

# Revista de --- DERECHO ---

## MENSAJE DEL DECANO

Saber más para servir mejor

## DOCTRINA

**BUGALLO MONTAÑO, Beatriz**  
**MONTERO FRASCHINI, María Inés**

Danza y propiedad intelectual,  
registro como marca de movimiento  
y el caso Moonwalk

**FIGUEREDO, Flavia**

Garantías de los derechos de los  
administrados frente a la administración  
aduanera y de justicia

**PEREIRA BRAUSE, Pablo**

Arbitraje laboral: su irresolución  
jurisprudencial y el rol del precedente  
en el derecho uruguayo

**RISSO FERRAND, Martín**

¿Interpretación judicial o  
interpretación mayoritaria?

**ETCHEVERRY, Juan Bautista**

El caso central de la decisión  
judicial defectuosa

**OVANDO ARIAS, Mateo**

Teorías del conflicto como herramienta  
para la solución de disputas en  
la sociedad contemporánea

## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

**MANTERO MAURI, Elías**

El régimen jurídico de los gastos  
comunes en la propiedad horizontal

## JURISPRUDENCIA COMENTADA

**HOWARD, Aparicio**

Alcance del término “empresario” bajo  
el régimen de la responsabilidad decenal.  
Comentario a la Sentencia N.º 1.297/2019  
de la Suprema Corte de Justicia

## INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y posgrados

## TESINAS DE MASTERS

**SANTOS CURBELO, Agustina**

Hacia una regulación autónoma  
de la prueba digital

## MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

**LÓPEZ VALENZUELA, Agustina**

¿Verdad a cualquier costo?:  
La admisibilidad de la prueba obtenida  
ilícitamente en arbitraje internacional

## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

**CASANOVA, Miguel**

Reseña del libro:  
“La figura del administrador de hecho”,  
Valentina Quinteros Serra





*Revista de*  
DERECHO

Año XXIV (Diciembre 2025), N° 48  
ISSN: 1510-5172 (en papel) - ISSN: 2301-1610 (en línea)

### Política de acceso abierto

La Revista de Derecho proporciona acceso inmediato y gratuito a todos los contenidos de esta edición electrónica, bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional. Los artículos se pueden compartir y adaptar siempre y cuando:

- 1) Se cite la autoría y la fuente original de su publicación (revista, editorial y URL del artículo).
- 2) Se mencione la existencia y especificaciones de esta licencia de uso.
- 3) No se usen para fines comerciales.

### Indexada en:

Biblioteca Nacional de Uruguay, EBSCO-Academic Search Ultimate, ERIHPLUS, Dialnet, Latindex, Timbó Foco, Scopus. Miembro de AURA: Asociación Uruguaya de Revistas Académicas.

### Redacción y suscripciones

Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo.  
Dr. Prudencio de Pena 2544 (11600)  
Montevideo, URUGUAY  
Tel.: (598) 2707-4461

### Contacto de la revista

E-mail: [redaccionfder@um.edu.uy](mailto:redaccionfder@um.edu.uy)  
Canje: [biblioteca@um.edu.uy](mailto:biblioteca@um.edu.uy)

### Página web de la revista

<http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho>

*La revista no asume necesariamente las opiniones expresadas en los trabajos publicados.*

### Plazo de recepción de originales

Para el número de julio, hasta el 30 de abril anterior; para el número de diciembre, hasta el 30 de octubre anterior.

### Aviso de derechos de autor

Esta revista es publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Los autores que publican en esta revista aceptan los siguientes términos: Los autores conservan los derechos de autor y conceden a la revista el derecho de primera publicación de la obra bajo una licencia de Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0), que permite a otros compartir el trabajo con un reconocimiento de la autoría y un reconocimiento de su publicación inicial en esta revista.

### Declaración de privacidad

Los nombres y direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por la revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.



Directrices para autores/as

Author Guidelines

Directrices para Autores

Maquetación e impresión: editáonline

Depósito legal: 382.468

Comisión del papel

Edición amparada al decreto 218/96

ISSN: 1510-5172 (en papel)

ISSN: 2301-1610 (en línea)

Nº 48 – DICIEMBRE 2025

*Revista de*  
**DERECHO**

Director Fundador: Carlos E. DELPIAZZO

Director Académico: Santiago PÉREZ DEL CASTILLO

**CONSEJO EDITORIAL**

Director General y Editor Responsable: Miguel CASANOVA

Marcelo SHEPPARD

María BRUGNINI

**SECRETARÍA TÉCNICA**

Natalia VELOSO GIRIBALDI

Sofía MARURI ARMAND-UGON

**EDITORIA TÉCNICA**

Valentina MORANDI

**CONSEJO ASESOR**

Jorge FERNÁNDEZ REYES, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay

Mercedes JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay

Pedro MONTANO GÓMEZ, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay

Walter HOWARD, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay

## COMITÉ CIENTÍFICO

Carlos DE CORES, Universidad CLAEH, Montevideo, Uruguay  
María Emilia CASAS BAHAMONDE, Universidad Complutense de Madrid, España  
Alejandro CASTELLO, Universidad de la República, Uruguay  
David ARONOFSKY, University of Montana, Missoula, Montana, Estados Unidos  
Joseph DALY, Mitchell Hamline University, Saint Paul, Minnesota, Estados Unidos  
Juan CIANCIARDO, Universidad de Navarra, Pamplona, España  
Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, Universidad de Navarra, Pamplona, España  
Juan Bautista ETCHEVERRY, Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina  
Pedro COVIELLO, Universidad Católica de Buenos Aires, Argentina  
Jaime RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Universidad de La Coruña, España  
Jorge ROSENBAUM, Universidad de La República, Uruguay  
Raúl GAMARRA, Universidad Católica del Uruguay, Uruguay  
Rosa LASTRA, Queen Mary University of London, Inglaterra  
Henry Alexander MEJÍA, Universidad de El Salvador, El Salvador  
Guillermo Antonio TENORIO CUETO, Universidad Panamericana, México  
Juan Carlos MORÓN URBINA, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú  
Rafael R. DICKSON MORALES, Universidad Iberoamericana, República Dominicana  
Joaquín GARCÍA HUIDOBRO, Universidad de los Andes, Chile  
Sebastián CONTRERAS, Universidad de los Andes, Chile  
Pilar ZAMBRANO, Universidad de Navarra, España  
Juana ACOSTA, Universidad de la Sabana, Colombia  
Mario GARMENDIA, Universidad CLAEH, Uruguay

## SUMARIO

### MENSAJE DEL DECANO

Saber más para servir mejor ..... 9

### DOCTRINA

BUGALLO MONTAÑO, BEATRIZ;  
MONTERO FRASCHINI, MARÍA INÉS

Danza y propiedad intelectual,  
registro como marca de movimiento  
y el caso Moonwalk ..... 15

FIGUEREDO, FLAVIA

Garantías de los derechos de los  
administrados frente a la administración  
aduanera y de justicia..... 71

PEREIRA BRAUSE, PABLO

Arbitraje laboral: su irresolución  
jurisprudencial y el rol del precedente  
en el derecho uruguayo ..... 95

RISSO FERRAND, MARTÍN

¿Interpretación judicial o  
interpretación mayoritaria? ..... 119

ETCHEVERRY, JUAN BAUTISTA

El caso central de la decisión judicial defectuosa ....143

OVANDO ARIAS, MATEO

Teorías del conflicto como herramienta para  
la solución de disputas en la sociedad  
contemporánea ..... 161

### CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

MANTERO MAURI, ELÍAS

El régimen jurídico de los gastos comunes  
en la propiedad horizontal ..... 197

### JURISPRUDENCIA COMENTADA

HOWARD, APARICIO

Alcance del término “empresario” bajo el régimen  
de la responsabilidad decenal. Comentario a la  
Sentencia N.º 1.297/2019 de la Suprema Corte  
de Justicia ..... 225

### INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y posgrados ..... 245

### TESINAS DE MASTERS

SANTOS CURBELO, AGUSTINA

Hacia una regulación autónoma  
de la prueba digital ..... 275

### MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

LÓPEZ VALENZUELA, AGUSTINA

¿Verdad a cualquier costo?: La admisibilidad  
de la prueba obtenida ilícitamente en arbitraje  
internacional ..... 303

### NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

CASANOVA, MIGUEL

Reseña del libro: “La figura del administrador de  
hecho”, Valentina Quinteros Serra ..... 319





## MENSAJE DEL DECANO

CASANOVA MIGUEL

Saber más para servir mejor



## Mensaje del decano

### Saber más para servir mejor

Hace unos días tuve la oportunidad de participar en la ceremonia de graduación de la Universidad de Montevideo. Me quedaron resonando especialmente unas palabras del Rector en su discurso de cierre: “*Saber más para servir mejor*”. La frase condensa de modo simple y profundo el propósito de la Universidad como institución dedicada a la formación integral de personas llamadas a contribuir, desde diversos ámbitos, al desarrollo del bien común.

En tiempos marcados por las redes sociales, la sobreinformación permanente y la exaltación de experiencias rápidas, efímeras y muchas veces superficiales, se vuelve un desafío central –y a la vez ineludible– inculcar en los estudiantes universitarios el valor de la profundidad intelectual. Formar profesionales universitarios hoy implica, en buena medida, ayudar a ir a contracorriente: aprender a detenerse, a pensar, a estudiar en serio, a ir a fondo.

Se trata de sembrar en los alumnos una auténtica sed de conocimiento, de modo que, con libertad, elijan aprovechar su tiempo con responsabilidad –cada instante– para profundizar en aquello que estudian. No solo porque ese esfuerzo los hará más competitivos en sus futuras carreras profesionales, sino, sobre todo, porque los preparará mejor para servir a los demás y a la sociedad.

Saber más amplía la capacidad de comprender la realidad, de entender los problemas/necesidades y de idear soluciones adecuadas a problemas concretos. Saber más contribuye también a una vida más plena, porque promueve virtudes centrales como la humildad —en el sentido socrático de reconocer que nuestro conocimiento es siempre limitado—, la prudencia y la justicia. En definitiva, prepara a la persona para enfrentar con mayor solidez intelectual y humana los desafíos que presenta la vida.

Y si a ese “saber más” se le suma un propósito trascendente, que mire más allá del beneficio personal o del éxito individual, estaremos formando profesionales verdaderamente cabales. Personas capaces de elevar el nivel de su actividad profesional y, al mismo tiempo, de transformar la realidad para bien.

¿Cómo lograrlo? Todo indica que una de las claves decisivas está en los profesores universitarios. En quienes enseñamos debe estar presente la ilusión de dejar huella en nuestros alumnos, de transmitirles la importancia de formarse a fondo, de estudiar con

ambición intelectual y con responsabilidad ética. No se trata solo de aprobar un examen, sino de prepararse seriamente para ejercer una profesión al servicio de los demás.

En ese camino, la actividad investigadora del académico resulta esencial. La docencia universitaria auténtica se nutre de la investigación, del estudio riguroso y del compromiso con el avance del conocimiento. Una vez más, reaparece esta idea de *saber más para servir mejor*.

En este número 48 de la Revista de Derecho, el lector encontrará ejemplos concretos de ese esfuerzo académico por profundizar en el conocimiento para aportar al debate en diferentes áreas del Derecho, que sin duda dará buenos frutos.

Miguel Casanova  
Diciembre de 2025







## DOCTRINA

**BUGALLO MONTAÑO, BEATRIZ;**  
**MONTERO FRASCHINI, MARÍA INÉS**

Danza y propiedad intelectual,  
registro como marca de movimiento  
y el caso Moonwalk

**FIGUEREDO, FLAVIA**

Garantías de los derechos de  
los administrados frente a la  
administración aduanera y de justicia

**PEREIRA BRAUSE, PABLO**

Arbitraje laboral: su irresolución  
jurisprudencial y el rol del precedente  
en el derecho uruguayo

**RISSO FERRAND, MARTÍN**

¿Interpretación judicial o  
interpretación mayoritaria?

**ETCHEVERRY, JUAN BAUTISTA**

El caso central de la decisión  
judicial defectuosa

**OVANDO ARIAS, MATEO**

Teorías del conflicto como  
herramienta para la solución  
de disputas en la sociedad  
contemporánea



BEATRIZ BUGALLO MONTAÑO

Universidad de la República, Uruguay

beatriz.bugallo@fder.edu.uy

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7920-3112>

MARÍA INÉS MONTERO FRASCHINI

Universidad de la República, Uruguay

inemontero17@gmail.com

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0001-6956-7203>

Recibido: 08/04/2025 - Aceptado: 21/05/2025

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:

Bugallo Montaña, B. y Montero Fraschini, M. I. (2025). Danza y propiedad intelectual, registro como marca de movimiento y el caso Moonwalk. *Revista de Derecho*, 24(48), e481. <https://doi.org/10.47274/DERUM/48.1>

## Danza y propiedad intelectual, registro como marca de movimiento y el caso Moonwalk

15

**Resumen:** El artículo plantea en primer lugar las facetas de la danza enfocadas hacia el análisis de las distintas posibilidades de protección por la propiedad intelectual de manera general. Luego, en particular se analizan distintas creaciones involucradas, explicando el abanico de derechos correspondientes a los titulares de derechos: coreografía; bailarines; directores y otros roles en la preparación o producción de un espectáculo de danza; elementos escénicos y complementarios. También se presenta la especial protección legal de las danzas folklóricas y tradicionales. A ello se agregan consideraciones sobre los desafíos de las nuevas tecnologías para la protección legal de la danza. En segundo lugar se analiza la posibilidad de protección de coreografías, secuencias de pasos o movimientos por medio de la marca de movimiento. En tercer lugar, se toma el caso particular de la coreografía y del paso conocido como Moonwalk para plantear un análisis de sus posibilidades de protección por derechos de autor, marca o competencia desleal. Finalmente, reflexionamos sobre las ventajas y limitaciones de los distintos sistemas de protección de la propiedad intelectual en relación con elementos creativos de la danza.

