



Revista de Ciencias Jurídicas  
Universidad de Costa Rica  
Facultad de Derecho  
Colegio de Abogados  
No.102 - Cuatrimestral  
setiembre - diciembre - 2003 - 192 págs.

I Derecho - Revistas

**Revista fundada en 1963**

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.  
San José (Costa Rica) América Central.

(c) Colegio de Abogados.  
Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho - Editorial  
Universitaria).

ISSN

0034-7787

CONSEJO ASESOR:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Máster Christian Hess Araya (*Vocal 1º*)  
Dra. Rosa María Abdelnour Granados (*Secretaria*)  
Lic. Wilberth Arroyo Alvarez (*Prosecretario*)

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Alfredo Chirino Sánchez  
Lic. Jorge Sáenz Carbonell  
Lic. Federico Sosto López

Director y Editor

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez*

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**  
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA  
DE  
CIENCIAS JURIDICAS**

**102**

SAN JOSE, COSTA RICA  
2003  
SETIEMBRE - DICIEMBRE

JUNTA DIRECTIVA  
COLEGIO DE ABOGADOS

2003

Presidente:

Dr. Manuel Amador Hernández

Vicepresidente:

Dr. José Manuel Arroyo Gutiérrez

Secretaria:

Dra. Rosa María Abdelnour Granados

Prosecretario:

Lic. Wilberth Arroyo Alvarez

Tesorero:

Dr. Paul Rueda Leal

Fiscal:

Licda. Dunia Chacón Chavarría

Vocal 1:

Máster Christian Hess Araya

Vocal 2:

Lic. Pablo Duncan Linch

Vocal 3:

Licda. Amira Suñol Ocampo

Vocal 4:

Lic. Fabio León Zárate

Vocal 5:

Licda. Patricia Madrigal Cordero

AUTORIDADES  
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Gabriel Macaya Trejos

Directora Consejo Universitario:

Dra. Olimpia López Avendaño

Vice-Rector de Docencia:

Dr. Ramiro Barrantes Mesén

Vice-Rectora de Investigación:

Dra. Yamileth González García

Vice-Rectora de Acción Social:

Dra. Leda Muñoz García

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:

*Máster Alejandrina Mata Segreda*

Vice-Rector de Administración:

*Máster Jorge Badilla Pérez*

Decano Facultad de Derecho:

Dr. Rafael González Ballar

Vice-Decano Facultad de Derecho:

Lic. Wilberth Arroyo Alvarez

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Decana Sistema de Estudios de Posgrado:

Dra. María Pérez Yglesias

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Fernando Durán Ayanegui





## PRESENTACION

En este número de la Revista se publican estudios en estas materias:

Penal, Informático, Constitucional, Comercial Internacional, Laboral, Arbitraje.

Se presentan reseñas bibliográficas sobre diversos libros.

Deseamos que este contenido sea útil a los estimables lectores.

*El director - editor*



**DE LOS MALES, LOS MENORES:  
DEL ABOLICIONISMO Y DEL GARANTISMO**

*Licda. Egenmery Venegas Villegas<sup>(\*)</sup>  
Licda. Elizabeth Muñoz Barquero<sup>(\*\*)</sup>*

---

(\*) Profesora, Facultad de Derecho. Subdirectora Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad de Costa Rica. Apdo. 1656-1100. Tel. 297-1626.

(\*\*) Profesora, Escuela de Filosofía. Universidad de Costa Rica. Apdo. 153-2070 Sabanilla. Tel. 225-8886.

## **RESUMEN**

Ya que el abolicionismo considera que el sistema penal es un mal social y el garantismo que la pena es un mal, así como que el derecho penal surge en contra de la venganza, las autoras plantean que el problema del deseo de la venganza no es el sentimiento en sí que se considera legítimo, sino que la impunidad es un mal mayor. En relación con delitos que para las autoras no deben ser desinstitucionalizables, se enfatiza que debe prevalecer el derecho de la comunidad sobre el del individuo, de modo que un plan rehabilitador también resulta un mal menor.

En Costa Rica hoy sigue vigente el concepto de rehabilitación del privado de libertad: “La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma que una ley especial determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción rehabilitadora.” (Código Penal, art.51). Se espera que el infractor se reinserte en la sociedad y que no reincida. Para rehabilitarlo se le da tratamiento, se le educa y se le da oficio. En el Código de Procedimientos Penales que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1997, “se estipula que para cumplir con la acción rehabilitadora de la pena, todos los condenados estarán sometidos a la obligación de trabajar, de acuerdo con su aptitud física y mental, según lo determinen el médico y el reglamento que debe emitirse.” (art. 523 bis). En este código, que empezó a regir en 1975, el trabajo se presenta como un derecho del individuo y una obligación con la sociedad; se declara que no deberá tener carácter afflictivo, y se remunerará conforme al salario mínimo y a las disposiciones y limitaciones que señala al respecto la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

Sin embargo, aquí como en otras partes del mundo, se ha señalado el fracaso del fin de la rehabilitación y similares, fracaso que suele medirse por el fenómeno de la reincidencia y por el aumento de la criminalidad. Las cárceles están repletas, “no son todos los que están”, ni están todos los que son, se han convertido en verdaderas escuelas del crimen. Se trata de la cárcel o se trata del sistema penal? A la pregunta de qué hacer entonces, han respondido principalmente las corrientes del abolicionismo, del derecho penal mínimo y fórmulas reformadoras.

I. Louk Hulsman, renombrado abolicionista de origen holandés (1991) afirma que la historia nos enseña que resulta vano pretender “humanizar” la prisión y que no se cambia de sistema simplemente porque se retoquen los objetivos de la pena, su duración, sus fundamentos teóricos o modalidades. Pero Hulsman no cuestiona solo la prisión, sino que sostiene que el sistema penal, lejos de resolver los problemas con que se enfrenta, crea otros nuevos y afirma que, de hecho, el sistema penal es un mal social. Es una máquina burocrática, en la que cada subsistema jerárquico se mueve sobre todo por objetivos internos, que interesan a los cuerpos a que pertenecen. La compartimentación y la profesionalización desmesuradas estén, como un obstáculo, entre el interesado y los encargados de tramitar “su asunto” de una fase a otra, por ejemplo.

Nadie gobierna ni controla la máquina penal, concebida para producir sufrimiento. Hulsman también sostiene que de todas las posibilidades, el sistema penal no ha practicado más que el modelo punitivo. Añade que el sufrimiento de los encarcelados es un mal absoluto puesto que es estéril: ¿qué hay de creativo en el aislamiento de hombres para obligarlos a vegetar juntos, artificialmente, en un universo infantilizante que más bien deshumaniza y desocializa? (en Ferrer, 1991:189).

Otro argumento que presenta a favor de la abolición del sistema penal es que ya existe una sociedad sin sistema penal, en el sentido de que el sistema se ocupa sólo de una parte ínfima de las situaciones teóricamente “criminalizables”, ora porque no entran en el sistema, ora porque son asumidos por otros mecanismos de resolución de conflictos. Un alto número de actos teóricamente punibles no son denunciados. Se pregunta entonces qué ocurre con los problemas de los que no se ocupa el sistema penal, a pesar de ser de su competencia. Según él, los problemas que no llegan al sistema, permanecen al margen debido normalmente a la voluntad expresa de las personas interesadas, ya por miedo, ya porque creen que la justicia no podrá resolverlos.

Propone este representante del abolicionismo el abandono de los esquemas mentales propios del sistema penal. El abolicionismo pretende problematizar la noción de crimen (o delito) y aplicar la noción de una situación problemática, que implica un rechazo al concepto legal de crimen o delito y permite adoptar una postura de exterioridad que parece caracterizar la perspectiva abolicionista. No se pretende que esta noción sustituya a la de crimen sino que se oponga a esta. La idea es que sea un concepto abierto que deje en manos de los interesados la posibilidad de elegir el marco de interpretación del suceso, así como su posible orientación.

Al concebir una sociedad sin sistema penal, en sentido estricto, se supone que no existirá ninguna intervención exterior sin el pedido expreso de los interesados, pues de ellos depende la solución del conflicto. Así, se considerará más bien una situación compleja que un acto y su autor inmediato. Hulsman aclara que está consciente de que por el hecho de descriminalizar un acto, este no deja de ser problemático; sin embargo, el hecho de no encasillarlo como un acto punible, permite que afloren otras dimensiones del problema.

Por lo que toca al funcionamiento de la sociedad sin sistema penal, explica que se necesitará una multiplicación de pequeñas instancias de mediación flexibles y especializadas que están presentes en las sociedades naturales. Estas difieren del conciliador en que no son árbitros que imponen una solución, sino gente que quiere ayudar a los interesados a comprender su situación y a encontrar ellos mismos la solución. Así, sería indispensable promover la figura del mediador. Aunque acepta que algunos problemas no tienen solución, afirma que una sociedad en la que se diera mayor importancia a las mediaciones naturales, las personas afectadas por un suceso victimizador crearán menos en las soluciones del sistema oficial y comenzarán a realizar sobre sí mismas el indispensable trabajo de maduración que les permita asumir los golpes duros (subrayado nuestro) (1991:204).

II. En la respuesta del derecho penal mínimo, hallamos como uno de sus antecedentes los postulados del abolicionismo y se puede considerar como una réplica a este. Un partidario de la corriente del derecho penal mínimo, Luigi Ferrajoli (1995), advierte que la finalidad reeducadora o rehabilitadora se ha desarrollado en la prisión y el objetivo propuesto no es realizable en la cárcel porque esta es criminógena: represión y educación son incompatibles porque la libertad es presupuesto de la educación. Por otra parte, Fernando Cruz (1990) hace ver que el delincuente, a veces, no necesita o no quiere ser resocializado.

Ferrajoli parte de que el utilitarismo tradicional, al orientar al derecho penal sólo hacia el fin *ne peccetur*, encamina sus posibilidades en la dirección de medios penales máximamente fuertes y muy severos. Recurre entonces a un “segundo parámetro” de utilidad: además del máximo bienestar posible de los no desviados, también el mínimo malestar necesario de los desviados. Pero este otro parámetro no puede referirse al fin de la prevención de los delitos por cuanto este concepto ha sido causa de mayor severidad de los castigos (1995:332). De hecho, asevera el autor, cualquier delito cometido muestra que la pena prevista para él no ha sido suficiente para prevenirlo y que para tal meta se habría necesitado una mayor. Este argumento sirve para demostrar que el fin de la prevención o incluso sólo de la reducción de los delitos *no sirve para fijar algún límite máximo a las penas, sino sólo el límite mínimo* (destacado nuestro) . Pero, afirma Ferrajoli, hay otro tipo de fin al que se puede ajustar el principio de la pena mínima, y es, no la prevención de los delitos, sino de otro tipo de mal antitético al delito –la mayor reacción espontánea, salvaje, punitiva pero no penal– que podría emanar de la parte ofendida (o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella)

si no hubiera penas. Este es el segundo fin justificador del derecho penal (el primero sigue siendo el máximo bienestar posible de los no desviados). La pena sirve así para prevenir los injustos delitos y los castigos injustos; no tutela sólo a la persona ofendida sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas. Aún más, sólo la tutela del inocente y la minimización de la reacción al delito sirve para distinguir el derecho penal de otros sistemas de control social.

El fin del derecho penal se identifica con el impedir que los individuos se tomen la justicia por su mano, o en general, con la minimización de la violencia en la sociedad. “Es la protección del débil contra el más fuerte. Del débil ofendido o amenazado por el delito, y del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con él.” (1995: 335). Las dos finalidades preventivas (la de los delitos y la de las penas arbitrarias) legitiman conjuntamente la “necesidad política” del derecho penal como instrumento de tutela de los derechos fundamentales. La legitimidad aquí, reitera, proviene del garantismo, esto es, de la tutela de los derechos fundamentales, aún contra los intereses de la mayoría: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado.

En la doctrina del derecho mínimo garantista, Ferrajoli reconoce que la pena “por su carácter coercitivo, es en todo caso un *mal* (destacado nuestro) que no cabe encubrir con finalidades filantrópicas de tipo reeducativo o resocializador. No obstante, es justificable si y solo si se reduce a un mal menor respecto por ejemplo de la venganza o de otras reacciones sociales y si y solo si el condenado obtiene de ella el bien que le evita castigos informales imprevisibles.” (1995: 337).

III. Teniendo en cuenta las tesis del abolicionismo y del derecho penal mínimo garantista, vemos que nuestro medio ha respondido a la crisis del derecho penal, denunciada por ambas corrientes y asumida como real por buena parte de nuestros juristas (y sin duda por la opinión pública, aunque no siempre coincidan los puntos de vista acerca de las soluciones posibles).

En Costa Rica, la década de los años noventa del siglo XX, presenta como característica un renovado interés por desarrollar transformaciones en el sistema penal. En 1992 la Corte Suprema de Justicia nombra una



comisión para que examine la posibilidad de reforma al sistema de administración de justicia penal, posibilidad que culmina con el nuevo Código Procesal Penal, aprobado en junio de 1996 y que entró en vigencia en 1998. En 1996 entró a regir la Ley de Justicia Penal Juvenil. Asimismo en la Asamblea Legislativa está desde 1998 el proyecto de un nuevo código penal. En 1997 la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica lleva a cabo su primer congreso sobre el tema “Sistemas penales y Derechos Humanos”, cuyas ponencias reflejan una vocación modificadora evidente, que abarca de la seguridad ciudadana a la aplicación de penas alternativas, de estas al debido proceso en la Convención Americana de Derechos Humanos, pasando por las garantías procesales y la participación de la víctima en el procedimiento penal.

También en esa década se realizan cambios en el campo penitenciario, al ponerse en práctica el Plan de Desarrollo Institucional del Ministerio de Justicia, el Reglamento orgánico y operativo de la Dirección General de Adaptación Social (D. 22198-J, 26 de febrero de 1993) y el Reglamento de los Derechos y Deberes de los Privados y las Privadas de Libertad (D. 22139-J, 21 de abril de 1993). En esta normativa se establece como objetivo principal la prevención social, desarrollando acciones que le permitan al individuo una integración permanente y positiva a la sociedad. La cárcel no se considera como el único espacio ni el predominante para la ejecución de la pena. Estas nuevas normas cambian el sistema de tratamiento por el de derechos y deberes. El sistema ya no es progresivo, sino que funciona por niveles de atención: el institucional, el semi-institucional, atención en comunidad, y atención a niñas, niños y adolescentes. Se busca la desinstitucionalización.

En el Código Procesal Penal, adoptado en 1998, se establece una serie de alternativas con la meta de diversificar las posibles respuestas ante el conflicto penal y se fortalece la participación de todos los protagonistas en la búsqueda de una solución, a través de mecanismos como la conciliación o la reparación del daño en delitos patrimoniales. Un ejemplo es la suspensión del procedimiento a prueba: el imputado puede solicitar al tribunal la suspensión condicional de la pena, a cambio de reparar el daño causado por el delito, conciliar con la víctima o cumplir con varias condiciones, entre las cuales están la participación en programas de tratamiento (por drogas o alcohol), aprender un oficio o profesión, permanecer en un trabajo o empleo o adoptar en un plazo determinado un oficio, arte, industria o profesión (arts. 25 y 26). El principio de oportunidad, ilustramos, le permite al Ministerio Público abstenerse de actuar ante hechos insignificantes, o de mínima

culpabilidad, o cuando el imputado esté dispuesto a colaborar dando información para esclarecer un delito o evitarlo; todo esto posibilita que menos personas sean juzgadas y que por lo tanto no se impongan penas y en consecuencia se disminuya la institucionalización (art. 22). La víctima (arts.70-71) asume un papel activo sobre el rumbo del proceso (art. 18) y se le regresa la potestad de acusar en delitos de acción pública (art. 16) (arts. 7 y 36).

Como bien lo señala Mario Houed (en: Sánchez, 1997), de nada valdría un proceso penal eficiente, si no existe un catálogo de penas o sanciones, diferentes de la prisión, si lo que se busca es desahogar el sistema punitivo. Es de esperar entonces que se haga realidad un nuevo código penal. De este proyecto deseamos destacar precisamente el punto de las penas. Las principales siguen siendo la prisión y la multa. Entre las penas alternativas sustitutivas están: el arresto domiciliario a plazo (art. 53), la detención de fin de semana (art. 54), la prestación de servicio de utilidad pública (art. 55), la limitación de residencia (la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él sin autorización judicial (art. 56). También encontramos las penas alternativas complementarias que pueden acompañar a la pena sustitutiva, como la compensación pecuniaria (art. 60) y las penas alternativas extraordinarias, que sirven al juez para reemplazar la pena principal cuando así proceda (art. 62), tales como la amonestación (censura solemne que hace el juez oralmente en audiencia pública; art. 63) o el extrañamiento, aplicable solo a extranjeros (art. 65).

IV. Notables son las transformaciones y sustituciones ya incorporadas al ordenamiento jurídico o en proyecto, aunque nos queda la sensación de que todavía tenemos un estado medio “pedagogo y terapeuta”. El abolicionismo, representado en propuestas como la de Hulsman o la de Nils Christie (en: Ferrer, 1991) ha sido discutido, en el trabajo pionero de los juristas Cecilia Sánchez y Mario Houed (1992). Jurídicamente es obvio que no ha sido acogido (aún). Más aquí, como en otras partes, dicha doctrina ha puesto “el dedo en la llaga” por la crítica contundente a los abusos de parcialidad, violencia y desigualdad cometidas y por cometerse; ha servido como una especie de metodología crítica. En este sentido es de esperarse que continúe orientando debates acerca de nuevos rumbos que se presentan como indispensables.

Es nuestra opinión, en todo caso, que la realización de la propuesta abolicionista supone una especie de Edén o la sociedad del “buen salvaje” o una guiada por el precepto evangélico de “poner la otra mejilla”; nos parece estar, en efecto, frente a un moralismo utópico que podría, desde luego, operar como un horizonte ideal.

Por otra parte, aceptamos sin reparos que es posible que nuestras mentes estén tomadas por la lógica del sistema penal impugnada por los abolicionistas y entonces preguntamos, descartada y descartadamente por el derecho a desear la venganza (pregunta tabú, casi siempre prohibida por la Ética y el Derecho). Hulsman mismo acepta la existencia *comprensible* (destacado nuestro) de casos en que los sentimientos retributivos son expresados explícitamente (en: Ferrer, 1991:193) y sostiene que lo que desea descartar no es el modelo punitivo de reacción social, sino la materialización que de él hace un sistema estatal y que de hecho existen muchas formas de vivir como castigo determinadas reacciones, especialmente en el marco del sistema civil (1991: 193; 1984:121). Pareciera que lo que nosotras hemos denominado “el derecho a desear la venganza” queda a salvo para los abolicionistas. Pero para contener éste, opinamos que se necesita algo más (bastante más) que la multiplicación de pequeñas instancias de mediación, como las presentes en las sociedades naturales. Añadimos que como no logramos concebir el terrorismo (no importa de cuál bandera o cruz política) ni el homicidio (con alevosía o ensañamiento) ni la violación como situaciones problemáticas, en consecuencia, no apoyamos la abolición de la pena de prisión para estos casos.

Sean las siguientes definiciones de Espinosa (1983, Parte Tercera, Definiciones de los Afectos): la venganza es un deseo que nos incita, por odio recíproco, a hacer mal a quien, movido por un afecto igual, nos ha hecho un daño (XXXVII). La indignación es el odio hacia alguien que ha hecho mal a otro (XX). Nos servimos de estas definiciones para plantear la posibilidad de que el deseo de castigar (o más civilizadamente, la orientación retribucionista) provenga de la venganza y de la indignación así entendidas, y que ambas están a la base de los sistemas o de los intentos punitivos informales, aunque de modo encubierto (en ese ámbito inscribimos las trabajosas explicaciones del origen del derecho penal: si nace como el derecho de defensa que en el estado de naturaleza corresponde a cada hombre para su propia conservación, como en Locke; o si nace en discontinuidad y conflicto con ella, como negación de ella, como en Ferrajoli; o como medio para proteger al autor del hecho frente a la venganza, como Bovino (en: Sánchez, 1997: 205) por ejemplo). Pertenece, según lo vemos, a una actitud hiperracionalista (o a la larga religiosa, con la cual coincidiría) el deseo de extirpar estos sentimientos y la negación de su legitimidad. Asimismo señalamos como posibilidad que el temor (el deseo de evitar, mediante un mal menor, otro mayor, al que tenemos miedo, también según Espinosa) quizá también esté a la base de muchos sistemas o de muchas reformas penitenciarias modernas.

En todo caso, aún si consideráramos tales deseos o sentimientos como un mal (cualquiera que sea) opinamos que la impunidad se presenta como un mal mayor. Téngase muy en cuenta, del lado de las víctimas, que estas a menudo no solo no pueden obtener reparación sino que también se les niega su legítimo derecho a sentir. O acaso es que el sufrimiento de los encarcelados es un sinsentido –apud Hulsman– pero el de las víctimas sí tiene que tenerlo? Esto, para no hablar de los muertos que ya no pueden considerarse “personas interesadas” en solucionar un conflicto. Pensamos que el problema de fondo no es que los humanos y las humanas sientan lo que sienten, sino la expresión en que social e históricamente se plasman esos sentimientos, dominados a su vez por los deseos de los grupos que detentan el poder político: quizás, a la postre, son los que deciden no sólo de quiénes, cómo y cuándo hay que vengarse sino toda la gama de la impunidad (cuestión que desborda completamente los límites del presente artículo). Viene al caso la siguiente afirmación de Zaffaroni: “(...) no hay razón alguna para creer que sea menos utópico un modelo de sociedad en la que no haya invulnerabilidad penal para los poderosos, que un modelo de sociedad en que se haya abolido el sistema penal.” (1989: 113).

V. En punto al derecho penal mínimo y sus garantías -a muchas de cuyas tesis nos suscribimos, entre ellas a la de las garantías al imputado- deseamos hacer notar el siguiente problema, referente al valor de la persona humana. Ferrajoli afirma (1995: 272) que el concepto de rehabilitación como fin de la pena, por ejemplo, contradice el principio de libertad y la autonomía de la conciencia: “(...) cualquier tratamiento penal dirigido a la alteración coactiva de la persona adulta con fines de recuperación o de integración social no lesiona sólo la dignidad del sujeto tratado, sino también uno de los principios fundamentales del estado democrático de derecho, que (...) es el igual respeto de las diferencias y la tolerancia de cualquier subjetividad humana, aun la más perversa y enemiga, tanto más si está reclusa o de cualquier otro modo sometida al poder punitivo. En la medida en que es realizable, el fin de la corrección coactiva de la persona es (...) una finalidad moralmente inaceptable como justificación externa de la pena, violando el primer derecho de cada hombre que es la libertad de ser él mismo y *de seguir siendo como es*. (Destacado nuestro). Aparte la posible manipulación política de dicha coacción que este mismo autor señala que puede resultar y, de hecho ha resultado, en los manicomios penales soviéticos, las escuelas de reeducación de la China popular y cualquier versión de por estos lares-subsiste, según lo vemos un dilema: o el respeto al individuo o el respeto al cuerpo social, esto es a la mayoría de los ciudadanos.

En nuestro país el Plan de Desarrollo Institucional, el Reglamento Orgánico y Operativo de la Dirección General de Adaptación Social y el Reglamento de los Derechos y Deberes de los Privados y las Privadas de Libertad, regulan el comportamiento de quienes se encuentren en los centros penitenciarios conforme a razones de seguridad jurídica y a la condición de sujetos de derechos y obligaciones. Esa normativa contempla la tutela de los derechos individuales, sociales y económicos, aparte de los contenidos en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. Cada sujeto es valorado y ubicado a partir de un plan de atención técnica individual, que define sus necesidades y cómo deben ser atendidas. Explícitamente no se dice que el privado de libertad esté obligado a cumplir por ejemplo con su plan de atención técnica (según las áreas de atención técnica: drogadicción, violencia, trabajo, entre otras) pero lo cierto es que del cumplimiento de ese plan depende su ubicación en los niveles institucional, semi-institucional o en comunidad (Reglamento de derechos y deberes, art. 46 y 72) y su posible desinstitucionalización. El acatamiento del plan no es voluntario, pero quizás debería serlo.

Acaso entonces desde la perspectiva individual se privilegia un derecho sobre otro: el de la libertad del individuo primero que el respeto a ser él mismo y a seguir siendo como es. Si se respeta el segundo derecho, no alcanzará el primero. Más desde la perspectiva de la colectividad, esta se beneficia de la promoción de la libertad de sus miembros. El principio de no dejar al infractor seguir siendo como es, en relación con los delitos que consideramos no se deben desinstitucionalizar –con todo y los riesgos de las terapias o planes de rehabilitación dudosos– representa para nosotras también un mal menor.

## BIBLIOGRAFIA

- Cruz, Fernando y González, Daniel (1990). *La sanción penal. Aspectos penales y penitenciarios*. San José. Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia.
- Decreto No. 22139-J Reglamento de derechos y deberes de los privados y las privadas de libertad* (26 de febrero de 1993). San José. La Gaceta, No. 103, 31 de mayo de 1993.
- Decreto No. 22198-1 Reglamento orgánico y operativo de la Dirección General de Adaptación Social* (26 de febrero de 1993). San José. La Gaceta, No. 104, martes 1o. de junio de 1993.
- Espinosa, Baruch de (1983). *Etica demostrada según el orden geométrico*. Trad.: V. Peña. Buenos Aires. Ediciones Orbis, S. A.
- Ferrer, Christian, comp. (1991). *El lenguaje libertario*. Montevideo. Nordan Comunidad.
- Lulsman, Louk y Bernat de Celis, Jackeline (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana*. Trad.: S. Politoff. Barcelona, Ediciones Ariel.
- Ferrajoli, Luigi (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad.: P. A. Ibañez et al. Madrid. Editorial Trotta.
- Ley No. 5377, Código de Procedimientos Penales* (19 de octubre de 1973). San José. Lehmann Editores. 1981. Tercera edición.
- Ley No. 7594. Código Procesal Penal* (4 de junio de 1996). San José. Imprenta Nacional.
- Ley No. 7576, Ley de Justicia Penal Juvenil* (8 de marzo de 1996). San José. La Gaceta, No. 82, 30 de abril de 1996.
- Ministerio de Justicia. Plan de Desarrollo Institucional* (diciembre de 1993). San José. Registro Nacional.
- Sánchez, Cecilia, comp. (1997). *Sistemas Penales y Derechos Humanos*. San José. Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de la Justicia.
- Sánchez, Cecilia y Houed, Mario (1992). *La abolición del sistema penal*. San José, Editec Editores, S. A.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1989). *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires. Ediar.

**EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO,  
LA FIRMA DIGITAL Y LA CONTRATACIÓN  
ADMINISTRATIVA**

*Lic. Carlos Jovel Sánchez*  
Abogado costarricense

## **SUMARIO:**

Introducción

Sección I

El documento y la informática

- a) Historia
- b) Concepto de documento
- c) La desmaterialización
- d) El Derecho y la Informática

Sección II

El documento informático o electrónico  
y la firma digital

- a) Noción, naturaleza, clases y aparatos emisores
- b) La seguridad jurídica del documento informático
- c) La criptografía
- d) La firma en el documento informático
- e) El documento electrónico: legislación costarricense

Sección III

El documento informático, la firma digital  
y la contratación administrativa

Conclusiones

Fuentes consultadas



## INTRODUCCIÓN

La globalización no es un proceso contemporáneo. Ya en los tiempos de la Colonia y aún desde la Conquista se había iniciado dicho fenómeno, como derramamiento incontenible de dominación, saqueo e injusticia.

En efecto, fue el siglo XVI en que nos convertimos en foco de interés económico para los países europeos, que se dedicaron a piratear nuestras riquezas naturales, en especial las minerales, como el oro y la plata y a diezmar nuestro recurso más valioso, la población autóctona, empezamos a ser víctimas de un proceso de globalización y de aniquilación. Posteriormente, en cuanto se concluyó el saqueo, dejamos de ser objeto de interés para ellos, se perdieron o debilitaron los lazos políticos y se gestaron los procesos independentistas con los resultados que ya conocemos.

El globalismo que ha tomado auge recientemente, no dista mucho de aquel que originalmente nos afectó; la diferencia más importante la encontramos en que actualmente los centros de poder están corridos hacia la esfera privada y concretamente a la de unas cuantas transnacionales. Monstruosos conglomerados multinacionales, que sólo desean convertirnos en sus consumidores, sus usuarios, sus clientes y por qué no sus conejillos de indias.

Es así como ellos moviendo sus poderosos lazos, han hecho que los políticos bailen su danza y griten un ¡Viva! a la globalización.

Abrimos nuestras fronteras, pero aquellos manipulan a sus políticos de turno y éstos mantienen sus productos subsidiados; nos venden caro y nos compran barato, ello no ha cambiado, pero además como si fuera poco, la globalización no comprende las esferas de la salud, la educación, la alimentación, ni nada que signifique dar mejores condiciones a los más necesitados de estos países globalizados del tercer mundo.

La aldea global de McLuhan está aquí, el nuevo Imperio de las Corporaciones nos gobierna, extrayéndonos riqueza, sin dar nada a cambio, ni siquiera protección, tal y como ocurría en los antiguos Imperios.

Es el Nirvana, de los ejecutivos (“suits men”), poco más pueden pedir, excepto seguir creciendo, abarcando nuevos mercados y llegando cada vez más lejos y a más cantidad de población, siempre que sean clientes potenciales, los demás, que se mueran.

Esta forma de conducir los negocios, con pocas excepciones, ha encontrado un importante aliado en las más recientes tecnologías de la sociedad de la información<sup>(1)</sup> las cuales no son buenas ni malas, pero sí pueden ser instrumentalizadas para propósitos sórdidos. El medio es el mensaje, el medio es el masaje, decía McLuhan.

En efecto, cada día que pasa, nos convertimos en ciudadanos de cristal, transparentes para quien tenga el poder de comprar, almacenar y manipular información. Los gobiernos y las empresas pueden conocer nuestros gustos y gastos, nuestras costumbres, nuestros problemas de salud y económicos, nuestra situación laboral, nuestra dirección, teléfono, las características del vehículo, si poseemos uno y el sitio donde estudian nuestros hijos o lo hacemos nosotros; en fin, pueden vernos y conocernos de adentro hacia fuera y ello les permite diseñar sus políticas de control y de mercadeo, llegarnos hasta lo más profundo de nuestra intimidad y mover nuestros deseos casi de manera absolutamente segura. Pareciera que el único reducto de privacidad que nos queda, es nuestro propio pensamiento, nuestra conciencia.

Nos acercamos al punto de inicio de la tarea que nos hemos propuesto. Buscamos dilucidar la manera en que la contratación que hace el Estado, la contratación administrativa puede verse favorecida por las nuevas tecnologías, entre ellas la del documento electrónico y la de la firma digital.

Pretendemos analizar el concepto y la naturaleza del documento electrónico, así como las formas que existen en la actualidad para garantizar que la información que él transmite es fidedigna, confiable, confidencial, segura y de un origen determinado y determinable.

Es de vital importancia estudiar también lo que se denomina como “firma digital” y los métodos criptográficos de seguridad en la transmisión de datos.

---

(1) Término acuñado por Daniel Bell y Alain Touraine a finales de la década de los 60's.

En la actualidad costarricense estos temas han sido tratados de manera muy superficial, por ello este es un campo vasto, que espera ser investigado.

La globalización que estamos viviendo implica que cada día que pasa en lo que al comercio internacional se refiere, tienen menos sentido práctico o utilidad las fronteras y los límites que tradicional y convencionalmente nos hemos impuesto.

Para nadie es un secreto que herramientas como la Internet y su sucesora la Internet 2, tienen alcances ilimitados e incontenibles y para ellas las divisiones políticas o geográficas son irrelevantes, así como las regulaciones legislativas, la mayoría de nosotros hemos navegado en ella y somos conscientes de que podemos acceder información que se encuentra en bases de datos ubicadas en cualquier lugar del mundo, en los sitios más remotos y lejanos, en tan sólo segundos.

Es ahora cuando la humanidad se ha percatado de la gran velocidad con que podemos comunicarnos. La información que antes podía tardar meses en llegar de un sitio a otro, (pensemos en el correo del siglo antepasado, el cual para trasladar una carta de América a Europa tardaba como mínimo tres semanas) ahora puede hacer su travesía en segundos, basta para convencernos el enviar un correo electrónico (E-mail) a cualquier parte del mundo.

Estamos viviendo una época de grandes cambios en lo político, en lo económico, en lo tecnológico, en fin en muchas de las esferas que nos rodean y que inciden en nuestra vida diaria.

Aunque ya desde hace algunas décadas se podía transmitir información en forma muy rápida, recordemos el teletipo, el cable, el telegrama, facsímil, etc., es hoy cuando los instrumentos se han hecho más eficientes y cuentan con una mayor difusión y accesibilidad, ello ha obligado a tomar medidas que garanticen la fidelidad de la información.

En efecto, no sólo es importante recibir los datos que necesitamos en segundos, sino estar seguros de que provienen de la persona, empresa o institución que dice enviarlos, de lo contrario la información sería inútil, sin ningún valor y mal haríamos en darle credibilidad, porque de procederse de esta forma podríamos incurrir en graves errores con múltiples y dañinas consecuencias.

Sabemos que tan pronto es descubierto un avance tecnológico hay muchos que tratan de darle buen uso y otros que no, por intereses generalmente egoístas, mercantilistas o inicuos.

El documento electrónico no ha escapado a este fenómeno de ahí que a pesar de su utilidad, ha sido necesario encontrar mecanismos que lo protejan y den certeza de su origen, llegándose incluso a legislar al respecto, aunque con soluciones diversas que varían de un país a otro.

Buscamos finalmente enfocar nuestra atención en los siguientes aspectos ¿cuál es la naturaleza del documento electrónico y la firma digital?, ¿cuál es su importancia para la contratación administrativa?, ¿cuáles pasos sería recomendable iniciar, a fin de regular su uso en la contratación administrativa?

La presente investigación comprende:

Una primera sección denominada El documento y la informática estudiaremos aspectos generales relacionados con la historia de la escritura, concepto de documento jurídico, la desmaterialización, el Derecho y la Informática.

En la segunda sección que lleva por nombre El Documento Informático o Electrónico y la Firma Digital, tocaremos lo relativo a noción, naturaleza, clases de documentos electrónicos y aparatos emisores, la seguridad jurídica del mismo, la firma electrónica y el tratamiento que se le ha dado en nuestra legislación.

En la tercera sección analizaremos las ventajas que esta tecnología puede tener para la Contratación Administrativa y qué es necesario para sacar el máximo provecho de ella.

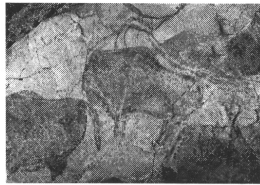
## SECCIÓN I

### EL DOCUMENTO Y LA INFORMÁTICA

#### a) Historia

Sabemos que desde tiempos antiquísimos el hombre prehistórico pintó murales en sus cavernas, tal es el caso de Altamira<sup>(1)</sup> en Francia, sin embargo, fueron los egipcios los que dieron el paso de elaborar dibujos que representaran sonidos en lugar de ideas,<sup>(2)</sup> un adelanto que más tarde produjo el alfabeto.

- (1) **Cueva de Altamira.** Los bisontes pintados aquí son sólo una pequeña muestra del conjunto de pinturas prehistóricas que la cueva de Altamira alberga. Datadas en más de 15.000 años de antigüedad, sus representaciones faunísticas, ejecutadas con un hábil estilo naturalista dominador del trazo y de la utilización de los colores, motivaron que esta gruta cántabra, ubicada en el término de Santillana del Mar, recibiera el apelativo de ‘Capilla Sixtina del arte paleolítico’.



- (2) **Ideogramas y fonogramas.** Las inscripciones jeroglíficas egipcias contienen dos clases de símbolos: los ideogramas y los fonogramas. Los ideogramas representan, bien el objeto concreto que se graba, bien algo muy relacionado con él; por ejemplo, la figura de un *sol* puede significar ‘sol o día’; los fonogramas o símbolos fonéticos se emplean únicamente por su valor fonético y no tiene otra relación con la palabra que representa. El principio en el que se asienta un jeroglífico consiste en que la figura de un objeto sirve para representar no sólo el objeto, sino también una palabra que contenga su nombre, aunque signifique otra cosa; así se consigue escribir nombres propios, ideas abstractas y elementos gramaticales que por sí mismos no tendrían representación gráfica.



También los chinos, quienes inventaron el papel dieron grandes avances en la escritura,<sup>(3)</sup> que luego se trasladaron al Japón llegando a realizar trazos que significaban una sílaba entera simplificándose la escritura en forma impresionante.

Los hebreos y los fenicios se inspiraron en el alfabeto egipcio para elaborar el propio y posteriormente los griegos hicieron el suyo basándose en el de los fenicios, más tarde aquel pasó a los romanos y de ahí a los españoles quienes con el tiempo constituyeron el actual alfabeto castellano.<sup>(4)</sup>

Lo anterior demuestra que la humanidad siempre ha tenido la inquietud de plasmar sus ideas, su forma de vida, su esencia, en algún medio material que trascienda a su autor, que permanezca en el tiempo, como un testimonio para las futuras generaciones, que podrán entender el pasado y aprender de él.

## **b) Concepto de documento jurídico**

La palabra documento se deriva del latín *documentum* o *docere*, “enseñar”, en sentido amplio, es una entidad física, simple o compuesta, idónea para recibir, conservar y transmitir la representación descriptiva, emblemática o fonética de una determinada realidad relevante en el plano jurídico. El elemento material en cuestión puede ser un papel, un vídeo, una cinta magnetofónica, un entorno digital o virtual; la docencia puede radicar en los signos de la escritura, las imágenes del vídeo, los sonidos grabados en la cinta o los dígitos (01).

---

(3) Según la tradición, el primero en fabricar papel, en el año 105, fue Caí Lun (o Tsai-lun), un eunuco de la corte Han oriental del emperador chino Hedi (o Ho Ti). El material empleado fue probablemente corteza de morera, y el papel se fabricó con un molde de tiras de bambú.

(4) Entre los años 1000 y 900 a.C. los griegos habían adoptado la variante fenicia del alfabeto semítico y a sus 22 consonantes habían añadido dos signos (en algunos dialectos varios signos más), sin contar unos caracteres con los que representaron las vocales. Después del año 500 a.C. el griego ya se escribía de izquierda a derecha. Su alfabeto se difundió por todo el mundo mediterráneo y de él surgen otras escrituras como la etrusca, osca, umbra y romana. Como consecuencia de las conquistas del pueblo romano y de la difusión del latín, su alfabeto se convirtió en el básico de todas las lenguas europeas occidentales.

