Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán".



BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL
TOMO I

Año XX - Núm. 65 - Setiembre, 1997

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

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

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

PRESENTACIÓN

Informamos, en primer lugar, sobre la publicación de los suplementos de la Revista Judicial, que se encuentran a la venta en la Biblioteca Judicial. En el primero de ellos se encuentra jurisprudencia de abril a junio de 1994 y, en el segundo, de julio a setiembre de 1994.

Por disposición de la Comisión de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, con el objetivo de actualizar la información jurisprudencial de nuestros lectores, en ellos no se publicó la sección de Doctrina, que ahora reanudamos. Esto ocasionó una gran presa de colaboraciones en la dirección; muy valiosos artículos de distinguidos colegas deberán esperar para su publicación, por lo que ofrecemos explicaciones a sus autores, pidiéndoles disculpas.

En esta ocasión publicamos trabajos de gran interés actual en materia de Responsabilidad Civil, Derecho de Integración, Derecho del Consumo, Derecho Urbanístico, Derecho Procesal Civil y Derecho Penal.

El ilustre jurista argentino, **Dr. Atilio Aníbal Alterini**, Profesor titular de Obligaciones Civiles y Comerciales en las Facultades de derecho de las Universidades de Buenos Aires y Belgrano (Argentina), en la ponencia presentada en el Seminario Internacional "Unificazione del Diritto Civile e Diritto dell' Integrazione in America Latina", en Roma (en diciembre de 1996), titulada **"LA INJUSTICIA DEL DAÑO"**, comenta la evolución doctrinaria en la matreria que ha llevado a enfatizar el crédito de la víctima y la valoración de la antijurisdicidad en términos del interés lesionado de la víctima, más que en atención a la ilicitud de la conducta del victimario. Esta evolución corre paralela a una expansión de los criterios de imputación distintos de la culpa y a una expansión de los derechos merecedores de tutela y de los intereses colectivos o difusos, (por ejemplo en materia ambiental) en donde, concluye el autor afirmando que "el daño se produce, en cuanto afecta bienes o intereses comunes y se concede acción cautelar para prevenirlo y acción indemnizatoria para repararlo".

Del igualmente ilustre catedrático argentino **Dr. Roberto López Cabana**, Profesor titular de Obligaciones y de Contratos Civiles y Comerciales en la Universidad de Buenos Aires y de Derecho Civil II y Derecho del Consumidor en la Pontificia

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Universidad Católica Argentina, ofrecemos **"RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS AL CONSUMIDOR EN EL MERCOSUR"** ponencia también presentada en el congreso antes referido. Se plantea aquí el tema de la armonización de las legislaciones en materia de responsabilidad civil por lesiones a los intereses del cosumidor. Se afirma aquí su derecho al resarcimiento, a la par de sus derechos a la salud, seguridad, intereses económicos, educación, organización, información y asistencia entre otros. El distinguido autor nos muestra las diferencias entre las diversas legislaciones (de Argentina, Brasil y Paraguay). Seguidamente, aclara los errores jurídicos de un veto del poder ejecutivo a nuevas disposiciones destinadas a reconocer responsabilidad objetiva. Esta ponencia analiza diversos proyectos de reformas al Código Civil; en ella el profesor López Cabana nos da cuenta de su propio proyecto (preparado en conjunto con Atilio Aníbal Alterini y Gabriel Stiglitz, quienes ya han dejado sus luces en nuestro medio, apoyando en sus trabajos al Ministerio de Economía y a la Escuela Judicial). En este proyecto de ley se distingue el incumplimiento contractual (extendiendo las acciones del consumidor al productor, al fabricante, al importador, y a quien haya puesto su marca en el producto o servicio, aunque no haya tenido relación directa con ellos) de los supuestos de responsabilidad extracontractual, donde se propone también la ampliación de la legitimación pasiva, adjudicando en todos los casos una responsabilidad objetiva y concurrente y donde se proyecta una indemnización comprensiva de las consecuencias inmediatas, de las mediatas previsibles, incluyendo ampliamente el daño moral cuando se trata de nulidad de contrato, de incumplimiento contractual, de vicio redhibitorio o de daño resultante del producto o servicios, de acuerdo con la más moderna y aceptable doctrina. Concluye el jurista López Cabana informándonos sobre el estado de la cuestión en las legislaciones argentina, brasileña, uruguaya y paraguaya e insistiendo en la tutela de la persona del consumidor.

La **Dra. María Antonieta Sáenz.** Decana de la Faculatad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, nos honra con su participación titulada **EL SISTEMA DE NOTIFICACIONES EN EL PROCESO CIVIL COSTARRICENSE**, donde hace referencia a los fundamentos históricos recientes, producto de un taller, que llevaron a los avances en la materia del mejoramiento del sistema de notificaciones antes regulado por el Código Procesal Civil. este aporte de la Dra. Sáenz es de gran valor científico ya que en él se dilucida el concepto mismo de notificación, la determinación de sus medios y el papel del notificador. La autora destaca la importancia de este acto procesal desde la perspectiva del debido proceso y la necesidad de adecuar el sistema a la moderna tecnología para superar los vicios existentes. Aunque recibimos este artículo con anterioridad a la vigencia de la Nueva Ley de Notificaciones, Citaciones y otras Comunicaciones Judiciales, creemos importante darlo a la luz en estos

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

momentos por su claridad pedagógica, pues ilustra las nuevas disposiciones mediante la descripción y análisis de sus antecedentes y formación. Es de esperar que este trabajo se incorpore en los programas de las diversas facultades del país.

De la **Dra. Olga Nidia Fallas** publicamos **LA ZONIFICACIÓN EN LA LEY DE PLANIFICACIÓN URBANA**; la Profesora Fallas muestra en su trabajo, con gran claridad, que la cuestión central del plan regulador es la zonificación y que ésta se concreta en la división del territorio municipal, con el fin de determinar las partes de éste destinadas a usos específicos y también para fijar las sujeciones a que estas zonas están vinculadas en su utilización, con la consideración de aspectos tales como distancia, altura, densidad, función, entre otros; seguidamente, la autora nos ofrece algunas clasificaciones italianas de la zonificación, como la que distingue entre la zonificación funcional (según su destinación) y la zonificación arquitectónica (según criterios edilicios). Nos ilustra luego sobre la distinción entre el verde público (en áreas reservadas a una utilidad pública, por higiene o estética) y el verde agrícola, así como sobre el sentido de las llamadas zonas blancas, en relación con las cuales no hay regla determinada en el plan regulador, aunque siempre éstas están bajo las leyes. Finalmente, se refiere a la localización, entendida como la fijación de las zonas para instalaciones y obras públicas (como vías de comunicación, servidumbres, etc.).

Contamos con el valioso aporte del **Lic. Carlos Manuel Coto Albán, ANTOLOGÍA DE LA ÉTICA,** al que le auguramos una cálida recepción en las aulas universitarias. Los pensamientos aquí plasmados parten de precisas distinciones filosóficas y se basan en el dominio del autor sobre las figuras señeras en la historia del pensamiento, dándole especial relevancia a las obras de Kant y Kelsen. El estimado colega aborda el tema de la ética profesional, introduciendo acertadamente su tratamiento desde la perspectiva de las cualidades éticas del profesional entre las que destaca la conciencia, la dignidad, la conducta moral y la función social que ahora asume dimensiones planetarias, como lo afirmó en su momento el Concilio Vaticano II. Analiza luego los diversos sentidos del concepto de "responsabilidad", los que concretiza en función de deberes profesionales específicos, como el conocimiento de la materia, la veracidad y la disciplina, aparte de la discreción, sin olvidar la solidaridad profesional (mediante las organizaciones gremiales y mediante el debido respeto a los demás colegas). Finalmente, hace aplicación de los principios éticos a temas de gran actualidad, como la nueva tecnología y la vida empresarial.

La **Licda. Fiorella Bulgarelli G.**, miembro de la Comisión Nacional de Protección al consumidor, autora de diversos trabajos sobre el tema, colabora con **"COSTA RICA Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR"**. Con gran acierto ella nos muestra que el libre comercio y la desregulación no pueden separarse de la protección acentuada del consumidor, de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sus derechos fundamentales, de su libertad informada y, en fin, de su persona; este proceso histórico debe ir de la mano de la creación de mecanismos preventivos y, además, de la instauración de eficaces instrumentos reparadores de los daños. Queda claro en esta colaboración que el derecho del Consumo ya no puede verse simplemente como el "Derecho de la fijación de precios". La Licenciada Bulgarelli nos detalla la evolución de la materia en nuestro país, desde el Código de Carrillo hasta la ley actual, que contempla en forma amplia y clara los derechos del consumidor e introduce temas nuevos, como las medidas cautelares, aunque (a juicio de la especialista) falta ampliar otros como la publicidad engañosa. En sus conclusiones la Licda. Bulgarelli nos muestra que el nuevo Derecho de Consumo no es solamente un Derecho Económico, sino un Derecho Humanista, donde la salud y la vida de los consumidores (que somos todos) son valores superiores a la "libre competencia".

El Señor **Daniel Sánchez Delgado**, funcionario del Digesto (Centro Electrónico de Información Jurisprudencial) nos ha enviado su amplio y documentado trabajo **"LA ESTAFA. ANÁLISIS DE SUS ELEMENTOS Y PROBLEMÁTICA CON LOS LLAMADOS DELITOS INFORMÁTICOS"**, donde analiza con gran rigor científico los sujetos y la forma de producción de este delito; explica cuál es el bien jurídico tutelado y los elementos necesarios para que se dé en la práctica la verificación del tipo; tales son el engaño, error y la disposición o perjuicio patrimonial. El tema central de esta investigación de gran actualidad, es el de la criminalidad mediante computadoras, con una amplísima información sobre las diferentes modalidades de comisión, a través de manipulaciones informáticas (en la entrada de datos, en el programa, en la salida de datos y a distancia). En sus conclusiones propone la necesidad de una regulación específica de los delitos informáticos. El autor demuestra que la consideración tradicional de la figura de la estafa se queda corta frente a las nuevas modalidades de criminalidad, pues muchas de ellas no encuadran dentro de un esquema de la estafa, en especial porque a menudo no hay un ser humano inducido en error, sino una simple manipulación de información, como tampoco conviene a ellas el esquema de la apropiación indebida, donde la devolución en cinco días exonera de responsabilidad.

También nos satisface publicar de nuestro compañero **Virgilio Benavides López**, el **Trabajo Ganador del Primer Concurso Nacional de Ensayo** que organizó la Comisión de Rescate y Formación de Valores Morales, Cívicos y Religiosos del Poder Judicial. En este ensayo se comenta el proceso de modernización del Poder Judicial y se ofrecen acertadas sugerencias y acertadas perspectivas sobre la necesidad de incorporar a las vivencias cotidianas los ideales de la transformación.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

SUMARIO

PRESENTACIÓN 5
Dr. Víctor Pérez Vargas

SECCIÓN I: ESTUDIOS

La Injusticia del Daño 11
Prof. Dr. Atilio Aníbal Alterini

Responsabilidad Civil por Daños al Consumidor en el Mercosur 17
Prof. Dr. Roberto López Cabana

El Sistema de Notificaciones en el Proceso Civil Costarricense 23
Dra. María Antonieta Sáenz

La Zonificación en la Ley de Planificación Urbana 31
Dra. Olga Nidia Fallas

Antología de la Ética 35
Lic. Carlos Manuel Coto Albán

Costa Rica y la Tutela de los Derechos al Consumidor 47
Licda. Fiorella Bulgarelli G.

La Estafa. Análisis de sus Elementos y Problemática con los llamados Delitos Informáticos 53
Daniel Sánchez Delgado

Trabajo Ganador del Primer Concurso Nacional de Ensayo 81
Virgilio Benavides López

SECCION II: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES

Contenido de votos salvados en resoluciones de interés 87
Licda. Cecilia Sánchez Romero

SECCION III: JURISPRUDENCIA

Centro Electrónico de Información Jurisprudencial 131

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA INJUSTICIA DEL DAÑO

por **Atilio Aníbal Alterini** (*)

I. DEL DAÑO INJUSTAMENTE SUFRIDO AL DAÑO INJUSTAMENTE INFERIDO.

1. En el año 1939, y haciendo referencia a la "evolución del Derecho civil francés en los últimos cincuenta años", Ripert afirmó que "el Derecho contemporáneo mira del lado de la víctima y no del lado del autor" (1). La justicia sigue siendo ciega, pero tiene el oído atento a los reclamos de las víctimas.

La relectura del viejo sistema comenzó, pues, hace un siglo, aunque el cambio de óptica haya pasado inadvertido, muchas veces, o mucho tiempo.

Dos lúcidas expresiones doctrinarias pueden ser exponentes del molde de las nuevas ideas: Un trabajo de José María López Olaciregui, publicado en 1978 (2), expuso como criterio básico que se debe responder no sólo por el daño injustamente causado, sino también por el que ha sido injustamente *sufrido*, vale decir, cuando "es injusto que lo soporte quien lo recibió", haya o no ilicitud en el obrar del llamado a responder.

Un ensayo de Yvonne Lambert-Faivre publicado en 1987 (3) –cuya tesis fue confirmada por la ulterior evolución del pensamiento jurídico francés– demuestra cómo la responsabilidad, de ser tratada como deuda del autor, evolucionó hasta adquirir virtualidad de crédito de la víctima. En el viejo concepto, desde que el damnificado estaba precisado a establecer la existencia de una deuda a cargo del demandado, le incumbía romper el principio de inercia jurídica probando la ocurrencia de todos los presupuestos de responsabilidad civil que exigía la concepción clásica: la antijuridicidad, el daño, la culpa, la relación causal. Pero, entendiéndose ahora que la producción del perjuicio es causa fuente de un crédito a favor de quien lo sufre, ese mismo principio de

---

* Profesor titular de Obligaciones y Contratos Civiles y Comerciales en las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y de Belgrano (Argentina).

1. Ripert, Georges, *El régimen democrático y el Derecho civil moderno*, trad. J. M. Cajica Jr., Puebla, 1951, N° 169.
2. López Olaciregui, José María, *Esencia y fundamento de la responsabilidad civil*, en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", Buenos Aires, agosto de 1978, t° 11, pág. 941.
3. Lambert-Faivre, Yvonne, *L'evolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité a une créance d'indemnisation*, en "Revue Trimmestrielle de Droit Civil", año 1987-I, pág. 1; *La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización*, trad. española de Eliana A. Núñez, como Exordio de Alterini, Atilio Aníbal - López Cabana, Roberto M., Derecho de Daños, Buenos Aires,1992, pág. XIII.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

inercia actúa en sentido contrario: el crédito a favor de la víctima subsiste mientras el sindicado como responsable no demuestre lo necesario para desvirtuarlo.

Correlativamente, la culpa ha ido perdiendo terreno como factor de atribución de la responsabilidad, y ha sido reemplazada en muchas importantes áreas por factores objetivos. En Derecho argentino, la teoría del riesgo tiene vigencia en sus dos versiones: en la de riesgo creado y en la de riesgo provecho. Cuando se trata de *daños causados por la cosa* (art. 1113, Código Civil), la responsabilidad del dueño o el guardián resulta combinadamente de la creación del riesgo –porque cuando es usada una cosa con riesgo o vicio se incrementa el peligro potencial de que se produzcan daños– y del provecho que se obtiene de la cosa al servirse de ella. En otros casos la creación del riesgo resulta de la mera introducción de una cosa en la comunidad, y se independiza de la situación actual en cuanto al dominio o la guarda de ella: el fabricante responde por los daños causados por un producto del cual es dueño el propio consumidor que los sufre; el generador de residuos peligrosos no se libera aunque haya transferido el dominio de los residuos a un tercero (arts. 28, 46 y 48, ley 24.051).

Rige también la noción de garantía, por ejemplo, la del principal por los daños que causen quienes se hallan "bajo su dependencia" (art. 1113, 1ª parte, Código Civil), caso en el cual la prueba de haber obrado con diligencia, esto es sin culpa, no lo libera.

Además, existe todo un cortejo de mecanismos alternativos de la responsabilidad civil (4), que en definitiva responden a la idea de que cuando "la justicia conmutativa de la responsabilidad es impotente para reparar la fatalidad de la desgracia, la justicia distributiva de la solidaridad debe tomar el relevo" (5).

2. Las nuevas concepciones han ido diluyendo a la antijuridicidad –que supone una conducta que en sí misma es ilícita– como presupuesto de la responsabilidad.

El tema se ha trasladado por lo tanto a la teoría de las causas de justificación: la conducta que causa un daño, o tiene aptitud para causarlo (art. 1067, Código Civil argentino), aunque no sea antijurídica, genera responsabilidad cuando no está justificada; por ejemplo, porque no implica el ejercicio regular de un derecho, o no constituye legítima defensa, o no ha sido obrada en estado de necesidad (6).

En Argentina, la sustitución del concepto de antijuridicidad plasmado en el vigente artículo 1066 del Código Civil resulta de los tres últimos proyectos de reformas. El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987- sancionado por el Parlamento y vetado íntegramente mediante decreto del Poder Ejecutivo Nacional 2.719/91- propició la derogación de ese texto del Código Civil. El Proyecto de la Comisión Federal designada por la Cámara de Diputados de la Nación (*Orden del Día* N° 503/92), lo sustituyó por este otro: "Todo acto positivo o negativo que causa un daño es antijurídico si no se encuentra justificado". El Proyecto emanado de la Comisión creada por el Poder Ejecutivo Nacional mediante mensaje N° 1622/93 previó, para un nuevo artículo 1549, la siguiente versión: "La violación del deber de no dañar a otro genera la obligación de reparar el daño causado, conforme a las disposiciones de este Código"; y, para el artículo 1550, esta otra: "Salvo disposición legal en contrario, no son indemnizables los daños causados en el ejercicio regular de un derecho o facultad".

Ello significa que la responsabilidad es controlada mediante la idea del ejercicio regular del derecho de obrar. Sólo se atribuye

4. Véase Alterini, Atilio Aníbal - López Cabana, Roberto M., Mecanismos alternativos de la responsabilidad civil, en "Doctrina Judicial", Buenos Aires, t° 1990-I, pág. 977, y en Derecho de Daños cit., pág. 213.
5. Lambert-Faivre, ob. cit., págs. 19 y XXXVII, respectivamente.
6. Alterini, Atilio Aníbal, *Contornos actuales de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1987, pág . 13

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

al causante el daño injusto, y únicamente se considera injusto al perjuicio que es causado sin derecho. La cuestión se ve claramente en materia de competencia comercial: es obvio que la instalación de un nuevo competidor en determinado mercado perjudica a quienes ya estaban operando en ese mercado, porque el recién llegado absorbe a algunos clientes que eran de ellos; pero, mientras el nuevo competidor actúe regularmente, ajustándose a las reglas de la competencia leal, nadie puede reclamarle indemnización alguna.

3. La concepción actual de los juristas, con su alto rigor técnico y con su nítido perfil filosófico, coincide puntualmente con los reclamos del Hombre contemporáneo, que ha dejado de inclinarse resignadamente "ante el azar nefasto" (7), y por ello exige la indemnización de los daños que sufre. Cualquier observador de la realidad está en condiciones de percatarse de que, al presente, "en la conciencia del público enraíza la idea de que todo damnificado debe poder reclamar una reparación del autor del hecho dañoso" (8).

En Argentina, mediante un importante fallo del año 1986 (9) la Corte Suprema de Justicia de la Nación dio impulso a las nuevas ideas al señalar dos pautas de significación fundamental: que el principio *alterum non laedere* tiene raíz constitucional, y que las soluciones jurídicas deben adecuar al sentido de justicia de la sociedad. En cuanto a la primera expresión, se colige fácilmente que, cuando menos en la literalidad, es aun más amplia que la conclusión de la famosa sentencia del Consejo Constitucional francés del 22 de octubre de 1982 (10), pues no incluye el requisito de la culpa (faute) como antecedente de la indemnización. Y en cuanto a la segunda, que el hombre contemporáneo tiene la expectativa de que cualquier daño le sea resarcido. En este sentido, las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche, 1989) declararon, por unanimidad, que uno de los "mecanismos desmasificadores" es "la moderna concepción del derecho de daños, que centra su óptica en la víctima".

II. EL DAÑO INJUSTAMENTE PRODUCIDO

4. "La Historia se está acelerando de tal modo que nos sorprende constantemente" (11), y lo mismo viene sucediendo con el Derecho. No es pues extraño que el discurso que predica la evolución de la responsabilidad como un tránsito de la noción de daño injustamente causado a la de daño injustamente sufrido, no obstante su modernidad, hoy resulte estrecho.

En algún momento de mediados del siglo que corre, quizás el 6 de agosto de 1945 cuando el hombre demostró haber dominado la fisión nuclear, o quizás el 20 de julio de 1969, cuando pisó la Luna, comenzó un nuevo tiempo de la Historia. Se trata de la Era designada como postmoderna (Enzioni), tecnológica (Ellul), tecnotrónica (Brzezinski), postindustrial (Kahn - Wiener, Bell), neoindustrial (Valaskakis), superindustrial, de la tercera ola (Toffler), de la información (Naisbitt), de la aldea global

7. Mazeaud, Henri y Léon - Tunc, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. L. Alcalá - Zamora y Castillo, t° I, vol. 1, Buenos Aires, 1961, pág. 12, con cita de Ripert. Conf. Alterini, Atilio Aníbal, *Desmasificación de las relaciones obligacionales en la Era post industrial*, en "La Ley", Buenos Aires, t° 1989-C, pág. 955, y en *Derecho de daños*, cit., pág 63, ap. IV-b.
8. Trabucchi, cit. por Barcellona, Pietro, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1984, pág. 293.
9. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, sentencia del 5/8/86, en "La Ley", Buenos Aires, t° 1987-A-442, considerando 7°.
10. D.S., 1983, 189: no teniendo nadie el derecho de dañar a otro, en principio cualquier hecho del hombre que causa a otro un daño por su culpa, lo obliga a repararlo.
11. Toynbee, Arnold, *La Historia*, trad. V. Villacampa, Barcelona, 1975, pág. 8.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(Mc Luhan), de las redes (Bressand - Distler), o de muchas otras maneras posibles (12).

Coincidentemente con el advenimiento de la nueva Era ocupó el primer plano en el debate jurídico una nueva generación de derechos, derivados de los intereses supraindividuales o metaindividuales. Tradicionalmente, sólo el titular inmediato y directo de ciertos derechos subjetivos disponía de una acción para reclamar en caso de que fueran violados. Pero, modernamente, la acción también le ha sido concedida a titulares de intereses colectivos o difusos, cuya violación provoca daños "demasiado pequeños" o un número de víctimas demasiado grande (13), aportando una solución que se estima adecuada para resolver la tensión de intereses "entre lo individual, la comunidad y el Estado", y que pretende dar respuesta a interrogantes como "qué significa un ser humano", o "qué significa ser una persona y participar en una comunidad dada" (14).

5. En Brasil, la Constitución Federal de 1988 dispone que "todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado", y consagra "la obligación de reparar los daños causados" (art. 225, caput y par. 3°). Rige asimismo el Código de Defensa del Consumidor (ley 8.078/90), que protege la salud y la seguridad (art. 8 y sigs.), y regula la responsabilidad por productos o servicios, y por publicidad engañosa o abusiva (arts. 12, 18, 37). El sistema concede asimismo la acción civil pública por responsabilidad derivada de la violación de cualquier "interés difuso o colectivo" (ley 7.347/85, art. 1), dejando a salvo la acción popular.

En Argentina, la reforma de la Constitución Nacional de 1994 consagró el "derecho a un ambiente sano", con el correlativo "deber de preservarlo" (art. 41), así como un catálogo de derechos básicos de los consumidores (art. 42). Asimismo, concedió acción de amparo a los particulares, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines, "en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor" (art. 43); por su parte, la ley 24.240 de protección del consumidor autorizó las acciones judiciales de las asociaciones representativas "cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores" (art. 56); y el Proyecto de Reformas del Poder Ejecutivo de 1993 –antes individualizado– prevé legitimar al efecto a "las asociaciones representativas de intereses colectivos" (art. 1549).

6. A su vez, se sostiene con firmeza la idea de prevención del daño, mediante la cual se procura dar una solución *ex ante* (evitar el daño), en vez de confinar el remedio a una solución *ex post* (la indemnización) (15). El ya citado Proyecto argentino del Poder Ejecutivo de 1993 establece coincidentemente que "los jueces podrán disponer medidas tendientes a evitar la producción de daños futuros" (art. 1549).

Este criterio es extensible a los intereses colectivos o difusos.

---

12. Alterini, Atilio Aníbal, *Cultura y Derecho Privado*, en "Revista La Ley", Buenos Aires, 1996-B, pág. 932.
13. Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 3a. ed., pág. 344.
14. Malloy, Robin Paul, *Law and Economics. A comparative approach to theory and practice*, St. Paul, Minn., 1990, pág. 98.
15. Ver Alterini, Atilio Aníbal - Lopez Cabana, Roberto M. - Ameal, Oscar J., *Derecho de Obligaciones*, Buenos Aires, 1995, N° 716 bis.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

III. LOS HITOS DE LA CUESTIÓN

7. La teoría de la responsabilidad civil reposa sobre cierta idea de lo injusto.

En el siglo XIX esta noción descansó sobre la antijuridicidad (*tort, unrecht, nâo direito, torto*), y sobre la culpa, exigiéndose, para la procedencia de la indemnización, la concurrencia de una conducta que fuera, a la vez, adversa al sistema jurídico, y moralmente reprochable. El daño, para ser resarcible, debía ser injustamente causado.

Desde fines del siglo XIX se expandió la idea de indemnizar el daño injustamente inferido. La noción de culpa no fue expulsada, pero en muchas hipótesis bastó que el daño no estuviera justificado, siendo por lo tanto innecesario que el autor hubiese obrado con culpa. En los últimos tiempos se produjo una extensión del sistema, abarcándose también al *daño injustamente producido*. Este daño es colectivo o difuso, no lo recibe directa e inmediatamente nadie, pero se proyecta sobre la comunidad en general. El daño se *produce*, en cuanto afecta bienes o intereses comunes, y se concede acción cautelar para prevenirlo, y acción indemnizatoria para repararlo.

Este es el estado actual de la cuestión. Aunque seguramente no se ha llegado a su punto final.

★★★

Revista judicial, Costa Rica. Año XX, Nº 65, Setiembre 1997

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS AL CONSUMIDOR EN EL MERCOSUR

por **Roberto M. López Cabana (*)**

I. ALCANCE DEL ANÁLISIS

Toda vez que el art. 1° del Tratado de Asunción, fundacional del Mercosur, asigna a los Estados miembros el deber de armonizar sus legislaciones nacionales, esta comunicación analizará, en ese marco geográfico, el tratamiento de la responsabilidad civil por daños al consumidor, como contribución al estudio de una posible unificación de criterios en la región.

II. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR AL RESARCIMIENTO.

Dentro del estratégico Derecho del Consumidor, uno de sus capítulos esenciales incluye la responsabilidad por productos y servicios, teniendo en cuenta los daños que puede sufrir el consumidor y la reacción del ordenamiento frente a su situación de víctima.

Se pone el acento en uno de los derechos que asisten a los consumidores y usuarios: el derecho a ser resarcido, no menos importante que el de protección de su salud, de su seguridad, de ver tutelados sus intereses económicos, el de ser educado, organizado, informado, consultado, asesorado, asistido y a participar y ser representado.

Estos derechos están ampliamente reconocidos en las Directrices para la protección del consumidor.[1]

En el ámbito del Mercosur se ha reiterado, con distinto alcance, ese reconocimiento.

En la República Argentina los consumidores "tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a

---

* Por Roberto M. López Cabana (Profesor titular de Obligaciones y de Contratos Civiles y Comerciales en la Universidad de Buenos Aires, y de Derecho Civil II y de Derecho del Consumidor en la Pontificia Universidad Católica Argentina). Comunicación presentada al Seminario Internacional sobre *"Unificazione del Diritto e Diritto dell'Integrazione in America Latina. Strumenti. Temi. Comparazione con l'esperienza europea"*, Roma, 4 al 7 de diciembre de 1996.

1. Resolución 39/248 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16/4/85

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

condiciones de trato equitativo y digno" (art. 42, Constitución Nacional, texto según reforma de 1994).

En la República Federativa del Brasil, como consecuencia de lo previsto en el art. 5°, ap. XXXII de su Constitución de 1988, la ley N° 8.078 del 11/9/90, conocida como Código de Protección del Consumidor, consagró como uno de los derechos básicos del consumidor "la efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales, colectivos y difusos" (art. 6, inc. VI).

En la República del Paraguay se tutelan las medidas para la defensa "de los intereses del consumidor" (art. 38, Constitución de 1992).

El Código General del Proceso (1988) concede, en la República Oriental del Uruguay, una amplia legitimación indistinta para la defensa de intereses difusos, aplicable a los del consumidor (art. 42).

III. LA LEY ARGENTINA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

El decreto de promulgación, publicado el 15 de octubre de 1993, fecha en que comienza a regir la nueva normativa, ha vetado, sin embargo, algunas de sus disposiciones. Diez, dentro de los 66 artículos que comprende el texto legal.

Uno de los artículos afectados por el veto presidencial ha sido, significativamente, el único que había subsistido luego de los vaivenes que los proyectos conocieron en su tránsito por ambas Cámaras Legislativas, relativo a la responsabilidad por daños.

La regla observada por el Poder Ejecutivo disponía que "si el daño al consumidor resulta del vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena".