**Palabras clave:** danza; propiedad intelectual; coreografía; intérpretes; marca de movimiento; Moonwalk

## Dance and intellectual property, register as movement trademark and the Moonwalk case

**Abstract:** The article first discusses the facets of dance, focusing on the analysis of the different possibilities of intellectual property protection in general. Then, in particular, the different creations involved are analyzed, explaining the range of rights corresponding to right holders: choreographers; dancers; directors and other roles in the preparation or production of a dance show; scenic and complementary elements. The special legal protection of folk and traditional dances is also presented. Secondly, the possibility of protecting choreographies, sequences of steps or movements by means of movement trademarks is analyzed. Thirdly, the particular case of the choreography and the step known as Moonwalk is considered to examine the possibilities of protection by copyright, trademark or unfair competition. Finally, we reflect on the advantages and limitations of the different intellectual property protection systems in relation to creative elements of dance.

**Keywords:** dance; intellectual property; choreography; performers; movement trademark; Moonwalk

16



## Dança e propriedade intelectual, registro como marca de movimento e o caso Moonwalk.

**Resumo:** O artigo primeiro discute as facetas da dança, concentrando-se na análise das diferentes possibilidades de proteção da propriedade intelectual em geral. Em seguida, são analisadas, em particular, as diferentes criações envolvidas, explicando a gama de direitos correspondentes aos detentores dos direitos: coreografia; dançarinos; diretores e outras funções na preparação ou produção de um espetáculo de dança; elementos cênicos e complementares. A proteção legal especial das danças folclóricas e tradicionais também é apresentada. Em segundo lugar, é analisada a possibilidade de proteger coreografias, sequências de passos ou movimentos por meio da marcação de movimento. Em terceiro lugar, tomamos o caso específico da coreografia e do passo conhecido como Moonwalk para analisar as possibilidades de proteção por direitos autorais, marca registrada ou concorrência desleal. Por fim, refletimos sobre as vantagens e limitações dos diferentes sistemas de proteção à propriedade intelectual em relação aos elementos criativos da dança.

**Palabras-chave:** dança; propriedade intelectual; coreografia; artistas; marca de movimento; Moonwalk

## 1. La danza. Conceptos generales.

La danza, como manifestación artística que combina movimiento, expresión y creatividad, representa una forma única de creación intelectual que merece reconocimiento y protección jurídica.

Como se trata de aportes creativos personales originales, sean individuales o en colaboración, para las distintas facetas de la creación es muy relevante la protección por el derecho de autor y derechos conexos de todos quienes participan en el proceso de creación y ejecución de la danza. Incluso muchos de tales aportes presentan innovaciones tecnológicas que pueden protegerse mediante alguna modalidad de patente. Por otra parte, como en cualquier proceso tecnológico, podría haber aportes respecto de los cuales se prefiera mantener secreto, también amparado por el Derecho. Asimismo, ya en un plano más empresarial de tutela de la distintividad, se recurre a marcas o nombres comerciales para presentarse en el mercado.

Respecto de las danzas de tiempos muy remotos, no hay registros fiables en general, ni identificación de creadores para atribuirles autoría. De todas maneras, se han ideado alternativas de protección legal para hacer respetar y mantener su integridad. Reconocida la danza como un valor sociocultural, el Derecho ofrece determinadas regulaciones como lo es la propiedad intelectual que, por añadidura a las propias complejidades de dicha manifestación cultural, enfrenta los desafíos de las tecnologías de esta época –como lo hizo en otras– que ponen en jaque varios de sus conceptos tradicionales. Esta interrelación danza – derecho no es sencilla ni pacífica, destacándose por varios autores la necesidad de que ambos ámbitos se encuentren en sintonía a pesar de las tensiones (Lula, 2006 y Knight, 2021).

La relación entre la danza y el Derecho referido a la propiedad intelectual constituye el objeto del presente trabajo. Explicaremos las principales cuestiones que se suscitan en el plano de la defensa de los derechos de los creadores intelectuales en el ámbito de la danza, algunos de los nuevos problemas que generan las nuevas tecnologías frente a la protección tradicional de la propiedad intelectual y, en especial, la posibilidad de que las secuencias de movimiento de la danza constituyan marca de movimiento. Aplicando los conceptos precedentes se analiza desde el punto de vista jurídico el caso Moonwalk, uno de los más populares de la cultura contemporánea (o directamente el más popular), relacionado con aspectos autoristas y marcarios.

### 1.1 La danza como expresión artística

La danza es una de las expresiones artísticas más antiguas de la humanidad, un lenguaje universal que trasciende barreras culturales y lingüísticas. A través del movimiento corporal, el ser humano ha encontrado una forma de comunicación que expresa emociones, cuenta historias y preserva tradiciones culturales. Según el Diccionario de la Real Academia Española, en adelante RAE, danza significa tanto bailar, dicho de una persona, como ejecutar movimientos acompañados. La danza puede definirse como el arte de expresarse mediante movimientos corporales rítmicos que siguen un patrón, usualmente acompañados de música. Es una manifestación artística que combina el movimiento, el espacio, el tiempo y la energía para crear una experiencia estética y comunicativa.

A menudo, los términos “baile” y “danza” se utilizan indistintamente, pero existen diferencias sutiles que los distinguen. El baile se asocia generalmente con una actividad social, recreativa o festiva, caracterizada por su espontaneidad y libertad de movimiento, sin necesidad de una técnica o estructura rígida. Se encuentra comúnmente en fiestas, clubes y celebraciones, abarcando una amplia gama de estilos, desde los bailes populares hasta los de salón.

El enfoque más general del baile como actividad reside en el disfrute del movimiento y la conexión con la música y los participantes, sin requerir necesariamente un entrenamiento formal o habilidades técnicas avanzadas. Por otro parte, la danza se considera una forma de arte que utiliza el movimiento corporal como medio de expresión. Implica una técnica, estructura y estética más formalizadas, y a menudo se realiza con un propósito artístico, cultural o ritual. La danza se encuentra en teatros, escenarios y ceremonias culturales, abarcando distintos géneros. El énfasis de la danza, en este sentido, recae en la expresión artística, la técnica, la precisión y la comunicación de emociones o ideas a través del movimiento, lo que a menudo requiere un entrenamiento formal, disciplina y habilidades técnicas avanzadas.

Sintetizando, se podría decir que el baile se inclina hacia lo informal y social, mientras que la danza se orienta hacia lo formal y artístico. El baile se centra en el disfrute, mientras que la danza se centra en la expresión, aunque haya convergencias en ambos casos. Sin embargo, es importante reconocer que la línea entre baile y danza puede ser difusa, y algunos estilos pueden encajar en ambas categorías, como el tango, que puede ser tanto un baile social como una forma de danza artística. De todas maneras, reconociendo las diferencias técnicas, en el contexto del análisis de este trabajo referido a la determinación de derechos de la propiedad intelectual, utilizamos indistintamente las expresiones.

En cualquier caso, a diferencia de movimientos reflejos o habituales cotidianos, la danza implica una intencionalidad expresiva y artística, donde cada gesto y postura tiene un significado particular dentro del contexto de la obra. Este arte ha evolucionado a lo largo de la historia humana, desde rituales primitivos hasta sofisticadas formas de expresión contemporánea.

La danza cumple múltiples funciones en la sociedad. La más remota Historia señala que en muchas culturas cumplió una función ritual y religiosa, ligada a ceremonias y rituales sagrados. En las distintas mitologías se hace referencia a divinidades relacionadas con la danza: Hathor en la mitología egipcia es la diosa del amor, la alegría y el baile; Shiva en la mitología hindú, es la diosa del baile; Terpsícore en la mitología griega se conoce como la musa de la danza y la poesía lírica. La Biblia en algunas ocasiones menciona la danza como expresión de alegría y festejo en un contexto social y cultural, por citar algún ejemplo los Salmos 149:3 y 150:4 invitan repetidamente a alabar a Dios con danzas, resaltando la danza como una forma legítima de adoración.

A la vez, al transmitir valores, tradiciones y conocimientos estamos ante una función educativa de la danza. Incluso, en diversas dimensiones se reconoce una función terapéutica, denominada danza-terapia que utiliza el movimiento con instrumento de sanación física y emocional. En todas estas situaciones hay una función social: con el objetivo de fortalecer lazos comunitarios y facilitar la integración social.

## 1.2 Elementos de la danza

En general se enuncian tres elementos fundamentales de la danza: cuerpo, espacio, tiempo (Werosh & Veneziani y 2002, Bourgat, 1966).

El cuerpo es el instrumento principal de la danza. A través de él, el bailarín interpreta, expresa y comunica. El conocimiento y dominio corporal son esenciales para el desarrollo técnico y artístico del bailarín. La danza es expresión humana, al menos de una representación humana.

El espacio es el entorno donde se desarrolla la danza. Incluye aspectos como:

- niveles: alto, medio y bajo;
- direcciones: adelante, atrás, diagonal, lateral;
- planos: frontal, sagital y horizontal;
- trayectorias: rectas, curvas, zigzag;
- formaciones: líneas, círculos, cuadrados, dispersión.

El tiempo en la danza se relaciona con la duración, velocidad y ritmo de los movimientos. Ello implica considerar:

- ritmo: organización temporal de los movimientos;
- tempo: velocidad de ejecución (rápido, moderado, lento);
- pulso: latido regular que marca el tiempo;
- acento: énfasis en determinados movimientos.

A este elenco de elementos fundamentales algunos expertos añaden dos más, que de todas maneras han de ser considerados componentes necesarios para que los tres elementos fundamentales se articulen entre sí y se haga evidente la expresión intelectual de quienes participan en la danza. Me refiero a la energía y la relación.

La energía determina la calidad y dinámica del movimiento. A su vez, se puede caracterizar según su intensidad (fuerte o suave), su fluidez (continua o entrecortada), su tensión (relajada o tensa), su peso (liviano o pesado).

La relación se refiere a la forma en que los bailarines interactúan entre sí y con el entorno. Sus posibles modalidades se distinguen según el contacto físico (tocar, cargar, sostener), la sincronización de movimientos, la complementariedad de los roles de los partícipes en la danza, o la proximidad según la cual se sitúen los bailarines entre sí.

Evidentemente los parámetros de caracterización de energía y relación que expusimos son solamente una enunciación, pues se presentan de manera muy variada. Todos ellos importan a la hora de describir una danza, definir el alcance de las expresiones originales y, en ese sentido, determinar cuándo se puede hablar de titularidades de derechos de autor, por ejemplo.

## 1.3 Diversidad en la danza

La danza se expresa a través de múltiples formas a lo largo de la historia y en diferentes culturas. A continuación relacionamos un elenco de modalidades que consideramos aproximadamente abarcativo de las más generales, aunque es claro que, como toda

categorización que considera solamente algunos ejemplos de tan numerosa variedad, es opinable (Baril, 1964). Nuestro objetivo al plantearlas es dejar presente algunas descripciones y ejemplos indicativos de los conceptos jurídicos referidos a propiedad intelectual que se referirán más adelante en este trabajo.

#### a. Danzas Clásicas

La danza clásica tiene sus raíces en las cortes europeas del Renacimiento y el Barroco, a partir del siglo XVI. El ballet es su forma más destacada, conocido por su disciplina rigurosa, movimientos técnicos y estética refinada. Se centra en el perfeccionamiento de posturas y movimientos precisos, como el uso de la punta. Las coreografías siguen una estructura formal. El ballet clásico cuenta con un vocabulario específico usualmente en francés y busca la perfección técnica, la ligereza y la gracia.

#### b. Danzas folklóricas

La danza folklórica expresa las tradiciones y costumbres de una cultura o región. Se transmite de generación en generación y suele estar asociada a celebraciones y festividades. Varía ampliamente según la región geográfica, reflejando una manifestación social de un grupo de personas.

Cada región del mundo tiene sus propias danzas tradicionales. Mencionaremos algunas como ejemplo.

En primer lugar, el tango típico de Uruguay y Argentina. Es una danza de pareja caracterizada por precisión y elegancia. El tango muestra una conexión intensa entre los bailarines, con movimientos cortados y figuras complejas.

En segundo lugar, el flamenco de España, típico arte andaluz que combina cante, toque de guitarra, baile y jaleo. El flamenco se caracteriza por su intensidad emocional, el zapateado rítmico y los movimientos expresivos de brazos y manos.

En tercer lugar, el bharatanatyam, conocida como una de las danzas clásicas más antiguas de la India, caracterizada por sus posiciones geométricas, gestos simbólicos (mudras) y expresiones faciales (abhinaya).

En cuarto lugar, podemos mencionar las danzas africanas que se caracterizan por el contacto con la tierra, los movimientos de cadera, la polirritmia y su carácter comunitario. En varios sentidos constituyen la base de muchas danzas modernas occidentales.

#### c. Danzas Urbanas

La danza urbana surgió en las comunidades urbanas, especialmente en Estados Unidos de América, en adelante EEUU. Incluye estilos como el hip-hop, el breaking, el popping y otros. Se caracteriza por su energía, creatividad y expresión individual, debido directamente a que surgió en las calles, en ambientes ajenos a las academias de baile.

Entre ellas podemos destacar el hip hop, surgido en los barrios del Bronx – New York en los años 70, que incluye estilos como breaking, popping, locking y krumping. Presenta energía, creatividad y carácter social. Otra variedad es el house, originado en los clubes de Chicago y Nueva York en los 80, presentando movimientos fluidos de pies (footwork), influenciados por el tap, el jazz y las danzas africanas.

#### d. Danzas de Salón

La danza de salón se baila en pareja, generalmente en espacios cerrados como salones de baile. Incluye estilos como el foxtrot y el cha-cha-chá. También el tango, en realidad, se puede considerar una danza de salón. Se caracteriza por su elegancia, ritmo y conexión entre los bailarines. Tiene una función fuertemente social, de intercambio social. Se destacan también el vals, la sala y la bachata.

#### e. Danzas Modernas y Experimentales

La danza moderna surgió a principios del siglo XX como una reacción contra la rigidez de la danza clásica. Busca la libertad de movimiento y la expresión individual, explorando nuevas técnicas y estilos. La llamada danza experimental, que también es una danza moderna, rompe con las convenciones y busca nuevas formas de expresión. Incorpora elementos de otras disciplinas artísticas, como el teatro, la música y las artes visuales, desafía las normas establecidas. Su nota característica es no definirse por regla alguna. Como variedades de estas podemos mencionar el butoh, originaria de Japón, que explora la deformación del cuerpo y movimientos lentos y controlados. Suele abordar temas existenciales y tabúes. También se encuentra la denominada “contact improvisation”, desarrollada por Steve Paxton en los 70, que se basa en el contacto físico entre bailarines y el uso del peso y la gravedad.