En un sentido estricto, por documento se entiende el recipiente, soporte o envase en el que se vierten por escrito manifestaciones o declaraciones, que puedan testimoniar un hecho o un acto con consecuencias jurídicas. Los documentos pueden ser públicos o privados, con todas las implicaciones que ello acarrea y que no viene al caso analizar ahora, por no ser el objeto cabal de este estudio.

El artículo 368 del Código Procesal Civil define documento de la siguiente manera:

*“Artículo 368.—Distintas clases de documentos.  
Son documentos los escritos, los impresos, los planos, los dibujos, los cuadros, las fotografías, las fotocopias, las radiografías, las cintas cinematográficas, los discos, las grabaciones magnetofónicas y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo.*

En lo que al Derecho se refiere, serán importantes, es decir relevantes útiles y dignos de consideración todos aquellos documentos que puedan servir como medio de prueba en un proceso judicial o administrativo, incluso aquellos en los que se vela la contratación del Estado, sin embargo, los avances de la tecnología han hecho surgir nuevos retos en materia de “prueba documental” de ahí que el documento electrónico o informático hace necesario que se tomen las medidas que corresponda para darle cabida y acogida en dicha teoría.

El autor Julio Rafael Montoya Barrios, define el documento así: *“...la superficie continente de información ordenada...”*<sup>(5)</sup> Lo importante que se debe tener presente en lo que al concepto del documento se refiere es que éste será relevante para el Derecho en la medida en que se le pueda usar como medio de prueba, de lo contrario no tendrá ninguna validez ni importancia para los procesos jurídicos.

### **c) La desmaterialización**

“La historia de la humanidad muestra que la economía y el comercio de los países civilizados se apoyan en el registro documental de

---

(5) MONTOYA BARRIOS, Julio Rafael. *El documento informativo y la seguridad jurídica desde el punto de vista de la función notarial*. Editorial Derecho Colombiano Ltda., 1992, pp. 16-17.

sus operaciones y dentro de la variada gama de materiales utilizados para su confección, ha sido el "papel" el que ha logrado aceptación y universalidad con el correr de los tiempos, al punto que muchas veces confundimos el "contrato" mismo con dicho material".<sup>(6)</sup>

Es cierto lo que afirma este autor, pero ello lo podemos ubicar en el contexto de nuestro pasado reciente, ahora por el contrario la desmaterialización apunta cada vez con mayor empuje a sepultar la civilización del papel..., los archivos de papel que amenazan con inundar el planeta, ello ha llevado a la sociedad a la adopción de técnicas adecuadas a la nueva realidad que imperativamente nos han llevado a la desmaterialización de los actos jurídicos".<sup>(7)</sup>

Es más "el documento o la técnica informática resultan más veloces que el medio escrito, y por lo tanto terminarán por imponerse, al contribuir mejor a la obtención de los valores de seguridad y realización del Derecho que se persiguen en el proceso moderno."<sup>(8)</sup>

El plazo durante el cual se operará este cambio dependerá de la confiabilidad que lleguen a tener los documentos electrónicos entre los usuarios y además, la seguridad y validez que tengan como medio de prueba. Es indispensable que los lenguajes de programación, formatos de transmisión, recepción y almacenamiento de datos lleguen a uniformarse y estandarizarse, para que así el flujo de información entre particulares y entre éstos y los Estados u organizaciones sea expedito y fluido, sin ningún tropiezo o entramamiento.<sup>(9)</sup>

(6) BAUZZA REILLY, Marcelo. *El Derecho Procesal y las Nuevas Tecnologías Reproductoras de Información*. Jornadas Nacionales de Derecho Informático, Montevideo, 1987, Uruguay, pp. 105-106.

(7) DARÍO BERGEL, Salvador. *El Documento Electrónico y la Teoría de la Prueba*, en **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Prueba I, Bubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 1993, pp. 137-139.

(8) BAUZZA REILLY, Marcelo. *Op. cit.*, p. 106.

(9) Veamos ahora a manera de ejemplo una tabla con varios tipos de lenguaje y la fecha en que fueron inventados:

Lenguaje	Origen del nombre	Año	Usos/Comentarios
ADA	Augusta <u>ADA</u> Byron (Lady Lovelace)	1979	Derivado de Pascal, utilizado principalmente por los militares.
ALGOL	<u>ALGO</u> rithmic Language (Lenguaje ALGOL algorítmico)	1960	Primer lenguaje de programación procedural estructurado, u sobre todo para resolver problemas matemáticos.
APL	<u>A</u> Programming Language (Un lenguaje de programación)	1961	Lenguaje interpretado que utiliza un amplio conjunto de símbolos especiales y que se caracteriza por su brevedad. Utilizado fundamentalmente por los matemáticos.



BASIC	<u>B</u> eginners <u>A</u> ll- <u>P</u> urpose <u>S</u> ymbolic <u>I</u> nst <u>C</u> ode (Código de instrucciones símbol. multipropósito para principiantes)	1965	Lenguaje de programación de alto nivel, utilizado con frecuencia por programadores principiantes.
C	Predecesor del lenguaje de program. fue desarro- llado en Bell Laboratory.	1972	Lenguaje de programación compilado y estructurado, que suele utilizarse en numerosos lugares de trabajo porque sus programas pueden transferirse fácilmente entre distintos tipos de computadores.
COBOL	<u>C</u> OMmon <u>B</u> usiness- <u>O</u> riented <u>L</u> anguage (Lenguaje simbólico de programación orientado a aplicaciones comerciales)	1959	Lenguaje de programación semejante al idioma inglés, que hace hincapié en las estructuras de datos. De amplia utilización, principalmente en empresas.
FORTH	Lenguaje de cuarta ( <u>F</u> OUrTH) generación	1970	Lenguaje estructurado e interpretado de fácil ampliación. Ofrece alta funcionalidad en un espacio reducido.
FORTRAN	<u>F</u> ORMula <u>T</u> RANslation (Traducción de fórmulas)	1954	Diseñado en un principio para usos científicos y de ingeniería; se trata de un lenguaje compilado de alto nivel que hoy se utiliza en numerosos campos. Precursor de diversos conceptos, como variables, las instrucciones condicionales y las subrutinas compiladas por separado.
LISP	<u>L</u> ISt <u>P</u> rocessing (Procesamiento de listas)	1960	Lenguaje de programación orientado a la generación de listas utilizado principal- mente para manipular listas de datos. Lenguaje interpretado que suele utilizarse en las investigaciones y está considerado como el lenguaje estándar en proyectos de ente artificial.
LOGO	Derivado del griego <u>logos</u> , 'palabra'.	1968	Lenguaje de programación que suele utili- zarse con niños. Proyecta un sencillo entorno de dibujo y varias prestaciones de mayoría del lenguaje LISP. Fundamen- talmente educativo.
Modula-2	<u>M</u> ODUlar <u>L</u> anguage-2, diseñado con secundaria de Pascal (diseñados ambos por Niklaus Wirth)	1980	Lenguaje que hace hincapié en la pro- gramación modular. Es lenguaje de alto nivel basado en Pascal, que se caracteriza por la ausencia de funciones y procedi- mientos estandarizados.
Pascal	Blaise <u>P</u> ASCAL, matemático e inventor primer dispositivo de computación.	1971	Lenguaje compilado y estructurado basado en ALGOL. Estructuras de datos simplifi- cando la sintaxis. Al igual que se trata de un lenguaje de programación estándar para microcomputadoras.
PILOT	<u>P</u> rogrammed <u>I</u> nquiry, <u>L</u> anguage <u>O</u> r <u>T</u> (Consulta, lenguaje o aprendizaje de investi- gación programada)	1969	Lenguaje de programación utilizado funda- mentalmente para aplicaciones destinadas a instrucciones asistidas por computadora. Se caracteriza por utilizar un mínimo de sintaxis.

#### d) El Derecho y la Informática

Es indudable que el Derecho no ha permanecido impávido, no ha quedado incólume, ha tenido que evolucionar y adaptarse a los nuevos retos que la informática le ha planteado; de hecho de esa unión surgió lo que se llama “informática jurídica”.

Una primera señal de lo que podemos llamar informática jurídica surgió en 1962 con la “Anti-trust Division” del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, fue el primer servicio de documentación electrónica de textos jurídicos que entró en funcionamiento.

Era la informática documentaria,<sup>(10)</sup> usada para la creación, gestión y recuperación de datos de bancos que contenían información jurídica como leyes, doctrina y jurisprudencia y datos de interés público.

A finales de los años 60 nació la informática jurídica de gestión que mediante programas elaborados expresamente al efecto logró la producción de verdaderos actos jurídicos como la expedición de certificaciones, sentencias pre-modeladas, constancias, etc. Más adelante sucedió que si las informaciones eran exactas y los procedimientos seguros, podía llegarse a algunas conclusiones, surgiendo así en los años 70 la informática jurídica decisional.

En 1972 se inicia la compensación electrónica de valores, débitos y créditos entre instituciones financieras y al año siguiente 1973 se funda la Sociedad Mundial de Telecomunicaciones Financieras Internacionales, conocida como Swift”.<sup>(11)</sup>

---

PL/1	Programming Language 1 (Lenguaje de programación uno)	1964	Diseñado para combinar las principales virtudes del FORTR, COBOL y ALGOL, se trata de un lenguaje de programación complejo. Compilado y estructurado, es capaz de gestionar o procesar multitareas, y se emplea en entornos académicos de investigación.
------	---	------	--

(10) Las categorías de la Informática Jurídica se clasifican tradicionalmente en documental, de gestión, decisoria y analítica, en este sentido consultar CASTRO FERNÁNDEZ, Juan Diego, *Juristas y Computadores*, San José, 1ª edición, Juriscomputación, 1992, p. 23.

(11) Para nadie es un secreto que el Comercio Internacional, el Sistema Financiero Internacional, las Bolsas de Valores, las finanzas y el Sistema Monetario Internacional (SMI), dependen exclusivamente de las transacciones electrónicas.

Hoy encontramos a la electrónica sumamente vinculada con el Derecho, en una relación tan estrecha que podríamos pensarla como indisoluble, basta ver la forma en que han evolucionado las políticas de las instituciones relacionadas con él, por ejemplo nuestro PODER JUDICIAL ha realizado ingentes esfuerzos por lograr que la informática ayude a agilizar nuestros distintos procesos, todo en la búsqueda de una administración de la justicia más expedita, concreta y exacta.<sup>(12)</sup> “... en los tiempos que corren no resulta loable –y ni siquiera es posible– eludir el reto consistente en obtener resultados útiles –y por tanto rápidos– para el acrecido volumen de asuntos que buscan el amparo judicial (más otro tanto que lo necesita pero que no lo busca en vista de la impotencia del sistema). Esto en informática se llama actuar en “tiempo real”, lo que trasladado a los Organismos Judiciales parecería que solo podría lograrse mediante la progresiva sustitución del expediente escrito (como *consideratum* de toda la actuación jurisdiccional), en pro de nuevas formas de gestión o trámite las que, sin desmedro de la preconizada seguridad de aquel, contemplasen más cabalmente las necesidades de una justicia moderna y eficiente como a la que todos aspiramos.”<sup>(13)</sup>

Al dimensionar el índice de desarrollo de una Nación, hoy día es sumamente revelador estimar la cantidad de computadoras que posee, la capacidad de almacenamiento de información que tenga, y con ello, el número de documentos informáticos de que disponga como un todo aplicado a la producción, actividades sociales y administración pública y sobre este último aspecto se ha dicho: “... es algo más serio como lo es, el transmitir electrónicamente, información capaz de producir efectos jurídicos”.<sup>(14)</sup>

La carrera entre la informática y el Derecho cada vez es más rápida y desigual, porque mientras ella avanza a pasos agigantados en todo el mundo, impulsada por capitales inmensos que promueven la invención

---

(12) Basta con revisar el periódico *La Nación* del día domingo 31 de octubre de 1999, para constatar este esfuerzo, en él se publica un cartel de licitación para la adquisición de equipo de cómputo y programas para el buen desarrollo de la administración de justicia.

(13) BAUZA REILLY, Marcello. *El Derecho Procesal y las Nuevas Tecnologías Reproductoras de Información*. Jornadas Nacionales de Derecho Informático (21-22 mayo, Montevideo, Uruguay), pp. 105-106.

(14) MONTOYA, *op. cit.*, pp. 11-12.

y desarrollo de nuevas tecnologías en forma acelerada, el Derecho (ficción reguladora de nuestra realidad social) camina como una tortuga y tropieza constantemente debido a la resistencia de los países que por circunstancias diversas no lo hacen avanzar a un ritmo apropiado, ni individual ni globalmente.

## SECCIÓN II

### EL DOCUMENTO INFORMÁTICO O ELECTRÓNICO Y LA FIRMA DIGITAL

#### a) **Noción, naturaleza, clases y aparatos emisores**

Es fundamental tener presente que una de las características primordiales del documento electrónico es que su soporte material pasa de ser papel a un medio magnético,<sup>(15)</sup> además pertenece a una base de datos intangible, hasta el momento en que es llamado a la pantalla.

El documento electrónico es fundamentalmente escrito y como tal queda comprendido dentro de las previsiones del artículo 368 del Código Procesal Civil (transcripto ut supra), por esta razón podemos inferir que el documento electrónico puede ser usado en nuestro medio, en este sentido el artículo 370 del mismo cuerpo legal afirma: “*artículo 370. Valor probatorio: Los documentos o instrumentos públicos, mientras no sean argüidos de falsos, hacen plena prueba de la existencia material de los hechos que el oficial público afirme en ellos haber realizado él mismo, o haber pasado en su presencia, en el ejercicio de sus funciones*”, el artículo 379 dispone: “*...Los documentos privados reconocidos judicialmente o declarados como reconocidos conforme con la ley, hacen fe entre las partes y con relación a terceros, en cuanto a las declaraciones en ellos contenidas, salvo prueba en contrario*”.

---

(15) En épocas más recientes, el desarrollo de nuevos materiales magnéticos ha influido notablemente en la revolución de los ordenadores o computadoras. Es posible fabricar memorias de computadora utilizando ‘dominios burbuja’. Estos dominios son pequeñas regiones de magnetización, paralelas o antiparalelas a la magnetización global del material. Según que el sentido sea uno u otro, la burbuja indica un uno o un cero, por lo que actúa como dígito en el sistema binario empleado por los ordenadores. Los materiales magnéticos también son componentes importantes de las cintas y discos para almacenar datos.

Podemos colegir que en realidad la aceptación y documento electrónico dentro del proceso judicial o el de la contratación administrativa, no es mayor problema, por cuanto su noción está comprendida dentro de nuestra legislación, lo que sí plantea un desafío es lo relacionado con su seguridad, por cuanto como sabemos el mismo puede ser alterado en todo o en parte por cualquier persona que tenga las habilidades necesarias para hacerlo.

En cuanto a su tipo los documentos electrónicos podemos clasificarlos en públicos, privados y certificados electrónicos.

El documento informático público es aquel que se especializa en el manejo de grandes volúmenes de información y la emisión de documentos sencillos y no obligantes.<sup>(16)</sup>

La producción de un documento electrónico tiene dos momentos, su programación en la base de datos y su impresión en el papel. Aunque es susceptible de ser falsificado, al igual que el documento común, es cierto también que para lograrlo se requiere del dominio de conocimientos especializados en informática.

El documento informático público también puede originarse de un documento tradicional impreso en papel, un ejemplo de esta situación consiste la microfilmación.<sup>(17)</sup>

El documento informático privado puede llegar a generar obligaciones interpartes, existe desde que se insertan los caracteres en el medio magnético, requiere de la individualización de quien lo confecciona, no así de su firma. Se considerará anónimo el documento en que no se sepa de forma inmediata y certera quién es su autor y será documento pseudo-anónimo el que sin tener la firma de su autor pueda ser identificado por medio de elementos subjetivos.

---

(16) MONTOYA, *op. cit.*, pp. 62-63.

(17) A pesar de que los documentos tradicionales o los que se generan por computadora se suelen almacenar como ficheros en cinta magnética o disco, tanto estos documentos como los de papel se pueden almacenar también en microfilm o en microfichas. El espacio que para ello se necesita es muy reducido y el manejo y la recuperación se simplifican cuando se utiliza el microfilmado, pues reduce fotográficamente las imágenes y crea transparencias en miniatura que se pueden ampliar para su lectura o impresión.

Un problema de gran envergadura lo representa el tema de la seguridad en este tipo de documentos, pensemos por ejemplo en un correo electrónico (E-mail)<sup>(18)</sup> que contenga afirmaciones injuriosas y sea remitido a una persona por parte de un sujeto que firma a nombre de otro, con el fin de que la responsabilidad le sea achacada a éste. ¿Cómo se podría averiguar quién es su autor verdadero? ¿Cuáles son los mecanismos existentes para dar seguridad a este tipo de documentos? Intentaremos responder a a estas interrogantes más adelante en el transcurso de la investigación.

El Correo Electrónico también puede ser usado para recibir documentos con fines comerciales.

Otro tipo de documento electrónico es el certificado electrónico que debe estar impreso en papel, puede ser público o privado y la individualización de su autor es sumamente importante.<sup>(19)</sup>

Como los certificados son documentos preconstituidos para la prueba, la ley debe exigir más de ellos en cuanto a la individualización de su autor, no es suficiente que la información permanezca en el soporte magnético debe imprimirse y contar con las formalidades legales que sean necesarias.<sup>(20)</sup>

Veamos ahora los aparatos emisores de documentos electrónicos. En primer lugar podemos citar el telégrafo y el télex, éstos como ya vimos tienen prácticamente un siglo de existencia, son confiables aunque presentan problemas en lo que a las confirmaciones de las operaciones

---

(18) *Correo electrónico (E-mail)*. El correo electrónico se ha convertido en elemento imprescindible en las redes de comunicación de la mayoría de las oficinas modernas. Permite transmitir datos y mensajes de una computadora a otra a través de la línea telefónica, de conexión por microondas, de satélites de comunicación o de otro equipo de telecomunicaciones y mandar un mismo mensaje a varias direcciones.

(19) MONTANO, *op. cit.*, p. 102.

(20) La situación con respecto a la firma digital es distinta y la veremos más adelante, ya que en estos casos el documento, aun y cuando permanezca en su medio de almacenamiento se reputará como fidedigno en cuanto a su origen, es decir en lo que respecta a la identidad de su emisor.

que con ellos se realizan: órdenes de compra, instrucciones de pago, acuses de recibo, etc., no se puede enviar a través de ellos documentos con formatos especiales, como BOL (Bill of Loading) y otros, además al no existir “firma” la comprobación se hace por medio de retrollamada y análisis de contexto, se les puede aceptar en el proceso al igual que cualquier otro documento que circule sin firma, obviamente sujeto a las reglas comunes de este tipo de prueba. Otro emisor lo constituye el fax.

## **b) La Seguridad Jurídica del documento informático**

Comencemos por analizar el concepto de seguridad informática, que podemos definir como el conjunto de técnicas desarrolladas para proteger los equipos informáticos individuales y conectados en una red frente a daños accidentales o intencionados. “Así como no hay códigos inviolables tampoco hay redes totalmente seguras. Aparecen defectos y fallas, no puede preverse todo lo que va a suceder. Pero es mejor tenerlo todo en cuenta”.<sup>(21)</sup>

Estos daños incluyen el mal funcionamiento del *hardware*, la pérdida física de datos y el acceso a bases de datos por personas no autorizadas. Diversas técnicas sencillas pueden dificultar la delincuencia informática. Por ejemplo, el acceso a información confidencial puede evitarse destruyendo la información impresa, impidiendo que otras personas puedan observar la pantalla y el ordenador, manteniendo la información y los ordenadores bajo llave o retirando de las mesas los documentos sensibles.

Sin embargo, impedir los delitos informáticos exige también métodos más complejos. En un sistema de los denominados “tolerante a fallos” dos o más ordenadores funcionan a la vez de manera redundante, por lo que si una parte del sistema falla, el resto asume el control.

Los virus informáticos son programas, generalmente destructivos, que se introducen en el ordenador (al leer un disco, recibir un correo electrónico accidental o deliberadamente contaminado o acceder a una red informática) y pueden provocar pérdida de la información

---

(21) MAZA MÁRQUEZ, Miguel. *Manual de Criminalística*. Bogotá, 2ª edición. Editorial Librería del Profesional, 1988, p. 245.

(programas y datos) almacenada en el disco duro. Existen programas antivirus que los reconocen y son capaces de ‘inmunizar’ o eliminar el virus del ordenador.<sup>(22)</sup>

El mayor problema que tienen que resolver las técnicas de seguridad informática es el acceso no autorizado a datos.

En un sistema seguro el usuario, antes de realizar cualquier operación, se tiene que identificar mediante una clave de acceso. Las claves de acceso son secuencias confidenciales de caracteres que permiten que los usuarios autorizados puedan acceder a un ordenador. Para ser eficaces, las claves de acceso deben resultar difíciles de adivinar. Las claves eficaces suelen contener una mezcla de caracteres y símbolos que no corresponden a una palabra real. Para ponérselo difícil a los impostores, los sistemas informáticos suelen limitar el número de intentos de introducir la clave.

Los *hackers* son usuarios muy avanzados que por su elevado nivel de conocimientos técnicos son capaces de superar determinadas medidas de protección. Su motivación abarca desde el espionaje

---

(22) **Virus**, programa de ordenador que se reproduce a sí mismo e interfiere con el *hardware* de una computadora o con su sistema operativo (el *software* básico que controla la computadora). Los virus están diseñados para reproducirse y evitar su detección. Como cualquier otro programa informático, un virus debe ser ejecutado para que funcione: es decir, el ordenador debe cargar el virus desde la memoria del ordenador y seguir sus instrucciones. Estas instrucciones se conocen como carga activa del virus. La carga activa puede trastornar o modificar archivos de datos, presentar un determinado mensaje o provocar fallos en el sistema operativo. Existen otros programas informáticos nocivos similares a los virus, pero que no cumplen ambos requisitos de reproducirse y eludir su detección. Estos programas se dividen en tres categorías: caballos de Troya, bombas lógicas y gusanos. Un caballo de Troya aparenta ser algo interesante e inocuo, por ejemplo un juego, pero cuando se ejecuta puede tener efectos dañinos. Una bomba lógica libera su carga activa cuando se cumple una condición determinada, como cuando se alcanza una fecha u hora determinada o cuando se teclea una combinación de letras. Un gusano se limita a reproducirse, pero puede ocupar memoria de la computadora y hacer que sus procesos vayan más lentos. **Cómo se producen las infecciones:** Los virus informáticos se difunden cuando las instrucciones –o código ejecutable– que hacen funcionar los programas pasan de un ordenador a otro.



industrial hasta el mero desafío personal. Internet, con sus grandes facilidades de conectividad, permite a un usuario experto intentar el acceso remoto a cualquier máquina conectada, de forma anónima. Las redes corporativas u ordenadores con datos confidenciales no suelen estar conectadas a Internet; en el caso de que sea imprescindible esta conexión se utilizan los llamados cortafuegos, un ordenador situado entre las computadoras de una red corporativa e Internet.

El cortafuegos impide a los usuarios no autorizados acceder a los ordenadores de una red, y garantiza que la información recibida de una fuente externa no contenga virus. Unos ordenadores especiales denominados servidores de seguridad proporcionan conexiones seguras entre las computadoras conectadas en red y los sistemas externos como instalaciones de almacenamiento de datos o de impresión.

Una técnica para proteger la confidencialidad es el cifrado.

### **c) La Criptografía**

Criptografía es la ciencia que trata el enmascaramiento de la comunicación de modo que sólo resulte inteligible para la persona que posee la clave, o método para averiguar el significado oculto, mediante el criptoanálisis de un texto aparentemente incoherente.

En su sentido más amplio, la criptografía abarca el uso de mensajes encubiertos, códigos y cifras. Los mensajes encubiertos, como los ocultos en textos infantiles o los escritos con tinta invisible, cifran todo su éxito en no levantar ninguna sospecha; una vez descubiertos, a menudo no resultan difíciles de descifrar.

La palabra criptografía se limita a veces a la utilización de cifras, es decir, métodos de transponer las letras de mensajes (no cifrados) normales o métodos que implican la sustitución de otras letras o símbolos por las letras originales del mensaje, así como a diferentes combinaciones de tales métodos, todos ellos conforme a sistemas predeterminados. Hay diferentes tipos de cifras, pero todos ellos pueden encuadrarse en una de las dos siguientes categorías: transposición y sustitución.

En las claves de transposición, el mensaje se escribe, sin separación entre palabras, en filas de letras dispuestas en forma de bloque rectangular.

Las letras se van transponiendo según un orden acordado de antemano, por ejemplo, por columnas verticales, diagonales o espirales, o mediante sistemas más complicados, como el salto el caballo, basado en el movimiento del caballo de ajedrez.

La disposición de las letras en el mensaje cifrado depende del tamaño del bloque utilizado y del camino seguido para inscribir y transponer las letras. Para aumentar la seguridad de la clave o cifra se puede utilizar una palabra o un número clave; por ejemplo, a la hora de transponer por columnas verticales, la palabra clave *coma* obligaría a tomar las columnas en el orden 2-4-3-1, que es el orden alfabético de las letras de la palabra clave, en lugar de la secuencia normal 1-2-3-4.

Con tiempo y medios suficientes se pueden descifrar la mayoría de las claves, pero en cada caso se deberá utilizar el grado de complejidad suficiente para alcanzar el nivel de seguridad deseado.

Analicemos ahora la seguridad jurídica del documento informático. Al considerar la existencia de la prueba informática estamos entrando en un campo innovador, no muy conocido hasta ahora en el mundo del derecho donde tradicionalmente se ha manejado el documento como prueba esencialmente escrita.

Ha sido el comercio el que ha tomado la batuta en el campo de la prueba electrónica, digital o incluso virtual y la misma goza de aceptación entre comerciantes, clientes de bancos, entidades financieras, compañías aseguradoras, de tarjetas de crédito. Gran cantidad de estas transacciones se llevan a cabo sin que sea necesario crear o producir documentos impresos en papel, de ahí que al Derecho lo que le debe interesar es encontrar ¿cuáles son los aspectos que eventualmente deberían ser objeto de regulación jurídica para que dichos movimientos sean bien recibidos en los procesos, dentro del elenco de pruebas que actualmente existen?

En la evolución actual el Derecho costarricense estamos en una situación altamente vulnerable, por falta de regulación expresa en la materia, “a pesar de que el derecho de acceso a los bancos de información requiere de códigos de acceso perfectamente diferenciados unos de otros, aun así, no podemos estar totalmente seguros de la identidad de las personas y de los bancos de información si se llegase a dar un conflicto jurídico”.<sup>(23)</sup>

---

(23) AZPILCUETA, Hermilio Tomás. *Derecho Informático*. Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1987, p. 76.

Jurídicamente en nuestro país todavía no es posible equiparar la firma tradicional de una persona con una clave de acceso magnético.

#### **d) La Firma en el Documento Informático**

La firma informática o digital permite determinar con certidumbre la identidad de la persona o entidad que envía un documento informático.

Con respecto a la individualización del autor o autores del documento electrónico, el digitador es fácilmente identificable, también los sujetos autorizados a operar la máquina, el tiempo en que se utilizó, las claves, etc., no obstante los citados sujetos no son los obligados con el negocio en su aspecto sustancial y es aquí donde se necesita una autenticación y como es un documento electrónico necesitará también una firma electrónica.

La firma tradicional puede ser el nombre y apellido, la abreviatura, un trazo, las iniciales o grafías ilegibles, lo importante es que su autor sea habitual en la manera de confeccionarla y pueda reconocerla cuando sea necesario.

En el derecho costarricense la firma no es requisito esencial de los documentos escritos, salvo en los casos en que así se señale en forma expresa, de ahí se desprende que en nuestro país hay gran amplitud y posibilidad de admitir documentos sin firma como prueba.

La firma digital puede consistir en cifras, signos, códigos, claves, etc., lo cierto es que se considera que puede ser más confiable que la ológrafa, por el hecho de que esta última es siempre irregular y por consiguiente de difícil verificación visual, ya sabemos que para determinar su autenticidad de manera confiable debe acudirse a peritos en grafología”.<sup>(24)</sup>

---

(24) **Grafología**, estudio y análisis de la escritura autógrafa con finalidades diagnósticas, en especial para averiguar los rasgos de la personalidad del que escribe. En un procedimiento criminal (ley), la grafología ‘científica’ trata en primer lugar de determinar la autenticidad de una firma o de un documento legal, como un testamento, sin preocuparse por la personalidad del autor.

Siendo que la firma digital acompaña por lo general al documento electrónico es importante tener en cuenta las formas en que puede ser afectada, sustraída, alterada o destruida.

Destruir la firma digital, para un experto puede ser tan fácil como corromper una huella digital sobre un escenario del crimen.<sup>(25)</sup> La meta que se han propuesto los especialistas es que cada día sea más difícil corromper la firma para que sea un método confiable y garantice totalmente la genuinidad del documento electrónico.

Los documentos que llevan adherida una firma digital son ejecutados con códigos electrónicos de datos, encriptados o protegidos de otra forma. Los empresarios y las agencias de gobierno generalmente se resisten a aceptar documentos electrónicos tanto por la ausencia de una firma tradicional como de un método para identificar al remitente.

La firma digital proporciona seguridad adicional y le permite al receptor del mensaje, verificar su procedencia y su contenido, pero hay que tener presente que ella por sí sola no representa garantía de confidencialidad, este campo le compete a otra técnica que ya estudiamos: la criptografía.

La firma digital emplea dos llaves criptográficas para cada usuario, una pública que es conocida por todos los clientes potenciales y otra privada que debe mantenerse en secreto.

El receptor obtendrá un mensaje y la firma digital. Un algoritmo de verificación de firma es usado por él para autenticar al firmante de la transacción, este algoritmo usa la información de la clave pública del remitente, el contenido del mensaje y la firma digital para realizar los cálculos, si el resultado es correcto el remitente es autenticado y por ende el mensaje recibido es idéntico a aquel enviado, si la verificación de la firma falla la transacción es rechazada y se solicita una retransmisión.

La técnica de la clave pública requiere infraestructura de alta seguridad, este sistema realizará una distribución segura de las claves privadas y proveerá información confiable sobre la clave pública.

Hay muchos algoritmos de firma digital descritos en la literatura, pero en la práctica se usan principalmente tres: la firma fragmentada, la

---

(25) Sobre este tema consultar <http://www.nsmf.com/forensic/computing.htm>

firma digital del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica (Digital Signature Standard: DSS) y el sistema RSA creado usando los algoritmos clásicos, el cual fue desarrollado por Ron Rivest, Adi Shamir y Len Adleman, cada uno de ellos tiene un uso distinto.

La firma fragmentada es un sistema de encriptación ligeramente modificado puede usar los protocolos MID-5 (Message Digest 5) o el Algoritmo de Fragmentación Segura SHA (Secure Hash Algorithm), para producir un resultado fragmentado partiendo de un archivo. El procedimiento de fragmentación concatena su clave secreta con el archivo (la cual tiene que haber sido proveída por un tercero) el resultado es un valor fragmentado que es exportado con el documento a manera de firma, la cual será verificada por el receptor quien también tiene la clave secreta y es este aspecto su mayor limitación porque él podría falsificar un mensaje en nuestro nombre, además de que es molesto guardarla.

El sistema DSS funciona con la clave pública (verifica la firma) y la privada (crea la firma) fue creado por el gobierno de E.U.A., pero su uso no es muy difundido. El sistema RSA es el más popular en parte por su mercadeo, sistema de patente y desarrollo a largo término. La compañía que lo implementó controla muchas de las patentes en este campo, por lo que es líder y emplea a los mejores criptógrafos.

Aunque los sistemas de clave pública son los más fáciles de atacar, sobre todo por el hecho de que las dos partes conocen la clave y además son fácilmente sustraíbles, existe una forma de hacerlos más seguros y es envolviendo la firma en un certificado de autenticidad, que es un pequeño bloque de datos (tal vez de algunos miles de bytes de largo) que contendrá la llave pública y el endoso hecho por la firma digital de alguien más, éste será la Autoridad Certificadora, que puede ser una empresa como Veri Sign.

En el campo de los certificados pueden obtenerse varios tipos, por ejemplo considerando el caso concreto de Veri Sign, el certificado tipo 1 es el que obtiene cualquiera que pueda llenar un formulario en la red, el tipo 2 es expedido luego de que son verificados algunas bases de datos sobre el cliente que lo pretende. El certificado clase 3 requiere que el cliente se presente ante un notario y ante él o ella confeccione la solicitud, así luego el funcionario la endosará, agregando una capa adicional de credibilidad al certificado.

Como aspecto adicional la empresa requiere que usted conserve su certificado en un sistema informático confiable protegido en forma razonable en contra de invasiones y mal uso.

Hay dos formas de obtener una firma digital, si usted tiene instalado un programa de encriptación y ha creado la clave pública y la privada, usted puede usar ésta para firmar digitalmente sus documentos, de otra forma puede obtener un certificado personal digital o identificación digital de un proveedor reconocido y firmar sus mensajes con él.

Aunque este tema es apasionante y sobre él podríamos ahondar en muchísimos aspectos más, pensamos que con los puntos abarcados hasta ahora hemos cumplido el objetivo inicial que era dar una noción sobre lo que es una firma digital.

#### **e) El documento electrónico en la legislación costarricense**

En ninguna de nuestras leyes podemos encontrar un desarrollo específico y técnicamente correcto de lo que es el documento electrónico, mucho menos una definición, lo que sí se establece es al menos una regulación en cuanto a su uso.

Es así como lo encontramos en la Ley de Creación del Registro Nacional, en donde las reproducciones de documentos digitalizados o microfilmados son la base para constituir certificaciones para cualquier efecto, y en el caso de los primeros son documentos informáticos, pues son emitidos por un computador a petición del operador.

Otro documento informático que el Registro Público emite es el informe registral, no tiene el carácter de una certificación, contiene una copia de la información contenida en la base de datos y es emitido por los medios técnicos que determinen la Dirección o la Subdirección. Todo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 75 y 84 del reglamento.

También se le da tratamiento al documento informático o electrónico en la Ley de Notificaciones, Citaciones y otras comunicaciones judiciales, así como en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley General de la Administración Pública.

### SECCIÓN III

#### EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO, LA FIRMA DIGITAL Y LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Partiendo de lo ya expuesto, y dada la brevedad de este análisis, podemos afirmar que no hay razón alguna que impida el uso de las nuevas tecnologías en documento electrónico, firma digital y criptografía, en la Contratación Administrativa.

Por el contrario ésta debería obtener el máximo provecho de estas tecnologías, a fin de agilizar los trámites y adjudicar el contrato a la mejor oferta.

A continuación enunciaremos las posibles ventajas de aplicar estas herramientas a la contratación administrativa:

- a.- Desmaterialización de los trámites, produciéndose una reducción sustancial en el volumen de documentos que se manejan en estas operaciones.
- b.- Disminución de los costos, al no haber muchos papeles que archivar. En forma muy sencilla, barata y expedita se logran obtener respuestas adecuadas, para la satisfacción del interés público.
- c.- Envío y recepción de ofertas desde empresas tanto a nivel nacional como internacional, sin que sea necesaria la figura del representante.
- d.- Seguridad y fidelidad en la tramitación de los documentos electrónicos, una vez que sea aprobada en nuestro país una buena ley que venga a regular la firma digital.
- e.- Implementación de foros de discusión sobre temas de contratación administrativa.
- f.- Reducción del plazo de respuesta en las distintas etapas de la contratación, incluyendo la manera tanto de resolver como de notificar.
- g.- Comunicación rápida, expedita, segura y confiable entre la Administración y las empresas.

La lista podría extenderse mucho más, sin embargo, lo cierto es, que definitivamente las ventajas que acarrea el uso de tales herramientas, son muy marcadas y nuestro país debe dar pasos en esa dirección.

El actual Presidente de la República se ha mostrado a favor de la puesta en práctica de nuevas tecnologías y herramientas al servicio del gobierno y por supuesto de los usuarios, se ha hablado mucho del teletrabajo, de la firma digital y en fin de una serie de estrategias y cambios que se conocen como gobierno digital.

Un ejemplo de este tipo de actitud lo encontramos en la página [www.firstgov.gov](http://www.firstgov.gov), veamos:

FirstGov hace posible que los usuarios tener acceso a un gran caudal de información que les permita hacer desde una investigación en la Biblioteca del Congreso hasta el seguimiento de una misión de NASA. Asimismo permite que el usuario haga trámites importantes en línea electrónica, como es solicitar un préstamo para estudios, llevar cuenta de los beneficios de la Seguridad Social, comparar las opciones de Medicare, y administrar contratos y donaciones del gobierno. Este impresionante adelanto, de obtener mediante una sola operación los servicios del gobierno, contribuirá a que los estadounidenses del país y del mundo entero localicen fácil y rápidamente la información y los recursos que necesitan con sólo pulsar el ratón”.

Los estadounidenses quieren acceder a los servicios que se ofrece en el espacio cibernético, según lo que ha revelado el reciente estudio Hart-Teeter a cargo del Consejo para la Excelencia en el Gobierno, una organización bipartidista y sin fines de lucro dedicada a promover el mejor desempeño del sector público. La inversión de fondos del gobierno en el gobierno electrónico es un tema de prioridad para el 68 por ciento de los encuestados; cifra que luego asciende al 77 por ciento cuando se citan algunos ejemplos de los servicios en línea electrónica que proporciona el gobierno. Siete de cada 10 de los entrevistados que visitaron sitios del gobierno en la Web tuvieron elogios para la calidad de lo que habían visto, y el 60 por ciento expresó que les resultó fácil localizar lo que buscaban. Con 50 estados, 3.100 gobiernos en condados y más de 12.000 ciudades y pueblos en todo Estados Unidos, la decisión de conectar en línea electrónica al gobierno se ha puesto en práctica de muchas maneras.

Los problemas se presentan sobre todo a nivel de la brecha digital, en Costa Rica sólo el 6% de los hogares cuenta con Internet, y son pocos



todavía los equipos que pueden comprarse a precio realmente cómodo. Sin embargo, en lo que a contratación administrativa se refiere, generalmente estamos hablando de empresas debidamente establecidas que tienen el deseo de brindar sus servicios o vender sus productos al Estado y para ellas definitivamente la estrategia de desempeño digital estatal, acarrearía mucho beneficios.

