trabajadores que cubren o han cubierto cargos sindicales; corresponderá aplicar las disposiciones sobre trabajo dominical y nocturno; reconocer a los jugadores el derecho de tomarse las vacaciones en el período legal, aunque cuando durante el mismo deba jugarse algún partido muy importante, etc. Basta reflexionar sobre estas consecuencias, que serían ineludibles, para darse cuenta de que las actividades de los profesionales del fútbol no pueden ser sujetadas a las normas que rigen en cuanto a los verdaderos contratos de trabajo; lo que confirma que se trata de actividades sustancialmente distintas de las que forman objeto de tales contratos y que tienen "naturaleza especialísima", como lo declaró el Supremo Tribunal Federal del Brasil, al admitir el recurso contra la decisión del Tribunal Superior de Trabajo que había reconocido, dentro de ciertos límites, la posibilidad de asimilarlas (Rev. "Legislacao do Trabalho", agosto de 1950, página 351)".

Si tal doctrina se amolda a lo estatuido por nuestras leyes laborales, no es cuestión que deba resolverlo esta Sala por ahora, pues el caso en examen difiere, como se va a exponer más adelante, de las asociaciones deportivas de carácter ideal.

II.—Pero el mismo autor Deveali, hace observar, como también lo ha considerado la jurisprudencia argentina, que pueden servir de guía, por tener en aquella República muchos clubes futbolísticos, las mismas modalidades que los clubes de Costa Rica, que cuando esas asociaciones deportivas se constituyen en sociedades para explotar con ánimo lucrativo, a dicho deporte, que pueden ser comparables a los espectáculos teatrales, de filmación de películas, toros, box, base ball, etc., la relación del deportista en tales casos, con la empresa explotadora del espectáculo, pueden ser según los casos, de locación de obra o de locación de servicios.

III.—En el caso en examen, el "Deportivo Orión Sociedad Anónima" demandado en este juicio se aparta de las modalidades de otros clubes del país, pues está constituido como una Sociedad Anónima cuyo objeto sería "La actividad social y deportiva con fines lucrativos y para tal propósito podrá mantener equipos de-

portivos en todas las categorías, contratar equipos extranjeros para que realicen exhibiciones deportivas en el país, o fuera de él, establecer clubes o centros sociales y de diversión, y para tales efectos la sociedad estará facultada para comprar, vender, pignorar, hipotecar, comprometer y negociar en toda clase de bienes muebles e inmuebles, así como para realizar sin ninguna limitación todos los actos o contratos para el buen logro de sus funciones" (Cláusula 111 de la escritura de constitución inscrita en el Registro Mercantil al tomo 50, folio 530, asiento 414, que esta Sala hizo certificar). De modo, que siendo el fin del Centro demandado de carácter comercial, para la explotación, entre otras actividades de espectáculos, entre ellos el fútbol, los jugadores que esta asociación contrata para tales eventos tienen con ella una locación de servicios (locatio operarum) que los constituye en trabajadores vinculados por una relación laboral. En consecuencia, estima esta Sala que el conocimiento de este negocio es de la competencia de los tribunales de trabajo.

Por tanto: Se declara que el conocimiento de este negocio corresponde, a los tribunales de trabajo".

Resuelto el asunto en esa forma por la Sala de Casación, los autos regresaron a la Alcaldía Segunda de Trabajo de San José, a fin de continuar su tramitación. Por Sentencia Número 72, de las dieciséis horas del tres de junio de mil novecientos sesenta y tres, la Alcaldía Segunda de Trabajo de San José, resolvió el litigio en forma favorable para el actor, observando, para tales efectos, y en lo que interesa para los fines de esta monografía, lo siguiente:

"... Resultando: ... Considerando ...

I. Hechos probados: ... II. Hechos no probados ... III, excepciones... IV. Fondo del asunto: Como la Sala de Casación declaró que los jugadores de fútbol que el Deportivo Orión Sociedad Anónima contrata, son trabajadores vinculados por una relación laboral —Folios 26 vto. a 27 fte.—, y demostrado en autos que el actor H. N. L. fue inscrito como jugador de la Primera División de ese Club pagándosele desde setiembre de mil novecientos sesenta y uno hasta mayo de mil novecientos sesenta y dos "un sueldo mensual" por sus servicios, llegamos a la conclusión ineludible de que entre las partes de este juicio ha existido un contrato de trabajo



en el cual deben entenderse incluidos, por lo menos, las garantías y derechos que otorgan a los trabajadores el Código de la Materia y sus leyes supletorias o conexas (artículos 18 a 21 del Código mencionado). Ahora bien: como la sociedad accionada, según lo manifiesta su Presidente señor R. J. B., en escrito de folio 31, no tiene todavía aprobado el reglamento interno de disciplina y organización pues el mismo está bajo estudio para su aprobación oportunamente y, por otra parte, no habiendo demostrado en forma alguna, los motivos que tuviera para no pagar al reclamante en su condición de jugador a su servicio, los sueldos de junio y julio de mil novecientos sesenta y dos, debe reconocerle los mismos de acuerdo con lo dispuesto por el inciso g) del artículo 69 del Código de Trabajo, habida cuenta de que durante tales meses estaba inscrito y no había sido despedido. Ya hemos visto que el actor venía devengando últimamente ciento cincuenta colones mensuales, por lo que la accionada debe pagarle la suma de trescientos colones. Asimismo tiene derecho el actor a ese salario mientras permanezca inscrito como jugador de la primera división de esa entidad. En consecuencia, se declara: 1) Que el Deportivo Orión Sociedad Anónima debe pagarle al demandante la suma de Trescientos colones por concepto de sueldos de los meses de junio y julio de mil novecientos sesenta y dos; 2) Que el actor es jugador de fútbol de la primera división de la sociedad accionada; 3) Que el mismo tiene derecho al salario de ciento cincuenta colones mensuales mientras permanezca inscrito como tal; y 4) Que la accionada debe pagar ambas costas de este juicio . . .”

La sentencia de mérito fue apelada por la parte demandada, y en virtud de tal apelación conoció del asunto el Juzgado Primero de Trabajo de San José, el cual confirmó el fallo recurrido, por Sentencia Número 26 de las ocho horas del veinticuatro de julio de mil novecientos sesenta y tres, la que comprende un único considerando en los siguientes términos:

“**Considerando:** Habiendo decidido la Sala de Casación que la relación existente entre el actor y el club accionado es de naturaleza laboral, la sentencia venida en apelación resuelve acertadamente el punto de discusión, razón por la cual el Juzgado acoge sus hechos probados así como los no demostrados y los fundamentos legales en que la apoya el señor Alcalde A-quo, confirmando el fallo en todos sus extremos”.

La decisión de Sala de Casación, acogida sin reservas de ninguna naturaleza por la Alcaldía Segunda y el Juzgado Primero de Trabajo de San José, contiene, en nuestro criterio, dos aspectos negativos que no se conforman con la técnica jurídica laboral. El primero de ellos comprendido en la transcripción que se hace de las consideraciones de Deveali, las que tenemos por no acertadas y alejadas de la verdadera situación imperante entre los jugadores profesionales de fútbol y los clubes a que pertenecen; y el segundo sujeto a la importancia concedida a la organización del club-patrono demandado, constituido bajo la modalidad de sociedad anónima.

En el comentario del maestro Deveali hay tres situaciones que conviene analizar, y que resumiremos así:

#### A. Nexos o relación entre jugadores y aficionados

No interesa al Derecho del Trabajo, obviamente, la relación que llega a establecerse entre los jugadores profesionales de fútbol y los aficionados, o simpatizantes o afiliados al club a que pertenecen aquéllos, ya que entre ambas partes no existe sino una relación o nexo de índole afectiva, o de admiración que deviene de los simpatizantes del club hacia los jugadores de éste. Quienes llenan las tribunas de los estadios van con el propósito de alentar y vitorear a los jugadores del club de sus simpatías, y en su ánimo predomina el sentimiento agonal sobre cualquier otro. Es el deseo de ver a su equipo triunfar el que impulsa a los aficionados a este deporte a aplaudir y a alentar a los jugadores que visten el uniforme de su club preferido.

#### B. Nexos o relación entre afiliados y el club

Igual relación o nexo al que hemos descrito en el punto inmediato anterior se establece entre los afiliados o aficionados y el club de sus simpatías, entendido éste como una organización deportiva, compuesta por un conjunto de personas con intereses comunes, que organiza y presenta el fútbol como espectáculo, por el cual cobra sumas de dinero. Tampoco esta relación podría interesar en manera alguna al Derecho del Trabajo.

#### C. Nexos o relación entre los jugadores profesionales y el club

El ligamen que se da entre el jugador profesional de fútbol y el club al que presta sus servicios sí es objeto de estudio e in-



terés para el Derecho Laboral, pues el primero rinde al segundo su actividad en forma subordinada y dependiente, a cambio de una remuneración; se nos presenta así el club deportivo como un acreedor de trabajo, circunstancia que lo identifica con el empresario común y corriente.

Realizado el anterior análisis, debemos manifestar que el párrafo de Mario Deveali, transcrito en la Sentencia de la Sala de Casación, contiene un grave defecto que distorsiona el enfoque que debe hacerse de la cuestión, toda vez que en el mismo se trata de establecer una exagerada importancia de la relación jugador-aficionado, ignorando, casi por completo, la relación existente entre el jugador profesional y el club-patrono, cuando, en nuestro criterio, es a ésta a la que debe darse primordial importancia, descartando, para los efectos del Derecho del Trabajo, el nexo jugador-aficionado al que nos referimos en el punto A. de este apartado.

Estimamos falso afirmar que en la actualidad el jugador profesional de fútbol participa en los eventos que disputa su club por un fin puramente agonístico, sino que debe analizarse el elemento psicológico que mueve al futbolista profesional a colaborar con sus servicios, cual es la idea de la percepción de una retribución mensual. Si no hay paga el futbolista no juega, lo que demuestra que el criterio de Deveali no es correcto, y que, posiblemente, se trata de una idea brillantemente expuesta, pero, quizás, un poco vetusta e inadaptable a la realidad de nuestro medio.

Ahora bien, entendemos que los Considerandos II y III de la Resolución de las quince horas y quince minutos del diez de enero de mil novecientos sesenta y tres de la Sala de Casación, contienen un error de bulto, pues conceden, equivocadamente, notoria importancia a la organización del club-patrono accionado, el cual se encontraba constituido como sociedad anónima, siguiendo en esa apreciación la opinión de Mario Deveali.

Creemos que la existencia de la relación laboral entre el jugador y su club no está determinada por la modalidad de la organización de éste, que bien podría ser una asociación o una sociedad mercantil, sino por la concurrencia en esa relación de los distintos elementos que configuran el contrato de trabajo.

Estimamos que la atención debe centrarse en la combinación de las disposiciones legales contenidas en los artículos 2 y 18 del Código de Trabajo vigente, los cuales disponen, por su orden, lo siguiente:

“Artículo 2º Patrono es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo”.

“Artículo 18. Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma. Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe”.

Para los efectos que han quedado señalados en esta monografía, puede observarse que la Ley no distingue, como sí lo hizo la Sala de Casación en la resolución de comentario, entre asociaciones y sociedades mercantiles, lo que nos lleva a concluir que poco o nada interesa precisar cuál es la finalidad de la entidad patronal para que se reconozca la existencia del contrato de trabajo.

\*  
\* \*



# SUSPENSIÓN DEL ACTO IMPUGNADO EN LA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN COSTA RICA \*

PROF. EDUARDO ORTIZ ORTIZ  
Titular D. Administrativo

## 1. Concepto:

La suspensión del acto impugnado en el juicio contencioso-administrativo es el resultado favorable de una petición incidental (o accidental, según terminología de Briseño Sierra,<sup>(1)</sup> y tiene carácter cautelar o precautorio,<sup>(2)</sup> tendente a garantizar la supervivencia del derecho o del interés lesionado por aquel acto, cuando la ejecución de éste último puede ocasionarle daños de imposible, grave o muy difícil reparación.<sup>(3)</sup> Puede definirse, con González Pérez, como "La interrupción temporal de la eficacia del acto".<sup>(4)</sup>

- (1) Entendemos por incidente o accidente toda controversia distinta de la principal, objeto de la demanda y contestación, surgida en el curso de un proceso. Según Briseño Sierra (Teoría y Técnica del Amparo, tomo II, págs. 13 y 14) tales controversias accesorias se llaman incidentes cuando afectan la eficacia del juicio, por lo que entiendo su aptitud para concluir normalmente en el fallo o "la certeza del proveído"; y se llaman accidentes cuando afectan la eficiencia del juicio, por lo que entiendo "la probable ejecución del fin atribuido al acto", lo cual permitiría calificar la suspensión y su trámite como accidente más que como incidente, por ser su evidente función la de garantizar los resultados del fallo contencioso en el caso en que sea estimatorio de la demanda.
- (2) Es medida cautelar o precautoria la que está al servicio de otra definitiva, cuya posibilidad de ejecución cabal trata de preservar. Al efecto basta con la probabilidad o verosimilitud de la existencia del derecho reclamado o, en lo contencioso de anulación, de la invalidez del acto atacado, pues mientras el objeto de la providencia definitiva es el derecho y su certeza, el de la medida cautelar es la disposición de los medios necesarios para hacerlo realizable, cuando es probable. Véase al respecto Piero Calamandrei, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, pág. 77.
- (3) Tribunales y leyes emplean muy diversos términos para calificar el daño que justifica la suspensión, términos tales como grave, irreparable, irremediable, de imposible o difícil reparación, todos más o menos equivalentes en cuanto significan el carácter severo que la lesión debe presentar para justificar la medida excepcional de suspensión del acto; la regla, como se dijo, es la contraria. Puede verse al respecto: Cirilo Martín Retortillo, Nuevas Notas sobre lo Contencioso Administrativo, págs. 228 y 229; Jesús González Pérez, Derecho Procesal Administrativo, tomo III, págs. 333 a 337; Long, Weil et Braibant, Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, pág. 256; Pietro Virga, La Tutela Giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione, págs. 330 y 331.
- (4) Jesús González Pérez, El Procedimiento Administrativo, pág. 350.