## 2. La Propiedad Intelectual y la danza como creación.

21

### 2.1 Panorama de su protección

El proceso de expresión e interpretación de la danza genera numerosas creaciones intelectuales que, como tales y en tanto se ajusten a derecho, merecen reconocimiento y protección legal. Se puede encontrar en la propiedad intelectual diversos institutos y mecanismos que permiten proteger los derechos de creadores e intérpretes. Si bien en general la protección más frecuente es la de Derechos de autor y derechos conexos, en el caso de algunas creaciones complementarias a la danza y su espectáculo como tal, también podría recurrirse a otras modalidades.

El derecho de autor representa el principal mecanismo de protección para las creaciones coreográficas. La mayoría de las legislaciones nacionales incluyen explícitamente las “obras coreográficas y pantomímicas” entre las categorías de obras protegidas. Esta protección abarca los derechos morales, que reconocen la paternidad del coreógrafo sobre su obra y protegen la integridad de la coreografía, así como los derechos patrimoniales, que permiten al creador autorizar o prohibir la reproducción, comunicación pública, distribución y transformación de su obra coreográfica. Otras creaciones necesarias para el impacto artístico de la danza, tales como escenografía, vestuario, maquillaje y demás, también se protegen por derecho de autor. Es de destacar que ya vencidos los derechos de explotación patrimonial respecto de una obra protegida, los derechos morales de los autores perduran en el tiempo y deberán seguir siendo respetados.

Por otra parte, los bailarines tienen una protección específica a través de los Derechos conexos reconociendo su aportación artística a la materialización de la coreografía.

Además del derecho de autor, la danza puede beneficiarse de otros mecanismos de protección.

Mediante signos distintivos, en particular marcas registradas, las compañías de danza pueden proteger sus nombres, logotipos o títulos de espectáculos emblemáticos como signos distintivos. Siendo una actividad económica, el mero uso del nombre de la compañía constituye nombre comercial protegido, cuyos derechos en Uruguay se adquieren por el uso.

Las producciones de danza contemporánea frecuentemente incorporan elementos tecnológicos innovadores que podrían ser objeto de protección mediante patentes. Nos referimos, por ejemplo a sistemas mecánicos para escenografías móviles o adaptativas, dispositivos tecnológicos integrados en el vestuario de los bailarines, mecanismos de iluminación con funcionalidades novedosas, instrumentos o aparatos específicos diseñados para producir efectos escénicos particulares, entre otras innovaciones que se van sumando con el tiempo. También pueden patentarse dispositivos que utilizan los intérpretes o bailarines en su actividad, el caso de los zapatos patentados de Michael Jackson para bailar el Moonwalk ha sido muy comentado.

Es de destacar que ciertos elementos técnicos, metodológicos o creativos pueden protegerse mediante secreto industrial. Es el caso de los métodos de entrenamiento específicos desarrollados por una compañía, las técnicas especiales de producción escenográfica, las fórmulas para materiales especiales utilizados en vestuario o escenografía o incluso procesos técnicos para lograr determinados efectos visuales o sonoros. De todas formas, el secreto industrial no protege contra el desarrollo independiente de la misma solución por parte de terceros, como en el caso de los mecanismos de protección de la propiedad intelectual.

La variedad de recursos y creaciones que pueden involucrarse en las producciones de danza contemporánea sugiere la conveniencia de una estrategia integral que combine diversos mecanismos de protección: derecho de autor para las coreografías y elementos creativos, patentes para innovaciones tecnológicas incorporadas a la producción, secreto industrial para métodos y procesos distintivos, marcas para la identidad comercial de la compañía o producción, todo esto asentado – en su caso – en contratos adecuados que regulen todos los aspectos de colaboración y explotación.

A continuación haremos algunas referencias específicas en relación con una selección de las creaciones más frecuentes de las producciones de danza.

## 2.2 Coreografías como Obras Protegibles

### 2.2.1 Concepto de coreografía.

Coreografía etimológicamente proviene del griego “koreos” que significa danza o movimiento y “grafia” que significa expresar, escribir. Su significado original alude a la notación de movimientos de la danza. Las acepciones que plantea el diccionario RAE del término son bastante cercanas: “1 f. Arte de componer bailes. 2 f. Arte de representar en el papel un baile por medio de signos, como se representa un canto por medio de notas. 3 f. Arte de la danza. 4 Conjunto de pasos y figuras de un espectáculo de danza o baile.”.

En este sentido se puede también mencionar definiciones históricas sobre la coreografía como el arte de escribir la danza con la ayuda de distintos signos (Noverre, 1760, p. 362).

Desde una perspectiva moderna, encontrar una definición que en una frase abarque lo que sí, lo que no y lo que podría integrarse en una idea de coreografía es muy difícil, seguramente por ello las legislaciones vigentes prácticamente no se extienden en tal definición, a pesar de que regularmente incluyen a las obras coreográficas en las enunciaciones de obras protegidas.

Algunas veces se recurre a un conjunto de ideas clave como definición, a modo de las que destaca Krakower (2018, p. 714) en el derecho angloamericano, cuando propone las siguientes: la coreografía es la compilación de movimientos, secuencias o interpretación física ensamblada con el propósito de una presentación o ejecución; aunque no es necesaria una trama, un elemento narrativo o una música que acompañe los movimientos, se incorporan frecuentemente; los pasos o secuencias individuales y las expresiones de baile social no constituyen coreografía y no pueden tener derechos de autor, aunque podrían aplicarse en un trabajo coreográfico de mayor envergadura.

La Oficina estadounidense derecho de autor, en adelante USCO, define la coreografía como la composición y el arreglo de una serie relacionada de movimientos y patrones de danza organizados en un todo coherente, compuesta por pasos de danza, movimientos de danza y/o patrones de danza, destacando que la expresión coreografía no es sinónimo de danza (U.S. Copyright Office, 2021, § 805.1).

Para la doctrina latinoamericana la coreografía es una obra escénica, caracterizada por la complejidad de los elementos que muchas veces pertenecen a diversos campos de la actividad creativa, así como por la frecuente conjunción de varias personas en la autoría y la define como “la representación bailada de piezas musicales” (Bercovitz, 1997, p.176), agregando que se protege también la sucesión de gestos y movimientos en función de una estructura armónica organizada, según la cual debe quedar “un escaso margen de improvisación para el intérprete”.

Se entiende asimismo que la coreografía integra las obras performativas, entendidas estas como las que se manifiestan “mediante acciones ejecutadas por el artista utilizando básicamente el cuerpo humano (pero no sólo) como medio artístico” (Hernando, 2015, p.40).

En la doctrina autoralista argentina clásica, Satanowsky (1954, I, p. 208) expresó algunas décadas atrás que las obras coreográficas tienen dos formas de realización, la danza y el ballet, “o sea el baile con una razón o un argumento”, englobándolas en las obras escénicas. Agrega que hacen “hablar a los personajes en el lenguaje puramente rítmico y dinámico de la danza”. Siguiendo con la doctrina argentina, Romero afirmó que las obras coreográficas comportan tres elementos diferentes, que enumera: el libreto, la acción escénica y la música (Romero, 1935, p. 362). Se plantea en particular qué sucedería si el aporte del director escénico o el escenógrafo fuera de relevancia para la coreografía. La interrogante se responde valorando los aportes intelectuales de estos casos, como de cualquier otro, al punto de definir si tienen suficiente relevancia como para constituirse en una coautoría o si se trata de un nivel menos significativo de creación. Más recientemente, en la línea conceptual de Satanowsky, Emery (2001, p. 36) expresa que las obras coreográficas “se desarrollan sobre una escena sus formas más conocidas son la danza y el baile”, excluyendo del concepto la expresión “de manera inorgánica”,

requiriendo para el alcance legal del concepto que sigan una línea argumental. De todas maneras, este mismo autor incorpora un concepto más moderno de obra coreográfica como “composición de movimientos para danza escenificada” (Emery, 2001, p. 37).

No toda coreografía será necesariamente una obra independiente, expresión reservada a las obras individuales que constituyen más que una simple ejecución de una danza integrada en una obra general (Dessemontet, 1999, p. 60). Habrá que analizar concretamente cada situación para definir la calificación correspondiente.

En una concepción más moderna, se sostiene que aún un espectáculo callejero, puede ser una obra protegida (Barrelet & Egloff, 2000, p. 18).

Finalmente, en torno al concepto de coreografía es fundamental destacar que se trata siempre de una composición de diversos elementos, de muy diverso origen, de diverso régimen de titularidad, conjugados en torno a una idea expresiva creativa. Una obra coreográfica, según la USCO, puede contener uno o más elementos tales como movimiento rítmico en un espacio definido, arreglo compositivo, acompañamiento musical o textual, contenido dramático (U.S. Copyright Office, 2021, § 805.2), en la cual la ausencia de uno de ellos o presencia excepcional de un elemento no habitual no es condicionante para la existencia de la obra coreográfica protegida.

Por nuestra parte, teniendo en cuenta la evolución tecnológica y cultural entendemos que la coreografía hoy puede definirse como aquella creación intelectual que consiste en el movimiento de las personas organizado en función de una idea artística creadora, desplazándose en el tiempo y el espacio.

### 2.2.2 Evolución histórica

Las primeras manifestaciones coreográficas surgieron en la prehistoria como parte de rituales comunitarios, como lo testifican pinturas rupestres de aproximadamente 9000 años de antigüedad que muestran figuras humanas en posiciones que sugieren movimientos coordinados, probablemente con fines religiosos o sociales. En las civilizaciones antiguas como Egipto y Mesopotamia, la danza ya poseía estructuras definidas. Los egipcios desarrollaron danzas ceremoniales representadas en murales, mientras que en la Antigua Grecia, la choreia (χορεία) combinaba danza, música y poesía en representaciones que honraban a los dioses, especialmente a Dionisio. Durante la Edad Media se destaca que las danzas folklóricas se expandieron popularmente.

El Renacimiento marcó un punto de inflexión crucial con el nacimiento de los primeros tratados sobre danza. En 1589, el “Ballet Comique de la Reine” en Francia estableció las bases del ballet cortesano, y Thoinot Arbeau publicó “Orchésographie” en 1588, uno de los primeros manuales que documentaban sistemáticamente pasos de danza. El título completo de este manual de danza, verdaderamente multimedia porque tenía texto, imágenes y notación musical indicativa (el primero como tal que se conoce), es “Orchesographie et traicté en forme de dialogue par le quel toutes personnes peuvent facilement apprendre & practiquer l’honneste exercice des danses.”. A manera de diálogo se explican y distinguen diversas modalidades de la danza, como la recreativa, la militar, la de salón, explicando pasos y movimientos, destacando también las ventajas para la salud que tiene la danza (Arbeau, 1589). El manual fue reimpresso en 1589 y 1596, esta vez luego de fallecido el autor, que firmaba como seudónimo-anagrama, correspondiente al canónigo francés de Langres, sacerdote Jehan Tabourot.

Las raíces históricas del ballet remontan al siglo XVI, a los teatros palaciegos de Italia y Francia. Continuó su expansión a nivel de las casas reales y desde el siglo XVIII el arte de la coreografía clásica comienza a asentarse en Rusia (Vaganova, 1945, p. 11). A partir del siglo XVII se precipita la evolución de las estructuras coreográficas a distintos niveles. En ese siglo surgió el ballet profesional con la fundación de la Academia Real de Danza en Francia en el año 1661 en la época del rey Luis XIV (Da Rocha Fragoso, 2009, p. 137). Algo más tarde en el siglo XVIII, Jean-Georges Noverre revolucionó la coreografía con su concepto de “ballet d’action”, enfatizando la expresividad narrativa sobre la técnica pura.

El periodo romántico, principios del siglo XIX, transformó el ballet con obras como “La Sylphide” (1832), imponiendo definitivamente el baile en puntas y temáticas etéreas. Al comienzo, las bailarinas iban colgadas con alambres, buscando esa sensación de flotar, pero fue Marie Taglioni, la primera bailarina en utilizar zapatillas de punta en una actuación pública desde la década de 1820 (Vaganova, 1945). Marie, que era conocida por su elegancia y su gracia en el escenario, utilizó las zapatillas de punta en su interpretación de “La Sylphide” en la Ópera de París. Posteriormente, siempre en el siglo XIX, el coreógrafo Marius Petipa en Rusia creó monumentales obras coreográficas con música de Tchaicovsky como “El lago de los cisnes” (en este caso en coautoría con Lev Ivanov, se estrenó en el Teatro Bolshoi de Moscú en 1877) y “La bella durmiente” (estrenada en San Petersburgo en 1890). Estas obras definieron la estructura del ballet clásico que conocemos hoy. En paralelo a esta evolución técnica o como espectáculo, el baile social y popular, así como lo que hoy se denomina danza folklórica, se fue fortaleciendo en la espontaneidad como reflejo de los cambios culturales de la época, con coreografías basadas en usos sin el rigor de la notación.

Desde el siglo XX en adelante comienzan movimientos y tendencias disruptivas que, junto con la influencia de las nuevas tecnologías precipitan cambios en la evolución de la creación coreográfica. A principios del siglo XX, figuras como Isadora Duncan rechazaron los confines del ballet clásico, abogando por movimientos más naturales y expresivos. Esta revolución se consolidó con los Ballets Rusos de Diaghilev, que presentaron obras innovadoras como “La consagración de la primavera” de Nijinsky. Martha Graham, Doris Humphrey y José Limón desarrollaron sistemas codificados de danza moderna, enfocándose en la gravedad, la respiración y la expresión emocional.

Posteriormente, durante la década de los 60 y 70 del siglo XX surgió el movimiento posmoderno con el Judson Dance Theater, cuestionando fundamentalmente qué constituye la danza y quién puede ser bailarín. Coreógrafos como Merce Cunningham introdujeron elementos de azar en sus composiciones, mientras que Pina Bausch desarrolló el género de danza-teatro, fusionando movimiento, texto y elementos teatrales.

Desde los años 80 en adelante, la coreografía se ha diversificado enormemente. William Forsythe deconstruyó el ballet clásico, mientras que coreógrafos como Akram Khan y Sidi Larbi Cherkaoui han creado obras que fusionan tradiciones orientales y occidentales. La danza urbana, con estilos como el hip-hop, breaking y popping, ha ganado reconocimiento como forma legítima de expresión coreográfica.