El discurso oficial nacional, brindado por Hernando Pantigoso Asesor área de Tecnología del Consejo de Asesores Presidenciales y encargado de la Agenda Digital Miembro de las Juntas Directivas del ICE y RACSA, sostiene lo siguiente:

*Durante la administración Rodríguez Echeverría ha sido evidente el apoyo que se le ha dado al tema de la tecnología. Esto no sólo a nivel global o de atracción de inversiones, sino con programas y proyectos específicos, la mayoría de ellos enfocados al gobierno digital, telecomunicaciones o apoyo al sector privado. Es así como nacen proyectos como el SINPE (Sistema Interbancario Negociación y Pagos Electrónicos), SICERE (Sistema Centralizado de Recaudación), ComprARED (sistema de automatización de contratación administrativa) y muchos otros, los cuales son vistos como soluciones tecnológicas individuales, específicas, de mucho aporte, pero sin un enfoque global.*

*Poco a poco se detectó la necesidad de realizar un verdadero cambio en Costa Rica, una manera estructurada y lógica de cambiar el norte y dar el siguiente paso en nuestra evolución hacia una sociedad basada en el conocimiento. Así, nace el Programa Impulso, cuyo fin es ayudar a dar este paso, mejorando el clima de negocios y la transición hacia una economía más dinámica. Dentro de este programa se contempla como parte primordial el tema de la tecnología, cuyo mayor exponente es la Agenda Digital.*

*En la Agenda Digital se trata de enfocar al país y las acciones del gobierno en lo que pueden ser los cinco pilares más importantes para el desarrollo*

*tecnológico, de acuerdo con nuestra realidad: desarrollo de infraestructura de telecomunicaciones, reducción de la brecha digital, adecuación del marco regulatorio, apoyo al sector privado en su paso a la “Nueva Economía” y finalmente el Gobierno Digital. Con esta Agenda, se pretende plantear un plan de trabajo específico con metas claras en cada uno de estos campos.*

*Para cada una de estas áreas, se establecieron proyectos específicos:*

*Desarrollo de infraestructura: red avanzada de Internet e Internet 2. Apoyo al sector privado: turismo en línea, Marketplace Costa Rica y el SIEC (Sistema de Información Empresarial Costarricense). Reducción de la brecha digital: Costarricense.cr y baja en tarifas. Marco regulatorio: Leyes de Propiedad Intelectual y Firma Digital.*

Así las cosas es claro que en Costa Rica, al menos la intención es buscar la forma de lograr poner en marcha lo que se conoce como gobierno digital, que se refleja en todos los ámbitos de la acción estatal, incluyendo la contratación administrativa.

## **CONCLUSIONES**

Es muy claro el hecho de que la implementación de las nuevas tecnologías en el desempeño estatal es algo que ya no se puede evitar, estamos por enfrentar un cambio radical en la manera de hacer gestiones y obtener respuesta.

Sin embargo, debemos enfocar nuestra atención hacia la disminución de la brecha digital para que esos cambios nos beneficien en forma democrática y no sean como hasta ahora, simples privilegios para los que tienen acceso a mejores recursos y pueden pagar el costo de tener una computadora en la casa y una línea telefónica para acceso a internet.

Costa Rica, debe crecer, avanzar hacia el futuro, en forma íntegra y no sectorizada, los programas de educación informática para los grupos

de menores recursos deben reforzarse, para que la informática inunde las bases de nuestra democracia, la cual se verá necesariamente fortalecida.

Hemos observado que la tecnología del documento electrónico y la firma digital, (uno sin la otra, son nada), debe avanzar de la mano de una buena estrategia estatal. Los beneficios a obtener son muchos, las ventajas para los usuarios también.

En la contratación administrativa definitivamente se obtendrían resultados muy positivos con este tipo de tecnología, y a la larga, se podría dar mayor transparencia a los procesos de la contratación, así como una mayor apertura y una mejor comunicación entre la Administración, la Contraloría, las empresas oferentes y los ciudadanos, que tienen el interés de observar el buen uso que se le dé a los recursos públicos.

Costa Rica, no quiere más contratos de gestión interesada, como el del Aeropuerto, tampoco desea otro mal llamado libro blanco, o debemos decir negro, lo que nos hace falta es una gestión limpia, clara y transparente y definitivamente para su consecución la implementación del gobierno digital, con el empleo de las tecnologías ya mencionadas y otras diversas, es imprescindible.

Nuestro país no debe quedarse atrás, pero, tal y como ya lo señalamos, el desarrollo digital, debe buscarse de abajo hacia arriba, desde las bases de la democracia, ya que son ellas las que convertirán dicho esfuerzo en algo que más tarde podrá ser cosechado.

Todavía queda mucho trabajo por realizar.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALTMARK, Daniel Ricardo y BRENNNA, Ramón Gerónimo. *Informática y Derecho: Aportes de Doctrina Internacional*. Buenos Aires, Argentina, Depalma, Volumen 1, 2001.
- AZPILCUETA, Hermilio Tomás. *Derecho Informático*. Buenos Aires, Editorial Albeledo-Perrot, Argentina, 1987.
- BAUDRIT BARQUERO, Alvaro y ELGARRISTA FUENTES, Bautista. *El documento electrónico o informático en el proceso civil*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica, 1997.
- BAUZZA REILLY, Marcello. *El Derecho Procesal y las Nuevas Tecnologías Reproductoras de Información*. Jornadas Nacionales de Derecho Informático, Montevideo, 1987, Uruguay.
- BECK, Uirich. *¿Qué es la Globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Paidós, Barcelona, 1998.
- BELLO, Graciela y VIERA, Luis A. *Aspectos Procesales del Fenómeno Informático*. Jornadas Nacionales de Derecho Informático (1a. edición 1987, 21-22 mayo: Montevideo, Uruguay).
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. *Vida Privada y Datos Personales, su protección frente a la sociedad de la información*. Tecnos, Madrid, España, 2000.
- CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. *Ponencia sobre autodeterminación informativa en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática "Justicia e Internet" celebrado en San José, Costa Rica del 1º al 5 de abril del 2002*.
- DARÍO BERGEL, Salvador. *El Documento Electrónico y la Teoría de la Prueba*, en **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Prueba 1, Bubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 1993.
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Angel. *Manual de Derecho Informático*. Aranzadi. Madrid, 1997.
- FALCÓN, Enrique M. *Algunas ideas sobre el documento electrónico*. Ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junín, 1993.
- GUIBOURG, Ricardo A. y otros. *Manual de informática jurídica*. Astrea, Buenos Aires, 1996.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*. Editorial Juricentro, 2001, San José, Costa Rica.

- Informe de PNUD 2002. *Profundizar la democracia en un mundo fragmentado*.
- Instituto Misionero Hijas de San Pablo. *El Rostro Humano de la Cultura Digital*. Géminis Ltda., Bogotá, Colombia, 2000.
- Joseph Priestley, en Mori, Georgio. *La Revolución Industrial*, 1983, citado por Edgar Roy Ramírez B, ¿Será mejor todo tiempo futuro? En: *Tras El Término Tecnología y Otros Ensayos*. Editorial Tecnológica de Costa Rica, Cartago, Costa Rica, 1995.
- JOYANES AGUILAR, Luis. Cibersociedad. *Los retos sociales ante un nuevo mundo digital*. McGraw-Hill, España, 1997.
- KNORR, Jolene Marie y otro. *La Protección del Consumidor en el Comercio Electrónico*. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2001.
- LLAMAZARES CALZADILLA, María Cruz. *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*. Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III De Madrid, Civitas, Madrid, España, 1999.
- MONTOYA BARRIOS, Julio Rafael. *El documento informativo y la seguridad Jurídica desde el punto de vista de la función notarial*. Editorial Derecho Colombiano Ltda., 1992.
- MOYA, Eugenio. *Crítica de la Razón Tecnocientífica*. Biblioteca Nueva, S,L, Madrid, 1998.
- PALAZZI, Pablo A. *La transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad*. Ad Hoc, Buenos Aires, febrero de 2002.
- PALAZZI, Pablo A. *Delitos Informáticos*. Buenos Aires, Ad Hoc S.R.L., 2000.
- POCHET CABEZAS, Enrique. *El Registro Nacional: una experiencia en informática jurídica*. Segundo Seminario de Informática Jurídica, Ponencias, San José, Costa Rica, 1985, noviembre 6-8.
- RIVAS, Alejandro Javier. *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*. Aranzadi, España, 2000.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones, tecnología e intimidad*. McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- SARRA, Andrea Viviana. *Comercio Electrónico y Derecho*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2000.

SEGNINI ZAMORA, Raúl Antonio. *El Documento Informático en su Óptica Notarial, Civil y Penal y su Seguridad Jurídica*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, UCR, 1995.

VARELA ARANEO, Carlos Gustavo. *Efectos de la piratería sobre los Sistemas Lógicos y su Previsión Contractual*. Jornadas Nacionales de Derecho Informático (1ª edición 1987, 21-22 mayo: Montevideo, Uruguay).

WINTERDAAL CENTENO, María Virginia. *Derecho de la Informática e Informática Jurídica*. Venezuela, Anuario de Ciencias Jurídicas y Políticas, No. 12, 1981-1982.

## LA LÓGICA DE LA CONSTITUCIONALIDAD<sup>(1)</sup>

*Lic. Gustavo González Solano*<sup>(\*)</sup>

Profesor de Lógica Jurídica  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

---

(1) Este artículo es la continuación del artículo titulado “*El control constitucional en Costa Rica*”, aparecido en la Revista de Ciencias Jurídicas Nº 101.

## **SUMARIO:**

- I. Solución lógica del problema
  - A) Conceptos y “meta” - conceptos
  - B) Constitucionalidad y juridicidad
- II. Inconstitucionalidad por la forma
  - A) Reforma del Código Procesal Civil y la Ley de la Jurisdicción Constitucional
    - 1) Código Procesal Civil reforma Ley de la Jurisdicción Constitucional
    - 2) Derogación anticipada
    - 3) Voto 2002-9079 de las 15:01 del 18 de setiembre de 2002
    - 4) Análisis del voto
  - B) Reforma constitucional del artículo 10 de la Constitución Política
    - 1) Voto 1-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
    - 2) Primer error lógico: Falsa oposición
    - 3) Segundo error lógico: No anulación, significa validación
    - 4) Tercer error lógico: Confusión de normas y metanormas
- III. Normas superiores a la Constitución Política
  - A) La problemática
  - B) Imposibilidad de la reforma de los arts. 195 y 196
  - C) Imposibilidad del control constitucional de las reformas constitucionales

Conclusión

Bibliografía



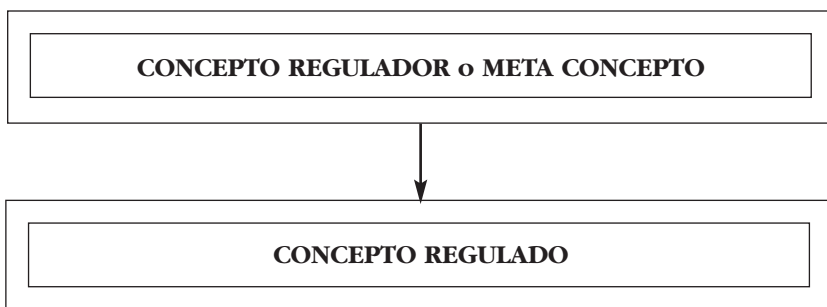
## I. SOLUCIÓN LÓGICA DEL PROBLEMA

### A) Conceptos y “meta”-conceptos

En todo ordenamiento jurídico, existen expresiones jurídicas que son utilizadas para tratar de regular actos y conductas, pero también, existen expresiones jurídicas con las cuales se intenta regular la formación, interpretación, aplicación y derogación de otras expresiones jurídicas. Es decir, conceptos jurídicos que regulan otros conceptos jurídicos.

Estas expresiones jurídicas tienen por OBJETO DE REGULACIÓN otros conceptos jurídicos. La expresión jurídica que regula a otra (u otras) expresión(es) jurídica(s), se denomina META-CONCEPTO. En Lógica Jurídica, dichas expresiones reciben el nombre de “meta-conceptos” (meta: más allá). Son expresiones jurídicas que tienen como objeto de regulación otros conceptos.

El proceso de regulación de los conceptos jurídicos por medio de otras normas jurídicas se denomina META-NORMATIVIDAD.<sup>(2)</sup>



La primera consideración que hay que tomar en cuenta, a la hora de elaborar un meta-concepto, es no caer en la denominada *recursividad jurídica*.

La recursividad jurídica es el proceso de estimar que un concepto jurídico como CONSTITUCIONALIDAD incluye, a la vez el concepto regulado y su contrario.

---

(2) En el lenguaje jurídico, como cualquier tipo de lenguaje, dicha labor, puede ser llevada a cabo, y de hecho, se efectúa, al utilizar una norma o un conjunto de normas para regular otro conjunto de normas, por lo cual, es un lenguaje metanormativo: es decir, un lenguaje jurídico que regula otro lenguaje jurídico.

En ese caso no se logra distinguir entre los dos conceptos opuestos entre sí y, en ese caso, la regulación del meta concepto se DEVUELVE contra sí mismo. Es decir, la regulación del metaconcepto se abarca (y contradice) a sí mismo, lo que usualmente anula su función de conceptualizar.

Si la función del metaconcepto es REGULAR a otro concepto, a la hora de incluirse él mismo dentro propia regulación, genera contradicciones que bloquean su propio uso. Lo anterior en razón de que un metaconcepto no tiene la función de REGULARSE A SÍ MISMO, sino que tiene la función de regular A OTROS CONCEPTOS JURÍDICOS.

De modo gráfico podemos decir que los metaconceptos tienen el siguiente esquema:

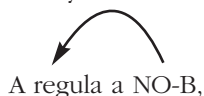


Donde evidentemente "A" no es igual a "B". "A" es A, y "B" es B.

Si no se considera algo tan obvio, y se estima que se puede establecer que:

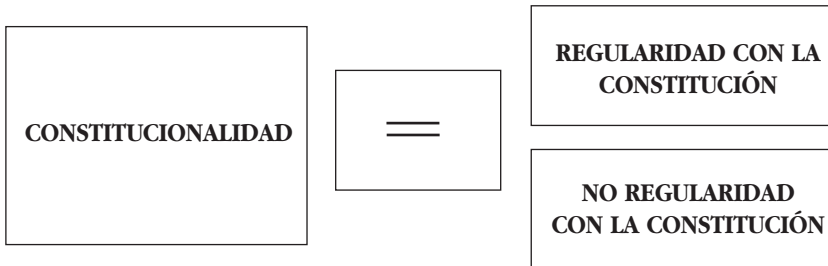
A regula a no-B, entonces empezamos con los problemas dado que tal regulación se devuelve contra la norma misma:

A regula B y a la vez a NO-B.



Pero A es también B, por lo que hay contradicción.

En el caso de la CONSTITUCIONALIDAD utilizada en nuestro sistema jurídico pasa lo mismo:



Cuando al creer que al examinar una norma jurídica y establecer que no hay regularidad jurídica creemos que estamos estudiando su constitucionalidad, es precisamente cuando viene el enredo.

Hay cuatro maneras de analizar la constitucionalidad:

- i) Si hay constitucionalidad, hay una regularidad jurídica constitucional.
- ii) Si no hay constitucionalidad, no hay una regularidad jurídica constitucional.
- iii) Si no hay regularidad jurídica, no hay constitucionalidad.
- iv) Si hay regularidad jurídica constitucional, hay constitucionalidad.

El problema viene cuando no se opta por ninguna de las anteriores posibilidades y se toman otras dos opciones que son ilógicas, a saber;

- +) Hay estudio de la constitucionalidad, si no hay regularidad jurídica constitucional, o
- ++) Si hay regularidad jurídica constitucional.

Estos dos casos son justamente los incongruentes, dado que si el control de constitucionalidad declarará las irregularidades jurídicas de tipo constitucional, SE DEBE INFERIR que en caso contrario, NO DEBE declarar las regularidades constitucionales. Pero aquí viene el problema, si no debe declarar el cumplimiento de la regularidad constitucional, ha de ser por dos razones:

- i) Porque no se requiere declarar la constitucionalidad. Pero si no se requiere el bautizo constitucional, entonces, ¿para qué control constitucional?

- ii) O que sí se requiera el bautizo constitucional, pero entonces igualmente, ¿para qué control constitucional?, si ya tuvo su autorización constitucional y se verificó que su no contradice a la Constitución Política, ¿para qué controlar, lo que ya está verificado? Más aún, ¿cuál es el órgano constitucional encargado de otorgar esa aprobación?

## **B) Constitucionalidad y juridicidad**

Esta misma situación afecta el otro concepto íntimamente relacionado: el de norma jurídica. Ya que si se afirma que si una norma jurídica es inconstitucional, se está afirmando que no es (ni fue) norma jurídica. Pero si no es norma jurídica, cómo pudo habersele declarado inconstitucional, si solamente las normas jurídicas pueden declararse inconstitucionales.

Si una norma jurídica es constitucional, es norma jurídica, pero ¿caso la norma jurídica requería ser constitucional para ser norma jurídica? Desde el principio, era norma jurídica.

Y nos presentamos con los siguientes inconvenientes jurídicos:

- i) En la Constitución Política no se indica que un órgano constitucional deba otorgar algún tipo de autorización para que las normas jurídicas sigan siendo normas jurídicas y además, normas jurídicas conformes con la Constitución.
- ii) De existir algún “autorizador constitucional”, fuere la Sala o cualquier otro, no sería necesario ningún control constitucional, dado que todas las normas autorizadas constitucionalmente serían válidas y constitucionales.
- iii) Pero lo anterior entra en clara oposición, con la Constitución Política que sí EXIGE una declaración de inconstitucional, con lo cual, además debe inferirse, por ende, que la misma Constitución no ha establecido ningún órgano constitucional como el “autorizador constitucional”, ya que de hacerlo entraría en la contradicción aludida en el punto ii., y además con ella misma en su artículo 121 inciso 1), ya que basta con que la Asamblea Legislativa apruebe una norma siguiendo ese procedimiento, para tener una norma jurídica.

Toda esta situación, es precisamente la acontecida en nuestro sistema jurídico. Por confundir los conceptos de “norma jurídica”,

“constitucionalidad” y “control constitucional”, se presentan toda esta serie de incongruencias lógicas y jurídicas.

Por tal motivo, hay que llegar a la conclusión de que las DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA SALA CONSTITUCIONAL SON INCONSTITUCIONALES ya que están:

- Atribuyendo facultades que la Constitución no les concede.
- Usurpando funciones correspondientes a otros Poderes del Estado.
- Dejando de lado las funciones atribuidas por la Constitución Política.

## **II. INCONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA**

### **A) Reforma del Código Procesal Civil y La Ley de la Jurisdicción Constitucional**

En la Revista IUSTITIA, 149-150 de mayo-junio de 1999, salió publicado un artículo que increíblemente ha pasado inadvertido para la gran mayoría de los abogados en nuestro país y que tiene una de las mayores trascendencias a nivel legal y constitucional. Dicho artículo, publicado por el Dr. Luis Baudrit Carrillo, se denomina “*Algunas competencias e incompetencias de la Sala Constitucional*”. Dentro de los múltiples y valiosos razonamientos del Dr. Baudrit, destaca la afirmación de que el Procedimiento de Declaración de Inconstitucionalidad de una ley debe regirse actualmente por el Código Procesal Civil y no por la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Dicha afirmación es completamente correcta y cierta, y paso a explicarla de la siguiente manera.

#### **1) Código Procesal Civil reforma Ley de la Jurisdicción Constitucional**

Según nuestra Constitución Política, las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen. Asimismo, la ley queda abrogada o derogada, por otra posterior y contra su desuso no puede alegarse ni costumbre o práctica en contrario. Esto quiere decir que si una ley expresa “Rige desde el momento de su publicación”, dicha ley existe desde el momento de su publicación. Igualmente si una ley indica: “Rige 3 meses después de su publicación”, tendrá vigencia hasta dentro de tres meses. En 1989 se presentaron dos proyectos de procedimiento para regular el control de constitucionalidad de las leyes. Uno regulado

en el Código Procesal Civil (CPC) y otro mediante la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC). El CPC fue aprobado por la Asamblea Legislativa el día *21 de julio de 1989*, y por el Poder Ejecutivo el *16 de agosto de 1989*. La Ley de la Jurisdicción Constitucional fue aprobada por la Asamblea Legislativa el día *5 de octubre de 1989* y por el Poder Ejecutivo el *11 de octubre de 1989*. Hasta este momento parece que la LJC fue posterior al CPC. Pero ello no es cierto.

De conformidad con nuestra Constitución Política, una ley para que surta efectos debe ser publicada en el Diario Oficial *La Gaceta* y además ella misma indicará el momento en el cual empiezan a surtir sus efectos, es decir la *fecha de vigencia*. Las leyes no están vigentes cuando se aprueban y ratifican por la Asamblea Legislativa y el Poder Ejecutivo, sino como señala la Constitución, cuando ellas mismas lo designen. Y es aquí donde se descubre la verdad: La Ley de la Jurisdicción Constitucional entra en vigencia el día *19 de octubre de 1989*, pero el CPC entró en vigencia 6 meses DESPUÉS, es decir, el *3 de mayo de 1990*, fecha posterior a la LJC, con lo cual de conformidad con nuestra Constitución Política, si las leyes posteriores derogan a las leyes anteriores, se ha de tener por derogado el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad de la LJC, dado que el CPC, es posterior a la LJC.

## **2) Derogación anticipada**

Previendo tal posibilidad, los legisladores señalaron, en su artículo 113 inciso c) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que el procedimiento de inaplicabilidad del Código Procesal Civil, se derogaba. Pero cuando entra en vigencia la LJC, tal “derogatoria” no se puede realizar, dado que el CPC, no es una norma jurídica, no está vigente, no existía jurídicamente, ni siquiera se había publicado (la LJC se publicó el *19 de octubre de 1989* y el CPC el *3 de noviembre de 1989*). El CPC no existía como norma jurídica que pudiera ser “derogada”. Tampoco es lógicamente posible concebir que la LJC derogara “a futuro”, dicho Código. Tal “derogación a futuro” no existe y contradice la misma Constitución, porque es claro el principio constitucional de que las leyes posteriores derogan las *anteriores*, pero no al revés. No es posible pensar en leyes anteriores que deroguen las posteriores, ello sería una contradicción.

La única conclusión que se puede inferir es que, con la publicación y entrada en vigencia del CPC a partir del *3 de mayo de 1990*, legalmente se derogaron los artículos 71 al 101 de la LJC. Dicho

Código no señala la posibilidad de eliminar normas jurídicas inconstitucionales, sino solamente desaplicarlas. Razón por lo cual, actualmente, la Sala Constitucional no puede aplicar normas derogadas ni tampoco puede eliminar una norma jurídica que sea inconstitucional, dado que iría en contra de la misma Constitución. Por lo cual también es válido afirmar las actuales Declaraciones de Inconstitucionalidad de la Sala Constitucional son INCONSTITUCIONALES.

*Para fines académicos interpuse una Acción de Inconstitucionalidad que fue tramitada bajo el expediente N° 02-005713-0007-CO, donde expuse estos argumentos. Dicha acción fue rechazada bajo el voto N° 2002-9079, que expuso las siguientes consideraciones.*

### **3) Voto 2002-9079 de las 15:01 del 18 de setiembre de 2002**

#### **Considerando:**

*“II. Sobre los problemas de la vigencia de la ley en el tiempo.* El proceso de formación de las leyes está compuesto de varias fases. La primera, la fase introductoria o de iniciativa, consiste en la presentación de un proyecto de ley en la Asamblea Legislativa (art. 123 de la Constitución Política). Luego siguen las fases de deliberación y resolución, que suponen la discusión y aprobación del proyecto en Comisión o en el plenario (art. 124 de la Constitución Política). La última etapa de ese proceso correspondiente a la promulgación y publicación de la ley. *Dentro de este proceso, la promulgación constituye en concreto la emisión de una Ley, acto sin el cual aquella no existiría.* El último paso dentro de ese proceso es la publicación de la ley que no tiene que ver con la existencia misma de ella, sino con su obligatoriedad. *Si bien se puede distinguir entre ambos momentos –algún sector de la doctrina constitucional lo hace, otro no– en nuestro ordenamiento jurídico ambas instituciones coinciden en un sólo acto jurídico, pues la promulgación se expresa a través de la publicación de la ley.* Así y de conformidad con nuestro ordenamiento, la validez de una ley la determina la sanción ejecutiva o el resello y la eficacia, su publicación en el Diario Oficial. En este sentido, la vigencia de la ley, su vida o posible aplicación, se extiende a partir del plazo señalado al promulgarla, hasta su derogación, expresa o tácita; hasta cumplir su finalidad, si su contenido está limitado a determinadas circunstancias o por el simple transcurso del tiempo, cuando la misma ley establece un plazo de

vigencia. En el caso en estudio, cuando se aprobó el Código Procesal Civil, el legislador estimó necesario diferir la entrada en vigencia algunos meses, con el objeto de adecuar la situación jurídica precedente a las nuevas normas y causar el menor transtorno posible en la vida jurídica y general del país (véase artículo 9 de la Ley Nº 7130). *Ello no significa, sin embargo, que la ley como tal no existiera, sino solamente que al momento de promulgarse la Ley de la Jurisdicción Constitucional aún no era obligatoria*; no obstante, sus normas podían ser modificadas o incluso derogadas por el legislador, tal y como lo hizo al promulgarse la Ley Nº 7135. En virtud de que lo alegado es en un problema de vigencia de leyes en el tiempo, y no se dan los presupuestos del artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la acción resulta inadmisibles y así debe declararse..“

#### **4) Análisis del voto**

Este voto expresa 4 IDEAS:

1. *La primera, que ciertamente el proceso de formación de leyes se compone de las siguientes fases:*

- i) Fase introductoria
- ii) Fase de deliberación y resolución
- iii) Fase de *PROMULGACIÓN*

2. *Segunda: LA PROMULGACIÓN OTORGA EXISTENCIA Y VIGENCIA A LA NORMA JURÍDICA:*

“...Dentro de este proceso, la *PROMULGACIÓN* constituye en concreto la emisión de una Ley, *ACTO SIN EL CUAL AQUELLA NO EXISTIRÍA*. El último paso dentro de este proceso es la publicación de la ley, que no tiene que ver con la existencia misma de ella, sino con su obligatoriedad...”

3. *Tercera: Que en nuestro país la PROMULGACIÓN es un ÚNICO ACTO:*

“...Si bien se puede distinguir entre ambos momentos –algún sector de la doctrina constitucional lo hace, otro no–, EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO, PUES LA PROMULGACIÓN SE EXPRESA A TRAVÉS DE LA PUBLICACIÓN DE LA LEY...”.



Y de igual manera lo reitera el mismo voto:

“...EN ESTE SENTIDO, LA VIGENCIA DE LA LEY, SU VIDA O POSIBLE APLICACIÓN, SE EXTIENDE A PARTIR DEL PLAZO SEÑALADO AL PROMULGARLA, hasta su derogación, expresa o tácita; hasta cumplir su finalidad, si su contenido está limitado a determinadas circunstancias o por el simple transcurso del tiempo, cuando la misma ley establece un plazo de vigencia.

4. *Cuarta idea: que en nuestro sistema jurídico, la promulgación de una ley es lo mismo que su publicación, lo que le da existencia y validez, aunque no le dé obligatoriedad.*

PROMULGACIÓN = PUBLICACIÓN = EXISTENCIA = VALIDEZ

Con lo cual hay que deducir que la *publicación* de la ley genera los mismos efectos de su *promulgación*; es decir, produce la *existencia* de la ley, aunque sea otro su momento de obligatoriedad o efectividad.

Pero en el caso en estudio

#### **LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL FUE:**

– *PUBLICADA el 19 DE OCTUBRE DE 1989* en el Diario Oficial *La Gaceta* N° 198, Alcance 35. Entró en vigencia el 19 de octubre de 1989, el mismo día de su publicación (véase artículo 114 de la misma ley) y

#### **EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL FUE:**

– *PUBLICADO EL 3 DE NOVIEMBRE DE 1989* en el Diario Oficial *La Gaceta* N° 208, Alcance 35. Su entrada en vigencia fue el 3 de mayo de 1990, dado que, de acuerdo con su propia normativa (véase artículo 9 de las Reformas, derogatorias y vigencia) entraría en vigencia, 6 meses después de su publicación.

Como se desprende de su lectura, *es un hecho público y notorio que el Código Procesal Civil se promulga POSTERIORMENTE a la Ley de la Jurisdicción Constitucional.*

Por lo que es EXTRAÑO (y equivocado) que en el voto se manifieste que:

“...En el caso en estudio, cuando se aprobó el *Código Procesal Civil*, el legislador estimó necesario diferir la entrada en vigencia algunos meses, con el objeto de adecuar la situación jurídica precedente a las nuevas normas y causar el menor trastorno posible en la vida jurídica y general del país (véase artículo 9 de la Ley Nº 7130). *Ello no significa, sin embargo, que la ley [el Código Procesal Civil!] como tal no existiera, sino solamente que al momento de promulgarse la Ley de la Jurisdicción Constitucional aún no era obligatoria*; no obstante, sus normas podrían ser modificadas o incluso derogadas por el legislador, tal y como lo hizo al promulgarse la Ley Nº 7135...”.

Ya que no se puede seriamente afirmar que el Código Procesal Civil *existiera*, cuando se promulgó la *Ley de la Jurisdicción Constitucional* (el 19 de octubre de 1989), dado que REAL Y JURÍDICAMENTE EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL NO EXISTÍA, NO HABÍA SIDO PROMULGADO, ya que fue PUBLICADO el 3 de noviembre de 1989; es decir, casi un mes después.

Y si como en el voto se indicó que la *LEY EXISTE DESDE EL MOMENTO DE SU PUBLICACIÓN (que es su momento de PROMULGACIÓN)*, AUNQUE SEA OTRO, EL MOMENTO DE SU EFECTIVA APLICACIÓN, OBLIGATORIEDAD, O EFICACIA, es ilógico afirmar como se indica en el voto, que: “...*Ello no significa, sin embargo, que la ley [el Código Procesal Civil] como tal no existiera...*” cuando real y jurídicamente hablando NO EXISTÍA, NO HABÍA SIDO PUBLICADA.

### **PRIMERA CONTRADICCIÓN:**

Por lo que se demuestra la *contradicción existente*:

Por un lado, se afirma que las leyes son leyes cuando son publicadas (promulgadas), pero a la vez sé afirmar que a la fecha de publicación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional [19 de octubre de 1989], el *Código Procesal Civil*, “existía”, *¿aunque no estuviere publicada?*

*Más breve: se afirma que el 19 de octubre de 1989 es POSTERIOR, al 3 de noviembre de 1989.*

Lo únicamente válido y correcto que se puede afirmar es que verdaderamente el Código Procesal Civil no existía el 19 de octubre de 1989, porque fue hasta el 3 de NOVIEMBRE de 1989 que fue publicado.

### **EL ERROR:**

Lo que pudo haber acontecido en el voto, para afirmar lo anteriormente dicho, fue que tomó *[erróneamente]*, como fecha de la *PROMULGACIÓN* del Código Procesal Civil el *16 de agosto de 1989*, es decir, cuando el Poder Ejecutivo apenas reselló el Código, lo cual es contradictorio con el mismo voto, ya que el mismo voto expresa claramente que la *PROMULGACIÓN* de una ley, se da con su *PUBLICACIÓN*, aunque sea otro el momento de su obligatoriedad. Y ese momento de la publicación fue el *3 de noviembre de 1989*, como repito, casi un mes después de *PROMULGADA* la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

### **SEGUNDA CONTRADICCIÓN:**

Motivo por el cual, TAMBIÉN, es un *equívoco y una contradicción jurídica* (que viola el principio de no contradicción) afirmar que:

“...no obstante, sus normas *[las del Código Procesal Civil]* podían ser modificadas o incluso derogadas por el legislador, tal y como lo hizo al promulgarse la Ley N° 7135 *[Ley de la Jurisdicción Constitucional]*...”

**¿Cómo puede modificarse o derogarse una norma si no ha sido siquiera PUBLICADA; es decir, PROMULGADA, tal y como había señalado en sus consideraciones la misma Sala Constitucional?**

Motivo por el cual reitero que, de conformidad con el artículo 129 párrafo quinto de la Constitución Política:

“Artículo 129.—*La ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior*; contra su observancia no puede alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario...” (lo destacado en cursiva y negrilla no es del original).

Una ley para que *TENGA VIGENCIA* debe ser *publicada* en el Diario Oficial *La Gaceta*. Y si el Código Procesal Civil, como es evidente,

público y notorio, tuvo una fecha de vigencia posterior (*3 de noviembre de 1989*) a la Ley de la Jurisdicción Constitucional (19 de octubre de 1989) y, si las leyes posteriores derogan a las leyes anteriores, *dicho Código derogó* el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica contemplado por la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

### **TERCERA CONTRADICCIÓN:**

Por lo que resulta *incorrecto afirmar*, como se expresa en el voto, que:

“...En virtud de que lo alegado es un problema de vigencia de leyes en el tiempo, y *no se dan los presupuestos* del artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la acción resulta inadmisibile y así debe declararse...”.

Cuando precisamente se dan los presupuestos fácticos y jurídicos:

<b>PRESUPUESTOS FÁCTICOS: (HECHOS)</b>	<b>PRESUPUESTOS JURÍDICOS:</b>
El <i>19 de octubre de 1989</i> se PROMULGÓ la Ley de la Jurisdicción Constitucional, mientras que	Aplicación actualmente de una ley derogada.
El <i>3 de noviembre de 1989</i> se PROMULGÓ, el Código Procesal Civil.	VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 129 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA
Es decir, una norma posterior que derogó una norma anterior.	

La única conclusión que se puede inferir es que con la publicación del Código Procesal Civil a partir del *3 de noviembre de 1989*, se derogaron los artículos 86 al 95 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que fue PROMULGADO, en fecha anterior, es decir, el *19 de octubre de 1989*. Dicho Código contempla la posibilidad de *eliminar*

normas jurídicas inconstitucionales, sino solamente *desaplicarlas*. Razón por la cual, actualmente, la Sala Constitucional no puede eliminar una norma jurídica que sea inconstitucional, dado que estaría aplicando una normativa derogada, y de hacerlo iría en contra de la misma Constitución Política.

Artículo 113 inciso c) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

De igual manera se *mantiene la situación de que la Ley de la Jurisdicción Constitucional no pudo “derogar a futuro” el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad de las normas inconstitucionales, establecido en el Código Procesal Civil.*

Ya que tal “derogatoria” jurídicamente nunca se pueda realizar, dado que cuando entra en vigencia la Ley de la Jurisdicción Constitucional, (19 de octubre de 1989), el Código Procesal Civil no existía, no tenía vigencia, no había sido PROMULGADO ni PUBLICADO en *La Gaceta*; es decir, su existencia) fue posterior, fue el 3 de noviembre de 1989.

No es lógica y constitucionalmente posible concebir que la Ley de la Jurisdicción Constitucional derogara “a futuro”, el Código Procesal Civil, ya que tal “*derogatoria a futuro*” *no la contempla la Constitución*, y por el contrario, contradice la misma Constitución, dado que es claro y evidente el principio constitucional estipulado en su artículo 129 de que “*las leyes posteriores derogan las anteriores*”, PERO NO QUE LAS LEYES ANTERIORES DEROGUEN A LAS LEYES POSTERIORES, justamente concebir esta última posibilidad acarrearía una flagrante violación a la Constitución Política.

Lo cual también conlleva al hecho de que *las declaratorias de inconstitucionalidad* deben regirse actualmente por el Código Procesal Civil y no por la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Dicho Código no señala la posibilidad de *eliminar* normas jurídicas inconstitucionales, sino solamente *desaplicarlas*. Razón por lo cual, actualmente, la Sala Constitucional no puede eliminar una norma jurídica que sea inconstitucional, dado que estaría aplicando una normativa derogada, con ello iría en contra de la misma Constitución.

**B) Reforma constitucional del artículo 10 de la Constitución Política**

**1) VOTO 1-92 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas del siete de enero de mil novecientos noventa y dos.

Acción de Inconstitucionalidad promovida por Jorge Rodríguez Araya, mayor, casado una vez, vecino de Paraíso de Cartago, portador de la cédula de identidad # 3-194-611 contra la Ley 7128 del 18 de agosto de 1989, por medio de la cual se aprobó la reforma a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política.

**RESULTANDO:**

I.- Se promueve la acción contra la Ley 7128 del 18 de agosto de 1989, que aprobó la reforma a los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política. El accionante considera que en la tramitación de esa reforma constitucional se violaron trámites sustanciales previstos en la Constitución, por haber sido aprobada en primer debate de la segunda legislatura por una mayoría menor a la exigida por el artículo 195 inciso 7º de la Constitución.

II.- El fundamento de la acción consiste en que hay una interpretación no apelada del Directorio de la Asamblea Legislativa, en sesión de 29 de octubre de 1962, valorada como una costumbre legislativa, relativa al trámite de las reformas parciales a la Constitución Política, que en cuanto a la mayoría requerida para la aprobación de los debates en las diferentes legislaturas señala que:

“El asunto se dará por discutido, en el trámite de primer debate, mediante la votación de la mayoría absoluta de los diputados presentes.

Únicamente en el tercer debate se exige la aprobación por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea.”

El accionante expresa que esta Sala, por voto número 678-91 dispuso que:

“De la relación de los artículos 119, 124 y 195 Inciso 4 de la Constitución y del artículo 71 inciso d) del Reglamento de Orden, Dirección y disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, se desprende que todo proyecto de reforma constitucional debe ser aprobado, en cada uno de los tres debates, por dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea. Según ese ordenamiento, cada debate es autónomo e independiente de los otros, por lo que la voluntad legislativa de aprobación de un proyecto debe manifestarse expresamente en cada uno de ellos, lo que implica, de manera necesaria, que la mayoría específica requerida para cada proyecto debe ser alcanzada en cada uno de los tres debates y no sólo en el tercero. Por lo tanto la interpretación dada por el Directorio de la Asamblea Legislativa actual, siguiendo el precedente fijado en la sesión del veintinueve de octubre de mil novecientos sesenta y dos, de que la mayoría calificada de los dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa sólo se requiere en tercer debate cuando se trate de la aprobación de reformas constitucionales, contraviene abiertamente las disposiciones constitucionales y reglamentarias precisadas”.

Lo anterior, conduce al accionante a considerar que la Ley 7128 es inconstitucional, por haber sido aprobada en primer debate de la segunda legislatura por una mayoría menor a la exigida por el artículo 195 inciso 7º de la Constitución.