\* Este artículo fue la ponencia presentada por el autor al V Congreso del Instituto Mexicano de D. Procesal, que versó sobre el Ante-Proyecto de Ley Gral. de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del Estado de Sinaloa, Congreso que tuvo lugar en Culiacán del 25 al 31 de Noviembre de 1970, fecha hasta la cual alcanza la jurisprudencia costarricense citada en el artículo.



La suspensión es siempre excepcional, por ser la regla la inmediata ejecución del acto administrativo, pese a su impugnación administrativa (a través de recursos) o jurisdiccional (a través de demandas en ejercicio del derecho de acción). Sea que ello se explique por la llamada ejecutoriedad del acto administrativo (que puede ser acción coactiva de oficio cuando haya necesidad de imponer al administrado el cumplimiento de una obligación), sea que represente una aplicación de la División de Poderes y de la independencia del Ejecutivo frente al Judicial,<sup>(4 bis)</sup> o bien la única forma de impedir la parálisis de la Administración y de hacer prevalecer su interés frente al privado del reclamante, es lo cierto que el acto administrativo conlleva siempre una doble cualidad, salvo regla expresa en contrario, a saber:

- a) Es título ejecutivo que crea y comprueba la existencia del derecho que declara a favor de la Administración contra el ciudadano (a diferencia de otros documentos públicos, que prueban pero no crean el derecho probado);
- b) Es fuente de la potestad adicional de emplear la fuerza pública para obtener el cumplimiento de las obligaciones a favor de la Administración, sin necesidad de recurrir al Juez.<sup>(5)</sup>

La suspensión es el acto (administrativo o judicial) que impide el ejercicio de esos privilegios, interrumpiendo temporalmente su existencia, mientras dure el procedimiento o el juicio. No afecta la existencia del acto, por lo que es un error conceptualizarla como una "revocación temporal" del mismo,<sup>(6)</sup> sino únicamente su eficacia, entendida como capacidad actual para producir efecto y para servir de base a otros actos de ejecución.

No se funda en razones de legalidad, sino de oportunidad, consistentes en la inconveniencia pasajera de ejecutar otra resolución, pero cuando es judicial y condicionada a motivos previstos por la norma procesal se torna en reglada y esos motivos quedan

(4 bis) Maurice Tourdias, Les Sursis a Execution des Decision Administratives, págs. 7 a 14. y J. M. Auby et Roland Drago, Traite de Contetieux Administratif, tomo II, pág. 314.

(5) González Pérez, *op. cit.*, tomo III, págs. 325 y 326.

(6) Aurelio Guaita, La Eficacia del Acto Administrativo, Rev. de Administración Pública N° 25, pág. 166.

intimamente vinculados, para ser serios y atendibles, a los que justifican la demanda principal. Esto obliga a distinguir claramente unos y otros y hace inevitable una anticipación limitada del fallo con motivo de la suspensión.

La suspensión puede ser total o parcial, según que afecte la totalidad de los efectos del acto o sólo parte de los mismos, y aún puede concebirse que toque sólo uno de los dos fundamentales privilegios antes mencionados, dejando intacto el otro, lo que hace posible, por ejemplo, que sea ejecutiva en la vía judicial la imposición fiscal que no puede cobrarse (por ejecución forzosa) en la vía administrativa. Ello, sin embargo, es poco común y el principio de libertad propio de un ordenamiento liberal y democrático aconseja interpretar en forma amplia y comprensiva de ambos privilegios cualquier norma que autorice la suspensión, refiriéndose sólo a uno de los dos, o sólo a ésta misma. La suspensión judicial regulada por el art. 91.1 de nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es, en todo caso, suspensión total y plena, que impide tanto la ejecutividad del acto en la vía judicial como su ejecución coactiva en vía administrativa (o ejecutoriedad).

## 2. La suspensión del acto impugnado en nuestra legislación. Antecedente inmediato.

El art. 91.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (N° 3667 de 16 de marzo de 1966) contiene tanto la definición de los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad antes mencionados, como la autorización de la suspensión de los mismos a título excepcional y extraordinario.

Dice dicha norma:

"La interposición de la demanda no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición impugnada, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del demandante, la suspensión".

Cuando entró en vigencia la L. R. J. C. la única institución similar a la que tratamos era la suspensión en el juicio de amparo, que todavía existe.

Dice el art. 13 de la Ley de Amparo, N.1161 de 2 de junio de 1950:



“Artículo 13:—Cuando se tratare de una violación cuya ejecución pudiera causar perjuicio grave o irreparable, el Tribunal o Juez podrá ordenar la inmediata suspensión de la orden, disposición o acto contra el cual se reclama, mientras se tramita y resuelva el recurso. También podrá el Juez hacer cesar esa suspensión en cualquier momento”.

Esta norma no ha encontrado aplicación razonada en nuestra jurisprudencia de amparo, la cual se limita ocasionalmente a invocarla en el fallo, sin disponer clara y expresamente la suspensión del acto objetado.<sup>(7)</sup>

Puede obedecer ello al carácter acentuadamente sumario y acelerado de nuestro amparo, que hace innecesaria la suspensión en la mayoría de los casos, lo mismo que al muy estricto criterio que emplean los jueces contra el reclamante en esta vía, aplicable con mayor razón a las medidas cautelares como la suspensión,<sup>(8)</sup> cuyo éxito puede depender de la seriedad de la demanda principal, como veremos. Si el destino normal de una demanda de amparo en Costa Rica es ser rechazada, naturalmente ha de ocurrir lo mismo con el incidente de suspensión dentro del respectivo proceso.

La suspensión regulada por el Art. 13 antes citado ofrece las características de ser posible ex officio (y no solo a petición de parte), por inminencia de un perjuicio grave (y no solo irreparable) y en cualquier momento del juicio.

Como antecedente es puramente legislativo y se ha quedado en el papel, sin que, antes de la nueva Ley de lo Contencioso, tuviera real vigencia en C. R. la suspensión del acto impugnado como medida cautelar.

### 3. La suspensión en el contencioso y su régimen legislativo y jurisprudencial en Costa Rica.

La suspensión del acto impugnado en la vía contenciosa presenta características tanto sustanciales como procesales, enten-

(7) Ver fallos citados por Enrique Guier Sáenz, Sentencias de Amparo, 1950-1962, tomo I, pág. 15, Revista del Colegio de Abogados N° 16, ninguno de los cuales analiza la procedencia de la suspensión ni la otorga, limitándose a mencionar el art. 13 en sus considerandos sin depa-  
rarle especial comentario.

(8) Guier, *op. cit.* tomo I, pág. 1 del Prefacio, donde el autor afirma que sólo el 15.4% de los recursos de amparo son declarados procedentes, hasta 1962.

diendo por aquellas las que la definen como acto principal y final del respectivo incidente, muy similares a las de la suspensión en la vía administrativa; y por características procesales las que definen el incidente mismo.

#### a) Características procesales.

a-1) Carácter incidental y accesorio. Admisibilidad en la plena jurisdicción. Se ha negado a la suspensión del acto impugnado como fenómeno procesal el carácter de incidente o accidente, para atribuirle naturaleza de verdadero juicio con presupuestos y objetivos propios.<sup>(9)</sup> Es cierta esa autonomía relativa, pues la suspensión tiene una causa petendi exclusiva (los motivos de la suspensión como acto final) y un petitum también propio, que incide sobre la eficacia y no, como ocurre con la demanda principal, sobre la validez y existencia del acto. Ello no obstante, la suspensión puede existir únicamente si existe un proceso contencioso común en el que pueda insertarse, en forma tal que resulta imposible si ese proceso no existe o si ya terminó. La existencia del contencioso principal es, entonces, un verdadero presupuesto procesal de validez de la suspensión, exactamente como ocurre con un incidente o accidente común. De ahí deriva el que la suspensión también esté formalmente condicionada por los otros requisitos de existencia de dicho proceso principal, tanto en lo que hace a la jurisdicción (que tendrá que ser la contencioso-administrativa para ambos), como en cuanto a la identidad, capacidad y legitimación de las partes (que deberán ser también las mismas).

Quien no es actor en el contencioso principal no podrá ser incidentista en la suspensión del acto impugnado, regla que es aplicable, además, a los posibles coadyuvantes en el incidente, que no podrán serlo si no lo son también de la pretensión del actor. Todo esto se explica fácilmente admitiendo el carácter accesorio de la suspensión respecto del juicio contencioso, en tanto que aquella es una medida cautelar.<sup>(10)</sup> Este carácter accesorio del incidente (o accidente según Briseño Sierra) de suspensión opera para que el mismo cese con la terminación del juicio principal al que accede, sea cual fuere la causa de esta última, normal (como el fallo) o

(9) Aldo Sandulli, *Il Giudizio Davanti al Consiglio di Stato e Ai Giudici Sottoordinati*, pág. 180.

(10) Sandulli, *ibidem*, pág. 181.



anormal (como la deserción, la satisfacción extraprocesal de la pretensión, etc.). Ello no obstante, la suspensión del juicio principal no afecta ni la acción para promover el incidente, que puede ejercerse planteándolo durante ese lapso, ni tampoco el curso del incidente mismo, que puede continuar hasta fallo final mientras el proceso principal exista, aunque en estado de inactividad por obra de la suspensión.<sup>(11)</sup> Todo lo cual revela que el juicio es presupuesto del incidente sin que el incidente sea parte del juicio.

El incidente de suspensión puede plantearse en cualquier tipo de contencioso administrativo, sea de anulación, sea de plena jurisdicción (contencioso de indemnización). Los artículos 22, 23 y 24 de nuestra Ley de lo Contencioso establecen una clara distinción entre pretensiones de anulación y de indemnización, cada una de las cuales exige según el tipo una legitimación diversa. Si se pretende únicamente la anulación bastará al efecto el interés legítimo; y si se pretende una indemnización o el restablecimiento de una situación jurídica individualizada será necesaria la titularidad (o la apariencia de tal) de un derecho subjetivo (art. 10.1 .3 *ibidem*).<sup>(11 bis)</sup>

Como el incidente de suspensión sólo puede tener éxito si hay la inminencia o el desarrollo de un daño de imposible o difícil reparación, el mismo pareciera inadmisibles cuando la demanda principal se ha limitado a pedir la anulación del acto, sin pretender el reconocimiento y restitución de un verdadero derecho subjetivo lesionado. Ello excluiría la discusión sobre ese daño en la vía princi-

(11) Sandulli, *op. cit.* pág. 83. N. 3.

(11) Bis. La distinción entre jurisdicciones y pretensiones, basada en el tipo de causa petendi (derecho subjetivo o interés legítimo) y de petitum (anulación o indemnización) es más o menos universal. Véase Auby et Drago, *op. cit.* tomo II págs. 425 a 433; Massimo Severo Giannini, *La Giustizia Amministrativa*, págs. 85 a 103. Los artículos 41 y 42 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa de España contienen norma similar a los artículos 22, 23 y 24 de la nuestra, con la sustancial y fundamental diferencia, respecto de los sistemas francés e italiano, de que en España y Costa Rica la distinción entre derecho-indemnización e interés-anulación sirve para calificar pretensiones, no para calificar jurisdicciones ni módulos procesales. En Costa Rica particularmente ha habido una unificación de jurisdicciones relativas al Estado, por manera que se conocen y deciden en una sola y con un solo trámite todas las demandas ordinarias contra el Estado o entes públicos, sean cuales fueren su petitum y causa petendi, salvo muy contadas excepciones a texto expreso de ley; ello hace imposible, por mayoría de razón, las distinciones de jurisdicción que podríamos llamar internas, dentro del campo propiamente contencioso, como la que corresponde en Francia al contencioso objetivo de legalidad o de anulación y al contencioso subjetivo de derechos o de plena jurisdicción. Los artículos 1, 2 y 3 de la ley N° 3667 unifican jurisdicciones estatales o públicas en C. R., con la expresa disposición de que será indiferente la estimación que la parte haga de la naturaleza del caso y aún de la naturaleza misma, pública o privada, de la materia objeto del negocio. Esta unidad de trámite presenta el inconveniente fundamental de obligar siempre a impugnar un acto, aunque se pretenda únicamente una indemnización.

pal y cerraría la posibilidad de hacer lo mismo en el incidente. Este planteo podría racionalizarse más invocando la conexión conceptual que hay entre derecho subjetivo, acto ilícito e indemnización, por un lado, e interés legítimo, acto ilegal y anulación sin resarcimiento, por otro, conexión ampliamente aceptada en doctrina y jurisprudencia, sobre la base del carácter meramente instrumental y procesal, no sustancial (respecto de los bienes de la vida) del interés legítimo, base de las pretensiones de mera anulación.