Los nombres de muchos movimientos tienen carácter descriptivo y una serie de términos están relacionados con la imitación de la plástica de los animales como el “pas de chat”, que representa un “salto de gato”. Asimismo, los nombres de algunos pasos se relacionan con movimientos de danzas folklóricas nacionales: es el caso del pas de bourrée, que proviene de la danza campesina francesa bourrée (Bazarova & Mei, 1998, p. 15).

Llegando ya al siglo XXI la influencia transformadora de la tecnología en la coreografía se ha desarrollado crecientemente. La videodanza, la captura de movimiento y las coreografías para entornos virtuales han expandido las posibilidades del medio. Además, plataformas como TikTok han democratizado la creación y difusión de secuencias coreográficas, permitiendo que creadores de todo el mundo compartan sus innovaciones instantáneamente. Incluso puede decirse que la pandemia de covid-19 aceleró la exploración de formatos digitales, con compañías creando obras específicamente para ser vistas en pantalla y ensayando a través de plataformas virtuales.

### 2.2.3 Requisitos de protección

La primer condición de protección para la coreografía es aquella común a todas las obras: la originalidad, como proyección de la personalidad del autor. No hay pronunciamientos definidos sobre criterios de originalidad en relación con las obras relacionadas con la danza en jurisprudencia ni en doctrina. Se destaca al respecto que, particularmente en cuanto a las obras coreográficas, no hay que confundir originalidad con estilo de danza o estilo personal. Para Soler Benito (2015, p.244) “el criterio del sello o huella personal simplemente intenta demostrar que la obra es realmente- y de manera incuestionable- de esa persona, resultado de un proceso creativo”.

El requisito fundamental para que sea posible la protección autoralista de una coreografía es la originalidad, como en todas las obras. Presenta características específicas que mencionamos a continuación:

- la coreografía debe distinguirse de otras preexistentes, aportando elementos diferenciadores;
- la originalidad subjetiva implica que refleje la personalidad y creatividad del coreógrafo, su impronta personal;
- en cuanto al umbral de originalidad, no todos los movimientos o secuencias alcanzan el nivel mínimo de originalidad requerido.

Los tribunales suelen analizar la complejidad de la composición, la combinación novedosa de elementos, la narrativa o estructura subyacente y la expresividad o significado.

Una segunda condición o requerimiento es la fijación, requisito fundamental en muchas jurisdicciones para que una coreografía pueda ser protegida. Para recibir protección legal, muchas jurisdicciones requieren que la coreografía esté “fijada” en un medio tangible o incluso gráficamente, mediante palabra escrita. A diferencia de obras como los libros o las pinturas, las coreografías son efímeras por naturaleza, lo que hace que su fijación sea particularmente desafiante. Surgió pues la necesidad de la denominada notación coreográfica, definida como la transcripción o representación del cuerpo humano en su relación con el espacio, con los objetos, con sus compañeros en duración, ritmo, fuerza, dinámica, calidad del movimiento y otros detalles corporales (Pierrat & Kruger, 2020, p. 81). Primero se trató de una reproducción casi a modo de dibujo del cuerpo humano, pero con el tiempo fue evolucionando a una simbología y con las nuevas tecnologías se complementa o ha devenido un registro de imágenes.

Esta necesidad de notación de las coreografías se puede ubicar bastante lejos en la Historia. El propio rey francés Luis XIV encomendó a Pierre Beauchamp (1631-1705)

un primer sistema de notación que luego, con el aporte de Raoul Auger Feuillet (1660-1710) se convirtió en una de las notaciones más utilizadas en el mundo cultural (Feuillet, 1700) desde el Barroco y durante varios siglos. En esta línea es interesante relevar un concepto de coreografía de Noverre clásico autor francés sobre danza del siglo XVIII quien consecuentemente la definía como el arte de escribir la danza con la ayuda de diferentes signos, como se escribe la música con la ayuda de figuras o caracteres diseñados para la denominación de las notas (Noverre, 1760, p. 369). Con la evolución tecnológica en las posibilidades de fijación, este tipo de definiciones fue evolucionando.

Como ejemplos más actuales de notación coreográfica se pueden citar distintos sistemas, que registran el movimiento a través de símbolos gráficos específicos. Es el caso de los sistemas Laban (Labanotation), Benesh, Eshkol-Wachman, Conté, que con mayor o menor complejidad y diversa simbología permiten registrar y leer el desarrollo coreográfico.

La exigencia de fijación específicamente gráfica o por escrito como condición de protección para las coreografías ha sido muchas veces criticada o cuestionada. Se ha afirmado que “exigir que la escenificación se fije por escrito puede ser fuente de dificultades ya que el gesto no siempre puede indicarse con precisión por medio de la palabra” (OMPI, 1978, p. 15). La tendencia es admitir la fijación más allá de una escritura. Nuevas tecnologías facilitan la notación, como la grabación audiovisual, mediante grabaciones en video, cualquiera sea su tecnología de base. Actualmente también hay sistemas digitales avanzados, en los que se aplican tecnologías emergentes que ofrecen nuevas posibilidades. Es el caso de la captura de movimiento como Motion Capture, notación asistida por computadora, u otras aplicaciones específicas.

27

En el derecho uruguayo, el artículo 5 de la Ley 9.739 de 17 de diciembre de 1937 y sus modificativas, al enumerar las obras protegidas, hace referencia a “Obras coreográficas cuyo arreglo o disposición escénica “mise en scène” esté determinada en forma escrita o por otro procedimiento.”. De manera que, si bien la exigencia original, de 1937 es la escritura, el legislador fue suficientemente previsor como para dejar abierta la posibilidad a la evolución tecnológica.

Constituya o no un requisito, la efectiva fijación es muy importante para una clara determinación del derecho.

Finalmente, podemos encontrar posibilidades coadyuvantes para la fijación contenida en documentación complementaria. Tales elementos adicionales pueden ser: descripciones textuales detalladas, como documentos que explican verbalmente cada secuencia de movimientos; storyboards y diagramas, que son representaciones gráficas de momentos clave de la coreografía; partituras musicales anotadas, que son indicaciones coreográficas sobre la partitura musical; también testimonios y declaraciones debidamente intervenidos notarialmente que describen la obra.

Una vez definida la coreografía, fijada en la medida de la necesidad requerida según el sistema jurídico, queda por considerar si realizar o no el registro pertinente. Para que existan los derechos del autor no es necesario ningún tipo de registro, como sucede con cualquier otra obra. No obstante, se puede registrar en el Registro de derechos de autor a cargo de la Biblioteca Nacional, en el caso de Uruguay, o en el registro que corresponda si se trata de otro país. La inscripción tiene efectos en cuanto a fecha cierta,

por la intervención pública al respecto. También podría ser protocolizado ante Escribano un ejemplar de la coreografía fijada con igual efecto de fecha cierta. El registro no es constitutivo de derechos, recordamos que basta con que exista la obra, en este caso coreografía, para que exista un autor con derechos.

En algunos países hay entidades privadas como federaciones de danza y similares que ofrecen la posibilidad de un registro privado, pero que no tiene más alcance que el contractual.

La protección de coreografías enfrenta varios desafíos particulares. Es compleja la situación en relación con las variaciones interpretativas, pues las diferencias naturales entre interpretaciones complican la determinación de infracción. También es difícil establecer la fijación a efectos de protección en las obras improvisadas, es decir, en coreografías que incluyen elementos improvisados presentan problemas para su fijación y protección. Otro factor de complejidad son las coreografías que consisten en obras colaborativas, en las cuales participan múltiples creadores, casos en los cuales la determinación de autoría puede ser un desafío de documentación y negociación.

Las coreografías originales se protegen por el derecho de autor. Esta protección se basa en el reconocimiento como obras en el sentido jurídico. El Convenio de Berna para la protección de la propiedad literaria y artística de 9 de setiembre de 1886, con sus modificaciones hasta la enmienda del 28 de setiembre de 1979 (aprobado en Uruguay por Decreto Ley 14.910 de 19 de julio de 1979), que constituye la base del sistema internacional de derechos de autor, menciona explícitamente en su artículo 2(1) las “obras coreográficas y las pantomimas” entre las creaciones protegibles.

La mayoría de legislaciones nacionales han adoptado este enfoque, aunque con diferentes matices. En EEUU, la Ley de derecho de autor, Copyright Act, de 1976 incluye específicamente las “obras coreográficas” como categoría protegible.

En la Unión Europea, en adelante UE, la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y conexos en la sociedad de la información, implícitamente las reconoce bajo la categoría general de obras artísticas.

En España, la Ley de Propiedad Intelectual (texto refundido) las menciona expresamente en su artículo 10.

En Latinoamérica, países como México, Argentina y Colombia las reconocen explícitamente en sus legislaciones. De igual manera, en el derecho uruguayo, artículo 5 de la Ley 9.739, está incluida en la enumeración de obras susceptibles de protección autoralista.

Muchas de las legislaciones que prevén en la enumeración de obras protegidas a la coreografía, lo hacen a la vez que mencionan la pantomima, que es una forma de comunicar argumentos y emociones utilizando únicamente el lenguaje corporal, mediante gestos, expresiones faciales y movimientos corporales prescindiendo de palabras. La danza también se expresa por lenguaje corporal, sean movimientos, expresiones o gestos, lo que nos lleva a preguntar cuál es claramente la diferencia entre ambas. Tradicionalmente se dice que la coreografía tiene un propósito fundamentalmente distinto: mientras la pantomima busca narrar o representar una situación específica, la coreografía se centra

en la composición artística del movimiento. Se plantea también que en una coreografía, lo importante es la estética, el ritmo, la sincronización y la belleza de los movimientos, generalmente acompañados por música, mientras que la pantomima se puede asemejar más al teatro. En realidad, a nuestro entender, según qué tipo de expresión artística de una y otra se compare, las diferencias pueden ser muchas o ninguna.

En cuanto a los elementos que pueden ser protegibles, la protección de la propiedad intelectual abarca diversos aspectos de la coreografía. Alcanza a los siguientes:

- secuencia integral, combinación completa de movimientos que conforman la obra;
- fragmentos sustanciales, secciones identificables que poseen originalidad por sí mismas;
- elementos distintivos, secuencias particulares que caracterizan la obra;
- estructura dramática, la organización narrativa o emocional de la pieza;
- relación con la música, la sincronización específica con una composición musical.

Una coreografía, en la cual coinciden todos estos elementos puede ser muy disímil la protección que tenga cada uno de ellos. Tal como veremos más adelante puede ser que se combinen creaciones protegidas por derecho de autor con otras en el dominio público, elementos de danzas folklóricas o calificables como genéricos, de uso divulgado. Todas ellas, en consonancia, con los derechos debidamente regulados, hacen de la coreografía una unidad como obra a su vez.

Finalmente, destaquemos que hay ciertos elementos que no son protegibles, quedan fuera del ámbito de protección, aún cuando puedan ser fundamentales en una danza en particular. Nos referimos a:

- pasos básicos o técnicas estándar (plié, arabesque, entre tantas);
- movimientos dictados por la funcionalidad;
- estilos generales (ballet clásico, hip-hop, etc.);
- ideas coreográficas abstractas no expresadas.

La incorporación de estos elementos en una coreografía no genera derechos de exclusiva sobre los mismos, podrán ser incorporados en otras coreografías. Se valora el efecto general de la conjunción de expresiones de la danza.

#### 2.2.4 Alcance legal del concepto de coreografía

Para la existencia de una coreografía y, por tanto, de una obra protegida es fundamental valorar si existe una secuencia de movimientos como expresión artística. Esta valoración se realiza con independencia del escenario, el patinaje sobre el hielo cuando prevalecen los factores artísticos también se sustenta en una coreografía que podrá ser obra protegida (Bercovitz, 1997, p. 177). Este punto puede resultar complicado de definir, en algunos casos, sobre todo desde el plano de la libertad creativa más amplia y lo que pueden ser las danzas modernas experimentales.

Hace un tiempo se planteó un caso muy interesante, en relación con el debate sobre si una secuencia específica de 26 posturas de yoga y dos ejercicios de respiración diseñados

para realizarse en una sala calefaccionada a alta temperatura (la práctica popularizada como “Bikram Yoga”) podía ser considerada una coreografía y, por lo tanto, atribuir derechos a su creador Bikram Choudhury. Este señor publicó esta secuencia en su libro de 1979 titulado “Bikram’s Beginning Yoga Class”. Afirmó que esta secuencia estaba protegida por derechos de autor y demandó a la empresa Evolation Yoga, fundada por algunos de sus antiguos asociados, que se habían separado y ofrecían dicha práctica por su cuenta. No era exactamente igual, sino similar, pero se reclamaba por infracción a la creación original. La Corte de Distrito de los EEUU para el Distrito Central de California falló a favor de Evolation Yoga, concluyendo que la secuencia de posturas de yoga no era susceptible de protección por derechos de autor, por consistir en un proceso o sistema destinado a mejorar la salud, y los derechos de autor protegen la expresión de ideas, no las ideas, procesos o sistemas en sí mismos. El interesado apeló y su caso de definió ante la Corte de de Apelaciones del Noveno Circuito, que por sentencia de 8 de octubre de 2015 confirmó la decisión apelada. Entendió que se trataba de una idea, proceso o sistema diseñado para mejorar la salud y, por lo tanto, no es objeto de protección por derechos de autor bajo el 17 U.S.C. § 102(b), por eso rechazó que pudiera tratarse de una coreografía. Queda claro que aunque las posturas de yoga no constituyan una coreografía no implica que el mencionado libro publicado en 1979, como tal, como obra, no sea protegible.

Por otra parte, si una serie de posturas que puedan considerarse yoga, que puedan ser beneficiosas para la salud se incluyen en una coreografía donde no se hace referencia alguna a la salud, por más que resultan incluidas o integradas en la coreografía como tal, no generan en el coreógrafo derechos de exclusiva alguno respecto de éstas. No hacemos referencia a movimientos específicos de descontracturación, como haría un traumatólogo, sino a estiramientos en particular, por ejemplo. Evidentemente en todas las coreografías hay elementos y movimientos que llevan al análisis de zonas grises.