En el decreto de veto parcial se ha señalado que el sistema de responsabilidad así formulado no incluía la "posibilidad de excluir tal responsabilidad en los casos en los cuales se justifique que no ha mediado culpa del agente", poniendo de resalto "que la defensa del consumidor se encuentra tutelada, a más del resto de las normas de este Proyecto de ley y de la ley de lealtad comercial, por el art. 1113 del Código Civil, que establece la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa".

Cabe advertir aquí una gruesa contradicción: si bien resulta plausible que se indique al art. 1113 como aplicable para supuestos de daños sufridos por consumidores, como lo ha venido sosteniendo en forma cada vez más uniforme la doctrina, es sorprendente que se repudie al art. 40 de la ley que se limitaba a reconocer la responsabilidad objetiva en términos semejantes a los consagrados por la norma legal citada en el Código Civil, desde 1968.

El Poder Ejecutivo no ha tenido en cuenta que, cuando se trata de riesgo o vicio de la cosa, el Código Civil tampoco le permite al agente del daño excluir su responsabilidad con la prueba de su falta de culpa.

Más contradictorio todavía resulta que el propio Poder Ejecutivo propiciara, esta vez ante el Senado de la Nación, un Proyecto de reforma integral al libro II del Código Civil, con un criterio más objetivo aún que el denostado en el decreto de veto.

En efecto, el art. 1590 proyectado por una Comisión de notables y respetabilísimos juristas, propone eliminar la distinción entre daños

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

causados con las cosas y por el riesgo de la cosa, asignando en ambos casos una presunción de responsabilidad. Aclara que la intervención de la cosa debe ser activa y exige, para eximir la responsabilidad que adjudica, demostrar la incidencia de una causa ajena o que la cosa fue usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián.

Extiende también este criterio, nítidamente objetivo, a los daños causados por actividades que sean peligrosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización.

Otro Proyecto de reformas al Código Civil, que se propuso unificar la legislación civil y comercial, fruto de las coincidencias de una Comisión Federal designada por la Cámara de Diputados de la Nación, obtuvo sanción favorable de esa Cámara el 3 de noviembre de 1993.

Este Proyecto mantiene en el art. 1113 la responsabilidad objetiva solamente para los supuestos de daños causados por el riesgo de la cosa.

La Comisión designada por decreto 468/92 del Poder Ejecutivo ha redactado también un artículo, el 1591, específicamente destinado a regular la responsabilidad del elaborador por los daños causados por el defecto del producto por él fabricado. Para liberarse de esta responsabilidad, la norma prevé cinco causas distintas, cuya prueba pone a cargo del elaborador: 1) que el producto entró en circulación contra su voluntad; 2) que el vicio no existía cuando el producto fue puesto en circulación; 3) que el defecto obedece exclusivamente al hecho de haberse cumplido con las reglas imperativas emanadas de poderes públicos; 4) que los conocimientos científicos y técnicos no permitían suponer la existencia del defecto al momento de la puesta en circulación del producto y 5) el hecho de la víctima o el de un tercero por quien no debe responder y cualquier otra causa ajena a la empresa y al producto mismo.

Extiende la responsabilidad del elaborador "al fabricante de un producto terminado o del componente implicado en la causación del daño; a toda persona que se presente como elaborador colocando su nombre, su marca o cualquier otro signo distintivo sobre el producto; al importador y al distribuidor".

Concluye afirmando que "la responsabilidad es indistinta, sin perjuicio de las acciones recursorias".

La redacción de este artículo, que integra el proyecto actualmente en estado parlamentario, tiene puntos de coincidencia con el texto vetado parcialmente de la ley de defensa del consumidor, y de la ley 24.032 vetada totalmente por decreto 2719/91, cuyo art. 2176, 2° párrafo, disponía la aplicabilidad de la imputación objetiva de responsabilidad del artículo 1113 cuando se trataba de productos de consumo, considerando responsables "concurrentemente el vendedor, el productor o fabricante, el importador, el mayorista y quien haya puesto su marca en el producto, sin perjuicio de las acciones de regreso".

En el recordado decreto de veto parcial se advierte que el sistema de la ley, en cuanto impide la acreditación de la falta de culpa para liberar de responsabilidad a quienes participan en la cadena de producción, distribución y comercialización, "es más amplio que los vigentes en países más avanzados en la producción de bienes y servicios e inclusive del sistema del principal socio de la República Argentina en el Mercosur, la República Federativa del Brasil", y de ello deduce claras desventajas comparativas para productores y consumidores, con consecuencias tales como aumentos de precio de los productos y menor competencia en los mercados, objetivos que estima "claramente reñidos con el programa económico del Gobierno Nacional y perjudicial para el interés de los consumidores cuya defensa se persigue".

Sin embargo, en el Brasil, el Código de Protección del Consumidor, al que aludimos al comienzo, también vetado parcialmente por el entonces presidente Fernando Collor de Mello, consagra en su art. 12 una responsabilidad nítidamente objetiva.

En un proyecto de ley que preparamos con los Dres. Atilio Aníbal Alterini y Gabriel Stiglitz y que presentó en la Cámara de Diputados el Diputado Marcos di Caprio en 1989, redactamos cuatro artículos para regular la responsabilidad en la ley de defensa del consumidor,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

teniendo en cuenta que el proyecto original , del Senador León, de 1986, no contaba con ninguna disposición al respecto.[2]

Al actuar la Cámara de Diputados como revisora del proyecto aprobado en el Senado, se tomaron en cuenta estos artículos y se incluyó la normativa relacionada con la responsabilidad, destinándole un capítulo que en la ley quedó reducida a un solo artículo, finalmente vetado.

En nuestro proyecto distinguíamos el incumplimiento contractual, extendiendo las acciones del consumidor al productor, al fabricante, al importador y a quien haya puesto su marca en el producto o servicio, aunque no haya tenido relación directa con ellos, de los supuestos extracontractuales, en los cuales proponíamos ampliar también la legitimación pasiva, adjudicando en todos los casos una responsabilidad objetiva y concurrente, fijábamos para ambas situaciones un plazo común de prescripción de cinco años y proyectábamos una indemnización comprensiva de las consecuencias inmediatas, de las mediatas previsibles, incluyendo ampliamente el daño moral cuando se tratare de nulidad del contrato, de incumplimiento contractual, de vicio redhibitorio, o del daño resultante del producto o del servicio.

IV. RÉGIMEN ARGENTINO DE REPARACIÓN DE DAÑOS AL CONSUMIDOR

Si bien, como quedó expresado, la vigente ley 24.240 ha sido expurgada del régimen general de responsabilidad civil que contenía, algunas normas resultan de suma utilidad para analizar la nueva situación en que el consumidor se encuentra frente a quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios (art. 4°).

En efecto, el art. 5° pone a su cargo el deber de suministrar o prestar al consumidor o usuario cosas y servicios en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para su salud o integridad física.

Exige, en su art. 6°, la provisión de instrucciones para las cosas o servicios cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, que incluye la entrega de un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y el mantenimiento, con el adecuado asesoramiento que pueda requerir.

Esta normativa significa la atribución, a cargo de los productores, importadores, distribuidores o comercializadores, de una obligación de seguridad de resultado que genera una responsabilidad típicamente objetiva.

El art. 18 de la ley, tomado del art. 16 del proyecto que elaboramos con Alterini y Stiglitz resuelve, con relación a los vicios redhibitorios, la aplicación de pleno derecho del art. 2176 del Código Civil, a instancia del consumidor, que le permite cuando no se le manifestaron los vicios que el proveedor conocía o debía conocer, que le quede expedita la vía de reclamar los daños y perjuicios sufridos, al optar por la rescisión del contrato, y que comprende el daño extrínseco.

Se altera el régimen de derecho común que libera al enajenante de responsabilidad por vicios redhibitorios "si el adquirente los conocía o debía conocerlos por su profesión u oficio" (art. 2170 del Código Civil). Esta norma no puede ser opuesta al consumidor, conforme al

2. Ver su texto en ALTERINI, ATILIO ANIBAL y LOPEZ CABANA, R.M. *"Temas de Responsabilidad Civil"*, Buenos Aires, 1995, en apéndice

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(art. 2170 del Código Civil). Esta norma no puede ser opuesta al consumidor, conforme al segundo inciso del mencionado art. 18 de la ley.

En materia de responsabilidad extracontractual hay consenso doctrinario en aplicar el art. 1113 del Código Civil para los casos de daños ocasionados por los productos elaborados a los consumidores.

La aplicabilidad de la citada norma legal para dar sustento a la responsabilidad objetiva del productor o elaborador del producto ha debido sortear algunas objeciones, principalmente que la cosa nociva al momento del daño ya ha salido del dominio y guarda del fabricante o productor. Se ha explicado que resulta relevante el momento de la introducción del riesgo que es el de la puesta en el mercado del producto, y que la responsabilidad civil no está necesariamente ligada a la regulación del derecho de dominio.

Con las salvedades apuntadas, las omisiones que se observan en la ley de defensa del consumidor, generan la necesidad de resolver los problemas de responsabilidad por daños, según el régimen de derecho común que exige la concurrencia de la totalidad de los presupuestos de la responsabilidad civil, esto es: la antijuridicidad, el factor de atribución, el daño y la relación de la causalidad adecuada, y así lo hemos analizado con Atilio Aníbal Alterini en un trabajo previo a la sanción de la ley.[3]

V. DAÑOS AL CONSUMIDOR EN EL BRASIL

El Código de defensa del Consumidor instituyó un régimen especial de responsabilidad objetiva[4].

En efecto, el art. 12 del citado Código enfatiza que: "el fabricante, el productor, el constructor, nacional o extranjero, y el importador, responden, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos derivados del proyecto, fabricación, construcción, montaje, fórmulas, manipulación, presentación o acondicionamiento de sus productos, así como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos".

Idéntica responsabilidad tiene el prestador de servicios (art. 14) y es subsidiaria respecto del comerciante (art.13).

Todos los integrantes de la cadena de producción y distribución responden por vicios redhibitorios (arts.18 y 20).

VI. DAÑOS AL CONSUMIDOR EN EL PARAGUAY

Si bien no se ha dictado una ley especial sobre protección de los consumidores, el Código Civil en vigencia desde 1987, que unifica la legislación civil y comercial, contiene una disposición de capital importancia: "el que crea un peligro con su actividad o profesión, por la

3. *"Responsabilidad civil por daños al consumidor"*, en L.L., to 1987-A, pág. 1040, y en *"Cuestiones modernas de responsabilidad civil"*, ed. La Ley, Buenos Aires,1989, pág. 247.
4. Benjamín, Antonio H., voz "Brasil", en *Enciclopedia de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1996, to I, págs. 777 y 785).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

naturaleza de ellas, o por los medios empleados, responde por el daño causado, salvo que pruebe fuerza mayor o que el perjuicio fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima, o de un tercero por cuyo hecho no deba responder".

Consagra, inequívocamente una imputación objetiva de responsabilidad aplicable a quien daña al consumidor en las circunstancias expuestas.

VII. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AL CONSUMIDOR EN EL URUGUAY

La doctrina uruguaya más autorizada (Gamarra) ha desarrollado el distingo entre la guarda de la estructura y la guarda del comportamiento, que diera lugar a controversias en la doctrina francesa.[5] Con apoyo en el art. 1719, inc. 3° del Código civil uruguayo ha considerado que en el ámbito extracontractual "responde objetivamente el fabricante, porque asume la paternidad del producto; porque es un técnico cuya obra no debe tener fallas *(spondet peritiam artis)*, y si las tiene deben ponerse a su cargo las consecuencias de tales defectos".[6]

Según el Proyecto de 1994, originado en el Ministerio de Economía, "el proveedor será responsable en forma objetiva de los daños causados por los vicios o defectos de los bienes o servicios, a los consumidores, sean estos contratantes o terceros" (art. 22).[7]

VIII. RECOMENDACIÓN

Cabe señalar, que en mayor o menor medida, los ordenamientos positivos en el ámbito del Mercosur conciben al consumidor como merecedor de protección.

Esa protección debe comprender también el derecho del consumidor a ser indemnizado, trátese de una responsabilidad nacida de fuente contractual o extracontractual, sobre todo porque, como se concluyó de manera unánime, al analizar el daño a la persona, en las XIV Jornadas Nacional de Derecho Civil, que tuvieron lugar en la ciudad de San Miguel de Tucumán en septiembre de 1993, "en el mundo actual con su vertiginoso avance científico tecnológico le corresponde a la ciencia jurídica emplazar al hombre como centro del ordenamiento, privilegiando su protección integral en el marco de la humanización del Derecho" (Com. 2. rec. 1 de *lege lata*).

5. Esmein, Capitant- Weill-Terré, Goldman, Rodiére, Savatier, Tunc, Viney.
6. Tratado de Derecho Civil uruguayo, 2a. ed., Montevideo, 1991, t° XXI, pág. 176.
7. Ver su texto en *"Derecho del Consumidor"*, vol.6, Rosario, 1995.

Revista judicial, Costa Rica. Año XX, Nº 65, Setiembre 1997

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

EL SISTEMA DE NOTIFICACIONES EN EL PROCESO CIVIL COSTARRICENSE

por **Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo**

INTRODUCCIÓN

En reiteradas ocasiones, hemos hecho observaciones y críticas a nuestro Código Procesal Civil vigente. No obstante, en esta ocasión creo que se hace necesario reconocer que gracias a las preocupaciones de algunos juristas así como funcionarios del Poder Judicial ya comienzan a surgir las primeras manifestaciones formales y oficiales, tendientes a señalar dificultades que el mismo presenta, como es aquella relacionada con el sistema de notificaciones que ahí se estableció.

En virtud de las dificultades y vicios derivados del actual sistema de notificaciones, denunciados ante la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, se organizó un taller de todo un día en donde cada operador del derecho desde sus perspectivas enjuiciará la problemática que se generaba a partir de una forma poco realista y superada en el tiempo para notificar en materia civil. Lo más interesante, es que al escuchar los diferentes planteamientos, se pudo constatar que las condiciones no eran mejores en otras materias con lo cual, prácticamente se entró a analizar lo que sucedía en general con el sistema de notificaciones en Costa Rica.

Es así como el presente trabajo busca exponer nuestro punto de vista frente al problema y esbozar las soluciones propuestas.

I. PAPEL DE LA NOTIFICACIÓN DENTRO DEL PROCESO

En la cadena de los actos procesales, las notificaciones constituyen uno de los actos de mayor relieve desde la perspectiva de la dinámica del proceso. Es el mecanismo práctico, en la medida en que la notificación es un acto del notificador por excelencia, con el cual se pone en conocimiento del destinatario otro acto expresado en forma escrita conforme a un original. Es una actividad *ergo atto* del notificador en cuanto debe llevar y entregar, por lo que el notificador es el medio de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

actuación y ejecución de ese acto.[1] Sin embargo, este monopolio del acto de notificación por parte del notificador, hoy tiende a desvanecerse al encontrarnos frente a otros medios que ofrece el mundo moderno, como veremos luego.

La notificación dentro de la gama de los actos procesales se convierte en uno de los más importantes, toda vez que constituye el mecanismo práctico, real para hacer posible el cumplimiento de una de las garantías fundamentales de todo procedimiento como lo es el principio del contradictorio en el cual diría yo, se encarna el debido proceso por cuanto en él se concreta la posibilidad de decir y contradecir. El principio del contradictorio: "Audiatus et altera pars", expresa con simplicidad la esencia de la actividad jurisdiccional, no es pues un mero formalismo.[2] La notificación es un instrumento esencial para que las partes interesadas en el resultado del proceso, conozcan tanto las actuaciones del órgano jurisdiccional como las diferentes gestiones de ellas mismas y así pueden accionar y reaccionar. Incluso se puede hablar de un acto autónomo con sus propias características y por tanto diferente del acto que comunica. En otros casos el acto de notificación puede gozar de una condición indispensable para que nazca a la vida jurídica, otro acto.[3]

La notificación tiene a su vez el poder de permitir que el procedimiento evolucione, es decir es acto no solo de comunicación para informar a los interesados, sino que impulsa el curso de proceso. De ahí el peso que la misma tiene dentro del esquema de la administración de la justicia en el sentido de que la calidad del sistema de notificación depende en gran medida la eficiencia jurisdiccional, por lo cual a su vez, la inquietud que en esta actividad se vuelve central es aquella de buscar las más adecuadas modalidades para lograr un buen mecanismo de notificaciones.

Y es que nuestro actual Código Procesal Civil ha quedado a la zaga de las nuevas alternativas para agilizar la entrega de notificaciones. Nos mantenemos aún, con una visión de principios de siglo, pues seguimos utilizando formas arcáicas que no responden a las exigencias del momento. Se ignoran aspectos tan sencillos como es hoy la facilidad y rapidez de las comunicaciones y el acortamiento de distancias.

Básicamente creemos que el problema reside en no habernos ubicado dentro de un contexto donde la moderna tecnología venga a suplir deficiencias centenarias que generan severos retrasos en la conclusión de una causa y que se traduce en la peor injusticia y algo más preocupante aún y es que una esclerosis del proceso conduce a una irremediable desconfianza para los usuarios del proceso.

Sorprende que en nuestro días se hable de los mismos criterios para notificar de hace más de cien años. En especial si pensamos en los cambios profundos que ha sufrido nuestra sociedad como consecuencia de exigencias nuevas producto de una transformación en lo económico dentro de un mundo globalizante y de los desarrollos tecnológicos. [4]

---

1. MINOLI. Le notificazione nel processo civile, PUNZI, *Le notificacione degli atti nel processo civile*, REDENTI, E., *Diritto Processuale Civile I*, Milano, 1957, pp. 215 ss.
2. Así lo señala LUISO F.P., *Il principio del contradittorio ed efficacia della sentenza verso i terzi*, Milano, 1981, pp. 11 y ss. Ver también COLESANTI, *Principio del contradittorio, Riv. Dir. Proc.*, 1975, p. 590.
3. Ver en este sentido SATTA S., *Diritto Procesuale Civile*, Padova, 1973, pp. 124 ss. De forma semejante REDENTI E., *Op.cit.*, Milano, 1957, pp. 215 ss. Aquí el autor aclara que la notificación, además, produce efectos que llevan a otro acto. En este sentido, FAZZALARI E., *Istituti di Diritto Processuale*, Padova, 1986, pp. 69 ss.
4. SPRUNG R., *Le Basi del Diritto Processuale Civile Austriaco*, Insbruck, 1979. GELSI BIDART A., *Código-tipo del Proceso Civil en América Latina: entre derecho común o uniforme*, pp. 25 ss., BERINZONCE R., *Código-Tipo y reforma del proceso en América Latina: entre Derecho Común y el Derecho Uniforme*. Ambos en Código-Tipo de proceso civil para América Latina, Roma, 1988, pp. 9 ss

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En una época en donde el teléfono, el facsímil, el correo electrónico y aún el sistema postal corriente facilitan y garantizan una efectiva y rápida comunicación, parece casi absurdo que los medios utilizados para notificar se ajusten a soluciones válidas solo para hace unos treinta o más años.

II. PERSPECTIVA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El Código Procesal Civil desafortunadamente no se cimentó sobre una óptica de proyección inmediata en punto a este problema. Recordamos que se planteó una posibilidad interesante en el proyecto para introducir la notificación en estrados y hubo resistencia por parte de varios abogados con oficina privada. Curiosamente, ésta fue una de las muchísimas sugerencias que se le hicieron a la Comisión Redactora y que en detrimento de la modernización del proceso civil, se acogió. Es decir, se eliminó y se conservó el sistema tradicional que fue la tendencia que dominó en ese cuerpo legal, pues se trató de preservar una línea de continuidad con el anterior. Interpretamos que para no venir a romper ex-abrupto, con esquemas a los que ya estaban acostumbrados, sobre todo, los viejos abogados, lo cual fue un gran error que precisamente nos tiene hoy revisando la posibilidad de un cambio, pudiendo haberse evitado.

Mientras discutíamos para quedarnos con esa mentalidad medieval plasmada en el Código del 90, otros países buscaban o contaban ya con soluciones nuevas y reales. Lo más notable fueron las discusiones para que prevalecieran criterios ridículos como el de los exhortos, mandamientos y suplicatorios para respetar jerarquías. [5] Nos preguntamos cuáles jerarquías pueden darse en un proceso, pues lo que hay son criterios funcionales de distribución de competencias para una efectiva administración de justicia. Es casi imposible creer hoy que alguien piense que ser juez es más que ser alcalde.[6] Tenemos que buscar soluciones prácticas reales, acordes con la época y ojalá con la mayor proyección hacia un futuro que cada día es más cercano, dada la rapidez con que se verifican los cambios en todos los ámbitos de la vida moderna.

Y es que el proceso civil, en nuestro medio, constituye, junto con todo el área del derecho Privado, la legislación más reaccionaria y empolvada que tenemos. No hay manera de que el gremio, el Poder Judicial o cualquier otra organización, quiera comprarse el problema de aguionarnos en esta rama. Esta situación genera un gran perjuicio para los destinatarios del proceso, pues al ser tratada la materia procesal con tanto celo conservador, se mantiene al proceso civil como un instrumento secreto y de imposible comprensión para los usuarios. Es casi una liturgia para que los abogados enreden a las partes. Opinamos que ello es de suma gravedad, porque se presta para alargar procesos y engañar a quienes esperan una justa y pronta administración de justicia.

III. LOS VICIOS QUE GENERA EL SISTEMA ACTUAL DE NOTIFICACIONES

Queda totalmente demostrado, con el deficiente sistema que tenemos de notificación, que muchos lo utilizan para no comparecer a los despachos judiciales oportunamente, para

5. CODIGO PROCESAL DE COSTA RICA, art. 186 cpc.
6. SAENZ ELIZONDO M.A., *De la jurisdicción y la competencia*, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 68, 1990.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ocultarse en forma indefinida hasta obtener prescripciones o salir del país, quedando burlado el actor. Sabemos de sobra, cómo es un arma poderosa para evadir responsabilidades en materia de familia, inquilinato y ejecuciones forzosas.

Las dificultades que con frecuencia enfrenta el notificador y las partes para llegar al destinatario de la notificación, es casi una historia de aventuras. Los notificadores deben ir más de una vez a buscar al lugar señalado, sin poder concretar la entrega por su lado, la ineficiencia de las delegaciones cantonales para cumplir con el encargo de notificar raya con la charlatanería y la más evidente irresponsabilidad: nunca encuentran a nadie y devuelven la comisión sin mayor interés.

Es evidente que tenemos que romper el temor de modernizar profundamente nuestra justicia civil, y dar el ejemplo, pues el problema de las notificaciones es común a todos los procesos.

A esto debe sumarse la necesidad de una automatización total del Poder Judicial y la respectiva del sistema postal nacional, ya que es indispensable para acceder a otras vías más expeditas conforme a los avances tecnológicos con que contemos.

Quizá resulte de algún interés traer a colación el ejemplo de Austria donde hace unos años se montó un sistema informático que conectó al Poder Judicial con todas las oficinas de correo del país y se organizó todo lo referente a notificaciones, al punto de que con la notificación de la demada se adjunta un formulario para contestar esa demanda. Se dan controles absolutos de que la notificación llegó al destinatario y éste no puede evadir su responsabilidad.[7]

En el Código Procesal Civil Tipo para América Latina (arts. 82 y ss.)[8] se expresa la necesidad prioritaria de que toda actuación judicial, sea notificada a los interesados de manera inmediata y establece procedimientos muy simples para lograr ese objetivo:

a-. En caso de audiencias, se notifica a quienes concurren al acto.

b-. Principio general es que quienes intervengan en el proceso deben señalar un lugar para oír notificaciones, si lo omitieren, prevenidos se entiende que el lugar constituido para los efectos, es el despacho judicial.

Los cambios de domicilio deben constar para que sean efectivos.

Hecha la primera notificación, las sucesivas se tendrán por notificadas con la sola publicación de las mismas en el despacho judicial.

Se aplica un régimen de excepción para notificar en el domicilio cuando se cita a un tercero para que comparezca al proceso para la ejecución de una sentencia, sentencia definitiva o interlocutoria, salvo las pronunciadas en audiencia.

c-. La notificación por edictos: se aplica para los casos de personas inciertas o cuyo domicilio se desconoce.

La publicación se hace por diez días continuos y hábiles en Boletín Oficial o por radio y televisión.

d-. Las comunicaciones a otras autoridades nacionales, lo será por exhorto u oficios que se cursarán por correo. Lo mismo se aplica para autoridades en el extranjero.

7. Al respecto ver documentos aportados por un Juez de la Corte austriaco durante una conferencia para el Curso de derecho Procesal Civil de la Facultad de derecho de la Universidad de Costa Rica, impartido por quien realiza este trabajo. *State of Development concerning the electronic data processing - projects withing the administration of justice.* Federal Ministry of Justice of the Republic of Austria Central Administration. Reporte presentado por la delegación austríaca en el sétimo coloquio para el uso de la informática en la administración de justicia. Lisboa, 1988.
8. Proyecto "Código Tipo" para América Latina, Roma, 1987.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

IV. PREOCUPACIONES NACIONALES ALREDEDOR DEL SISTEMA DE NOTIFICACIONES

Mediante las exposiciones de notificadores, litigantes y jueces recogidas en el *Taller para la Modernización del Sistema de Notificaciones,* celebrado bajo el auspicio de la CONAMAJ, salieron a flote una enorme cantidad de situaciones muy particulares, generadas como resultado del sistema de notificación vigente. Se reiteró la expresión de que las notificaciones, tal y como está el sistema, es un "cuello de botella". Sobresale como el mayor problema de este mecanismo la notificación por comisión que atrasa hasta dos meses, la entrega por falta de capacitación de los policías y guardias rurales. Las cadenas de notificadores que se forman gracias a que entre ellos se pasan notificaciones de diferentes foros territoriales con las consecuentes nulidades que luego plantean los litigantes al confirmar que se entregó una notificación por parte de un notificador que no le correspondía.

Se dan casos de direcciones inventadas, equivocadas, gente que se niega a recibir notificaciones, etc., etc.[9]

Se incluye como causa que agrava la notificación actual, el aumento de población y de oficinas de abogados. Hay abogados hasta con cuatro oficinas y a esto se suman las dificultades de transporte para el notificador y perímetros judiciales muy grandes.[10]

Podríamos afirmar que al conocer las distintas denuncias hechas por cada uno de los sectores; jueces, litigantes y notificadores, se logró tener un panorama muy claro de lo que ocurre en la realidad y como se dijo ya, se verificó que en todas las materias el fenómeno se presenta aunque con algunas variantes pero con un común denominador: los obstáculos que se dan para notificar adecuadamente y su repercusión directa, en el buen desarrollo del proceso.

V. FRUTOS DEL TALLER SOBRE NOTIFICACIONES

Quizá lo más halagüeño de esta actividad, fue el consenso y voluntad que hubo posteriormente para desembocar en la elaboración de un proyecto de ley como respuesta a todos los problemas señalados y con miras a modificar el sistema de notificaciones y hacerlo más eficiente y a tono con la época.

Cabe destacar en primer lugar que por primera vez, se busca crear un marco jurídico propio e indepediente, para regular todo lo atinente a notificaciones y es por eso que la modificación llevó originalmente el nombre de *Ley General de Notificaciones,* y luego se le cambió por el de *Ley de Notificaciones, citaciones y comunicaciones judiciales,* con lo cual se está proporcionando un sistema que abarque las comunicaciones en todas las materias jurídicas, salvándose así las deficiencias en forma integral.

9. Ver al respecto *Cuadernos para el Sector Justicia,* CONAMAJ, San José, 1995. Ponencias de CARRANZA C., pp. 36 ss. y GONZALEZ CAMACHO O., pp. 30 y ss. Ver también, *Proyecto de Ley General de Notificaciones Citaciones y otras Comunicaciones Judiciales,* Exp. No. 12.201, Gac. 1995. PICADO ODIO H., *El Nuevo Sistema de Notificaciones,* Foro de La Nación, San José, nov. 14, 1994.
10. Idem., Ponencias de GONZALEZ MORA R., pp. 49 ss., GUTIERREZ F., pp. 57 ss. Idem. Ver *Proyecto* op. cit., *supra.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Otra novedad que encontramos, es el establecimiento de una Oficina Central de Notificaciones. La idea es totalmente acertada, en especial, para resolver el problema del creciente número de abogados con oficina privada que a su vez fomentará una nueva cultura sobre responsabilidad del profesional frente al deber de atender las comunicaciones judiciales. Este sistema es una excelente modalidad de las notificaciones e estrados y que como veremos, se ve complementada con otros mecanismos que no admitan esa centralización.

Se habla también de utilizar el telegrama con acuse de recibo combinado con otros medios como el uso de los correos y telégrafos nacionales para el envío de notificaciones por correo certificado o facsímil. Hemos de advertir que en estos casos, la comunicación contendrá todos los datos necesarios para impedir la indefensión, ya que operará para los casos de notificación personal. Se incluye también para estos casos, la notificación por medio de notario público.

De muy buen tino es también la idea de hacer más real la notificación por publicación, ya que se acuerda en esta Ley, prescindir del Boletín Judicial y hacerlo por un diario de amplia circulación, haciendo aparecer en esa, solo la parte dispositiva de la sentencia.

Se promueve en esta ley una modificación respecto a la notificación automática, en la medida en que será aplicada en caso de que la oficina no esté abierta durante las horas hábiles de los despachos judiciales.