Consideramos un error tal planteo, que en el fondo se origina en el concepto del interés legítimo como entidad meramente instrumental o procesal, cuyo único objeto es la anulación del acto administrativo ilegal. El interés legítimo es situación jurídica sustancial, en cuanto tiene por objeto la posibilidad de gozar un bien de la vida, a través del ejercicio o no ejercicio, no exigible jurídicamente, de una potestad administrativa. En consecuencia, hay lesión grave de ese interés sustantivo cuando el acto administrativo en que consiste el ejercicio de la potestad en cuestión hace imposible o muy difícil la obtención de la utilidad esperada, tornándola más eventual e improbable. El industrial tiene interés en un monopolio de hecho, o en la igualdad en la competencia, y hay lesión de imposible o difícil reparación a ese interés sustancial cuando se otorgan al competidor ventajas financieras (como exenciones, subvenciones o aportes) que colocan al interesado en la imposibilidad de competir y lo obligan a clausurar su negocio. Podría pensarse que aquí se da más bien un derecho a la competencia leal o legal, pero el error de ese enfoque queda patente admitiendo que la suspensión procede lo mismo si se trata de ilegales granjerías que de legítimos incentivos fiscales, otorgados de acuerdo con la ley, a condición de que la arbitrariedad no sea manifiesta en el primer caso. La suspensión tutela en ambas hipótesis el mismo interés sustancial en la superioridad o igualdad en la competencia, cuyo disfrute puede dificultarse o hacerse imposible por un acto administrativo, exactamente como puede obstaculizarse e impedirse el ejercicio de un derecho subjetivo.

Debe hacerse notar, además, que toda una categoría de derechos subjetivos son considerados por gran parte de la doctrina más desarrollada sobre el tema (la italiana) como intereses legítimos, bajo el nombre de derechos debilitados (*diritti affievoliti*).<sup>(12)</sup>

(12) Frente a la potestad administrativa que puede extinguirlos.



Consisten tales intereses en el derecho subjetivo sometido a una potestad administrativa discrecional y opuesta, como el derecho de propiedad frente a la potestad de expropiación, o el del concesionario frente a la potestad de rescate. Ese derecho se manifiesta como perfecto y consolidado en cualquier otra relación, excepto frente a la Administración en uso de la potestad que puede conducir a su extinción o disminución. Así como hay intereses en procedimientos de tipo concesional, que consisten en la expectativa de un acto administrativo que otorgue derechos nuevos al interesado (típico el caso de la licitación pública o del concurso para selección de personal administrativo), hay intereses en procedimientos "ablatorios", que consisten en la expectativa de conservar intacto un derecho que ya se tiene (como el caso de los derechos debilitados que antes se mencionaron).

En la hipótesis de los "procedimientos ablatorios" es claro que la lesión al interés se confunde a menudo con la del derecho subjetivo, intercambiándose fenómenos profundamente diversos, pese a algunas autorizadas discrepancias al respecto.<sup>(12)</sup> El daño de grave o de imposible reparación incide sobre el interés legítimo, y no sobre el derecho subjetivo de propiedad, en los juicios que conducen a anular la expropiación o el rescate de la concesión. La duda sobre la posibilidad del incidente de suspensión se plantea únicamente en el caso de actos de concesión, no en el de actos "ablatorios", como la expropiación y, en general, como todos los demás que suprimen derechos o imponen obligaciones al actor, respecto de los cuales últimos se estima claro el riesgo del daño grave o de imposible o difícil reparación; ambas hipótesis son iguales, sin embargo, en cuanto a dicha posibilidad, dado que en ambas hay un interés legítimo y no un derecho subjetivo, objeto de la lesión.

En conclusión: ni la doctrina ni la ley costarricenses han admitido nunca una exclusión del incidente de suspensión (del acto impugnado) de las acciones y juicios contenciosos de mera anulación, sino que, a la inversa, ha habido un firme consenso al

(12) Enrico Guicciadi, *Giustizia Amministrativa*, págs. 38, 39 y 40.

(13) Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, tomo I, pág. 511.

(14) Eugenio Cannada Bartoli, *La Tutela Giudiziaría del Cittadino verso la Pubblica Amministrazione*, págs. 59 y 60.

respecto, favorable a la admisión y trámite indiscriminados del incidente, que ha hecho innecesaria la decisión sobre el punto. No hay jurisprudencia en el tema.

#### a-2) Legitimación y partes.

Sólo las partes en el juicio principal pueden serlo en el incidente de suspensión, dada la dependencia y subordinación de éste frente a aquel, antes apuntadas. Sólo puede promover el incidente el actor, pues la Administración y su co-demandado tendrán interés inverso en lograr la confirmación y ejecución del acto a la brevedad posible, razón necesaria y evidente que ha determinado el art. 91.1 de la ley 3667 cuando expresamente se refiere al hecho de que la suspensión podrá ser acordada por el Tribunal "a instancia del demandante", con significativa exclusión del accionado.

Puede haber coadyuvantes, tanto activos como pasivos, cuando haya terceros con interés coincidente frente al actor o al accionado, en la suspensión o en la inmediata ejecución del acto, respectivamente.

Nuestra ley de lo contencioso regula sólo la coadyuvancia pasiva, en favor de los accionados, con lo que crea un injustificado y dañino privilegio procesal en beneficio de la Administración, si se interpreta, como parece hacerlo parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, en el sentido de que la omisión equivale a la prohibición o imposibilidad de la coadyuvancia activa (en favor del actor).

El art. 12.1.2, párrafos primero y segundo de la Ley de lo Contencioso se refieren a la coadyuvancia en favor del accionado, para advertir después que podrá haberla también a favor de la Administración cuando ésta demandare la anulación de sus propios actos dentro del juicio de lesividad, contencioso necesario para la eliminación de actos declaratorios de derechos en beneficio del administrado (arts. 10 y 35 de la ley 3667). Esto hace pensar con cierto fundamento que la intención de la ley ha sido efectivamente la de permitir la coadyuvancia únicamente a favor de la Administración, sea que ésta figure como accionada, que será lo normal, sea que figure como actora, cuando se dé la hipótesis excepcional del contencioso de lesividad. Se trataría de un privilegio más, gratuitamente concedido a la Administración, dueña ya de casi todos los que admite nuestro ordenamiento.



El apoyo de mayor peso a favor de esta interpretación está en la obra de Jesús González Pérez y más aún en su autoridad como el teórico principal en nuestra lengua del derecho procesal administrativo y de la ley española de lo contencioso, matriz de la nuestra. El citado autor desarrolla el tema al hilo de la coadyuvancia pasiva, ignorando adrede la activa, e incluso sugiriendo su improcedencia en el sistema español, dada omisión en el mismo pareja a la que padece nuestra ley sobre el tema.<sup>(15)</sup>

La tesis de González Pérez parece ser una toma consciente de posición sobre el problema, partiendo de la clara distinción que hace entre **coadyuvante y litisconsorte**, pero cualquier enfoque parecido en Costa Rica no puede tener otro origen que una confusión entre esas dos tan disímiles figuras procesales, netamente deslindables.<sup>(16)</sup>

En cuanto sólo puede estar legitimado en el incidente de suspensión el sujeto que lo esté en el juicio ordinario pareciera sin lugar la coadyuvancia activa en aquel, si es que no es posible en éste, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Pero el planteo ha de ser totalmente otro si se acepta que el silencio de nuestra ley no implica prohibición de la coadyuvancia activa en el proceso contencioso y que la misma es siempre posible por no haber razones de principio que la impidan, a condición de que se dé realmente la legitimación exigible desde otros puntos de vista. Esta última es la única solución lógica, justa y conforme con la doctrina y con el espíritu tutelar y "garantista" en favor del administrado que anima toda ley procesal administrativa. La coadyuvancia activa debe ser posible en el incidente de suspensión del auto impugnado, porque debe reputarse también posible respecto de la demanda contenciosa principal. Dada la subordinación procesal del coadyuvante respecto de la parte a que asiste, nada puede pedir ni puede dictarse pronunciamiento alguno a su respecto, ni en su favor ni en su contra. En tal sentido el coadyuvante en el juicio principal no puede ser promotor del incidente de suspensión, que sólo puede iniciar el mismo actor, momento desde el cual aquél queda habilitado para coadyuvar también con éste en el incidente.

(15) González Pérez, *op. cit.* tomo II, pág. 364.

(16) Laureano López Rodó. *El Coadyuvante en lo Contencioso Administrativo*, pág. 158; Pietro Virga, *op. cit.* págs. 321 y 322.

En síntesis: Pueden ser parte promotora y coadyuvante activo en el incidente de suspensión el actor y su coadyuvante en el juicio principal, respectivamente, con iguales requisitos de legitimación (interés directo y actual en el negocio); y, por igual razón, pueden ser parte y coadyuvante pasivo los mismos del juicio ordinario.

a-3) **Carácter instado y no oficioso.** Según el art. 91.1 antecitado la suspensión puede ser acordada por el Tribunal sólo a instancia del demandante, nunca *ex officio*, lo que queda confirmado con el inciso 4 de la misma norma, la cual prevé la posibilidad de conceder la suspensión de plano y sin más trámite, pero "siempre a petición del demandante", sin lo cual parece prohibido hacerlo. La solución es lógica porque, como se verá, en la redacción de la ley tanto como en la jurisprudencia construida sobre la misma pesa muy poco el interés público favorecido o protegido con la suspensión, que se otorga e instrumenta principalmente en beneficio del interés particular del reclamante, que es normalmente un individuo o persona privada.

a-4) **Carácter definitivo y no interlocutorio.** No hay en nuestro régimen la posibilidad de suspender el auto interlocutoria y provisionalmente, mientras dura el trámite del incidente. La suspensión que se dicta es definitiva en cuanto pone fin a la vía incidental, sin ponerle fin al asunto, que podría reiterarse por motivo superviniente que justifique revisar lo resuelto, mediante nuevo incidente dirigido a ese efecto. El carácter definitivo aludido ha de reputarse tan solo para el efecto procesal preclusivo de nuevas actuaciones dentro del mismo incidente, en cuanto cualquier revisión del auto final tendrá que producirse en otro nuevo, con entera independencia del primero y en legajo separado. No debe entenderse ese carácter preclusivo en cuanto a los efectos procesales fuera del incidente, dado que la decisión final es necesariamente precaria y sujeta al cambio de las circunstancias y urgencias de hecho en que, como veremos, necesariamente ha de sustentarse, las cuales pueden servir —si son nuevas— como nueva causa petendi de otro incidente.

La ausencia de previsión reguladora de una suspensión interlocutoria, dictada al inicio, de plano y con carácter provisional, es lamentable en nuestra legislación, pues son múltiples las situaciones



en que la urgencia exige suspender de inmediato el acto, bajo sanción de ver producido el riesgo irreparable que el incidente trata de evitar.

La previsión que contiene el inciso 4 del art. 91 es muy otra, pues se refiere a la posibilidad de autorizar la suspensión, también de plano y sin más trámite, pero en forma definitiva y no meramente interlocutoria, poniéndole término al incidente.

Se trata de "casos especialísimos", según el art. 91.4, que justifican conceder prima facie la suspensión, siempre a pedido del demandante.

Es lógico que dar lugar a una petición incidental mediante auto definitivo, es más difícil y exige más meditación, cautela y cúmulo probatorio que el auto inicial que otorgue lo mismo provisionalmente, mientras dure el incidente. Duración que suele prolongarse hasta ocho meses en nuestro medio, con tendencia a agravarse y dilatarse más, igual a la que aqueja universalmente todos los procedimientos escritos, judiciales o administrativos.

La experiencia mexicana del amparo en cuanto a la suspensión provisional del acto debe ser recogida con urgencia por nuestro legislador, para poner remedio a tan grave omisión.<sup>(17)</sup>

El carácter excepcional y restrictivo de los "casos especialísimos" en que es posible la suspensión de plano del acto impugnado, que autoriza el Art. 91.4, queda patente con la comprobación de que hasta la fecha y después de más de cuatro años de su vigencia, nunca se ha concedido prima facie una sola suspensión del acto impugnado, aunque varias han sido las peticiones. La motivación ha sido siempre escueta y se ha limitado a afirmar sin más que no se trata de un caso especialísimo, sino de uno normal, que exige audiencia y trámite también normales.

a-5) Oportunidad. "La suspensión, dice el art. 92.1, podrá pedirse en cualquier estado del proceso y se sustanciará en legajo separado". Ello permite plantearla no sólo en primera sino también en segunda instancia, de lo cual último no hay todavía jurisprudencia sentada en nuestro sistema, aunque sea evidente su procedencia dada la amplitud del texto.

(17) Ricardo Couto, Suspensión en el Amparo, págs. 177 a 182; Humberto Briceño Sierra, *op. cit.* tomo II, págs. 186 y sgtes.