En definitiva, en este caso en función de considerar al yoga como métodos o sistemas para mejorar la salud, no pueden estar protegidas por derechos de autor y otras personas o entidades pueden enseñar estas secuencias sin infringir derechos de autor.

La referencia a coreografía resulta indisolublemente ligada al concepto de danza, no importa el estilo ni el tipo de danza que se trate. Con o sin música la expresión corporal con estética de movimientos, no importa el mérito artístico, constituye una coreografía. Puede tratarse de certámenes de baile, que los hay de alcance global, en los cuales las parejas participantes tienen una pericia de exigencias atléticas. No dudamos respecto de que se trate de movimientos cumplidos en torno a una coreografía.

Sin embargo, hay otro tipo de creaciones ligadas a la expresión corporal y al movimiento con un ritmo determinado cuya correspondencia con el concepto de coreografía no resulta inmediata o no resulta posible.

Dentro de las primeras, se encuentran las creaciones que se pueden calificar como coreografía sin ser las clásicas ejecuciones pautadas por la música. Como ejemplo podemos citar los espectáculos relacionados con algunos deportes o espectáculos escénicos no definidos directamente como danza. Algunas veces también tienen como base una obra musical. Se trata de la natación rítmica o artística, la gimnasia artística y otras disciplinas olímpicas que combinan movimientos rítmicos gráciles con objetivos estéticos y con desafíos verdaderamente atléticos. La elaboración intelectual que sustenta esa sucesión de movimientos es una coreografía en el sentido técnico jurídico que

manejamos. En la Jurisprudencia española se ha reconocido en particular la propiedad intelectual a coreografías de series de gimnasia específicas para entrenamiento en al menos dos sentencias recientes, en las cuales la empresa titular de derechos reclamaba frente a otras que, habiendo rescindido la licencia correspondiente, las seguía explotando en sus sesiones (Audiencia Provincial de Pamplona/Iruña, Sentencia N° 000270/2019 de 10 de junio de 2019; Audiencia Provincial Sección Quinta Sevilla, Sentencia N° 575/22 de 28 de diciembre de 2022)

En esta misma categoría se hace referencia a los shows circenses. Cuando vamos a un circo, presenciamos espectáculos de acróbatas, equilibristas o malabaristas, luciendo habilidades entrenadas, en los cuales también hay una sucesión de movimientos integrados en una creación que se denomina técnicamente coreografía. Para este tipo de actividades, en particular, la posibilidad de protección por el derecho de autor es sumamente relevante a efecto de la protección de la inversión de las compañías que producen shows que con distintos equipos de intérpretes se desplazan de país en país montando verdaderas obras dramático-musicales en muchos casos. La doctrina considera que puede ser protegido como obra escénica, obra coreográfica, así como los espectáculos de domas de animales cuando impliquen tratamiento artístico suficiente (Bercovitz, 1997, p. 177). En Francia se encuentra expresamente prevista la protección autoralista, a la par de la obra coreográfica, para los números y tours de circo, artículo L112-2 numeral 4 del Código de la Propiedad Intelectual francés.

Dentro de las segundas, aquéllas creaciones que es muy difícil o imposible encuadrar como coreografía, se mencionan algunas actividades deportivas en las cuales por más que se planifican o entrenan en una modalidad de combinación de movimientos con un ritmo en el tiempo, no se identifican los elementos correspondientes a la coreografía en el sentido técnico. Nos referimos, por ejemplo, a las “jugadas de pizarrón” en el fútbol: tienen un supuesto de sucesión de movimientos (un jugador mediante actividad física se desplaza a un lugar, patea una pelota...), pero hay un álea que determina la frontera entre el entrenamiento y la ejecución de una coreografía. El objetivo no es artístico. No obstante, pensando también en el fútbol, cuando uno o más jugadores festejan un gol con secuencias ensayadas de pasos o figuras significativas muchas veces puede considerarse que estamos ante una coreografía, en realidad.

En un tiempo se discutía en España si “la faena del torero”, las corridas de toros, podían ser objeto de protección autoralista sobre la base del concepto de coreografía. Siendo negativa la posición al respecto de la doctrina especializada en el tema (Bercovitz, 1997, p. 177), un torero pretendió registrar una faena en la Feria de San Juan de Badajoz en 2014, lo que le fue negado por el Registro de Propiedad Intelectual de Extremadura y el asunto terminó ante el Poder Judicial. Quedó zanjado ante el Tribunal Supremo, que entendió que la posición del Registrador fue ajustada a derecho, no correspondiendo la valoración tutelar del derecho de autor a una faena de toros, por no ser obra protegida. En particular, la sentencia se ocupa de diferenciarla con coreografía, en los siguientes términos:

En la coreografía es posible mediante la notación, identificar con precisión y objetividad los movimientos y formas de la danza en qué consiste la creación original del autor, respecto de la que se pide la protección como obra de propiedad intelectual. Esta identificación precisa y objetiva, además de facilitar que se pueda reproducir

nuevamente, permite identificar en qué consiste la creación, tanto a terceras personas como a las autoridades encargadas de la protección de las obras de propiedad intelectual. No ocurre lo mismo en la faena de un torero, en la que más allá de los concretos pases, lances y suertes, respecto de los que no cabe pretender la exclusiva, resulta muy difícil identificar de forma objetiva en qué consistiría la creación artística original al objeto de reconocerle los derechos de exclusiva propios de una obra de propiedad intelectual (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 82/2021 de 16 de febrero de 2021).

La protección por derecho de autor de las coreografías no va más allá de la expresión artística propiamente dicha que se trata, no admitiéndose que alcance a lo que se conoce como el “grupo de danza” o compañía de danza. Así lo entendió la jurisprudencia uruguaya en el caso planteado por un señor que cumplía tareas de dirección y coordinación general y fue desvinculado como tal. Este señor reclamó entendiendo que era autor de determinadas creaciones coreográficas y como tal, además, que ello alcanzaba la titularidad del propio grupo de danza. El Tribunal de segunda instancia entendió que

un grupo de danza no es susceptible de ser propiedad intelectual de nadie, puesto que los derechos de autor recaen sobre sus obras, de las que se ofrece una enumeración a vía de ejemplo en el art. 5 de la Ley N° 9.739. Tampoco puede serlo -como viene de verse el nombre del grupo artístico, cuya protección puede obtenerse por la vía de la mentada Ley N°17.011 como signo distintivo, igual que el logo del grupo. Tampoco son obras susceptibles de apropiación individual las danzas típicas de un pueblo -danzas folklóricas- en tanto forman parte del patrimonio cultural común. En cambio, pueden ser considerados como tales las diversas coreografías ideadas en base a ellas y vestuarios bajo ciertas condiciones previstas por la ley.

En el caso, según sigue estableciendo la sentencia, las obras por cuyos derechos se acciona no dejan en evidencia la relación de autoría (Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° turno, Sentencia N° 32/2009 de 15 de abril de 2009).

#### 2.2.5 El coreógrafo y sus derechos

El coreógrafo es la persona que crea y diseña coreografías, es decir, define, compone, las secuencias de movimientos para los bailarines que las interpretarán. Su trabajo abarca desde la concepción de la idea hasta la puesta en escena. Se suele distinguir dos actividades en el trabajo del coreógrafo: la creación propiamente dicha, la concepción de la obra y la puesta en práctica o realización que implica la dirección de los distintos esfuerzos, recursos y talento de artistas intervinientes, que llevarán adelante la representación o comunicación pública de su obra.

En su actividad creativa puede incluir tanto la creación de movimientos, ritmos y estilos ajustados o no a una música o ritmos que cuenten una historia, como la selección de música, en su caso, según el ritmo, melodía y mensaje que quiere transmitir.

En ocasiones se denomina coreógrafo a quien está interpretando una coreografía de otro autor y, como tal, interpreta las pautas de la notación correspondiente para la reproducción de dicha obra ajena. No es una expresión técnicamente precisa. Tomemos

como ejemplo el caso de un director de ballet, maître de ballet o director de danza en general, que se plantea organizar en una compañía de baile la comunicación pública de una coreografía creada por Balanchine o Petipa, por mencionar ilustres coreógrafos de la Historia. No se trata técnicamente de un coreógrafo autor, en la medida que no está añadiendo un aporte creativo específico a la obra ajena (Dessemontet, 1999, p. 60). Si, por el contrario, ese director técnico de ballet estuviera modificando la obra ajena además de contar con las autorizaciones correspondientes, en caso de tratarse de una coreografía con derechos de autor vigentes, estaría realizando una obra derivada (Dessemontet, 1999, p. 62). Sería autor de dicha obra derivada.

En algunos casos el trabajo del coreógrafo trasciende la creación artística o la dirección de los bailarines, estando presente también en aspectos complementarios como la escenografía o el vestuario, porque en definitiva todo el conjunto implica la expresión de su intención u objetivo como creador o autor. Estamos así ante obras protegidas independientes de la coreografía.

En la realidad muchas veces la coreografía surge del esfuerzo colaborativo de más de una persona. Recogiendo dicha realidad, varias legislaciones, entre ellas la uruguaya, consagran una presunción de colaboración al respecto. Concretamente, en nuestro derecho, el artículo 28 de la Ley 9.739 ya mencionada establece que “Se presume la colaboración, salvo constancia en contrario:” (...) “D) En las obras coreográficas y pantomímicas.”. Como vemos es una presunción simple, basta la referencia en contra para que la atribución sea a una sola persona física.

En las últimas décadas el coreógrafo utiliza software específico como herramienta para la creación. Merce Cunningham (1919-2009), famoso bailarín y coreógrafo norteamericano, impulsó la primera experiencia de creación informatizada de coreografías en 1991, quedando también en este tema en la delantera en la materia. Sus dos primeras coreografías aplicando esta tecnología fueron “Trackers” y “Enter”. Hoy son muchos, variados y accesibles los programas que – en este tema como en todo – se pueden utilizar para la creación: Dance Forms, Formi Sutdio, Choreographic:Dance Formation, Arrange Us, entre tantos de diversa calidad y porte. Naturalmente, esta posibilidad suma a la complejidad de definición de autoría en las coreografías, la problemática derivada de las obras creadas por software, con especial referencia actual a las aplicaciones de la inteligencia artificial.

Como en cualquier caso, la atribución de autoría en la actividad creativa del mundo de la danza es un tema de hecho: quien ha realizado las actividades que llevan a la creación de una expresión de danza, serán los autores y podrán ejercer los derechos correspondientes.

Otro punto muy interesante en cuanto a quién es el autor y el alcance de los derechos tuvo lugar en el caso conocido como Martha Graham School v. Martha Graham Center (2004), en el cual se debatió la titularidad de coreografías creadas en el contexto de una relación laboral. La cuestión principal era determinar si las obras coreográficas realizadas por Graham durante su relación con el Martha Graham Center eran propiedad de ella o de la institución, basándose en la doctrina de “obra por encargo” (work for hire). Martha Graham, pionera de la danza moderna, fundó el Martha Graham Center of Contemporary Dance y el Martha Graham School of Contemporary Dance. Durante su vida, creó

numerosas coreografías que se convirtieron en pilares de la danza contemporánea. Su fallecimiento en 1991 dio lugar a una disputa sobre la titularidad de los derechos de autor de estas obras entre el Martha Graham Center y Ronald Protas, heredero de Graham y representante de la Martha Graham School and Dance Foundation.

El punto en el derecho norteamericano tiene disposiciones particulares, que dependen de ciertas fechas. Debido a ella las dos discusiones claves fueron: si las coreografías creadas por Graham antes de 1956 fueron transferidas al Center; y si las obras creadas entre 1956 y 1991 período durante el cual Graham mantuvo una relación formal con el Center, podían calificarse como “obras por encargo” y, por lo tanto, eran propiedad del Center. Dada la prueba y los argumentos, en definitiva, la Corte de Distrito de los EEUU para el Distrito Sur de Nueva York, en 2002 concluyó que: en cuanto a las obras anteriores a 1956, Graham había transferido los derechos de autor de estas coreografías al Center; y que las demás obras, de 1956 hasta su fallecimiento se consideraban “obras por encargo” debido a la relación laboral de Graham con el Center, otorgando así la titularidad de los derechos de autor al Center. La apelación de esta sentencia confirmó este criterio (Martha Graham School v. Martha Graham Center, 224 F. Supp. 2d 567 S.D.N.Y. 2002).

Aún cuando en Uruguay no existe la misma referencia a “work for hire” u obra por encargo que en el derecho norteamericano, nos pareció muy interesante destacar la relevancia que tiene dejar claro los aspectos de titularidad de los derechos de autoría en los casos en que hay convergencia en las relaciones laborales y artísticas.

Los coreógrafos como autores, actuando individualmente o en colaboración entre dos o más, pueden ejercer los derechos morales y patrimoniales que corresponden a todos los autores. Recordamos que por derechos morales se trata de derecho de mención del nombre del o de los autores, derecho a la integridad de la obra, derecho a la modificación. En esta dimensión los propios titulares de los derechos, aún cuando hubieren cedido la titularidad de los derechos de explotación están legitimados para la vigilancia sobre el respeto que a la integridad de su obra se tenga en sucesivas representaciones, así como a controlar la mención de su nombre. Tendrán iguales facultades los herederos de los coreógrafos una vez estos últimos fallecieron. Asimismo, si no existieren herederos el propio Estado, en los términos de cada legislación nacional, puede ser responsable y actuar por la integridad de las obras culturales.

Los derechos patrimoniales básicos son el derecho de reproducción, de distribución, de comunicación pública, de transformación, así como todo otro derecho que implique una explotación económica.

En cuanto al derecho de reproducción en relación con las coreografías, claramente se ejerce por el o los autores cuando autorizan que su coreografía la lleve adelante otra persona u otro grupo de baile. En este caso, se involucra también derecho de comunicación pública, en la medida que corresponda, siendo la expresión artística representada en público. También hay derecho de reproducción referido a la coreografía en el caso de uso de cualquier medio tecnológico que haga accesibles las imágenes de la puesta en movimiento de la danza que se trate e, incluso, se ha considerado que sacar fotos de bailarines interpretando una coreografía podía constituir una reproducción parcial de la obra. Este tema se discutió en el caso Horgan v. MacMillan (1986), ante juzgados de New York, USA.