Se plantea como principal innovación, la notificación en el domicilio contractual o consensual, de modo que las partes establezcan un lugar para ser notificados de común acuerdo impidiéndose de esta manera, evasivas del deudor.[11] La posibilidad del domicilio consensual, queda así abierta para todo tipo de contrato y no como exclusiva del proceso ejecutivo.

CONCLUSIONES

Encontramos a través de este pequeño análisis del problema de las notificaciones en Costa Rica, que gracias a que todo el trabajo de quienes participaron en el Taller sobre las Notificaciones fue aprovechado al máximo y contamos con un Proyecto de Ley producto del aporte no solo de quién coordinó el programa, el Magistrado Hugo Picado, sino también de otras gentes que asistieron a la actividad señalada con gran claridad del fenómeno y que han aportado valiosas respuestas al mismo.

Creemos que en gran medida, el acierto y el esfuerzo puesto en la iniciativa para adecuar el sistema de notificaciones a los tiempos que corren, se debió en gran parte a la presión que desde cada uno de los ángulos del quehacer jurídico, en la práctica foerense experimenta día a día. De ahí que quizá la conclusión más sobresaliente a que podemos llegar es que la reforma obedece prácticamente al resultado de una acción empírica sobre el estado del problema y de ahí que sin duda alguna, va a constituir un instrumento verdaderamente eficiente para resolver la inoperancia del sistema actual de notificaciones. Pero aún de mayor relevancia se vuelve el hecho de que hay una conciencia de lo que pesa con este acto procesal y así se ha regulado con gran sentido histórico y apertura que se traducirá sin duda, en eficiencia procesal y garantía de justicia pronta.

11. DUMANI ECHANDI D., *Domicilio Contractual y Notificación*, La Nación, Foro, 15 de enero 1995

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFÍA

CARRANZA C., En Cuadernos para el Sector Justicia, San José, 1995. Código Procesal Civil de Costa Rica Código-Tipo para América Latina, Roma, 1987.

COLESANTI, Principio del Contradittorio, Riv. Dir. Proc., Padova 1975

DUMANI ECHANDI D., Domicilio Contractual y Notificación, Foro de La Nación, San José, 1995.

PAZZALARI E., Istituti di Diritto Processuale, Padova, 1986.

GELSI BIDART A., Código-Tipo del Proceso Civil en América Latina: entre Derecho Común o Uniforme, Roma, 1988

BERINZONCE R., Código-Tipo y Reforma del Proceso en América Latina: Entre el Derecho Común y el Derecho Uniforme, Roma, 1988.

SÁENZ ELIZONDO, M.A., De la Jurisdicción y la Competencia, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 68, 1990

GONZÁLEZ MORA, R., En Cuadernos para el Sector Justicia, San José, 1995

GONZÁLEZ CAMACHO O., En Cuadernos para el Sector Justicia, San José, 1995

GUTIÉRREZ F., En Cuadernos para el Sector Justicia, San José, 1995

LUISO F.P., Il Principio del Contradittorio ed Efficacia della Sentenza Verso i Terzi, Milano, 1981

MINOLI, Le notificazione nel processo civile

PICADO ODIO H., El Nuevo Sistema de Notificaciones, Foro de La Nación, San José, 1995

FUNZI, Le notificazione degli atti nei processo civile

REDENTI E., Diritto Processuale Civile I, Milano, 1957

SATTA S., Diritto Processuale Civile, Padova, 1973

SPRUNG R., Le Basi del Diritto Processuale Austriaco, Insbruck, 1979

State of Development Concerning the Electronic Data Processing Projects Withing the Administration of Justice. Federal Ministry of Justice of the Republic of Austria Central Administration, Lisboa, 1988

Revista judicial, Costa Rica. Año XX, Nº 65, Setiembre 1997

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

PODER JUDICIAL
BIBLIOTECA
II CIRCUITO
JUDICIAL
SAN JOSE

LA ZONIFICACIÓN EN LA LEY DE PLANIFICACIÓN URBANA
No. 4240 de 14 de Noviembre 1968 y Reformas

Dra. Olga Nidia Fallas

La ley de planificación urbana No. 4240 de 15 de noviembre de 1968 y sus reformas, en el capítulo preliminar art. 1, sobre definiciones se refiere a la zonificación como "la división de una circunscripción territorial en zonas de uso, para efecto de su desarrollo racional. El artículo 16 inciso c lo define como: "El uso de la tierra que muestre la situación y distribución de terrenos, respecto a vivienda, comercio, industria, educación, recreación, fines públicos, y cualquier otro destino pertinente. En el capítulo Segundo artículo 21 señala que los principales reglamentos de desarrollo urbano serán:

1-. el de Zonificación para usos de la tierra, el que hasta la fecha no ha sido promulgada. El capítulo tercero que se refiere a Zonificación en el art. 24 señala en lo que interesa, que el Reglamento de Zonificación dividirá el área urbana en zonas de uso regulando respecto a cada uno de ellos:

a-. "el uso de terrenos edificios y estructuras para fines agrícolas, industriales, comerciales, residenciales, públicos y cualquier otro que sea del caso; las zonas residenciales se clasificarán como unifamiliares y multifamiliares, según la intensidad del uso que se les dé; las zonas unifamiliares se clasificarán a su vez, de acuerdo con el área y las dimensiones de los lotes que mejor convenga a su ubicación".

Consideramos que las definiciones anteriores son insuficientes, para tener un concepto claro de que debemos entender por zonificación. Por lo que se pretende realizar un análisis, a la luz de la doctrina pretendiendo con ello que pueda ser útil a los aplicadores de la ley de Planificación Urbana y fundamentalmente a las Municipalidades, a quien la Constitución Política en su artículo 169, reconoce la competencia y autoridad de los gobiernos municipales para planificar y controlar el desarrollo urbano, dentro de los límites de su territorio jurisdiccional.

La zonificación se puede definir[1] como la división del territorio en zonas, que tienen como objeto o fin, el cumplimiento de dos funciones fundamentales.

a-. Determinar las partes del territorio municipal, destinadas a la edificación o construcción privada y a otros tipos de construcción así como las partes destinadas a la expansión del Habitado y las zonas reservadas a otros usos y

1. I Dl Lorenzo. Lineamenti dl diritto uranistico Roma-ed-Rass Lav. Pubbl., 1970, p. 192.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

b-. Indicar las características y los vínculos u obligaciones que se deben observar en las construcciones y en las diversas zonas.

La zonificación[2] es la determinación de características homogéneas por zonas del territorio que deben observarse en la utilización de las áreas, estas características establecidas en la zonificación, se refieren por ejemplo a la distancia, altura, número de pisos, superficie edificable, densidad, tipos de arquitectura, función del edificio, etc.

Las definiciones anteriores, nos permiten afirmar que la zonificación cumple dos objetivos fundamentales, en primer lugar especificar las características tipológicas de las zonas y en segundo lugar, determinar el límite de las mismas.

De ahí que la zonificación[3] es la que permite efectuar la división en zonas del territorio municipal, con la precisación o indicación de zonas destinadas a la expansión del agregado urbano y la determinación de las obligaciones, y el carácter a observarse en cada una de ellas.

Cabe señalar, que la zonificación, no tiene como competencia solamente la parte del territorio municipal, destinado a usos residenciales, comprende también las áreas a utilización productiva, de ahí que podamos precisar zonas industriales, comerciales, agrícolas, turísticas, artesanales, zonas blancas, zonas verdes, zonas marítimas. Según Schinaia[4], el plan regulador general al determinar o prescribir, desde un punto de vista urbanístico la destinación de una determinada zona del territorio, a varios usos, debe necesariamente, tomar en consideración todo el territorio municipal, porque es el resultado de una elección óptima, del uso del territorio mismo.

Sobre la base de esta global valoración debe hacer una elección, que consiste en la individualización concreta eminentemente discrecional de una determinada zona, para un determinado uso, lo que implica inevitablemente sobre un plan lógico, una doble consideración positiva y negativa.

La doctrina italiana, ha clasificado la zonificación en dos tipos:

a-. La zonificación funcional[5]

Refiriéndose a la división del territorio en zonas, bajo el punto de vista de la destinación de alguna de ellas, en cuanto una zona resulta caracterizada por su destinación, a la residencia, a la actividad industrial, comercial, artesanal.

b-. Zonificación arquitectónica.

Conocida con este nombre[6] la zonificación que tiene por objeto, señalar, cuáles deben ser las normas y características y aplicarse en las construcciones edilicias, es decir se refiere en términos generales, al tipo arquitectónico que debe seguirse en la construcción, reconstrucción, así como las obligaciones que deben cumplirse y respetarse.

Destacan dentro de la zonificación los conceptos de verde agrícola, verde público y zonas blancas, por lo que consideramos necesaria establecer con precisión sus significados, dentro de la planificación urbanística.

El verde agrícola y al verde público.

Ambos conceptos, tienen en el plan regulador general la misma función o sea, asegurar a la ciudad una zona verde, la que se puede obtener permitiendo la cultivación o creación de un parque o jardín.

Es importante señalar que el vínculo a "verde agrícola", ha sido puesto, no en el interés de que dicha zona se dedique a la

2. L. Barsotti F. Spartigati. Potere di piano e propietá, E Inaudi ed, 1971, pp. 131-132.
3. F. Salvia. F. Teresu. Lineamenti di diritto urbanistico, Cedam ed, 1976, pp. 69-70.
4. M. Schinaia. In Il Foro Amm, 1970 p. 134.
5. L. Mazzarolli. I piani regiatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione, Cedam, Padova 1966, p. 137.
6. G. Roehrssen . Gli Strumenti urbanistici itliani Noccioli ed, 1971, p. 137.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

agricultura, sino en aras de satisfacer exigencias de caracter urbanístico, para poder establecer la relación que debe existir entre áreas edificadas, edificables y los espacios libres.

Según Schinaia[7] la utilización del territorio es agrícola, a menos que exista un plan urbanístico, en virtud del cual venga prevista una utilización distinta.

Hacemos notar que existe una discusión sobre cual es la verdadera clasificación de la "zona a verde público", pues parte de la doctrina sostiene, que se trata de una zonificación y parte que se trata de una localización.

Al respecto Mazzarolli manifiesta que en cuanto concierne a la llamada "zona a verde público" se debe reconocer, que no se trata de una zona en sentido propio, sino de áreas reservadas por una especial destinación a una utilidad pública, por razones de higiene, estética. Esta destinación es precisada con un mecanismo semejante a los otros espacios destinados a sede de obras o instalaciones públicas, en el que interesa resaltar el interés público, el que viene manifestado no con el cumplimiento de una obra, sino con la adquisición del área de parte de la Municipalidad para conservarla y mantenerla así como es.

Por lo anterior, podemos concluir que las zonas a verde público no caen dentro de lo que hemos denominado zonificación, sino dentro de lo que se conoce en derecho urbanístico como localización.

Las zonas blancas.

En el lenguaje urbanístico[8] se ha introducido el termino "zonas blancas", para indicar, aquellas zonas que estan comprendidas en el perímetro del plan regulador, pero en las cuales sin embargo el plan mismo, no señala ninguna prescripción o norma.

Belmonte di Tarsia[9] señala que por zona blanca se entiende, aquellas zonas comprendidas en el perímetro del plan regulador, pero no distinguidas por coloración o signo convencional, que indique la destinación de las zonas.

Según la doctrina[10] las zonas blancas, resultan de la falta de especificar prescripciones en el plan regulador general, en concecuencia, estas zonas permanecen sujetas solo a las prescripciones que se encuentran contenidas en las leyes.

Habíamos señalado, que el plan regulador general, debe tomar a la hora de su formulación, en consideración la totalidad del territorio municipal; lo que nos permite interpretar que la no regulación de las zonas blancas por el plan regulador, no significa una violación a esta disposición y esto porque esta claro que el plan regulador no debe necesariamente contener específicas precripciones para todo el territorio municipal; lo que si debe hacer, a la hora de su formación, es tomar en consideración todo el territorio municipal, dentro de los límites de su jurisdicción territorial, y es de aquí de donde deriva o nace precisamente, la ligitimación de la llamada zona blanca.

Por localización, vamos a entender la determinación de áreas del territorio, que vienen destinadas a sede de obras o instalaciones públicas, están comprendidas dentro de estos, la red de las principales vías de comunicación terrestre, ferrovías, navegables en los casos necesarios, así como en las relativas instalaciones; las áreas destinadas a formar espacios de uso público o sujetas a especiales servidumbre; las reservadas a edificación pública o de uso público, así como obras o instalaciones de interés colectivo o social.

Y para concluir insistimos una vez más, como lo afirma la doctrina italiana[11] que la división del territorio en zonas es practicamente la esencia y la razón de ser del plan regulador general, así como lo que le da funadamento a la disciplina urbanística.

---

7. M. Schinaia op. cit. p. 132.
8. M.S. Giannini. Nota a sent. No. 1955, In Consdl Stato, p. 153.
9. P. Belmonte Di Tarsia. Nota In Cons di Stato, sent No. 1590, p. 754.
10. I. Di Lorenzo, op. cit., p. 102. V. Testa P. 86. Zona Verdde. Aproposito delle zone verdi e stata falta distinzione tra verde publico, verde agricolo e verde privato.
11. Barsotli-Spantigati. Potere dipiano e propieta. Einaudi ed 1971, pp. 131-132.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFÍA

1. I Di Lorenzo Lineamenti di diritto urbanistico Roma-ed-Rass. Lav. Pubbl., 1970.

2. L. Barsotti F. Spantigati. Potere di piano e propietá, E inaudi ed, 1971.

3. F. Salvia. F. Teresi. Lineamenti di diritto urbanistico, Cedam ed. 1976.

4. M. Schinaia. In Il Foro Amm, 1970.

5. L. Mazzarolli. I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione, Cedam, Padova, 1966.

6. G. Roehrssen. Gli strumenti urbanistici italianni Noccioli ed, 1971.

7. M.S. Giannini. Nota a sent No. 1955, In Cons. di Stato.

8. P Belmonte Di Tarsia. Nota in Cons. di Stato, sent. No. 1590.

9. I. Di Lorenzo. V. Testa. Zona verde. A proposito delle zone verdi e stata fatta distinzione tra verde pubblico, verde agricolo e verde privato.

10. Barsotli-Spantigati. Potere di pianno e propieta. Einaudi ed. 1971.

11. Ley de Planificación Urbana No. 4240 de 15 Nov. 1968, reformada por ley No 4574 de 4 de mayo 1970, Hasta No. 7015 de 22 de julio de 1985.

12. Constitución Política de la República de Costa Rica. Concordada y anotada con revoluciones de la Sala Constitucional. Prodel. Programa para el Desarrollo Legislativo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

ANTOLOGÍA DE LA ÉTICA

Lic. Carlos Manuel Coto Albán

Nosotros somos los que repetidamente hacemos. Excelencia, entonces, no es un acto, sino un hábito.
Aristóteles

PRÓLOGO

Esta Antología de la Ética nos lleva a plantear un conjunto de temas relacionados con las costumbres morales, desde las ideas de la antigüedad clásica a los filósofos del siglo XVIII hasta nuestros días, y su aplicación a la conducta del hombre actual.

El interés individual que motiva la realidad del mundo moderno y el principio eterno e inmutable de la justicia entre los hombres, deben concatenarse en una sociedad racional, inspirada en el bien común, el respeto a la libertad de la persona humana, la prevalencia de los valores éticos y el disfrute consciente de los bienes materiales.

Estas reflexiones van dirigidas al hombre profesional, como factor trascendental del desarrollo; al científico y al técnico, responsables de los avances modernos; a los empresarios, dueños del poder material; pero, sobre todo, a la conciencia del ser humano, para su realización y su auténtica felicidad.

El autor.

San José, 26 de setiembre de 1996.

I. ÉTICA. CONCEPTO Y ETIMOLOGÍA

La ética es la parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre.

El término ética se deriva de la palabra griega "ethos". La acepción más conocida y aún difundida del vocablo ethos se presenta a partir de Aristóteles, ligado a un conocimiento llamado precisamente ética. Según esta acepción, ethos significa temperamento, carácter, hábito, modo de ser. De acuerdo con el significado etimológico, Ética sería una teoría o un tratado de los hábitos y las costumbres. Según la tradición griega, el ethos implica una serie de costumbres adquiridas por hábito y no innatas; el ethos significa una conquista del hombre a lo largo de su vida. Comenta Aristóteles, refiriéndose a las virtudes éticas o morales, que las virtudes no nacen en nosotros ni por naturaleza ni contrariamente a la naturaleza, sino que, siendo nosotros naturalmente capaces de recibirlas, las perfeccionamos en nosotros por costumbre.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

II. ÉTICA Y MORAL

El objeto de la ética es la moral. Ética es la ciencia de la moral, mientras que la moral es el objeto del estudio de la ética. Como bien lo explica el filósofo mexicano Gustavo Escobar Valenzuela, la ética encuentra su objeto de reflexión en el área cultural llamada moral. El objetivo que le corresponde a la ética en cuanto a disciplina filosófica es esclarecer, reflexionar, fundamentar esta experiencia humana que es la moral. La moral ha sido, y seguirá siendo, una de las creaciones genuinas y necesarias del hombre. Desde que la humanidad se organizó en sociedades, ha tendido a crear reglas, prescripciones que regulen su comportamiento, dando lugar a la moral. Frente a este fenómeno humano, la tarea de la ética consiste en explicar su razón de ser, sus orígenes, el sentido de su evolución, etc. En sus meditaciones, la ética investiga qué es una conducta buena y qué condiciones deben cumplir las instituciones humanas para moralizar al individuo.

La ética nos ilustra acerca del por qué de la conducta moral. Los problemas que la ética estudia son aquellos que se suscitan todos los días, en la vida cotidiana, problemas como: ¿Qué es un comportamieto bueno y uno malo? ¿Quién nos obliga a realizar esta acción? ¿Cuál acción se debe elegir?

La moral –escribe José Ortega y Gasset– no es una "performance" suplementaria y lujosa que el hombre añade a su ser para obtener un premio, sino que es el ser mismo del hombre cuando está en su propio quicio y vital eficacia. Un hombre desmoralizado es simplemente un hombre que no está en posesión de sí mismo, que está fuera de su radical autenticidad, y por ello no vive su vida, y por ello no crea ni fecunda, ni hincha, su destino.

En la ética nos referimos a las acciones morales del hombre en sus relaciones con otros hombres; a su fuero interno, a la conformidad con las reglas morales en las relaciones del hombre con los demás hombres. Por eso se dice que la ética es la ciencia de las buenas costumbres.

Para Immanuel Kant –filósofo alemán que vivió entre 1723 y 1804– la ley moral está constituida por la libre responsabilidad del hombre ante su propia conciencia elevada a la más alta dignidad. La ética kantiana se funda en la noción de libertad legisladora de la voluntad humana y de la existencia de principios universales dentro del ámbito de la conciencia individual.

Dice Kant que lo que impulsa al hombre absolutamente moral a cumplir la ley ética no es un placer sensible. Si así no fuera, dicha ley perdería, por eso sólo, su propio valor y descendería a la categoría de inteligencia pragmática. Sin embargo –agrega el filósofo alemán, campeón de la idea de la libertad– todos los actos humanos, también los morales, son realizados por algún sentimiento. Entonces ha de haber un sentimiento que impulse al hombre a someterse a la ley moral. Este sentimiento es el *respeto íntimo* a la ley moral misma, a la condición del hombre, merced al cual se acallan todas las tendencias sensuales del ser humano, su amor y su odio. El respeto íntimo a la ley moral dicta al hombre la convicción de *que puede porque debe*. La conciencia moral exige de cada ser humano una libre e incondicional sumisión al *deber*.

Kant afirma que ni el mundo, ni, en general, tampoco fuera del mundo, es posible pensar nada que puede considerarse como bueno sin restricción, a no ser tan sólo la buena voluntad. El entendimiento, el gracejo, el juicio, o como quieran llamarse los talentos del espíritu; el valor, la decisión, la perseverancia en los propósitos, como cualidades del temperamento, son, sin duda, en muchos respectos, buenos y deseables, pero también pueden llegar a ser extraordinariamente malos y dañinos si la voluntad que ha de hacer uso de esos dones de la naturaleza, y cuya peculiar constitución se llama por eso carácter, no es buena.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Lo mismo sucede con los dones de la fortuna. El poder, la riqueza, la honra, la salud misma y la completa satisfacción y el contento del propio estado, bajo el nombre de *felicidad*, dan valor, y tras él a veces arrogancia, si no existe buena voluntad que rectifique y acomode a un fin universal el influjo de esa felicidad y el principio todo de la acción. Así parece constituir la buena voluntad, la recta intención, la indispensable condición que nos hace dignos de ser felices.

III. ÉTICA Y DERECHO

El derecho trata de expresar esta ética en la realidad de la vida social. Es decir, el derecho es la concreción positiva de la ética en el desenvolvimiento histórico de la sociedad humana. Para determinar el elemento diferencial entre la ética y el derecho, Kant encuentra que el valor propiamente ético está en la intención del agente y no en la acción ejecutada. La ética es la regla interior, el prototipo de una buena voluntad. En cambio el valor jurídico no es un valor íntimo de la intención del sujeto, sino el valor extrínseco del acto. Mientras la ética se refiere a la buena voluntad, el derecho, a su vez, se refiere a la acciones humanas sin tener en cuenta las intenciones, la disposición de ánimo del sujeto. Llámase –dice Kant– legalidad la mera coincidencia o no coincidencia de una acción con la ley, sin tomar en cuenta el motivo de la acción; llámase, en cambio, moralidad a aquella acción en la cual la idea del deber, expresada en la ley, es el motivo mismo de la acción.

Es rasgo propio del derecho la coacción, merced a la cual a quien no cumple las leyes jurídicas por deber, por moralidad, hay que hacérselas cumplir por la fuerza. Para Kant, el derecho debía valer como legislación de lo exterior, para dejar a la moralidad, a la ética, la legislación de lo interior. Mantener la promesa hecha no es una obligación ética, sino una obligación jurídica, para cuyo cumplimiento puede emplearse la coacción. Pero, no obstante, es una acción virtuosa, ética, el hacerlo también en los casos en que no hay que temer la coacción.

La ética es un imperativo individual y de conciencia y el derecho un imperativo exigible o coactivo.

El derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad, o bien un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas, según sea la teoría estática o dinámica de la ciencia jurídica que tomemos. Pero ambas son determinadas por los órganos de un orden jurídico encargados de dictarlas o aplicarlas. La regla de derecho es, pues, una ley social. El derecho no es considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo -la ley- es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido, se encuentra en el valor moral de justicia, esforzándose por ser un derecho equitativo y justo.

Según Hans Kelsen, en su Teoría Pura del Derecho, cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra debe ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo como de bueno o de malo.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda a menudo, –según Kelsen– no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él.

Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo.

La idea de la justicia –afirma Kelsen– no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esa razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de la justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo; es eterna e inmutable. Para el conocimiento racional sólo exiten intereses y en consecuencia conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación. Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una determinada manera sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria.

El derecho positivo –la ley– puede entonces concebirse como un orden coactivo. La ley sin coacción no se distinguiría de una norma moral.

IV. ÉTICA PROFESIONAL

La ética profesional, o moral profesional como prefieren llamarla algunos, es la ciencia normativa que estudia los deberes y los derechos de los profesionales en cuanto tales (Dr. Aquiles Menéndez).

Según el sociólogo Shwittau, la profesión en su propio sentido representa la actividad personal en la que el individuo realiza su vocación o sus especiales disposiciones dentro de un trabajo elegido, que determina su participación en la vida social y que le sirve de medio de subsistencia.

De ahí que el profesional –siguiendo al profesor ecuatoriano Oswaldo Rivera Villavicencio– es quien ejerce un arte, una ciencia, un oficio que adquirió previa preparación. Es la persona que se ha dedicado a una forma de vida y desempeña su actividad amparada por un título, una licencia, y las leyes de una país.

La ética profesional, en resumen, trata de las acciones de los hombres profesionales, de sus deberes ante la sociedad, ante su propio gremio y ante aquellos a quienes prestan sus

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

servicios. Es el hombre en función de su profesión, de lo bueno y lo malo en el quehacer profesional.

Esta disciplina también se denomina Deontología (ciencia o tratado de los deberes), que para el caso de los profesionales cabe denominarla Deontología Profesional. Vamos seguidamente a tratar de las cualidades éticas del hombre y en particular del profesional.

4.1 La Conciencia.

Lo primero que debe invocarse en el hombre es el deber frente a su conciencia moral: juez interno que dicta primero lo que se debe hacer y lo que se debe evitar, y segundo, juzga el acto realizado. Los hombres de conciencia se distinguen por tres signos principales: son delicados en el cumplimiento del deber, severos en la sinceridad y rigurosamente honrados en el manejo de los intereses de otros. La conciencia es el honor, la verdad y la justicia.

4.2 La Dignidad.

Estas reflexiones nos llevan a resaltar un valor esencial del hombre en sociedad: la dignidad.

La dignidad –dice José Ingenieros– es el credo supremo de todo idealismo, la dignidad es unívoca, intangible, intransmutable.

Es síntesis de todas las virtudes que acreran al hombre y borran la sombra: donde ella falta, no existe el sentimiento del honor. Y así como los pueblos sin dignidad son rebaños, los individuos sin ella son esclavos. La dignidad implica valor moral. Los pusilánimes son impotentes, como los aturdidos. Los unos reflexionan cuando conviene obrar, y los otros obran sin haber reflexionado. La insuficiencia del esfuerzo equivale a la desorientación del impulso: el mérito de las acciones se mide por el afán que cuestan y no por sus resultados. Sin coraje no hay honor. Todas sus formas implican dignidad y virtudes. Con su ayuda los sabios acometen la exploración de lo ignoto, los moralistas minan la sórdida fuente del mal, los osados se arriesgan para violar la altura y la extensión, los justos se adiamantan en la fortuna adversa, los mártires van a la horca por desenmascarar la hipocresía, los santos mueren por sus ideas. El coraje –sentenció Lamartine– es la primera de las elocuencias, es la elocuencia del carácter. Noble decir. El que aspira a ser águila debe mirar lejos y esforzarse por volar alto; el que se resigna a arrastrarse como un gusano, resigna del derecho de protestar si lo aplastan. El lacayo pide; el digno merece. Aquél solicita del favor lo que éste aspira del mérito. Ser digno significa no pedir lo que merece, ni aceptar lo inmerecido. Mientras los serviles trepan entre las malezas del favoritismo, los austeros ascienden por la escalinata de sus méritos. La dignidad estimula toda perfección del hombre; la vanidad acicatea cualquier éxito de la sombra. El digno ha escrito un lema en su blasón: lo que tiene por precio una participación del honor, es caro. El pan sopado en la adulación, que engorda al servil, envenena al digno. Prefiere éste perder un derecho a obtener un favor; mil daños le serán más leves que mandar indignamente. Cualquier herida es transitoria y puede dolerle una hora; la más leve domesticidad le remorderá por toda la vida.

4.3 La Conducta Moral.

Si bien el deseo de obtener bienes materiales ha sido, através de los siglos, una característica de las sociedades que llamamos civilizadas, parece alcanzar niveles impensados en la actualidad. Las cosas materiales son la meta a alcanzar por los hombres de nuestro tiempo, trocándolas muchas veces por los valores morales. Se piensa en la licitud y no en la moralidad de los actos. La ley se convierte así en un escudo protector para los indignos.

La ley a menudo permite lo que el honor prohíbe, dijo el escritor francés Bernard Joseph Saurin, en su obra Spartacus (1760). El hombre que su probidad consiste solamente en obedecer las leyes, no puede ser verdaderamente virtuoso o estimable; para él encontrará muchas oportunidades en realizar actos desdeñables y aún deshonestos, los que las leyes no pueden sancionar, afirmó Stephanie Felicité Genlis, también francesa, en la obra Tales of the Castle (1793).

Dice el Prof. Rivera Villavivencio que no puede el mundo supeditar la acción solamente al consumismo y mercantilismo económicos

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

inhumanos. La sociedad y su vida misma reposan sobre la conciencia social, el equilibrio, la justicia, no sobre el poder del dinero. La acción del hombre es ante todo una actitud moral. La vanidad, las ansias de riqueza y el poder económico, siembran la desigualdad; peor la conciencia social siembra la justicia y la libertad. La moral en las actividades humanas es algo que debemos tomar muy en cuenta, por que hoy en día no se piensa en las virtudes sino en el dinero.

La religión del negociante es la especulación, su dios es el becerro de oro y su culto es el éxito económico, ha sentenciado Gustavo A. Otero en su obra Estética de la Conducta.

El hedonismo sostiene que el sumo bien, que lo bueno consiste en el placer. Esta antigua filosofía hedonista se ha convertido para muchos en la praxis de su existencia y en gólgota de sus vidas. Se preguntan: ¿importa la conciencia? Y se responden: antes el dinero. Esta traslocación de valores lleva intrínseca la desdicha, el vacío espiritual y el fracaso final.

Debemos comprender que el bienestar en las profesiones solamente se logra por el mejoramiento de los conocimientos, mediante una disciplina moral que imponga dignidad, libertad de conciencia, espíritu de servicio y esfuerzo constante.

En la vida moderna, sin embargo, existe toda una suerte de conceptos y acciones opuestas entre la acción moral y el éxito material. Ser un hombre de éxito significa para muchos seres humanos acumular riquezas. Eso es parte de los conceptos que la sociedad nos transmite, de la contemplación de lo que nos rodea. Pero la verdadera realización del hombre está en sí mismo, en su conciencia, en su propia valoración; la felicidad se alcanza todos los días, en todos los actos, y no sólo en el balance final de la vida.