III.- Los magistrados propietarios de esta Sala formularon inhibitorias, por las razones visibles a folio 16, las que fueron rechazadas y quedaron habilitados para el conocimiento de la acción, por resolución de las 16:00 horas del 17 de mayo de 1991.

Redacta el Magistrado P. E. y

## CONSIDERANDO:

I.- Sobre la legitimación del accionante. La acción es admisible, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, pero no porque, como pretende el accionante, se trate de la defensa de intereses que atañen a la colectividad en su conjunto, sino porque, por la naturaleza del asunto, no existe lesión individual y directa; de manera que puede esta Sala conocer sobre el fondo de la acción, en la forma que se expone de seguido.

II.- De lo dispuesto por esta Sala en la sentencia #678-91 no se deriva la inconstitucionalidad de la reforma a la Constitución aprobada por la Ley 7128, en virtud de no haberse aprobado en primer debate de la segunda legislatura, por una mayoría menor a los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea, como supone el accionante, por las razones siguientes:

- a) Ni las disposiciones constitucionales del artículo 195 inciso 4º, ni el 124 párrafo 1º al que aquél se remite, obligan a que en cada uno de los tres debates de cada proyecto de ley o de reforma de la Carta en primera legislatura se produzca una votación, ya que sólo se refieren a su aprobación por la Asamblea Legislativa la cual de esta manera, podría ser una sola, menos aún lo hace el inciso 7 del 195, el cual únicamente requiere en segunda legislatura tres debates y la aprobación por votación calificada de la Asamblea, sin remisión a norma alguna,
- b) Empero, fue la propia Asamblea, al emitir su reglamento, de conformidad con el artículo 121 inciso 22) de la Constitución –Reglamento que tiene, por definición, el valor y los efectos de una ‘ley constitucional’ y que constituye también un parámetro de constitucionalidad–, quien ordenó una votación como cierre del primer debate y, en ciertos casos, del segundo, en el trámite de todo proyecto de Ley y, por ende, también de uno de reforma de la misma Constitución, (artículo 45, 46, 56, 57, 59, 60, 61 y 72 Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa);



- c) Esta exigencia reglamentarla de votación, una vez establecida, podría válidamente ser interpretada como una mera formalidad de cierre del debate y paso al siguiente, en cuyo caso bastaba con una simple votación de mayoría, como lo había venido haciendo la Asamblea, mediante una práctica consolidada, desde la decisión no impugnada del Presidente en sesión del 29 de octubre de 1962, pero también podría serlo como un requisito fundamental, tendiente a fortalecer la rigidez de la Constitución y, por ende, la mayor dificultad para enmendarla, tal cual ha sido finalmente declarado por la Sala, en el ejercicio de su competencia preventiva vinculante respecto del trámite de la reforma constitucional, en la consulta legislativa que fue resuelta por sentencia # 678-91, de las 14:16 horas del 27 de marzo de 1991.
- ch) De tal manera que las reformas constitucionales adoptadas con anterioridad a la resolución # 678-91 de esta Sala no devienen en inválidas por el solo hecho de haber sido votadas por la mayoría calificada de dos tercios de los miembros de la Asamblea Legislativa únicamente en el tercer debate CONSTITUCIONAL de cada legislatura, al estar apoyadas en una práctica no necesariamente inconstitucional;
- d) No obstante, a partir de la interpretación dada ahora por la Sala Constitucional como la más correcta de conformidad con las exigencias constitucionales –al emanar del órgano llamado por la misma Constitución a interpretarla y aplicarla, y a cuyos precedentes y jurisprudencia se reconoce además un valor vinculante *erga omnes*, por su naturaleza y por la norma expresa del artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional–, la referida práctica constitucional debe entenderse superada por dicha interpretación, de manera que, después de ella, tanto las reformas constitucionales como, en general las leyes para cuya aprobación sea necesaria una mayoría calificada, deben contar con ésta en todos los debates que, por virtud de la Constitución o del Reglamento, hayan de concluir mediante votación.

III.- Finalmente, hay, sin embargo, una razón aún más fundamental que las anteriores, por la cual procede rechazar por el fondo la acción. Se trata de una verdadera imposibilidad jurídica para que esta Sala anule la ley 7128 –en la cual se dispone su creación y competencias constitucionales–, pues puede afirmarse que hay por lo menos una norma que no podría ser declarada inconstitucional, que es precisamente la que crea la Sala constitucional y le atribuye la potestad de declarar la inconstitucionalidad, pues si la violación a la Constitución Política implica una nulidad absoluta, de origen, en el momento en que la Sala la anulara, sería evidentemente nula la sentencia misma en que lo declarase, pues no tendría competencia para declarar esa nulidad, constituyéndose así un círculo vicioso jurídicamente insuperable, en vista de que corresponde únicamente a ésta declarar la inconstitucionalidad, conforme lo dispone la propia Constitución, de manera tal que ningún otro órgano podría hacerlo sin violar a su vez la Carta Magna.

#### **POR TANTO:**

Se declara sin lugar la acción...”

## **2) Primer error lógico: Falsa oposición**

En este voto en particular, lo que aconteció fueron tres grandes y graves errores lógicos:

El primer error lógico, es que la Sala utiliza una CONTRADICCIÓN para solventar la otra contradicción a la cual no quiere llegar. Es decir, plantea un dilema, en el cual “lo menos malo” es quedarse tal y como está. Pero los dilemas, se sabe muy bien, no son razonamientos válidos, son trampas del lenguaje y del pensamiento, los dilemas son falacias que plantean supuestamente la necesidad de escoger las dos posibles soluciones “lógicas”, encubriendo toda una serie de consecuencias no queridas. Es una maña verbal.

Así la Sala indica que:

“...Se trata de una verdadera imposibilidad jurídica para que esta Sala anule la ley 7128 –en la cual se dispone su creación y competencias constitucionales–, *pues puede*

*afirmarse que hay por lo menos una norma que no podría ser declarada inconstitucional, que es precisamente la que crea la Sala constitucional y le atribuye la potestad de declarar la inconstitucionalidad, pues si la violación a la Constitución Política implica una nulidad absoluta, de origen, en el momento en que la Sala la anulara, sería evidentemente nula la sentencia misma en que lo declarase, pues no tendría competencia para declarar esa nulidad, constituyéndose así un círculo vicioso jurídicamente insuperable, en vista de que corresponde únicamente a ésta declarar la inconstitucionalidad, conforme lo dispone la propia Constitución, de manera tal que ningún otro órgano podría hacerlo sin violar a su vez la Carta Magna...”*

La contradicción de la Sala es la siguiente:

Le corresponde a la Sala la declaración de inconstitucionalidad.

Pero la misma norma que le autoriza declarar las declaraciones de inconstitucionalidad no puede ser declarada inconstitucional.

Primera pregunta: ¿caso esa norma que autoriza las declaraciones de inconstitucionalidad no es una ley? Respuesta: Sí.

Segunda pregunta: ¿Acaso todas las leyes pueden ser declaradas inconstitucionales? Respuesta: Sí.

Tercera pregunta: ¿Pero hay una ley que no puede ser declarada inconstitucional? Respuesta: Sí, la ley que autoriza las declaraciones.

Cuarta pregunta: ¿Hay una contradicción?

Respuesta: Sí. (Una vez demostrada la contradicción, no hay que discutir más)...

### **3) Segundo error lógico: No anulación, significa validación**

El primero fue considerar que se generaba un “círculo vicioso jurídico insuperable”, dado que al plantear esta situación, también se genera un segundo error aún más grave y que es contraria con la misma Constitución, que es la que a continuación se explica: al no poder anular una reforma mal hecha, se debe entender que entonces, la están mante-

niendo tal y como está, es decir, vigente. La no posibilidad de declararla NULA, hace “validar” la reforma.

Lo cual es un absurdo por dos razones: la primera porque no pueden existir reformas que no puedan ser ANULADAS, dado que si hay reformas que no pueden ser usualmente anuladas, solamente puede ser por dos razones: o no es una reforma común, o está violentándose el procedimiento normal de aprobación y anulación de reformas. En este primer caso, no se dijo que no fuera una reforma común, y de hecho es efectivamente una reforma común. Entonces, por qué no seguirse el procedimiento normal de anulación de reforma? Sólo porque es la ley de la Sala Constitucional.

Si se siguiera ese razonamiento, no era necesario seguir, entonces, ningún procedimiento de anulación, no era necesario cumplir requisito alguno, más aún pudo haber venido, sin requisitos esenciales como estar aprobada en dos legislaturas, o hasta sin mayoría calificada, y “como no puede la Sala anularla”, se entiende que la norma se valida...? Obviamente el primer gran error lógico es considerar que la misma Sala Constitucional puede analizar su propia ley de creación. En este caso debió ser otro órgano distinto a ella, el encargado de analizar esa norma, y verificar el procedimiento de aprobación correspondiente.

#### **4) Tercer error lógico: Confusión de normas y metanormas**

El tercer error lógico es considerar que la Sala Constitucional puede verificar los requisitos del artículo 195 de la Constitución Política.

El Artículo 10 de la Constitución Política establece:

“... Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la *inconstitucionalidad* de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley...”

El artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional señala:

“La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la

supremacía de las normas y principios *constitucionales* y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la *Constitución* o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.

Lo que resalta primeramente, es la presencia de dos META-NORMAS CONSTITUCIONALES, es decir, dos normas jurídicas que regulan toda la CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Y son las referidas a la posibilidad de REFORMARLA, sea de manera GENERAL, o de manera PARCIAL.

La reforma general se regula en el artículo 196:

“...Artículo 196. La reforma general de esta Constitución, sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga esa convocatoria, deberá ser aprobada por votación no menor de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo...”

La reforma parcial en el artículo 195:

“...Artículo 195. La Asamblea Legislativa podrá reformar parcialmente esta Constitución con absoluto arreglo a las siguientes disposiciones:

- 1) La proposición en que se pida la reforma de uno o más artículos debe presentarse a la Asamblea en sesiones ordinarias,<sup>(3)</sup> firmada al menos por días diputados;
- 2) Esta proposición será leída por tres veces con intervalos de seis días, para resolver si se admite o no a discusión.

---

(3) Artículo 116 de la Constitución Política señala que la Asamblea Legislativa se reunirá cada año el día 1 de mayo, aún cuando no haya sido convocada, y sus sesiones ordinarias durarán 6 meses, divididas en dos períodos: del 1 de mayo al 31 de julio y del 1 de septiembre al 30 de noviembre. Una legislatura comprende las sesiones ordinarias y extraordinarias celebradas entre el 1 de mayo y el 30 de abril siguiente.

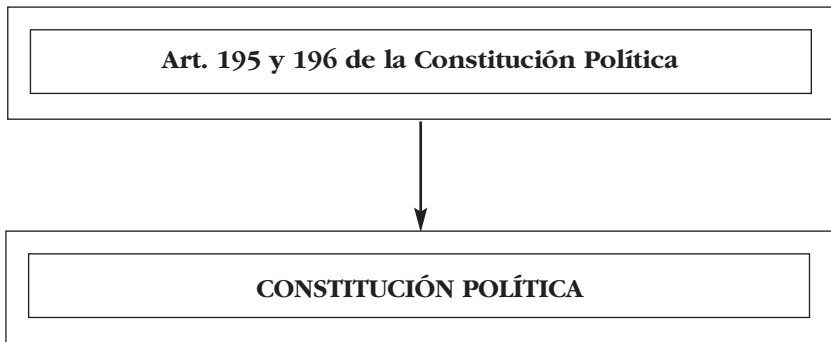
- 3) En caso afirmativo pasará a una comisión nombrada por mayoría absoluta de la Asamblea, para que dictamine en un término de hasta veinte días hábiles.
- 4) Presentado el dictamen, se procederá a su discusión por los trámites establecidos para la formación de las leyes;<sup>(4)</sup> dicha reforma deberá aprobarse por votación no menos de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea;
- 5) Acordado que procede la reforma, la Asamblea preparará el correspondiente proyecto, por medio de una Comisión, bastando en ese caso la mayoría absoluta para aprobarlo.
- 6) El mencionado proyecto pasará al Poder Ejecutivo; y éste lo enviará a la Asamblea con el Mensaje Presidencial al iniciarse la próxima legislatura ordinaria, con sus observaciones, o recomendándolo;
- 7) La Asamblea Legislativa, en sus primeras sesiones, discutirá el proyecto en tres debates, y si lo aprobare por votación no menor de dos tercios de los votos del total de los miembros de la Asamblea, formará parte de la Constitución, y se comunicará al Poder Ejecutivo para su publicación y observancia...”

Ello dado que efectivamente la Sala puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero ello lo hace con base en las normas de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA. El hecho de que el artículo 195 esté (mal) ubicado en la CONSTITUCIÓN POLÍTICA, no quiere decir que ciertamente sea de la Constitución Política. Ya hemos afirmado que este artículo y el artículo 196 NO SON normas de la Constitución, sino que son normas SUPERIORES a la Constitución, es decir, no son normas constitucionales, ni tampoco puede ser utilizadas por la Sala Constitucional para analizar la constitucionalidad de una ley, justamente porque no son normas constitucionales. La Sala Constitucional solamente puede declarar la inconstitucionalidad con base en normas de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Otros tipos de normas, como en este caso, superiores a ellas, no pueden ser utilizadas. Y el único órgano que puede verificar la regularidad de la ley con relación a ese OTRO TIPO DE NORMAS, sería la Asamblea Constituyente, dado que fue el órgano que creó esas normas.

---

(4) Estipulado en el artículo 124 de la misma Constitución: Todo proyecto para convertirse en ley debe ser objeto de dos debates, cada uno en distinto día no consecutivo.

Recuérdese lo que se explicó al inicio del texto relativo a las metanormas. Estas expresiones jurídicas tienen por OBJETO DE REGULACIÓN otras normas jurídicas. La expresión jurídica que regula a otra (u otras) expresión(es) jurídica(s), se denomina META-NORMA. En Lógica Jurídica, dichas expresiones reciben el nombre de “meta-normas” (meta: más allá). Son expresiones jurídicas que tienen como objeto de regulación otras expresiones y se debe entender que están en un plano conceptual mayor, más alto o “por encima” de las normas que regulan.



Los artículos 195 y 196 de la Constitución Política son en realidad META-NORMAS, con un rango lógico (y eventualmente jurídico) superior a las normas de la Constitución que regulan, dado que tiene por OBJETO DE REGULACIÓN a la misma Constitución Política.

Las Meta-normas, como tales, deben ubicarse en un plano conceptual mayor o más “alto” (rango jerárquico mayor) que las normas que regula, para que no existan contradicciones NI eventuales paradojas en el sistema normativo.

Si imaginamos la posibilidad que pretendió llevar a cabo la Sala Constitucional como que la “autorregulación”, es decir que cualquier expresión jurídica dicte sus propios procedimientos de creación, modificación, interpretación, aplicación y derogación, permitiríamos la validez de expresiones jurídicas que anulen su propia función reguladora. Convierte en imposible la sola posibilidad que otra norma, distinta de ella misma, la regule. Puede auto dictarse una norma que ninguna otra norma la regule. Lo cual viene a contradecir, la idea, finalidad y función de la misma norma. Tal autorregulación va en contra de la idea misma de normas jerárquicamente “superiores” y normas jerárquicamente “inferiores”.

Y aunque el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional recalca la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de reformas constitucionales que violen el artículo 195 de la Constitución.

“...Artículo 73. Cabrá la acción de inconstitucionalidad:

...

- ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento.

Tal inciso es inconstitucional, ya que contradice el mismo artículo 10 de la Constitución Política que autoriza solo el control CONSTITUCIONAL, no el control SUPRACONSTITUCIONAL.

Una norma constitucional que contradice otra norma constitucional, no puede ser declarada lógicamente inconstitucional, a menos que se considere de un rango jerárquico superior a la misma constitución. Y de hecho, los artículos 195 y 196 de la Constitución tienen ese rango SUPRA-constitucional.

De no ser así, cómo sería posible declarar la inconstitucionalidad de una norma constitucional por violar otra norma constitucional, si no es porque alguna de las dos, tiene alguna relevancia o rango jerárquico mayor. Y en este caso se está afirmando que es precisamente las normas constitucionales de procedimiento.

Motivo por el cual, aunque el artículo 73 esté técnicamente bien redactado, en el sentido de diferenciar las normas constitucionales de las supraconstitucionales, su ubicación jerárquica y su consecuente regulación es inconstitucional, dado que la Constitución no ha autorizado también el control supraconstitucional.

### **III. NORMAS SUPERIORES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

#### **A) La problemática**

Analizando un día una consulta sobre la posibilidad de reformar los artículos 195 y 196 de la Constitución Política, me dí cuenta que ninguno de estos artículos pueden ser reformados por los trámites normales de reforma parcial de la Constitución Política dado que se encuentran mal ubicados jerárquicamente, en razón de que no pertenecen a la Constitución Política.



Ello es así dado que las normas jurídicas en general, cuando regulan normas jurídicas (pueden obviamente regular otros objetos, como personas, instituciones, derechos, obligaciones, etc.), ellas solamente pueden regular *otras normas jurídicas pero de inferior rango*. No pueden regular normas del mismo rango, ni mucho menos regular normas de rangos superiores. Por ello es muy elemental y básico el principio que reza que en un sistema jerárquico “Una norma superior solamente puede regular a norma (s) de inferior rango”.

Para regular un Reglamento se requiere de una ley o una norma constitucional que regule su existencia. Igualmente para regular una ley se requiere de una norma superior –de tipo usualmente constitucional– para estipular su procedimiento, órgano encargado y materias a tratar. *No es posible concebir una norma que regule las demás normas del mismo tipo*, dado que si lo hiciera, ella misma entraría en contradicción consigo misma y además, entra en contradicción con otras normas de rango superior.

El primer caso se observa con los artículos 195 y 196 de la Constitución Política que regulan la reforma parcial y total de la Constitución. Como también ellos se encuentran ubicados en la misma Constitución, ellos necesariamente se regularían a ellas mismas. Así puede acontecer que, si se quería que solamente una Asamblea Nacional Constituyente reforme totalmente la Constitución Política, tal cometido puede modificarse dado que como son normas constitucionales, ellas pueden reformarse, sin acudir a la Asamblea Nacional Constituyente, para que diga, lo opuesto, por ejemplo, que no se requiere de una Asamblea Nacional Constituyente para reformar totalmente la Constitución.

El solo hecho de permitir la posibilidad de reformar estos artículos de esa manera (sin acudir a la Asamblea Nacional Constituyente), contradice las indicaciones de los mismos artículos, con lo cual, la voluntad originaria de los asambleístas constituyentes queda cancelada, lo cual es una evidente irregularidad en el sistema jurídico. Este es un caso típico del problema que presenta la norma “Prohibido prohibir”. Si es prohibido prohibir, ella misma se está prohibiendo a sí misma. Por lo que realmente, NO se está prohibiendo el prohibir, lo que quiere decir, que SÍ se puede prohibir... con lo que la regulación inicial (“Prohibido Prohibir”) se pierde y AUTO-CANCELA su propio significado. Igualmente está abierta la posibilidad para contradecir las indicaciones que señalaron los legisladores constitucionales.

La contradicción puede, tal vez, salvarse diciendo que este artículo tiene un ámbito autónomo de regulación. Pero de la misma manera, salta la siguiente pregunta a la mente: ¿Para qué, entonces, una autoridad superior a la Constitución, si la norma tiene su ámbito propio y la Asamblea Nacional Constituyente no va a tener ningún efecto sobre ella? Con lo cual, se niega de antemano la misma autoridad de la Asamblea y se niega también la necesidad del mismo sistema de jerarquía, lo cual claramente no se desea ni se quiere hacer. Todos estos recovecos surgen del error de confundir el *objeto regulado* –que es la Constitución Política–, con la norma que regula ese objeto –que es otra norma distinta a la Constitución Política–.

Al existir esta confusión, se cae inmediatamente en las paradojas como las anteriores: las normas que se regulan a sí mismas, se contradicen a sí mismas. Bueno, igual situación, le acontece a los artículos 195 y 196 de la Constitución Política. Ellas son las dos únicas normas jurídicas que se regulan a sí mismas; por ende deben contradecirse entre sí mismas.

Recientemente se aprobó la reforma constitucional (Ley 8281 publicada en *La Gaceta* Nº 118 de 20 de junio de 2002, que modifica los incisos 1) y 9) del artículo 195 de la Constitución Política), y que versa sobre la creación del mecanismo democrático del referéndum. Tal reforma, aunque bien intencionada, no es posible llevarla a cabo de la manera como se efectuó, dado que dicho artículo no es una norma jurídica constitucional.

En todo sistema jurídico las normas jurídicas se organizan en un sistema de jerarquías, donde además hay normas jurídicas que regulan otras normas (sea en su modo de creación, interpretación, modificación o derogación). Para que no haya desórdenes ni contradicciones, la *norma* que regula las otras normas debe ser de un *rango jerárquico superior* a las normas reguladas y éstas, por ende de un rango jerárquico inferior, es decir que *las normas superiores regulan las normas inferiores*.

En el caso del artículo 195, esta norma establece el procedimiento de reforma parcial de nuestra Constitución Política. De su lectura se aprecia que ese artículo regula a la Constitución Política, y que quien la regula es el artículo 195. Como no se puede pensar que ese artículo sea una norma de un rango inferior a la Constitución Política (dado que sería absurdo suponer que las normas inferiores regulen a las normas superiores), hay que averiguar si es posible que sea del mismo rango que

la Constitución Política, dado que supuestamente no existen normas superiores a la Constitución.

Pero curiosamente nos encontramos con el siguiente problema. Si el artículo 195 regula normas jurídicas de su mismo rango, ella misma debe “caer” dentro de sus propias directrices, por ser del mismo rango, y dado que no puede excluirse de su propia regulación (¡a menos que sea otro tipo de norma, pero entonces no serían del mismo rango!) no se puede aplicar y pierde su función de norma. Veámoslo.

Si se pretende reformar el artículo 195 de la Constitución Política, supuestamente debemos seguir el procedimiento de reforma parcial de la Constitución, dado que dicho artículo ESTÁ EN LA CONSTITUCIÓN. Pero dicho procedimiento de reforma es justamente el estipulado en el mismo artículo 195. A la hora de seguir ese procedimiento, se deroga la normativa que precisamente se está aplicando para establecer los nuevos requisitos. Pero al acontecer esto, ya no es posible posteriormente VERIFICAR la validez o no de dicha reforma, ya que la norma que tenía los requisitos para corroborar ese cambio *no existe* como norma jurídica válida y vigente, que sirva para corroborar el cumplimiento de sus directrices, ya que fue eliminada.

De igual manera, la nueva norma *no* puede servir de criterio para establecer la validez de esa nueva reforma, precisamente porque *nunca* se ha aplicado. Por lo que prácticamente cualquier estudio de esa reforma –que paradójicamente es la norma que estipula la forma de reformar las normas constitucionales– nunca se podrá llevar a cabo debidamente. Por lo que nunca se podrá invalidar esa reforma en caso de que esté mal reformada, dado que no existe [jurídicamente] el criterio jurídico con el cual compararla; por lo que indefectiblemente se tendrá por “validada” y vigente.

En razón de lo anterior, se puede llegar a la absurda conclusión de que precisamente, el artículo que regula las reformas constitucionales *nunca se van a poder aplicar a ella misma* y prácticamente se eliminó la función de esa norma que era justamente regular las reformas de la Constitución. Este mismo problema ya lo enfrentó la Sala Constitucional en una curiosa sentencia (*voto 1-92* anteriormente analizado), donde no pudo invalidar una mala reforma constitucional, con lo cual tuvo por validada y vigente esa “reforma” de la Constitución Política.

De procederse de esa manera, evidentemente se olvida la idea, voluntad y finalidad de los asambleístas constituyentes que era establecer

un procedimiento formal, estricto, tedioso y riguroso de reforma constitucional, el cual, a su vez, pudiera ser utilizado como parámetro para verificar la validez o no de todas las reformas constitucionales.

En breve: la norma que regula las reformas constitucionales no puede regularse a sí misma, y es que precisamente, lo lógico es que NO SE REGULE A SÍ MISMA. Si no se puede (ni debe) regular a sí misma, no es una norma del rango de las demás normas que pretende regular, sino que debe ser de un rango superior a la Constitución Política. ¿Normas jurídicas superiores a la Constitución Política? ¿Eso existe? A oídos de expertos y hasta de legos, tal idea parece absurda. Pero la realidad y la lógica nos dicen que no lo es.

## **B) Imposibilidad de la reforma de los arts. 195 y 196.**

Para desenredar estas paradojas se debe concebir que esos dos artículos, en realidad no son normas CONSTITUCIONALES sino, NORMAS SUPERIORES A LA CONSTITUCIÓN, dado que regulan A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. De otra manera no podrían tener un correcto y real efecto normativo. Por lo que considero, y espero que muchos de nuestros diputados así lo tomen en cuenta, que, lógicamente y jerárquicamente, dichas normas son necesariamente NORMAS SUPERIORES a la CONSTITUCIÓN POLÍTICA, las cuales únicamente pueden ser reformadas por una Asamblea Nacional Constituyente.

Sí hay normas jurídicas superiores a la Constitución Política y justamente son los artículos 195 y 196 *erróneamente ubicados* en la misma Constitución Política. El error parece estar en considerar que el artículo 195 por estar EN LA CONSTITUCIÓN, sea DE LA CONSTITUCIÓN.

El artículo 195 establece un procedimiento de reforma PARA LA CONSTITUCIÓN, no para el procedimiento mismo, ya que si se aplica a sí misma, lleva a la contradicción anteriormente indicada. Dicho artículo, no se puede considerar una norma constitucional, a pesar de estar en la misma Constitución sino que tiene un rango SUPERIOR a la Constitución Política. Son normas jurídicas SUPRA-Constitucionales y a quien le corresponde un control o una modificación de esos artículos es a la Asamblea Nacional Constituyente, no a la Asamblea Legislativa ni a la Sala Constitucional.

## **B) Imposibilidad del control constitucional de las reformas constitucionales**

Más aún, actualmente la Sala Constitucional no puede llevar a cabo ningún control constitucional de las reformas de la Constitución. Por ejemplo, ¿la Sala Constitucional tiene competencia para estudiar la reforma del artículo 132 de la *Constitución Política*, (reelección presidencial)? A simple vista parece que sí. Ninguna reforma constitucional puede violar el procedimiento de reforma estipulado en el artículo 195 de la misma Constitución. Por eso, si el art. 132 no cumple los requisitos señalados por el art. 195, es una reforma mal hecha y se declara inconstitucional; o bien, si esa norma cumplió dichos requisitos, es una reforma bien hecha.

Pero al analizar seriamente el problema surge una curiosa paradoja: el artículo 195 no es una norma de la Constitución Política. ¿Pueden existir normas superiores a la Constitución Política? Veámoslo.

En todo sistema jurídico, todas las normas jurídicas se organizan en un sistema de jerarquías, donde una norma que regula otras normas, debe ubicarse en un rango jerárquico superior a ella. Así, para regular un reglamento se requiere de una ley o una norma superior que regule su existencia, no de otro reglamento. Igualmente para regular una ley se requiere de una norma superior –tratado internacional o Constitución–, y no de un reglamento o de otra ley. No tiene sentido que una norma de un mismo rango regule a otra norma de su mismo rango, ni mucho menos que regule a otra norma de rango superior; ello sería un absurdo y va en contra del mismo sistema de jerarquías, y además en contra de la misma norma. Probémoslo.

Si se pretendiera reformar artículo 195, él mismo “caería” dentro de sus propias regulaciones, y obviamente se crea un dilema que es la *imposibilidad de verificar su propia auto-reforma*; ya que al ser reformada, dejará de existir, la norma, que se usó para comprobar los requisitos de la reforma; y de igual manera, al ser reformada no será posible utilizar la nueva norma para verificar dichos requisitos, ya que esa norma no fue la que se usó en la reforma. Lo lógico es que dicho artículo no se regule a sí mismo.

El artículo 195 es una norma superior a la Constitución, que regula a todas las normas de la Constitución. El art. 195 regula a la Constitución, pero no es de la Constitución Política. Si no fuera así, ¿cómo sería posible

que una norma de la Constitución contradiga el art. 195, si ambas son del mismo rango? Si se pensara que el art. 195 es una norma de la Constitución, ¿cómo sería posible hacer estudio de una norma de la Constitución con otra norma de la misma Constitución? Ello es un sinsentido, dado que supuestamente ambas tienen el mismo rango jerárquico. Como esta última opción es absurda, la única manera es pensar que dicho artículo tiene una relevancia mayor [¿rango jerárquico superior?] a las demás normas de la Constitución.

En el mismo sentido la práctica jurídica real ha mostrado el interés en eliminar las normas de la Constitución que contradigan el art. 195, justamente porque se le estipula al artículo 195 una superioridad mayor que las demás normas de la misma Constitución. Pero bueno, ¿cuál es la paradoja?

Pues bien, la paradoja es la siguiente: si el art. 195 no es una norma de la Constitución y la Sala Constitucional solamente tiene competencia para “*garantizar la supremacía de las normas de la Constitución*”, ¿cómo va a pretender hacer garantizar dicha supremacía si esto única [y *supuestamente*] puede hacerlo con base en normas de la Constitución, y precisamente el art. 195 no está en la Constitución? Pero por otro lado, tampoco hay normas más “*constitucionales*” que otras, para declarar la inconstitucionalidad de alguna reforma de la Constitución, ya que cualquier norma de la Constitución tiene el mismo rango jerárquico de otra norma de la misma Constitución, y ninguna es superior a la otra. Por ende, seriamente hablando, la Sala no pueda examinar ni la reforma del art. 132, ni ninguna otra reforma de la Constitución!, sin que caiga en estas controversias.

Tampoco puede suponerse que puede usar el art. 195, ya que pensar en un control de las reformas constitucionales significa realmente en la efectiva potestad de “tocar” nuestra Constitución, lo cual parece ser competencia de la Asamblea Constituyente. Todo lo anterior quiere decir que ¿no se pueden revisar las reformas constitucionales? La razón dice que sí, pero ello es función de la Asamblea Constituyente, dado que creó estas supra-normas, la Constitución Política y el control constitucional. Puede pensarse también en una delegación de la Asamblea Constituyente en la Sala, que le permita controlar las modificaciones y reformas de la Constitución Política, pero ¿ello convertiría a la Sala en un órgano con capacidades similares a una Asamblea Constituyente?

## Conclusión

La solución es simple: en los aspectos de forma, tener más cuidado a la hora de reformas y redactar las leyes, y en este último sentido, no descuidar los aspectos lógico-conceptuales de cualquier noción que se vaya a utilizar. Jamás dar por supuesto conceptos tan simples como “norma jurídica”, “constitucionalidad” o “control de constitucionalidad”.

## BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO (AULIS). *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Primera edición en español, 1991, 313 p. (Traducción de Ernesto Garzón Valdés de la edición original en inglés “The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification”, D. Reidel Publishing Company, 1987).
- ACERO (Juan José), BUSTOS (Eduardo) y QUESADA (Daniel). *Introducción a la Filosofía del Lenguaje*, Madrid, Ediciones Cátedra S.A., Tercera edición, 1989, 283 p.
- ALBERT (Hans). *Tratado de la Razón Crítica*, Buenos Aires, Editorial SUR S.A., Primera edición en español, 1973, 261 p. (Traducción de Rafael Gutiérrez Girardot de la edición en alemán “Traktat über Kritische Vernunft”, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1968).
- ATIENZA (Manuel). *Las Razones del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Primera reimpresión de la Primera edición, 1993, 268 p.
- BERGMANN (Gustav). *Filosofía de la Ciencia*, Barcelona, Editorial TECNOS S.A., 1961, 215 p. (Traducción de Manuel Medina Ortega de la edición en inglés “Philosophy of Science”, University of Winconsin Press, 1955).
- BLANCHE (Robert). *La Axiomática*, México, D.F., Universidad Autónoma de México, Primera edición en español, 1965, 88 p. (Traducción de Federico Osorio Altúzar y revisión de Bernabé Navarro de la edición en francés “L’Axiomatique”, París, Presses Universitaires de France, 2ª ed., 1959).
- BOBBIO (Norberto). *Contribución a la Teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Debate S.A., 1990, Primera Edición, p.406. (Recopilación y traducción de Alfonso Ruiz Miguel).

- BOBBIO (Norberto). *Teoría General del Derecho*, San Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., Primera Reimpresión de la Segunda edición en español, 1994, 269 p. (Traducción de Jorge Guerrero R. de la edición en italiano de “Teoria della norma giuridica”, Torino, G. Giappichelli-Editore, 1958 y de “Teoria dell’ordinamento giuridico”, Torino, G. Giappichelli-Editore, 1960).
- CAMACHO NARANJO (Luis). *Introducción a la Lógica*, San José, Editorial Tecnológica de Costa Rica, Primera reimpresión de la Segunda Edición, 1993, 252 p.
- CAMACHO NARANJO (Luis). *Lógica Simbólica Básica*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, Primera edición, 1987, 204 p.
- CARNAP (Rudolph). *Filosofía y sintaxis lógica*, México, Centro de Estudios filosóficos de la Universidad Nacional Autónoma de México, Primera edición en español, 1963, 59 p. (Traducción de César N. Molina de la edición en inglés “Phylosophy and Logic Syntax”, Londres, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., 1935).
- COPI (Irving M.). *Introducción a la Lógica*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Quinta Edición en español, 1967, 455 p. (Traducción de Néstor Míguez de la edición en inglés “Introduction to Logic”, New York, The Macmillan Company, 1953).
- ECO (Umberto). *Tratado de Semiótica General*, Barcelona, Editorial Lumen, Quinta edición, 1991, 461 p. (Traducción de Carlos Manzano de la edición en inglés “A Theory of Semiotics”, 1976.)
- ECO (Umberto). *Los Límites de la Interpretación*, Barcelona, Editorial Lumen, Primera edición, 1992, 405 p. (Traducción de Helena Lozano de la edición en italiano “I limiti dell’ interpretazione”, Milán, Gruppo Editoriale Fabbri, Bompiani, Sonzogno, Etas S.p.A., 1990).
- ECO (Umberto). *Semántica y Filosofía del Lenguaje*, Barcelona, Editorial Lumen, Primera edición en español, 1990, 355 p. (Traducción de R.P. de la edición en italiano “Semiótica e filosofía del linguaggio”, Turín, Giulio Einaudi editore s.p.a., 1984).
- GARRIDO (Manuel). *Lógica Simbólica*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., Segunda edición, 1991, 441 p.
- GRANGER (Gilles Gastón). *La Razón*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Cuarta edición en español , 1972, 45 p, (Traducción de Nannina Rivaroba de la segunda edición francesa “La raison”, Presses Universitaires de France, 1958, primera edición es de 1955).



- GUIBOURG (Ricardo A), GHIGLIANI (Alejandro M.) y GUARINONI (Ricardo V.) *Introducción al conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., no indica número de edición, 1984, 224 p.
- HEMPEL (Carl G.) *La Explicación Científica*. Estudios sobre la filosofía de la ciencia, Buenos Aires, Editorial Paidós S.A., Primera edición en español, 1979. 485 p. (Traducción de N. MIGUEZ de la edición en inglés “Aspects of Scientific Explanation and other Essays in the Philosophy of Science”, New York, The Free Press, 1965).
- HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). *La Tutela de los Derechos Fundamentales*, San José, Editorial Juricentro, Primera edición, 1990, 244 p.
- MANS PUIGARNAU (Jaime). *Lógica para Juristas*, Barcelona, Editorial BOSCH S.A., no indica edición, 1978, 242 p.
- MORRIS (Charles). *Fundamentos de la teoría de los signos*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., Primera edición en español, 1985, 122 p. (Traducción de Rafael Grasa de la edición en inglés “Foundations of the Theory of Signs” publicado como la Parte Segunda de Writings on the General Theory of Signs, Mouton, La Haya-París, 1971).
- NOZICK (Robert). *La naturaleza de la racionalidad*, Barcelona, Ediciones Paidós Iberoamérica S.A., Primera edición en castellano, 1995, 286 p. (Traducción de Antoni Domènech de la edición en inglés “The nature of rationality”, New Jersey, Princeton University Press, 1993).
- PEIRCE (Charles Sanders). *La ciencia de la semiótica*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 1974, 116 p. (Traducción de Beatriz Bugni de textos seleccionados de *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 1965, volumen II, Element of Logic, libro II, “Speculative Grammar”; *ibid*, volumen IV, The Simplest Mathematics, libro II, “Existential Graphs; Charles S. Peirce: Selected Writings (Values in Universe of Change), New York, Dover Publications Inc., 1958, capítulo 24, “Letters to Lady Welby”).
- PERELMAN (Ch). *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, Madrid, Editorial CIVITAS S.A., Reimpresión de la Primera edición, 1988, 255 p. (Traducción de Luis Díez-Picazo de la edición en francés “Logique Juridique”. Nouvelle rhétorique, París, Jurisprudence Generale Dalloz, 1976).
- RESCHER (Nicolas). *La Racionalidad*, Madrid, Editorial TECNOS S.A., Primera Edición en español, 1993, 253 p. (Traducción de Susana Nuccetelli de la edición en inglés “Rationality. A Philosophical Inquiry into the Nature and the Rationale of Reason”, Oxford University Press, 1988).

- SCHREIBER (Rupert). *Lógica del Derecho*, Buenos Aires, Editorial SUR S.A., Primera edición en español, 1967, 131 p. (Traducción de Ernesto Garzón Valdés de la edición en alemán “Logik des Rechts”, Berlin, Springer-Verlag, 1962).
- WITTGENSTEIN (Ludwig). *Tractatus Logico-Philosophicus*, Madrid, Editorial Alianza Universidad, Quinta reimpresión de la Primera edición de 1973, 1994, (Traducción de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera de “Tractatus Logico Philosophicus”, Londres, Routledge & Kegan Paul, Ltd.
- WITTGENSTEIN (Ludwig). *Los Cuadernos Azul y Marrón*, Madrid, Editorial TECNOS S.A., Segunda edición en español, 1993, 230 p. (Traducción de Francisco Gracia Guillén de la segunda edición en inglés “The Blue and Brown Books”, Oxford. Basil Blackwell & Mott Ltd.)

**CONTRATACIÓN PARA LA ELABORACIÓN  
DEL SOFTWARE INDIVIDUALIZADO  
ESTUDIO COMPARADO DE LA LEGISLACIÓN  
IBEROAMERICANA**

*Lic. Fernando Fuentes Pinzón*<sup>(\*)</sup>  
Abogado venezolano

---

(\*) Fernando Fuentes Pinzón. Abogado. Maracaibo, Venezuela.  
Correo electrónico: ffpve@hotmail.com. y ffpve@yahoo.com.