Barbara Horgan, albacea del patrimonio del mundialmente reconocido coreógrafo George Balanchine, buscó impedir la publicación de un libro titulado “The Nutcracker: A Story & A Ballet”, que presentaba, a través de texto y fotografías, la producción del ballet “El Cascanueces” por parte de la compañía de ballet de la ciudad de Nueva York, coreografiada por Balanchine. El argumento sostenido en la demanda fue que alrededor de 60 fotografías que ilustraban el libro infringían los derechos de autor de la coreografía de Balanchine. El tribunal de distrito competente no hizo lugar a la solicitud de Horgan que reclamaba una medida judicial preliminar. El juez Richard Owen sostuvo que la coreografía se refiere al flujo de pasos en un ballet y que las fotografías fijas, aunque numerosas, capturan a los bailarines en actitudes específicas en momentos determinados, pero no reproducen ni pretenden utilizar la coreografía subyacente. Consideró el magistrado que la actuación escénica propiamente dicha de la coreografía no podría recrearse a partir de dichas fotografías (Horgan v. MacMillan, Inc., 621 F. Supp. 1169, S.D.N.Y. 1985).

Esta sentencia fue apelada ante la Corte de Apelaciones competente del Segundo Circuito. El tribunal revocó la sentencia de primera instancia, sosteniendo que, aunque las fotografías fijas no pueden capturar el movimiento completo de una coreografía, podrían, no obstante, representar elementos protegidos de la misma, especialmente si capturan momentos clave o secuencias significativas que reflejan la originalidad del coreógrafo. De manera que volvió el asunto a la Corte de Distrito para su reconsideración e implementación (Horgan v. Macmillan, Inc., 789 F.2d 157, 161, 2d Cir. 1986).

Es claro que en este caso había numerosas fotografías, seguramente de momentos claves de la forma de expresión del ballet que constituía el núcleo del libro publicado. Si se hubiera tratado de una sola fotografía o, incluso, de fotografías que no involucraran momentos técnicamente significativos de la expresión artística, no podía plantearse la misma defensa. En otro sentido, se podría decir que hay obra derivada cuando se toman fotografías de una obra protegida, caso de la coreografía como podría ser también de una obra teatral, de manera que habría infracción también a través de tal argumento (Alcibes, 1987).

Es muy importante para la danza el derecho de comunicación pública, porque determina la posibilidad de que pueda ser representado en público o con acceso al público. Es decir tanto en un teatro, incorporado en una obra audiovisual que se exhibe, transmitido por cualquier medio televisivo o a disposición en internet, por citar ejemplos.

En definitiva, si una persona – un empresario u otro artista – quiere utilizar comercialmente una obra coreográfica lo primero será identificar al autor o titular de los derechos de autor (Waelde et al, 2014, p. 4), como sucedería con cualquier otra obra. A partir de ahí quedará definido quien dispone y controla la posibilidad de su utilización.

## 2.2.6 Apropiación de los componentes de la coreografía desde la perspectiva del derecho de autor ¿quién dispone de los derechos?

La danza usualmente es una compleja combinación de componentes o elementos de distinta naturaleza. Ello implica una valoración de superposiciones y articulaciones de derechos de disposición o posibilidades de apropiación a las que nos referimos en este numeral.

#### a. Obras protegidas incorporadas a la coreografía.

Hemos ya calificado a la coreografía como posible obra protegida por el derecho de autor, en tanto cumpla con los requisitos correspondientes a toda obra, fundamentalmente la originalidad. Ello implica, sin lugar a dudas una calificación de titularidad de conjunto. Los componentes técnicos que se integran en una obra coreográfica pueden no ser todos originarios del coreógrafo en cuestión, pero ello no desmerece la creatividad de la combinación en tiempos y sucesión de pasos y secuencias.

Hay un doble nivel para analizar la cuestión de la disponibilidad o apropiación – según cómo se mire – en relación con una obra coreográfica: el de la coreografía como tal y el de sus componentes o elementos. Puede haber un titular de derechos de exclusiva de la obra como tal, que no tenga facultades de disponer o de ejercer derechos de exclusiva sobre alguno de sus componentes.

Para poder incorporar obras protegidas cuyo titular es un tercero, persona ajena al autor de la coreografía, necesariamente debe requerirse su consentimiento, y cumplir con las condiciones contractuales que pretenda y se negocien.

Un caso comentado globalmente de defensa de los derechos de autor de una coreografía es el iniciado en USA por Hanagami contra Epic Games, donde el actor reclamó por elementos de su coreografía que fueron incorporados en una animación virtual que se adquiere como Fortnite. En primera instancia, ante un Tribunal de Distrito de California, fue desestimado su reclamo en agosto de 2022 sobre la base de entender que la secuencia tomada era “corta” y no cumplía con el umbral creativo condicionante de la protección legal. Sin embargo, se revocó este pronunciamiento en la instancia sucesiva, ante al Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, en noviembre del 2023 (Kyle Hanagami v. Epic Games, inc., et al, No. 22-55890 - 9th Cir. 2023).

#### b. Dominio público

En una coreografía pueden conjugarse elementos o creaciones que se encuentren en el dominio público, que pueden utilizarse sin solicitar autorización a nadie, pero siempre respetando la integridad de la obra que se trate.

Tales obras en el dominio público, seguirán siendo utilizadas por todo aquel que así lo desee, por más que alguien las haya incorporado a una coreografía que sea obra protegida con derechos de autor vigentes.

Una obra se encuentra en el dominio público cuando los derechos patrimoniales de explotación ya no están vigentes y, por lo tanto, no es necesario requerir la autorización del titular del derecho a efectos de su utilización. Aún en este caso, los derechos morales del autor, como paternidad e integridad, deben ser respetados pues son perpetuos. Pueden defenderlos sus herederos, así como el propio Estado del lugar del eventual agravio. Siendo la duración de los derechos patrimoniales igual a la vida del autor más un lapso post mortem autoris de 70 años, será luego de este plazo que tendrá el estatuto de dominio público, artículo 40 Ley 9.739. De manera que a partir de esa fecha cualquier persona podrá reproducir una coreografía sin solicitar autorización, podrá realizar adaptaciones u otras obras derivadas a partir de ella, manteniendo siempre el respeto por los referidos derechos morales.

En algunos países, como Uruguay, a pesar que ya no se requiere autorización para explotar la obra corresponde pagar por su uso, en aplicación del llamado dominio público pagante, artículo 42 Ley 9.739. En este régimen hay que pagar al Estado un canon, que luego éste vierte en el fomento de artes. Según la reglamentación de este artículo, corresponde el pago por obras musicales, dramáticas y visuales.

c. Folklore, danzas calificadas Patrimonio intangible de la Humanidad, UNESCO o afines.

Tanto coreografías completas como movimientos, pasos o figuras pueden integrar un acervo cultural tradicional que tiene una protección específica como conocimiento colectivo ancestral. Más adelante en este trabajo explicamos específicamente este tipo de protección.

Baste a los efectos del punto en análisis, establecer que, a efectos de no incurrir en apropiación cultural, el coreógrafo y demás involucrados con responsabilidad en la coreografía (productor del espectáculo, por ejemplo) deberá verificar el régimen legal correspondiente. En su caso, si correspondiere, deberán contar con la pertinente autorización de quien ejerza derechos de titularidad o tenga facultades de autorización. La o las comunidades ancestrales involucradas, según las distintas legislaciones que se ocupan del tema, eventualmente podrán solicitar un monto económico en caso de consentir la explotación.

d. Genérico

Como en todas las actividades, en la danza y otras expresiones corporales hay conocimientos usuales o generalmente usados a disposición de todos aquéllos en los procesos creativos coreográficos.

Muchos movimientos, figuras, pasos se repiten en más de una coreografía, algo que no afecta la originalidad como tal del conjunto, porque todo depende de la creatividad para la alternancia y características de su integración en el todo.

En este tipo de conocimientos o expresiones no hay nadie a quién pedir permiso, pero tampoco es posible monopolizarlos en sí mismos por nadie, pues están a disposición general.

En doctrina al respecto se dice que, en términos coreográficos, los movimientos separados de una danza, como un plié, son ideas desprotegidas, pero la danza en su conjunto es la expresión protegida de esas ideas (Mitchell, 2018, p. 400. Varmer, 2025, p. 1430).

Algunos ejemplos pueden ser:

- en el ballet, piruetas de quinta, “rond de jambe fouetté”, “pas de bourrée”, “glisadde jeté”, “grand jeté”, “manege”, “tombé coupe jeté”, “ballonné”;
- en el jazz, se encuentra el “pike jump”, “knee slide”, “pencil turn”, “axel turn”, “compas turn”, “kick ball change”, o “chasse ball change”.

## 2.3 Derechos de los intérpretes o bailarines en la danza

Los bailarines ocupan un lugar fundamental en el mundo artístico como intérpretes de obras coreográficas, aunque sus derechos han sido menos visibilizados y protegidos que los de otros artistas hasta ahora. Además de los bailarines principales o solistas está el cuerpo de baile, integrado por profesionales de distinto nivel. Cada compañía o grupo se organiza según sus prioridades o posibilidades. En general se distingue bailarín principal, primer solista, segundo solista, primer artista, cuerpo de baile, aprendiz.

Todos ellos tienen el mismo estatuto de protección ante la ley. Se encuentran amparados desde la perspectiva de los derechos conexos, también conocidos como derechos vecinos o afines al derecho de autor. Por lo tanto todos los estudios correspondientes al estatuto de intérpretes son aplicables a los bailarines.

Los derechos conexos son aquellos que protegen a las personas que, sin ser autores originales, contribuyen con su talento a la difusión de obras intelectuales. La Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, de 26 de octubre de 1961 (aprobada en Uruguay por Decreto Ley 14.587 de 21 de octubre de 1976) y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT en inglés, TOIEF en español) de 20 de diciembre de 1996 (aprobado en Uruguay por Ley 18.253 de 20 de febrero de 2008) constituyen los principales instrumentos internacionales que reconocen estos derechos para artistas intérpretes o ejecutantes, entre los que se incluyen los bailarines.

El artículo 3 de la Convención de Roma lo incluye entre los intérpretes en la siguiente forma

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por:

- a) «artista intérprete o ejecutante», todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística;

De manera similar, también lo hace el artículo 2 del TOIEF, al incorporar definiciones, en la siguiente forma

A los fines del presente Tratado, se entenderá por:

- (a) “artistas intérpretes o ejecutantes”, todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore;

Los bailarines son intérpretes de las obras coreográficas en cuya ejecución participan. Ejecutan una obra coreográfica creada por un coreógrafo, quien ostenta los derechos de autor sobre la pieza.

Para la USCO la ejecución por bailarines, artistas cualificados, puede ser una de las distinciones entre la coreografía, que sin dudas considera obra protegible por derechos de autor, y lo que denomina bailes sociales, que no constituyen materia sujeta a derechos de autor. Estos últimos bailes no se crean para bailarines, sino que están destinados a ser interpretados por el público en general (U.S. Copyright Office, 2021, § 805.2(F).).

La función interpretativa del bailarín implica dar vida físicamente a una concepción coreográfica preexistente. En este rol, el bailarín ejecuta movimientos predeterminados, siguiendo las indicaciones técnicas, rítmicas y expresivas establecidas por el coreógrafo-autor. Ha de transmitir la visión artística del autor, utilizando sus habilidades adquiridas para materializar la coreografía con precisión. En la compañía de ballet también hay un director de baile, generalmente entre el autor de la coreografía y los intérpretes, que a su vez transmite las correspondientes instrucciones para la interpretación. Es muy relevante la labor de este director, no solamente en cuanto hace al orden y organización del espectáculo, sino a lo que puede ser ajustarse o alejarse de la intención del autor y, por lo tanto, de lo que significa la integridad de la obra coreográfica.

En cuanto a la interpretación de los bailarines en relación con el control o seguimiento de la intención artística del coreógrafo, se pueden plantear temas de equilibrio. Por un lado, nada de lo que haga el intérprete han de cambiar la obra, sería muy complicada una situación para el bailarín responsable de modificar la obra con su actuación, por más que el productor se lo haya admitido; mientras que, por otro lado, el control rígido del compositor de la coreografía puede estar lesionando la propia libertad de expresión del intérprete (Ruddof, 1991, p. 897). En este último caso, entendiendo que las cualidades de interpretación personales de los bailarines implican una manifestación inseparable de la personalidad, podría llegarse al límite de que la única solución fuera sustituir al intérprete.

Los derechos que concede el marco jurídico al bailarín-intérprete otorgan a los bailarines un control sustancial sobre sus interpretaciones. Básicamente procuran la protección a su interpretación personal, de su forma única de expresión, así como el control sobre la fijación, amparando su derecho a la remuneración, es decir a una compensación económica por el uso y difusión de sus interpretaciones. Les permiten decidir cómo, cuándo y bajo qué condiciones sus actuaciones pueden ser utilizadas, reproducidas o distribuidas.

En cuanto a derechos de los bailarines como intérpretes, desde la perspectiva de los derechos conexos, los bailarines tienen derechos morales y patrimoniales, artículos 36 y siguientes de la Ley 9.739 en Uruguay.

Como derechos morales, está el derecho a reconocimiento, es decir el derecho a ser identificado como intérprete de la coreografía. También el derecho de integridad, o derecho a oponerse a cualquier deformación o modificación de su interpretación protegiéndolos contra lo que pueda perjudicar su reputación. Un bailarín puede oponerse a modificaciones que distorsionen o tergiversen el sentido original de su interpretación. Se trata de preservar la integridad artística, el mensaje y la emoción transmitidos por el intérprete a través del movimiento.