Explica el profesor español José Luis Fernández Fernández que debemos entender que la ética apunta hacia el hecho moral, que es una dimensión inexcusable de la vida humana, cuya razón de ser, precisamente, anida en el dato antropológico de que el hombre no nace acabado y que tiene que irse haciendo a lo largo de la vida. Hemos de convenir, pues, que la naturaleza ha dejado "incompleto" al ser humano, dotándole de menor equipo instintivo y programación genética menos férrea que al resto de los seres vivos.

Tenemos que asumir adecuadamente lo que significa que el hombre es "tarea para sí mismo", que "no es sino lo que va haciendo de sí"; que, por tanto, puede "hacerse" más o menos, mejor o peor; que éxito en la carrera de la vida, consiste en autorrealizarse, en desplegar en el grado más elevado posible todas las potencias y capacidades propias, para conseguir así la "felicidad".

4.4 La Función Social

El hombre es un ser social, según la expresión clásica. Vivimos en sociedad. Dependemos los unos de los otros. Esta interdependencia en la época actual alcanza niveles universales. Pese a lo desajustes e injusticias internacionales, los hombres de todas las naciones reconocemos que vivimos en un solo mundo y que tenemos un destino común. La contaminación ambiental que provocan los países industrializados, alcanza a los países pobres; los males y las enfermedades que ocasionan la pobreza y la ignorancia en los subdesarrollados, llega por infinitos medios a los desarrollados.

Dentro de este contexto nos movemos y debemos hacer cada día más y más conciencia de la importancia de nuestra función social. Y somos los profesionales, los que más conocimientos tenemos de esta realidad, los primeros que debemos comprender la importancia de nuestras acciones para el bienestar de la humanidad y su supervivencia. Estamos, pues, frente a una ética universal.

El concilio Vaticano II ha declarado: "La profunda y rápida metamorfosis del mundo pide urgentemente que no haya ni uno solo que, despreocupado de la marcha de los tiempos e indolente en su inercia, se entregue a una ética meramente individualista. El deber de justicia y de caridad lo cumple el hombre cada día mejor si, contribuyendo al bien común según su propia capacidad y las necesidades de los demás, promueve y favorece también las instituciones públicas o privadas que, a su vez,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sirven para transformar y mejorar las condiciones de vida del hombre. Hay quienes, aún profesando doctrinas de mayor amplitud y generosidad, viven siempre en la realidad como si no se preocuparan en absoluto de las necesidades de la sociedad. Más aún, muchos en diversas regiones tienen en nada las leyes y las ordenanzas sociales. No pocos, con subterfugios y fraudes, no dudan de evitar las contribuciones justas u otros deberes para con la sociedad. Sea para todos algo inolvidable considerar y observar las relaciones sociales como uno de los deberes pincipales del hombre de hoy, pues cuanto más se une el mundo, más abiertamente los deberes del hombre rebasan las asocaciones particulares y se extienden poco a poco al mundo del universo. Lo cual no puede llegar a ser una realidad, a no ser que el individuo como tal, y los grupos sociales, cultiven en sí mismos las virtudes morales y sociales y las difundan por la sociedad de modo que se produzcan hombres verdaderamente nuevos y artífices de una nueva humanidad."

Todas las instituciones y gremios están llamados a ejercer esta misión social, afanándose no sólo en producir profesionales hábiles para tal o cual ejercicio, sino a preparar hombres dignos y conscientes de su responsabilidad social, que vayan a ejercer su destino con fidelidad a las normas de conducta moral, que se superen por sus conocimientos y que sean apoyo para el bienestar de la sociedad.

4.5 La Responsabilidad

Según los filósofos, cuando hablamos de la responsabilidad de los individuos estamos en realidad hablando de tres cosas distintas: obligación de responder de sus propios actos, obligación de cumplir las normas y obligación de comportarse responsablemente.

La obligación de responder de los propios actos está relacionada con las causas de las acciones y acontecimientos y con la atribución de méritos o culpas. Ello implica la determinación de nuestras intenciones –buenas o malas–, la libertad de actuación –libre o sujeta– y el grado de participación –total o parcial–. Todo esto representa el grado de responsabilidad que tengamos en una acción y las consecuencias –legales o morales– de nuestra actuación.

La obligación de cumplir las normas se refiere a nuestra sujeción a los cánones que rigen nuestra conducta, según sea el entorno en que nos desenvolvemos. Se trata de lo que la sociedad espera de cada uno y de las obligaciones que tiene que cumplir el individuo según las reglas a que está sujeto. El incumplimiento de las reglas nos hace incurrir en falta de responsabilidad, también con las consiguientes consecuencias –legales o morales– por nuestra actuación.

El tercer significado del término responsabilidad se refiere a la adopción de decisiones. En este sentido decimos que una persona es responsable si se puede confiar en ella, si en sus juicios y en su conducta tiene en cuenta los factores adecuados.

La calificación que hacemos de una persona como responsable conlleva un juicio de valor moral sobre la actuación de esa persona. Las características de los juicios que hacemos de las personas que llamamos "moralmente responsables", señala el filósofo William K. Frankena (Universidad de Michigan, Estados Unidos de América) es: la racionalidad en el proceso de decisión y el respeto a los demás. Este último complemento de la responsabilidad nos permite, desde una perspectiva moral, no considerar a los demás como meros instrumentos para nuestros propósitos. El respeto a los demás significa tomar en serio sus necesidades e intereses y no verlos simplemente como recursos en el propio proceso decisorio, sino como condiciones limitadoras que modifican la definición misma del hábitat propio, que deja de ser un espacio centrado en uno mismo y se convierte en un espacio compartido. A este se refería Kant cuando hablaba del "imperativo categórico" de tratar a los demás como seres valiosos en sí y por sí mismos.

Estos componentes de la responsabilidad moral son lo bastante definidos como para ser útiles. La racionalidad y el respeto a los demás afectan a la forma como abordamos la adopción práctica de las decisiones. El individuo racional, pero no respetuoso con los demás, no miente a sus amigos, a menos que esté seguro

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de que no le van a descubrir; defiende al oprimido, a menos que piense que le va a costar demasiado caro. El que es racional y respetuoso con los demás, por el contrario, piensa y se preocupa de si su conducta va a tener consecuencias perjudiciales o humillantes para los demás.

4.6 Complementos Éticos para Profesionales

En este reflexionar por la Ciencia de la Ética y la Deontología Profesional, vienen a nuestra mente tres principios que no debemos dejar: el conocimiento de la materia, la veracidad y la disciplina. Todos estos temas son de enorme proyección en el ámbito profesional.

El profesional tiene un deber ante la sociedad: la idoneidad. El entorno en el cual el profesional se desenvuelve supone de él conocimientos científicos en el campo de su actividad. Tiene un título que lo acredita públicamente como experto en una rama del conocimiento humano. Este deber lleva implícitas varias obligaciones: mantener al día sus conocimientos, analizar profundamente los casos, aceptar con dignidad su desconocimiento, recurrir a la consulta de otros profesionales y reconocer los errores. Debemos tener presente que la sociedad en general y quien recurre a nosotros en particular, dependen en gran medida del rendimiento y de la sinceridad del profesional. Esta es una norma de veracidad y de dignidad.

El ingeniero Rafael Escolá Gil, en su obra Deontología para Ingenieros (Universidad de Navarra, España, 1987) nos ofrece algunas ideas y recomendaciones que queremos compartir. Dice el Ing. Escolá que cuando los criterios de valoración son, por ejemplo, sólo utilitarios, se busca que "funcione" mejor el hombre en el ejercicio de su profesión para que sean mejores y más eficaces los servicios que con ello proporciona a la sociedad. Esta es una reducción en el conjunto de los valores humanos; y no sólo suprime, precisamente los más altos en la escala de valores, sino que a menudo sacrifica algunos de ellos para lograr una mayor utilidad.

La propia idoneidad –agrega Escolá– en las materias objeto del trabajo, es otra fuente de progreso en las cualidades, porque cuando hay dominio (sobre todo conceptual) de los temas, se entra con más decisión en lo que va surgiendo aunque sean conceptos nuevos y se profundiza más en las causas, en los matices, etc. Cuando más se sabe, más fácilmente se pasa a saber más: progresan entonces las cualidades creativas, investigadoras, etc.

Por muy experto que se llegue a ser profesionalmente hablando, –afirma el autor citado– serán muchos los errores que se cometan, los enfoques torcidos, las posiciones injustas que habrá tomado, las omisiones, las precipitaciones, las intenciones no exactamente confesables, los tratos inoportunos o desacertados, los datos mal tomados, mal comprendidos, o mal utilizados, los criterios y convicciones erróneas, etc. No es fácil presentar siempre una disposición a reconocer cada una de estas cosas, especialmente cuando se tienen arraigadas, pero aún estando dispuesto, hace falta luego el querer rectificar. Solamente si se pierde el miedo a reconocer que uno estaba equivocado, (y aún más: que estaba haciendo las cosas mal), se progresa muy rápidamente en la adquisición de nuevas cualidades.

Ciertamente la veracidad es un valor moral, elevado a la más alta virtud en la esfera de las relaciones sociales. Sin idoneidad no habría veracidad profesional. Como dice el Ing. Escolá Gil "toda falta de veracidad es una acción mala en sí misma".

El último de los complementos éticos que hemos señalado en este título es la disciplina. Por eso queremos significar dos cosas: el rigorismo científico y la puntualidad.

Disciplina es observancia de las leyes y ordenamientos de una profesión. Se deben acatar los principios científicos que nos gobiernan. No hacerlo significa faltar a la verdad e incurrir en una mala acción. Con ello se lesiona el juramento profesional y probablemente se causará daño a los demás. En lo moral es un deber de conciencia, una falta de dignidad.

Puntualidad es certidumbre y conveniencia precisa de hacer bien las cosas. Amor al trabajo, ejecutarlo idóneamente y con puntualidad, debe ser lema de todo hombre honesto.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sirven para transformar y mejorar las condiciones de vida del hombre. Hay quienes, aún profesando doctrinas de mayor amplitud y generosidad, viven siempre en la realidad como si no se preocuparan en absoluto de las necesidades de la sociedad. Más aún, muchos en diversas regiones tienen en nada las leyes y las ordenanzas sociales. No pocos, con subterfugios y fraudes, no dudan de evitar las contribuciones justas u otros deberes para con la sociedad. Sea para todos algo inolvidable considerar y observar las relaciones sociales como uno de los deberes pincipales del hombre de hoy, pues cuanto más se une el mundo, más abiertamente los deberes del hombre rebasan las asocaciones particulares y se extienden poco a poco al mundo del universo. Lo cual no puede llegar a ser una realidad, a no ser que el individuo como tal, y los grupos sociales, cultiven en sí mismos las virtudes morales y sociales y las difundan por la sociedad de modo que se produzcan hombres verdaderamente nuevos y artífices de una nueva humanidad."

Todas las instituciones y gremios están llamados a ejercer esta misión social, afanándose no sólo en producir profesionales hábiles para tal o cual ejercicio, sino a preparar hombres dignos y conscientes de su responsabilidad social, que vayan a ejercer su destino con fidelidad a las normas de conducta moral, que se superen por sus conocimientos y que sean apoyo para el bienestar de la sociedad.

4.5 La Responsabilidad

Según los filósofos, cuando hablamos de la responsabilidad de los individuos estamos en realidad hablando de tres cosas distintas: obligación de responder de sus propios actos, obligación de cumplir las normas y obligación de comportarse responsablemente.

La obligación de responder de los propios actos está relacionada con las causas de las acciones y acontecimientos y con la atribución de méritos o culpas. Ello implica la determinación de nuestras intenciones –buenas o malas–, la libertad de actuación –libre o sujeta– y el grado de participación –total o parcial–. Todo esto representa el grado de responsabilidad que tengamos en una acción y las consecuencias –legales o morales– de nuestra actuación.

La obligación de cumplir las normas se refiere a nuestra sujeción a los cánones que rigen nuestra conducta, según sea el entorno en que nos desenvolvemos. Se trata de lo que la sociedad espera de cada uno y de las obligaciones que tiene que cumplir el individuo según las reglas a que está sujeto. El incumplimiento de las reglas nos hace incurrir en falta de responsabilidad, también con las consiguientes consecuencias –legales o morales– por nuestra actuación.

El tercer significado del término responsabilidad se refiere a la adopción de decisiones. En este sentido decimos que una persona es responsable si se puede confiar en ella, si en sus juicios y en su conducta tiene en cuenta los factores adecuados.

La calificación que hacemos de una persona como responsable conlleva un juicio de valor moral sobre la actuación de esa persona. Las características de los juicios que hacemos de las personas que llamamos "moralmente responsables", señala el filósofo William K. Frankena (Universidad de Michigan, Estados Unidos de América) es: la racionalidad en el proceso de decisión y el respeto a los demás. Este último complemento de la responsabilidad nos permite, desde una perspectiva moral, no considerar a los demás como meros instrumentos para nuestros propósitos. El respeto a los demás significa tomar en serio sus necesidades e intereses y no verlos simplemente como recursos en el propio proceso decisorio, sino como condiciones limitadoras que modifican la definición misma del hábitat propio, que deja de ser un espacio centrado en uno mismo y se convierte en un espacio compartido. A este se refería Kant cuando hablaba del "imperativo categórico" de tratar a los demás como seres valiosos en sí y por sí mismos.

Estos componentes de la responsabilidad moral son lo bastante definidos como para ser útiles. La racionalidad y el respeto a los demás afectan a la forma como abordamos la adopción práctica de las decisiones. El individuo racional, pero no respetuoso con los demás, no miente a sus amigos, a menos que esté seguro

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de que no le van a descubrir; defiende al oprimido, a menos que piense que le va a costar demasiado caro. El que es racional y respetuoso con los demás, por el contrario, piensa y se preocupa de si su conducta va a tener consecuencias perjudiciales o humillantes para los demás.

4.6 Complementos Éticos para Profesionales

En este reflexionar por la Ciencia de la Ética y la Deontología Profesional, vienen a nuestra mente tres principios que no debemos dejar: el conocimiento de la materia, la veracidad y la disciplina. Todos estos temas son de enorme proyección en el ámbito profesional.

El profesional tiene un deber ante la sociedad: la idoneidad. El entorno en el cual el profesional se desenvuelve supone de él conocimientos científicos en el campo de su actividad. Tiene un título que lo acredita públicamente como experto en una rama del conocimiento humano. Este deber lleva implícitas varias obligaciones: mantener al día sus conocimientos, analizar profundamente los casos, aceptar con dignidad su desconocimiento, recurrir a la consulta de otros profesionales y reconocer los errores. Debemos tener presente que la sociedad en general y quien recurre a nosotros en particular, dependen en gran medida del rendimiento y de la sinceridad del profesional. Esta es una norma de veracidad y de dignidad.

El ingeniero Rafael Escolá Gil, en su obra Deontología para Ingenieros (Universidad de Navarra, España, 1987) nos ofrece algunas ideas y recomendaciones que queremos compartir. Dice el Ing. Escolá que cuando los criterios de valoración son, por ejemplo, sólo utilitarios, se busca que "funcione" mejor el hombre en el ejercicio de su profesión para que sean mejores y más eficaces los servicios que con ello proporciona a la sociedad. Esta es una reducción en el conjunto de los valores humanos; y no sólo suprime, precisamente los más altos en la escala de valores, sino que a menudo sacrifica algunos de ellos para lograr una mayor utilidad.

La propia idoneidad –agrega Escolá– en las materias objeto del trabajo, es otra fuente de progreso en las cualidades, porque cuando hay dominio (sobre todo conceptual) de los temas, se entra con más decisión en lo que va surgiendo aunque sean conceptos nuevos y se profundiza más en las causas, en los matices, etc. Cuando más se sabe, más fácilmente se pasa a saber más: progresan entonces las cualidades creativas, investigadoras, etc.

Por muy experto que se llegue a ser profesionalmente hablando, –afirma el autor citado– serán muchos los errores que se cometan, los enfoques torcidos, las posiciones injustas que habrá tomado, las omisiones, las precipitaciones, las intenciones no exactamente confesables, los tratos inoportunos o desacertados, los datos mal tomados, mal comprendidos, o mal utilizados, los criterios y convicciones erróneas, etc. No es fácil presentar siempre una disposición a reconocer cada una de estas cosas, especialmente cuando se tienen arraigadas, pero aún estando dispuesto, hace falta luego el querer rectificar. Solamente si se pierde el miedo a reconocer que uno estaba equivocado, (y aún más: que estaba haciendo las cosas mal), se progresa muy rápidamente en la adquisición de nuevas cualidades.

Ciertamente la veracidad es un valor moral, elevado a la más alta virtud en la esfera de las relaciones sociales. Sin idoneidad no habría veracidad profesional. Como dice el Ing. Escolá Gil "toda falta de veracidad es una acción mala en sí misma".

El último de los complementos éticos que hemos señalado en este título es la disciplina. Por eso queremos significar dos cosas: el rigorismo científico y la puntualidad.

Disciplina es observancia de las leyes y ordenamientos de una profesión. Se deben acatar los principios científicos que nos gobiernan. No hacerlo significa faltar a la verdad e incurrir en una mala acción. Con ello se lesiona el juramento profesional y probablemente se causará daño a los demás. En lo moral es un deber de conciencia, una falta de dignidad.

Puntualidad es certidumbre y conveniencia precisa de hacer bien las cosas. Amor al trabajo, ejecutarlo idóneamente y con puntualidad, debe ser lema de todo hombre honesto.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

4.7 La Discreción

La virtud de la discreción es la sensatez para formar juicio y tacto para hablar u obrar. La mejor parte del valor es la discreción, dijo Shakespeare.

Queremos, en este párrafo, plantear un complemento ético para el profesional, derivado de la discreción: el silencio profesional.

Hay quien ha definido la Ética Profesional como el conjunto de principios morales básicos que guían la conducta de los hombres que tienen en sus manos el mundo de los demás seres. (Prof. Oswaldo Rivera Villavicencio). Reconociéndolo así, es imperativo que la prudencia en el decir sea un principio fundamental en el comportamiento del profesional. En el deber moral de hacer el bien y nunca el mal a los demás seres, encuentra sustentación ética este principio. En lo jurídico se expresa en la doctrina del daño o lesión, tanto moral como material, que puede causarse a otro por una expresión contra su honor o la propalación de hechos falsos (calumnia), ofensivos o afrentosos (injuria).

El profesional es depositario de la con-fianza de su cliente o su empleador. Sólo por un imperativo de necesidad, el profesional tiene acceso a hechos o procederes que cada cual guarda para sí mismo o para su empresa.

El secreto es un principio ético universal, vigente en todos los estatutos de moral profesional y por cuya violación los gremios imponen sanciones al ejercicio de la profesión.

La divulgación del secreto profesional es una falta a la moral, que además puede traer consecuencias legales por el daño infringido, incluso de carácter patrimonial y hasta penal.

La ley costarricense sanciona la divulgación de secretos. El artículo 203 del Código Penal reprime con prisión o multa a quien "teniendo noticias por razón de estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación puede causar daño, lo revele sin justa causa" y agrega que "si se tratare de un funcionario público o de un profesional se impondrá, además inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, o de profesiones titulares".

Por otro lado, las leyes procesales amparan la reserva para no declarar. El artículo 360 del Código Procesal Civil establece que "no estarán obligados a declarar como testigos: los que por razón de su estado o profesión tengan noticia de hechos que se les hayan comunicado confidencialmente". El artículo 229 del Código Procesal Penal declara que "deberán abstenerse de declarar sobre los hechos que hayan llegado a su conocimiento, en razón del propio estado, oficio o profesión, so pena de nulidad: los ministros de un culto admitido, los abogados y notarios, los médicos, los farmacéuticos, los enfermeros obstétricos, los psicólogos y los funcionarios públicos cuando se trate de secretos de Estado".

Para terminar, es oportuna la cita de la máxima hipocrática: "primum non nocere": ante todo, no hacer daño.

4.8 La Solidaridad Profesional

La más clara manifestación de la solidaridad profesional se manifiesta, en su forma positiva, en la organización de gremios o colegios profesionales que tienen por finalidad la promoción y difusión de los conocimientos científicos, la mutua ayuda entre sus miembros, las acciones de interés social y la defensa de la dignidad profesional.

Estas organizaciones constituyen una comunidad de intereses entre quienes ejercen una misma profesión.

El respeto, la lealtad y la consideración son normas que se imponen entre los afiliados de la organización.

En el ejercicio profesional es frecuente que haya diferencia de criterios y que los miembros se enfrenten a verdaderos choques e intereses. No todas las personas tienen los mismos valores morales y en su aplicación difieren al ejercer la profesión.

Si bien la fidelidad, la responsabilidad y la lealtad profesionales son imperativos morales, debe reconocerse que la deslealtad, aunque deleznable, es una actitud del ser humano. La competencia desleal debe ser enfrentada con valor, porque menoscaba la dignidad y la buena fe.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En los casos de competencia desleal, aparte de las sanciones gremiales ante su comprobación, cabe señalar dos caminos: el de los tribunales de conciliación y el de los procesos de arbitraje y de peritos. Los primeros adolecen de fuerza coercitiva, aunque sí tienen fuerza moral y persuasiva. Los segundos –los arbitrajes– sí están regulados por la ley, tienen el valor de sentencia y pueden llegar a constituir cosa juzgada. Para que impere la justicia es preciso trabajar en estas direcciones.

5. La Ética en la Ciencia y la Tecnología

La ciencia y la tecnología son formas de pensamiento, conocimiento y acción que surgen como respuestas a las exigencias que el medio natural y social impone al hombre.

Rom Harré manifiesta que las necesidades que han producido las ciencias no son algo nuevo que súbitamente inspiraron a gente excepcional a emprender un nuevo género de actividades. Son en realidad muy comunes, y resultan de la inseguridad natural de la vida humana. Se consigue en primer lugar por el conocimiento de los hechos (saber cuál es la situación en que nos encontramos) y en segundo lugar por el conocimiento de cómo manipularlos en nuestro provecho.

El conocimiento da poder y el uso del poder entraña responsabilidad. Este uso es claro sobre todo en este siglo después del uso de la energía atómica y de los avances de la medicina y de la industria comercial y militar. El conocimiento da poder sobre la naturaleza y sobre los hombres. Esta idea proviene del filósofo inglés Francis Bacon (1561 - 1626), aunque se podría decir que es del dominio común a partir del momento en que se describen las posibilidades transformadoras y, en el presente siglo, las posibilidades destructoras de la ciencia y la tecnología.

La ciencia y la tecnología, dice Jean Ladriére, plantean esencialmente dos categorías de problemas: unos son relativos al funcionamiento de la ciencia y de la tecnología, otros son engendrados indirectamente por su desarrollo. Los problemas internos dependen de lo que se llama la responsabilidad de los científicos y, por lo que respecta a la tecnología, la responsabilidad de los expertos. El solo hecho de ser competente en un campo cualquiera confiere al que posee esta competencia, sea de naturaleza cognoscitiva u operativa, una responsabilidad social que, en ciertas circunstancias, puede ser de gran alcance. De hecho los científicos y los expertos se encuentran confrontados, al menos en ciertos momentos, a situaciones en las cuales los fines de la investigación científica o de la actividad tecnológica no compaginan claramente con las finalidades sociales, tales como ellos pueden descubrirlas o como pueden serles propuestas por los responsables de la vida colectiva o por lo que se llama la opinión pública, o hasta entran en contradicción con ellas. Se trata entonces de encontrar, con fundamento, una actitud ética correcta, utilizando criterios apropiados y principios convenientes de jerarquización de criterios.

Las variaciones de la normativa ética, ampliamente atestiguadas por la historia de las culturas, –nos dice Ladriére en su estudio "El Impacto de la Ciencia y la Tecnología en la Ética"– bastan para hacer ver que los criterios concretos de la ética no están de ningún modo dados apriori, que la ética es histórica, es decir, que se da una emergencia progresiva de las normas, y, por tanto, una verdadera creatividad axiológica. En poco tiempo, la humanidad se ha encontrado, por el hecho del desarrollo de la ciencia y de sus implicaciones, ante una multiplicidad de problemas éticos nuevos, y que existe el sentimiento de que la amplitud y variedad de estos problemas crece constantemente en forma acelerada. Hace falta la intervención de un juicio ético ante las nuevas situaciones creadas. Allí donde se plantea un problema ético, el ser humano se encuentra comprometido y reconoce una situación como éticamente problemática cuando percibe, precisamente, que su propio ser se ve afectado por esta situación de una manera u otra, en sus posibilidades más profundas.

Las grandes invenciones de nuestro siglo plantean interrogantes éticas a cada paso. La informática, los ordenadores electrónicos, avanzan gigantescamente en su desarrollo tecnológico. Los asuntos éticos que saltan al

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

instante en esta nueva dimensión de la tecnología, pueden referirse a temas tales como la privacidad, la centralización o descentralización del poder, la incorrección de la programación, la toma de decisiones y la propiedad de los programas.

En otro orden de cosas los avances en la astronomía, la biología (biotecnología), la ingeniería genética, la medicina y ciencias afines, etc., han creado grandes áreas dentro del conocimiento humano. En frente de ellas, valores relativos a la naturaleza, la libertad, la conciencia y la dignidad, hacen prevalecer la ética en las acciones científicas, pero a la vez –y valga la dicotomía–, merced a la razón crítica, a ajustar las normas éticas ante las invenciones y las nuevas corrientes de pensamiento.

6. La Responsabilidad Empresarial

Según los profesores Kenneth E. Goodpaster y John B. Matthews, Jr., (en Harvad-Deusto, Business Review), 4º trimestre de 1982), hay "ciertos conceptos, tales como el de la responsabilidad moral, que no sólo son perfectamente aplicables a las empresas, sino que ofrecen la clave para establecer modelos, más idóneos que los actuales, que guíen la actividad de las mismas".

Los autores Goodpaster y Matthews señalan que hay dos enfoques que se oponen decididamente a la atribución de una ética empresarial, que llaman "la mano invisible" y "la mano del gobierno". El defensor más elocuente de la "mano invisible" es Milton Friedman, quien recoge las opiniones de muchos filósofos y economistas empezando por Adam Smith, para quienes "la única y auténtica obligación social de las empresas consiste en obtener beneficios y respetar las leyes". La moralidad, la responsabilidad y la conciencia residen en "la mano invisible" del sistema de mercado libre y no en la voluntad de las empresas que integran dicho sistema, ni mucho menos en las decisiones de los dirigentes de estas empresas. De cualquier forma, el propio interés, o en otras palabras el ánimo de lucro, mantiene la primacía como objetivo y norte de la empresa.

Por otra parte, los defensores del segundo grupo los de "la mano del gobierno", son también muy numerosos. Según este planteamiento –sostienen Goodpaster y Mattews– las empresas deben perseguir objetivos exclusivamente racionales y económicos. Son las leyes y la acción de las estructuras políticas, no "la mano invisible" del mercado, las que harán que estos objetivos redunden en el bien común. La empresa no tendría responsabilidad moral alguna, salvo la impuesta por las normas legales y políticas.

Resulta evidente que la diferencia principal entre estos dos planteamientos consiste en que uno de ellos mira a la fuerza invisible del mercado, mientras que el otro mira a la fuerza visible del gobierno.

La tesis contraria a las dos posturas anteriores, nos las ofrecen Goodpaster y Mattews, entre muchos otros filósofos y economistas de la actualidad. Nuestra teoría –dicen– propugna que no se debe trazar una clara línea divisoria entre las ideas y acciones particulares de los individuos y las acciones institucionales de las empresas, sino que estas últimas pueden y deben estructurarse sobre la base de las primeras. Agregan esos expositores, en respuesta a objeciones planteadas a su postura, que los conceptos y funciones que normalmente atribuimos a las personas pueden atribuirse igualmente a las empresas, que, al fin y al cabo, están integradas por personas. Que la consecución de beneficios y la salvaguardia de los propios intereses no tienen por qué oponerse a la responsabilidad moral; las exigencias morales son más bien limitaciones (y no sustituciones) del interés propio; lo que hace falta es coordinar los diferentes imperativos, no negar su validez. Que el grado de influencia de un agente determinado, sea una persona o una entidad, es un factor que exige un elevado nivel de conciencia moral y no lo contrario; el peligro del imperialismo es mucho mayor cuando no se practica la reflexión moral que cuando se practica. Que un análisis más detallado de estos elementos (la racionalidad y el respeto a los demás) permitiría traducirlos a conceptos más concretos: equidad en las cargas y los beneficios sociales, justicia en la distribución de los bienes y servicios, derechos y deberes fundamentales, fidelidad a los pactos y contratos.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Que la proyección de la responsabilidad al nivel de la empresa responde simplemente al reconocimiento de que el todo es algo más que la suma de sus partes; la reunión de muchas personas inteligentes no constituye necesariamente una organización inteligente; la inteligencia ha de ser estructurada, organizada, dividida y reagrupada en procesos complejos para unos fines también complejos.

¿Es la ética la respuesta que esperamos para el cambio de actitud de las empresas mercantiles modernas? ¿Es, la ética, como bien lo dice el Prof. José Luis Fernández Fenández, la palabra mágica capaz de abrir las puertas a un luminoso escenario donde los valores humanos encontrarían, al fin, terreno abonado sobre el que ir creciendo?