## **SUMARIO:**

Resumen

Introducción

1. Conceptualización del software
2. Pasos presentes para la creación de un programa de computación
3. Elementos comunes en los contratos para la elaboración de un software
4. Tipos de relaciones contractuales específicos
  - 4.1. Software desarrollado bajo relación laboral
  - 4.2. Software desarrollado por encargo
    - 4.2.1. Relación Empresa - Empresa (B2B)
    - 4.2.2. Contratación Directa con un profesional independiente

## RESUMEN

El autor parte de la necesidad de realizar un estudio de las cláusulas principales que deben preverse al momento de la contratación para la realización de un software individualizado. Se comienza con un somero estudio sobre la protección jurídica del software y su delimitación legal, para continuar con los pasos presentes en la elaboración de un programa de computación, determinándose los elementos comunes de estos tipos de contratos y se culmina con un análisis particular sobre los tres tipos de relaciones jurídicas que pueden devenir de la contratación para la realización de un software individualizado.

## INTRODUCCIÓN

La contratación para la elaboración de software individualizado (también conocido como software *“a la medida”*), con la finalidad de desarrollar soluciones específicas para una empresa o una actividad comercial, es una realidad común del día a día empresarial, en virtud, que los programas de computación creados para consumo masivo, no son suficientes para abarcar el amplio espectro de las necesidades particulares de los agentes económicos. En vista de ello, el presente trabajo tiene como objeto dar unos elementos generales que deben de tomarse en consideración para realizar la contratación del personal que elaborará el software individualizado, o de la empresa que lo desarrollará.

### 1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL SOFTWARE

Antes de entrar a considerar las implicaciones jurídicas de este tipo de contrato, es necesario conceptualizar lo que se entiende por Software. El software es considerado una obra intelectual y por ello, es protegido por las legislaciones sobre Derecho de Autor.<sup>(1)</sup>

Según el *“Glosario de Derechos de Autor y Derechos Conexos”*,<sup>(2)</sup> el programa de computación es el *“Conjunto de instrucciones que*

---

(1) Fuentes Pinzón, Fernando, ¿Por medio de cuál rama jurídica debe protegerse al software?, Informática e Internet. Brasil, Editorial Adcoas, 2002, pp. 329-342.

(2) OMPI, *Glosario de Derechos de Autor y Derechos Conexos*, Suiza, 1980, Voz 223, p.228.

*cuando se incorpora a un soporte legible por máquina, puede hacer que una máquina con capacidad para el tratamiento de la información indique, realice o consigne una función, tarea o resultados determinados”.*

Sin embargo, este concepto es demasiado técnico para ser apprehendido por el derecho de autor, ya que esta rama jurídica tiene como objeto de la protección a la “*expresión*” utilizada por el creador, así el Acuerdo sobre los Derechos Intelectuales Relacionados con el Comercio (ADPIC) expresa en su artículo 9,2:

*“La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”.*

Norma similar se encuentra en la Decisión Andina 351 sobre el Régimen Común del Derecho de Autor (Dec. 351),<sup>(3)</sup> Art. 7:

*“Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras (omisis). No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial”.*

Una vez estudiado el objeto sobre el cual recae la protección por el derecho de autor, debemos ubicar un concepto sobre software más acorde con la realidad autoral.

La legislación venezolana en su Artículo 17 consagra:

*“Se entiende por programa de computación a la expresión en cualquier modo, lenguaje, notación o código, de instrucciones cuyo propósito es que un computador lleve a cabo una tarea o función determinada, cualquiera que sea su forma de expresarse o el soporte material en que se haya realizado la fijación”.*<sup>(4)</sup>

---

(3) Ley vigente en Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

(4) En este concepto se alude a lo protegido por el derecho de autor, lo cual es “*la forma de expresión*”, por lo que es considerado como el concepto más adecuado a la realidad autoral.

Por su parte, la Decisión Andina 351 (Dec. 351), contempla en su Artículo 3 la siguiente definición de programa de computación:

*“Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador –un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones–, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso”.*

Mientras, que la legislación española establece que se entenderá por programa de ordenador a:

**“Artículo 96.1.** *(omisis) toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación (omisis.) A los mismos efectos, la expresión programas de ordenador comprenderá también su documentación preparatoria. La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que este Título dispensa a los programas de ordenador”.*

El software es tutelado por la legislación internacional como obra literaria, esto se desprende de la lectura del Artículo 10 del ADPIC, el Artículo 4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor<sup>(5)</sup> y el Artículo 23 de la Dec. 351 de la Comunidad Andina.

Una vez delimitada la conceptualización del software y su protección por el derecho de autor, estamos en capacidad de estudiar las cláusulas más comunes en este tipo de contratos. Para el efecto, primero debemos analizar someramente algunas condiciones generales para la elaboración del software.

---

(5) Adoptado por la Conferencia Diplomática el 20 de Diciembre de 1996. CRNR/DC/94, disponible en la página oficial de la OMPI (WIPO) en Internet ([www.wipo.org](http://www.wipo.org)).

## 2. PASOS PRESENTES PARA LA CREACIÓN DE UN PROGRAMA DE COMPUTACIÓN<sup>(6)</sup>

Para la creación de un programa de computación se requiere del cumplimiento de una serie de pasos previos, como lo son:<sup>(7)</sup>

- a. Fase de análisis,<sup>(8)</sup> que evalúa los fines, tareas y resultados perseguidos, necesidades del usuario y el tipo de “hardware” adecuado, para concluir en la hoja de especificaciones.
- b. Determinación de la estructura (arquitectura) del software, conforme a las especificaciones.
- c. Descripción del programa en forma de diagramas y de los módulos o partes.
- d. Escritura del software en un lenguaje de programación (codificación).
- e. Comprobación de resultados y corrección de los errores detectados
- f. Elaboración de los manuales de uso y la documentación técnica.

## 3. ELEMENTOS COMUNES EN LOS CONTRATOS PARA LA ELABORACIÓN DE UN SOFTWARE

Como previamente se han identificado los elementos para elaboración de un programa de computación. Igualmente, identificaremos previamente algunos elementos comunes que comparte este tipo de contratos informáticos.

**a. Etapa previa:** Cualquier tipo de desarrollo de un software personalizado debe incluir una etapa previa en la cual el desarrollador o

---

(6) MILLÉ, Antonio. *Contratación de programas de computación a medida. Revista de Derechos Intelectuales*, Argentina, Núm. 2. 1987, p. 91 al 113.

(7) ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *El Nuevo Régimen del Derecho de Autor en Venezuela*. Venezuela, Editorial Autorales, 1994, p. 152.

(8) Esta actividad puede ser realizada por el cliente (a cargo de su equipo técnico) interesado en la elaboración del software individualizado o por medio de la contratación de un tercero. Para mayor información: Millé, Antonio, *op. cit.*, p. 91 al 113.



programador realice una inspección para determinar los equipos electrónicos que posea el cliente, y en virtud de ello, recomendar una actualización de los mismos o crear el programa para que pueda funcionar correctamente con ese hardware. Asimismo, será necesario la realización de estudios para determinar el problema a solucionar o actividad que deberá desempeñar el software (es decir, el cliente deberá de informarle al programador el objetivo que pretende que cumpla el software), todo ello para la creación de un programa de trabajo (en el cual se establece de manera provisional, la configuración de las funciones que deberá cumplir el software, la manera que interactuará con el usuario, el manejo de los archivos, en fin, se procederá a elaborar un primer diagrama de flujo, para posteriormente desarrollarlo a nivel digital o electrónico).

**b. Condiciones para el desarrollo:** Deberá establecerse en el contrato el lugar donde se desarrollará al software, las veces que puede el programador trabajar con el hardware de la oficina antes de las primeras pruebas, un lapso de corrección de pruebas, un lapso de garantía, una cláusula referida a las posteriores actualizaciones (si existirá o no derecho de preferencia) y el tiempo estimado que demorará la instalación en el hardware del cliente.

**c. Lapsos y secretos:** Es necesario colocar un lapso (es conveniente establecer lapsos de vencimiento progresivo) de duración del contrato y establecer una cláusula referida a guardar o reservar los secretos industriales o comerciales a los cuales tenga acceso el desarrollador (esto incluye listas de clientes, planes de expansión, cantidad de empleados, datos privados de los mismos, etc).

**d. Entrega final del producto:** Con respecto al momento de entrega del mismo, debe de establecerse que la entrega se considerará realizada cuando el software sea efectivamente incorporado al hardware previsto y su funcionamiento sea efectivo para el cumplimiento de las actividades que deba realizar, igualmente, su interacción con respecto al resto del sistema informático del contratante debe ser idónea. En conclusión, es conveniente establecer un lapso prudencial de ejecución real del programa de computación para determinar que no existen fallas<sup>(9)</sup> y que se ha entregado un producto terminado y funcional.

---

(9) El artículo 1.518 del Código Civil venezolano obliga al vendedor (en este caso quien realiza el software), al saneamiento por vicios o defectos ocultos *“que la hagan impropia para el uso a que está destinada, o que disminuya el uso de ella de tal manera que si el comprador los hubiera conocido, no lo habría comprado o hubiera ofrecido un precio menor”*.

**e. Costos:** El precio final, dependerá o variará según la fórmula que se aplique:

- a. En caso que se determine que la titularidad le pertenecerá en exclusiva al contratante, será el precio mayor o más alto.
- b. Existe la opción que el contratante no desee tener la cesión del programa, pero sí una licencia exclusiva (por lo cual la empresa productora del software no podrá licenciar ese software por un tiempo determinado a otro competidor, pero sí podrá desarrollar nuevas versiones o nuevos programas tomando como base a este, y licenciarlo a otros). En este caso el precio debe ser inferior al primero, pero superior a los siguientes.
- c. El contratante desea una licencia exclusiva por un período determinado de tiempo (ejemplo: 2 años), pudiendo el creador del software licenciarlo después de dicho lapso.
- d. El contratante desea una licencia no exclusiva. Entonces dependerá del número de equipos en el cual se va a utilizar dicho programa, y determinar si se empleará en red, y en cuantas redes o computadoras en red.

**f. Garantía:** Es necesario determinar lo cubierto por la garantía y el lapso de duración de la misma. Determinar quién será el responsable de ejecutar las referidas garantías y el lugar donde se hará. No debe confundirse la garantía con el mantenimiento, el cual es un contrato distinto (a pesar de estar dentro del mismo documento).

**g. Entrenamiento y Manuales:** Es imprescindible, la previsión del entrenamiento que debe la empresa desarrolladora ofrecer a los empleados de la empresa comitente. En conclusión, es necesaria la capacitación del personal que lo utilizará, lo cual debe de incluir su manual de usuario, para el momento de la entrega final del producto.

En la doctrina, se ha discutido sobre si los contratos para el desarrollo del software son contratos de servicio o de resultado. La respuesta varía según el tipo de relación existente, por ello en el caso del software desarrollado bajo relación laboral, puede ser considerado como un contrato de servicio (salvo que el contrato particular establezca lo contrario) mientras que el realizado con una empresa o profesional independiente distinto al contratante, será definitivamente un contrato de resultado.

#### **4. TIPOS DE RELACIONES CONTRACTUALES ESPECÍFICOS**

Con la finalidad de elaborar un software, puede emplearse al personal propio de la empresa interesada (por lo cual será una relación regulada por el derecho laboral), o por medio de la contratación de los servicios de otra empresa o de un profesional independiente (ambos casos regulados por el derecho mercantil). Por ende, podemos dividir a los contratos para elaborar programas de computación de la siguiente manera:

1. Contrato de Trabajo (regido por la legislación laboral y el derecho de autor).
2. Contrato de un Software por encargo (regido por el derecho de autor y el derecho mercantil): este caso se divide en dos supuestos:
  - a. Mercantil: Una empresa contrata a otra para realizar la obra.
  - b. Contratación Directa con un profesional independiente.

##### **4.1. SOFTWARE DESARROLLADO BAJO RELACIÓN LABORAL**

En este primer supuesto, es importante establecer, que aun cuando no es necesario un contrato escrito para que la relación laboral exista,<sup>(10)</sup> ni para que la cesión total de los derechos patrimoniales sobre una obra (como es el programa de computación) suceda o se dé a favor del empleador, es menester, que el contratante entienda la importancia de la realización del contrato escrito, y por ello, procure su creación.

Lo primero a establecer en este tipo de relación, es la función, objeto o misión del especialista en computación o electrónica dentro de la empresa contratante. Si dentro de las funciones a desarrollar está la creación de software para soluciones tecnológicas referidas a la empresa,

---

(10) La existencia del contrato laboral, sin necesidad de un documento escrito firmado por las partes, es un principio aceptado, por casi, la totalidad de legislaciones laborales a nivel mundial. En Iberoamérica, la encontramos previsto en: Argentina (Ley 20.744 con sus respectivas reformas, Arts. 21 y 23); Costa Rica (Código del Trabajo de 1943 con sus respectivas modificaciones; Art. 18 y 25); Ecuador (Codificación del Código de Trabajo de 1997; Art. 11 y 12); España (Art. 8.1 del Real Decreto 1/1995 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), México (Ley Federal del Trabajo de 1970, con sus respectivos modificaciones; Arts. 26 y 27), Venezuela (Ley Orgánica del Trabajo de 1997; Art. 70), entre otras.

sin ningún tipo de duda le pertenecerá en su totalidad (los programas de computación desarrollados) al empleador. Ahora, en el caso que no se establezca, se entenderá que dentro de sus funciones no se encontraba la elaboración de software y por ello, el mismo podría pertenecerle en su totalidad al empleado (salvo que lo haya desarrollado con los conocimientos adquiridos dentro del ambiente de trabajo dispensado o hayan utilizado las instalaciones de la misma, caso en el cual, esta debería participar de los beneficios derivados de la explotación del mismo). Asimismo, si el empleador ha permitido el desarrollo de la obra en el tiempo laboral y lo ha financiado, en este caso se considerará como productor del software, aunque no se exprese nada en el contrato laboral, ya que se entenderá que en la relación laboral esta función era no sólo permitida sino estimulada por el propio empleador.

Con respecto a la titularidad de las obras protegidas por el derecho de autor desarrolladas bajo relación de trabajo, de manera general las legislaciones nacionales iberoamericanas han previsto que la misma pertenecerá al empleador,<sup>(11)</sup> así lo prevén expresamente las legislaciones de: Bolivia,<sup>(12)</sup> Ecuador,<sup>(13)</sup> España,<sup>(14)</sup> Guatemala,<sup>(15)</sup> Panamá,<sup>(16)</sup> Paraguay,<sup>(17)</sup> Perú,<sup>(18)</sup> Venezuela,<sup>(19)</sup> entre otros.

- 
- (11) Como excepción a esta tendencia legislativa, la Ley 65-00 (Ley sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos) de República Dominicana, publicada en Gaceta Oficial el 24 de agosto del 2000, establece en su Artículo 12: *“En las obras creadas bajo relación laboral, la titularidad de los derechos patrimoniales transferidos se registrará por lo pactado entre las partes. (omisión) A falta de estipulación contractual expresa, se presume que los derechos patrimoniales sobre la obra son de los autores”*.
- (12) Artículo 10: *“Las personas naturales o jurídicas ejercen la titularidad originaria o derivada, de conformidad con la legislación nacional, de los derechos patrimoniales de las obras creadas por su encargo o bajo relación laboral, salvo prueba en contrario”*. Decisión Andina 351 (legislación vinculante a todos los miembros de la Comunidad Andina). (1993).
- (13) Artículo 16: *“Salvo pacto en contrario o disposición especial contenida en el presente libro, la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral corresponderá al empleador, quien estará autorizado a ejercer los derechos morales para la explotación de la obra”*. Ley 83: Ley sobre Propiedad Intelectual del Ecuador de 1998.
- (14) Artículo 51: *“1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se registrará por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito. / 2. A*

En el caso particular de la titularidad del software, las legislaciones nacionales confirman la regla general (llegando, en la mayoría de los casos a ampliar el contenido y la duración de la cesión legal) o establecen

---

*falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral". Real Decreto Legislativo 1382 (Ley de Propiedad Intelectual) de 1996. España.*

- (15) *Artículo 10: "En las obras creadas para una persona natural o jurídica, por encargo, en cumplimiento de una relación laboral o en ejercicio de una función pública, el titular originario de los derechos morales y patrimoniales es la persona natural que ha creado la obra o ha participado en su creación. Sin embargo, se presume, salvo prueba en contrario, que los derechos pecuniarios sobre la obra han sido cedidos a favor de quien encarga la obra o del patrono, según el caso, lo que implica la autorización para divulgarla y ejercer los derechos morales necesarios para la explotación de la misma, siempre que no cause perjuicio al honor o reputación del autor. En caso de conflicto entre las disposiciones de esta Ley y las del Código de Trabajo, prevalecerá la primera cuando el conflicto se derive o relacione con el derecho de autor". Decreto-Ley 33 (Ley sobre derecho de autor y conexos) de 1998. Guatemala.*
- (16) *Artículo 6: "En las obras creadas para una persona natural o jurídica, en cumplimiento de un contrato de trabajo o en ejercicio de una función pública, el autor es el titular originario de los derechos morales y patrimoniales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al empleador o al ente de Derecho Público, según sea el caso, en la medida necesaria según sus actividades habituales en la época de creación de la obra, lo que implica, igualmente, la autorización para divulgar la obra y ejercer los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la obra". Ley 15 (sobre Derecho de Autor) de 1994. Panamá.*
- (17) *Artículo 14: "Salvo lo dispuesto en los Artículos 13, 62 y 69 de esta ley, en las obras creadas en cumplimiento de una relación laboral o en ejecución de un contrato por encargo, la titularidad de los derechos que puedan ser transferidos se regirá por lo pactado entre las partes. / A falta de estipulación contractual expresa, se presumirá que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al patrono o al comitente, según los casos, en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación, lo que implica, igualmente, que el empleador o el comitente, según corresponda, cuenta con la autorización para divulgar la obra y ejercer los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma". Ley Nº 1328 (Ley sobre Derecho de Autor) de 1998. Paraguay.*

una norma particular sobre este tipo especial de obra. Independientemente de este hecho, se establece de manera expresa en casi la totalidad de las legislaciones sobre la materia que el titular de los derechos patrimoniales sobre el software será el empleador, o en su caso, el denominado “*productor*”<sup>(20)</sup> del software. Entre estas legislaciones destacan: Argentina,<sup>(21)</sup> Brasil,<sup>(22)</sup> Chile,<sup>(23)</sup> España<sup>(24)</sup> Honduras,<sup>(25)</sup>

- 
- (18) Artículo 16: “*Salvo lo dispuesto para las obras audiovisuales y programas de ordenador, en las obras creadas en cumplimiento de una relación laboral o en ejecución de un contrato por encargo, la titularidad de los derechos que pueden ser transferidos se regirá por lo pactado entre las partes. / A falta de estipulación contractual expresa, se presume que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al patrono o comitente en forma no exclusiva y en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación, lo que implica, igualmente que el empleador o comitente, según corresponda, cuenta con autorización para divulgar la obra y defender los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma*”. Decreto Legislativo 822 (Ley sobre Derecho de Autor) de 1996. Perú.
- (19) Artículo 59: “*Se presume, salvo pacto expreso en contrario, que los autores de las obras creadas bajo relación de trabajo o por encargo, han cedido al patrono o al comitente, según los casos, en forma ilimitada y por toda su duración, el derecho exclusivo de explotación definido en el artículo 23 y contenido en el Título II de esta Ley*”. Ley sobre Derecho de Autor venezolana de 1993.
- (20) Por productor se entiende “*(omisis) a la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y la responsabilidad de la realización de la obra*”. Artículo 17 de la Ley sobre Derecho de Autor venezolana.
- (21) Artículo 4: “*Son titulares del derecho de propiedad intelectual: (omisis) d) Las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para elaborar un programa de computación hubiesen producido un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario*”. Ley 11.723 (Ley sobre Propiedad Intelectual) reformada por la Ley 25.036 de 1998. Argentina.
- (22) Artículo 4: “*Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos*”. Ley 9.609 (Ley sobre Programas de Computación) de 1998. Brasil.

México,<sup>(26)</sup> República Dominicana,<sup>(27)</sup> Panamá,<sup>(28)</sup> Paraguay,<sup>(29)</sup> Perú,<sup>(30)</sup> Venezuela,<sup>(31)</sup> etc.

Con relación a la forma de pago, el mismo dependerá de si el empleado fue efectivamente comisionado para entre otras funciones, el

- 
- (23) Artículo 8: “(omisión) *Tratándose de programas computacionales, serán titulares del derecho de autor respectivo las personas naturales o jurídicas cuyos dependientes, en el desempeño de sus funciones laborales, los hubiesen producido, salvo estipulación escrita en contrario*”. Ley 17.336 (Ley sobre Propiedad Intelectual) modificada por la Ley 18.957 de 1990. Chile (la última modificación fue en 1992 por medio de la Ley 19.166).
- (24) Artículo 97: “*Titularidad de los derechos: (omisión) 4. Cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador; en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación correspondientes al programa de ordenador así creado, tanto el programa fuente como el programa objeto, corresponderán, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario*”. Real Decreto Legislativo 1382 (Ley de Propiedad Intelectual) de 1996. España.
- (25) Artículo 33: “*El contrato entre los autores del programa de ordenador y el productor, si no se hubiere estipulado lo contrario, implica la cesión ilimitada a favor del productor de los derechos patrimoniales. Los derechos morales pertenecen al autor*”. Decreto - Ley 4-99-E (Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos) de 1999. Honduras.
- (26) Artículo 103: “*Salvo pacto en contrario, los derechos patrimoniales sobre un programa de computación y su documentación, cuando hayan sido creados por uno o varios empleados en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones del empleador; corresponder a éste*”. Ley Federal del Derecho de Autor de 1996 (reformada en 1997). México.
- (27) Artículo 73: “(omisión) *Salvo estipulación en contrario, se presume que los autores del programa han cedido al productor, en forma ilimitada y por toda su duración, el derecho patrimonial exclusivo, inclusive el de realizar o autorizar adaptaciones o versiones de la obra*”. Ley 65-00 (Ley sobre Derecho de Autor) del 2000. República Dominicana.
- (28) Artículo 18: “*Salvo pacto en contrario, el contrato entre los autores del programa de ordenador y el productor implica la cesión ilimitada y exclusiva, a favor de éste, de los derechos patrimoniales reconocidos en la presente Ley, así como la autorización para decidir sobre la divulgación y para ejercer los derechos morales sobre la obra, en la medida que ello sea necesario para la explotación de la obra*”. Ley 15 (sobre Derecho de Autor) de 1994. Panamá.

desarrollo de programas de computación o no, ya que en caso que la respuesta sea afirmativa, el sueldo será considerado como el pago total del mismo. Por otra parte, si la empresa no lo establecía dentro de las funciones laborales del empleado (*verbi gratia*, sea contratado para administración, y crea un software que se adapta más acordemente al ejercicio de la empresa que el utilizado por la misma), entonces, el software no será considerado como obra realizada bajo relación laboral, y si la empresa no ha colaborado financiera o institucionalmente (con el préstamo de los equipos o por medio del trabajo de otros empleados), tampoco podrá considerarse a la misma como productora, así, la titularidad será del empleado-autor, y deberá realizarse un contrato de licencia o cesión de los derechos (en caso que la empresa tenga interés en el software desarrollado), los cuales son ingresos distintos al sueldo devengado.

## **4.2. SOFTWARE DESARROLLADO POR ENCARGO**

### **4.2.1. RELACIÓN EMPRESA-EMPRESA (B2B)**

En este caso existen dos contratos que deben realizarse, uno entre la empresa desarrolladora del software y sus empleados (el cual es regido por el derecho de autor y la legislación laboral) y otro entre ambas empresas (regido por el derecho mercantil y la legislación autoral).

- 
- (29) Artículo 69: “*Se presume, salvo pacto en contrario, que los autores del programa de ordenador han cedido al productor, en forma ilimitada y exclusiva, los derechos patrimoniales reconocidos en la presente ley, que lo inviste, además, de la titularidad del derecho a que se refiere el Artículo 22 e implica la autorización para decidir sobre la divulgación del programa y la de ejercer los derechos morales sobre la obra*”. Ley 1328 (Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos) de 1998. Paraguay.
- (30) Artículo 71: “*Se presume, salvo pacto en contrario, que los autores del programa de ordenador han cedido al productor, de forma ilimitada y exclusiva, por toda su duración, los derechos patrimoniales reconocidos en la presente Ley, e implica la autorización para decidir sobre la divulgación del programa y la de defender los derechos morales sobre la obra*”. Decreto Legislativo 822 (Ley sobre Derecho de Autor) de 1996. Perú.
- (31) Artículo 17: “*Se presume salvo pacto expreso en contrario, que los autores del programa han cedido al productor, en forma ilimitada y por toda su duración, del derecho exclusivo de explotación de la obra (omisis) inclusive para ejercer los derechos a que se refieren los artículos 21 y 24 de esta Ley, así como el consentimiento para decidir sobre su divulgación*”.



El primero de estos contratos, se registrará por las consideraciones hechas en el punto anterior.

Con respecto al segundo, será imprescindible el establecimiento de un contrato expreso que regule los diversos elementos a considerar en esta relación, en particular, el punto sobre la titularidad. En el supuesto que la titularidad sea para la empresa contratante, será necesario establecer expresamente el ámbito territorial y temporal de la cesión o determinar por medio del contrato escrito, que se entiende por productor del programa a la empresa comitente, para que de esa forma la cesión de los derechos patrimoniales sea pacífica con respecto a las legislaciones de Iberoamérica.

En caso que la titularidad se resuelva a favor de la empresa desarrolladora, será necesario establecer un contrato especial sobre el tipo de licenciamiento que esta ofrecerá a la empresa comitente, tomando en consideración, que la misma contribuyó para la realización de la obra.

En ausencia de una cláusula que resuelva de manera expresa la titularidad sobre la obra, y en caso que sea improcedente la designación como “productor” de una las partes de manera inequívoca, algunas legislaciones iberoamericanas, han previsto una solución al establecer una norma supletoria para estos casos. En principio, estas legislaciones establecen como presunción una cesión a favor de los comitentes, sin embargo, esta cesión no ha sido prevista de la misma forma en las diversas legislaciones, existiendo en la actualidad dos tendencias:

**1. Cesión Absoluta:** En este supuesto, la norma establece que los autores han cedido de forma ilimitada y por toda su duración, el derecho patrimonial sobre la obra al comitente. Encontramos esta tendencia en las normas de: Bolivia (Dec.351 Art. 10), Colombia (Dec. 351 Art. 10), Paraguay (Ley N° 1328 de 1998. Artículo 14), Perú (Decreto Legislativo 822 de 1996. Art. 16), Venezuela (Art. 59 de la Ley sobre Derecho de Autor de 1993), entre otras.

**2. Cesión Relativa:** La legislación presume que el autor ha cedido de manera condicionada algunos de sus derechos patrimoniales. Entre

---

*y la de ejercer los derechos morales sobre la obra, en la medida en que ello sea necesario para la explotación de la misma”. Ley sobre Derecho de Autor de 1993. Venezuela.*

las legislaciones que la contemplan, destacan: Chile,<sup>(32)</sup> Ecuador,<sup>(33)</sup> República Dominicana,<sup>(34)</sup> entre otros.

#### **4.2.2. CONTRATACIÓN DIRECTA CON UN PROFESIONAL INDEPENDIENTE**

Este es un supuesto aún más sencillo que el anterior, porque sólo debe de realizarse un contrato entre la empresa y el profesional encomendado para la elaboración del software. La particularidad en este tipo de contratación se referirá a las condiciones laborales del mismo y a la titularidad de la obra creada.

Un punto de especial consideración, sería la necesidad de un resultado concreto, el cual debe constar en el contrato escrito, para poder obligar a su cumplimiento por parte del profesional contratado y especificar la no aplicación de cláusulas laborales, por tratarse de una relación mercantil de duración limitada.

---

(32) Artículo 8: *“(omisis) Respecto de los programas computacionales producidos por encargo de un tercero para ser comercializados a su cuenta y riesgo, se reputarán cedidos a éste los derechos de autor, salvo estipulación escrita en contrario”*. Ley 17.336 (Ley sobre Propiedad Intelectual) modificada por la Ley 18.957 de 1990. Chile (la última modificación fue en 1992 por medio de la Ley 19.166). Nótese que la presunción viene limitada a la condición respecto a la comercialización, por lo cual se excluyen aquellos programas de computación que fueron encargados para la solución específica de problemas internos de una empresa (como un elemento competitivo a favor de la empresa comitente), sin ánimo de una comercialización posterior del mismo.

(33) Artículo 16: *“(omisis) En las obras por encargo, la titularidad corresponderá al comitente de manera no exclusiva, por lo que el autor conservará el derecho de explotarlas en forma distinta a la contemplada en el contrato, siempre que no entrañe competencia desleal”*. Ley 83 (Ley sobre Derecho de Autor y Conexos) de 1998. Ecuador.

(34) Artículo 12: *“En las obras creadas por encargo, la titularidad de los derechos patrimoniales se regirá por lo pactado entre las partes. En todo caso, las obras sólo podrán ser utilizadas por los contratantes, por el medio de difusión expresamente autorizado por el autor o autores que en ellas intervinieron”*. Ley 65-00 de República Dominicana.

**DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO:  
EVALUACIÓN DEL FUNCIONAMIENTO  
EN SUS PRIMEROS AÑOS**

*Lic. Gustavo Rivera Sibaja<sup>(\*)</sup>*

---

(\*) Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Magíster en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile y actualmente doctorando del Programa de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor universitario y Asesor de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.



La Organización Mundial del Comercio (OMC) fue creada por el Acta Final que incorpora los resultados de la Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, denominada Acta de Marrakech, suscrita en esa ciudad el 15 de abril de 1994, y entró formalmente en vigor el 1° de enero de 1995.

Esta nueva Organización Internacional, la segunda en importancia en el mundo después de la de Naciones Unidas, por lo menos en lo que se refiere al número de signatarios, viene a sustituir, mejorar y ampliar las reglas que disciplinan el comercio internacional, tal como eran contenidas en el antiguo Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947) estableciendo reglas para la introducción gradual en la liberalización del comercio de sectores tradicionalmente excluidos (agricultura y textiles) pero también incorporando otros totalmente nuevos. (comercio de servicios y protección de la propiedad intelectual).

Pero junto con estas ampliaciones de su competencia a más sectores del comercio internacional, destaca en la OMC la creación de un nuevo mecanismo de solución de diferencias, que ha jugado un papel preponderante al constituirse en un instrumento jurisdiccional de probada eficacia que ha brindado “*seguridad y certeza*” a todo el sistema.

Este mecanismo, contenido como Anexo 2° a los Acuerdos de la Ronda de Uruguay, denominado *Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias* (ESD) ha venido a resultar fundamental en el éxito de la OMC, pues al jurisdiccionalizar sus procedimientos de solución de diferencias, ha insertado de pleno la normativa OMC en el derecho internacional público, trayéndola como en un verdadero giro copernicano, desde el campo de la diplomacia en donde la había mantenido en mayor o menor grado el antiguo GATT de 1947.

Tal es la importancia del ESD con respecto al éxito de la OMC que merece especial atención un análisis de sus primeros siete años de funcionamiento, propósito que nos hemos propuesto en este artículo, aunque sea solo al nivel de señalar en términos muy amplios y generales los principales rasgos y características de este desarrollo.

Lo primero que conviene destacar respecto al ESD en una valoración global y de conjunto, aún a riesgo de ser reiterativos, es el éxito y la eficacia de este nuevo instrumento de solución de disputas en el campo de las relaciones internacionales comerciales.

Su éxito probado, su aceptación creciente, y la confianza que ha generado como un instrumento idóneo para regir las diferencias surgidas en el sistema multilateral de comercio de la OMC queda de sobra demostrado con el uso intensivo del mismo, fenómeno que no ha disminuido desde su creación sino que se mantiene como una tendencia constante hasta la fecha.

Algunos datos son elocuentes: A marzo de 2002, su Órgano de Apelación, que resuelve en “alzada” bajo ciertas condiciones y límites lo resuelto por los Grupos Especiales, había emitido 43 Informes (sentencias) en 6 años, cerca de 58 Informes emitidos a su vez por los distintos Grupos Especiales y más de 40 casos habían sido resueltos en la etapa de Consultas, en total: poco menos de un centenar de casos en 7 años, lo cual es totalmente inusitado en comparación con otros órganos jurisdiccionales internacionales.

Creemos que es posible afirmar sin lugar a dudas que el éxito del ESD se debe a su transformación en un auténtico recurso jurisdiccional en el campo de las relaciones comerciales internacionales, superando así la etapa del GATT que se consideraba solo como “*jurisprudencia de diplomáticos*” utilizando la frase de Robert Hudec, un especialista en la materia, para aludir a la falta de rigor jurídico que imperaba en el anterior sistema, fundamentalmente negociado y con amplísima flexibilidad solo compatible con la diplomacia internacional pero no con el derecho.

Este es un cambio fundamental: Utilizando la terminología propia del derecho internacional público podemos decir que si el GATT era principalmente un medio pacífico de solución de controversias de naturaleza “política”, en cambio el ESD aunque mantiene y privilegia las soluciones negociadas ha establecido el recurso obligatorio a la jurisdicción.

Esta transformación que logra la plena integración de la normativa OMC en el derecho internacional público, ha adoptado consecuentemente sus principios generales de aplicación e interpretación de las normas jurídicas, sin perjuicio de mantener una específica exclusividad de los Acuerdos Abarcados como derecho sustantivo aplicable, fenómeno éste de la integración en el derecho internacional público que ha sido decisivo para aportar seguridad y previsibilidad a todo el sistema.

Su plena transformación en un auténtico recurso jurisdiccional autónomo e independiente, conforme corresponde a la definición de un

procedimiento jurídico sometido solo a la regla del derecho, ha sido posible gracias a notables mejoras técnicas con respecto al anterior sistema del GATT/47.

Esencial y particularmente importante ha sido la introducción de la curiosa técnica del llamado *consenso negativo* (El órgano político de la Organización, compuesto por los representantes de todos los Miembros aprueba las propuestas que hacen los órganos burocráticos y jurisdiccionales del sistema automáticamente, salvo que exista consenso unánime en rechazar dicha propuesta).

Esta técnica que rige *las principales etapas del procedimiento*: desde el establecimiento del Grupo Especial, pasando por la adopción de los Informes, hasta la aprobación de la solicitud para suspender concesiones en caso de incumplimiento, mantiene como una “ficción jurídica” el control de los órganos políticos o deliberativos del sistema, pero en realidad entrega en su totalidad los procedimientos a los órganos jurisdiccionales y burocráticos del mecanismo, que se convierte así en un auténtico recurso jurisdiccional totalmente autónomo.

Esta regla fundamental del *consenso negativo* ha sido rodeada a su vez de toda una serie de garantías de procedimiento y de orden sustantivo que garantizan la eficacia de un procedimiento esencialmente declarativo, entre las que destacan el establecimiento de plazos fijos para las distintas etapas del procedimiento (con lo que se evita la posibilidad de posponer indefinidamente el proceso) y el deber de todos los Miembros de ser parte de todos los Acuerdos Abarcados salvo calificadas excepciones, lo que garantiza superar el problema de la fragmentación y falta de uniformidad que caracteriza el derecho internacional público convencional.

Notable es también la innovación técnica de la creación de un *Órgano de Apelación* que garantiza la correcta y uniforme interpretación y aplicación del derecho sustantivo de los Acuerdos OMC, y permite contar por primera vez en el campo de las relaciones comerciales internacionales con una jurisprudencia sólida y uniforme que ha ido desarrollando la reglamentación de los procedimientos y un mejor entendimiento de las distintas normas de los Acuerdos Abarcados.

Asistimos en este aspecto a un verdadero fenómeno de cristalización y consolidación del *derecho internacional económico*, más allá del valor concreto y particular que se haya asignado por ahora a esta

jurisprudencia, pues es claro que al igual de lo que ha sucedido con otras ramas jurídicas, el mayor y más dinámico desarrollo del derecho como sistema, responde a estos procedimientos de aplicación y concreción de las normas jurídicas.

Por otro lado, a la par de estas notables mejoras técnicas que han configurado el ESD como un auténtico recurso jurisdiccional autónomo, se merece una especial atención la naturaleza esencialmente declarativa de estos procedimientos, lo que no ha sido óbice en ningún momento para una verdadera y probada eficacia práctica.

Esto es algo que conviene no perder de vista en todo momento, pues es indispensable para la correcta comprensión del sistema y de sus posibilidades.

En efecto, el ESD es un procedimiento esencialmente declarativo, donde solo se declara el mejor o peor derecho de las Partes en la diferencia, pero no cuenta con ningún medio de coerción ni de sanción para la aplicación de sus recomendaciones y resoluciones como no sea la única y sola voluntad de las Partes de cumplir por su propia decisión.

Pese a lo anterior, y eso es lo notable, su nivel de eficacia medida en términos de aceptación voluntaria de cumplimiento es realmente sorprendente, comparable incluso con los procesos judiciales comunes del derecho interno de los Estados, lo que vendría a ser la más viva demostración de que la definición del fenómeno jurídico no es en última instancia reconducible a la sola posibilidad de aplicar coercitivamente sus normas, sino que esencialmente es algo distinto, más cercano al plano axiológico y sociológico de las sociedades o comunidades que lo crean y son a su vez sus destinatarios.

Puede afirmarse en términos generales que el ESD ha funcionado bien técnicamente, y que salvo dos cuestiones de menor entidad, que detallamos a continuación, sus principales problemas no residen en sus contenidos actuales, sino en los que se han excluido o en los que algunos insisten en incluir.

Dos cuestiones de índole técnica han presentado problemas en el ESD y requieren necesariamente atención, sea por vía de reforma, o por pronunciamiento expreso del Consejo General, órgano competente a esos efectos.



Nos referimos en primer lugar a la falta de poder de reenvío del Órgano de Apelación, que junto con su limitación para conocer de apelaciones solo relativas a cuestiones jurídicas, (artículo 17.6 ESD) se ha enfrentado a una verdadera laguna legal respecto de los casos en que no ha existido pronunciamiento en derecho por parte del Grupo Especial en virtud de la aplicación del principio de economía procesal.

Esta situación ha producido el absurdo de que el Órgano de Apelación se ha declarado incompetente para pronunciarse sobre cuestiones reclamadas por las Partes, aún cuando el Grupo Especial haya aplicado incorrectamente el principio de economía procesal, con la consecuencia de que ciertas reclamaciones quedan sin resolver después de terminado todo el procedimiento.