Pese a esa amplitud no es posible la suspensión del acto en la etapa de ejecución de sentencia, pues aunque nada dice la ley al respecto es evidente que cualquier daño que entonces sufra el actor estará legitimado y será debido soportarlo hasta agotar el fallo que lo ordena, sin importar para el caso que aquél sea de imposible o difícil reparación. La suspensión, como medida cautelar en beneficio de una probable sentencia favorable al actor, pierde su función cuando la sentencia firme y en ejecución es desfavorable a éste.

Dada la redacción del art. 92.1 pareciera que tampoco es posible pedir la suspensión en forma prejudicial, antes del establecimiento del juicio o interposición de la demanda. Se trata de otra lamentable omisión de nuestra ley, acompañada en esto por la española y por la mayoría de los regímenes contenciosos en el derecho comparado, no obstante ser posibles al respecto todos los supuestos que justifican y configuran la institución del procedimiento prejudicial, accesorio y cautelar, para evitar la inutilidad del juicio futuro, cuando todavía no hay todos los elementos de juicio y de prueba que permitan entablarlo inmediatamente. La solución es criticada en la doctrina y debe ser rechazada en C. R., admitiendo generosamente la suspensión prejudicial del acto impugnado.<sup>(18)</sup>

No tenemos en nuestro sistema jurisprudencia sobre ninguno de los dos anteriores extremos (incidentes prejudiciales o post-sentencia firme de suspensión del acto impugnado).

a-6) Garantía: Para conceder la suspensión el tribunal exigirá al actor una garantía de daños y perjuicios, si los mismos pudieren resultar de aquella en contra de los intereses públicos o de tercero, garantía sin cuya rendición debidamente aceptada y acreditada no se llevará a efecto (o no surtirá efecto, que es lo mismo) la orden de suspensión. Quiere ello decir que la rendición y acreditamiento de la garantía, a satisfacción del Juez, son un requisito previo a la ejecución de la orden de suspensión, no a su adopción. La no rendición afecta la eficacia, no la validez de dicha orden. Desde este punto de vista la garantía juega un papel de una "condictiojuris" con efecto suspensivo de esa eficacia, cuya realización no sólo habilita ésta sino que la hace retroactiva, a partir de la firmeza del auto-correspondiente, de conformidad con el principio universal de que la condición realizada surte efecto desde la fecha del acto condi-

(18) Trujillo Peña y otros, Comentarios a la Ley de lo Contencioso Administrativo, tomo II, pág. 833.



cionado, por ser éste, a partir de ella, la verdadera fuente de ese efecto. No hay en nuestro sistema jurisprudencia al respecto, pero la conclusión es justa, si se piensa que a partir de la firmeza del auto que ordena la suspensión la Administración está inhibida para actuar y ejecutar, no ya en virtud de una obligación fundada en ese auto y correlativa de un derecho del actor a exigir la suspensión, sino de un deber institucional de respetar lo decidido en firme por el Juez, en homenaje al sistema de División de Poderes y del Estado de Derecho. Toda ejecución que tenga lugar después es necesariamente temeraria y con pleno conocimiento de que se están causando daños calificados en firme por el Juez como de "imposible o difícil reparación".

La garantía sólo puede exigirse ex officio cuando se ordene la suspensión de plano antes aludida y requiere petición de parte interesada en todos los demás casos.

Aunque la redacción del texto legal es imperativa (pues el art. 93.1 de la ley habla de que el Juez "exigirá, si pudiere resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero, la caución suficiente para responder a ellos") en los hechos el tribunal goza de amplia discrecionalidad al respecto, dada la indeterminación de los conceptos empleados para circunscribir su actuación.

La ponderación de los intereses en juego, no tanto para fijar el monto de la garantía, cuanto para establecer si procede o no exigirla, ha sido interesante, y casi siempre contraria a la Administración Pública.

El resultado es netamente favorable al incidentista, pues sólo una vez se ha llegado a imponer rendición de garantía.<sup>(19)</sup>

Dispone el artículo 92.5 que pasado 2 meses de levantada la suspensión por causas que no sean el acuerdo de partes (en cuyo caso se estará la responsabilidad del incidentista a los términos de éste) se liberará la garantía si no hay nadie que acredite su derecho

(19) 1er caso.—Resolución del Juez 1 de lo Contencioso Administrativo, de 15 hs, del 23 de octubre de 1967, en ordinario Contencioso Administrativo de Cía. Nal. de Fuerza y Luz c/ Servicio Nal. de Electricidad. Una concesionario del servicio de suministro de energía eléctrica interpone incidente de suspensión dentro del juicio contencioso contra un acto del Servicio Nal. de Electricidad, organismo público contralor y regulador de las empresas generadoras o distribuidoras de energía eléctrica, acto que, al desconocer ciertos gastos de gestión como parte de los costos, impone una reducción de tarifas. El Juez concede la suspensión y no analiza expresamente el problema

y haga valer aquella contra el actor derrotado, liberación que se dará también a petición del accionado cuando el actor no impulse el juicio en forma debida.

a-7) Objeto de la suspensión. Es siempre el acto impugnado y sólo éste.<sup>(20)</sup> En cuanto la suspensión tiende a enervar un

de la garantía, que no fue pedida por la entidad accionada, pero anticipa su posición negativa haciendo ver que si la demanda "se declara improcedente, fácil resultará para la Institución recuperar las sumas correspondientes, como que uno solo será el deudor, la Cía. actora, cuya solvencia-por-cierto-no está en entredicho"; y con ésto se descarta la garantía. No hubo segunda instancia.

2do. caso.—Otra Cía. productora de energía eléctrica, que es la actora, vende el fluido a un ente público de suministro, el cual dicta un acto rehusando el pago de la tarifa cobrada sobre la base de que ésta implica un alza ilegalmente aprobada por el mismo Servicio Nacional de Electricidad. El Juez deniega —como aprobación de la segunda y última instancias— la petición de garantía, afirmando que la recuperación de la suma pagada en exceso a la empresa actora, caso de fracasar su demanda, estaría asegurada mediante el mecanismo simple de la compensación, que permitiría al ente público deducir de sus pagos mensuales el importe de sus créditos por concepto de sobre precio. (Resolución de 15 h. del 23 de octubre de 1967, confirmada en última instancia sin razonamiento adicional, en ordinario contencioso de Compañía Agrícola Santiago c/ JASEMC y el Servicio Nacional de Electricidad).

3er. Caso.—El Estado cancela una concesión de canal inalámbrico para televisora, cancelación cuya puesta en práctica es suspendida. Ante la tardía petición de garantía, el Juez con aprobación del Superior, la deniega, afirmando lo siguiente:

"Que el Juzgado no ordenó caución alguna porque en forma evidente no aparece de autos que la suspensión pueda causar daño o perjuicio a intereses públicos; ya se dijo en el Considerando IV de la resolución combatida que la suspensión no atenta contra el orden, la seguridad y la tranquilidad públicas y que la gestión está fundada en motivos serios y no puramente dilatorios" (Resolución del Juez 1 de lo Contencioso, de 8 horas del 23 de mayo de 1969, confirmada por última instancia sin ulterior razonamiento, en ordinario contencioso de Televisora S. A. c/El Estado).

4to. caso.—La Oficina del Café, organismo público contralor y regulador de la economía del café, prohíbe la venta de café mezclado con azúcar, basándose en una ley imperativa. El acto es suspendido y el Juez deniega la garantía pedida afirmando que en el caso no hay posibilidad de perjuicio para terceros ni para el interés público, después de haber tenido como hecho probado que el café azucarado no es peligroso para el consumidor. Resolución del Juez primero de lo Contencioso, ordinario contencioso de Gonzalo Calvo Gómez c/La Oficina del Café. La resolución no tuvo alzada.

5to. caso.—Un único caso ha merecido rendición de garantía, según el Juez. La Liga Agrícola Industrial de la Caña, órgano contralor y regulador de la economía de la caña de azúcar, fija a los ingenios cuotas de producción en distintos tipos de azúcar (crudo, blanco, refinado), según las necesidades del consumo interno o internacional. Un ingenio alega motivos varios para no obedecer la regulación impuesta, que es suspendida. En el caso era particularmente patente la posibilidad de perjuicios serios a terceros, pues el precio del azúcar para el resto de los ingenios y para los productos de caña resulta de una división del producto de la zafra nacional entre el número de quintales, división que se ve afectada por el mayor o menor número vendido, de cada tipo de azúcar, cada uno de los cuales tiene su precio propio. La violación de las regulaciones de cuotas tiene por fin natural fabricar y vender la mayor cantidad posible del tipo más caro y lucrativo (azúcar blanco para consumo interno), con perjuicio para el resto de los productores e industriales. La garantía fue rendida pero nunca exigida, pues al final los daños y perjuicios no se produjeron en el importante monto previsto. (Resolución de segunda instancia de la Sala I Civil de la Ciudad de San José de las 10 horas del 9 de agosto de 1966).

(20) González Pérez, *op. cit.* tomo III, pág. 333.



privilegio de acción, consistente en la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo, acto de derecho público, es lógico que no pueda pedirse aquella en relación con actos de derecho privado, los cuales entran actualmente en la jurisdicción contencioso-administrativa costarricense, en razón de la unificación de jurisdicciones contra el Estado operada por la nueva ley de lo contencioso (arts. 1, 2 y 3 *ibídem*). Es un hecho, sin embargo, que tal unificación y la necesidad legal de agotar la vía administrativa, como diligencia preliminar a la interposición de la demanda contenciosa, permiten crear la apariencia de que siempre que se actúa dentro de la respectiva jurisdicción, se discute la validez de actos administrativos reales o fictos, con entera exclusión de relaciones jurídico privadas (regidas por el derecho comercial, civil o laboral), lo cual es falso. Para desvanecer tal error de enfoque basta pensar en que una omisión de la ley que operó la unificación de jurisdicciones, como es la de no admitir excepciones a la diligencia de agotamiento previo de la vía administrativa, no puede cambiar la naturaleza intrínseca de los actos y de las relaciones sujetos a contralor jurisdiccional. En consecuencia, el acto privado (civil, comercial o laboral) seguirá siendo tal para todo efecto dentro de la jurisdicción contenciosa, así como la relación nacida del mismo, sin que pueda interponerse contra uno u otro incidente de suspensión, dado que aquel acto carece de los privilegios de la ejecutividad y de la ejecutoriedad contra cuya fuerza lesiva va dirigida la suspensión a modo de paliativo tutelar del ciudadano. Nuestra jurisprudencia ha sentado ya tal conclusión, aunque con muy breve desarrollo y motivación.

El caso se presentó en ordinario contencioso de Renán Méndez Arias y otro contra el Banco Nacional y otro, y el incidente fue resuelto por auto de la Sala I Civil de las 9 hrs. y 20 minutos del 16 de diciembre de 1969, en condiciones peculiares. Un banco público comercial<sup>(21)</sup> entabla acción ejecutiva común contra dos deudores de un pagaré, quienes, a su vez, interponen demanda con-

(21) En C. R. la banca comercial es nacionalizada y pública, formando sistema con una banca central directora, reguladora y contralora, conjunto el cual está sujeto, además, a la vigilancia de la Contraloría General de la República. Hay banca privada, pero no puede recibir ni traficar con depósitos ni ahorros del público, actividad reservada en monopolio a los bancos del Estado. El resultado es el innegable poder de la banca pública, mucho mayor que el de la banca privada. El sistema bancario nacional tiene una ley propia, así como el Banco Central, no obstante que el art. 188 de la Constitución Política, que consagra su autonomía en forma genérica (incluyendo a todos los entes autónomos), no se refiere al sistema, sino a cada banco en particular.

tenciosa contra el banco, alegando que éste no es dueño, sino depositario del título. Dentro del contencioso piden la suspensión de la ejecución mientras dure aquel, lo que es rechazado en ambas instancias, afirmándose que, primero, el incidente sirve para suspender actos administrativos y no ejecuciones mercantiles (las cuales tienen su régimen propio de suspensión) y, segundo, que el incidente es para suspender el acto sin perjudicar la vía principal, a la inversa de lo que ocurriría con el juicio ejecutivo si se suspendiera el cobro. La solicitud de suspensión fue denegada.

La ley no hace distingos entre los actos públicos para efectos de su posible suspensión incidental. Cabría preguntar si cabe ésta contra sus llamados actos de gobierno y contra la inercia administrativa.