Como derechos patrimoniales, se pueden identificar principalmente los siguientes:

- a. autorización de fijación;
- b. reproducción;
- c. comunicación pública;
- d. distribución;
- e. remuneración equitativa.

a Autorización de fijación, consentimiento para grabar su interpretación;

La fijación de la interpretación es un derecho muy relevante. Antes de que siquiera se realice un registro, el bailarín tiene la potestad de decidir si su actuación será capturada, estableciendo las condiciones técnicas y artísticas de dicha grabación. Este derecho protege la esencia misma del arte performático, que tradicionalmente se consideraba efímero e irrepetible.

b. Reproducción, control sobre las copias de sus interpretaciones fijadas;

El derecho de reproducción constituye uno de los pilares fundamentales. Un bailarín puede autorizar o prohibir que su interpretación sea capturada en cualquier formato: videos profesionales, registros de ensayos, grabaciones de presentaciones.

c. Comunicación pública, autorización para transmitir o exhibir públicamente su interpretación;

Los bailarines pueden determinar si sus interpretaciones pueden ser transmitidas por televisión, plataformas de streaming, o presentadas en espacios públicos. Se trata de un derecho complejo, que permite que una bailarina de ballet puede impedir que su actuación sea difundida sin su consentimiento expreso, protegiendo así su trabajo artístico.

d. Distribución, control sobre la puesta a disposición del público de su interpretación fijada;

El derecho de distribución amplía aún más esta protección. No solo se trata de impedir reproducciones no autorizadas, sino de controlar activamente cómo se comercializan y distribuyen los registros de sus interpretaciones. Un bailarín contemporáneo podría, por ejemplo, negarse a que un fragmento de su presentación sea vendido como contenido digital sin su aprobación.

e. Remuneración equitativa

Se trata de una prestación que tienen derecho a percibir como compensación económica por el uso de sus interpretaciones.

Los derechos patrimoniales de los intérpretes tienen una duración de 70 años después de realizada la interpretación.

En principio la expresión personal del bailarín está sometida a algunas limitaciones, por la propia definición de su rol: está bajo la subordinación creativa del coreógrafo y no tiene capacidad para modificar aspectos fundamentales de la obra.

Es totalmente distinto si, mediando autorización del coreógrafo o de quienes lo sean, se admite a los bailarines como cocreadores. De todas maneras, solamente mediante autorización expresa se puede dar esta situación. En muchos procesos creativos contemporáneos, aportan elementos improvisados o personales que contribuyen sustancialmente a la obra final. De manera que puede apreciarse una cierta dualidad respecto de la consideración de los bailarines, según las circunstancias de cada caso.

En este contexto participa en la investigación de movimiento, puede aportar soluciones coreográficas incluso con estilo personal y también puede darse la improvisación dentro de estructuras. Se acerca, pues, al ámbito de la cocreación.

La cocreación en la práctica coreográfica se manifiesta de distinta forma. Existe la creación incorporada de los bailarines basada en tareas, la composición instantánea, los procesos de investigación colaborativa o la adaptación personalizada de una coreografía a un bailarín o a varios tomando sus aportes.

Varias de estas situaciones, que parten de una creación existente, pueden dar lugar a nuevas obras. Incluso, podrá estarse según el caso frente a obras derivadas. En situaciones en las cuales el aporte de los bailarines no es tan relevante se habla de interpretación enriquecida por aportes personales. De todas maneras estas situaciones presentan fronteras complejas en cuanto a diferenciarlas de la cocreación.

En cuanto a los matices desde la interpretación sin aportación a la cocreación, se puede establecer el siguiente abanico que va desde menor hacia mayor participación del bailarín: interpretación pura, interpretación enriquecida, interpretación generativa, co-creación parcial, co-creación plena.

Para que pueda ser probado y reconocido el grado de participación se debe documentar el proceso creativo, sea con registros audiovisuales, anotaciones a modo de diarios de proceso y similares métodos. Estas intervenciones o participaciones dan lugar también a modelos contractuales tales como acuerdos de participación creativa, pactos de distribución proporcional de derechos o cláusulas de atribución de autoría. Son mecanismos que existen en otras industrias y en relación con otras obras, que se van expandiendo a medida que se diversifica la forma de trabajo creativo.

Los bailarines enfrentan un conjunto único de obstáculos o desafíos en cuanto a la protección efectiva de sus derechos como artistas intérpretes o potenciales co-creadores. Entre los referidos al marco jurídico de protección se puede destacar que algunas veces los requisitos legales, por ejemplo en la caracterización de la originalidad, se hacen difíciles de aplicar a la danza en general, tanto en relación con las coreografías como en la valoración del aporte del bailarín. Incluso hay singularidades en esta actividad que no se ven contempladas directamente por las normas autoristas que se enfocan más tradicionalmente en la protección de obras literarias, musicales o audiovisuales. Como en todo, la era digital suma algunas situaciones problema para hacer valer los derechos conexos de los bailarines: capacidad tecnológica para realizar difusión masiva no autorizada de obras que incluyen la actividad de bailarines, dificultades de atribución de derechos en la circulación en redes por no tener los metadatos adecuados, incluso la creciente posibilidad de manipulación digital que puede alterar la integridad de la interpretación original. Queda pendiente, en esta línea, la definición de las innovaciones de la inteligencia artificial frente al ejercicio de los derechos de los bailarines, en situaciones tales como la apropiación de estilos kinéticos de bailarines, la generación algorítmica de coreografías mediante inteligencia artificial que reutilizan patrones de movimiento preexistentes o la recreación digital de intérpretes, entre otras.

A todas estas consideraciones legales corresponde añadir que los bailarines también involucran su imagen, el derecho a la fijación, captación y almacenamiento de su imagen en su expresión artística. De manera que las normas correspondientes también podrán verse afectadas en caso de infracción por terceros.

## 2.4 Otros roles en la preparación o producción de un espectáculo de danza

La danza es un arte colaborativo y para el desarrollo de cada presentación existe un ecosistema profesional que sostiene, impulsa y da vida a la creación artística, donde múltiples roles profesionales contribuyen significativamente al resultado final, incluso sin ser directamente visibles para el público. Hicimos ya referencia al coreógrafo y a los bailarines que tienen roles creativos fundamentales a diverso nivel. No queremos dejar de mencionar otras actividades también muy importantes (no vamos a agotarlas, solamente una selección a modo de reseña), aunque a efectos de este artículo que focaliza el análisis en propiedad intelectual no corresponde profundizar en dichos roles. En primer lugar, está el director de la compañía, que es una figura central para compaginar toda la complejidad artística de un espectáculo que se va a ejecutar. Más allá de ser un administrador, es también un artista del movimiento. Su responsabilidad comienza mucho antes del primer paso en el escenario, iniciándose en los intrincados procesos de selección, formación y conceptualización artística. Cada temporada tiene toda o parte de la responsabilidad de decidir qué obras se representarán. Esta selección implica conocimiento de la historia del ballet, las tendencias contemporáneas, de las capacidades de sus bailarines y consideraciones sobre el interés cultural del momento, equilibrando tendencias diversas. Asimismo debe cumplir con la gestión de los recursos humanos apreciando el nivel de los bailarines de su compañía, además de estar presente en las audiciones para las nuevas contrataciones observando la técnica y la potencialidad artística de cada postulante.

En cuanto a la propiedad intelectual, el director debe controlar aspectos de la coreografía, pues cada diseño de movimiento puede ser considerado una obra artística susceptible de protección legal. A la vez debe negociar contratos con coreógrafos, gestionar derechos de reproducción y asegurar que la innovación creativa de su compañía esté debidamente resguardada. La dimensión internacional de las actividades de danza en la actualidad lleva a que el director también deba comprender marcos legales multinacionales, establecer intercambios artísticos y mantener un equilibrio entre la preservación de tradiciones y la apertura a nuevas expresiones estéticas.

En segundo lugar, está el director técnico de los bailarines o maestro de baile o de ballet. El denominado tradicionalmente “*maître de ballet*”, figura fundamental en lo artístico, es el eslabón entre la coreografía y la expresión que en definitiva se quiere lograr del conjunto de la compañía. Se trata de quien imparte la formación técnica para la puesta en marcha de la coreografía. Siglos atrás, en el *maître de ballet* recaía también el peso creativo en muchos sentidos (Noverre, 1760, p. 383, 394), característica autoral que desde el siglo XIX pasó a atribuirse al coreógrafo como tal. Si este director técnico no respeta la expresión del coreógrafo autor, no solamente puede ser objeto de reclamos sino que también incluso puede comprometer la responsabilidad de la propia compañía.

En tercer lugar, podemos encontrar a los productores ejecutivos y gestores culturales, que hacen posible la visión artística frente a las realidades económicas y logísticas. Su labor abarca desde la búsqueda de financiamiento —ya sea público o privado— hasta la negociación de contratos, pasando por la coordinación de espacios, fechas y recursos necesarios para concretar un espectáculo. En cuanto a la propiedad intelectual, los

productores también deben garantizar que los derechos de autor de cada creación estén debidamente protegidos, que los contratos estén claros en cuanto a términos de uso, reproducción y eventual comercialización de la obra.

En cuarto lugar destacamos a los diseñadores y técnicos especializados que cumplen con las instrucciones y generan las posibilidades indicados por los creadores de distintos aspectos del espectáculo, contribuyendo a que llegue el mensaje intelectual correspondiente. El diseñador de iluminación, por ejemplo, no solo “ilumina” el escenario, sino que también puede construir narrativas visuales, interpretando expresiones de sentimientos de cada momento coreográfico. Los técnicos de sonido y multimedia tienen la responsabilidad de crear y gestionar la experiencia auditiva, integrando música, efectos y silencios con precisión milimétrica. Sus decisiones pueden transformar radicalmente la percepción de una coreografía.

Finalmente, también podemos mencionar a los representantes legales especializados en propiedad intelectual artística, quienes tienen también roles fundamentales en este ecosistema. Estructuran los acuerdos que permiten la circulación de las obras, establecen los términos de cesión de derechos y protegen la originalidad de cada creación. Actúan en coordinación con los responsables de las distintas áreas de la compañía de baile.

Hay o puede haber muchas otras posibles participaciones y diversificación de role, dependiendo de la dimensión del grupo, de sus objetivos o hasta de su propia tradición como grupo. Muchas veces, también, coinciden los distintos roles en una o unas pocas personas.

## 2.5 Elementos escénicos y complementarios

La puesta en marcha de una coreografía, es decir la ejecución pública, se emplaza en un espacio con características escenográficas definidas y utilería que enmarcan la expresión del coreógrafo. En el mismo sentido son relevantes, entre tantos otros conocidos o por conocerse, el vestuario de los bailarines, la iluminación y el diseño sonoro que acompaña la danza propiamente dicha. Es decir, que hay otras creaciones intelectuales que pueden ser o no de los mismos autores que la coreografía y que se emplazan en el desarrollo espacial de la coreografía. Como creaciones que son, podrán merecer la protección autoralista.

En síntesis, los elementos escénicos y complementarios a la danza que pueden ser objeto de protección incluyen:

- escenografía, :diseños, bocetos y materialización de sets escénicos;
- vestuario y maquillaje, diseños originales de indumentaria para danza y de maquillaje, en ocasiones, para los bailarines;
- iluminación, diseños de iluminación y efectos lumínicos;
- música, que podrán ser composiciones creadas específicamente para obras de danza u otras composiciones preexistentes;
- creaciones multimedia, como proyecciones, videoarte y elementos audiovisuales;
- utilería, objetos y accesorios escénicos de diseño original.

La protección de elementos escénicos se realiza principalmente mediante derechos de autor, que protegen la expresión tangible de ideas originales, se rigen por sus disposiciones. Resulta fundamental determinar cuándo un elemento escénico alcanza el umbral de originalidad necesario para la protección. No todos los elementos utilizados en una producción de danza cumplen con este requisito.

En este ámbito muchas veces han surgido conflictos por la reutilización no autorizada de diseños de vestuario distintivos, así como disputas sobre la reproducción de conceptos escenográficos o conflictos sobre la autoría de diseños de iluminación innovadores. Como en caso de cualquier otra obra, habrá que tener claro quién es el autor y quién el titular de derechos que puede autorizar el uso de tales creaciones.

Cada uno de los elementos mencionados y otros que se añadan, como por ejemplo, determinados efectos especiales, deberán ser caracterizados a efectos de definir si son obra protegida por el derecho de autor y, en caso que lo sean, solamente podrán ser utilizados en la medida en que la situación de autorización de uso correspondiente se encuentra ajustada a derecho. Todo esto, en definitiva, implica el otorgamiento de contratos de licencia, autorizaciones de uso, eventualmente cesiones de derechos. Según las características del elemento que se trate, se deberá acudir a las normas y experiencias de aplicación normativa que los rigen.

Entre estas creaciones es particularmente interesante el caso de los diseños de iluminación y efectos lumínicos para la danza.

Los diseños de iluminación en danza presentan características únicas que complican su protección: son efímeros y temporales por naturaleza, combinan elementos técnicos y artísticos, pueden variar ligeramente en cada representación, suelen depender de equipamiento técnico específico y, naturalmente, están vinculados estrechamente a la coreografía por la coincidencia de secuencia de movimientos y efectos de luz.

El diseño de iluminación puede protegerse como obra artística por derechos de autor cuando muestra suficiente originalidad, yendo más allá de soluciones técnicas estándar y existe en forma tangible ya sea en el guion de iluminación o mediante notaciones.

Determinar cuándo un diseño de iluminación alcanza el umbral de originalidad necesario para protección es complejo. A tales efectos se tiene en cuenta si se trata de efectos lumínicos innovadores o poco convencionales, si involucran en su esencia un uso creativo de tecnologías o técnicas o, eventualmente, si se presentan combinaciones cromáticas distintivas.

Las técnicas usuales o básicas no pueden considerarse protegibles. Me refiero a lo que pueden ser técnicas estándar para operar las luces con más o menos intensidad, o las técnicas que denominan usualmente follow spots (lámpara de alto brillo y capacidad de seguimiento) o blackouts (interrupción súbita de la iluminación).

También la automatización y las nuevas tecnologías juegan un rol relevante en el diseño de iluminación.

En muchas jurisdicciones, los diseñadores de iluminación son reconocidos como colaboradores creativos con derechos de autor sobre su aportación específica.

## 2.6 Especial protección legal de las danzas folklóricas y tradicionales

### 2.6.1 Caracterización de danzas folklóricas

Se conoce como folkllore o folclore según el Diccionario RAE al “Conjunto de costumbres, creencias, artesanías, canciones, y otras cosas semejantes de carácter tradicional y popular”. El uso de dicho término fue propuesto en el año de 1846 por William John Thoms, arqueólogo británico, en un artículo que escribiera para la revista “Athenæum” (Emrich, 1946). Este tipo de expresiones se denominan modernamente ECT - Expresiones Culturales Tradicionales, englobando múltiples creaciones intelectuales, entre ellas las expresiones corporales como danzas populares, representaciones escénicas y formas artísticas o rituales, con independencia de que estén o no fijadas en un soporte material.