Este asunto ha sido resuelto en alguna manera de una forma casuística por la propia jurisprudencia, pero bien se puede superar con algunas reformas menores, tales como exigir pronunciamiento expreso sobre todas las cuestiones a los Grupos Especiales, o bien no exigir agotamiento de la etapa de consultas a la Parte que ha quedado con una reclamación sin resolver y que desea iniciar un nuevo procedimiento por ese motivo.

El otro problema técnico de importancia, que también está pendiente de urgente solución, es la correcta determinación de la relación que debe existir entre el artículo 21.5 del ESD que establece el procedimiento de arbitraje para determinar el grado de cumplimiento de un Miembro respecto a las resoluciones o recomendaciones que lo afectan, y el artículo 22 del mismo Acuerdo, que establece el derecho a la Parte reclamante para suspender concesiones en caso de incumplimiento por parte del Miembro afectado.

Aquí el asunto es que no existe unanimidad en considerar si previo a suspender concesiones tal como lo autoriza el artículo 22, debe previa y necesariamente haberse agotado el procedimiento del artículo 21.5 que establece el arbitraje cuando no hay acuerdo sobre si se ha cumplido o no.

Sin una solución definitiva y como lo ha reconocido la propia jurisprudencia, esto es algo que debe ser resuelto al nivel de los órganos deliberativos del sistema multilateral de comercio, dígase la propia Conferencia Ministerial o el Consejo General en su lugar.

Fuera de estos dos aspectos que podríamos calificar de naturaleza meramente técnica, la mayor polémica y presión de reformas que recibe el ESD va en la línea de introducción de cuestiones pendientes que han quedado fuera de los Acuerdos Abarcados, si bien esto es algo relacionado directamente con la OMC, más que con el propio ESD.

Dentro de esta línea de cuestiones pendientes, sin poder determinar su grado de importancia debe destacarse el deseo de introducir por parte de algunos todos los contenidos relacionados con el derecho de la competencia, lo cual permitiría actuar al ESD en un importantísimo campo como lo es el de las conductas de sujetos privados que afectan y distorsionan gravemente la liberalización del comercio.

Hasta ahora el ESD, más que permitir reclamaciones contra conductas de sujetos privados lo que admite es reclamar contra la tolerancia o pasividad del Miembro por omisión en reprimir esas conductas, y solo en ciertos sectores específicos y definitivamente no en comercio de bienes.

El otro tema fundamental que presiona insistentemente en ser admitido o tomando en cuenta en un grado mayor al que hasta ahora le ha sido otorgado en la OMC es el relacionado con comercio y protección del medio ambiente.

Quizás aquí se produzca la paradoja de que quienes observan la relativa eficacia del ESD en el campo de las relaciones comerciales, consideren que esa eficacia del sistema debe ser aprovechada a favor o en defensa de las cuestiones ambientales, más allá de lo idóneo, conveniente, justo o adecuado que pueda resultar tal cosa.

En menor grado, y con menos perspectivas de éxito de ser aceptado en el seno de los Acuerdos OMC, se debate la cuestión relativa al llamado “dumping social y laboral” que en nuestra opinión responde todavía más a fines proteccionistas contrarios a la liberalización que preconiza la ideología que informa la OMC.

Conviene referirse también, aunque sea brevemente, a los procedimientos especiales y adicionales del ESD, los cuales proviniendo muchos de la filosofía del antiguo GATT, y mantenidos por inercia, no han gozado de la aceptación y éxito del procedimiento general.

El ESD contempla 4 tipos de procedimientos especiales o adicionales: a) un procedimiento de arbitraje alternativo a todo el procedimiento general (artículo 25) que nunca se ha utilizado en estos 7 años;

b) reclamaciones aún cuando no hay infracción (artículo 26) con un uso también muy limitado, y sin haberse aceptado en ningún caso hasta la fecha; c) procedimientos contenidos en Acuerdos Especiales (Apéndice 2); y d) reglas de procedimientos especiales para países en desarrollo y para países menos adelantados. (artículos 24 y 3.12)

En algún sentido, dada la eficacia y las ventajas de la uniformidad que trae consigo la integración de los procedimientos de solución de diferencias en un solo mecanismo como el ESD, el mantenimiento de procedimientos especiales, más allá de su correcta justificación, resultan poco atractivos y tienden a caer en el desuso.

De este modo, tanto el arbitraje alternativo a todo el procedimiento ESD, las reclamaciones sin infracción como las normas de trato especial y diferenciado para países en desarrollo Miembros y menos adelantados son prácticamente inoperantes, porque en realidad no representan ninguna ventaja respecto del procedimiento en general.

Con respecto a las normas de procedimiento referidas a los países Miembros en desarrollo y menos adelantados habría que agregar además que aparte de que no establecen ninguna obligación sustantiva de consideración, pues son en su mayoría de carácter exhortatorio, no apuntan en la dirección adecuada de intentar resolver los verdaderos problemas de estos países que van en la línea de costos elevados del procedimiento e imposibilidad de mantener delegaciones permanentes ante la propia OMC.

De todos los procedimientos especiales en razón de la materia, el que está teniendo más auge en los últimos tiempos, al igual que sucedía en el GATT/47, es el del denominado Acuerdo *Antidumping*, que por otro lado es la materia más cuestionable dentro de las denominadas medidas de defensa comercial, lo que denotaría una regresión en los objetivos de liberalización del sistema.

Respecto a este punto, hay que destacar sin embargo que la jurisprudencia rígida y estricta desarrollada por el OSD hasta la fecha, ha mantenido estas situaciones como de excepción, no permitiendo que se conviertan en la regla como en el pasado.

Finalmente habría que mencionar que pese al uso intensivo del ESD en estos primeros años, la mayoría de cuestiones se refiere todavía a comercio de bienes en la línea del tradicional GATT/47, y que las

cuestiones nuevas de comercio de servicios y de protección de la propiedad intelectual han sido tratadas en tan pocas ocasiones, que todavía no es posible a la fecha emitir ningún juicio sobre el funcionamiento del sistema respecto a las mismas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

JACKSON, John H. *The World Trade Organization. Constitution and Jurisprudence*. The Royal Institute of International Affairs. London, 1998.

MONTAÑA MORA, Miquel. *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*. McGraw Hill, Madrid 1997.

PALMETER, David. MAVROIDIS, Petros. *Dispute Settlement in the World Trade Organization*. Practice and Procedure. Kluwer Law International, 1999

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*. Kluwer Law International, 1997.

## **REVISTAS**

HUDEC, Robert. *The GATT Legal System: A Diplomat's Jurisprudence*. En: Essays on the nature of international trade law. Cameron May, London. 1999

KOHONA, Palitha. *Dispute Resolution under the World Trade Organization: An Overview*. En: Journal of World Trade, 1994 (2) p. 23-47.

KOMURO, Norio. *The WTO Dispute Settlement Mechanism – Coverage and Procedures of the WTO Understanding*. En: Journal of World Trade, 1995 (4) p. 5-97.

PALMETER, David. *The WTO Appellate Body Needs Remand Authority*. En: Journal of World Trade, 1998 (1) p. 41-44.

PEREZ GABILONDO, José Luis. *Developing Countries in the WTO Dispute Settlement Procedures: Improving their Participation*. En: Journal of World Trade, 2001 (4) p. 483-488.

RUIZ FABRI, Hélène. *L'Appel dans le Règlement des Différends de L'O.M.C.: Trois ans après, quinze rapports plus tard*. En: Revue Generale du Droit International Public. 1999 (1) p. 47-122.

VALLES, Cherise. McGIVERN, Brenda. *The Right to Retaliate under the WTO Agreement. The "Sequencing" Problem*. En: Journal of World Trade, 2000 (2) p. 63-84.

VAN HAMEL, Hugo. *Selected Bibliography on the World Trade Organization*. Hague Academy of International Law 1997. En: Paolo Mengozzi (Ed.) *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano 1999.

### **RECURSOS ELECTRÓNICOS:**

El texto del Acuerdo por el que se establece la OMC, el del propio ESD, y en general de cualquier otro de los Acuerdos Abarcados, así también como el de todos los casos resueltos a la fecha, se pueden obtener en línea en la página web de la Organización Mundial del Comercio, en la siguiente dirección: [www.wto.org](http://www.wto.org)

Situación de las Diferencias en la OMC. Actualización al 16 de octubre de 2001. Informe de la Secretaría General de la OMC. 18 de octubre de 2001. Signatura documento: WT/DS/OV/1.



## **LA EXTERNALIZACIÓN DE ACTIVIDADES LABORALES (OUTSOURCING)**

*Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez*<sup>(\*)</sup>

Catedrático de la Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica  
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas  
Profesor de Derecho Económico Internacional

---

(\*) e-mail: jorgerp@hotmail.com; y, jorgerp9@yahoo.com.  
Telfax (506) 250-1160; y, (506) 259-4844  
Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José Costa Rica

## **SUMARIO:**

Introducción

1. Concepto
  - 1.1. Definición
  - 1.2. Origen etimológico
  - 1.3. Origen histórico
2. Objetivo
3. Enfoques
  - 3.1. Laboral
  - 3.2. Comercial
  - 3.3. Administrativo
4. Teoría administrativa
5. Delimitaciones
  - 5.1 El outsourcing del activo fijo
6. Ventajas y desventajas del outsourcing
  - 6.1 Ventajas
    - 6.1.1. Benchmarking
  - 6.2. Desventajas
7. Caracteres del contrato de outsourcing
8. Comparación del outsourcing con otros contratos
  - 8.1. Suministros
  - 8.2. Compraventa
  - 8.3. De servicios técnicos y profesionales
9. Criterio de la Contraloría General de la República

Conclusión

Bibliografía



**Resumen:** Este trabajo analiza la figura del *outsourcing*, en sus aspectos más relevantes, teniendo presente su ubicación como contrato moderno atípico.

**Abstract:** This paper is about the modern contract of *outsourcing*. For this figure obtaining services from specialist bureaux or other companies, rather than employing full-time members of staff to provide them.

**Palabras claves:** *outsourcing*, *benchmarking*, activo fijo, contrato atípico, externalización de actividades laborales.

## INTRODUCCIÓN

El contrato de *outsourcing* se ha venido desarrollando al calor de las nuevas necesidades empresariales por disminuir costos y a la vez, aumentar la eficiencia en el mercado, como un todo; y, con ello incrementar los beneficios de acuerdo con la ecuación *costo-beneficio*.

Este contrato materializa un mecanismo gerencial por el cual se contratan en forma externa algunas funciones, servicios o procesos con el fin de que sean ejecutados por personal de empresas externas a la empresa contratante.

En el fondo, es una asociación de proveedores (o, suministradores) externos que tiene por finalidad aumentar los niveles de eficiencia y eficacia en el funcionamiento de la empresa que hace la contratación, lo cual redundará en la disminución de costos de operación de la persona que realiza la negociación.

En este capítulo se expondrá este contrato desde el punto de vista jurídico, pero, además, se indicarán algunas notas desde la perspectiva de la *teoría administrativa*, ya que la necesidad de realizar estos convenios nace a partir de requerimientos de la empresa para incrementar su mejor funcionamiento y operatividad, a la vez de que existe el deseo de disminuir los costos de operación empresarial (Díaz-García, p. 105, 2001).

Desde el punto de vista del *Derecho Comercial*, se trata de relaciones contractuales atípicas entre empresas. Si se ve desde el ángulo del *Derecho Laboral*, se está en presencia de la *externalización de actividades laborales*.

El enfoque de esta investigación hace énfasis en la perspectiva del *Derecho Comercial*.

## **1. CONCEPTO**

### **1.1. Definición**

A este convenio también se le conoce como *contratos de servicios especializados*.

Este convenio se puede definir como el medio para contratar y delegar a largo plazo uno o más procesos no propios o esenciales del negocio focalizado, a un proveedor más especializado respecto de la propia empresa, para conseguir una mayor efectividad que nos permita orientar los mejores esfuerzos a las necesidades neurálgicas para el cumplimiento de los objetivos de la empresa (*Gustavo Morales*. [www.monografias.com](http://www.monografias.com). accesado 09/11/01).

Por este contrato se pueden obtener componentes, servicios, productos o sistemas, mediante proveedores especializados, en lugar de utilizar los que se podrían fabricar o prestar internamente (*Guerra*, cit., p. 393, 402, 563, 1999).

Así por ejemplo: mediante este convenio una empresa contrata las actividades o servicios de seguridad, limpieza, computación, etc., con *terceros* con el objeto de contribuir a la realización de los objetivos comerciales de la firma contratante.

La relación que surge entre las empresas, es de carácter mercantil, siendo el respectivo contrato de colaboración externa empresarial.

Por ello se puede *outsourcing* como el conjunto de contratos mercantiles articuladores de relaciones de colaboración externa empresarial idóneos para materializar *la externalización de actividades y funciones de la empresa*.

Esta relación contractual sirve para disciplinar relaciones mercantiles de colaboración para desarrollar actividades productivas para la empresa (Pedrajas, pp. 53 a 56, 2002).

En síntesis, el *outsourcing* es una estrategia empresarial consistente en la externalización de actividades y funciones que podrían haber sido desarrolladas en el seno de la propia empresa.

Esa colaboración externa empresarial supone la sustitución de relaciones internas de carácter laboral por otras articuladas mediante contratos mercantiles (Fernández, p. 385, 2002).

Se trata de un método organizativo y de producción por el cual las empresas desprenden alguna actividad, que no forma parte de sus habilidades principales, a un tercero especializado. Se entiende por “habilidades principales, centrales o medulares” todas aquellas que integran el negocio nuclear de la empresa y en las que se tienen ventajas competitivas con relación a la competencia.

Es, una estrategia de administración por la cual una empresa delega la ejecución de ciertas actividades en empresas especializadas en ellas.

## **1.2. Origen etimológico**

*Outsourcing*: término en inglés que se podría traducir al español como suministro desde el exterior o aprovisionamiento externo de bienes o de servicios. También, se puede decir “comprar afuera” (Collin, p. 203, 1999).

*Outsource*: Obtener componentes, servicios, etc., de suplidores externos (Allen, p. 26, 2001).

## **1.3. Origen histórico**

A partir de 1960, el desarrollo del sistema capitalista promovió, entre otros fenómenos estructurales y de coyuntura, esta clase de contratos para aumentar la rentabilidad de las empresas y la disminución de los costos, dentro del esquema *mínimax* (máxima ganancia, beneficio o rendimiento, mínimo costo).

Por supuesto, luego del período de la crisis de la deuda externa (a partir de 1982, aproximadamente), se desencadena el proceso de la *globalización* o *mundialización*, principalmente promovido por la caída

de los países socialistas (simbolizado en el año de 1989, cuando cae el muro de Berlín), que facilitan la internacionalización del capital transnacional y el flujo rápido de las corrientes financieras.

Esta clase de negocios, que funcionan sobre estrategias y tácticas de la administración de las empresas (también en los mecanismos de *marketing*) se les llama *aprovisionamiento exterior*.

Igualmente, se ha divulgado como *outsourcing* o servicios especializados (*Financial Times, USA*), como una organización, en el sector público o en el privado, que contrata servicios especializados para disminuir costos; para aumentar ganancias, concentrándose en la actividad comercial propia de la empresa que contra bajo la modalidad de *outsourcing* (Collin, p. 203, 1999).

El *Outsourcing* es una práctica que data desde el inicio de la era moderna. Este concepto no es nuevo, ya que muchas compañías competitivas lo realizaban como una estrategia de negocios. Al inicio de la era post-industrial se inicia la competencia en los mercados globales.

Después de la segunda guerra mundial, las empresas trataron de concentrar en sí mismas la mayor cantidad posible de actividades, para no tener que depender de los proveedores. Sin embargo, esta estrategia que en principio resultara efectiva, fue haciéndose obsoleta con el desarrollo de la tecnología, ya que nunca los departamentos de una empresa podían mantenerse tan actualizados y competitivos como lo hacían las agencias independientes especializadas en un área, además, su capacidad de servicio para acompañar la estrategia de crecimiento era insuficiente.

El concepto de *Outsourcing* comienza a ganar credibilidad al inicio de la década de los 70's enfocado, sobre todo, a las áreas de información tecnológica en las empresas. Las primeras empresas en implementar modelos de *Outsourcing* fueron gigantes como *Electronic Data System*, *Arthur Andersen*, *Price Waterhouse* y otros.

El *Outsourcing* es un término creado en 1980 para describir la creciente tendencia de grandes compañías que estaban transfiriendo sus sistemas de información a proveedores.

En 1998, el *Outsourcing* alcanzó una cifra de negocio a nivel mundial de cien mil millones de dólares. De acuerdo con estudios recientes, esta cantidad se disparará hasta 282 mil millones de dólares (Rudy Fernández et al, *Outsourcing, estrategia empresarial*, monografias.com, accesado 01/03/03).

## 2. OBJETIVO

Se da aquí un proceso de *subcontratación* de la empresa interesada en el *outsourcing* con las demás empresas que le suplen los respectivos servicios, productos o sistemas (Rotherby y Robertson, 1996, p. 186).

Su objetivo es la reducción de gastos directos, basado en la subcontratación de servicios que no afecten la actividad principal de la empresa.

Nació esta figura como un medio para reducir los costos. Actualmente se combina este objetivo con el del crecimiento empresarial.

El *outsourcing* más que un contrato de personas o de activos, es un convenio para obtener resultados. Funciona dentro del esquema: “máxima ganancia o beneficio (rendimiento), mínimo costo”.

Esta figura implica el uso estratégico de recursos humanos a la empresa para realizar actividades tradicionalmente afectada por personal y recursos internos de la empresa.

El carácter económico es la finalidad esencial del *outsourcing*.

Se trata de una herramienta de gestión de las empresas que utilizará en el marco estratégico de su planificación con el objetivo de mejorar la eficiencia (no solo bajando costos) de sus actividades empresariales. Propiciando, así, la especialización, modernización y un incremento de su competitividad (Pedrajas, pp. 60- 61, 2002).

Este mecanismo comercial significa la contratación de proveedores ajenos a las empresas, con experiencia en un campo específico con el fin de que proporcionen a éstas ciertos productos y operaciones. El propósito que se persigue con ello puede ser reducir costos mediante el ahorro al reducir personal o reasignar empleados a tareas más importantes.

De este modo los proveedores externos representan un valioso instrumento para el crecimiento de una campaña y para la conservación de su posición competitiva.

Permiten a una empresa concentrarse en sus aptitudes esenciales y delegar a compañías externas la realización de actividades para las que estas son especialmente aptas.

Otras razones por las que las compañías recurren a proveedores externos son la obtención de acceso a las mejores fuentes en todo el mundo, el compartimiento de riesgos con proveedores, la asignación de capital a factores claves de éxito empresarial, la delegación de funciones difíciles de administrar o sencillamente la incapacidad de ejecutar ciertas tareas.

El *outsourcing* también puede servir como arma estratégica.

Se ha dicho que antes de optar por proveedores externos es necesario realizar un estudio de reingeniería de prácticas empresariales. Los resultados de este análisis pueden indicar qué tareas conviene conservar dentro de la campaña y cuáles otras contratar con fuentes externas (Koontz y Weibrich, 1998, pp. 706 a 708).

Mediante el *outsourcing* se trata de encontrar nuevos proveedores y nuevas formas de asegurar la entrega de materias primas, artículos, componentes; o, la realización de servicios. Por él se transfiere la práctica de la planeación, administración y operación de ciertas funciones a una tercera parte independiente (subcontratista).

Otra consecuencia interesante del *outsourcing*, respecto del tema de los sindicatos, es lo relativo al hecho de que la transferencia de servicios o de trabajos a contratistas ajenos a la empresa, reduce o anula la capacidad de acción y de maniobra de los *sindicatos* (en el caso de que existan; en nuestro país estas agrupaciones se dan en el sector público, en cuanto al sector privado no existen).

Es decir, se puede dar también un efecto antisindical, pues los debilita, por parte de la ejecución de prácticas de *outsourcing*, ya que una o varias de las actividades laborales que se desarrollan en el Estado, pasan a ser realizadas por empresas privadas, como por ejemplo —en nuestro medio—: *seguridad, jardinería, limpieza, lavandería, mantenimiento de edificios*. De tal modo que los obreros que formaban parte del sindicato de la institución estatal dedicados a ejecutar esas tareas, dejan de hacerlas para que las haga la empresa privada o son despedidos del ente público (Rothery y Robertson, 1996, pp. 4 y 30).

Se ha fortalecido el *outsourcing* en el campo de la informática más en los países desarrollados que en las naciones pobres. Por esto se dice que, por este medio, no solo se reducen costos, sino que además se pueden dar mejoras en el negocio y en los servicios de tecnología informática.

En este campo de la *tecnología informática* se indica que su propósito es:

- Controlar los costos
- Lograr el cambio tecnológico
- Obtener talento externo
- Mejorar esta tecnología
- Lograr que tenga una mayor capacidad de respuesta
- Reducir la carga de la administración de la empresa
- Concentrarse en las áreas centrales o nucleares de la empresa
- Deshacerse de la tarea de realización de dicha tecnología.

Este *outsourcing* ligado a la tecnología *informática* ha evolucionado con velocidad, de modo más intenso, en las naciones ricas (Rothery y Robertson, 1996, p. 113; Pacheco, Andrés, *Outsourcing como herramienta de negocios*, [www.google.co.cr](http://www.google.co.cr), accesado 05/03/ 03).

### **3. ENFOQUES**

#### **3.1. Laboral**

Desde el ángulo del *Derecho de Trabajo o Laboral*, el esquema tradicional de una relación laboral que se gesta al interior de una empresa entre un patrono y obreros, queda desplazado por un sector de actividades laborales propias de la empresa, cuyos dueños deciden estandarizarlas o sacarlas de dicha empresa para que otras compañías o firmas, las realicen a favor o beneficio de la empresa matriz.

Podría ser que se den, al menos dos situaciones:

1. Parte de los trabajadores de la empresa matriz , fundan una firma para negociar con su antiguo patrono, ya como una empresa distinta, autónoma que pacta mercantilmente. Igualmente, pueden contratar con otros empresarios. Se permuta así la originaria relación laboral entre obreros y patronos, en una relación comercial entre empresarios, para brindar servicios de limpieza, seguridad, lavandería, etc.
2. El patrono despide a los obreros del sector de limpieza y seguridad, y negocia esos servicios con otras empresas diversas, cuyos obreros se han especializado profesionalmente en esos servicios.

### **3.2. Comercial o mercantil**

En este enfoque lo que interesa destacar es el contrato comercial o mercantil que se realiza (dando lugar a su respectiva relación).

### **3.3. Administrativo**

Aquí, se pone el énfasis en los aspectos de teoría de la administración, en general; y, en lo particular, en el campo de los recursos humanos.

## **4. TEORÍA ADMINISTRATIVA**

En la teoría de la *Administración de empresas y en el sector de los recursos humanos o de personal*, esta temática ocupa un lugar importante.

Se refiere, en *teoría administrativa*, al fenómeno moderno de *desconcentración* o de *construcción* empresarial, consistente en realizar mediante el mercado (encomendándose a algún proveedor externo) actividades productivas que tradicionalmente se han venido realizando en el interior de la empresa. Se trata de una novedosa forma de cooperación interempresarial. Se le denomina también *empresa virtual o fantasmal* (Suárez, p. 279, 2000), porque desarrolla tareas o actividades para la empresa contratante, pero no forma parte de la organización de esta empresa, sino que es otra persona jurídica independiente de ella.

El *outsourcing* es un mecanismo gerencial por el cual se contratan en forma externa algunas funciones o procesos para que sean ejecutados por personal de empresas externas. Se trata de una asociación con proveedores externos para incrementar los niveles de eficiencia y eficacia en el servicio y también para reducir los costos de operación en la empresa.

Ahora introduciremos una información para ilustrar el desempeño *outsourcing* como un activo fijo (bienes de una empresa con una vida útil mayor de un año).

### **4.1. El outsourcing del activo fijo**

Un cambio de mentalidad en nuestros empresarios los ha llevado a sustituir las funciones que por años fueron desempeñadas al interior de



las empresas por la contratación de servicios externos. Este fenómeno, denominado *outsourcing* ha demostrado ser mucho más que una moda pasajera.

En un inicio, solo se sustituían las actividades menos relevantes (limpieza, seguridad). El volumen y la experiencia alcanzada por las empresas que brindan este tipo de servicios, se empezó a traducir en tarifas inferiores al costo real de ejecutar esas funciones internamente, situación que se acentuó con la aparición en el mercado de gran cantidad de ellas y el consecuente aumento en la competencia.

Hoy, el *outsourcing* abarca incluso hasta las funciones más trascendentales de las compañías, como recuperación de cuentas por cobrar, talleres de mantenimiento de flotillas y más recientemente, hasta en la administración total de inventarios, permitiendo a las empresas hacer desaparecer las bodegas. Así, se ha logrado una enorme capacidad de convertir grasa en músculo (Párraga, Manuel. *El outsourcing del activo fijo*, revista **Actualidad económica**, 14 de mayo del 2001).

## **5. DELIMITACIONES**

- El *outsourcing* es una actividad organizada que tiende a externalizar funciones empresariales.
- Esta figura tiende a sustituir relaciones laborales internas por otras de carácter externo mercantil.
- Es admisible, por ejemplo, el *outsourcing* para la prestación de servicios de seguridad, asesoramiento, limpieza.

## **6. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL OUTSOURCING**

### **6.1. Ventajas**

- \* Convierte los costos fijos invertidos en el servicio, en costos variables (reduce, controla el gasto de operación).
- \* Al concentrarse en las actividades centrales se puede incrementar el enfoque y la productividad corporativas (se dispone mejor de los fondos de capital).

- \* El proveedor de *outsourcing* es experto en el área donde desarrolla su trabajo.
- \* El proveedor de *outsourcing* conoce mejor las tecnologías aplicables al área de su servicio.
- \* Se tiene una mejor disposición para usar dinero en efectivo y fondos de capital.
- \* Se tiene un mejor enfoque y visión de la empresa.
- \* Se tiene acceso a servicios especializados para dar mejor atención a la clientela de la empresa.
- \* Las tareas de reingeniería empresarial, se tornan más factibles.
- \* Los riesgos empresariales se distribuyen.
- \* Se liberan recursos e insumos de la empresa para ser reubicados en sitios de una mayor rentabilidad.
- \* El *outsourcing* se puede utilizar en diversas áreas empresariales: personal o recursos humanos, compras o suministros, mercadeo, etc.
- \* Pueden manejarse con más facilidad funciones difíciles.
- \* Se tiene acceso a habilidades y tecnologías, a nivel nacional e internacional.
- \* Se da esta clase de negociación empresarial como resultado del *Benchmarking*.

En este terreno del outsourcing, preguntémosnos: *¿cuál podría ser una ventaja relevante, referida al campo laboral o de las relaciones de trabajo?*

Efectivamente, la empresa que contrata según la modalidad de *outsourcing* ciertos servicios (ejemplos: seguridad de las personas y del edificio, limpieza del inmueble, cuidado y mantenimiento de las zonas verdes), se libera del costo relativo a las relaciones laborales o el renglón de personal, ya que los trabajadores que se ocupan de esas actividades

citadas mantienen una relación jurídico laboral con la empresa privada que le da esos servicios a la persona jurídica que los ha contratado.

Por ejemplo, el Banco de Costa Rica contrata los servicios de seguridad a una empresa privada y esta fungirá como el patrón de los obreros que se encargan de este servicio. Así, ese banco se descarga de esos costos, entre los cuales pueden estar convenciones colectivas, y todos sus efectos laborales.

Otro ejemplo, en nuestro país, es la contratación de los servicios de limpieza que hace la Caja Costarricense de Seguro Social.

Se debe indicar que en los últimos años, la contratación de los servicios de seguridad y de limpieza, por ejemplo, se ha intensificado en la administración pública del país, debido a las ventajas que ya hemos apuntado.

A este fenómeno de la contratación, *vía outsourcing* se le ha llamado privatización de servicios que antes prestaba directamente el Estado. Sin duda es cierta esta situación.

En la empresa privada se está dando la práctica de contratar por medio de esta figura comercial los servicios profesionales o técnicos de abogados, médicos o contabilistas, así por ejemplo la empresa Madrigal & Asociados ofrece los servicios contables bajo el lema “los negocios son su actividad, nuestra misión es contratarlos por Ud.” (*El Financiero* N° 366, del 17 al 23 de junio del 2002).

Por lo que corresponde a la perspectiva del Gobierno, frente al grave problema del *déficit fiscal*, por el cual más del 40% del presupuesto nacional se financia con bonos de la deuda pública interna, el Estado se ha visto obligado a tratar de disminuir los egresos, estratégicamente en materia de personal, que en promedio implica más de un 80% de la inversión del gasto público, dentro de los límites establecidos por el presupuesto nacional.

En este aspecto, habría que indicar que no hay estudios que muestren a cuánto podría llegar el ahorro del gasto público al haber privatizado esos citados servicios que antes estaban a cargo del Estado. Tal vez, la respuesta va en otro sentido, ya que al privatizar esos servicios de seguridad y limpieza, no solo reducen la planilla de las instituciones estatales, sino que además debilitan los sindicatos públicos y las convenciones colectivas en el sector estatal.

### 6.1.1. ¿Qué es el Benchmarking?

Se había señalado que el *outsourcing* como negociación empresarial, es el resultado del *Benchmarking*. Por ello explicaremos en qué consiste el *Benchmarking*.

La idea central del *Benchmarking* consiste en admitir que alguien puede hacer algo mejor que uno y tan ambicioso para intentar alcanzarlo y superarlo. Es decir, se trata de estudios de referencia para conocer quién es el mejor en el campo determinado y pasarle adelante.

También se le conoce como *emulación al mejor*: se refiere a la comparación de las actuaciones y métodos de trabajo de la propia organización, con uno de los principales competidores o con las organizaciones más prominentes en otros sectores (*Guerra*, pp. 197-201, 1999).

*La definición que se haga de Benchmarking conlleva estos aspectos:*

- Desarrollar ventajas comparativas.
- Estudiar las mejores prácticas en organizaciones de cualquier país.
- Comparar el desempeño de una organización con el de otras, para obtener información que, adaptada de manera creativa, conduzca a mejorar su desempeño.

Originalmente, la expresión *Benchmarking* provino de la topografía. Se trataba de una marca que hacían los topógrafos en una roca o un poste de concreto, para comparar niveles.

Esta palabra pasó de la topografía al léxico de los negocios a inicios de los ochentas (siglo XX), cuando la empresa Xerox la usó para referirse a la comparación de una compañía con sus competidoras directas o con empresas reconocidas como líderes en su industria. Luego su significado se amplió.

Esta estrategia en los negocios se apuntó como un rediseño o reingeniería para crear una ventaja competitiva rentable y sostenible.

El *Benchmarking* es una herramienta fundamental de búsqueda externa de ideas y tácticas negociables (Boxwell, Robert et al *Benchmarking: para competir con ventaja*, Madrid, Mc Graw Hill 1995, [www.monografias.com](http://www.monografias.com), accesado 08/11/01; Morales, Gustavo. *Outsourcing*, [www.monografias.com](http://www.monografias.com),

accesado 09/11/01; Walter Schupnik, *Outsourcing & Benchmarking*, monografias.com, accesado 01/03/ 03; Rudy Fernández et al, *Outsourcing*, monografias.com, accesado 01/03/03).

*Benchmarking*: un proceso sistemático y continuo para evaluar los productos, servicios y procesos de trabajo de organizaciones que son reconocidas como representantes de las mejores prácticas, con el propósito de realizar mejoras organizacionales (*Spendolini*, 1994, p. 11).

Por ello se indica que el *benchmarking* es:

- Un proceso continuo
- Un proceso de investigación que proporciona información importante
- Un proceso para aprender de otros
- Una búsqueda pragmática de ideas de superación empresarial
- Un trabajo que consume el recurso tiempo
- Un proceso de trabajo que requiere disciplina
- Una herramienta relevante que da información útil y estratégica para mejorar la actividad empresarial.

El *benchmarking* se utiliza como un medio para identificar las mejoras prácticas empresariales y hacer lo posible por superarlas (*Spendolini*, 1994, p. 39).

Esta técnica del *benchmarking*, puede servir para evaluar los prospectos de *outsourcing*, ya que se somete a examen una o más empresas que operan en niveles deseables de calidad, eficiencia y rentabilidad (*Rothery y Robertson*, 1996, p. 33).

## 6.2. Desventajas

- \* Un contrato inflexible puede resultar muy costoso.
- \* Una comunicación débil puede provocar una pérdida de contacto con su proveedor ; y con el cliente.
- \* La falta de entrenamiento del socio de *outsourcing* puede provocar una disminución en la calidad del servicio (Díaz-García, pp. 105 a 107, 2001).

- \* Es correr un riesgo el no efectuar el convenio adecuado.
- \* La selección del contratista del *outsourcing* puede ser una opción inadecuada, ya que si éste falla, el perjuicio para la empresa es grave.
- \* Se da una dependencia empresarial respecto de los contratistas que resulten del *outsourcing*, pues sectores de la empresa importantes descansan en el buen desarrollo o ejecución de los convenios respectivos.
- \* Este contrato implica un costo que abarca toda la negociación, lo cual requiere seguimiento y monitoreo.
- \* Se da una ausencia de control o fiscalización en cuanto al personal del contratista del *outsourcing*.
- \* Pérdida de seguridad.
- \* Amenazas a la confidencialidad.
- \* Posible pérdida de talento dentro ópia empresa.

## **7. CARACTERES DEL CONTRATO**

### **7.1. Es un contrato de colaboración empresarial**

Para brindar los servicios que los proveedores o los prestadores requieren en el mercado, se da una colaboración de los esfuerzos empresariales.

### **7.2. Es un convenio interempresarial**

Ese esfuerzo de prestación de servicios se da en un plano interempresarial. Varias empresas unen sus servicios para negociarlos con el empresario que los necesita.

### **7.3. Oneroso**

Este convenio se realiza con el fin de obtener ganancias o beneficios económicos.

#### **7.4. Bilateral**

En la realización de este convenio participan, al menos, dos partes contratantes. Interesa destacar aquí tanto los derechos como los deberes de las partes.

#### **7.5. Tracto sucesivo o instantáneo**

Este convenio puede ser ejecutado de modo instantáneo, en un solo acto; y, también, desarrollado a lo largo del tiempo, mediante su ejecución en fases o etapas.

#### **7.6. De adhesión**

Estos contratos, están confeccionados a partir de machotes o convenios prototipo (tipo), o previamente elaborados por la parte que los define, integrando las condiciones generales de la contratación, que fijan los contenidos contractuales (*Solano*, p. 181, RJ Nº 77, 2001; *Gbersi*, pp. 605 a 610, 1999).

#### **7.7. Atípico**

Estos contratos no se encuentran regulados por la ley.

### **8. COMPARACIÓN CON OTROS CONTRATOS**

#### **8.1. Outsourcing y suministros**

El *contrato de suministros* versa sobre cosas muebles (computadoras, autos, tractores, etc.), no sobre servicios. Por su parte, el contrato de *outsourcing* tiene como objeto servicios de limpieza, jardinería, vigilancia, seguridad, lavandería, etc.

<b>Outsourcing</b>	<b>Suministros</b>
Su objeto contractual son: servicios (seguridad, limpieza).	Su objeto contractual es la venta de cosas muebles (máquinas, autos, equipos de oficina).

## **8.2. Outsourcing y compraventa**

En el contrato de compraventa, el objeto es la cosa sobre la cual recae el consentimiento de las partes, pactados a un precio aceptado (*artículo 1049 del Código Civil: la venta es perfecta entre las partes desde que convienen en cosa y precio*). La cosa debe ser corporal, existente y determinable, referida a bienes muebles e inmuebles (*Paris*, pp. 22 a 26, 1991).

<b>Outsourcing</b>	<b>Compraventa</b>
Su objeto contractual son: servicios (seguridad, limpieza).	Su objeto contractual es la venta de cosas muebles e inmuebles, (edificios, terrenos, equipos de oficina).

## **8.3. Outsourcing y contrato de servicios técnicos - profesionales**

En la Administración Pública ha tenido larga data la *contratación de servicios técnicos y profesionales*, originada según el nombre de concurso de antecedentes, antes de la vigencia de la Ley de la Contratación Administrativa, N° 7494 de 1995, vigente a partir del 1° de mayo de 1996.

Nos referimos a la Ley de Administración Financiera de la República, desde los tiempos de la Administración de Otilio Ulate Blanco (1949-1953).

Por supuesto que esta clase de contratación, también la puede hacer el sector privado.



Consiste en la contratación de técnicos (en computación, dibujo, diseño, fotografía, etc.) o de profesionales (abogado, médico, ingeniero, etc.) para que realicen trabajos concretos y específicos, durante un plazo determinado y sin relación jerárquica laboral con la institución o persona que los contrata.

Ambas partes negociantes pueden ser personas físicas o jurídicas, excepto en el Estado, donde la Administración Pública siempre debe ser una persona jurídica.

En nuestro país, hace un par de décadas se ha intensificado, por diversas razones, la utilización del *outsourcing* en la Administración Pública y en el sector privado. Por ejemplo, los *contratos de seguridad y vigilancia*, como ocurre en las empresas privadas; y en los bancos tanto estatales como privados, debido al incremento de la inseguridad respecto de las personas y de las cosas.

En los contratos de *outsourcing* no existe una relación laboral jerárquica entre las partes contratantes, siendo lo relevante el servicio que la empresa contratada debe realizar (tareas de jardinería, limpieza, vigilancia, etc.).

Así por ejemplo, entre el Banco de Costa Rica y la empresa que presta los servicios de seguridad, no existe una relación jurídico de carácter laboral, sino comercial, pues han firmado un convenio mercantil para que la empresa privada le preste al Banco esos servicios.

Se trata de dos personas jurídicas independientes, que negocian o contratan la prestación de esos servicios a cambio de un pago pactado en el convenio respectivo de *outsourcing*.

<b>Outsourcing</b>	<b>Servicios técnicos y profesionales</b>
Su objeto contractual son: servicios (seguridad, limpieza). El régimen jurídico podría ser privado o público.	Su objeto contractual es la prestación de servicios técnicos (cómputo, contabilidad, dibujo) o profesionales (Medicina, Derecho, Economía), bajo un régimen de Derecho público o privado.

Señalaríamos que en la empresa privada se está generalizando el uso de la contratación, vía *outsourcing*, no sólo de los servicios de seguridad y limpieza (que también la Administración Pública los utiliza), sino también la contratación de servicios técnicos y profesionales.