Muchos piensan, afirma el Prof. Fernández, que la ética es un concepto inaplicable en determinadas circunstancias, algo que, si bien pudiera tener sentido en la vida personal o familiar, no encuentra punto de anclaje en ciertos ámbitos, que parecen discurrir al margen de lo que la moral enseña y exige que tienen suficientemente garantizada su corrección siempre y cuando se atengan a lo que las leyes contemplen y los usos y costumbres den por válido. Es cierto que cuesta trabajo ser ético cuando se tiene la responsabilidad de gestionar una empresa y de llevar adelante un negocio. Pero esto es aplicable a todos los contextos y situaciones de nuestra vida, incluida la familiar. No hay recetas de aplicación automática, ni la vida práctica es un camino de fácil andadura. La ética de la convicción y la ética de la responsabilidad no son dos éticas distintas, sino dos caras de una misma tarea moral.

Dos acertadas afirmaciones del filósofo Fernández Fenández nos permiten terminar este episodio de la ética empresarial. Si no nos esforzamos por aclimatar las consideraciones éticas en la vida de la empresa, ponemos en grave riesgo no sólo el propio desarrollo personal, sino también el bienestar material y espiritual de la sociedad. En el largo plazo, pondríamos en peligro la propia viabilidad del sistema económico en su conjunto. Digamos, sin más, que no es baladí la cuestión ética y que todo alto directivo debe tomarla en seria consideración, puesto que, como ya nos enseñó hace siglos el viejo maestro que fue Aristóteles: *Si para alguien no hubiera nada bueno, o fuera completamente lo mismo una cosa que otra, estaría lejos de ser un hombre.*

★★★

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

COSTA RICA Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS AL CONSUMIDOR

Licda. Fiorella Bulgarelli G.*
Miembro Suplente de la
Comisión Nacional de Consumidor

INTRODUCCIÓN

La evolución del derecho de consumo costarricense ha sido sumamente lenta, pues tenemos en nuestra lista un poco más de la decena de leyes y decretos cuya idea principal fue en todo momento la fijación e inspección de precios y márgenes máximos de utilidad según se han dado las circunstancias particulares en materia comercial. Las pequeñas variantes han sido básicamente en cuanto al tipo de artículos regulados, a la calificación como "delitos" o como "contravención" –según fuera el caso– contra la actividad comercial y por ende las sanciones.

Hoy día las nuevas políticas para la promoción del libre comercio dadas a nivel internacional y adoptadas por nuestros países latinoamericanos, definitivamente obligan a cambios en el campo de la competencia interna que hacen necesario, no solo proponer medidas como la "desregulación" o mejor dicho "racionalización de trámites", reglas antimonopólicas, que armonicen con los programas de reforma del Estado; sino que también obligan a proteger y educar para su protección al consumidor (quien podría considerarse elemento clave o fundamental dentro del comercio).

Es por ello que la más reciente legislación nacional que cubre el tema combina los siguientes elementos:

- Educación sobre sus derechos fundamentales;
- Alerta sobre perjuicios a sus intereses;
- Obligación de informar correctamente para que la decisión de consumo sea la mejor;
- Incrementar políticas preventivas
- Ofrecer acceso a la justicia para obtener pronta reparación al perjuicio sufrido por la violación a sus derechos;

Se deja de lado, entonces, la fría e insuficiente actividad de inspección de precios, combinada con viejos principios y una idea muy tradicionalista y cerrada de lo que significa el

* Conferencia expuesta en el Seminario "Costa Rica y su Política en Defensa del Consumidor", celebrado en San José en marzo de 1997.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

consumidor, para pasar a un derecho más renovador, más humanista y solidario para que la complejidad de las relaciones comerciales entre oferente (comerciante) y consumidor no provoquen un desbalance tal que perjudique a éste último.

PRINCIPAL LEGISLACIÓN COSTARRICENSE PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

A lo largo de nuestro desarrollo legal en materia de consumo no contamos con un completo y formal cuerpo normativo sino hasta 1975, antes de esta fecha sólo hubo algunas huellas en artículos aislados en diferentes leyes específicas.

1.- Código de Carrillo (Código General de la República de Costa Rica).

Hacia 1841 surge este código con regulaciones y sanciones contra fraudes en el comercio como lo fuera mercadería falsificada, engaño y alteración de pesas y medidas; con las cuales se castigaba a los comerciantes inescrupulosos pero que indirectamente beneficiaban al consumidor (Artículos 309,310 y 644).

2.- Códigos Penales y el Código de Policía (1941).

Se trató en materia penal la falsificación de la sustancia, la cantidad o calidad de los productos y la propaganda desleal. Se dieron solamente sanciones penales que no producía mayor beneficio al consumidor que la consecuencia de sacar del mercado productos que podrían perjudicar su persona o sus intereses patrimoniales, pero que en realidad era una protección a la libertad comercial.

3.- Ley de Abastos No. 51 de 13 de julio de 1932.

Esta ley fue producto de la depresión mundial de la época de los treinta.

Reguló prácticas monopólicas y las sancionaba penalmente. Agravaba la infracción cuando se trataba de productos de primera necesidad ennumerados por decreto. También reprimía los convenios o pactos para limitar la producción de los artículos de consumo popular.

> "...Artículo 1º.- Considéranse actos de monopolio, punibles según la prescripción constitucional, aquellos que sin constituir un esfuerzo real, aumenten arbitrariamente las ganancias en forma desproporcionada con la inversión de capital y los que agravando los medios de subsistencia, difuculten la libre concurrencia y el resultado racional de la producción y entraben la libertad de comercio, y especialmente:
> a) El acaparamiento, substracción al consumo en cualquier forma o convenio para no vender, con el propósito de determinar acechando momentos propicios, el alza de los precios de los artículo de primera necesidad destinados a la alimentación, vestido, vivienda y alumbrado, cuya ennumeración hará por decreto el Poder Ejecutivo.
> b) Los convenios o pactos para limitar la producción o elaboración de los artículos de consumo popular."

Se introdujo la prisión preventiva para los casos de acaparamiento por un lado (Art. 2); y por otro la obligación de los comerciantes de entregar inventario de sus productos a la Secretaría de Gobernación, como entidad encargada de velar por un justo acceso a los productos (Art. 4).

Con esta ley se intentó proteger a los consumidores basándose en un justo reparto de artículos –sobretodo de primera necesidad– consecuencia de los difíciles momentos que atravesaba la economía del orbe.

4.- Ley de Subsistencia No. 6 de 1939.

Aprobada con motivo de la Segunda Guerra mundial.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Protegía artículos básicos o bien que no representaran un lujo *"... para que estén al alcance de las clases pobres..."* (Art. 1). Permitía expropiaciones por parte del Gobierno para vender artículos de primera necesidad al precio mínimo o al costo directamente al público –cuando había algun caso de acaparamiento–. (Arts. 2,3,4 y 6).

Mantuvo las multas –con motivos distintos– que se dieron en la Ley de Abastos; introdujo sanciones como el cierre del negocio y la cancelación de patentes –que quizá eran medidas más drásticas para los comerciantes–. (Art. 5)

Les dio el trato de contravenciones a las infracciones y las remitía para su juzgamiento al Agente Principal de Policía (Art. 7).

Como dato curioso regulaba el precio de los alquileres por ser esta materia de índole comercial en ese momento y sancionó los aumentos con multa equivalente al doble del monto cobrado de más.

5.- Ley No. 206 de Creación de la Oficina de Defensa Económica (1944) y Ley No. 57 de Defensa Económica (1945).

La primera, sea la Ley de Creación de la Oficina de Defensa Económica tuvo un carácter de emergencia y transitorio.

Fue producto de la guerra y como tal se encargaba del estudio y la recomendación de medidas económicas obligatorias para controlar los efectos adversos de la misma en la economía nacional. (Art. 3)

Básicamente describía la integración y funciones de la junta que conformaba la oficina en cuestión (Arts. del 4 al 10).

Regulaba:

1) Importación y distribución de cuotas
2) Gasolina
3) Artículos de Hule (Principalmente llantas)
4) Fijación de precios de artículos importados.

Entre las sanciones estaban las ya conocidas multas, la clausura del negocio hasta por treinta días, la cancelación de la patente comercial o industrial e incluso la inhabilitación para el ejercicio del comercio y la industria hasta por un año después de la declaración oficial del fin de la guerra. Para los extranjeros agregaba la expulsión o la cancelación de la carta de naturalización según fuera el caso. (Art. 11)

Por su parte la Ley de Defensa Económica de 1945, ampliaba un poco más lo que la ley anterior dejó sin regulación. Por ejemplo ofreció un listado oficial de los precios de los artículos de primera necesidad, a la vez que definía cuáles tenían ese carácter (Art.1). Esta asignación de fijar precios correspondía al Departamento de Precios y al Consejo Nacional de Producción. De esta manera se introdujo el concepto de "lista de precios" el cual se mantuvo hasta 1994 con la característica "sine qua non" de que debía ser VISIBLE. Se obligó, además, al uso de factura cuando ésta fuera solicitada por el cliente o consumidor.

Por otro lado señaló en el Capítulo II las atribuciones de la Oficina de Defensa Económica con lo que amplió lo señalado por la ley que la antecede. (Arts. del 11 al 29)

Las infracciones que se señalaron correspondían a precios mínimos, especulación, mala calidad, factura de venta, acaparamiento, pesas y medidas inexactas, falta de presentación del inventario, reincidencia y responsabilidad objetiva (Art. 30 y 33).

El juzgamiento era por la vía procesal penal pues se les dio el trato de contravenciones.

También hay que agregar que fue en esta ley que nació la figura de los "inspectores" a cuyos testimonios les dio el carácter de plena prueba (idea que se mantiene hoy en día) equiparándolas a las facturas de venta que ya gozaban de esa condición.

Se mantuvieron las sanciones anteriores y se incluyó una sanción "especial" para los casos de reincidencia. (Art.32)

Además de todo lo anterior instituía el procedimiento para denunciar y la manera de tramitar las denuncias (Arts. 37 y siguientes).

Por último y dentro de las disposiciones finales se señala que la ley será eficaz mientras se mantenga el estado de guerra o hasta donde lleguen los alcances de sus secuelas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

6.- Ley General de Salud y la Ley Orgánica del Ministerio de Salud (1973).

Constituye un avance importante pues introduce el valor "salud" como valor fundamental de la persona y por ende de los consumidores (Art.2 inciso b); y el valor "medio ambiente" (Art. 2 inciso g).

Con esta ley se protege la salud de los consumidores por medio de restricciones a laboratorios, profesiones y oficios relacionados con la ciencia de la salud, farmacias, propaganda y etiquetaje de medicinas y alimentos, actividades industriales, establecimientos de atención médica, establecimientos cuya sanidad sea de interés público, establecimientos de belleza, gimnasios, personas que producen o manipulan alimentos, aguas, aguas negras, contaminación del ambiente, etc.

7.- Ley de Protección al Consumidor No. 5665 de 1975.

Esta ley presenta como idea central la fijación de precios mediantes regulación de porcentajes de utilidad y precios máximos para bienes y servicios. Además de esto constituía el punto más importante del texto normativo, se proponía velar por la correcta calibración de pesas y medidas de los comerciantes de los consumidores; acaparamiento y normas oficiales de calidad. Sin embargo estos últimos tópicos podría decirse que casi llegaron a ser "letra muerta". Se eliminó el concepto de "unicamente artículos de primera necesidad, para hablar de artículos de consumo interno.

Estableció entre las obligaciones de los comerciantes (Arts 9 y siguientes): exponer las listas de precios, ofrecer claramente las condicio- nes de los planes de ventas a plazo, extender factura; mantenimiento de las máquinas de pesas y medidas, entre otros. Cabe resaltar que estas obligaciones eran con el Ministerio de Economía Industria y Comercio y no precisamente con los consumidores, aunque su acatamiento beneficiara indirectamente a éstos últimos.

La figura del INSPECTOR DE PRECIOS fue trascendental pues básicamente de ellos dependía la correcta aplicación de la ley. Sus actas hacían plena prueba en los casos de controversia.

Por otra parte el Capítulo VI mencionó de alguna forma la conocida publicidad engañosa (Art.17).

Sobre las sanciones se puede decir que se les continuó dando una connotación penal, así además de la prisión inconmutable, se aplicó el cierre del negocio y se castigó la reincidencia en determinadas circunstancias. En fin se siguieron los principios del Código Penal y su Código de procedimientos.

8.- Ley No. 6815, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Específicamente el artículo 3, inciso i) señalaba dentro de las atribuciones de la Procuraduría "...tomar las acciones legales pertinentes en resguardo de los intereses de los consumidores...", pero este inciso quedó derogado con la Ley No. 7319 de noviembre de 1992; de esta manera la Procuraduría del Consumidor realmente no tuvo mucho éxito.

9.- En enero de 1983 se creó la **COMISIÓN COORDINADORA DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR** donde se trató de orientar al consumidor, de llevar a cabo políticas y acciones administrativas, civiles y penales para su protección, pero al poco tiempo desapareció, pues faltó un poco más de delimitación y de guía para escoger la vía más eficiente y lejos de ayudar desorientó un poco la protección del consumidor.

10.- Ley No. 7142 de marzo de 1990, Ley de Promoción y de Igualdad Real de la Mujer.

Que junto con la Ley del Defensor de los Habitantes, creó la "Defensoría del Consumidor" como un organismo que quedó derogado con la promulgación de la actual Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

11.-Ley No. 7472 de 19 de enero de 1995.

Esta es la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, que junto con su Reglamento fue producto de la firme convicción de armonizar las demandas de apertura comercial con la correlativa necesidad de proteger al

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

consumidor y dejar de lado la absoluta inspección de precios para pasar a una intensiva educación, protección y promoción de autodefensa del consumidor.

La actual ley contempla en forma clara los derechos del consumidor (Art.29) y las obligaciones del comerciante o proveedor (Art. 31), introduce temas nuevos como: medidas cautelares, planes de ventas a plazo, ventas a domicilio, etc...; pero todavía me atrevería a afirmar que faltan temas interesantes por incluir como por ejemplo los casos de tiempos compartidos y conciliaciones telefónicas; y por ampliar, como por ejemplo el de publicidad engañosa.

La Ley crea dos Comisiones: una de promoción de la Competencia, y otra de Defensa del Consumidor; ambas con el verdadero carácter de Tribunal Administrativo, facultados para corregir las situaciones desacordes con lo estipulado por la Ley.

Dentro de las sanciones en materia de protección del consumidor se manejan básicamente las multas (Art. 54), según sea el caso; y otras como la devolución del dinero pagado o bien la publicación de aclaración por parte del comerciante que algunas veces puede incluir la sanción impuesta si así se dió; sin embargo faltan –en mi criterio personal– sanciones más drásticas, que curiosamente se tuvieron dentro de la legislación anteriormente, pero que hoy por hoy se eliminaron, como podría ser el caso del cierre del negocio o la clausura de la patente comercial. Es por ello que se formó recientemente una Comisión de Reforma a la Ley encargada de tomar los detalles que han ido surgiendo sobre la marcha en la aplicación de la Ley y que tiene como principal objetivo subsanar los errores o corregir las ausencias.

CONCLUSIONES

Todos los intentos de protección del consumidor, sean directos o indirectos, han servido si los vemos dentro de las circunstancias particulares dentro de las cuales fueron concebidos. Lo cierto del caso es que la revolución causada por la apertura comercial nos obliga no solo a ser consumidores más agresivos, educados y organizados como grupo; sino que también impone a los comerciantes pautas de comportamiento más conciente para con otros comerciantes, como para con otros consumidores.

Se trata de un Derecho de Consumo más humanista donde no se vela por el interés económico del consumidor, solamente, sino que también se incluyen valores fundamentales irrenunciables como la salud, la seguridad y el medio ambiente.

Creo que definitivamente tenemos que hacer conciencia que somos "atacados" con prácticas cada vez más agresivas por parte de los comerciantes, pero somos la parte más fuerte dentro de la relación comercial y de nosotros depende que funcione o no adecuadamente. Tengamos en claro que consumidores somos todos y debemos educarnos y dar a respetar nuestros derechos.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFÍA

VEGA CARBALLO (José Luis). La Ley de Protección al Consumidor: un estudio psicológico, sociológico de empresarios y consumidores, San José, Oficina de Información, 1975.

Textos Originales de las siguientes Leyes:

- Ley de Abastos No. 51 de 13 de julio de 1932
- Ley de Subsistencia No. 6 de 1939
- Ley de Defensa Económica No. 57 de 1945
- Ley No. 206 de Creación de la Oficina de Defensa Económica.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República
- Ley Orgánica del Ministerio de Salud No. 5412.
- Ley de Protección del Consumidor No. 5665
- Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer No. 7142
- Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor No. 7472

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA ESTAFA. ANÁLISIS DE SUS ELEMENTOS Y PROBLEMÁTICA CON LOS LLAMADOS DELITOS INFORMÁTICOS

Daniel Sánchez Delgado U.C.R.

INTRODUCCIÓN

El devenir humano, se caracteriza por una situación extremadamente importante, y sumamente delicada para los aplicadores del derecho penal, la multiplicidad de conductas que puede producir y la cantidad de medios con los cuales puede realizarlas.

Ante estas situaciones el Derecho Penal ha tenido que irse ajustando a la cambiante realidad para no dejar sin regulación ámbitos sumamente importantes de la vida social, y más que todo lo atinente a la materia criminal. Como ejemplo tenemos el fallo de la Corte de Casación Francesa –13 de agosto de 1912–, que en el caso de hurto entiende este aplicable a bienes intangibles como el agua y la electricidad, o el caso más reciente por parte de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que en resolución 305-92, resuelve utilizando un criterio similar al de la Corte Francesa. Sin embargo no siempre la historia termina satisfactoriamente para el derecho, como lo fue el caso del Capitán Scott Zabrist, que participó en el rescate del piloto Scott O Grady, que transmitió por correo electrónico un mensaje a varios amigos detallando el rescate, armas y códigos empleados en la misión. El mensaje fue remitido a otras personas y se propagó en la red (internet), pero la insuficiencia de leyes referentes a la transmisión de información por redes informáticas liberó al capitán de toda responsabilidad penal.[1]

Haciendo una analogía que explique a lo que ahora nos enfrentamos el derecho al igual que el mejor de los metales, tiene su punto máximo de maleabilidad como lo es el caso del oro. Sin embargo la práctica legislativa oportuna puede evitar que se llegue a este puto o por lo menos el actuar prestamente, podría arreglar la situación. Lo que a todas luces es impracticable pues el aforismo de que el "derecho siempre llega tarde", nos lleva primero a que el derecho se "quiebre", con los prejuicios que esto conlleva, y luego se actúa.

1. Revista Internet, Nº 1, año 1, p. 6

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Este es el problema que presento plantear aquí en este estudio. Pero relacionado específicamente con el delito de la Estafa y la problemática que enfrenta su estructura y aplicación tradicional contra los avances en la informática. Un caso que podría ejemplificar tal situación son los sistemas que se están implementando en Internet, para realizar las llamadas compras en línea, o la posibilidad de realizar maniobras delictivas en este espacio que permite pocas posibilidades de rastreo para los infractores o el ingreso a sistemas no permitidos para realizar manipulaciones dañinas del patrimonio de un tercero, etc. Pero sobre este punto se ahondará más adelante.

Uno de los obstáculos (no en sentido peyorativo), para lograr abarcar este sinnúmero de conductas, es el principio de tipicidad. Sobre este punto el Dr. Renato Javier Jijena, en su conferencia de *"La criminalidad informática: situación lege data y lege ferenda en chile"* (III Congreso de Informática y derecho, realizado en Mérida España, en 1992), manifestó que uno de los problemas de legislar en una materia como lo es la informática, son los cambios constantes que esta vive, de ahí que propongamos que la legislación penal que la regule debe estar diseñada de tal forma que no "nazca vieja" para las expectativas de una buena tutela penal.

Bajo esta tesitura expondré los puntos más importantes y posibles soluciones sobre el delito de estafa frente al fenómeno de la informática basado un poco en la experiencia de países como Alemania y España. Sin embargo antes dedicaré en la primera parte de este estudio, se hará una explicación concisa del tipo de la estafa y las discusiones que hasta el momento han suscitado.

I. EL DELITO DE ESTAFA

a. Concepto y Generalidades.

En acuerdo con Antón Oneca, podemos decir que la estafa la cometen los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de un tercero[2]. En la doctrina domina la nota de la insidia como elemento determinante de la estafa pues no basta cualquier fraude sino que este tenga el poder de engañar. Esto lo deja manifiesto las definiciones de engaño astuto de Von Lizt, o la insidia tendida contra la buena fe ajena de Pessina, o la impostura apta para engañar de Giuliani[3]. Nuestro Código no es omiso a esta tendencia, al exponer el requisito de inducir a error a otra persona o manteniéndolo en el, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, y así sacar provecho del perjuicio patrimonial creado al sujeto pasivo o un tercero.

Por su parte Arteaga Sánchez, hace una reproducción del artículo 464 del Código Penal de Venezuela, basado en modelo italiano de 1889, que define la estafa como el hecho de quien con artificios u otros medios capaces de engañar o sorprender la buena fe de otro, induciéndole a error procura a sí mismo o a un tercero un provecho injusto con daño o perjuicio ajeno[4].

2. Antón Oneca citado por BUSTOS RAMIREZ (Juan), *"Manual de Derecho Penal, Parte Especial"*, Barcelona, ARIEL, 2a edición, p.190
3. PUIG PEÑA (Federico), *"Derecho Penal, Parte Especial"*, Madrid, EDITORIAL REVISTA DE DERECHO, 1955, T. IV, 4a. Edición, p. 239
4. ARTEAGA SANCHEZ (Alberto), *"La Estafa y otros Fraudes en la Legislación Penal Venezolana"*, UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA, 1971, p. 63.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La Jurisprudencia también en igual sentido a lo expuesto anteriormente ha definido a la estafa "como delito contra la propiedad, hace referencia a un perjuicio patrimonial logrado por medios fraudulentos, a través de artificios o engaños que actúan sobre la voluntad del sujeto, el cual aunque procede libremente, lo hace determinado o inducido por el error en que se encuentra acerca del significado de su decisión"[5], bajo la misma línea Carlos Pérez considera que la esencia de la estafa es la desposesión indebida de bienes ajenos, mediando artificios o engaños para obtenerla[6].

Además de la ya mencionada importancia de el engaño, insidia, ardid, etc. que hacen caer en error a la víctima del delito de estafa, es necesario mencionar que esta se estructura como un ataque a la propiedad , pues en virtud de una disposición patrimonial viciada por el engaño, lo que se produce es un beneficio indebido para sí o para un tercero[7]. Así lo demuestra también la Sala Tercera al determinar que "ahora bien, en el delito de estafa el sujeto logra entrar en posesión de la cosa, venciendo la voluntad de la víctima con el ardid, a través de medios artificiosos, simulando hechos falsos o deformando u ocultando otros verdaderos, para obtener la finalidad perseguida."[8], donde se puede notar la verdadera patrimonialidad que encierra el delito además del requisito del engaño que hace caer en error.

Podemos decir así que el delito de Estafa es un delito contra la propiedad , el cual se caracteriza por la producción de un engaño ya sea positivo o negativo, de simulación o disimulación[9], que hace caer en error a un tercero, el cual dispone del patrimonio creando un beneficio para el sujeto activo o para un tercero.

Los elementos que configuran el tipo de la Estafa son: los Objetivos, a) la conducta engañosa, b) el error, c) el acto de disposición patrimonial, d) perjuicio patrimonial y e) la relación de causalidad entre los elementos anteriores, y los Subjetivos, a) dolo y b) ánimo de lucro. Estos se desarrollarán con mayor detalle más adelante.

b. Diferencia con otros delitos

La característica que hace que el delito de Estafa subsista como un tipo independiente es precisamente el engaño, ya sea por la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos. Mientras que en el hurto hay una obtención de la cosa por parte del autor sin participación alguna de la víctima –es decir alarga la mano apoderándose de la cosa ajena–, en la estafa la víctima entrega la cosa bajo su propio consentimiento –pero bajo engaño–[10]. En la estafa la cosa no se sustrae sin la voluntad del dueño sino bajo engaños o medios fraudulentos se obtiene su entrega. Otra diferencia significativa, se traduce por el tipo de bienes que afecta, siendo afectados por el hurto los bienes muebles y por la estafa tanto estos como los inmuebles.

Con respecto a la Apropiación indebida[11], podemos decir que en esta el culpable recibe la cosa normalmente, por la confianza que se le tiene bajo la custodia de una cosa mueble o un valor ajeno, por un título que produzca la obligación de entregar, pero luego se apropia de esta[12]. La diferencia estriba en el llamado *"dolo al principio"* y *"dolo al final"*, el primero se refiere al caso de la estafa que inicia por el engaño con el ánimo de perjudicar el

5. Sala Tercera de la Corte Nº: 160 del 16/04/1993 14h 00m.
6. PEREZ (Luis Carlos), *"Derecho Penal, Partes General y Especial"*, Bogotá, TEMIS, 1988, p. 445.
7. FONTAN BALESTRA (Carlos),*"Derecho Penal Parte Especial"*, Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 13va. edición, p. 489.
8. Sala Tercera de la Corte Nº: 200 del 14/05/1993 09h 30m.
9. Ver ARTEAGA SANCHEZ (Alberto), op. Cit. p. 60ss.
10. PUIG PEÑA (Federico), op. cit. p. 243
11. Sobre el tema se puede consultar la resolución Nº: 690 del 20/12/1991 10h 10m. Sala Tercera de la Corte.
12. CUELLO CALON (Eugenio), *"Derecho Penal Parte Especial"*, Barcelona, BOSCH, 14a. edición, T. II, Vol. II, p. 934..

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

patrimonio ajeno, y el segundo es el caso de la Apropiación indebida, pues la acción del culpable inicia como cualquier compromiso normal, y termina con la apropiación dolosa del bien[13].

c. Sujeto Activo

El sujeto activo puede ser cualquier persona. La jurisprudencia así lo certifica pues habla simplemente de sujeto activo, sin hacer distinción alguna, que en nuestro caso el Código no hace[14]. También sobre este tema se puede decir que el tener alguna cualidad especial agrava la pena, como es el caso del apoderado, administrador, etc. (art. 216 párrafo 3er.), sobre el punto Finzi indica que el número de autores no es una circunstancia prevista en el delito de estafa lo cual no está bien pues el concurso de varias personas en la estafa vuelve más creíble lo que no es verdadero y más insidioso en engaño, y agrava, por consiguiente, la peligrosidad del hecho[15].

d. Sujeto Pasivo

Es evidente que el sujeto pasivo es el que sufrió o mejor dicho cayó en el engaño, del sujeto activo. Hay que tomar en cuenta la diferencia entre víctima y damnificado, de ahí que podamos hablar de víctima para referirnos al engañado propiamente dicho y damnificado al que sufre el perjuicio patrimonial. Esto sin perjuicio de que un mismo sujeto pueda ocupar ambos roles al mismo tiempo, pues como bien lo dice Cuello Calón que "el sujeto pasivo puede ser cualquier persona que ha sido víctima del engaño, pero ésta no se identifica con la persona que sufrió el perjuicio patrimonial"[16]. El propio sujeto pasivo es quien realiza el acto consumativo, disponiendo, a causa del engaño, de una parte del patrimonio en favor de un tercero"[17]. Así la jurisprudencia ha expresado que "el concepto de estafa se estructura con un ataque a la propiedad o como se dice modernamente, al patrimonio, consistente en una disposición de carácter patrimonial perjudicial, realizada por el sujeto pasivo, viciada en su motivación por el error que provoca el ardid o engaño del sujeto activo". (Resolución Nº: 98 del 26/06/1992 Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Segunda.). Nótese que en el caso que se presenta el sujeto pasivo es el mismo que sufre el perjuicio patrimonial.

e. Consumación y Tentativa

De acuerdo a Fontán Balestra la estafa se consuma en el momento de tener lugar el perjuicio patrimonial y estima que adelantar esta a la realización del ardid supone tener por actos de consumación los que sólo constituyen tentativa[18]. De la discusión de Código Penal Italiano de 1889 hubo acuerdo unánime al considerar como consumado el delito de estafa a darse la entrega de la cosa –*la consegna della cosa*– término criticado por varios autores como Finzi que prefiere hablar de disposición patrimonial pues considera que el término italiano entrega de la cosa supone un acto positivo de la víctima, dejando de lado los negativos que también

---

13. "Como bien lo señaló la mayoría, el delito de apropiación o retención indebida es una defraudación por abuso de confianza, originada en un negocio jurídico que presupone como antecedente la entrega voluntaria de la cosa al autor, y precisamente en ello se diferencia de la estafa, porque en la primera existe el deseo (voluntad de entregarle la cosa, en virtud del vínculo jurídico que le obliga a devolver o restituir posteriormente, mientras que en la estafa el sujeto logra entrar en posesión de la cosa venciendo la voluntad de la víctima con el ardid,con los medios artificiosos, simulando hechos falsos o deformando u ocultando otros verdaderos, también para obtener la cosa". Resolución Nº: 690 del 20/12/1991 10h 10m. Sala Tercera de la Corte.
14. Ver en ese sentido resolución Nº: 515 del 28/11/1994 16h 02m. Sala Tercera de la Corte, y de la misma Sala la resolución Nº: 160 del 16/04/1993 14h 00m. y Resolución Nº: 98 del 26/06/1992. Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Segunda.
15. FINZI (Conrado),"*La Estafa y Otros Fraudes*", Buenso Aires, DEPALMA, 1961, p. 33.
16. CUELLO CALON (Eugenio), op. cit. p. 928.
17. RODRIGUEZ DEVESA, "Derecho Penal Español, Parte Especial", Madrid, Artes Gráficas Carasa, novena edición, 1983, pág. 480.
18. FONTAN BALESTRA (Carlos), op. Cit. p. 497.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pueden ser configurativos de estafa (un no actuar o una renuncia)[19][20].