El acto de gobierno se caracteriza, donde existe, por no ser judicable ni anulable en la vía contencioso-administrativa (sea en razón de su pretendida santidad supra-administrativa, sea en razón de su rango auténtico de ley, por estar subordinado únicamente a la Constitución, en cuyo caso sale del ámbito de aquella jurisdicción que, según dictado del art. 1º de la Ley 3667, sirve únicamente para controlar la legalidad y no la constitucionalidad de los actos y disposiciones del Estado). En consecuencia, el acto de gobierno ahí donde existe —y concretamente en Costa Rica— no es pasible de suspensión incidental, por no ser ni poder ser materia de la jurisdicción contenciosa.<sup>(22)</sup>

(22) Ello dicho conviene advertir que en C. R. la doctrina del acto de gobierno no existe, al menos en relación con una especial finalidad, pues todo el que emane de la Administración está sujeto a contralor contencioso, si de acuerdo con el ordenamiento está subordinado a la ley, prescindiendo para el caso de su relevancia política o institucional. El artículo 49 de la Constitución Política asegura un control contencioso sobre la totalidad de los actos públicos de la Administración sujetos a la ley, sin permitir distinciones de ninguna especie a efecto de justificar exclusiones de determinados tipos o porciones de la conducta pública. El acto de gobierno, si existe, es el acto constitucional y sujeto nada más a la Constitución, en cuyo caso estará sometido a la jurisdicción constitucional, que corresponde exclusivamente a nuestra Corte Plena. Desde este punto de vista el nuestro es un sistema de contralor contencioso total y capilar de la administración por la jurisdicción, sin residuos de ninguna especie. Puede ocurrir que, por razones circunstanciales de legitimación, un acto administrativo antijurídico quede sin contralor, firme e inimpugnable, lo que acaece diariamente, además, por errores en el contralor efectivamente ejercido. Se trata de disfunciones jurídicas que ningún ordenamiento puede evitar. En C. R. el único acto de gobierno admisible, en cuanto excluido de la jurisdicción, es el acto constitucional, que realiza siempre un Supremo Poder en ejercicio de función política, por la que se entiende la que es libre en el fin y sujeta únicamente a la Constitución. Con este restringido alcance parece posible admitir en C. R. la exclusión del acto de gobierno de la suspensión incidental del acto impugnado en la vía contenciosa.



En cuanto a la inercia cabe advertir primero que no debe confundirse con el acto negativo, expreso o presunto.<sup>(23)</sup>

En materia de amparo hay finas elaboraciones al respecto, sobre todo en la doctrina mexicana y brasileña. Brevemente puede decirse que el acto negativo es el que rehusa un acto pedido, incluso si lo rehusado es una abstención; o bien, es el que impone obligaciones y prohibiciones al administrado, pero en este caso el término alude mal a su verdadero significado, que así quedaría equiparado al del acto desfavorable. En ambos casos el acto puede ser expreso, si se comunica como resolución efectivamente adoptada; o presunto, por obra integradora del silencio administrativo, que, según los arts. 19.1 y 33.1 de la Ley de lo Contencioso, da opción al administrado después de dos meses de hecha la petición o planteado el recurso sin comunicación del respectivo proveído, para tenerlos por desechados en virtud de ficto rechazo, o para esperar la resolución expresa, por un año más (pasado el cual caduca su acción).

El acto negativo se distingue de la inercia en cuanto siempre es un acto, aunque sea ficto y presunto por virtud de silencio. La inercia surge cuando hay silencio no constructivo, por obra del régimen existente para el procedimiento iniciado. Si el ordenamiento, y más concretamente la ley o el reglamento, regula un trámite que dura más de dos meses, sumados sus plazos y etapas de desarrollo dentro del régimen que se le ha imprimido, la antecitada regla del silencio no opera. Podría pensarse en que un silencio de más de dos meses en cualquier etapa del trámite sería suficiente, pero tal enfoque chocaría con el hecho de que el acto ficto resultante podría configurarse, a lo sumo, como un acto interno preparatorio de tipo procesal o procedimental, que no podría ser otro que el propio de la etapa en que la inercia injustificada se ha producido, y en ningún caso el acto final en que debe desembocar el procedimiento como unidad. Este acto final que cierra y corona el procedimiento es precisamente el acto administrativo, único verdaderamente impugnado en cuanto definitivo y único, en consecuencia, que puede ser pasible de un incidente de suspensión. La solución desesperada de asignar a cada etapa dos meses, aunque en el régimen positivo pueda cumplirse en más o en menos, para dar por producido el acto final

(23) Giannini, *Op. cit.*, tomo I. Pág. 575, previene contra la confusión entre silencio y acto negativo, prevención fundada en la medida en que alude al hecho de que hay silencios positivos y silencios irrelevantes.

denegatorio al cabo de la suma total de fases procedimentales no cumplidas, no sólo ignora el hecho evidente de que mejor sería conferir efecto constructivo y negativo al plazo ya establecido en lugar de sustituirlo por otros que la ley no contempla sino, sobre todo, el hecho menos claro pero más importante de que ello equivaldría a dar valor al silencio en un plazo y dentro de hipótesis no previstas por la ley, contra el universal principio de que el silencio no expresa la voluntad de la Administración, ni aún en sentido negativo, salvo que la ley disponga lo contrario, a título expreso y excepcional, de aplicación restringida a los casos por ella tasados.

¿Qué solución dar, entonces, a la hipótesis de la inercia Administrativa?

La solución sólo puede ser positiva, pues implica una grave intromisión del Juez en la Administración, compatible con la División de Poderes, pero excepcional y posible sólo a texto expreso: es la sustitución de la Administración por el Juez, que haga lo que aquella ilegítimamente rehusa. Esto es imposible en sistemas como los centro-europeos, donde esa división impide tradicionalmente al Juez dar órdenes o sustituirse a la Administración, pero es constitucionalmente posible en C. R. En ausencia de norma que lo diga expresamente, los principios no pueden suplir.<sup>(24)</sup> La inercia administrativa sólo puede generar responsabilidades personales del funcionario culpable y eventualmente de la Administración, que así puede verse sujeta a una condenatoria dentro de un proceso de plena jurisdicción, por responsabilidad extracontractual. Fuera de este limitado paliativo, la inercia, por su propia estructura, no está sujeta como tal a la jurisdicción contenciosa ni, en consecuencia, a la suspensión cautelar de tipo incidental que ahora analizamos.<sup>(25)</sup>

(24) La tesis de la sustitución contralora a nivel jurisdiccional como técnica de principio, que el suscrito mantuvo con base en el art. 62 inciso b) de la ley 3667, no puede ser aceptable cuando la conducta omitida es discrecional, tanto si es interna como constitutiva de un verdadero acto administrativo, pues lo discrecional sólo pertenece a la Administración, sin que quepa argumento en contrario ni argucia al respecto; dicho sea en rectificación de criterio anteriormente mantenido.

(25) Las explicaciones más lúcidas de la inercia y sus problemas que hemos leído pertenecen a Alejandro Nieto, La inactividad de la Administración y el recurso contencioso administrativo, *Rev. de Ad. Púb.* N° 37, págs. 135 y stes; y Renato Alessi, Rilevi in ordine alle impugnativie del comportamento omissivo dell'Amministrazione Pubblica, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1964 pág. 528 y stes. La obra fundamental sobre el tema paralelo del acto negativo, con finas contribuciones al de la inercia, es de F. Ledda, *Il Rifiuto di provvedimento amministrativo*, UTET, 1964.



Si la suspensión afecta la eficacia, sólo puede referirse a actos jurídicamente eficaces y en curso de efecto, aunque no estén todavía en ejecución. La ejecución hace posible la suspensión, aunque el acto no sea todavía jurídicamente eficaz (por falta de algún elemento necesario como la comunicación, la aceptación, el cumplimiento de las condiciones suspensivas, etc.), porque representa la forma más grave y próxima de ataque al derecho o interés protegidos. De este modo el requisito de la eficacia sirve o bien para admitir la suspensión respecto de actos que lo reúnen, aunque no estén en ejecución, o bien para rechazarla en relación con actos que no lo reúnen y que tampoco están en ejecución, en la primera hipótesis porque ya existe la inminencia de un daño, y en la segunda porque no existe siquiera eso.

La suspensión aparece como una defensa contra el proveído actual o inminentemente lesivo, nunca contra el acto pasado y consumado, ni tampoco contra el acto incapaz, jurídica o realmente, de producir lesión alguna.<sup>(26)</sup>

a-9) Recursos: Los actos del proceso incidental de la suspensión, así como esta misma, están sujetos al régimen común de recursos de tipo procesal civil, por remisión expresa hecha por el art. 70 de la ley 3667, que confirma en esto la regla general de vigencia supletoria de ese régimen civil para la materia contenciosa consagrada en el art. 103 *ibídem*, Capítulo de Disposiciones Finales. Los recursos así admitidos son los ordinarios de revocatoria y apelación contra los autos (entre ellos el de suspensión incidental), sin que haya recurso alguno contra las providencias (arts. 857 y 858 Código de Procedimientos Civiles). Es lógico que la suspensión, en tanto que medida cautelar y provisional, ayuna de la autoridad de la cosa juzgada, no esté sujeta al recurso extraordinario de casación, procedente en nuestro sistema únicamente contra las sentencias o autos definitivos de segunda instancia que ponen fin al juicio ordinario revestidos de aquella autoridad (art. 899 C. P. C.).

Advierte el art. 72 que “la admisión de la apelación en ambos efectos no impedirá que el interesado, en cualquier momento, solicite la adopción de las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su oportunidad, la ejecución de la sentencia”, lo

(26) Sandulli, *op. cit.* págs. 179 y 180.

que claramente alude a la suspensión del acto impugnado como una de las técnicas precautorias posibles.

#### a-10) Autoridad procesal y ejecución del auto de suspensión.

Es una de las principales y más notables características del auto incidental de suspensión en la vía contenciosa costarricense el que, por disposición del art. 93.6, su ejecución está garantizada en forma igual a la de la sentencia principal. Para regularla, la Ley se remite al Capítulo Tercero del Título Cuarto, que dispone De la Ejecución de la Sentencia.

Los aspectos más salientes de tal régimen son algo drásticos, a saber:

i.—Firme el auto el Tribunal podrá adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para su pronta ejecución, aun órdenes, prohibiciones, e, incluso, sustituciones de la actividad estrictamente reglada de la Administración, pues la ley no hace distinciones ni introduce limitaciones al respecto (art. 76); no entra en lo posible el embargo ni la retención de bienes dentro de este esquema, en virtud de prohibición expresa de otra norma que veda el apremio contra el Estado, los Municipios y demás entes públicos, y que no se considera derogada por la nueva ley 3667.

ii.—Firme la suspensión se comunicará, si fuere del caso, (lo que ocurrirá cuando su ejecución implique erogaciones fiscales líquidas), a la Contraloría General de la República y a la Oficina de Presupuesto, a efecto de que éstas, pasados tres meses, imprueben todo presupuesto del Estado o de la entidad pública deudora —ordinario o extraordinario— que no contenga partida suficiente para el pago (lo que podría llamarse contralor improbatario y sustitutorio a la vez, pues conduce indirectamente al registro presupuestario del débito contra la voluntad del deudor público). La Ley no contempla la hipótesis de que haya partida pero no dinero que la apoye, lo que generalmente frustra la técnica regulada.

iii.—Aunque el auto no lo diga la Administración tendrá que pagar intereses por la mora, cuando de sumas líquidas se trate (caso citado de Cía. Agrícola Santiago contra Servicio Nacional de Electricidad y Jasemc) (art. 79 *ibídem*).



iv.—El incumplimiento del auto originará responsabilidad civil y personal del servidor culpable (fuera de la solidaria responsabilidad de la Administración), sin que valgan como justificantes ni la obediencia jerárquica ni la renuncia del cargo (arts. 81 y 82 *ibídem*).

Es evidente que la ley se ha preocupado en exceso de asegurar el pago de sumas líquidas, sin regular las otras hipótesis, generalmente más complejas, cuantiosas y delicadas, que así quedan en ambigua situación en punto a técnicas para lograr e imponer la efectividad de la suspensión ordenada. Nuestro ordenamiento no contempla procedimientos de ejecución de sentencias ni de autos incidentales en juicio contencioso, cuando media una obligación de dar (otra cosa que dinero), de hacer o de no hacer.

La improbación de un presupuesto y, en general, la aplicación por la Contraloría General del régimen de garantía en favor de la suspensión decretada y de su ejecución tuvieron lugar en el incidente de suspensión de Cía. Agrícola Santiago contra Jasemc, para el pago de un cuantioso débito por compra de energía eléctrica por la segunda a la primera, caso que ha tenido gran valor ejemplar, pues logró una rápida suspensión del acto y una efectiva adopción de las medidas necesarias para respetar su intención y su letra.

#### b) Aspectos sustanciales de la suspensión como acto final.

Abordaré brevemente ahora el ángulo más interesante, complejo y evolutivo del instituto en examen: las condiciones sustanciales de procedibilidad de la suspensión incidental en lo contencioso, así como el régimen del acto de suspensión, una vez dictado. Es aquí donde más finos y fructíferos análisis son posibles.

b-1) Planteo del tema. El material de estudio es muy poco y reducido a seis casos judiciales, que naturalmente no han alcanzado todavía la línea clara y firme de la jurisprudencia. Se tratará de estudiar los motivos que justifican y han justificado la suspensión en nuestro ordenamiento. Es éste un tema de derecho administrativo más que procesal, pues esas condiciones de fondo para otorgar la suspensión son las mismas que pueden fundamentarla en vía administrativa, con todas las características de un acto administrativo, no procesal. Esas condiciones son el equivalente del motivo, causa, antecedente legal o presupuesto determinante del acto

administrativo en la doctrina propia de éste. Como en el derecho administrativo, también aquí la ausencia de ese motivo o su existencia incompleta o discrepante de las asunciones del órgano que dicta la suspensión, la vician de nulidad absoluta e insubsanable.

Es en relación con esos motivos que se perfila netamente el carácter cautelador e inestable de la suspensión incidental y se ponen de relieve los múltiples intereses a que se ordena, según el enfoque que se dé a la institución.

b 2) En general son tres los tipos de motivos que se toman en cuenta para dar lugar a la suspensión incidental, a saber:

- i.—Naturaleza del daño arriesgado por el acto;
- ii.—Seriedad de los motivos de impugnación del acto;
- iii.—Relación del acto con el interés público.