Aquí se abre un debate en torno a la privatización del régimen de empleo público, regulado por el Derecho Administrativo, cuando se ponen por ejemplos, los servicios que presta la Procuraduría General de la República como sede de la abogacía del Estado, o la Tributación Directa, como sede del cobro de los impuestos, al indicar que la empresa privada podría prestar estos servicios, bajo un régimen jurídico privado de *outsourcing*.

Desapareciendo del organograma del Estado, la Procuraduría y la Tributación citadas.

## **9. CRITERIO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA**

La Contraloría ha vertido varios criterios acerca de este contrato.

Procederemos a su presentación, ya que es conveniente conocer la posición de esta institución fiscalizadora de los fondos públicos.

\* El *outsourcing* responde al rol servicial del Estado (oficio N° 14521 del 24 de noviembre de 1997, DGCA 1551-97).

Este criterio acepta el uso por parte del Estado de esta clase de contratos, sin embargo, aclara que no por ello se está en la corriente de la tesis *maximalista* de la competencia administrativa, según la cual la sola definición de determinados fines al ente público, le confiere una atribución implícita para desplegar todos aquellos actos que sean necesarios para el cumplimiento del fin, por cuanto, la relación de medios para el cumplimiento de fines, compete, en líneas generales, al legislador (*voto 6519-96 de la Sala Constitucional*).

Efectivamente, considero que esta posición de la Contraloría es la pertinente, ya que el Estado puede efectuar esta clase de contratos para el cumplimiento de sus fines públicos.

\* *Outsourcing, como prestación directa del servicio público*

Precisa la Contraloría que las necesidades que plantea la sociedad civil da lugar a distintos matices de intervención del Estado, desde la prestación directa de los servicios públicos, con el natural auxilio de los particulares en la provisión de bienes y servicios, como medios para brindar aquellos servicios. Por ello, el Estado puede optar por otras formas de intervención, como la regulación y fiscalización de las actividades desarrolladas por actores privados, ya se trate que estas sean prestadas en concurrencia o no con el Estado (oficio 14521 del 24 de noviembre de 1997).

Claro está que en nuestro ordenamiento jurídico se admite que los particulares pueden colaborar (tesis de la colaboración del contratista público con el Estado) con la Administración Pública, mediante la contratación administrativa, en el cumplimiento de los fines públicos, de acuerdo a “los términos de calidad y de la oportunidad con la que sus necesidades sean satisfechas” (oficio 14521, cit.).

\* Así tenemos, también que el contratista al que se le encarga una prestación o servicio deberá realizarla con sus propios recursos materiales y humanos. Esto excluye la posibilidad de incluir en el clausulado del contrato respectivo, la utilización de bienes públicos o de recursos humanos contratados bajo la relación de empleo público (*oficio, ídem.*).

No hay duda que este aspecto conviene indicarlo en un contrato de *outsourcing*, en el sentido de que el contratista particular debe aportar los diferentes recursos para la realización de este convenio, que podría ser para la seguridad, vigilancia o limpieza en un inmueble de una institución pública.

Esta clase de contratos debe ser remitido para su refrendo a la Contraloría General de la República (*de acuerdo con la Ley Orgánica de esta Contraloría, artículos 20 y 23; reglamento sobre refrendos de las contrataciones públicas del 9 de febrero del 2000 y lo dispuesto en los votos de la Sala Constitucional 998-98, 5947-98, 9524-99 y 3027-00*).

De acuerdo con la naturaleza de estos contratos públicos y al respectivo cartel o pliego de condiciones, no se puede decir, propiamente, que aquí estemos ante un contrato de adhesión, por cuanto en el cartel de la licitación existen cláusulas que deben ser propuestas por el

oferente particular, como el precio. Se llaman *cláusulas abiertas o variables* porque el oferente es el que propone a la Administración Pública según sus intereses (se contraponen a las *cláusulas cerradas o invariables*, respecto de las cuales el oferente las acepta o las deja, como son los requisitos técnicos de un equipo o las condiciones de alquiler de un inmueble). Además, el particular puede impugnar el pliego de condiciones por considerar que es ilegal o que viola principios de la contratación administrativa, que por el clásico *voto 998-98* de la Sala Constitucional, se tienen como de rango constitucional.

## CONCLUSIÓN

Las instituciones estatales y la empresa privada están utilizando de manera creciente esta clase de contrato. De tal modo que se trata de una contratación que realiza el sector privado y el sector público.

Con el incremento de la inseguridad de las personas y de sus bienes, los servicios de seguridad y vigilancia (detectives, policías, guardias, investigadores, etc.) se han multiplicado, existiendo un mayor número de empresas en el mercado que venden esos servicios.

Si bien es cierto que este contrato se originó en la empresa privada, también lo es que sus ventajas estimularon al sector público a realizar esta contratación.

Parte de la motivación para el sector privado, originalmente, en efectuar esta clase de contratos (*outsourcing*) estuvo en la idea de emular lo mejor (*benchmarking*), con el fin de aumentar eficiencia y con ello, ganancias; a la vez que disminuían costos.

En el caso de la Administración Pública, al no ser su finalidad la ganancia económica, sino la eficiencia en la prestación de los servicios públicos para el logro del bien común, los convenios de *outsourcing* coadyuvan, (como medios que son y no fines en sí mismos) a orientar la acción estatal en esa dirección del bien público.

## GLOSARIO

*Activo:* Recursos económicos del ente. Conjunto de bienes y derechos de una persona física o jurídica.

*Activo fijo:* Se trata del activo permanente, como por ejemplo: edificios, terrenos, maquinaria. Constituye el conjunto de partidas del balance o estado contable de la empresa que incluye bienes y derechos que no se destinan a la venta. También se le conoce como inmovilizado.

*Administración:* Proceso de diseñar y mantener un entorno en el que, trabajando en grupos, los individuos cumplan eficientemente objetivos específicos. Es el proceso de planear, organizar, dirigir y controlar los esfuerzos de los miembros de la organización, y de aplicar los demás recursos de ella para alcanzar las metas establecidas.

*Benchmarking:* Su idea central consiste en admitir que alguien puede hacer algo mejor que uno y tan ambicioso para intentar alcanzarlo y superarlo. Es decir, se trata de estudios de referencia para conocer quién es el mejor en un campo determinado y pasarle adelante (superarlo).

*Outsourcing:* Conjunto de contratos mercantiles articuladores de relaciones de colaboración externa empresarial idóneos para materializar la externalización o actividades y funciones de la empresa. Es la contratación de proveedores ajenos a las empresas, con experiencia en un campo en particular para que proporcionen a esta ciertos productos operaciones.

## BIBLIOGRAFÍA

Allen, Robert. *The New Penguin Compact English Dictionary* (England: Penguin Books, 2001).

Boxwell, Robert. *Benchmarkin: para competir con ventaja* (Madrid: McGraw Hill, 1995).

Brian, J. *El dilema del outsourcing* (Madrid: Prentice Hall, 2002).

Camp, Robert. *Benchmarking: la búsqueda de las mejores* (México: Panorama, 1997).

Capon, Rodolfo; y, Eduardo Giorlandini. *Diccionario de derecho social*. (Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 1987).

Collin, P.H. *Dictionary of Business* (England: Peter Collin Publishing, 1999).

- Damelio, Robert. *Los fundamentos del benchmarking* (México: Panorama, 1997).
- Díaz-García, Gustavo. *Gestión de factor humano: outsourcing* (San José: UACA, Acta Académica, No. 28, 2001).
- Ependolini, Michael. *Benchmarking* (Bogotá: Norma, 1994).
- Fernández, Juan (Coordinador) *Diccionario jurídico* (Navarra: Aranzadi, 2002).
- Gherzi, Carlos. *Contratos civiles y comerciales* (Buenos Aires: Astrea, 2 tomos, 1999).
- Guanter, Salvador del Rey (Director) *Descentralización productiva y relaciones laborales* (Valladolid: Lex Nova, 2002).
- Henderson, David (Director) *Enciclopedia Fortune de economía* (Barcelona: Folio, 1998).
- Molero, Carlos. *Derecho laboral empresarial* (Madrid: McGraw Hill, 1998).
- Murillo, Roxana. *Outsourcing y sistemas de información en Costa Rica* (Cartago: tesis de Magister Scientiae en computación, ITCR, 1995).
- Olea, Manuel Alonso; y, María Casas. *Derecho del trabajo* (Madrid: Civitas, 1999).
- Pedrajas, Abdón. *La externalización de actividades laborales* (Valladolid: Lex Nova, 2002).
- Rothery, Brian; Ian Robertson. *Outsourcing. La subcontratación* (México: Limusa, 1997).
- Rubinstein, Santiago. *Diccionario del Derecho del Trabajo y de la seguridad social* (Buenos Aires: Desalma, 1983).
- Suárez, Andrés. *Diccionario terminológico de economía, administración y finanzas* (Madrid: Pirámide, 2000).

## EL DERECHO DE ARBITRAJE PERUANO

*Prof. Carlos Alberto Matheus López*<sup>(\*)</sup>  
Abogado peruano

*“Porque uno no encuentra lo que busca  
sino lo que la realidad le entrega”*  
JAVIER CERCAS, *Soldados de Salamina*

---

(\*) Catedrático Ordinario de Derecho de Arbitraje y Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Catedrático de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Lima, Universidad Particular San Pedro y Academia Nacional de la Magistratura. Catedrático del Diploma de Especialización en Arbitraje de Consumo de la Universidad del País Vasco. Miembro del Consejo Asesor de la Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje. Arbitro de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## **SUMARIO:**

1. Panorama actual del arbitraje
2. Concepto
3. Ventajas del instituto
4. Naturaleza jurídica
5. Clasificación
  - Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad
  - Arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional
  - Arbitraje ritual y no ritual
  - Clasificaciones adicionales
6. El convenio arbitral
  - A. Concepto
  - B. Sujetos
  - C. Ámbito de aplicación
7. El procedimiento arbitral
  - A. Principios
  - B. Actos del procedimiento
  - C. Supuestos de pluralidad y variación de los límites del procedimiento
8. El laudo arbitral
  - A. Concepto
  - B. Requisitos
  - C. Contenido
  - E. Efectos
9. Anulación del laudo arbitral
10. Medidas cautelares
11. Ejecución forzada del laudo
12. El arbitraje internacional
13. El derecho de arbitraje peruano



## 1. PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE

Hoy nos encontramos ante la realidad del descontento e insatisfacción por parte de los justiciables respecto a la necesidad de recurrir a la tradicional vía judicial, situación a la cual los americanos llaman “*court crisis*”, la cual a su vez lleva –cuando menos en principio– a una favorable recepción de las vías extrajudiciales, y entre ellas en particular al arbitraje.

Sin embargo, si bien existe aún una falta de arraigo de la institución en las diversas realidades nacionales, lo cual se debe principalmente a la más o menos defectuosa regulación del instituto y al desconocimiento y/o desconfianza respecto a este mecanismo, se está produciendo una tranquila consolidación de la institución a nivel internacional.<sup>(1)</sup>

Es así que el arbitraje en esta era de la globalización –la cual nos presenta fundamentales problemas de política y derecho que exigen ser afrontados a través de los medios otorgados por el ordenamiento–, ha experimentado ciertamente un notable progreso dada su vinculación con el carácter sobretodo mercantil que la realidad de la globalización importa.<sup>(2)</sup>

## 2. CONCEPTO

El arbitraje es una institución jurídica heterocompositiva, en virtud de la cual una tercera persona, objetiva e imparcial, nombrada por las partes mediante convenio, resuelve en base a una potestad específica el conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos, en caso de ser la materia susceptible de libre disposición por las personas afectadas por la discrepancia.<sup>(3)</sup>

---

(1) Con este parecer Gaspar Lera, Silvia. “*El ámbito de aplicación del arbitraje*”. Aranzadi editorial, Pamplona, 1998, págs. 59-61.

(2) Fazzalari, Elio. “*L’arbitrato nell’era della «mondializzazione»*” en “**Rivista dell’arbitrato**”, N° 2, Giuffré editore, Varese, 2000, pág. 227 y sgtes.

(3) Montero Aroca, J.; Ortells Ramos, M.; Gómez Colomer, J. L. “*Derecho jurisdiccional*”, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 843.

En este mismo sentido Ramos, entiende que el arbitraje es la resolución de una cuestión o disceptación entre partes por medio de un tercero. Donde este tercero asume el papel de juez y resuelve con su juicio el problema que previamente le han sometido las partes de mutuo acuerdo.<sup>(4)</sup>

Finalmente, podemos señalar que el arbitraje es la institución por la que las partes de una determinada relación jurídica someten voluntariamente a la decisión vinculante de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas que, con ocasión de dicha relación, se suscitan sobre derechos arbitrables. Sin embargo, en este concepto se recoge sólo los caracteres esenciales de la institución arbitral, razón por la que no deja de ser sólo una aproximación a la misma, dado que no cabe someter a arbitraje cualquier conflicto ni cualquier derecho, que los árbitros pueden ser nombrados por las partes o venir designados por una institución, y que el carácter vinculante del laudo no impide sin embargo su impugnación.<sup>(5)</sup>

Así, ante la dificultad que supone incorporar en una mera definición todos los aspectos del arbitraje, hay que afirmar que aquel no es una institución a cuyo estudio se pueda ingresar utilizando como base firme el apoyo de una definición.<sup>(5)</sup>

Podemos observar que esta misma idea la cual subyace en el concepto antes examinado, se encuentra presente en el artículo primero de nuestra Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572 del 5 de enero de 1996), el cual nos señala que *“Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental...”*<sup>(6)</sup>

---

(4) Ramos Méndez, Francisco. *“Enjuiciamiento Civil”*. Vol. II, José María Bosch editor, Barcelona, 1997, pág. 1118.

(5) Gaspar, *ob. cit.*, págs. 53-54.

(6) Al parecer este artículo, como también el noveno que observaremos más adelante, ha tomado como base para su texto a la “Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional sobre Arbitraje Internacional Comercial” (UNCITRAL, aprobada el 21 de Junio de 1985) la cual en su artículo 1 señala que *“el acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual...”*.

### 3. VENTAJAS DEL INSTITUTO

Desde tiempo atrás, se observaba ya dentro de los diversos enfoques (que los ordenamientos particulares han utilizado) para superar las dificultades reales de acceso a la justicia –problemas particularmente graves en países como el Perú<sup>(7)</sup>– por parte de los litigantes, el recurso al arbitraje como un medio idóneo para lograr enfrentar dichas barreras de acceso.<sup>(8)</sup>

Debemos observar así, que el arbitraje como sistema de solución de conflictos, ofrece ventajas genéricas tanto para la solución de

---

También resulta tributaria de la norma modelo UNCITRAL la actual Ley Española de Arbitraje de Derecho Privado (Ley 36/1988, del 5 de diciembre de 1988) la cual en su artículo 1 nos señala que *“Mediante el arbitraje las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho”*.

Por otro lado, podemos observar que este artículo reconoce expresamente la arbitrabilidad de pretensiones colectivas –que poseen como base un interés jurídico de grupo– relativas al medio ambiente, con lo cual zanja directamente el problema de la posible discusión sobre el sometimiento de este tipo de pretensiones al arbitraje. De igual forma, la undécima disposición complementaria y transitoria de esta misma Ley prescribe que *“El Consejo Nacional del Ambiente es la institución organizadora del arbitraje ambiental, debiendo cumplir con los artículos y disposiciones contenidos en la presente Ley, en los términos previstos”*, con lo cual se estaría estableciendo un arbitraje de tipo institucional –tema que se entenderá mas adelante– para el caso de materia ambiental. Por otra parte, no podemos dejar de señalar que el tratamiento de los intereses difusos o colectivos en sede arbitral, resulta –a nuestro parecer– aún mucho más complejo que el llevado a cabo para el proceso jurisdiccional, razón por la cual nos remitimos, dentro del segundo campo, a lo ya señalado por un sector de la doctrina (Ver Silguero Estagnan, Joaquín *“La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos”*, Dykinson, Madrid, 1995).

- (7) Para una mejor observación del devenir de las variadas tendencias para el logro del acceso efectivo a la justicia en el caso peruano, ver Matheus López, Carlos Alberto *“Entre el mito y la realidad. Hacia un efectivo acceso a la justicia”* en *“Legal Express”*, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
- (8) Capelletti, Mauro y Garth, Bryant. *“El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos”*. Fondo de cultura económica, México, 1996, pág. 54 y sgtes.

diferendos nacionales como internacionales: privacidad, intermediación, y algunas veces celeridad y economía. Aunque algunas de estas ventajas puedan ser discutidas, lo importante es que bien regulado y administrado, el arbitraje ofrece una alternativa a la vía judicial que los justiciables pueden encontrar más expedita. Y si enfocamos el tema desde el punto de vista de la administración de justicia, la principal ventaja del arbitraje radica en ofrecer una alternativa para descongestionar la carga de tareas que pesa sobre los tribunales de justicia.<sup>(9)</sup> Con igual parecer Gaspar entiende que las ventajas más significativas de la institución arbitral pueden sintetizarse en: el antiformalismo y rapidez en la adopción de decisiones, la confidencialidad, la especialización de los árbitros, y la razonabilidad e incluso gratuidad de los costos.<sup>(10)</sup>

En ese sentido, la extraordinaria fortuna del arbitraje en países europeos y los EEUU, surge como consecuencia de varias y complejas motivaciones, que se pueden encontrar en el aburrimiento frente al sistema judicial, su estructura y sus ritos, así como la constatación de la creciente e imparable demanda de justicia estatal y de la carga de trabajo de sus órganos, y junto a ella, no sin contradicción, de la ineficiencia casi invencible de este aparato.<sup>(11)</sup>

Mas pese a todo lo señalado, la alternativa arbitral será tanto más creíble cuanto mejor calibradas, mejor reguladas y sobretodo mejor respetadas se encuentren las garantías jurisdiccionales en su interior.<sup>(12)</sup>

---

(9) Garro, Alejandro. *“El arbitraje en la ley modelo propuesta por la comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional y en la nueva legislación española de arbitraje privado: un modelo para la reforma del arbitraje comercial en América latina”* en *“Arbitraje Comercial y Laboral en Central América”*, Transnational Iuris Publications Inc., New York, 1990, pág. 25.

(10) Gaspar, *ob. cit.*, pág. 60.

(11) Vigoriti, Vincenzo *“L’arbitrato internazionale in italia”* en *“Rivista di Diritto Civile”* N° 5, Cedam, Padova, 1989, pág. 567.

(12) Con similar parecer Criscuolo, Fabrizio *“Modello arbitrale e strumenti alternativi di giustizia”* en *“Rivista dell’arbitrato”*, N° 1, Giuffrè editore, Varese, 2000, pág. 45.

#### 4. NATURALEZA JURÍDICA

Frente a las diferentes teorías que tratan de explicar la esencia del arbitraje, esto es, aquellas jurisdiccionalistas, contractualistas<sup>(13)</sup> e intermedias,<sup>(14)</sup> consideramos que la figura se explica mejor a partir de las primeras, dado que el arbitraje es la institución que mejor conserva el genuino sentido de la jurisdicción: *iudicium inter partes*, pues es un tercero el que *ius dicit*, desligándose en este caso la jurisdicción del sujeto histórico que la detenta, el estado.<sup>(15)</sup>

Sin embargo, no siendo desacertado mantener una postura jurisdiccionalista, si lo será considerar al arbitraje como jurisdicción o poder judicial,<sup>(16)</sup> dado que no es posible encontrar en él muchos de los

---

(13) Con esta opción Guasp, Jaime. *“El arbitraje en el Derecho Español”*, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 17 y sgtes. Considera al arbitraje como un contrato, como consecuencia lógica de otorgarle fundamental importancia al convenio arbitral a efectos de determinar la naturaleza jurídica del instituto.

(14) Con esta posición Gaspar, *ob. cit.*, pág. 56. Considera ello dado que “la institución arbitral en su origen es un negocio de derecho privado creado por la voluntad de los particulares; pero en cuanto a su desarrollo ulterior –un vez surgida la controversia–, es evidente que requiere una actividad jurisdiccional conducente a la obtención del laudo correspondiente”.

(15) Ramos, *ob. cit.*, pág. 1122.

(16) Dado que el texto de la Constitución Peruana de 1993 –actualmente vigente– nos señala en su artículo 139 inciso 1 correspondiente al Capítulo VIII “Poder Judicial” que “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”, con lo cual estaría al parecer reconociendo naturaleza de jurisdicción al arbitraje. Y, por su parte, el artículo 28 inciso 2 de la misma carta magna –ubicado en el Capítulo II “De los derechos sociales y económicos”– nos señala que el Estado “Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales”. Y sumado a ello que el artículo 62 –correspondiente al Título III “Del régimen económico”– nos señala que “Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial. Según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”. Y por su parte, el hecho que el artículo 63 de la misma norma disponga que “El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a (...) arbitraje nacional o internacional, en la forma que lo disponga la ley”, podría llevarnos a

elementos propios de esta última, no pudiendo hablarse de un poder de acceso al órgano arbitral (acción), ni de proceso arbitral, ni el órgano arbitral tiene por que pre-existir, ni tiene por qué tener, preconstituido legalmente, el instrumento con que los árbitros ejerzan su función (proceso).<sup>(17)</sup> Obsérvese además que si bien el arbitraje cuenta con uno de los elementos propios de la jurisdicción como es la cosa juzgada, no posee sin embargo, la facultad de ejecutar sus fallos por sí mismo, debiendo acudir necesariamente en estos casos al poder judicial. Del mismo modo, tampoco tiene la posibilidad de ejecutar medidas cautelares, razón por la cual debe solicitarlo –necesariamente– al poder judicial.

## 5. CLASIFICACIÓN

Podemos observar según la óptica con que se contemple el arbitraje, las siguientes clases de aquel:

### – Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad

Esta distinción se basa en que en el primer caso, la decisión arbitral debe apoyarse en normas legales aplicables al caso. En tanto en el

---

pensar que el arbitraje en el Perú posee carácter de jurisdicción por expreso reconocimiento constitucional –posibilidad que sería la más fácil de optar– no cabiendo hablar más del tema. Sin embargo, desde nuestra perspectiva las normas constitucionales antes observadas no son más que el producto de una regulación no sistemática que –al parecer– lo único que ha querido es promover los medios alternativos de resolución de conflictos en general, y al arbitraje en particular, estableciéndose así un *favor arbitralis* del más alto rango normativo.

Por todo ello, frente al texto de nuestro artículo 139 inciso 1, resulta más técnico aquel del artículo 117 inciso 5 de la Constitución Española del 27 de Diciembre de 1978 (del cual al parecer el nuestro trae su origen) que a la letra nos señala que “*El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución*”, el cual no reconoce de modo alguno al arbitraje como jurisdicción, quedando tan sólo esta posibilidad otorgada a la jurisdicción militar, la cual si cumple con los elementos fundamentales para hablar propiamente de jurisdicción (principalmente, cosa juzgada y ejecutoriedad).

(17) Montero, *ob. cit.*, pág. 844.

segundo, el árbitro resuelve según su leal saber y entender y no necesita motivar su decisión.<sup>(18)</sup>

Si el árbitro aplica la legislación vigente para resolver la cuestión, estamos ante el arbitraje de derecho. Por contra, si el árbitro ha de utilizar su leal saber y entender a la hora de dictar su decisión, el arbitraje es de equidad.<sup>(19)</sup>

Por otro lado, debemos entender que la distinción observada, dado el desarrollo procesal de la ley de arbitraje, no sólo carece de justificación, sino que además es contraria al orden lógico de preferencia que supone la opción por el arbitraje. En efecto, si se hubiera querido hacer primar algún tipo de arbitraje, este sería el arbitraje conforme a derecho, pues de no de otra forma puede concebirse la institución.<sup>(20)</sup> Y así, atendiendo a la naturaleza del instituto, el arbitraje de equidad no debería ser el subsidiario,<sup>(21)</sup> pues, la gran ventaja del “derecho” sobre la “equidad” radica en la posibilidad de conocer dentro de determinados límites las cuestiones que previsiblemente se someten al arbitraje, circunstancia esta de “previsibilidad” que se esfuma en el arbitraje de equidad. En este sentido, el margen de riesgo en el arbitraje de derecho es menor, dado que se conoce anticipadamente al menos el texto de las normas entre las cuales el árbitro podrá escoger para efectos de su decisión, los precedentes jurisprudenciales, y la doctrina correspondiente.<sup>(22)</sup>

Nuestra Ley General de Arbitraje reconoce los dos tipos de arbitraje vistos, tanto el de derecho como el de equidad, optando a su vez –a nuestro parecer incorrectamente– por la subsidiariedad del arbitraje de equidad. Así, nos indica en su artículo tercero que *“El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia. Es de derecho cuando lo árbitros resuelven con arreglo al derecho aplicable. Es de conciencia cuando resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender. Salvo que las partes*

---

(18) Ramos, *ob. cit.*, pág. 1119.

(19) Montero, *ob. cit.*, pág. 845.

(20) Ramos, *ob. cit.*, pág. 1119.

(21) Montero, *ob. cit.*, pág. 845.

(22) Lorca Navarrete, Antonio María; Silguero Estagnan, Joaquín. *“Derecho de Arbitraje Español”*. Madrid, Dykinson, 1994, pág. 59.

*bayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia...*"<sup>(23)</sup>

## – Arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional

El arbitraje bien puede nacer para solucionar una controversia concreta o puede tener un carácter institucionalizado. En el primer caso, las partes organizan el arbitraje a la medida de sus necesidades y se cuidan de todos los detalles para la eficacia del laudo. En el segundo, la organización del arbitraje se encomienda a instituciones especializadas y permanentes que no deciden la controversia por sí mismas, sino que se ocupan de todo lo necesario para la puesta en marcha de un arbitraje cuando surge la necesidad. La opción por esta fórmula se efectúa en el convenio arbitral mediante remisión al reglamento arbitral de la institución.<sup>(24)</sup>

Con igual parecer nuestra Ley General de Arbitraje reconoce los dos tipos de arbitraje ante señalados, al prescribir su artículo sexto que *"La organización y desarrollo del arbitraje pueden ser encomendadas a una Institución Arbitral, la cual necesariamente deberá constituirse como Persona Jurídica. En tal caso, la institución arbitral estará facultada para nombrar a los árbitros, así como para establecer el procedimiento y las demás reglas a las que se someterá el arbitraje, de conformidad con su reglamento arbitral"*.<sup>(25)</sup>

---

(23) Parece que este artículo ha tomado como base para su texto a la Ley Española de Arbitraje de Derecho Privado, la cual en su artículo 4 nos señala que *"1. Los árbitros decidirán la cuestión litigiosa con sujeción a derecho o en equidad, según su leal saber y entender; a elección de las partes. 2. En el caso de que las partes no hayan optado expresamente por el arbitraje de derecho, los árbitros resolverán en equidad..."*

(24) Ramos, *ob. cit.*, pág. 1120.

(25) Al parecer este artículo ha tomado como base para su texto a la Ley Española de Arbitraje de Derecho Privado, la cual en su artículo 10 nos señala que *"Las partes podrán también encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros, de acuerdo con su reglamento, a:*

- a) Corporaciones de Derecho Público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.*
- b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales..."*



– **Arbitraje ritual y no ritual**<sup>(26)</sup>

Se suele hablar también de arbitraje ritual (formal) y no ritual (informal), en tanto el primero se sujeta a las prescripciones de la ley, mientras que el segundo se lleva a cabo sin ajustarse a esta última, pudiendo observarse que en realidad esta no es una clasificación del arbitraje,<sup>(27)</sup> y su existencia no viene dada de modo alguno en nuestro ordenamiento, como en otros tradicionalmente si sucede.<sup>(28)</sup>

---

Podemos señalar como supuestos de arbitraje institucional: aquel llevado a cabo por entidades privadas como la Cámara de Comercio de Lima o el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Universidad Católica. Y de otro lado, el desarrollado por entidades públicas, como debería ser el caso de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, dado que el artículo 38 de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo 716) establece que *“La Comisión de protección al Consumidor junto con el Directorio del INDECOPI, establecerá directamente o mediante convenios con instituciones públicas o privadas, mecanismos de resolución de disputas del tipo de arbitraje...”* (Norma la cual lamentablemente no ha tenido un desarrollo reglamentario posterior a efectos de la instauración de este tipo de arbitraje institucional en nuestro país). así como también resulta ser el caso de OSIPTEL, puesto que el artículo 38º de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL (Ley N° 27336) nos señala que *“es competente para resolver controversias en la vía arbitral, cuando las partes hayan acordado someter la discrepancia al arbitraje administrativo por OSIPTEL, el Tribunal Arbitral a que se hace referencia en el Reglamento de Arbitraje de OSIPTEL”*. En ese sentido, el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (D.S. 008-2001-PCM) nos señala que *“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, OSIPTEL podrá actuar como institución organizadora de arbitrajes para resolver las controversias indicadas y las de carácter patrimonial y disponible que puedan surgir entre el Estado y las Empresas operadoras...”*.

(26) Debemos en principio señalar que si bien normalmente la doctrina denomina a este segundo tipo de arbitraje como “irritual”, ello es consecuencia –al parecer– de la mala adaptación al castellano que se hizo de la equivalente denominación italiana “arbitrato irrituale”, razón por la cual, dado que no existe tal palabra en nuestro idioma –y a fin de eliminar la confusión semántica– preferimos utilizar, en buen romance, el término “no ritual”.

(27) Montero, *ob. cit.*, págs. 845-846.

(28) En ese sentido la vigente Ley de Arbitraje Española (Ley 36/1988 del 5 de Diciembre) señala en su artículo 3 que:

Por otro lado, debemos señalar que en nuestra Ley General de Arbitraje no existe norma alguna que prevea esta distinción, razón por la cual no cabe hablar de aquella en nuestro ordenamiento.<sup>(29)</sup>

## – Clasificaciones adicionales

### A) Arbitraje general y arbitraje especial

Importa arbitraje general o común aquel regulado por la LGA, en tanto importarán arbitrajes especiales o específicos aquellos regulados –para otras materias distintas– en otras normas particulares (CON-SUCODE,<sup>(30)</sup> INDECOPI, CONAM, SEPS,<sup>(31)</sup> OSITRAN<sup>(32)</sup> entre otros).<sup>(33)</sup>

---

*“1. El arbitraje para ser válido deberá ajustarse a las prescripciones de esta Ley.*

*2. Cuando en forma distinta de la prescrita en esta Ley dos o más personas, pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato”.*

Por su parte, en Italia si bien el “Codice di Procedura Civile” sólo regula en su texto (artículos 806 a 840) al arbitraje ritual (“arbitrato rituale”), existe sin embargo, el arbitraje no ritual (“arbitrato irrituale”) como fruto de la práctica comercial.

(29) Sin embargo, resulta interesante observar lo prescrito por el Artículo 143 de la Ley de Reestructuración Patrimonial (Ley 27146) al señalarlos que *“Cuando en un procedimiento a cargo de la Comisión surjan controversias entre las partes involucradas, y siempre que éstas lo soliciten y la Comisión lo acepte en este sentido, la resolución que emita la Comisión sobre el tema materia de controversia, tendrá el carácter de laudo arbitral definitivo e inapelable, siempre que en la tramitación se haya cumplido con las disposiciones contenidas en el reglamento que se menciona en el párrafo siguiente. Las partes se someterán al reglamento arbitral que haya elaborado la Comisión y que haya sido aprobado por el Directorio del Indecopi. La existencia de esta vía no enerva el derecho de las partes a optar por someterse a arbitraje distinto”.*

(30) Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

(31) Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.

(32) Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.

(33) Para una mejor comprensión de todos los supuestos, ver Lorca Navarrete, Antonio María y Matheus López, Carlos Alberto “Tratado de Derecho de Arbitraje”, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2003.

## B) Arbitraje voluntario y arbitraje forzoso

El supuesto general es obviamente el arbitraje –acorde al principio de oportunidad e iniciativa de parte– voluntario o facultativo, mas sin embargo, existen supuestos en los cuales el arbitraje no surge por voluntad de las partes, sino que viene impuesto, denominándose por ello forzoso o necesario.<sup>(34)</sup>

---

(34) Dentro de los supuestos de este último podemos señalar los siguientes:

### 1. Arbitraje estatutario

Artículo 12 LGA: *“Constituyen convenio arbitral válido las estipulaciones contenidas en los estatutos o normas equivalentes de sociedades civiles o mercantiles, asociaciones civiles y demás personas jurídicas, que establecen arbitraje obligatorio para las controversias que pudieran tener con sus miembros, socios o asociados; las que surjan entre éstos respecto de sus derechos; las relativas a cumplimiento de los estatutos o validez de acuerdos, y para las demás que versen sobre materia relacionada con las correspondientes actividades, fin u objeto social”.*

### 2. Arbitraje testamentario

Artículo 13 LGA: *“Surte efecto como convenio arbitral la estipulación testamentaria que dispone arbitraje para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios, o para la porción de la herencia no sujeta a legítima, o para las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o partición de la herencia, o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los albaceas”.*

### 3. Contratación pública

Artículo 41 inciso b) de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Ley 26850): *“Cláusula de solución de controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia esta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes”.*

Artículo 186 primer párrafo del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (D.S. N° 013-2001-PCM): *“El arbitraje será de aplicación obligatoria en la solución de controversias surgidas después de la suscripción o cumplimiento de la formalidad de perfeccionamiento de los contratos derivados de los procesos de selección hasta el consentimiento de su liquidación”.*

## 6. EL CONVENIO ARBITRAL

A continuación pasaremos a analizar el convenio arbitral, primero a partir de una definición de aquel, y en segundo lugar, desde sus límites tanto relativos a los sujetos como al objeto.

### A. Concepto

En esencia, el convenio arbitral no es más que un pacto o una cláusula contractual de la que se desprende la opción de las partes por el arbitraje.<sup>(35)</sup>

Con tal parecer Montero, lo entiende como la estipulación contractual de las partes por medio de la cual convienen acudir a la decisión arbitral si con ocasión de su contrato o relación jurídica, surge un conflicto. El convenio puede ser *per se* un contrato específico, o contenerse bien en una cláusula de un contrato, bien en una estipulación de una relación jurídica no contractual.<sup>(36)</sup>

De todo ello, podemos afirmar que el convenio arbitral es el acuerdo creador del arbitraje, esto es, el contrato de derecho privado que constituye la base de la institución.<sup>(37)</sup> Siendo así el presupuesto básico para que pueda invocarse el arbitraje. Por esto cabe afirmar –*sensu contrario*– que en los casos en que no exista el citado convenio, no será posible reconocer virtualidad a la institución que nos ocupa.<sup>(38)</sup>

Finalmente, con este mismo parecer nuestra Ley General de Arbitraje nos señala en su artículo noveno que “*El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hallan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de una proceso judicial...*”.<sup>(39)</sup>

---

(35) Ramos, *ob. cit.*, pág. 1122.

(36) Montero, *ob. cit.*, pág. 846.

(37) Gaspar, *ob. cit.*, pág. 54.

(38) Gaspar, *ob. cit.*, pág. 61.

(39) Este artículo al parecer ha tomado como base para su texto a la “Ley Modelo” (UNCITRAL) la cual en su artículo 1 señala que “*el acuerdo de*

## B. Sujetos

Al igual que en el campo del proceso, el arbitraje también importa una relación jurídica trilateral, compuesta por el órgano arbitral y las partes del arbitraje. Donde el primero puede ser singular (un solo árbitro) o colegiado (un tribunal arbitral), en tanto las segundas, acorde al principio de dualidad de partes o bilateralidad, siempre son dos, una activa y otra pasiva, pudiendo sin embargo, presentarse –en una o ambas posiciones– la existencia de plurisubjetividad.<sup>(40)</sup>

Así, respecto al órgano arbitral es necesario que aquel posea tanto capacidad de goce como de ejercicio, y en el caso de ser un arbitraje de derecho, este debe ser abogado en ejercicio.<sup>(41)</sup>

Con este mismo criterio nuestra Ley General de Arbitraje, dispone en su artículo vigésimo quinto que *“Pueden ser designados árbitros las personas naturales, mayores de edad, que no tienen incompatibilidad para actuar como árbitros y que se encuentran en pleno ejercicio de sus derechos civiles. El nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados...”*.<sup>(42)</sup>

Por otro lado, los árbitros deben poseer –sobre todo– el requisito de la imparcialidad, razón por la cual existe el régimen extendido a ellos –propio de los órganos jurisdiccionales– de la abstención y la recusación, teniendo por ello los árbitros la obligación de comunicar la existencia de tales causales.<sup>(43)</sup>

---

*arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual...”*.

(40) Con este parecer Chocrón Giráldez, Ana María “Los principios procesales en el arbitraje”, José María Bosch editor, Barcelona, 2000, págs. 63-74.

(41) Montero, *ob. cit.*, pág. 847.

(42) Al parecer este artículo ha tomado como base para su texto a la Ley Española de Arbitraje de Derecho Privado, la cual en su artículo 12 inciso 1 nos señala que *“Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen, desde su aceptación, en el pleno ejercicio de su derechos civiles”*. Tomando también el texto del inciso 2 de este mismo artículo el cual prescribe que *“Cuando la cuestión litigiosa haya de decidirse con arreglo a Derecho, los árbitros habrán de ser abogados en ejercicio”*.

(43) Ramos, *ob. cit.*, págs. 1129-1130.

En igual sentido, nuestra Ley General de Arbitraje, dispone en su artículo décimo octavo que *“Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción...”*. Y por su parte los artículos vigésimo sexto, vigésimo octavo y vigésimo noveno reconocen las figuras de abstención y recusación de los árbitros,<sup>(44)</sup> al señalar en su texto respectivamente que:

(Art. 26) *“Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros, bajo sanción de nulidad del nombramiento y el laudo: 1. Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz, los Fiscales, los Procuradores Públicos y los ejecutores coactivos. 2. El Presidente de la República y los Vicepresidentes; los Parlamentarios y los miembros del Tribunal Constitucional. 3. Los oficiales generales y superiores de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, salvo los profesionales asimilados. 4. Los ex magistrados en las causas que han conocido. 5. El Contralor General de la República en los procesos arbitrales en los que participen las entidades que se encuentran bajo el control de la Contraloría General de la República”*.

(Art. 28) *“Los árbitros podrán ser recusados sólo por las causas siguientes: 1. Cuando no reúnan las condiciones previstas en el artículo 25 o en el convenio arbitral o estén incurso en algún supuesto de incompatibilidad conforme al artículo 26. 2. Cuando estén incurso en laguna causal de recusación prevista en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes. 3. Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia”*.

(Art. 29) *“La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dan lugar a una posible recusación, y el árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que ocasione su omisión...”*.