Refiriéndose a la tentativa, la jurisprudencia a manifestado "esta figura comienza con el despliegue de medios engañosos, dura mientras se persiste en este tipo de actividad. La tentativa desde el comienzo de ejecución debe contener los elementos subjetivos propios de la figura"[21]. Sin embargo contrario a la opinión de Fontán Balestra el Tribunal SUPERIOR PENAL, Pérez Zeledón, No. 52 de las 16:30 hrs. del 13 de abril 1981, manifestó que "Si mediante el ardid de presentarle al ofendido unos pedazos de lotería adulterados, el imputado logró que aquél cayera en error y se los cambiara, con lo que logró obtener para sí un beneficio económico, en la especie se configuró el delito de estafa en grado de tentativa, toda vez que el encartado fue detenido poco tiempo después, lo que hace que los delitos de alteración de documentos y uso de los mismos que también se le atribuyen a éste en el requerimiento de elevación a juicio, queden subsumidos en el primer ilícito indicado", en este caso es obvio que se produjo un perjuicio patrimonial, pero aún así se condena en grado de tentativa.

Otro punto relacionado con la tentativa es el caso de la tentativa inidonea o delito imposible, esto por cuanto las condiciones objetivas y subjetivas del engaño, no permiten la posibilidad del perjuicio patrimonial. En este sentido el Tribunal Superior Penal, Alajuela, Sec. B "considera que el delito de estafa no llegó a configurarse, ni siquiera en grado de tentativa, ya que a la presunta perjudicada no se le engañó en forma alguna, porque el ardid utilizado no fue idóneo para llevar adelante esta delincuencia, pues la falsificación del cheque estaba hecha de forma tan burda que era incapaz de hacer incurrir en error a cualquier persona de inteligencia media, y ante tal situación es imposible el segundo elemento del delito de estafa, o sea, el engaño de la víctima, así como también se torna irrealizable su perjuicio patrimonial y el beneficio del mismo tipo para el autor, por lo que debe absolverse a la encartada de toda pena y responsabilidad"[22].

III. BIEN JURÍDICO TUTELADO

Es unánime la doctrina en cuanto a que uno de los bienes jurídicamente tutelados es el patrimonio[23], de esta forma Luis Carlos Pérez explica en el delito de estafa lo que se trata de proteger es la disposición que tiene un sujeto

19. ARTEAGA SANCHEZ (Alberto),op. Cit. p. 80.
20. Sobre este punto el autor citado infra expone la problemática por la reforma al Código Penal Venezolano, en 1964, el cual pretendía cambiar el verbo *procure* proveniente del Código Italiano de 1889 *"procura a sé o ad altri un inglusto profitto"*, por el verbo *obtener,* lo cual no fue aceptado. Arteaga considera que el Legisladr no comprendió que realmente lo único a lo que respondía la reforma era un mero cambio cosmético, pues el usar un verbo u otro no cambiaría la naturaleza del delito de estafa.
21. Tribunal Superior Penal, Alajuela, Sec. Segunda, No. 236 del 10 de noviembre de 1989.
22. Tribunal Superior Penal, Alajuela, Sec. B, No. 93 del 15 de abril de 1986.
23. Hablamos aquí de un concepto amplio de propiedad, y que comprende no solamente bienes muebles e inmuebles, sino también todo aquello que tiene significado para modificar los derechos y obligaciones que en conjunto constituyen el patrimonio y que abarca derechos reales y personales, renuncia a derechos, creación de obligaciones, que el delito puede alterar cambiando la resultante de la relación que ellos guardan entre sí y que es el resumen del estado patrimonial de una persona. FONTAN BALESTRA (Carlos), op. cit. p. 490. En igual sentido "la ley penal hace del patrimonio una consideración genérica y objetiva y la tutela que le otorga es en razón de un fin objetivo y colectivo, en este sentido el medio comisivo del delito es aquél por el cual se llega a la lesión patrimonial y en la especie quedó claro eso" Tribunal Superior de Puntarenas, No. 148 de las 14,55h del 5 de octubre de 1988.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

objeto, también sobre el tema de la patrimonio Manzini explica que "el objetivo específico en la tutela de la estafa es el interés público en la inviolabilidad del patrimonio", de igual forma Schonke-Schroder ponen una posición más radical basados en la doctrina según la cual el bien jurídico de la estafa es "el patrimonio y sólo el patrimonio". Sin embargo hay un poco de discusión en cuanto al otro bien jurídico que tutela el delito de estafa y también sobre su posición principal o accesoria. Así Hafter considera como objeto de protección primario la lealtad y la buena fe y solo secundario el patrimonio, pero en sentido contrario esta Antolisei, que admite la tutela de la patrimonio y también una protección a la libertad del consentimiento en negocios patrimoniales[24].

Algunos autores consideran que no hay problema alguno en incluir el bien jurídico de la seguridad en las relaciones jurídico patrimoniales junto con el del patrimonio (Binding, Hafter, Bolkelmann). Es así como Antón Oneca explica la dualidad de posiciones con respecto a este tema pues establece que los que destacan por ejemplo la buena fe, es porque consideran la lesión al patrimonio como un supuesto necesario, de ahí que se haga hincapié en lo específico y no lo genérico. Por otro lado los que dan mayor importancia al patrimonio económico se ven obligados a reconocer el conjunto de especies delictivas que lo perjudican, por supuesto dentro de estos el engaño[25]. Por otro lado Manzini dice que "...la incriminación de la estafa se tutela no tanto la mutua confianza en las relaciones patrimoniales individuales pues es posible también la estafa en las relaciones ilícitas, sino el interés público en impedir el engaño inductor de prestaciones útiles no debidas"[26], contrario a esta afirmación se ha manifestado parte de nuestra jurisprudencia[27], al manifestar la imposibilidad de la existencia del delito de estafa en relaciones ilícitas. Sería caer en el absurdo de condenar por estafa al traficante que induciendo a error a su comprador le vende talco en lugar de cocaína. Sin embargo otra parte de nuestra jurisprudencia si esta de acuerdo con Manzini, como lo presenta el fallo No. 159 del Tribunal Superior Penal de Puntarenas de 1983. ("Delitos contra la Propiedad", Alvarez C. y otros, p.114.)

La jurisprudencia nacional, parece ser que ha aceptado la posición predominante del patrimonio como bien jurídico de la estafa. Esto, claro, sin perjuicio de un control sobre la seguridad jurídica en las relaciones patrimoniales como señala Antón Oneca. Más específicamente la Sala Tercera dijo "En el presente asunto, es evidente que el delito de estafa sanciona la afectación al patrimonio ajeno, ofensa que puede ser llevada a cabo a través de medios diversos al uso de un documento falso"[28]. En virtud de estas opiniones jurisprudenciales y doctrinarias podemos decir que es evidente que el bien jurídico del delito de estafa es el patrimonio (ver infra 23 nota al pie), pero no hay problema alguno en aceptar como adjunto el bien jurídico de la seguridad en las relaciones patrimoniales, pues es evidente el perjuicio patrimonial pero la forma es lo que realmente caracteriza al delito, de manera que si fuera solamente el patrimonio no queda clara una real diferencia con los demás delitos contra la propiedad.

24. PEREZ (Luis Carlos),op. Cit. p. 442.
25. Ibídem.
26. Ibídem.
27. (...) conforme lo establece Magliori "Cuando dos personas se ponen de acuerdo para violar el ordenamiento jurídico, éste no puede amparar a ninguno de los dos, porque el Estado protege al que observa el ordenamiento jurídico, no al que lo lesiona" . Agrega más adelante el citado tratadista que "En particular, el patrimonio privado es defendido mientras se hace de él un uso conforme al derecho, no contra el derecho. Por otra parte, si no hay estafa sin ilegitimidad del daño, no puede llamarse elegítimo el daño del que, tratándose de una cosa ilícita, acepta espontáneamente el riesgo que puede provenirle de la irrealización del negocio ilícito" (G. Maggirori, Derecho Penal, T. V, pp. 133). Es criterio del Tribunal, siguiendo los lineamientos descritos que no se da la estafa en los negocios ilícitos y en el caso sub-examine estaríamos, conforme a la prueba evacuada, ante esa eventualidad". Resolución Nº: 160 del 17/09/1992 17h 00m, Tribunal Superior Tercero Penal, Sec. Segunda.
28. Sala Tercera de la Corte, Nº 585 del 12/12/1994.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

IV. ELEMENTOS DEL DELITO DE ESTAFA

a) El Engaño

Es este elemento el que diferencia de los demás delitos contra el propiedad al delito de Estafa. Llamado también ardid, el cual lo podemos describir en arreglo al código penal como la acción de inducir a error a otra persona o manteniéndola en él, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos(216 Código Penal). Es considerado como una determinada maquinación o simulación por parte de un sujeto, el que tiene que tener suficiente aptitud para inducir a error a otro. Sin embargo el engañar a cualquier sujeto no es delito de estafa, pues en el caso de los incapaces o menores lo que se comete es hurto, pues estos sujetos carecen de capacidad para entender o comprender[29].

La Jurisprudencia por su parte a manifestado que, "Los presupuestos del delito de Estafa lo constituyen substancialmente el ardid y el perjuicio patrimonial, conociendo que el ardid es el astuto despliegue de medios engañosos, con lo cual hace crear en la mente del sujeto pasivo una realidad de algo incierto, con el objeto de promover un perjuicio patrimonial al ofendido"[30], en el mismo sentido también se ha pronunciado al decir que "el ardid es el astuto despliegue de medios engañosos, con lo cual hace crear en la mente del sujeto pasivo una realidad de algo incierto, con el objeto de promover un perjuicio patrimonial al ofendido"[31], es decir el ardid o engaño se constituye como el medio para hacer caer en error al sujeto pasivo, ya sea simulando hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, para así lograr el perjuicio del patrimonio de la víctima.

Algunos autores han discutido bajo el análisis del engaño, sobre la posibilidad de aceptar o no la mentira como un engaño idóneo para llenar el elemento objetivo del tipo. Es así como Carrara seguidor de la teoría de la *mise en scéne*, considera que esta (mentira), debe distinguirse del artificio y no puede considerarse delictiva, ya que nadie puede creer fácilmente a las palabras ajenas, y si las cree "cúlpese a si mismo"[32]. Carrara es seguidor de la Teoría de la *Mise en Scéne*, edificada por el francés Cucumus, que consistía en el artificio o elaboración objetiva del sujeto activo tendiente a lograr el engaño de la víctima gracias al apoyo de elementos materiales que den sustento a su engaño; el mismo autor explicaba que los que se hacen sacar dinero de una mujer harapienta que jura saber los resultados de la lotería, no merecen ninguna protección, por el contrario los que se hacían engañar por una mujer de finas ropas y joyas que demostraran su conocimiento de los sorteos de lotería, a este sujeto si le corresponde protección penal[33]. Esta teoría se refiere al aparato exterior creado por el agente para hacer surgir una situación artificiosa, y tiene el mérito de completar los aspectos objetivos y subjetivos de la defraudación, su base esta en la puesta en escena,

29. CUELLO CALON (Eugenio), *"Derecho Penal Parte Especial"*, Barcelona, BOSCH, 14ta. edición, T. II, Vol. II, p. 931. En igual sentido la Corte de Casación Italiana dijo "La falta absoluta de discernimiento imposibilita el acto volitivo que, aún cuando derive del embuste, es indispensable en el fraude", para que exista es menester tener completamente todas las facultades necesarias a fin de determinar el intelecto y la voluntad en sus acciones especiales. Citado por FINZI (Conrado), op. cit. p. 61.
30. Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Tercera, Nº 4 del 15/01/1991.
31. Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Tercera, Nº 4 del 15/01/1991.
32. ARTEAGA SANCHEZ (Alberto), *"La Estafa y otros Fraudes en la Legislación Penal Venezolana"*, UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA, 1971, p. 68.
33. FINZI (Conrado), *"La Estafa y otros Fraudes"*, Buenos Aires, DEPALMA 1961, p. 36.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

es decir en todos los aspectos objetivos de que se vale el agente para procurar engañar a su víctima, de ahí que sus seguidores no acepten la posibilidad de la mentira como objeto para producir la estafa. Sobre esta teoría Soler manifiesta que no debe entenderse la puesta en escena en el sentido de que requiera una gran aparatosidad, sino a la necesidad de un hecho exterior. Asimismo admite que la solo mentira no constituye por sí sola engaño[34].

Algunos autores como Fontán Balestra, que sin llegar a aceptar totalmente la teoría de la *mise en scéne*, explica que hay una diferencia clara entre mentira y engaño. La primera es una simple falsedad sujeta a la credulidad del tercero, y la segunda requiere de mayor elaboración objetiva que permita reconocer el nexo causal entre el error y el engaño[35].

Otros autores reconocen que si bien la simple mentira no llega a alcanzar el elemento engaño, no es tampoco aceptable una posición extrema como la de la *mise en scéne*, que exige todo un marco objetivo para el engaño. Estos son los seguidores de la posición sobre la "mentira eficaz", llamada por otros la mentira tendenciosa elaborada hacia un fin. Esta teoría es propugnada por algunos juristas dentro de los cuales destacan Bernaqui Jauregui, que menciona el caso del sujeto que ha cultivado durante años la amistad de otro, sin ninguna intención malsana, pero en un momento determinado le pide en préstamo una fuerte suma de dinero que no devuelve porque tan pronto lo obtiene se marcha del país[36]. No acepta toda mentira como mentira eficaz, sino que hay estados de conciencia entre las personas vinculadas por afecto, amistad, compromisos sociales, por motivos económicos, políticos o religiosos que facilitan la credulidad determinante en cualquier clase de actividades[37].

Por nuestra parte nos adherimos al criterio que expone Bustos Ramírez, pues no es una posición puramente objetiva (*mise en scéne*), ni puramente subjetiva, es decir que el engaño dependa de la subjetividad de la víctima (la pura mentira o juicio de valor)[38]. De esta forma lo que se debe hacer es una valoración casuística, para determinar si el engaño es idóneo para producir error en la víctima, es decir, que puede haber toda una aparatosidad escénica para producir el engaño pero que este no sea relevante para el sujeto determinado, piénsese en el caso extremo de quién pretende engañar a un astronauta experimentado fingiendo en un estudio de televisión que se está en la luna. Por otro lado también la mentira debe ser examinada con respecto al sujeto que la recibe, es decir nivel académico, creencias, nivel socioeconómico, etc[39].

Nuestros Tribunales sobre el punto del engaño y la mentira ha manifestado que :
"[...] la jurisprudencia nacional, ha considerado que existe artificio o engaño cuando éste ha sido idóneo en el caso que en concreto se analiza, para inducir en error al ofendido y causarle perjuicio patrimonial, de tal manera que la sola mentira siempre y cuando sea idónea para engañar al perjudicado, es suficiente para que se configure con su actuar el delito de Estafa; basta que el medio utilizado haya ocasionado engaño y por ello no es obstáculo para declarar la comisión del delito, la ignorancia o ligereza

---

34. SOLER (Sebastián), *"Derecho Penal Argentino"*, p. 333 a 334.
35. FONTAN BALESTRA (Carlos), *"Derecho Penal Parte Especial"*, Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 13va. edición, p. 491.
36. PEREZ (Luis Carlos), op. cit. p. 450., sobre este tema también menciona el antecedente que enuncia el juez francés Berlet que dice que "ningún inconveniente serio resultaría la admisión de la mentira perjudicial entre el número de las causas constitutivas de la estafa, y no se vería más, después de la extensión del delito, al impúdico caballero de la industria comprar mercadería a crédito, con la firme intención de no pagarla jamás, y hacerse consentir adelantos de fondos, persuadiendo a su víctima de la existencia de una sociedad quimérica, teniendo cuidado de no dar a nadie ningún título o constancia de la maniobra fraudulenta".
37. PEREZ (Luis Carlos), op. cit. p. 452.
38. BUSTOS RAMIREZ (Juan), "Manual de Derecho Penal, Parte Especial", Barcelona, ARIEL, 2da. edición, p. 191.
39. "La mentira no es mensurable en abstracto, sino en las situaciones de que se trate. El mismo embuste es susceptible de crear error en un caso y de provocar la risa en otros" PEREZ (Luis Carlos), op. cit. p. 453.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en el perjudicado; de ahí verbigracia, que la calidad simulada, la falsa atribución de un rango, la falta a la verdad debida a la simulación de lo que se dice o se hace creer para inducir al sujeto pasivo a engaño; si casuísticamente es un medio idóneo para engañarlo es suficiente para afirmar que el delito de Estafa nació a la vida jurídica"[40]. Podemos decir bajo toda esta tesitura que el elemento del engaño no debe ser considerado como un elemento riguroso, por el contrario, es su adaptación a un sinnúmero de situaciones lo que permite una mejor tutela penal. Pero no una aplicación por la aplicación, sino una aplicación basada no en una prudencia mediana, o a un marco objetivo determinado, por el contrario basada en las condiciones personales(intelectuales)[41] del engañado en cada caso y la idoneidad del marco objetivo para engañar a el sujeto determinado[42].

Con respecto al silencio o la omisión como medios para producir engaño, buena parte de la doctrina los admite pero en el supuesto de que haya una obligación o un deber de garante[43], del sujeto activo. De tal forma si de un sujeto deviene el deber jurídico de informar, y no lo hace (la obligación que nace de un contrato), estaría engañando por omisión[44]. Por otro lado no es aceptable la omisión impropia en el delito de estafa, pues como bien lo señala Fontán Balestra "Dar significado de ardid al silencio cuando la ley no dice expresamente, crea el riesgo de transformar en delictuosa la mera falta de lealtad en las convenciones civiles"[45].

b) El Error

El error es considerado como la falsa representación de la realidad, es un falso conocimiento de esta. Este elemento está determinando la utilización de ciertas artimañas o engaños, que llevan al sujeto pasivo a error. Sin embargo no todo error o representación falsa de la realidad produce estafa, pues puede haber error y no así engaño, sobre este punto Bustos Ramírez expone algunos ejemplos, como el caso de los curanderos que leen las cartas o la palma de la mano, o el caso del aprovechamiento de la ignorancia como el que compra a un campesino un montón de piedras brillantes, que ignora sean oro a un bajo precio[46].

Nuestro Código Penal, habla de "el que induciendo a error o otra persona o manteniéndola en el ..."(216), teniendo aquí la aplicación de dos verbos núcleos del tipo, es decir induciendo y manteniendo. De a cuerdo con Manzini "induce a error tanto el que crea el error mismo, como el que lo acrecienta, lo consolida o de otra manera lo hace más fuerte", de esta forma se encierra en la definición supra citada el verbo manteniendo. Es decir se puede cometer estafa por el sujeto que sin crear el error se aprovecha manteniendo en el, a su víctima, no así no habría estafa del que únicamente se aprovecha del error de la víctima y pacta con el (caso del campesino, citado infra), el reconocer esta acción como constitutiva del delito de estafa, llevaría a aceptar la comisión por omisión sin que exista una deber de garante. Por nuestra parte y apoyados de gran parte de la doctrina no aceptamos la estafa por omisión impropia, pues consideramos esto para el ámbito civil. El proyecto del Código Penal no difiere del código actual. En lo que importa expone que cometerá estafa "Quien lesione el patrimonio ajeno, induciendo a error

---

40. Tribunal Superior Cuarto Penal, Sec. Segunda, Nº 2130 del 28/10/1991 13h 30m. Ver en igual sentido Sala Tercera de la Corte, Nº 333 del 27/11/87, Tribunal Superior Primero Penal, Sec. Segunda, Nº 18 del 28/01/1991 09h 55m, Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Segunda, Nº 68 del 13/05/1991, Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Tercera, Nº 172 del 29/10/1991.
41. FINZI (Conrado), op. cit. p. 40.
42. "En esta materia no se pueden sentar reglas absolutas, y siempre debe apreciarse la peligrosidad del agente y las condiciones personales del estafado, ya que una de las artes más habilidosas del embaucador es la de escoger a su víctima para explotarla en sus debilidades y pasiones. El criterio para juzgar la idoneidad del ardid, es, pues muy relativo", fallo del 16 de diciembre de 1955. Colombia, citado por Luis Carlos Pérez. op. cit. 454.
43. Algunos autores admiten también la costumbre, las relaciones sociales o la convención. Ver ARTEAGA SANCHEZ (Alberto), op. cit. p. 71.
44. BUSTOS RAMIREZ (Juan), op. cit. 191.
45. FONTAN BALESTRA (Carlos), op. cit. 492.
46. BUSTOS RAMIREZ (Juan), op. cit. 192.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a otra persona o manteniéndolo en el...", es sin temor a dudas el mismo texto pero con una redacción más clara.

Uno de los aspectos del error es que debe influir en el consentimiento como un vicio de este. Si por otro lado no se vicia el consentimiento por error sino por violencia estaríamos ante otro delito, así lo ha manifestado la jurisprudencia que en su momento dijo: "En la Extorsión estos medios son la intimidación o las amenazas graves, mientras que en las Estafa es la inducción a error (proveniente de la simulación de hechos falsos o de la deformación u ocultación de hechos verdaderos). Ahora bien, cuando la intimidación o la amenaza grave reposa o se erige sobre el error a que se induce a la víctima, proveniente de la simulación de hechos falsos –como sucede en este caso concreto– o de la deformación u ocultación de hechos verdaderos, la diferencia entre Extorsión y Estafa persiste incólume, pues resulta claro que mientras en la última el sujeto pasivo cede al engaño, en la Extorsión se sucumbe al engaño y al miedo, esto es, a la fusión que resulta de ambos factores en el ánimo de la víctima"[47]. En el delito de extorsión el error se produce por la intimidación o la violencia, en la estafa es un error que vicia el consentimiento pero producto de un engaño elaborado delicadamente para que la víctima caiga o ceda a este.

La jurisprudencia ha manifestado que el error es uno de los elementos esenciales, del tipo de la estafa siendo así el resultado del engaño que produce la disposición patrimonial, así la Sala Tercera de la Corte lo ha manifestado al decir que "La estafa, como delito contra la propiedad, hace referencia a un perjuicio patrimonial logrado por medios fraudulentos, a través de artificios o engaños que actúan sobre la voluntad del sujeto, el cual aunque procede libremente, lo hace determinado o inducido por el error en que se encuentra acerca del significado de su decisión"[48].

c) Disposición Patrimonial

Este tercer elemento consiste la disposición que realiza la víctima de la cosa, como consecuencia del error en que ha sido inducida por el autor. El error debe llevar a la víctima a realizar la disposición patrimonial, debe haber un acto voluntario, pero con vicio en el consentimiento[49]. Puede consistir la disposición tanto en una acción como en una omisión. Muy bien lo señala Finzi al criticar término *consegna* (entrega), del que habla Carrara, pues lo considera demasiado reducido en virtud de que el delito de estafa puede ser cometido aún por acciones en que la disposición patrimonial se realiza con un acto negativo(un no actuar o una renuncia)[50]. Algunos autores manifiestan que no se debería hablar de acto de disposición, sino más bien de acto de desposesión, manifestando que el sujeto no es un actuario, pues "su voluntad está cargada de motivos contrarios a quien dispone libremente", de tal forma la desposesión no depende de él sino de otro (el estafador). Sobre este punto no se está de acuerdo pues el hecho de que exista una disposición viciada, o contraria a la libre disposición no implica que el acto solamente dependa de el agente activo, pues en realidad si hay una verdadera disposición del sujeto pasivo, como lo manifiesta nuestra jurisprudencia al decir que "El concepto de estafa se estructura con un ataque a la propiedad o como se dice modernamente, al patrimonio, consistente en una disposición de carácter patrimonial perjudicial, realizada por el sujeto pasivo, viciada en su motivación por el error que provoca el ardid o

47. Sala Tercera de la Corte, Nº 508 del 28/11/1994 15h 25m.
48. Sala Tercera de la Corte, Nº 60 del 16/04/1993 14h 00m.
49. BUSTOS RAMIREZ (Juan), op. cit. 192.
50. FINZI (Conrado), op. cit. p. 71.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

engaño del sujeto activo"[51], si bien es cierto el sujeto activo lleva a error a la víctima por su engaño es ella la que realiza el acto de disposición.

d) Perjuicio Patrimonial

Como todo delito contra el patrimonio la estafa no esta exenta de producir un perjuicio económicamente expresable. El perjuicio es precisamente este perjuicio causado por medio del engaño que lleva a error a la víctima. Sin embargo no debe haber una correspondencia exacta entre el engañado(sujeto pasivo) y el perjudicado, es decir pueden ser distintas personas, piénsese en el caso de mandatario que es engañado y por su poder de disposición del patrimonio del mandante realiza una transacción dañina para los intereses de su administrado. Algunos autores ya han definido el perjuicio como "la disminución del conjunto de valores económicos correspondientes a una persona, la cual puede producirse tanto mediante la disminución del activo como mediante el aumento del pasivo. El perjuicio patrimonial, es la disminución del patrimonio en su conjunto."[52] (sobre el concepto de patrimonio véase nota al pie 23). La jurisprudencia ya se ha manifestado sobre este punto y en su oportunidad expresó que "La estafa como delito contra la propiedad, hace referencia a un perjuicio patrimonial logrado por medios fraudulentos, a través de artificios o engaños que actúan sobre la voluntad del sujeto, el cual aunque procede libremente, lo hace determinado o inducido por el error en que se encuentra acerca del significado de su decisión"[53]. Otro aspecto que cabe mencionar sobre este elemento, es que ninguna acción posterior al delito, por parte imputado para restituir el patrimonio destruye el concepto delictivo de los actos posteriores realizados, tal es el caso del reintegro de cantidades, los convenios posteriores, la reparación de efectos etc., estos solo afectarían la responsabilidad civil subsiguiente.

e) La Relación de Causalidad entre el Engaño, el Error y la Disposición patrimonial

Los elementos del Engaño, el Error y la Disposición patrimonial deben de recaer sobre el mismo sujeto, que como vimos antes no es necesario que sea el mismo que sufre el perjuicio patrimonial. De esta forma debe haber una correspondencia causal entre cada elemento de manera que cada uno forme un eslabón de la cadena del delito de estafa, pues por separado serían simplemente, un engaño un error y un perjuicio patrimonial. Es así ilógico tener primero el error, luego la disposición patrimonial y por último el engaño, pues como bien lo señala Arteaga el error como causa de la prestación patrimonial de la víctima, debe ser anterior a esta, si la prestación no se determina por el error que padece la víctima no hay estafa. En apoyo a esta tesitura la jurisprudencia expresó en su momento que: "Se dice que así como se da una relación causal entre el fraude del agente y el error de la víctima, en la estafa también existe una relación causal entre ese error y la disposición patrimonial", también en la misma sentencia se cita al penalista Carlos Creus quien manifiesta que "La secuencia causal en la estafa –como en toda defraudación por fraude– es la siguiente: el agente despliega una actividad engañosa que induce en error a una persona, quien, en virtud de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para un patrimonio"[54].

f) El Dolo y el Ánimo de Lucro

El dolo genérico de la estafa es la voluntad de realizar el hecho, de tal forma que queda

51. Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Segunda, Nº 98 del 26/06/1992
52. Frank, citado por, PEREZ (Luis Carlos), op. cit. p. 471.
53. Sala Tercera de la Corte, Nº 515 del 28/11/1994 16h 02 m.
54. Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Segunda, Nº 98 del 26/06/1992

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

excluida la posibilidad de una estafa culposa, pues sería caer en el absurdo de culpar al que engañó a otro por afirmar hechos que cree son verdaderos, pero en realidad son falsos. El dolo específico de la estafa es el *animus lucri faciendi*, el ánimo de lucro que consiste en obtener un beneficio o ventaja económica. Puede ser tanto directo como indirecto, es decir el beneficio económico puede ser para el sujeto mismo o para un tercero. Es importante mencionar siguiendo a Bustos Ramírez que el lucro tiene un carácter patrimonial, luego con estimación económica, cualquiera que sea la ventaja que se quiera obtener. Esto para no dejar de lado los casos en que se engaña a otro para donar(caso del que engaña al seguro para dejar una gran herencia).