Un eventual elemento a considerar puede ser la actitud del accionado.

i.—Naturaleza del daño. Como se anticipó es requisito invariable de todo régimen de suspensión cautelador del acto impugnado el condicionar su otorgamiento a la existencia o inminencia de un daño grave y excepcional, que justifique esta medida también excepcional.

El art. 91.2 de nuestra Ley de lo Contencioso cumple con tal principio al establecer que:

“Procederá ésta (la suspensión) cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil”.

La norma es casi copia de la correspondiente al mismo tema en la Ley española de Justicia Administrativa (art. 122.2 de la Ley 27 de diciembre de 1956). En consecuencia la orientación de la doctrina y la jurisprudencia españolas sobre el tema es importante para las nuestras.

En el derecho comparado se utilizan muy diversos términos para expresar la misma idea, todos aproximadamente equivalentes. (Ver nota 3).

Los casos más usuales de suspensión administrativa en el derecho comparado atañen hoy a problemas edilicios suscitados por



nuevos permisos de construcción u órdenes de demolición, o por urbanizaciones y lotificaciones, etc., por razones que son evidentes: es casi imposible reparar el daño que causa una construcción ya hecha y peor una indebida demolición. Es igualmente importante al respecto la materia de la actividad económica y profesional, con lo que se alude a los cambios o cesantías en el funcionamiento de establecimientos industriales o comerciales, clausura de los mismos, inminencia de quiebra, pérdida sustancial de clientela, debilitamiento extraordinario en la capacidad competitiva, etc.<sup>(27)</sup>

La gama de posibilidades es muy variada y depende de circunstancias igualmente disímiles, principalmente económicas y sociales, pues es evidente que el lanzamiento de un inquilino de una casa barata o popular, bajo contrato tarifado con el Estado, no reviste la misma gravedad cuando hay crisis de vivienda que cuando no la hay, ni tampoco en un clima de paz social y prosperidad de las clases pobres, que en un clima cargado de tensión y frustración económicas. La fuerza de tales circunstancias explica —en otro campo— el famoso caso Couiteas, decidido por el Consejo de Estado francés mediante la expropiación de una sentencia judicial firme que, acogiendo una demanda de reivindicación contra miles de poseedores precarios e irregulares, ponía en peligro con su ejecución el orden público en Algeria, en momentos de creciente malestar nacionalista orientado hacia la independencia política (decisión del Consejo de Estado de 30 de noviembre de 1923). La única solución posible, impuesta por la presión de los hechos, fue la inejecución del fallo, contra pago de una indemnización total de los daños y perjuicios, como si se tratara, repetimos, de la expropiación de una sentencia. Esto explica hasta qué punto la circunstancia política, económica y social puede determinar la jurisprudencia en materia como las que nos ocupa.

Los casos decididos en Costa Rica han sido ya citados con motivo de otros aspectos del tema, pero es necesario considerarlos nuevamente desde este ángulo.

Puede intentarse una explicación de los casos que se citarán diciendo que, según los mismos, el perjuicio parece ser de imposible o difícil reparación en Costa Rica cuando ninguna suma puede

(27) Long, Weil et Braibant, *op. cit.* págs. 416 y 417; Sandulli, *op. cit.* pág. 179; Trujillo Peña y otros, *op. cit.* págs. 830, 831, 835 y 836.

reparar con certeza la totalidad del daño causado o volver las cosas al estado anterior a la ejecución del acto. Y es posible también calificar igualmente ese daño cuando, aún siendo probable el retorno a la normalidad, el mismo presenta grandes dificultades y riesgos, por implicar pérdidas cuantiosas, muy prolongadas, difíciles de evaluar y, en todo caso, dependientes de factores fuera del control tanto de la Administración como del administrado actor. Desde este punto de vista no importa que el daño sea calculable y reparable en dinero si se dan una o algunas de las otras notas incompatibles, ya enumeradas: onerosidad, duración, aleatoriedad, complejidad o dificultades de evaluación excesivas.

En todo caso debe descartarse la idea de que un daño no pueda ser grave, de difícil o imposible reparación simplemente por ser patrimonial y económico y tener un valor pecuniario, pues desde ese punto de vista todo daño sería siempre reparable, en último caso según el razonable arbitrio del Juez; como tampoco es aceptable la idea de que sólo los daños patrimoniales o económicos, con exclusión de los morales, puedan justificar la suspensión, pues más bien podría decirse lo contrario y es que si hay daños que presenten dificultades serias no sólo en su reparación sino en su evaluación y duración son los morales y, en general, los que aluden a valores (como los estéticos, históricos, familiares, políticos o religiosos), porque en los mismos están cifrados siempre los aspectos fundamentales de la vida íntima y de relación.<sup>(28)</sup>

Casi todas las suspensiones acogidas pueden caer dentro de la aguda síntesis propuesta por González Pérez para explicar la jurisprudencia española. Dice el distinguido publicista:

“De la casuística jurisprudencia dictada sobre el problema pueden inducirse las siguientes reglas generales:

1.—Que conviene distinguir aquellos perjuicios susceptibles de valoración económica (indemnizables, según el art. 40, párrafo segundo L. J.) de aquellos otros que no lo son.

2.—En el supuesto de que los perjuicios no sean susceptibles de valoración económica, debe siempre decretarse la suspensión.

(28) En contra y con razonamientos obviamente superados por la época y las exigencias mínimas de la dignidad, tan vinculadas a la jurisdicción contenciosa, Cirilo Martín Retortillo. *Op. cit.* págs. 237 y 238.



3.—En el supuesto de que sean susceptibles de evaluación económica, debe asimismo decretarse la suspensión, salvo que evidentes razones de interés público impusieren lo contrario, en los casos siguientes:

- i. que tal evaluación ofrezca grandes dificultades;
- ii. que, aún no ofreciéndolas, sea mucho más gravosa, la reparación que la no ejecución;
- iii. que sea presumible la insolvencia de la entidad que, en su día, deberá indemnizar. (El Procedimientos Administrativo, pág. 798).

Veremos de inmediato cómo nuestra reducida jurisprudencia sobre el tema ha tenido ya ocasión de aplicar muchos de estos criterios y que lo ha hecho sobre una línea intermedia de decisión, que garantiza el equilibrio entre la prerrogativa de la Administración y el derecho del particular. Nos limitaremos a una transcripción de los considerandos más relevantes de cada fallo, advirtiendo que las que citemos del tribunal que ha decidido todos los casos en primera instancia (El juzgado 2º de lo Contencioso es reciente y no ha recibido todavía ninguna demanda de suspensión del acto impugnado) corresponden a fallos confirmatorios de segunda instancia que, aunque han agregado, no han corregido nada de lo ahí dicho.

Sentencia de la Sala Civil en ordinario de Hacienda Nuestro Amo c/Liga Agrícola Industrial de la Caña:

#### Considerando VI:

"Que todo daño y perjuicio es reparable conforme al ordenamiento jurídico, una vez mediante la restitución de las cosas al estado que tenía y el pago de las utilidades no percibidas, y otras mediante una prestación sustitutiva o equivalente, apreciando el justo valor del daño

El caso típico de lesión irreparable a un valor, aunque mensurable económicamente como agravio patrimonial, es la destrucción de un monumento histórico para fines urbanísticos. Basta con que el actor alegue y pruebe ese valor histórico para pedir la suspensión, manifestando el daño irreparable que podría causarse si efectivamente se destruyera, pese a cualquier indemnización, para que la suspensión sea declarada procedente. Casos típicos decididos por el Consejo de Estado en protección a una perspectiva monumental por razones de estética urbanística son los citados por Long, Weil et Braibant, *op. cit.* pág. 258, de la suspensión de un permiso de construcción que importaba la destrucción de árboles y parques centenarios en la avenida parisiense Gabriel (Fenaille, C. E. 27 de junio de 1930); y el de la protección de la isla Tristán contra los trabajos de ampliación del puerto de Douarnenez (Francois Richepin, C. E. 27 diciembre 1938).

y de los consiguientes perjuicios. Esto permite concluir que el art. 91 párrafo 2 de la Ley Reguladora, cuando habla de que el acto administrativo puede suspenderse si su ejecución "hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible", no está aludiendo a una imposibilidad absoluta, que en ningún caso podría existir si se aplicara la doctrina de la reparación del daño mediante una prestación equivalente. De manera que la "reparación imposible" tiene que referirse a los daños que por su propia naturaleza, en sí mismos, no sean directamente reparables. No interesa explicar aquí en cuáles situaciones puede presentarse dicha imposibilidad, ni tampoco si ella existe o no en el caso concreto, pues el art. 91, párrafo 2, también se refiere a daños de reparación difícil; y es obvio que lo "difícil" no depende sólo de la naturaleza del daño sino de otros factores o circunstancias, que los Tribunales pueden apreciar dentro de la amplitud de aquella norma. Ahora bien, la posibilidad de una quiebra y el grave problema de carácter social que afecta a muchos trabajadores, que se ha producido por la paralización de las actividades del Ingenio Zetillal, dan mérito para considerar que los daños causados y que pueden seguirse causando, si participan de la característica de ser de difícil reparación, por lo que entonces el caso planteado sí tiene acomodo en la citada regla del art. 91, párrafo 2do. de la Ley Reguladora".

Sentencia del Juez 1º de lo Contencioso Administrativo (confirmada en segunda instancia) en ordinario Cía. Agrícola Santiago c/JASEMC y el SNEE:

#### Considerando IV:

"Que, por lo expuesto, en inminente estado de quiebra o cesación de actividades la empresa generadora, situación a la que está expuesta fundamentalmente por no percibir el total de las sumas correspondientes a venta de energía eléctrica que hace a su único cliente —JASEMC (Junta Administradora del Servicio Eléctrico de Cartago)—; no justificándose por ahora la rebeldía de JASEMC a acatar la tarifa elaborada por el Servicio Nacional de Electricidad en su resolución Nº 1843 de 28 de abril de 1966, que fijó un precio de cuarenta y ocho milésimos de colón por kilovatio hora —que esta entidad califica de provisional— y pudiéndose afectar la tarifa que los consumidores han venido pagando, lo que podría ocurrir si CASSA paralizara sus actividades, situación que daría pie para que JASEMC se viera obligada a adquirir la energía del Instituto Costarricense de Electricidad, que la vende a un precio mayor que el señalado en la antes dicha resolución Nº 1843; y consi-



derando desde luego la crisis laboral a que se expondría el personal de CASSA, debe acogerse la articulación en lo pretendido conforme se dirá (art. 91, párrafo 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, N° 3667 de 12 de mayo de 1967)."

No obstante lo fundado del fallo, la Sala de Instancia confirmó por otras razones, atinentes al principio de que una institución reguladora, como el SNEE respecto de las tarifas y del suministro de fluido eléctrico, tiene que ser obedecida por la otra entidad pública sujeta a su regulación —como JASEMC, empresa pública de suministro del mismo fluido—, sin lo cual su rebeldía tendría que interpretarse como una suspensión del acto regulador sin intervención del juez, con violación de la Ley de lo Contencioso, argumento este último de gran agudeza y acierto. Dijo el Tribunal de instancia:

#### Considerando I:

"lo más atinado es que subsista lo dispuesto por el Servicio mientras se sustancia y resuelve la presente litis, sin perjuicio, claro está, de lo que sobre el particular decidan en definitiva los Tribunales; ello, a fin de que no sea posible que una entidad pública pueda, sin ser superior jerárquico, suspender los actos de otra, lo que en principio sólo cabe ser ordenado por los mismos tribunales de lo contencioso administrativo... De no ser así, tratándose en la especie como se trata de una contratación tan especial como es la relativa a la compraventa de fluido eléctrico, en que generalmente la empresa productora lo vende a la empresa compradora con un porcentaje fijo de ganancia sobre su costo, al mantenerse el acuerdo impugnado, se podrá causar no sólo a la empresa productora un enorme daño sino también al público consumidor, quien por una disparidad de criterio de la empresa compradora con el órgano regulador de las tarifas, podría eventualmente verse, por razón de una suspensión o paralización de la empresa productora, privado de los servicios eléctricos".