---

(44) Estos artículos, al parecer, han tomado como base a la Ley Española de Arbitraje de Derecho Privado, la cual en su artículo 17 inciso 1 y 3 nos señala que *“1. Los árbitros podrán ser recusados por las mismas causas que los Jueces, con las especialidades de los párrafos siguientes (...) 3. Las personas designadas árbitros están obligadas a poner de manifiesto las circunstancias que puedan determinar su recusación tan pronto como las conozcan”*.

### C. **Ámbito de aplicación**

Para determinar el ámbito de aplicación del arbitraje, debemos recurrir al concepto de arbitrabilidad de la pretensión, que no es otra cosa que la libre disponibilidad de ésta por las partes.<sup>(45)</sup> En ese sentido, se aplicará la Ley General de Arbitraje sólo para las pretensiones susceptibles de ello,<sup>(46)</sup> resultando por otro lado esta norma de aplicación supletoria a otros casos especiales cuya normatividad así lo prevea.<sup>(47)</sup>

En este sentido, podemos afirmar que a efectos de la determinación del ámbito de aplicación –tanto objetivo como subjetivo– del arbitraje,

---

(45) Con igual parecer Lorca, *ob. cit.*, pág. 36. Nos señala que “Como regla general el arbitraje ha de recaer sobre cuestiones litigiosas (...) que se hayan dentro de la esfera de libre disposición de los sujetos interesados en el mismo”.

(46) De tal modo, aunque de forma excluyente, el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje –ya antes señalado– posee una serie de supuestos de inarbitrabilidad fijados para el caso de las pretensiones siguientes:

*“1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.*

*2. Aquellas sobre las que ya recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.*

*3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.*

*4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de Derecho Público”.*

Pudiendo observarse que todos los supuestos se fundan en la indisponibilidad de la pretensión por las partes, o porque aquella ha adquirido autoridad de cosa juzgada.

(47) Montero, *ob. cit.*, págs. 847-848. Como por ejemplo para el caso peruano, respecto al arbitraje institucional del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el artículo 186 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (D.S. N° 013-2001-PCM) nos señala que “*Serán de aplicación las disposiciones contempladas en la Ley y el presente Subcapítulo y, supletoriamente, las de la Ley General de Arbitraje*”.

debemos observar por un lado, como presupuesto básico al convenio arbitral, dado que cuando este no exista no se reconocerá virtualidad alguna al arbitraje. De otro lado, sobre las bases del convenio arbitral se deberá determinar si se aplicará el procedimiento arbitral común (ley general de arbitraje) u otros procedimientos arbitrales específicos regulados para casos especiales.<sup>(48)</sup>

## **7. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL**

Habiendo ya determinado que el arbitraje no es jurisdicción –no siendo por ende los árbitros órganos jurisdiccionales–, debemos concluir necesariamente que el arbitraje no es proceso, pues este último requiere necesariamente la concurrencia de jurisdicción –específicamente de un órgano jurisdiccional– para su existencia. Por ello, diremos que sólo existe aquí un procedimiento, esto es, un conjunto de actos jurídicamente vinculados entre sí de manera necesaria.<sup>(49)</sup> El cual posee obviamente una estructura trilateral, conformada por una parte activa, un órgano arbitral (personal o colegiado), y una parte pasiva.

### **A. Principios**

El procedimiento arbitral se sujeta a los siguientes principios:<sup>(50)</sup>

1.- Principio dispositivo y de autonomía de la voluntad: el procedimiento arbitral se regirá –en primer lugar– por la voluntad de las partes, las cuales disponen no sólo de su inicio, sino también de su desarrollo y término, vinculando con sus pretensiones al órgano que ha de fallar sobre lo pedido.

---

(48) Gaspar, *ob. cit.*, págs. 61-62. Como aquel de la Cámara de Comercio de Lima, o del Arbitraje Institucional del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado –ya antes visto–, cuyas características particulares importan el ser un Arbitraje sólo de Derecho (artículo 186), la obligatoriedad del arbitraje (artículo 186), la inapelabilidad del laudo (artículo 199) sea ante instancia arbitral o judicial (opción sobre la cual nos es imposible manifestarnos adecuadamente en este trabajo, razón por la cual tan sólo la señalamos), entre otras más.

(49) Para una mayor observación del tema ver, Matheus López, Carlos Alberto. “Parte, Tercero, Acumulación e Intervención Procesal”, Palestra editores, Lima, 2001, pág. 53 y sgtes.

(50) Montero, *ob.cit.*, pág. 854.



Con tal parecer, nuestra Ley General de Arbitraje nos señala en su artículo trigésimo tercero primer y segundo párrafo que *“Las partes pueden pactar el lugar y las reglas a las que se sujeta el proceso correspondiente. Pueden también disponer la aplicación del reglamento que tenga establecido la institución arbitral a quien encomiendan su organización. A falta de acuerdo, dentro de los diez (10) días siguientes a la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, éstos deciden el lugar y las reglas del proceso del modo que consideren más apropiado, atendiendo la conveniencia de las partes...”*<sup>(51)</sup>

2.- Principio de audiencia, contradicción y de igualdad: el procedimiento arbitral debe respetar siempre estos tres principios los cuales se encuentran estrechamente entrelazados, pudiendo así decirse que con la audiencia se procura a las partes un conocimiento sobre los hechos a fin de que en un plano de igualdad puedan hacerse oír y también contradecir.

En este sentido, nuestra Ley General de Arbitraje nos señala en su artículo trigésimo tercero último párrafo que *“Durante el proceso arbitral deberá tratarse a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”*<sup>(52)</sup>

3.- Derecho de defensa: las partes en el procedimiento arbitral pueden actuar por sí mismas o a través de sus abogados.

Con este parecer, nuestra Ley General de Arbitraje nos señala en su artículo trigésimo quinto que *“Todos los escritos deben estar firmados por las parte que los presentan. No se requerirá firma de*

---

(51) Al parecer este artículo tiene como base a la Ley Española de Arbitraje de Derecho Privado, la cual en su artículo 21 inciso 2 nos señala que *“El desarrollo del procedimiento arbitral se regirá por la voluntad de las partes o por las normas establecidas por la Corporación o Asociación a la que se le haya encomendado la administración del arbitraje y, en su defecto, por acuerdo de los árbitros”*.

(52) Este artículo al parecer ha tomado como base a la Ley Española de Arbitraje de Derecho Privado, la cual en su artículo 21 inciso 1 nos señala que *“El procedimiento arbitral se ajustará en todo caso a o dispuesto en esta Ley, con sujeción a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes”*.

*abogado. Si hubiera abogado designado, éste podrá presentar directamente los escritos de mero trámite*".<sup>(53)</sup>

Además de los principios analizados existen otros más que también se aplican al arbitraje –que requieren un estudio mucho más detenido-, tales como el principio de temporalidad, de *favor arbitralis*, de dualidad de posiciones, de buena fe, entre otros.<sup>(54)</sup> Prescribiendo –en este mismo sentido– nuestra Ley General de Arbitraje en su artículo trigésimo cuarto inciso siete que "*Como directores del proceso los árbitros deben velar para que el mismo se desarrolle bajo los principios de celeridad, inmediatez, privacidad, concentración y economía procesal, posibilitando la adecuada defensa de las partes*".

## **B. Actos del procedimiento**

Determinados de manera esquemática se pueden resaltar principalmente los siguientes actos a llevarse a cabo en el *iter* del procedimiento arbitral:

1.- Inicio: El procedimiento arbitral comienza cuando los árbitros hayan notificado por escrito a las partes la aceptación del arbitraje.<sup>(55)</sup> Debiendo distinguirse los supuestos de órgano arbitral singular y colegiado, pues en el primero se producirá la litispendencia arbitral cuando aquel notifique a las partes su aceptación. En tanto en el segundo, se produce aquella con la notificación de la instalación del tribunal arbitral.

En este sentido, y refiriéndose principalmente a la litispendencia arbitral en el caso de órgano colegiado, nuestra Ley General de Arbitraje al prescribir en su artículo trigésimo cuarto inciso uno que "*La parte que formula su pretensión ante los árbitros deberá hacerlo dentro de los*

---

(53) Este artículo, aparentemente, se basa –en lo fundamental– en la Ley Española de Arbitraje de Derecho Privado, la cual en su artículo 21 inciso 3 prescribe que "*Las partes podrán actuar por sí mismas o valerse de abogado en ejercicio*".

(54) Con tal parecer Chocrón, *ob. cit.*, pág. 19 y sgtes.

(55) Ramos, *ob. cit.*, pág. 1136.

*ocho (8) días de notificada de la instalación del tribunal arbitral...*”<sup>(56)</sup> esta tomando esta opción, pues, nos señala que es desde la instalación del tribunal arbitral que se inicia el plazo para que las partes formulen sus pretensiones sean estas singulares o acumuladas.

2.- Lugar: El procedimiento arbitral tendrá lugar, salvo acuerdo o disposición reglamentaria en contra, donde decidan los árbitros.<sup>(57)</sup>

En este sentido, nuestra Ley General de Arbitraje al prescribir en su artículo trigésimo tercero segundo párrafo que *“a falta de acuerdo, dentro de los diez (10) días siguientes a la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, estos deciden el lugar (...) que consideren más apropiado, atendiendo la conveniencia de las partes...”*<sup>(58)</sup>

3.- Idioma: Salvo acuerdo de las partes los árbitros determinarán el idioma o idiomas en que halla de desarrollarse el procedimiento arbitral y lo notificarán a las partes. No podrán elegir un idioma que ninguna de las partes conozcan o que no sea oficial en el lugar en que se desarrollará el procedimiento arbitral.<sup>(59)</sup>

Nuestra Ley General de Arbitraje reconoce implícitamente este criterio en su artículo trigésimo tercero segundo párrafo antes visto, a diferencia de otros ordenamientos que lo hacen de manera expresa.<sup>(60)</sup>

---

(56) Este artículo tiene como base a la Ley Española de Arbitraje de Derecho Privado, la cual en su artículo 22 nos señala de manera mucho más clara que *“El procedimiento arbitral comienza cuando los árbitros hayan notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje”*.

(57) Montero, *ob. cit.*, pág. 854.

(58) Al parecer este artículo tiene como base a la Ley Española de Arbitraje de Derecho Privado, la cual en su artículo 24 inciso 1 nos señala que *“Salvo lo acordado en el convenio arbitral o lo que dispongan los reglamentos arbitrales, los árbitros decidirán el lugar donde se desarrollará la actuación arbitral, así como el lugar en el que deba realizar cualquier actuación concreta y lo notificarán a las partes”*.

(59) Ramos, *ob. cit.*, pág. 1135.

(60) Como la Ley Española de Arbitraje de Derecho Privado que en su artículo 24 inciso 2 nos señala expresamente que *“Salvo acuerdo de las partes, los árbitros determinarán el idioma o idiomas en que haya de desarrollarse*

4. Plazos: Los árbitros no están sujetos a plazos determinados, salvo que ellos hayan sido acordados por las partes.<sup>(61)</sup>

La Ley General de Arbitraje nuestra reconoce implícitamente este criterio en su artículo trigésimo tercero segundo párrafo ya observado, de modo distinto a otras regulaciones normativas que sí resultan expresas.<sup>(62)</sup>

5. Inactividad de las partes: La inactividad de las partes no impide que se pueda dictar el laudo y que este tenga eficacia.<sup>(63)</sup>

En este sentido, nuestra Ley General de Arbitraje prescribe en su artículo cuadragésimo séptimo que “...*La inactividad de las partes no impiden la prosecución del proceso ni que se dicte el laudo en base a lo ya actuado...*”.<sup>(64)</sup>

6. Desistimiento: En cualquier momento antes de dictarse el laudo las partes pueden acordar desistirse del arbitraje.<sup>(65)</sup>

Con tal parecer nuestra Ley General de Arbitraje nos señala en su artículo cuadragésimo tercero que “*En cualquier momento antes de la notificación del laudo, de común acuerdo y comunicándolo a los árbitros, las partes pueden desistirse del arbitraje*”.<sup>(66)</sup>

---

*el procedimiento arbitral y lo notificarán a las partes. No podrán elegir un idioma que ninguna de las partes conozca o que no sea oficial en el lugar en que se desarrollará la actuación arbitral”.*

(61) Montero, *ob. cit.*, pág. 854.

(62) Como la Ley Española de Arbitraje de Derecho Privado que en su artículo 25 inciso 1 nos señala directamente que “*Los árbitros no están sujetos en el desarrollo del arbitraje a plazos determinados, salvo acuerdo de las partes y sin perjuicio de los establecido en la Ley respecto del plazo para dictar el laudo*”.

(63) Ramos, *ob. cit.*, pág. 1136.

(64) Este artículo tiene como base a la Ley Española de Arbitraje de Derecho Privado, la cual en su artículo 22 inciso 2 nos señala que “*La inactividad de las partes no impedirá que se dicte el laudo ni le privará de eficacia*”.

(65) Montero, *ob. cit.*, pág. 854.

(66) Al parecer este artículo tiene como base a la Ley Española de Arbitraje de Derecho Privado, la cual en su artículo 31 nos señala que “*En cualquier momento antes de dictarse el laudo las partes, de común acuerdo, pueden desistir del arbitraje...*”.

7. Prueba: Los árbitros practicarán la prueba que estimen pertinente, sea por iniciativa propia o a instancia de parte. Siendo posible también la cooperación jurisdiccional en los casos en los cuales los árbitros no puedan ejecutar por sí mismos las pruebas.<sup>(67)</sup>

Nuestra Ley General de Arbitraje reconoce este criterio en su artículo trigésimo cuarto, trigésimo séptimo, y cuadragésimo, al señalar respectivamente que:

(Artículo 34 inciso 1) *“La parte que formula su pretensión ante los árbitros deberá hacerlo dentro de los ocho (8) días de notificada (...), debiendo ofrecer al mismo tiempo las pruebas que la sustenten”*.<sup>(68)</sup>

(Artículo 37) *“Los árbitros tienen la facultad para determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas (...). Pueden también ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estimen necesarios...”*.<sup>(69)</sup>

(Artículo 40) *“El tribunal arbitral, o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral, podrá pedir auxilio judicial para la actuación de pruebas”*.<sup>(70)</sup>

### **C. Supuestos de pluralidad y variación de los límites del procedimiento**

Debemos inicialmente recordar que el procedimiento arbitral está regido por el principio de dualidad de partes o bilateralidad, el cual nos

---

(67) Ramos, *ob. cit.*, págs. 1136-1137.

(68) Al parecer este artículo tiene como base a la Ley Española de Arbitraje de Derecho Privado, la cual en su artículo 26 nos señala que *“Los árbitros practicarán a instancia de parte, o a iniciativa propia, las pruebas que estimen pertinentes y admisibles en derecho. A toda práctica de prueba serán citadas y podrán intervenir las partes o sus representantes”*.

(69) Del mismo modo, esta norma es tributaria del artículo 26 de la Ley Española de Arbitraje de Derecho Privado ya antes citado.

(70) Este artículo tiene como base a la Ley Española de Arbitraje de Derecho Privado, la cual en su artículo 27 nos señala que *“Los árbitros podrán solicitar el auxilio del Juez de Primera Instancia del lugar donde se desarrolle el arbitraje, en la forma prevenida en el artículo 43, para practicar las pruebas que no puedan efectuar por sí mismos”*.

informa –en principio– que existen dos posiciones de parte, una activa (demandante) y otra pasiva (demandado) y que en cada una debe haber un sujeto diferente, pues no cabe demandarse uno mismo. Más esto no quiere decir que sólo debe haber un sujeto en cada posición, pudiendo presentarse casos de plurisubjetividad o lo que es lo mismo pluralidad de sujetos como parte, ya sea en una posición activa, pasiva, o mixta. En este sentido, se habla sin más del litisconsorcio arbitral,<sup>(71)</sup> obviando referirse a sus diversas tipologías, y a otras figuras vinculadas a este como es la intervención de terceros.

Visto el panorama, podemos señalar que, en tanto es el convenio arbitral el que fija a los sujetos que quedarán sometidos al procedimiento de arbitraje, no existe un problema grave de indeterminación de los sujetos presentes y ausentes a partir de este criterio. Sin embargo, tan sólo a efectos de determinar las dificultades que subyacen en este tema, podemos observar que necesariamente existirá en sede arbitral la acumulación objetiva-subjetiva<sup>(72)</sup> (mal llamada litisconsorcio voluntario), así como el litisconsorcio necesario.<sup>(73)</sup> Por otra parte, cabría utilizar también los

---

(71) Con tal criterio Chocrón, *ob. cit.*, págs. 73-74.

(72) Se va a producir esta figura cuando, por ejemplo, como producto del negocio jurídico –sometido al convenio arbitral– existan diversas pretensiones pertenecientes a varios sujetos. Así, si por razón del mismo contrato, A se comprometió a la ejecución del 60% de la obra y B a la ejecución del 40% restante, ambos frente a C. Entonces, el procedimiento arbitral que surja como producto de la controversia sobre el 100% de la ejecución importará dos pretensiones arbitrables (de condena) distintas y acumuladas, una de C contra B cuyo objeto es la ejecución del 40% de la obra, y otra de C contra A, cuyo objeto es la ejecución del 60% de la obra. Pudiendo observarse así que al interior del procedimiento arbitral se generará una acumulación tanto de objetos como de sujetos, llamada por ello acumulación objetiva-subjetiva.

(73) Se dará esta figura cuando, por ejemplo, como producto del negocio jurídico –sometido al convenio arbitral– exista una única pretensión que corresponde conjuntamente a varios sujetos. De tal modo, si A vendió un inmueble a B y C. Entonces, el procedimiento arbitral que surja como producto de la controversia sobre la resolución del contrato, importará una única pretensión arbitrable (constitutiva), dirigida por A contra B y C. Pudiendo observarse así que la interior del procedimiento arbitral se generará un litisconsorcio necesario pasivo.

Para una mejor comprensión de estos temas ver, Matheus López, Carlos Alberto “El Litisconsorcio Necesario”, Ara editores, Lima, 1999.

supuestos de intervención, tanto voluntaria como forzosa,<sup>(74)</sup> a efectos de que ingrese al procedimiento arbitral un tercero en determinados casos. De igual forma, cabría preguntarse si es posible que se produzca en el procedimiento una sucesión, sustitución o cambio de partes.<sup>(75)</sup>

Por otro lado, y pese a todo lo antes indicado, debemos ser conscientes que este no es el lugar adecuado para abordar el tratamiento específico de estas figuras ciertamente complejas.

---

(74) Pongámonos a pensar si una determinada pretensión que es sustraída de la jurisdicción ordinaria, y llevada al arbitraje, es por ello luego imposible que en esta sede se produzca el ingreso de un tercero ajeno al procedimiento arbitral, el cual si hubiese podido intervenir sin problema si se tratase de un proceso jurisdiccional. Entonces, si es que existen –como puede ser el caso– todos los requisitos para que se lleve a cabo una intervención procesal a solicitud del tercero (voluntaria), o porque este es llamado a intervenir por una de las partes del procedimiento (forzosa a instancia de parte), y aún el supuesto límite de que pueda ser el órgano arbitral el que llame al tercero (forzosa por orden del juez), parece necesario concluir en la necesaria admisión de las intervenciones procesales en sede arbitral, resultando menos discutibles algunos supuestos de intervención voluntaria (adhesiva simple, adhesiva litisconsorcial y principal). En ese sentido, podemos señalar como ejemplo el caso de A (uno de los deudores solidarios) que interviene en el procedimiento arbitral instaurado por B (el acreedor) contra sólo C (el otro deudor solidario) para solicitarle la suma de S/. 10,000 prevista como contraprestación en el contrato celebrado por todos y sometido a convenio arbitral. Podemos observar así la conexión objetiva total que existe entre las pretensiones arbitrables X (de B contra C) e Y (de B contra A), pues ambas poseen como objeto la suma de S/. 10,000 y el mismo título, dado que ambos son deudores solidarios, y en tal forma resulta posible aquí por la eficacia directa de la sentencia que se podrá producir frente a A, la intervención de este último de manera adhesiva litisconsorcial.

(75) A efectos de dar una respuesta afirmativa, basta preguntarse si en el caso de instaurarse un procedimiento arbitral entre A y B, acorde al convenio celebrado, y durante el transcurso de este sucediera el deceso de B, significaría acaso que sus causahabientes C y D no pasarían a ocupar su posición en el procedimiento, habiéndose producido así una sucesión arbitral.

Por otra parte, si C acreedor de A, quiere dirigirse contra B, que es a su vez, deudor de A, para exigir la entrega de una cantidad de dinero producto del contrato de compraventa celebrado entre A y B, el cual está sometido a convenio arbitral. Entonces, ¿podrá iniciar C por sustitución el procedimiento arbitral contra B, invocando la legitimidad de A?, o es que deberá necesariamente iniciar un proceso jurisdiccional, con lo cual, dado

## 8. EL LAUDO ARBITRAL

Estudiaremos ahora el laudo arbitral, resolución con la cual normalmente concluye el procedimiento de arbitraje,<sup>(76)</sup> para lo cual estableceremos inicialmente su concepto, determinando luego sus requisitos, contenido específico y efectos.

### A. Concepto

La actividad de los árbitros, así como el procedimiento arbitral, culmina normalmente al dictarse la correspondiente resolución, denominada –por contraposición a la sentencia, reservada a los órganos jurisdiccionales– laudo arbitral.

Existiendo este paralelismo con la sentencia, es pues, evidente que podemos hablar de laudos declarativos, constitutivos y de condena, según la respectiva pretensión sobre la que se decida (acorde al principio de congruencia).

Sin embargo, el órgano arbitral sólo se limitará a conocer de la pretensión y fallar sobre esta, estimándola o desestimándola, por lo que

---

que esta pretensión –sujeta a la denominada acción subrogatoria– se encuentra sometida a convenio arbitral, B siempre podrá oponer eficazmente la excepción de convenio arbitral prevista en el artículo 446 inciso 13 del Código Procesal Civil Peruano, cerrando así el camino del proceso, con lo que se estaría vulnerando el Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva de C.

Para una mayor información sobre las estas figuras procesales ver Matheus, Parte, Tercero..., *ob. cit.*, pág. 86 y sgtes.

- (76) Al igual que la sentencia en el campo procesal, el laudo importa el modo normal de conclusión del procedimiento arbitral, existiendo respectivamente también modos anormales de conclusión de este último, tales como la conciliación, transacción, y desistimiento del procedimiento. Con tal parecer nuestra Ley General de Arbitraje señala en su artículo 41 que *“Los árbitros son competentes para promover conciliación en todo momento. Si antes de la expedición del laudo las partes concilian o transigen sus pretensiones, los árbitros dictarán una orden de conclusión del procedimiento, adquiriendo lo acordado la autoridad de cosa juzgada...”*. Por otro lado, la misma norma en su artículo 43 nos dice que *“En cualquier momento antes de la notificación del laudo, de común acuerdo y comunicándolo a los árbitros, las partes pueden desistirse del arbitraje...”*.



para la adopción de una medida cautelar, tendría que acudir siempre al órgano jurisdiccional correspondiente, así como también para llevar a cabo la ejecución del laudo.<sup>(77)</sup>

## **B. Requisitos**

Respecto a los requisitos hay que distinguir los relativos al tiempo y a la forma:<sup>(78)</sup>

1º En cuanto al tiempo, los árbitros deben dictar el laudo en el plazo –general– de veinte días de vencida la etapa de pruebas, salvo que las partes hubieran dispuesto otra cosa (artículo 48 de nuestra LGA).

El transcurso del plazo sin haber dictado el laudo tiene como principal consecuencia la posibilidad judicial de anular el laudo (artículo 73 inciso 5 LGA).

2º En cuanto a los requisitos de forma, están claramente fijados en nuestra Ley General de Arbitraje (artículo 49 LGA). El laudo se recoge formalmente en un escrito, firmando los árbitros, y si alguno no lo hiciera se entenderá que se adhiere a la decisión de la mayoría. Por otra parte, el laudo podrá ser protocolizado notarialmente (artículo 57 LGA).

## **C. Contenido**

El laudo arbitral debe expresar al menos los siguientes puntos: el lugar en que se dicta, nombre de los árbitros y de las partes, la cuestión sometida a arbitraje y una sucinta relación de las alegaciones y conclusiones de las partes, la valoración probática en que se funda la decisión, los fundamentos fácticos y jurídicos de las pretensiones y resistencias, y, finalmente, la decisión arbitral (artículo 50 LGA); así como el pronunciamiento sobre costos (artículo 52 LGA).

El fallo del laudo tendrá consiguientemente los siguientes posibles contenidos:<sup>(79)</sup>

---

(77) Con similar parecer Montero, *ob. cit.*, pág. 855-856.

(78) En este sentido Montero, *ob. cit.*, pág. 856.

(79) Con igual criterio Montero, *ob. cit.*, págs. 856-857.

1º Desde el punto de vista exclusivamente procesal, puede acoger la declaración de incompetencia efectuada por el órgano arbitral (artículo 39 LGA).

2º Si el laudo entra en el fondo de la cuestión litigiosa, y es de derecho, decidirá jurídicamente el arbitraje, esto es, basándose en normas jurídicas aplicables a los hechos controvertidos, respetándose en esta materia el principio de congruencia.

3º Si el laudo es de conciencia, se expresará en el fallo el leal saber y el entender del órgano arbitral.

Existen también las posibilidades de corrección, integración y aclaración del laudo. En tal sentido, las partes pueden pedir a los árbitros o estos realizar de oficio, dentro del plazo de cinco días tras la notificación del laudo, la corrección de cualquier error de cálculo, de copia tipográfica o de naturaleza similar. Del mismo modo, pueden dentro del mismo plazo antes señalado integrar el laudo, si se hubiese omitido resolver algunos de los puntos materia de controversia (artículo 54 LGA). Pueden también a solicitud de parte, dentro del mismo plazo, aclarar algún punto ambiguo o incierto del laudo (artículo 55 LGA).

## **E. Efectos**

Podemos observar que el principal efecto del laudo es la producción de cosa juzgada, así como la condena en costas.<sup>(80)</sup>

1º Cosa juzgada.- Dispone el artículo 59 de nuestra LGA que “El laudo tiene valor de cosa juzgada...”. Y por su parte, el artículo 83 LGA nos señala que “*El laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes*”, fórmula que parece buscar no el igualar el laudo con la sentencia, pero si reconocer su semejanza.

Por ello, si una de la partes pretendiese la misma cosa frente a la otra, por la misma causa y en la misma calidad, se produciría la

---

(80) Con este parecer Montero, *ob. cit.*, págs. 857-858.

excepción de cosa juzgada en sede arbitral,<sup>(81)</sup> la cual debería ser resuelta como una cuestión previa acorde al artículo 39 LGA.

Finalmente, en caso que una parte accediera posteriormente a la jurisdicción, el demandado tendría a mano la excepción de cosa juzgada, única forma –al estar pensada la excepción de arbitraje para otro supuesto distinto– de impedir que el cumplimiento del laudo quede burlado.<sup>(82)</sup>

2° Costas.- Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 52 LGA.

## **9. ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL**

La ley no ha querido renunciar en absoluto a un control judicial del laudo, estableciendo consecuentemente un mecanismo de anulación de laudos arbitrales.<sup>(83)</sup> En este sentido, nuestra LGA recoge las causales de anulación del laudo arbitral en su artículo 73, referidas a la nulidad del convenio arbitral, defectos de notificación y defensa, defectos de composición del órgano arbitral, error en las mayorías requeridas para decidir, superación del plazo para laudar, e inarbitrabilidad de la pretensión sometida.

## **10. MEDIDAS CAUTELARES**

Dada la característica de jurisdiccionalidad de las medidas cautelares, esto es, que sólo los órganos investidos de potestad

---

(81) A fin de determinar la existencia de cosa juzgada sobre una pretensión arbitrable, y con ello la posterior estimación de una excepción de este tipo, tienen que analizarse todos los límites de la pretensión sometida, tanto objetivos como subjetivos, los cuales corresponden a los denominados límites de la cosa juzgada: objetivos (objeto y componente jurídico del título), subjetivos (parte activa y parte pasiva), y temporales (componente fáctico del título).

(82) Con similar criterio Montero, *ob. cit.*, pág. 858. En tal sentido, se utilizará en la sede del proceso jurisdiccional la excepción de cosa juzgada, prevista en el artículo 446 inciso 8 del Código Procesal Civil Peruano, el cual a la letra señala que “*El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones: (...) 8. Cosa Juzgada*”.

(83) Con opinión semejante Ramos, *ob. cit.*, pág. 1138.

jurisdiccional pueden dictarlas y llevarlas a cabo,<sup>(84)</sup> es que se requerirá necesariamente –para el caso del arbitraje– que la parte solicite el dictado de tales medidas a la jurisdicción, como bien lo señalan los artículos 79 a 82 de nuestra LGA.

Respecto a esta relación que se observa entre el arbitraje y la jurisdicción, cabría observar diversos supuestos de coincidencia sobre la pretensión sometida a uno u otro mecanismo. En tal sentido, esta identidad respecto a la pretensión podrá darse de manera sucesiva, cuando un procedimiento arbitral decida sobre aquella y luego un proceso jurisdiccional decida sobre lo mismo o viceversa, y también de manera contemporánea, cuando se encuentren pendientes, sobre la misma pretensión, ambos mecanismos conjuntamente.<sup>(85)</sup> Sin embargo, este no es el lugar para abordar las posibles soluciones a estos supuestos, los cuales sólo queríamos dejar indicados.

## **11. EJECUCIÓN FORZADA DEL LAUDO**

El laudo arbitral es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, y en caso de no cumplirse lo ordenado por este –si es un laudo de condena principalmente– la parte cuya pretensión fue estimada podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juzgado Especializado Civil del lugar de la sede del arbitraje, ejecutándose así el laudo como si fuera una sentencia, y anexándose a la solicitud de ejecución necesariamente copia de este último o de la sentencia judicial en el caso de haberse producido una anulación o impugnación, como lo prescriben correctamente los artículos 83 y 84 de nuestra LGA.

## **12. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL**

En el caso peruano es la misma norma general de arbitraje la que regula en su sección segunda al arbitraje internacional, determinando que

---

(84) Con igual parecer Vecina Sifuentes, Javier. *“Las medidas cautelares en los procesos ante el tribunal constitucional”*. Editorial Colex, Madrid, 1993, págs. 50-51.

(85) Con tal parecer Bove, Mauro. *“Rapporti tra arbitro e giudice statale”* en **“Rivista dell’arbitrato”**, N° 3, Giuffrè editore, Varese, 1999, pág. 409 y sgtes.

estas disposiciones se aplicarán sin perjuicio de cualquier tratado bilateral o multilateral vigente (artículo 88 LGA).

Por otra parte, el artículo 91 de la LGA determina la calidad de internacional de un arbitraje sobre la base de dos criterios:

1° Si las partes del convenio arbitral tienen al momento de la celebración de este, sus domicilios en estados diferentes.

2° Si uno de los lugares siguientes se encuentra fuera del estado donde las partes tienen sus domicilios: el lugar del arbitraje –si ha sido determinado en el convenio arbitral o con arreglo a él– o el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la pretensión arbitrable tiene más estrecha relación.

Algún sector de la doctrina considera ociosa una regulación de este tipo dado que –a su criterio– basta con los convenios internacionales en los cuales se encuentra regulada suficientemente esta materia.<sup>(86)</sup> Criterio el cual no compartimos, pues consideramos que nuestra norma –recogiendo una moderna tendencia normativa– establece también disposiciones a efectos de regular el arbitraje de tipo internacional, quedando claro que estas se aplican sólo en defecto de tratado internacional al respecto.<sup>(87)</sup>

### **13. EL DERECHO DE ARBITRAJE PERUANO**

Frente a todo lo expuesto podemos abordar ya la exigencia que toda esta actividad llevada a cabo por el árbitro dirigida a satisfacer la pretensión arbitrable, determina en el plano jurídico la necesidad de su estudio por medio de la ubicación de un lugar concreto y específico del ordenamiento jurídico como es aquel que denominaremos Derecho de Arbitraje, el cual posee como objeto de estudio las diferentes implicaciones jurídicas y procesales que nos plantea esta institución.<sup>(88)</sup>

---

(86) En este sentido Ramos, *ob. cit.*, págs. 1142-1143.

(87) Con igual parecer Montero, *ob. cit.*, pág. 862. Cabe señalar –a estos efectos– que el Perú ha ratificado la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975) de la cual forma parte.

(88) Con igual parecer Lorca, *ob. cit.*, pág. 29.

De tal modo, podemos hablar de un Derecho de Arbitraje Peruano, el cual se encuentra normativamente conformado por la Ley General de Arbitraje, así como por diversas normas que regulan supuestos especiales de aquel, tales como la Ley y el Reglamento del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, entre otros casos.<sup>(89)</sup>

---

(89) Como aquel previsto por el artículo 38 de la Ley de Protección al Consumidor (/Decreto Legislativo N° 716) que a la letra nos señala que *“La Comisión de Protección al Consumidor, en coordinación con el Directorio del INDECOPI, establecerá directamente o mediante convenios con instituciones públicas o privadas, mecanismos alternativos de resolución de disputas del tipo de arbitraje...”*, el cual lamentablemente no ha tenido un desarrollo reglamentario posterior, a efectos de la instauración efectiva de este tipo de arbitraje institucional en nuestro país. Del mismo modo, la undécima disposición complementaria y transitoria de la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) prescribe que *“El Consejo Nacional del Ambiente es la institución organizadora del arbitraje ambiental, debiendo cumplir con los artículos y disposiciones contenidos en la presente Ley, en los términos previstos”* y por su parte el Reglamento de Organización y Funciones del Consejo Nacional del Medio Ambiente (Decreto Supremo N° 022-2001-PCM del 8 de Marzo del 2001) nos señala en su primera disposición complementaria que *“Mediante Decreto del Consejo Directivo se establecerán las disposiciones necesarias para organizar el arbitraje ambiental a que se refiere la Undécima Disposición Transitoria de la Ley N° 26572”*, con lo cual se estaría estableciendo un arbitraje de tipo institucional para el caso ambiental, el cual aún lastimosamente no se encuentra completamente normado.

González Solano, Gustavo. **Semiótica jurídica**, según las interpretaciones y las argumentaciones jurídicas (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2002, 209 páginas).

*Esta relevante obra está compuesta por estos capítulos:*

- I. Las conceptualizaciones de la palabra “Derecho”
- II. La semiótica jurídica
- III. Las interpretaciones de la norma jurídica
- IV. El descubrimiento del significado jurídico
- V. La argumentación jurídica en general
- VI. La argumentación jurídica en particular

En la *Introducción* su autor nos indica que el presente libro trata sobre la semiótica jurídica. Este reciente campo de estudio es el eje central de las actividades jurídicas tanto en nuestro país, como en cualquier otro: los procesos jurídicos, entendiéndose por éstos la creación de leyes, interpretación de normas, aplicación de sentencias, argumentación de alegatos, establecimiento de fundamentaciones. Con esta obra se pretende llevar a cabo ciencia jurídica, no doctrina jurídica ni teoría normativa del derecho. La semiótica jurídica es una ciencia y a la vez un instrumento de la ciencia.

– o –

Villalobos Brenes, Francisco. **Los impuestos y la vida** (San José: Ediciones Perro Azul, 2002, 124 páginas).

En la *Presentación*, el abogado Juan Carlos Gómez Sánchez, nos dice que este libro es una recopilación de columnas periodísticas que se han escrito a lo largo de los últimos años. El enfoque que Villalobos le da al tema de los impuestos es pocas veces igualado, en el cual combina tecnicismo, picardía, ingenio y habilidad.

– o –

Jurado Fernández, Julio. **Jueces y constitución en Costa Rica** (San José: Juricentro, 2003, 256 páginas).

*Los capítulos que componen este importante libro son:*

- I. Los modelos de control de constitucionalidad y juez ordinario
- II. Las competencias del juez ordinario costarricense en materia de control de constitucionalidad de normas

- III. La consulta judicial de constitucionalidad y el juez ordinario
  - 1. Caracteres de la consulta
- IV. La consulta judicial de constitucionalidad y el juez ordinario
  - 2. El papel del juez
- V. La inaplicación de las leyes por el juez ordinario en Costa Rica: La doctrina de la Sala Constitucional
- VI. Función jurisdiccional y control de constitucionalidad en Costa Rica

En la *Presentación* Don Luis López Guerra nos expresa que el excelente trabajo de Julio Jurado Fernández presenta ciertamente una doble dimensión. Por una parte, ofrece un análisis serio y riguroso de la situación de la justicia constitucional en Costa Rica; por otra representa una exposición consciente del surgimiento de nuevos modelos de justicia constitucional en la América Latina.

Por su parte, su autor, en la *Introducción* no señala que el tema de esta monografía es el papel y la participación del juez ordinario en el actual sistema de control de constitucionalidad de las normas. Dado el carácter –en principio– concentrado del sistema, el punto de partida es la exclusión del juez común de dicho control.

– o –

Méndez Ramírez, Odilón. ***La investigación científica*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 2002, 211 páginas).

*Este valioso libro se divide en los siguientes títulos:*

- I. El tema, el plan provisional y la división material de la investigación
- II. El proceso de escritura de la investigación y los elementos que componen su estructura
- III. La técnica en la citación de fuentes

En la *Introducción general*, su autor nos indica que la presente publicación es producto de la experiencia obtenida durante muchos años en la enseñanza del Derecho. Agregando que es criterio del autor que los principios que se expresan en este trabajo, pueden servir a investigaciones realizadas en disciplinas distintas del Derecho, por cuanto la finalidad de esta publicación es, la de propiciar el rigor científico y la ordenación lógica de contenidos.



## INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i> .....	9
<b>Ensayos:</b>	
De los males, los menores: del abolicionismo y del garantismo <i>Licda. Egennergy Venegas Villegas</i> <i>Licda. Elizabeth Muñoz Barquero</i> .....	11
El documento electrónico, la firma digital y la contratación administrativa <i>Lic. Carlos Jovel Sánchez</i> .....	23
La lógica de la constitucionalidad <i>Lic. Gustavo González Solano</i> .....	55
Contratación para la elaboración del software individualizado. Estudio comparado de la legislación iberoamericana <i>Lic. Fernando Fuentes Pinzón</i> .....	91
De la organización mundial del comercio: evaluación del funcio- namiento en sus primeros años <i>Lic. Gustavo Rivera Sibaja</i> .....	107
La externalización de actividades laborales (outsourcing) <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i> .....	119
El derecho de arbitraje peruano <i>Prof. Carlos Alberto Matheus López</i> .....	143
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i> .....	175



Impreso por  
Litografía e Imprenta LIL, S.A.  
Apartado 75-1100  
San José, Costa Rica  
377343