V. LA ESTAFA FRENTE A LOS PROBLEMAS DE LA CRIMINALIDAD MEDIANTE COMPUTADORAS

Luego del análisis de los elementos más importantes del delito de estafa y algunas discusiones básicas, hay que confrontar este delito ante el reto que impone el mundo cambiante de la informática. Bajo esta tesitura se desglosarán los elementos principales de la estafa y su problemas básicos que hacen que nuestro código sea anacrónico. Todo esto basados principalmente en los criterios de Carlos María Romeo Casabona[55]. El delito de estafa tradicional no se adapta a los cambios que han propiciado los avances en la informática, de ahí que sus principales elementos (engaño, error y disposición patrimonial) no cuadran para la posible aplicación del tipo de estafa.

a) El engaño

Nuestro Código Penal establece en su art. 216 "el que induciendo a error a una persona o manteniéndola en el, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la ocultación de hechos verdaderos...", que a saber enuncia el elemento del engaño que como se expresó supra, es el presupuesto del error. En el caso de las manipulaciones informáticas se requiere pues que además de que la maniobra sea recibida por la computadora, también debe ser captada física o visualmente por una persona, de manera que esta pueda caer en error. Es decir la recepción por parte de la computadora de manipulaciones[56], no es de por sí suficiente para configurar la estafa, pues se requiere del error en el cual no cae la máquina. Este es el caso en que la máquina realiza y ejecuta todas las operaciones. Sin embargo como se dijo antes si la manipulación puede ser percibida por una persona, que se encuentra en una situación idónea para visualizar o percibir el engaño, si podría dar paso posteriormente al delito de estafa. De esta forma se puede decir que "el ordenador(computadora) en cuanto tal no puede ser sujeto del engaño en relación con el delito de estafa". La palabra engaño significa inducir a otro a creer y tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes o fingidas[57], es decir inducir a otro a error. Parece ser que el concepto, por sí sólo hace referencia a una persona, sin embargo el código aleja toda duda(216). Ahora queda

55. ROMEO CASABONA (Carlos María), "Poder Informático y Seguridad Jurídica", España, FUNDESCO, 1987, p. 47 ss.
56. Sobre los tipos de manipulaciones se ahondará más adelante.
57. Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Real Academia Española, vigésima edición, 1984, p. 554.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

establecer que se entiende por persona, y a esto me remito a las explicaciones acerca del sujeto activo, que sin lugar a dudas es un ser humano (salvo las excepciones de capacidad y niñez). De esta forma, la computadora no es engañada, puesto que no se puede hacer una representación falsa de la realidad. Algunos podrán decir que la realidad de la computadora son los datos que esta contiene, de manera que al manipularse o variarlos se alteraría su realidad, posición que es de todas cuentas inútil, pues se tendría dentro de estas acciones la actividad de los operadores que insertan datos nuevos, cambian viejos o borran datos a un usuario específico. La computadora no puede ser engañada, bajo el concepto restringido de engaño en el delito de estafa tal y como esta en el código actual, pues requiere de la presencia de una persona física. Además las computadoras reciben "ordenes", no razonan si el acto es lícito o no, piénsese en el caso de un cajero automático que al leer la cinta magnética –que previamente fue alterada– gira una cantidad mucho mayor a la que realmente pertenece al portador de la tarjeta. Como se dijo antes esta acción no podría encuadrarse en el delito de estafa, habría que modificar el concepto de engaño, para poder aplicar el tipo.

El autor alemán Klaus Tiedeman manifiesta que "el error en la computadora es irrelevante para el derecho penal alemán. De todos modos, muchas manipulaciones debidas a la intervención de empleados técnicos, personas con firma autorizada o revisores, pese a la limitación establecida por el requisito del error humano, pueden ser encuadradas dentro del tipo penal de la estafa. Esta posibilidad, sin embargo, depende de las características particulares de cada caso y no debe llevar a engaño, pues ante un considerable número de manipulaciones no puede ser aplicado el 263(código alemán). Por ello resulta procedente la incorporación de un tipo penal específico semejante al de la estafa"[58]. Aparte de todo lo dicho hay que recordar además que el engaño tiene como fin primordial hacer a la persona caer en error, es así como se puede deducir de nuestro código, es decir por medio de la *simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de verdaderos*, el sujeto activo procura que el sujeto pasivo se haga una representación falsa de la realidad, de manera que si esta persona no tiene contacto alguno con el sujeto activo y su engaño, este no podría caer en error, como sucede en el caso del cajero. El penalista Francisco Castillo presenta una posición interesante al respecto del engaño, haciendo una crítica a Haft[59], para quién si se puede aplicar el tipo penal de estafa a las manipulaciones sin intervención de personas. Para este autor, se transmitía a través de la máquina el error, es decir se puede hacer caer en error a la persona que previamente transmitió su voluntad a la computadora para que realice determinadas funciones. En acuerdo con Castillo, podemos decir que Haft olvido todo el proceso psicológico que implica el error, y además su necesaria relación de causalidad con los demás elementos del tipo. También se puede decir que la voluntad de disposición no es cedible a una máquina, sería como aceptar que los actos que realice la máquina aún sin mi autorización son manifestación de mi voluntad.

b) El error

El error como ya se mencionó es la representación falsa de la realidad producto del engaño, o el mantenimiento en este por parte del sujeto activo. En la estafa el engaño lleva a una incidencia en el elemento intelectual del sujeto, que es la falsa representación de la realidad, y a través de este el volitivo, el acto de

58. TIEDEMANN (Klaus), "Criminalidad Mediante Computadoras", p. 489.
59. Expediente de Reforma de los artículos 106, 152, 209, 212, 384 inc. 1 y 4 del Código penal, folio 415 a 418. Audiencia al Dr. Francisco Castillo

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

disposición patrimonial. Podemos decir que en las manipulaciones este elemento del tipo de estafa estará ausente, bien por faltar el elemento del engaño, o porque no recae en la formación de la voluntad de una persona, sino en las operaciones automatizadas de la computadora. El error se manifiesta en el intelecto del sujeto que, por el engaño a que es expuesto cae en error, es decir hay un nivel de razonamiento que es viciado por la actividad engañosa, que debe concordar en una relación de causalidad con el error. "Habrá eventos en los que la víctima del comportamiento fraudulento no a cedido a la inducción de error, pues ni siquiera está presente en el momento en que la infracción se comete. En la estafa informática a la que nos estamos refiriendo, existe ausencia total de conocimiento al menos en el momento del acto"[60].

c) Disposición Patrimonial

Este elemento de la estafa, también se ve afecto al problema de los avances informáticos. Recordemos que se trata de un acto volitivo, que realiza el sujeto pasivo, en virtud de un engaño y un error precedentes y en relación de causalidad. Pero hay que rescatar algo muy importante y es que se trata de un "acto volitivo", y esto es precisamente lo que distingue el delito de estafa de otros delitos como por ejemplo el hurto, pues en el primero se hace la entrega del patrimonio, voluntariamente pero esta voluntad está viciada por el error. Este acto volitivo o voluntario no lo realiza una máquina, que simplemente realiza funciones bajo órdenes específicas, no es un acto voluntario pues la computadora no goza de esta facultad.

d) El Perjuicio Patrimonial

Lejos de entrañar un problema muy complejo, el perjuicio patrimonial se da de igual forma en las manipulaciones informáticas, sin embargo cabe aclarar el momento desde el cual se a producido. Podemos tener así como momento en que se produce el perjuicio patrimonial, cuando a consecuencia de las manipulaciones se ha producido la detractación del dinero contable o documental del perjudicado y al mismo tiempo, ha quedado fuera de su disposición patrimonial mediante la transferencia a otra cuenta.

e) El Dolo

Recordemos que el dolo debe cubrir todos los elementos objetivos del tipo. De manera que el sujeto que realiza su plan delictual sin contar con el elemento de error, la realización de este sería independiente del dolo de autor. Es decir si el autor por ejemplo no cuenta con los sistemas de auditoría, pues considera que su plan sería fallido con el solo descubrimiento de estos datos, no estaría comprendiendo con su dolo directo el error, sin embargo podría discutirse acerca de la posibilidad de dolo eventual, como si podría ser el caso de quien espera que el auditor sea engañado por sus manipulaciones y caiga en error, y realice sin mayor reparo las transacciones producto de su manipulación.

---

60. CANCINO MORENO (Antonio José), "Es necesario crear en el Código Penal un capítulo para los denominados delitos informáticos", Colombia, *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Nº 19, vol. XI, 2do semestre de 1988.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

VI. ALGUNOS CASOS QUE NO ENCUADRAN EN LA ESTAFA

Se extrae de lo anterior, que el delito de estafa que actualmente tenemos en nuestro código no suple las necesidades para la protección del patrimonio contra cierto tipo de manipulaciones o delitos informáticos, quedando una serie de actos que no podrían ser encuadrados en el delito de estafa, sin dejar de lado una explicación posterior de las clases más comunes de manipulaciones.

Por ejemplo el caso del sujeto que saca provecho de su posición dentro de una oficina determinada para cambiar en la computadora los rubros correspondientes a su salario aumentándolo. En este caso y bajo las explicaciones anteriores no entraría dentro de la estafa a menos que participara una persona que pudiera caer en error. Otro caso que nos podría llevar a una solución similar fue en Australia, donde un contable de una empresa, desde una terminal de su domicilio, accedía ilegítimamente al programa de pagos de la compañía, sustrayendo de cada uno de los sueldos un penique(a este se le condenó por del delito de "fraude por computadora")[61].

También en los Angeles el Vicepresidente de la New York Based Service Boreau, alteró los datos de una compañía rival en los Angeles, accediendo al sistema y dañándolo y alterando algunas de sus funciones. Por otra parte en Madrid, una sucursal de un banco, perdió tres millones y medio de pesetas que fueron abonadas a tres individuos en Nueva York, alguien había accedido al sistema del banco manipulándolo, para que realizara las operaciones en forma automática defraudando así a la entidad bancaria[62]. Dentro de la lista de defraudaciones el autor Klaus Tiedemann, cita también algunos ejemplos dignos de mencionar, como el caso del empleado técnico de la sección de Asignaciones Familiares, que transfirió ilegalmente a sus hijos montos entre 5000 y 10000 marcos alemanes, o el caso del sujeto que introducía datos de manera ficticia logrando que las sumas giradas a estas se depositarán finalmente a una cuenta personal.

Recientemente Citibank, sufrió una serie de incursiones a su sistema, el intruso Vladir Levin, y otros cómplices transfirieron desde una pequeña compañía de software en St. Petersburgo, 11 millones de dólares desde las computadoras centrales de Citibank en Nueva York a Finlandia, Israel y California[63].

En todas estas manipulaciones se alteran máquinas para que realicen o no realicen funciones. No participa en ningún momento un ser humano capaz que pueda caer en error, en virtud del engaño al que es sometido, solo se programa una máquina para generar un perjuicio patrimonial a un sujeto.

A pesar de todo la situación en nuestro país no es del todo crítica, pues con la aplicación de ciertos tipos penales se puede dar una solución momentánea al problema de las manipulaciones. El primer delito es el de peculado, que permite la imputación por estas actividades a los funcionarios públicos, pues lo único que requiere, la sustracción o distracción de dinero y tener la calidad de funcionario público. De esta forma se podrían castigar estos delitos en perjuicio de la administración pública que parece ser el sujeto que más se ve afectado por estas defraudaciones, sin embargo quedan

---

61. PERNA PEREYRA (Elena M.) y otro, "Informática Jurídica y conductas punibles", Uruguay, *Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal*, año VIII, Nº 10
62. DE LORENZO (Esperanza), "El Delito Informático", España, *Policía* (revista técnico-profesional), Nº 15, mayo de 1986.
63. ROTHFEDER(Jeffrey), "Seguridad, proteja sus archivos de los intrusos", Centroamerica,*Revista PC World*, Nº 11, año 2, Noviembre 1996, p. 42 ss. Sobre la seguridad de sistemas informáticos el autor cita algunos lugares en internet que podrían ser consultados como. Secure Computing Corp. http://www.Soto.com, Security dynamics Inc. http://www.Securid.com, RSA Data Security Inc. http://www.rsa.com., Computer Security Institute, http://www.gocsi.com., Eliashim, http://www.eliashinm.com., y otras más, v.p. 46.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

fuera de la aplicación de este delito las personas que no ostentan el cargo de funcionarios públicos y logran la manipulación desde fuera o a distancia. Otro delito que puede ser aplicado es el de la apropiación indebida, cuando no se ha podido demostrar la defraudación dolosa, pero si el destinatario del dinero defraudado. Sin embargo el artículo 223 del Código Penal da un plazo de 5 días para devolver o entregar el bien, de manera que tendremos manipuladores informáticos haciendo defraudaciones y si son descubiertos, devolviendo el dinero en el plazo que da la ley. También podría hablarse de una posible aplicación del delito de hurto, sin embargo independientemente de la discusión acerca de si habría un apoderamiento en ciertos casos o no, no sería una buena práctica aplicar la pena de este delito al delincuente informático, que no es igual desde un punto de vista criminológico al delincuente ocasional de hurto[64].

VII. PANORAMA DEL PROYECTO DEL CÓDIGO PENAL

El Proyecto del Código Penal establece como delito de estafa, en su artículo 226 que reza "Quien lesione el patrimonio ajeno, induciendo a error a otra persona o manteniéndolo en el, mediante la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, será sancionado de la siguiente forma:" y como supuesto de delito de estafa agravada "Cuando se realice manipulación que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos"(art. 227). El delito de estafa es prácticamente el mismo, de manera que arrastre las deficiencias que venimos explicando. Sin embargo se trata de conciliar esta laguna en el artículo de la estafa agravada, que tiene como supuesto las manipulaciones. Pero debemos entender que las manipulaciones entran en dos supuestos diferentes; primero cuando hay participación de una persona (que pueda caer en error), y segundo, cuando no hay participación de una persona. El ejemplo del artículo 227 del proyecto, cuadra dentro del primer supuesto y deja de lado el segundo en virtud de la redacción casi idéntica con el tipo penal de estafa del código penal vigente. En realidad no consideramos necesario la implementación de este nuevo inciso en el delito de estafa, pues no todas las manipulaciones generan grandes ganancias, y no simpre el autor es un esperto en informática(manipulaciones en la salida de datos). El proyecto al poner este inciso, parece, trata de cubrir los delitos informáticos, sin embargo el problema es un asuntos de medios para realizar el delito, cuestión que no es tan importante como la existencia de una persona que sea engañada y llevada a error. Pero antes de pronunciar posibles soluciones al problema, debemos comprender el sentido de la palabra manipulaciones.

VIII. TIPOS DE MANIPULACIONES

Las manipulaciones informáticas las podemos clasificar en cuatro grupos, de acuerdo a Romeo Casabona. A pesar de haber algunas clasificaciones más específicas esta que es genérica facilita el entendimiento del tema de las manipulaciones.

64. Ver sobre el perfil del delincuente informático JIJENA LEIVA (Renato Javier), "Chile, la protección penal de la intimidad y el delito informático", Editorial Jurídica Chile.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a) Manipulaciones en la entrada de datos

Se da esta manipulación cuando los datos suministrados a la computadora son falsos, o cuando se modifican datos reales. Aunque la computadora procesa los datos correctamente la disposición final va a ser inexacta por serlo así los datos de partida. Podríamos hablar en este caso del sujeto que incluye en la cartera de proveedores de una empresa proveedores ficticios, girándoles abonos –también ficticios– correspondientes a sus cuentas –que en realidad son las del autor u otro beneficiado– , con el fin de sustraer bienes o mercancías.

El descubrimiento de esta práctica no es fácil, salvo que haya sospecha previa o si se cuenta con procedimientos de control.

b) Manipulaciones en el programa

En este caso se parte de una entrada de datos correcta, pero a partir de esta se logra interferir el programa, para que produzca resultados falsos, o mejor dicho resultados que no son perseguidos por la entidad que es perjudicada. Estas nuevas instrucciones al programa implican modificación, introducción o eliminación de partes del programa, además de medidas oportunas para evitar que el supuesto de un control o auditoría pueda ser descubierta la manipulación. Casabona manifiesta que esta clase de delitos requiere de conocimientos cualificados en informática, y su descubrimiento puede ser muy difícil pues una vez terminada la manipulación se puede restituir al estado normal el programa.

Como ejemplo se puede citar el caso del sujeto que adiciona a cada recibo de cobro de un determinado servicio(luz, agua, etc.) una cantidad despreciable de dinero, que va a ir luego a una cuenta destinada al efecto. Es un proceso de "goteo", pero las ganancias y la seguridad que esta manipulación permite genera grandes ganancias para el infractor. Más adelante se hará mención sobre el tema en la llamada "técnica salami", o "redondeo de cuentas".

c) Manipulaciones en la Salida de Datos

En este caso los datos son incluidos de manera correcta y son procesados de igual forma, pero en su última fase no se corresponde con ellos por una manipulación en la salida de estos, ya sea cuando se hace una impresión de datos en papel, o cuando va a ser transmitidos a otra computadora o a un disquete. Para este caso no se requiere grandes conocimientos por parte del autor. Podría citarse el caso de quien modifica un registro de cuentas o una planilla antes de ser impresa, o cuando se va a pasar a otra computadora.

d) Manipulaciones a distancia

Casabona explica que en los casos anteriores es posible tales actos, por parte de los servidores de empresas públicas o privadas que tienen acceso a claves o a la computadora en sí. Sin embargo cabe la posibilidad por los avances de la telemática de conectarse vía teléfono mediante módem con otra computadora. El autor hace referencia a los medios de transferencia cifrada y "encriptada", lo cual permite mayor seguridad en caso de particulares que pretendan entran sin autorización al sistema. Sin embargo puede ser que servidores o exservidores puedan realizar estas manipulaciones desde su casa. Un tema muy relacionado a este tipo de manipulaciones es el de la red "Internet", donde prácticamente se puede realizar una manipulación que afecte a un banco, una persona u otro tipo de entidad al otro lado del mundo estando en su propio domicilio, y donde las transacciones económicas[65] se proyectan en aumento para los años venideros. La preocupación principal de esta modalidad de transacciones, es acerca de la transmisión de números de tarjeta de crédito u otra información, de ahí que algunas compañías ya se hayan preocupado sobre el tema. Sobre la compra en línea (sistema de compra en internet de productos por medio de tarjeta de crédito o cuenta bancaria determinada), se han recomendado ciertas normas de

65. Algunos proveedores de efectivo digital en la red son: Cybercash (http://www.cybercash.com.), Digicash (http://www.digicash.com.), First Virtual (http://www.firstvirtual.com.), etc. ver RUPLEY (Sebastian) "¿Efectivo Digital?", PC Magazine en Español.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

precaución para no ser defraudado, como conocer datos físicos sobre la empresa con la que está negociando (teléfono, dirección), consultar el historial de la empresa (Comisión Federal de Comercio en los Estados Unidos (hppt://fte.gov/, o también Better Business Bureau (hppt:// www.bbb.org/bbb./), verificar los términos de la venta y el tipo de propaganda que puede denotar ilicitud, y además tener en cuenta que sus movimientos pueden estar siendo rastreados por algún defraudador[66].

IX. CLASIFICACIÓN ESPECÍFICA DE TIPOS DE MANIPULACIONES

Algunos autores han hecho diversas clasificaciones de modos de realizar maniobras con la informática[67], pero una de las clasificaciones que más se puede destacar es la del norteamericano Don B. Parker, que expone Renato Javier Jijena. El autor hace referencia a varias modalidades de las cuales vamos a citar algunas:

a) El Caballo de Troya (*Troyan Horse*): que consiste en la inserción de operaciones u órdenes dentro de la codificación de un programa, de manera que a determinada señal u orden realice una función para la que no estaba destinado originalmente. Es decir el programa actúa en forma distinta a la que estaba prevista. "En este caso el programa original no es destruido, y pasa a coexistir con el programa anormal"[68]

b) Bomba lógica (*logics Bombs*): es una manipulación similar al caballo de troya, sólo que las ordenes que son introducidas se ejecutan en fechas o circunstancias determinadas. Es el caso del virus computacional.

c) Datos engañosos *(data diddling):* puede consistir en la omisión del ingreso de ciertas informaciones, la alteración de su contenido, la inclusión de datos no autorizados o el procesamiento duplicado de datos. Jijena, explica que es una de las formas más seguras y eficientes, pues al realizarse mediante la entrada de datos es más difícil de detectar.

d) Técnica Salami o Redondeo de Cuentas (*Salami Tecniques o rounding down*): Como ya se vio en algunos ejemplos supra, esta acción consiste en sustraer pequeñas cantidades de cuentas determinadas para que se abonen a una cuenta específica. Las sumas de dinero sustraídas son prácticamente despreciables, de ahí que el perjudicado no reclame el faltante.

e) Superzapping: Esta manipulación inicia con la utilización no autorizada de programas de uso universal, como consecuencia de la copia de los mismos. A partir del sistema copiado se alteran, borran o adicionan datos al sistema original para pasarlos a un soporte magnético

66. FURGER (Roberta), "Comprando en línea: Lo que necesita saber", PC Word, año II, Nº 6, junio de 1996.
67. Sobre el tema de los tipos de manipulaciones, ver JIJENA LEIVA (Renato Javier), "Chile, la protección penal de la intimidad y el delito informático", Editorial Jurídica Chile, p. 95 ss. FALCON (Enrique), "¿Qué es Informática Jurídica?", Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, p. 145 ss.; CASTRO FERNANDEZ (Juan Diego), "Abogacia e informática, el delito informático", *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle,* Colombia, Vol. IX, Nº 16 y 17. SZNICK (Valdir), "Crimes Cometidos com o computador", *Justitia,* Sao Paulo, 66-70, jan-mar, 1984., LIMA (María de la Luz), "Delitos Electrónicos", Anuario de Derecho, Panamá, año XII, Nº12, 1983. GONZALEZ RUS (Juan José), "Informática y Derecho: Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* Madrid, setiembre de 1986.
68. SZNICK (Valdir), "Crimes Cometidos com o computador", *Justitia,* Sao Paulo, 66-70, jan-mar, 1984, p. 68.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

original para pasarlos a un soporte magnético que crea un superzap que permite el ingreso al ordenador en cualquier momento por muy protegido que se encuentre.

d) Otra técnica que no suele ser citada por los autores que nombrados en la nota al pie Nº 67 mencionan, es la llamada **Jineteo, o Jineteo de cuentas,** que consiste en la manipulación de cuentas que presentan movimientos cada cierto tiempo. Por ejemplo, piénsese en el caso de que hay dos cuentas distintas de sujetos distintos. La cuenta A, registra movimientos cada 15 del mes, y la cuenta B, realiza movimientos cada 1º del mes. Estos movimientos son de depósitos o retiros parciales. Entonces tenemos que el manipulador sacará una determinada cantidad de la cuenta B luego de la transacción que realiza el usuario y cuando este vuelve a realizar otra transacción se toma de la cuenta A, el dinero para que el usuario no ve error alguno en su cuenta. Cabe agregar que esta es una práctica muy compleja y por lo general el infractor cae por sí mismo al introducir más y más cuentas lo cual dificulta su control.

X. PROPUESTAS. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN ESPECÍFICA ACERCA DE DELITOS INFORMÁTICOS

Bajo todo el análisis referente al delito de estafa, no cabe duda de la necesidad de crear un delito específico para las "estafas por computadora", como la denominan los alemanes, o "estafa por ordenador", como lo hacen los españoles, o "computer crime", como lo determinan los estadounidenses, que es un concepto más amplio que los anteriores.

El desarrollo de la informática y la producción legal tendiente a regularla no es algo nuevo, aunque la última es más reciente que la primera. La preocupación de regular la materia de los delitos informáticos se empieza a notar en los 80`s, de ahí la producción legal en este tema en algunos países como Alemania, y posteriormente España. En Costa Rica, el Dr. Francisco Castillo ya había recomendado la creación de ese nuevo artículo en el código penal para regular la estafa por computadora[69], sin embargo tal recomendación no prosperó.

a) Algunos tipos penales y propuestas

El código penal Alemán en su artículo 263, establece que "El que, con intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito para sí o para un tercero, lesiona el patrimonio de otro interfiriendo en el resultado de un tratamiento de datos, mediante una estructuración incorrecta del programa, la utilización incorrecta o incompleta de datos, la utilización de datos sin autorización, o la intervención de cualquier otro no autorizada en el proceso, será castigado con la pena de privación de libertad de hasta cinco años o con multa", siendo su acción típica el interferir en un procesamiento de producción de datos, que no siempre se realiza sirviéndose directamente de una computadora. El concepto de "programa", supone una clara referencia a la informática, lo que se considera puede generar problemas dogmáti-

69. Con oportunidad de la reforma que implantó la Ley Nº 7337 de 10 de marzo de 1993.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Por otra parte al referirse a la "utilización incorrecta o incompleta de datos", se refiere a la manipulación en la entrada de datos. Además el artículo deja un portillo abierto a las posible lagunas, cuando establece "o la intervención de cualquier otro no autorizada en el proceso...".

El artículo del Código penal Alemán establece todos los supuestos de manipulaciones de los que se ha hablado, salvo algunas de las cuales no constituyen en sentido estricto hechos semejantes a la estafa[70], como es el caso del espionaje informático. Además el artículo hace remisión a conceptos que deben ser definidos tanto doctrinalmente como jurisprudencialmente. Ya algunos penalistas alemanes han hecho propuestas para mejorar esta situación[71].

Por su parte y con una solución un poco más acertada, el Código Penal Español, en su artículo 248 inc. 2, establece: "También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consiga la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de un tercero", sin embargo el artículo comete algunos errores. En primer lugar cabe preguntarse que se entiende por transferencia *"no consentida"*, si se refiere a la inexistencia de este consentimiento del todo, o se refiere a el no asentimiento en el momento de la transacción. Si nos referimos a la segunda opción, podemos decir que al haber una voluntad expresada (consentimiento o no), hay una persona interviniente, de manera que se pueda aplicar el tipo común de estafa. Sin embargo esta no parece ser la interpretación que se da en el Código Penal Español, más bien parece que se habla de una falta de autorización. Pero solucionado este problema se presenta otra interrogante, pues el artículo habla de transferencia no consentida de cualquier *"activo patrimonial"*. Podemos decir que las transferencias son realizadas sobre activos, es decir no se puede transferir pasivos de mi cuenta a otra. De manera que las actividades del sujeto, que con ánimo de lucro y por cualquier medio de manipulación generen pasivos o produzcan el no actuar de determinado sujeto produciendo así un perjuicio patrimonial, no parecen ser cubiertas por el artículo español. Por ejemplo el caso del empresario que modifica por alguna manipulación los sistemas de su empresa enemiga y cambia datos para generar un perjuicio patrimonial en beneficio de su empresa o su persona, creado por el acto negativo (no actuar), de esta, o puede ser el caso del sujeto que para sustraer dinero de una entidad bancaria, genera deudas a distintos sujetos, es decir les aumenta el sus pasivos. Estos son algunos de los problemas que consideramos contiene este artículo, sin embargo usa un concepto más amplio y en nuestra opinión más adecuado que el del art. 263 del Código Penal Alemán, pues habla de "manipulación informática", concepto que se desarrolló ya en la parte VIII de este trabajo.

El último proyecto de Código Penal, presentado a la Asamblea Legislativa de nuestro país, por parte del diputado Gerardo Trejos, y elaborado por el Prof. Wolfgang Schône, establece un tipo específico para la estafa por computadora. El artículo reza: "El que, con la intención de obtener para sí o para otro un beneficio patrimonial indebido, influyera sobre el resultado de un procesamiento de datos mediante: 1. programación falsa, 2. utilización de datos falsos o incompletos, 3. utilización indebida de datos, u, 4. otras influencias indebidas sobre el procesamiento y , por ello, perjudicara el patrimonio, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o pena de multa". Como se puede ver el artículo en estudio es en su primera parte similar al código alemán, sin embargo la parte objetiva del tipo

70. ROMEO CASABONA (Carlos María), op, cit. p. 115.
71. Ibídem.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

alemán, sin embargo la parte objetiva del tipo varía un poco. Al igual que el código penal alemán, este artículo hace una necesaria referencia a la informática como ciencia, al hablar de "procesamiento de datos", "programación falsa", lo que puede causar problemas a la hora de la aplicación del tipo, pues se debe contar con doctrina y jurisprudencia que desarrolle el tema a nivel jurídico, sin dejar de lado la informática.