Sentencia del Juzgado 1° de lo Contencioso en ordinario de Televictoria S. A. c/El Estado, confirmada sin modificaciones por la Sala de instancia y por el mismo Juez en decisión de revocatoria interpuesta, que complementa y profundiza brillantemente muchos de los razonamientos larvados que daba la primer sentencia, en la forma siguiente:

#### II.—Sobre el primer Argumento:

"Que el Juez no ignora que el Estado es la persona solvente por excelencia; si no lo fuese no sería Estado. Mas, si para el caso el argumento fuere valedero, caeríamos en el despropósito de tener la ley como letra muerta, desde que de nada serviría que el artículo 91 de la Ley N° 3667 de 12 de marzo de 1966 faculte al Tribunal para suspender la ejecución, ya que siendo el Estado el perpetuo solvente, nunca estaría en condiciones de quiebra. La correcta inteligencia de la ley es bien distinta: la expresión "de reparación imposible o difícil", que contiene el texto legal antes citado, necesariamente se refiere a aquellos daños que, en sí mismos, no son directamente reparables, y lo de "difícil" no es cosa que exclusivamente dependa de la naturaleza del daño, sino de otros factores que el Juez puede apreciar, a su sano juicio, dentro del marco que le brinda la norma en que se sustenta y que, para el caso, bien lo es la pérdida del personal técnico y administrativo que fue seleccionado y adiestrado cuidadosamente; un personal idóneo constituye uno de los principales pilares de toda empresa y, aparte de que en el país no existen escuelas públicas o privadas, que se especialicen en el adiestramiento de personal para televisoras, obvio parece que el que nos llegue del exterior no se presenta en oleadas de manera que quienes lo requieran puedan escoger a su sabor y antojo, y aquellos que, por su ahinco y tenacidad, puedan prepararse por sí solos no andan por la calle ofreciendo sus servicios al mejor postor. También la pérdida de los contratos para el suministro de películas, desde que obvio resulta que en esta materia la aceptación del público para una empresa de televisión no radica en quienes la constituyen o dirigen sino en la calidad de los programas que ofrece, y lógico es pensar que, por razones de lealtad comercial, los productores de películas no las venden o alquilan a diferentes televisoras para que las "pasen" a la vez y, por el contrario, hasta donde entiende el Juez, la repetición de "series" o programas es infrecuente porque deviene en anticomercial y se refleja en el prestigio de la empresa que lo haga. También participa del carácter de "difícil" la pérdida de los anunciantes que patrocinan los programas; ellos juegan un papel tan importante en el desenvolvimiento de una empresa de televisión que hasta se atreve a afirmar el Juez que no existe una sola que carezca de patrocinio; aun aquellas que funcionan bajo la égida del Estado —como en Italia y Francia— sufragan los gastos total o parcialmente con lo que pagan sus anunciantes. De ahí que en un medio como el nuestro en que, como es público y notorio, existen tres empresas



de televisión, obvio resulta que un patrocinador o anunciante al que se le incumpla un contrato difícilmente aceptará contratar nuevamente con la empresa que le incumplió; sencillamente se irá a otra, con las consecuencias de pérdida de prestigio y de carácter económico que ello conlleva para la que incumplió; consecuencias que aun con el auxilio de prueba pericial, no podría afirmarse que puedan ser reparadas justamente por un Tribunal. Igualmente puede decirse que la televisión a colores, por novedosa en el país, es un factor tan importante que, de no contar con él, "Televictoria S. A." se convertiría pura y simplemente en una empresa más, que entraría al comercio nacional "sin pena ni gloria".

Sentencia del Juzgado 1º de lo Contencioso en juicio de Antonio Calvo Gómez c/Oficina del Café, sin apelación:

#### Considerando II:

"Que con las probanzas aportadas a los autos, estima el Juez que la ejecución del acto impugnado ocasionaría daños y perjuicios de reparación imposible o difícil en los términos del art. 91.2, de la ley N° 3667 de 12 de marzo de 1966. Dicha ejecución entrañará para el demandante y sus coadyuvantes graves perjuicios desde que la costumbre de mezclar café con azúcar en el proceso de torrefacción es antiquísima en el país —data de más de cuarenta años— y estuvo legalizada por muchos años. Los peritos catadores que nombró el juzgado... señalaron una serie de circunstancias que ponen en evidencia lo difícil que será desarraigar esa costumbre en los consumidores nacionales, lo difícil o casi imposible que resulta para los torrefactores abastecerse de materia prima uniforme dadas las disímiles calidades que ofrece la Bolsa así como la pequeñez del tamaño promedio de los lotes de café que cada quince días se rematan en ella, de donde el recurso industrial por excelencia viene a ser la mezcla con azúcar con lo que se obtiene un sabor uniforme, una mayor coloración y un mayor rendimiento, a la par que dicha mezcla no ofrece ningún peligro para la salud, la acción estimulante es menor en el café mezclado con azúcar que en el café puro y además la mezcla es de un mayor contenido energético. Si a lo anterior se une el peligro que significa para los industriales el cambio de sabor de café que puede generar en los consumidores una confusión suficiente como para desplazar la demanda de una marca a otra marca o producto, obviamente los más afectados serán los pequeños y medianos industriales, valga decir los más débiles, ya que por esa misma condición de autosuficiencia no podrán participar en una guerra de competencia que

será el resultado del alza de precios del café para el consumidor interno, consecuencia a su vez de la eliminación de mezclas. Finalmente no debe omitirse que de mantenerse la ejecución del acto impugnado, los industriales tendrán que someter las maquinarias que usan en la torrefacción del café a una serie de costosas modificaciones dado que el diseño actual de las mismas está concebido para empaques con determinado volumen y peso específico, los que variarán sustancialmente al eliminarse las mezclas, modificaciones que, caso de prosperar la acción, no tendrán justificación alguna. Procede, pues acoger la articulación...".

Juicio Ordinario de Antonio Calvo Gómez c/Oficina del Café.

Sentencia del Juzgado 1º de lo Contencioso en ordinario Cía. Nacional de Fuerza y Luz c/El Servicio Nacional de Electricidad, sin apelación:

#### Considerando III:

"En efecto, la negativa del Servicio Nacional de Electricidad a aceptar como gasto de operación las sumas que la Cía. ha venido pagando a su firma consultora por un período de más de veinte años y que la Institución aprobó sistemáticamente y sin excepción se traduce desde luego en una disminución de ese gasto de operación y correlativamente en una baja de las tarifas por venta de la energía eléctrica que pagan los consumidores —en el caso para Servicios Generales no Residenciales, según el antedicho Acuerdo de Ejecución—; de ahí que, caso de promover la demanda la Cía. Nacional de Fuerza y Luz estaría en posición difícil o imposible de recuperar las sumas que por diferencia de tarifas dejaren de pagarle sus clientes y que incluso a la larga, podría dar pie para una condena en daños y perjuicios contra los escuálidos fondos del Erario Público, representado aquí por la Institución demandada...".

Posteriormente en resolución que rechazó la revocatoria interpuesta, de las 13 hs. del 20 de octubre de 1969, el mismo juzgado reafirmó y aclaró más lo dicho como sigue:

#### Considerando V:

"Para el caso obvio resulta que, de prosperar la demanda, si se hubiere permitido la ejecución del acuerdo impugnado, la actora tendría derecho a recuperar las sumas dejadas de percibir con motivo de la



rebaja de tarifas, cosa poco menos que imposible o difícil si se considera el número de abonados o usuarios, y para ello dos caminos le quedarían: o los demanda para el pago de la diferencia tarifaria que dejaron de pagar o solicita un reajuste —elevación de tarifas—, hasta completar el total de la recuperación. La primera solución no sería viable por los naturales tropiezos que surgen cuando se trata de cobrar sumas pequeñas, incluso los de carácter legal si se recurre a los Tribunales. La segunda se puede presentar como de carácter que conlleva la natural intranquilidad, desasosiego y animadversión. No está por demás recordar los sucesos dolorosos que en la ciudad de Cartago tuvieron lugar, con motivo de las tarifas eléctricas, que hasta una vida truncaron”.

Se refiere el fallo en su última parte transcrita a la huelga de pagos surgida en Cartago con motivo de una alza de tarifas eléctricas, que desembocó en motines y finalmente en una muerte, todo para forzar una baja sustancial de tarifas e, incluso, la creación de una nueva entidad de suministro, ya mencionada (JASEMC).

Unico caso rechazado entre las suspensiones pedidas-fuera del relacionado con los pagarés, cuyas razones fueron sucintamente explicadas-es el presentado en juicio ordinario de Representaciones de Películas S. A. y Paramount Inter-American Film Inc. contra el Consejo de Defensa Social y el Estado. Dicho Consejo prohibió la exhibición de la película llamada El Bebé de Rose Marie. Las empresas dueñas del derecho de exhibición interpusieron incidente de suspensión, alegando que perdían la novedad, los gastos de propaganda y el ambiente de espera y suspenso previamente creado para atraer público.

Esos dos fallos, de primera y de segunda instancia, ofrecieron razones muy interesantes, para justificar su rechazo.

Dijo el Juez en resolución de las 13 hs. del 5 de enero de 1970:

“La procedencia del incidente implicaría una victoria total adelantada para la parte demandante y esa no es precisamente la inteligencia que debe dársele al art. 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y dice el Juez que significaría una victoria total adelantada porque el debate del juicio perdería todo interés para la parte actora que habría conseguido el fin principal sin haber obtenido un pronunciamiento de fondo, con carácter de cosa juzgada, que le

permitía exhibir el filme. Además no existe, a juicio del Juez, motivo serio alguno dentro de los argumentos en que se funda la articulación, que permita autorizar la pretendida suspensión de los actos administrativos impugnados; en efecto, la ejecución de los actos no significa para los demandantes un serio perjuicio, pues no les acarrearán una paralización total y absoluta de sus actividades, ni le crean una situación económico financiera difícil de modificar”.

La Sala de instancia al confirmar, dijo con agudeza:

“Que en la especie no concurre el caso de excepción previsto en el artículo 91.2 de la Ley de lo Contencioso Administrativo: el que la no suspensión de lo impugnado afecte o reduzca las ganancias de los demandantes, torna la cuestión en una netamente comercial o patrimonial, en las que, en principio, ninguna reparación de daños y perjuicios es imposible o difícil; y de todas maneras, como la prohibición es general dentro del país, se mantendrán, ante la insatisfacción del público deseoso de ver el filme; expectación que, incluso, bien podría incrementarse a raíz tanto de la mencionada prohibición (por la curiosidad a que todas éstas dan lugar), como por la natural sensación que produciría la sentencia, en el supuesto de que llegue a ser estimatoria de la demanda”.

He aquí cómo estos dos fallos, sobre todo el primero, toman partido a favor de una censura de tipo moral contra una exhibición fílmica, aduciendo, entre otras razones de innegable peso, el que acceder a la suspensión conduciría a un daño de imposible o difícil reparación, pero no para el actor incidentista, sino para el Estado o para el público, puesto que por la duración normal del contencioso sería dar por ganado el juicio sin llegar a sentencia. Casos similares han sido discutidos en México, con discrepancia entre los autores sobre la procedencia o improcedencia del amparo en tales circunstancias.<sup>(29)</sup>

(29) Caso muy similar el decidido por la Suprema Corte de Justicia de México negando el amparo a un empresario, contra una prohibición de dar una corrida de toros en fecha muy inmediata. “La Corte Suprema de Justicia, al conocer de la revisión del auto de suspensión, negó ésta, fundándose entre otras razones en la de que si se concediera, el quejoso obtendría de antemano el objeto que perseguía con el amparo, quedando, por lo tanto, éste sin materia” (según Couto, *op. cit.* pág. 46).

La solución es discutida por Briseño Sierra afirmando: “la corrida de toros no es una consumación física irreparable. En primer lugar, cabe celebrarla en otra fecha, por los mismos propósitos, con los mismos sujetos y con iguales resultados; aquí la suspensión de la negativa, conduciendo al otorgamiento del permiso, no da idénticos resultados a la resolución contraria, porque puede combinarse el amparo con la exigencia de responsabilidad.”



ii.—Seriedad de los motivos de impugnación.

Se hizo ver que toda medida cautelar —como la suspensión del acto impugnado— supone una verosimilitud del derecho pretendido por el actor o —para decirlo con la palabra clara de Calamandrei— “basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar” (op. cit. pág. 77). Condición necesaria, aunque no suficiente por sí, para el otorgamiento de la suspensión, es la apariencia fundada y razonable de que la acción contenciosa contra el acto impugnado está bien fundada en derecho. Se trata del famoso “*fumus boni juris*” de los romanos, propio de toda acción y medida precautorias, y sin el cual el Juez quedaría obligado a denegar la suspensión.

Este requisito ha sido exigido por todos los sistemas que contemplan la suspensión cautelar del acto impugnado, sea por ley, sea por obra de la jurisprudencia.<sup>(30)</sup>

Su desarrollo conceptual y práctico ha tenido lugar especialmente en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia, donde es condición tan decisiva e importante como la de la naturaleza grave o irreparable del daño. La doctrina ha mantenido viva por decenios una empeñada polémica sobre la relación entre la apreciación de tal requisito de seriedad de la demanda principal y el mérito de fondo de la misma.

La jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia que empezó por definir esa seriedad de fondo como la cualidad de todo motivo de impugnación del acto que fuera no dilatorio y no rechazable de plano (noción amplia y liberal), redujo posteriormente su fórmula a la mucho más estricta de que el motivo de impugnación hiciera posible —aunque no probable ni segura— la anulación del acto, para desembocar en el criterio severo y de excepcional cum-

(30) El art. 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de España contempla la potestad de suspender el acto en la vía administrativa cuando su nulidad es de pleno derecho.

La poca relevancia del requisito en examen en el ordenamiento español actual se hace patente por el silencio de su mejor tratadista en la materia sobre el extremo, como puede verse de la lectura de González Pérez, *op. cit.*, tomo III, págs. 325 y stes.

En cuanto a Francia véase Tourdias, *op. cit.* págs. 116 a 127 y Auby et Drago, *op. cit.* tomo II, págs. 324 y 325.