Algunos autores ya han manifestado su opinión al respecto de tener un artículo específico para regular la estafa por computadora. Así el Dr. Francisco Castillo, propuso el siguiente texto: "Será reprimido con la pena establecida en el artículo 216 el que, con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero, lesione el patrimonio ajeno mediante la alteración de un proceso de computación, sea que esta se produzca por medio de la construcción incorrecta del programa, por medio del empleo indebido de datos del programa o por medio de cualquier otra manipulación indebida en el proceso de computación", al igual que el código penal, hace remisiones a la informática que pueden presentar problemas en su aplicación, pero mayores problemas presenta el artículo que plantea Rodolfo Bolaños Ramírez[72], que dice "Estafa Mediante medios mecánicos o tecnológicos. Quien utilizando un medio mecánico o tecnológico y con conocimientos de informática procediere a aplicar cualquiera de los métodos existentes, en la comisión de un hecho, que directa o indirectamente defraudare en su patrimonio a otro, en perjuicio propio o ajeno será sancionado con... (deja a criterio del legislador)", este artículo presenta una amplitud tremenda, pero su problema principal radica en el elemento objetivo de tener conocimientos de informática, porque ¿quién puede ser el que tenga conocimiento de informática, un profesional en la materia, o un simple funcionario que se aprovecha de sus conocimientos empíricos sobre el tema?. Esto es importante definirlo, pues no todos los tipos de manipulaciones requieren de amplios conocimientos de informática como el caso de las manipulaciones de salida de datos. Más reciente, en nuestro ordenamiento jurídico, la Ley de Aduanas estableció un tipo llamado "delito informático", que reza en su artículo 221 "Será reprimido con prisión de uno a tres años quien:

a) Acceda, sin la autorización correspondiente y por cualquier medio, a los sistemas informáticos utilizados por el **Servicio Nacional de Aduanas.**

b) Se apodere, copie, destruya, inutilice, altere, facilite, transfiera o tenga en su poder, sin autorización de la autoridad aduanera, cualquier programa de computación y sus bases de datos, utilizados por el **Servicio Nacional de Aduanas,** siempre que hayan sido declarados de uso restringido por esta autoridad.

c) Dañe los componentes materiales o físicos de los aparatos, las máquinas o los accesorios que apoyen el funcionamiento de los sistemas informáticos diseñados para las operaciones del **Servicio Nacional de Aduanas,** con la finalidad de entorpecerlas u obtener beneficio para si o para otra persona.

d) Facilite el uso del códio y la clave de acceso asignados para ingresar en los sistemas informáticos. La pena será de seis meses a un año si el empleo se facilita culposamente y como agravante establece en el artículo 222, "Agravante La pena será de tres a cinco años cuando, en alguna de las causales del artículo anterior, concurra una de las siguientes circunstancias:

a. Intervengan en el hecho tres o más personas, en calidad de autoras.

b. Intervenga, en calidad de autor, instigador o cómplice, un funcionario público en ejercicio de sus funciones, con ocasión de

72. BOLAÑOS RAMIREZ (Rodolfo), "Delito Informático como nueva figura jurídica", *Organismo Judicial*, vol. II, Nº2, Abril 1988, p. 50.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ellas o con abuso de su cargo". (Lo resaltado es nuestro), ciertamente el artículo tiene una depurada elaboración, aún mejor que cualquier tipo en estudio, sin embargo se le pueden hacer algunas anotaciones: el inciso a) del 221 se refiere a un tipo de delito informático que encierra acción típica que no corresponde a la estafa. Hace referencia al inciso de los problemas de "tiempo de la computadora", "acceso sin autorización", que no son estrictamente tipos de estafa. También habla de "por cualquier medio", es decir permite su aplicación a las llamadas "manipulaciones a distancia", lo mismo hace el inciso d). En su inciso b), el mismo artículo enumera una serie de verbos típicos, sin embargo es importante aclarar el "apoderamiento". Se entiende por apoderamiento aquella acción de sujeto activo por medio de la cual logra sacar el bien de la esfera de disposición del sujeto pasivo, es decir "objetivamente requiere, en primer lugar, el desapoderamiento de quien ejercía la tenencia de la cosa, lo cual implica quitarla de la llamada esfera de custodia, que no es otra cosa que la esfera dentro de la que el tenedor puede disponer de ella; no se trata, pues, de una noción necesariamente referida a un determinado lugar, sino a una determinada situación de la cosa, que permite el ejercicio del poder de disposición de ella: hay desapoderamiento cuando la acción del agente, al quitar la cosa de aquella esfera de custodia, impide que el tenedor ejerza sobre la misma sus poderes de disposición."[73], el desapoderamiento no es tal en materia de estos delitos, pues en muchos casos lo que se hace es una copia del material y realmente no se está sacando el objeto de la esfera del sujeto pasivo. El problema parece resuelto con el verbo "copiar", sin embargo sería bueno dar una determinación doctrinaria al verbo apoderar, que es evidente no es la misma que se utiliza en el robo. El inciso c) me parece es una de las mejores proposiciones típicas del delito, pues no es en sentido estricto una manipulación, pero es claro su referencia a los delitos informáticos. El único problema que presenta el artículo, lamentablemente, se refiere a el elemento objetivo que establece el Servicio Nacional de Aduanas, pues solo se podrán perseguir dichos delitos en cuanto estén en contra de dicha entidad, lo cual resulta bastante lamentable, pues como dije antes el artículo goza de una rica técnica legislativa en materia de delitos informáticos. Con respecto a las agravantes, son problemas de valoración jurídica que no merece mayor discusión.

La preocupación acerca de este tema en el derecho penal, no es de unos pocos. Sin embargo considero que algunas de las soluciones no son tan viables, como otras. Es importante anotar que no es bueno ser tan casuístico a la hora de definir el tipo de la estafa. Recordemos que las tendencias con respecto a los tipos de estafa, eran por un lado las que contienen normas minuciosas y detalladas que se traducen en una multiplicidad de figuras del delito y por otro las que establecían menos normas pero de mayor amplitud. Nuestro Código pertenece a esta segunda tendencia, de tal forma que lo que importa es que haya un engaño que produzca error en la víctima, para que realice una disposición patrimonial que le perjudique. No importa el medio con que se realice el engaño, sino que este exista, de manera que sea este el punto medular de la estafa. En el caso de las manipulaciones informáticas podemos prescindir del elemento del error y el de la disposición patrimonial, pero para hacer lo mismo con el engaño hay que sustituirlo por un concepto igual de amplio que este, de manera que pueda cubrir varias hipótesis delictivas de la misma naturaleza. Es por eso que creo que sería mejor la utilización de un concepto genérico, y desarrollado por la doctrina (tanto alemana como española), como es el caso de "manipulaciones", que com-

73. Sobre el punto se puede consultar, Resolución Nº 519 del 06/09/1995 10h 50m. Sala Tercera de la Corte.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

prende las hipótesis de entrada y salida de datos, o su alteración a distancia y la alteración del programa, "no se pretende hacer códigos sofisticados y casuísticos para que sólo respondan a una realidad pasajera, y pronto queden obsoletos. Es preferible seguir el camino de las definiciones genéricas que no es limitativo ni casuístico"[74]. Valga decir que esta es una simple opinión que debe ser mejorada con especialistas tanto de informática como de derecho penal y de informática jurídica. Sin embargo podríamos proponer como solución el siguiente artículo "El que, con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito para sí o para un tercero, mediante cualquier tipo de manipulación de datos informáticos, será sancionado con prisión o con multa". Como se puede notar el artículo esta basado en el art. 263 del Código Penal Alemán, sin embargo se cambian los supuesto objetivos que este propone por una genérico(manipulaciones).

La primera parte de "...con intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito", hace referencia al ánimo de lucro y al principio de que no es posible que se de el delito de estafa en relaciones ilícitas, cuando hace referencia a "para sí o para un tercero", no es otra cosa que las discusiones ya mencionadas en el tema del sujeto activo. La frase "mediante cualquier tipo de manipulación de datos informáticos", hace referencia a los diversos tipos de manipulaciones que tutelan prácticamente todos los ámbitos posibles, de comisión del delito de estafa por computadora. Sin embargo hay que determinar que el concepto de "datos informáticos", por el cual podemos entender aquel que se encuentre, entre o salga de una computadora. Pueden existir otras maniobras o manipulaciones que no encuadren en este delito, pero por ser propias de otro tipo de conducta dolosa, como es el caso del sabotage informático, la piratería de programas, el hurto de horas de la computadora, la difamación y hasta el acoso[75] que en nuestra opinión deben ser regulados en el Código Penal ya sea creando nuevos tipos o reformando los existentes.

b) Problemas de Investigación

"El control de la criminalidad (ley computer), será siempre un problema social además que criminológico y legal. Más los sistemas judiciales del mundo occidental, proyectados hacia la represión de la criminalidad tradicional, no parecen estar en grado de enfrentar ese tipo de "desafío tecnológico"[76]. El problema que plantea López Muñiz, se refiere principalmente a los mecanismos y preparación para investigar la materia de informática. Pues de nada sirve, tener un cuerpo legal idóneo para reprimir los delitos informáticos si no se tiene la capacidad para investigarlos, de la manera correcta. La informática presenta características que nos pueden desligar de la investigación común, de testigos, firmas borradas, manchas de sangre, huellas dactilares, etc., pues las facilidades para deshacerse de cualquier elemento incriminador son increíbles. Por ejemplo en las manipulaciones del programa, los infractores realizan su manipulación de tal forma que al final de la tarea todo lo hecho se borra y no queda rastro alguno de la manipulación. "A diferencia de los delitos patrimoniales la acción y efecto se producen por separado, a menudo con intervalos de cierta entidad lo que dificulta de sobremanera su descubrimiento"[77], de un lado esta la tarea de descubrir

74. LIMA (María de la Luz), "Delitos Electrónicos", Anuario de Derecho, Panamá, año XII, Nº 12, 1983, p. 182.
75. Sobre el acoso, difamación y derechos de autor se puede consultar el artículo "Lo que puede y lo que no puede hacer en línea", por Roberta Furger, PC World, agosto de 1996.
76. LÓPEZ-MUÑIZ (Goñi Miguel), "El Derecho y la Electrónica", *Revista de Derecho Judicial*, año XII, Nº 46, abril-junio de 1971, Madrid, p. 99, citado por LIMA (María de la Luz), "Delitos Electrónicos", *Anuario de Derecho*, Panamá, año XII, Nº 12, 1983, p. 179.
77. GONZÁLEZ RUS (Juan José), "Informática y Derecho: Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, setiembre de 1986, p. 111.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

los hechos y por otro más complicado la de probarlos. De ahí que sea importante la capacitación tanto de los investigadores como de los aplicadores del derecho. Es así como en los Estados Unidos el F.B.I, inició en 1973, la capacitación de policías y luego esta capacitación se extendió a los magistrados encargados de procesos[78], de esta forma es importante notar la necesidad de instruir a los investigadores en esta rama tan novedosa del derecho.

Otro problema que presenta la investigación de estos delitos es la "cifra negra", pues muchas de las empresas bancarias estatales o privadas, o empresas, por temor a que su prestigio caiga al poner una denuncia contra un infractor desisten pues puede que cause mayores perjuicios económicos de los que causó la defraudación[79]. El Reporte informativo de la National Criminal Inteligence Service (la Haya, 1990.) explica algunos de los problemas principales de la investigación de estos delitos, como lo es la falta de experiencia producto de la poca cantidad de casos que llegan a conocimiento de las autoridades, además de la gran variedad de tipos informáticos, y la particular personalidad del delincuente informático. Sin embargo propone algunas medidas para solucionar el problema de la investigación(algunas de las cuales ya se han implementado en Holanda), que van desde la "Prevención", con el Programa Nacional Contra la Delincuencia por Computadora, la "Corrección" (Reforma de el Código penal y del código de procedimientos penales), la "Detección" (basado en la preparación de los organismos judiciales o privados)[80]. Otro de los problemas que presenta este tipo de criminalidad es la posibilidad de realizar delitos fuera del territorio nacional, de tal forma que no se podría incoar proceso por no tratarse de un caso de los que prevee el art. 7 del Código Penal y tampoco se podría extraditar al nacional que defraude a entidades internacionales desde el país, de ahí la importancia de una regulación internacional al respecto.

XI. CONCLUSIÓN

El derecho es una creación de seres humanos, y por tanto es cambiante. De manera que el legislador y el estudioso del derecho deben preocuparse por estar a la vanguardia de esta situación. La informática es en nuestros días uno de los instrumentos más útiles para el desarrollo del derecho, ya sea como informática Operacional, Registral o Documental. Aunque los dos primeros están iniciando su desarrollo, el último es toda una realidad en nuestro país con la implementación del Centro Electrónico de Información Jurisprudencial[81]. Sin embargo no todo es para bien y hay personas que se valen de tan poderoso instrumento para crear perjuicios a terceros.

El derecho penal, está limitado al principio de legalidad en su expresión particular del principio de tipicidad, que es una forma, en casos muy excepcionales, de lograr la impunidad de ciertos sujetos, de manera que es importante realizar una regulación para todos estos casos que se relacionan con la informática, como es

78. GOLDSTEIN (Bruce), "Fraude Informático: el delito del futuro", *Revista Internacional de policía criminal*, INTERPOL, año. 40, octubre de 1985, Nº 391.
79. "All studies in this area have indicate that the true extent of computer-related crime is unknown, since most crimes are either not detected or are not reported to the responsible authorities." International Review of Criminal Policy, Nos. 43 y 44, 1994, United Nations.
79. National Criminal Inteligence Service, CRI-INTERPOL. Reporte Informativo, La Haya, Holanda, 1990.
80. Sobre los avances de la informática documental y opcional se puede ver un análisis de derecho comparado del DELPIAZZO (Carlos) y otros, "Introducción a la Informática Jurídica y al Derecho Informático", Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, p. 41 ss.
81. International Review of Criminal Policy, Nos. 43 y 44, 1994, United Nations.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el uso indebido de tiempo de la computadora, el sabotaje, el espionaje, los derechos de autor, el hurto de programas y algunos otros que al parecer no merecen mayor problema con la aplicación de los tipos tradicionales (como la difamación o el acoso), pero sería importante realizar un estudio para determinar tal situación.

Debemos recordar que como derecho penal considerado como la "ultima ratio", no quita la facultad de proponer acciones para evitar este tipo de criminalidad como sería la implementación de medidas de seguridad (auditorías, reportes, revisiones, códigos de acceso etc.) y en acuerdo al informe de la International Review of Criminal Policy, la implementación de códigos de ética[82].

Nuestro país no esta exento de la intervención de la informática que se a convertido en parte de nuestra realidad, de manera que al igual que muchas invenciones en la vida del ser humano, deben ser reguladas para que las mentes inescrupulosas no saquen provecho de tan importante recurso para la humanidad. Este artículo presenta la problemática que enfrenta un tipo específico (estafa), en una materia determinada(derecho penal), dentro del amplio ordenamiento jurídico, de manera que sea necesario ir valorando paulatinamente la influencia de la informática en cada rama del derecho, como por ejemplo en Derecho Mercantil donde gracias a la informática las transacciones se hacen más efectivas y rápidas de un lugar a otro en el mundo entero, y así dar una respuesta razonable que mantenga en equilibrio las libertades del individuo y su protección ante posibles conductas ilícitas.

82. International Review of Criminal Policy, Nos. 43 y 44, 1994, United Nations.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFÍA

ARTEAGA SÁNCHEZ (Alberto), "La Estafa y otros Fraudes en la Legislación Penal Venezolana", UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA, 1971.

BUSTOS RAMÍREZ (Juan), "Manual de Derecho Penal, Parte Especial", Barcelona, ARIEL, 2a edición,

CUELLO CALON (Eugenio), "Derecho Penal Parte Especial", Barcelona, BOSCH, 14a edición, T. II, Vol. II.

Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Real Academia Española, vigésima edición, 1984, p.554.

FALCON (Enrique),
"¿Que es Informática Jurídica?", Buenos Aires, ABELEDO-PERROT

FINZI (Conrado), "La Estafa y Otros Fraudes", Buenos Aires, DEPALMA, 1961.

FONTAN BALESTRA (Carlos), "Derecho Penal Parte Especial", Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 13va edición, p. 491.

JIJENA LEIVA (Renato Javier), "Chile, la protección penal de la intimidad y el delito informático", Editorial Jurídica Chile.

PÉREZ (Luis Carlos), "Derecho Penal, Partes General y Especial", Bogotá, TEMIS, 1988.

PUIG PEÑA (Federico), "Derecho Penal, Parte Especial", Madrid, EDITORIAL REVISTA DE DERECHO, 1955, T. IV, 4a. Edición.

RODRÍGUEZ DEVESA, "Derecho Penal Español, Parte Especial", Madrid, Artes Gráficas Carasa, novena edición, 1983.

ROMEO CASABONA(Carlos María), "Poder Informático y Seguridad Jurídica", España, FUNDESCO, 1987, p. 47ss.

SOLER (Sebastian), "Derecho Penal Argentino", p. 333 a 334.

TIEDEMANN (Klaus), "Criminalidad Mediante Computadoras", publicado en la obra "La Droga en la Sociedad Actual", C.A.P Guipuzcoa-España.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

REVISTAS Y OTROS

BOLAÑOS RAMÍREZ (Rodolfo), "Delito Informático como nueva figura jurídica", Organismo Judicial, vol. II, Nº 2, Abril 1988.

CANCINO MORENO (Antonio José), "Es necesario crear en el Código Penal un capítulo para los denominados delitos informáticos", Colombia, Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Nº 19, vol. XI, 2do semestre de 1988.

CASTRO FERNÁNDEZ (Juan Diego), "Abogacía e Informática, el delito informático", Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Colombia, Vol. IX, Nº 16 y 17.

DE LORENZO (Esperanza), "El Delito Informático", España, Policía(revista técnico-profesional), Nº 15, mayo de 1986.

Expediente de Reforma de los artículos 106, 152, 209, 212, 384 inc. 1 y 4 del Código Penal, folio 415 a 418. Audiencia al Dr. Francisco Castillo.

FURGER (Roberta), "Comprando en línea: Lo que necesita saber", PC Word, año II, Nº 6, junio de 1996

GOLDSTEIN (Bruce), "Fraude informático: el delito del futuro", Revista internacional de policía criminal, INTERPOL, año. 40, octubre de 1985, Nº 391

GONZÁLEZ RUS (Juan José), "Informática y Derecho: Apróximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, setiembre de 1986.

International Review of Criminal Policy, Nos. 43 y 44, 1994, United Nations

PERNA PEREYRA (Elena M.) y otro, "Informática Jurídica y conductas punibles", Uruguay, Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal, año VIII, Nº 10.

LIMA (María de la Luz), "Delitos Electrónicos", Anuario de Derecho, Panamá, año XII, Nº 12, 1983.

LÓPEZ-MUÑIZ (Goñi Miguel), "El Derecho y la Electrónica", Revista de Derecho Judicial, año XII, Nº 46, abril-junio de 1971, Madrid.

National Criminal Inteligence Service, CRI-INTERPOL. Reporte informativo, La Haya, Holanda. 1990.

Revista Internet, Nº 1, año1, p. 6

ROTHFEDER (Jeffrey), "Seguridad, proteja sus archivos de los intrusos", Centroamerica, Revista PC World, Nº 11, año 2, Noviembre 1996.

SZNICK (Valdir), "Crimes Cometidos como computador", Justitia, Sao Paulo, 66-70, jan-mar, 1984., LIMA (María de la Luz), "Delitos Electrónicos", Anuario de Derecho, Panamá, año XII, Nº 12, 1983.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

JURISPRUDENCIA

Tribunal Superior Penal, Alajuela, Sec. B, No. 93 del 15 de abril, de 1986.

Sala Tercera de la Corte, No. 333 del 27/11/87

Tribunal Superior de Puntarenas, No. 148 de las 14,55 h del 5 de octubre de 1988.

Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Segunda, No. 236 del 10 de noviembre de 1989

Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Tercera, Nº: 4 del 15/01/1991

Tribunal Superior Cuarto Penal, Sec. Segunda, Nº: 2130 del 28/10/1991

Tribunal Superior Primero Penal, Sec. Segunda, Nº: 18 del 28/01/1991

Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Segunda, Nº: 68 del 13/05/1991,

Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Tercera, Nº: 172 del 29/10/1991

Sala Tercera de la Corte, Nº: 690 del 20/12/1991

Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. Segunda, Nº: 98 del 26/06/1992

Tribunal Superior Tercero Penal, Sec. Segunda, Nº: 160 del 17/09/1992

Sala Tercera de la Corte, Nº: 60 del 16/04/1993

Sala Tercera de la Corte Nº: 160 de 16/04/1993

Sala Tercera de la Corte Nº: 200 del 14/05/1993

Sala Tercera de la Corte, Nº: 160 del 16/04/1993

Sala Tercera de la Corte, Nº: 515 del 28/11/1994

Sala Tercera de la Corte, Nº: 508 del 28/11/1994

Sala Tercera de la Corte, Nº: 515 del 28/11/1994

Sala Tercera de la Corte, Nº: 565 del 12/12/1994

Sala Tercera de la Corte Nº: 519 del 06/09/1995.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

UNIÓN DE ESFUERZOS PARA UN MEJOR SERVICIO EN EL PODER JUDICIAL*

Virgilio Benavides López[1]

El Poder Judicial ha emprendido su proyecto de modernización y se encuentra justo en el momento en el que debe tomar sus principales fortalezas, para afianzarlas cada vez más y concentrar su atención en sus debilidades, para atacarlas fuertemente y reducirlas a su mínima expresión y así encaminarse hacia el objetivo trazado, para lo cual debe unir el esfuerzo de cada servidor para lograr la excelencia en el servicio que brinda. Si de fortalezas se trata, al observar el organigrama de la Institución se nota que se cuenta con una gran organización, cuya división en tres ámbitos abarca todo el territorio, a la vez, por esa gran dimensión existen varios circuitos para facilitar las funciones y coordinar mejor con la sede central en San José, asimismo, años atrás la Institución emprendió la gran tarea de dotar a cada circuito de su propia planta física, para que la representaran en las provincias y cantones. Ahora bien, si se dejaran de lado los servidores y se contara únicamente con los edificios, con el mobiliario, el equipo y todas las facilidades físicas, no habría función alguna que desempeñar. Es por ello, que el Poder Judicial necesita atender con prioridad a sus servidores, el recurso más importante de la organización, si se desea obtener el codiciado objetivo de llegar a la excelencia en el sector público. Lo anterior significa que existen debilidades con respecto al recurso humano, generadas por factores que tocan sus intereses y que no le favorecen ni motivan debidamente como persona y como trabajador. Lo más importante para lograr la meta propuesta es establecer una relación de atención recíproca, en la cual tome la iniciativa la parte patronal, que es la que tiene el poder de decisión, mientras que el sector no patronal debe ser estimulado para que reaccione y empiece a experimentar cambios radicales para su beneficio y el de la Institución, todo dentro del marco legal y disciplinario que se posee. Si se atiende detenidamente al servidor se notará que existe un cúmulo de necesidades, inquietudes y sentimientos que lo afectan negativamente como persona y en su quehacer, porque no basta contar con confortables y elegantes edificios, ni trabajar para una gran Institución, lo cual brinda mucha satisfacción, sino que también el servidor demanda atención para sus necesidades personales y laborales básicas.

---

* Trabajo Ganador del Primer Lugar en el Primer Concurso Nacional de Ensayo, organizado por la Comisión de Rescate de Valores Morales, Cívicos y Religiosos del Poder Judicial.

1. Virgilio Benavides es servidor del Depto. de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La Institución necesita, entonces, un servidor modelo, con altos grados de: **probidad**, término puesto aquí en primer lugar, por ser sinónimo de honradez y rectitud, y que, además genera el buen ejemplo que el empleado puede dar a sus congéneres; **imparcialidad**, tan importante en el camino hacia la justicia; **discreción**, tan necesaria para expresar criterios veraces y sanos; **compañerismo**, para mantener la armonía y las buenas relaciones interpersonales entre servidores; **cortesía**, para tener un usuario externo e interno bien atendido; **puntualidad**, que denote su disciplina; y **lealtad**, para cumplir con los reglamentos y luchar por lo que es justo. Si todos los servidores se llenaran de los atributos anteriores, la reacción en cadena hacia el objetivo principal no se haría esperar, sin embargo, se necesitan algunos ingredientes muy importantes para lograr estimular el recurso humano, entre los que se pueden citar: la motivación salarial, la capacitación, la dotación de recursos materiales, más espacio físico para algunos niveles marginados en este aspecto, ver y sentir buen ejemplo, disfrutar de la solución a sus problemas, la eliminación del entrabamiento legal en los trámites y procesos, y además, que las leyes que favorecen sus intereses económicos sean aplicadas con prontitud y sin trabas, etc.

Es imperioso para el servidor judicial tener entre sus prioridades personales y laborales su posición económica, ya que de ella dependen él mismo y otras personas, para llenar necesidades tan cotidianas como la alimentación y el vestido, u otras tan necesarias como la salud y el esparcimiento, máxime en estos tiempos de dificultades económicas para el país, las cuales han elevado vertiginosamente el costo de la vida, cuya consecuencia ha sido la sensible disminución del salario real del servidor judicial, en especial en los niveles bajos, aspecto que lo ha hecho caer en una situación de austeridad, endeudamiento y de penosas necesidades, todo lo cual disminuye su energía y le provoca una actitud negativa hacia el trabajo.

Por todo lo expuesto, se deben tomar cartas en el asunto por parte de quienes toman decisiones, con el fin de renovar las políticas salariales, para lo cual se necesita aplicar técnicas modernas de análisis salarial y de puestos; que no se le reste importancia a ninguno de ellos y se les remunere de acuerdo a la función, a los conocimientos, a los títulos profesionales, a los títulos técnicos y a los cursos impartidos, además que no falten series, ni se presenten entre puestos, diferencias salariales grandes o pequeñas que no tienen razón de ser. Por otro lado, que se establezca mayores restricciones de ingreso para seleccionar el personal y poder contar con buenos trabajadores y mayor compañerismo.

Si el Poder Judicial acelerara la capacitación en todos los niveles y especialidades, sin inclinar la balanza hacia algunas ramas como el derecho, tendría entonces, servidores que desempeñarían en forma más eficiente sus labores, y además, estarían motivados cuando apliquen los conocimientos técnicos y profesionales adquiridos, que les facilitarían sus labores y obtendrían a la vez una remuneración acorde con su capacitación. Por tales razones no deben faltar cursos, seminarios o charlas en aspectos tales como: **administración**, con sus conceptos modernos de calidad total, reingeniería, trabajo en equipo, análisis de procesos, análisis administrativo, etc., además, es de suma importancia que, en este campo se vaya desvaneciendo la idea de jefe para dar paso a la de líder; **administración pública**, con temas ineludibles sobre la función pública, con conceptos tales como objetivo en la función pública, presupuesto, programa, partida, gasto, asignación de recursos, etc.; **relaciones humanas**, que le depare a la Institución un servidor probo, leal e imparcial, así como ejemplar en compañerismo, cortesía y con excelente disposición para el trabajo; **informática**, un campo que debe abarcar toda la Institución, además, es sumamente importante que paralelo a la capacitación, se instale el equipo respectivo en cada oficina. La capacitación, sea cual fuere, debe tener seguimiento, ser aplicada constantemente en la actividad diaria, porque de lo contrario su efecto sería nulo.

Aún cuando, los conceptos anteriores motivan altamente al servidor, todavía quedan cantidad de oficinas y despachos que laboran en condiciones incómodas e insalubres, así como

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

todavía no se asoman las relaciones interpersonales deseadas y los trámites y procesos por sus entrabamientos legales duermen los asuntos por días, meses y hasta años, por lo que la Institución debe tomar estos casos entre sus prioridades, para que no se constituyan en el margen de error que existe en todo proyecto, razón por la cual no deben quedar marginados, porque la modernización del Poder Judicial no debe permitir excepciones, tiene que ser total, el ciento por ciento, ya que de ello depende la imagen que refleje la Institución externamente.

Para el servidor judicial actual no pasan inadvertidos los asuntos que se suscitan en el quehacer judicial y muchos de ellos lo desmotivan profundamente, tales como la desigualdad que se presenta en el trato personal y laboral, lo cual evidencia que se aplican más las políticas de austeridad en los niveles bajos que en los altos y también se manifiestan faltas a la probidad y a la imparcialidad, lo cual el servidor repudia fuertemente. Cuán importante es para la Institución irradicar todos estos aspectos negativos, cuya solución depende en alto grado de acciones que van desde el cumplimiento de las leyes y los reglamentos, pasando por el control de los asuntos, hasta la conciencia de quienes los resuelven, y más allá, de quienes toman decisiones de orden patronal.

Como se ha expuesto, si se llevara a la práctica una intensa campaña de motivación para el servidor judicial, veríamos en el futuro un generoso patrono recibir los frutos del trabajo eficiente y ordenado, aportado por un trabajador, cuya actitud positiva hacia sus funciones, lucharía con ahínco por mantener los ansiados beneficios que ha estado esperando. Lo anterior no significa que el trabajador esperará a que le sirvan todo en bandeja durante algunos años, para luego reaccionar, sino que sus aportes irán paralelos a la solución de sus problemas y necesidades. Por lo anterior, debe existir una constante interacción entre la parte patronal y los servidores no patronales, para no perder de vista el objetivo, por razón de aquel principio económico que nos sentencia que los recursos son escasos y las necesidades ilimitadas. Por otro lado, es difícil que la fórmula funcione al revés, con un servidor no patronal que tome la iniciativa, se empeñe en automotivarse constantemente y que la parte patronal espere luego los resultados, argumento que sí funcionaría con la tradicional imposición y las diferentes formas de castigo que tantos atrasos y problemas generan en todo ambiente laboral y en todos los niveles de las organizaciones.

En conclusión, la aplicabilidad de los conceptos modernizadores deberá convertirse en el **modus vivendi** de los servidores judiciales, acción que lo vaya alejando gradualmente de los aspectos negativos que aún abundan y están enquistados en la cultura judicial, de manera que la Institución pueda contar en un futuro no muy lejano, con una generación de servidores cuya mentalidad esté dirigida hacia la excelencia en el servicio, para que nuestro más acérrimo crítico, el usuario, llene algún día los buzones destinados para él, de muchas felicitaciones y buenas palabras, alusivas a aquella excelencia, producto de la ardua tarea que emprendieron con tanto valor y entusiasmo nuestros representantes y cuyo contagio se ha extendido a toda la comunidad judicial, la que ha empezado a manifestar en cada ámbito judicial sus múltiples inquietudes, para llegar a crear el gigantesco equipo que deparará el éxito de esta campaña. Ninguno de los ámbitos debe rezagarse, dentro de ellos, cada unidad, cada sección, cada departamento debe crear un dinámico centro de trabajo capaz de caminar por su propio esfuerzo, una vez satisfechas sus principales necesidades.

El proyecto de modernización que ha iniciado el Poder Judicial debe estar acorde con los recursos disponibles y con nuestra idiosincrasia, aunque es saludable también acoger aquellas ideas foráneas que nos beneficie, siempre y cuando no rebasen nuestros límites, asimismo, debe servir de ejemplo para toda institución pública, de manera que no se quede ninguna sin llevar a cabo un proyecto similar, en el que destaque la unión de esfuerzos para el mejor servicio. Esto nos proporcionará un sector público austero y ordenado, cuyos recursos económicos sean aplicados adecuadamente, lo cual coadyuvará a reducir el costo

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

económico y el costo social, para que la ciudadanía costarricense obtenga cada vez mayor bienestar con los servicios que están a cargo del Estado.

¡Bienvenida la hora en que existan un usuario y un servidor judicial satisfechos, uno por recibir el servicio y el otro por brindarlo!

★★★