En cuanto a Italia, Sandulli, *op. cit.* pág. 178.

plimiento de que serio es única y exclusivamente el motivo que hace muy probable o casi segura la anulación final del acto.<sup>(31)</sup>

Esto ha conducido al ilustre tribunal a un análisis exhaustivo y riguroso de las condiciones de fondo necesarias para la estimación de la demanda con motivo del fallo del incidente de suspensión (del acto impugnado), al punto de que —contra la crítica de la mayoría de la doctrina— ese fallo incidental implica normalmente una anticipación sustancial y decisiva del fallo de fondo del asunto contencioso. En Francia el motivo serio de impugnación, vinculado como presupuesto de acogimiento al incidente de suspensión, se ha convertido en el motivo fundado de anulación del acto impugnado.

La situación de Costa Rica es peculiar a este respecto, pues hay una notable ausencia de mención en la ley a la seriedad, solidez o probabilidad de éxito de la demanda principal como condición de otorgamiento de la suspensión. La explicación radica en la Ley española de lo Contencioso, de quien tomamos esta omisión, a la par de otras muchas instituciones de nuestro contencioso, sin advertir que allá está suplida la laguna en la Ley de Procedimiento Administrativo.<sup>(32)</sup>

En consecuencia, casi no hay advertencia ni análisis del requisito en nuestra jurisprudencia. Los jueces no se preocupan de razonar sobre la procedencia o improcedencia de fondo de la demanda principal o, al menos, sobre su probable éxito, para negar o conceder la suspensión. Muy breves alusiones hay al tema en algunos de los fallos ya citados. Pero es innegable que con el tiempo la tendencia a considerar hondamente la seriedad de la demanda tomará cuerpo y presencia, pues, como se dijo, es ello una exigencia ineludible en el empleo de toda medida cautelar.

(31) Tourdias, *op. cit.* pág. 124; Auby et Drago, *op. cit.* tomo II, pág. 324.

(32) El sistema español no es totalmente omisión al respecto, como sí lo es el nuestro, con grave olvido que debe remediarse rápidamente. En efecto: el problema de la seriedad de los motivos de impugnación y de la demanda se plantea en España en relación con los actos nulos de pleno derecho, tal y como están definidos por el art. 47 de la Ley de Procedimientos Administrativos del país (prescindencia total de trámites necesarios para un acto o para la formación de voluntad de un órgano colegiado, incompetencia absoluta, carácter delictuoso etc., todos casos los más manifiestos y graves de nulidad). El art. 116 de la misma ley dispone que la suspensión del acto será potestativa en tal hipótesis. Véase comentarios al respecto en González Pérez, *El Proced. Administrativo* pág. 798, y Trujillo Peña *op. cit.* tomo II, Pág. 831, según quienes la simple alegación de nulidad plena no bastaría para decretar la suspensión en lo jurisdiccional, aunque pueda ser suficiente en lo administrativo.



Lo poco que hay es lo siguiente:

Sentencia de la Sala 1ª Civil en ordinario contencioso pre-citado de Hacienda Nuestro Amo c/Liga Agrícola Industrial de la Caña:

Considerando I:

"La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa... enfrenta a los Jueces ante el deber de pronunciarse sobre la suspensión del acto administrativo impugnado, para decretarla cuando corresponda, a manera de una medida de carácter precautorio en prevención de que la demanda pueda llegar a prosperar, posibilidad que está implícita en la ley y que el Tribunal no puede desechar al resolver sobre la solicitud de suspensión, salvo quizás en el caso muy calificado de que se estuviera en presencia de una demanda improcedente y temeraria, que así pudiera apreciarse a simple vista, hipótesis en que cabría denegar la suspensión, desde luego sin aludir a razones vinculadas con la improcedencia de la demanda (para no adelantar criterio, como se dice corrientemente) sino fundamentando el rechazo en el propio texto del art. 91.2 de la Ley Reguladora, a cuyo tenor puede denegarse la solicitud cuando la ejecución del acto no sea susceptible de "ocasionar daños de reparación imposible o difícil", concepto que por sus propios alcances, deja un amplio margen de discrecionalidad a los Tribunales".

Aquí la Sala adopta la tesis liberal en cuanto a la apreciación de la seriedad de la demanda como requisito de fondo del auto de suspensión, consistente en sostener que el mismo queda cumplido si prima facie la demanda no es improcedente ni temeraria, e incluso entra en el análisis del problema de la anticipación de criterio, resolviéndolo mediante el recurso de disfrazar el rechazo de la demanda poco seria o temeraria como una inexistencia de un daño de imposible o difícil reparación, lo que en ocasiones será imposible y sólo al alcance de un Juez muy imaginativo.

En la resolución del incidente planteado en ordinario de Televictoria S. A. contra el Estado, favorable a aquella, el Juez de primera instancia se limitó a hacer una breve alusión —reiterada al decidir la revocatoria interpuesta— al hecho de que la "pretensión de suspensión" (no la demanda ordinaria) "se funda en motivos serios y no con fines puramente dilatorios", con lo que parece

haberse trasladado a la demanda incidental la calificación que correspondía o tenía que hacerse en relación con la principal.

No hay, fuera de tan escaso y poco significativo material, ningún otro desarrollo de la jurisprudencia sobre el tema.

iii.—El interés público relevante.

La inevitable colindancia de todo interés privado con el público, en la sociedad moderna, hace de éste un tercer probable requisito de acogimiento del pedido de suspensión.

Es evidente que cuanto más lesivo sea un acto administrativo al interés público más plausible y útil será la suspensión del mismo. En este sentido, la coincidencia de intereses del actor con los de la comunidad fortalece la posición de aquel, haciendo menos riguroso el requisito del daño grave, irreparable o de difícil restitución. Esto es reconocido incluso por la jurisprudencia y la doctrina francesas, que han optado por conferir primacía decisiva y autónoma a la tutela del interés privado en el incidente de suspensión, después de un breve período de vacilación.<sup>(33)</sup> Pero en Francia el contrapeso hacia la comunidad y su inevitable presencia en todo conflicto con la Administración Pública está dado por la ley, concretamente por el decreto legislativo del 30 de setiembre de 1953, cuyo artículo 2 expresamente dispone que "en ningún caso el Tribunal podrá suspender la ejecución de una decisión que afecte el mantenimiento del orden, la seguridad o la tranquilidad pública". No obstante que tal norma sólo afecta a los tribunales administrativos de primera instancia y no al Consejo de Estado, es lo cierto que ello vincula seriamente a todo juez, en cuanto forma parte del mismo sistema administrativo que ambos aplican.

La jurisprudencia ha seguido fielmente la prohibición anterior en cuanto a actos que afectan el orden y la tranquilidad externas ("ordre dans la rue"), pero no en materia de seguridad de las personas, en la cual se ha empezado a decretar suspensiones nuevamente, lo que no deja de ser paradójico.<sup>(34)</sup>

(33) Long, Weil et Braibant, *op. cit.* pág. 416. Ello no obstante hay polémica al respecto, pues autoridad tan reconocida como Andre de Laubadere, *Traite Elementaire de Droit Administratif*, pág. 447, tomo I, llega a afirmar que una condición de procedencia de la suspensión es que "la suspensión esté justificada por razones de interés general".

(34) Auby et Drago, *op. cit.* tomo II, pág. 319.



En Italia y en España la preocupación por el interés público en todo incidente de suspensión ha estado siempre presente en la ley y en la jurisprudencia.<sup>(35)</sup>

La exposición de Motivos de la Ley de lo Contencioso de España se refiere expresamente al tema, cuando dice:

“Al juzgar sobre su procedencia se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego. Respecto de la dificultad de la reparación, no cabe excluirla sin más por la circunstancia de que el daño o perjuicio que podría derivarse de la ejecución sea valorable económicamente”.

Esta inquietud quedó cristalizada en el art. 123.1a) de dicha Ley, donde se obliga al tribunal a dar audiencia al abogado del Estado sobre el extremo de si la suspensión pedida puede acarrear o no grave daño al interés público, sin que pueda otorgarse aquella sino previa audiencia al Ministerio o Autoridad de que procediese el acto o la disposición objeto del recurso sobre el mismo punto, caso de que el Abogado se manifieste en forma desfavorable a la pretensión, que es lo normal.

Nuestra Ley no contiene nada del género.

La única referencia concreta al interés público y su eventual conflicto con la suspensión pedida que en aquella nuestra Ley puede encontrarse está en su art. 93.1, que impone la rendición de garantía cuando el Juez estimare que podría resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero, con lo que subordina así aquel interés, aún siendo evidente el conflicto, al privado del actor.

Como afirmamos respecto de la omisión relativa a la seriedad de la demanda principal, ésta que puntualizamos tendrá que ser suplida por la jurisprudencia y ha empezado ya a configurar la muy reducida existente.

(35) Enrico Guicciardi, *La Giustizia Amministrativa*, págs. 243 y 244; Francisco Pera Verdagué, *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo*, págs. 369 y 370; Trujillo Peña y otros, *op. cit.* tomo II, pág. 765; Segismundo Royo Villanova, *Problemas del Régimen Jurídico Municipal*, pág. 53.

Una primer idea importante es la relevancia especial que esas decisiones antecitadas han reservado al interés público dirigido precisamente a la protección de la empresa privada, como fuente de riqueza y de trabajo. En la medida en que tal tendencia se acentúe buscando la conjugación entre el interés del empresario y la productividad social de su empresa, como polos contrapuestos, tal posición es loable, pues toma en cuenta el punto de partida inicial del instituto en examen, que es la temporal preterición del interés público ante el privado, cuando éste parece legítimo y defendible frente al primero. La exacerbación de tal punto de vista, que evoca un trasfondo ideológico liberal y decimonónico, puede conducir a la aceptación del interés privado como criterio único de valoración, en cuanto se dé por real y necesaria su coincidencia con el público en circunstancias de peligro para la supervivencia de la empresa, lo que sería criticable.

Decisiones ilustrativas son las siguientes:

Sentencia antecitada de la Sala 1 Civil en ordinario de la Hacienda Nuestro Amo c/La Liga Agrícola Industrial de la Caña:

Considerando VI:

“Las alegaciones que hacen los apoderados de la Liga para atribuirle carácter prevaleciente al interés público en relación al interés particular de Hacienda Nuestro Amo, no son determinantes para denegar la suspensión, pues el interés público no es extraño a la protección de las empresas privadas, desde que las actividades que éstas realizan constituyen fuente de trabajo y son factores de importancia en la economía nacional. De manera que el interés público existe tanto por parte de la Liga de la Caña (en atención a los altos fines que le han sido confiados), como también en lo que se refiere a la necesidad de que las actividades del Ingenio Zetilla no se paralicen por más tiempo; y ante la alternativa de proteger uno u otro interés, pues los dos se han puesto en pugna, esta Sala se inclina por hacerlo en favor del segundo, por tratarse de un interés que por ahora es más inmediato y que necesita de impostergable protección”.

Esta consideración se ha repetido y casi copiado en dos fallos posteriores de primera instancia, sin que lo haya reiterado la Sala Civil.



Hemos citado otro caso —el de Cía. Agrícola Santiago c/JASEMC y el SNEE— en que el factor considerado para suspender fue la inminente desocupación de varias decenas de trabajadores por la cesación de actividades de una generadora de electricidad y la consiguiente crisis económica en la zona rural afectada, pero en este caso fue colocado en primer rango el interés de la empresa privada en obtener una justa retribución por su artículo, diciendo el Juez de instancia:

“el criterio que hasta el momento tiene el Juez es el de que los integrantes de JASEMC han ignorado el principio del equilibrio entre los intereses de los consumidores y el de la empresa privada y antes de complementarlos los consideran como antagónicos, haciendo caso omiso del beneficio a que uno de ellos tiene derecho legal y natural y de ahí que no garanticen el funcionamiento eficiente de la empresa ni le permitan una recaudación adecuada para cubrir el mantenimiento de propiedades y gastos de operación”.

Lo dicho fue perfectamente justo en el caso y puntualizó bien, para desvanecer equívocos en cuanto a la prudente orientación del fallo, la necesidad del equilibrio entre interés público y privado para la decisión final del incidente de suspensión, exactamente como ocurre en todos los demás campos del derecho administrativo y procesal administrativo.

No hay nada más, fuera de estas dos leves menciones, que puedan orientar con seguridad sobre el rumbo futuro de nuestra jurisprudencia en cuanto a tan delicado extremo.

#### CONCLUSION:

- 1.—El incidente de suspensión es institución necesaria;
- 2.—Para su mejoramiento en Costa Rica y su adecuada regulación en Latinoamérica, conviene incluir siempre, dentro del correspondiente régimen, los siguientes imperativos:

- a) Posibilidad de acogimiento interlocutorio de plano en casos de urgencia o evidencia, así como posibilidad de un rechazo de plano, por iguales motivos;

- b) Necesidad de una razonable seriedad en los fundamentos de la demanda principal, que, sin conducir a prejuzgar el fondo del litigio, permita predecir como probable —aunque no como seguro— el éxito de dicha demanda;
- c) Necesidad de incluir dentro de las condiciones de fondo y procedencia de la demanda de suspensión un ajuste mínimo de ésta con los intereses de la comunidad;
- ch) Regulación de las hipótesis de inercia administrativa, para ponerle fin sin detrimento de la División de Poderes, salvo conflicto inzanjable entre el Juez y la Administración de que se trate.