Las danzas tradicionales y folklóricas constituyen un elemento fundamental del patrimonio cultural inmaterial de los pueblos. Usualmente combinan los movimientos con aspectos de arte escénico, vestuario y musicales. Estas expresiones artísticas transmiten conocimientos, valores y tradiciones de generación en generación, forjando la identidad cultural de las comunidades.

Las danzas tradicionales se enfrentan al frecuente uso comercial sin autorización ni beneficio para las comunidades de origen, a la descontextualización como presentación de danzas fuera de su contexto cultural original, así como a modificaciones o alteraciones que pueden ser consideradas ofensivas por las comunidades originarias. Se denomina apropiación cultural a tales situaciones. De manera que un grado de tutela jurídica, que reconozca su integridad, así como el mérito de su origen y derechos que legitime la defensa es muy importante.

La reacción al respecto es pensar en los mecanismos existentes, tradicionales, para la tutela de tales derechos. Sin embargo, su protección desde el punto de vista de la propiedad intelectual presenta inconsistencias debido a su naturaleza colectiva, ancestral y evolutiva, que distingue a las danzas folklóricas de las obras protegidas por derechos de autor convencionales.

En primer lugar, las danzas folklóricas con una creación originaria colectiva, no tienen un autor individual identificable, sino que pertenecen a comunidades enteras. Tal característica hace operativamente complejo, en principio, sin normativa especial, cualquier tipo de reclamo que pretenda defender lesiones o incluso la apropiación que alguien quiera hacer de la danza folklórica. Un ejemplo ilustrativo en tal sentido tuvo lugar en torno a la danza tradicional hawaiana Hula. Cuando compañías turísticas comenzaron a explotar comercialmente versiones del Hula, claramente desde principios del siglo XX (Ng, 2022), ante la indignación de los defensores de la tradicional danza, surgió el debate sobre quién tenía legitimidad para reclamar: ¿los maestros de Hula (kumu hula)? ¿las familias tradicionales? ¿el gobierno hawaiano? Incluso se planteaba la interrogante sobre quién podía impedir la utilización empresarial. La falta de un autor identificable complicó significativamente las primeras acciones legales.

En segundo lugar, la transmisión usual sobre cómo llevar adelante las danzas folklóricas, lo cual asegura su existencia, es oral y a través de la enseñanza práctica de su realización. No se enajena como un bien, no se cede y la documentación escrita ancestras es escasa o inexistente.

En tercer lugar, podemos decir que las danzas folklóricas se encuentran en evolución constante. Se modifican y adaptan con el tiempo, manteniendo elementos esenciales pero incorporando variaciones a través de ese mismo procedimiento colectivo que las ha creado.

En cuarto lugar, es signo común a ellas la antigüedad de su práctica y difusión, ancestralidad. Muchas danzas tradicionales tienen siglos de antigüedad, superando el plazo de protección de los derechos de autor. Por su antigüedad, podría afirmarse que las danzas folklóricas técnicamente se encuentran en el dominio público según la legislación convencional, lo que significa que cualquiera puede utilizarlas libremente sin autorización ni compensación. ¿Pero implica esto que no se puedan controlar usos inapropiados, descontextualizados o distorsivos del significado tradicional? Una respuesta afirmativa en este sentido no responde a la lógica de la tutela de valores y bienes de origen histórico que la respuesta fuera afirmativa.

Finalmente, se afirma también que se caracterizan por un valor cultural más allá del económico. Su importancia radica en su valor cultural, identitario y comunitario, no solo en su potencial económico.

El sistema convencional está diseñado para beneficiar a creadores individuales, a través de sistemas de gestión individual y mediante transmisión hereditaria de derechos a herederos particulares. Las comunidades tradicionales esperan retornos que benefician a toda la comunidad, que las decisiones de gestión se tomen según mecanismos comunitarios tradicionales y que la transmisión a generaciones futuras como colectivo.

Las asimetrías que explicamos han provocado que surgieran diversas iniciativas para adaptar o complementar el sistema convencional. Se han planteado posibles sistemas *sui generis*, es decir, el desarrollo de marcos legales específicos para ECT, así como establecer directrices de buenas prácticas con reconocimiento legal y profundizar conceptos de derecho consuetudinario. Otro nivel de propuestas tiene que ver con mecanismos complementarios tales como: bases de datos defensivas con documentación identificatoria para prevenir apropiación indebida; sistemas de certificación cultural para validar usos auténticos y respetuosos; desarrollo de modelos de licencia adaptadas a los valores tradicionales.

## 2.6.2 Alternativas de protección jurídica de las danzas folklóricas y tradicionales

Más allá del desarrollo y evolución de las distintas propuestas alternativas, en cuanto a mecanismos de protección normativa para danzas tradicionales y folklóricas se pueden enumerar las siguientes:

- a. Derechos de autor;
- b. Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO;
- c. Legislación nacional *sui generis*, desarrollada en algunos países.

Formularemos algunos comentarios a continuación sobre cada una de ellas.

### a. Derechos de autor

El sistema tradicional de derecho de autor, al cual nos hemos referido ya en este estudio, fue diseñado principalmente para proteger creaciones individuales y novedosas

con un propósito principalmente comercial. Su enfoque presenta dificultades para las danzas tradicionales, tal cual ya explicamos. No obstante, en algunos países se utiliza este sistema como base para lograr algún grado de protección. Es el caso de México, cuya Ley Federal de Derechos de Autor, ley de 24 de diciembre de 1996 y sus modificaciones, fue reformada en el año 2020, introduciendo en la nueva redacción de los artículos 157 a 160 una tutela autoralista específica para las ECT contra la “explotación sin la autorización por escrito del pueblo o comunidad titular y contra su deformación, hecha con objeto de causar demérito a la misma o perjuicio a la reputación o imagen de la comunidad o pueblo al cual pertenece.”, artículo 158.

## b. Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO

Este sistema se basa en:

- una protección sui generis, con sistemas especiales de protección adaptados a las características particulares de las ECT;
- otorgamiento a las comunidades derechos sobre sus expresiones culturales;
- un sistema de protección preventiva para impedir la apropiación indebida por terceros.

La protección sui generis articulada reconoce derechos colectivos (no solo individuales), no requiere autoría identificable, fija protección perpetua de las creaciones alcanzadas reconocimiento el valor cultural no solamente el comercial de la creación.

La denominada protección preventiva que se establece también es muy importante, pues dispone la creación de registros y bases de datos de ECT, que serán contrastados en caso de examen de solicitudes de registro de propiedad intelectual en el sistema tradicional. Hay desarrollos en ese sentido como la base de datos de Conocimientos Tradicionales de la India, o el Registro de Expresiones Culturales Tradicionales de Panamá.

El sistema proporciona un marco complementario de protección cultural (no se trata de sistema tutelar de la propiedad intelectual per se) y consiste en la elaboración de listas de patrimonio que consagran obligaciones a los Estados Parte que alojan o donde corresponde la existencia de tales obras o creaciones registradas.

Las listas de Patrimonio son:

- Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial, que otorga reconocimiento internacional y visibilidad a las creaciones contenidas;
- Lista del Patrimonio Cultural Inmaterial que requiere medidas urgentes de salvaguardia, de manera de priorizar acciones de protección;
- Registro de buenas prácticas de salvaguardia, que promueve metodologías efectivas a tales efectos.

Las obligaciones de los Estados Parte incluyen la realización de inventarios nacionales de identificación y documentación sistemática, de medidas de salvaguardia, establecimiento de organismos competentes para la salvaguardia y garantizar la participación de las comunidades.

El concepto clave de salvaguardia es particular, distinto del sistema de la propiedad intelectual. La Convención se centra en la preservación cultural, mientras que los sistemas de PI se enfocan en derechos económicos y morales de los titulares.

La inclusión en las listas no otorga derechos exclusivos. A efectos prácticos es importante porque la inclusión se realiza junto con documentación histórica y descriptiva, de manera que genera una referencia para definir qué es lo protegible y cuáles serían manifestaciones comerciales que no representan la creación inscripta como tal.

La Convención establece que sus disposiciones no afectan los derechos de PI existentes

Algunas de las danzas que constituyen ECT se encuentran calificadas como Patrimonio Intangible de la Humanidad, a tenor de la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural y material (2003) de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Hay al menos sesenta casos registrados que califican como patrimonio protegido a danzas de distintos países y regiones. Entre las danzas tradicionales que están inscritas en la Lista Representativa que se consulta en la página web (UNESCO, s.f.), que actualmente son casi 110, se encuentra la Samba de Roda de Recôncavo da Bahia, inscripta en el 2008 (Brasil), el Flamenco inscrito en el 2010 (España), el círculo de Capoeira inscrito en el 2014 (Brasil), la rumba cubana inscrita en el 2016 (Cuba), la bachata dominicana inscrita en el 2019 (República Dominicana). En cuanto atañe a nuestro país se encuentra el Tango, compartido con Argentina, y el Candombe, ambos inscritos en el 2009.

### c. Sistemas Nacionales de Protección

Finalmente, se pueden identificar en algunos países diversos enfoques normativos para proteger sus ECT, incluyendo danzas folklóricas.

En algunos casos se han aprobado leyes que consagran una protección sui generis específica.

De fines del siglo pasado, se puede destacar la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas de 29 de octubre de 1997 de Filipinas (Ley de la República No. 8371 - IPRA), que permitió amparar expresiones culturales y artísticas incluidas danzas tradicionales.

Otro ejemplo en este caso es la Ley 20 de 26 de junio de 2000 de Panamá, pensada particularmente a raíz de la explotación comercial de las molas (una creación textil) de la tribu kuna. La Danza Kuna (Gangandi) y la danza Guna fueron de las primeras expresiones registradas bajo la mencionada Ley 20. Al amparo de esta disposición cuando una empresa turística utilizó elementos de esta danza en espectáculos comerciales sin autorización, el Congreso General Kuna (de las principales etnias de Panamá) pudo emprender acciones legales basándose en el registro. El caso se resolvió con un acuerdo que incluía compensación económica y reconocimiento del origen cultural.

En otros países se han aprobado adaptaciones de las leyes de derechos de autor. Es el caso de Ghana, cuya Ley de derecho de autor (2005), Ley 690 de 17 de mayo de 2005, incluyó específicamente danzas folklóricas como protegibles, actuando el Estado como custodio en nombre de las comunidades, concediendo protección perpetua y un sistema de licencias gestionado por una autoridad nacional. También Nigeria adoptó una solución similar a través de su legislación de derecho de autor Capítulo 28, Leyes

de la Federación de Nigeria 2004. La citada ley protege “danzas folklóricas y otras representaciones rituales”, por medio de una Comisión de derecho de autor de Nigeria que supervisa y autoriza usos, estableciendo un sistema de regalías para usos comerciales y permitiendo usos educativos y tradicionales sin autorización.

Otros países establecieron sistemas de Protección Cultural que alcanzan a ciertas danzas folklóricas. Esa solución se adoptó en Nueva Zelanda a través de la Declaración de Mataatua sobre los derechos culturales y de la propiedad intelectual de la población indígena, de 12-18 de junio de 1993 y el Tratado de Waitangi de 6 de febrero de 1840. Consagra un enfoque integral que combina protección del patrimonio con reconocimiento de derechos indígenas. En este último sentido, mediante la participación del pueblo Maorí se establecen órganos consultivos para garantizar participación y mediante protocolos culturales se reconocen y respetan los protocolos tradicionales Maori (tikanga). Algo muy interesante también es la creación de una marca de autenticidad, conocida como sistema “Toi Iho” para certificar autenticidad de expresiones culturales de origen Maori, entre las que se encuentran algunos artistas de la danza y la coreografía (Toi Iho, 2024).

Merece especial consideración la Haka, danza tradicional maorí de Nueva Zelanda, ha sido objeto de múltiples situaciones de apropiación o comercialización por terceros. Uno de los más notorios fue el caso de 2007 en el cual Adidas utilizó la Haka en una campaña publicitaria sin autorización adecuada, provocando indignación entre los maoríes (Sweney, 2007). El 22 de abril de 2014, Nueva Zelanda aprobó la “Ley de Acuerdo sobre la Haka Ka Mate” que reconoce explícitamente la conexión cultural entre Ngāti Toa y la Haka, estableciendo mecanismos de protección contra usos ofensivos y comerciales no autorizados.

Distinta es la situación del equipo de rugby All Blacks de Nueva Zelanda que utiliza la Haka “Ka Mate” bajo un acuerdo formal con el iwi (tribu) Ngāti Toa (Jackson & Hokowhitu, 2002).

El caso de la Haka maorí es el claro ejemplo de cómo un país, seguramente luego de distintas experiencias no siempre buenas, desarrolló legislación específica para proteger una danza tradicional de importancia cultural (Wilson, 2020).

En el caso de Australia se dispuso la creación de Protocolos de Industrias Creativas con el establecimiento de directrices específicas para el uso respetuoso de expresiones culturales aborígenes, entre las cuales se incluyen las danzas. Hay un reconocimiento parcial del Derecho consuetudinario indígena a efectos de la protección del patrimonio cultural y programas como “Indigenous Art Code” para autenticar o certificar obras genuinas. Se trata de un código de conducta que se elaboró desde 2007 a 2009 y que en el 2010 comenzó a aplicarse, con la supervisión de una entidad del gobierno australiano.

Finalmente, otros países dispusieron la elaboración de sistemas de Registros y Bases de Datos, como en Perú donde existe un Registro con documentación detallada de expresiones culturales incluidas danzas, que ha merecido incluirse entre las Declaratorias de expresiones del patrimonio cultural inmaterial como patrimonio cultural de la Nación, que incluye numerosas danzas (<http://administrativos.cultura.gob.pe/intranet/dpcn/consulta.jsp>).

### 3. Nuevas tecnologías y nuevos temas de propiedad intelectual en la danza.

La danza, como tantas actividades sociales, culturales y económicas, se encuentra en profunda transformación debido a la incorporación de nuevas tecnologías. Esta evolución no solo está cambiando las formas de creación y presentación de obras coreográficas, sino que también plantea importantes interrogantes sobre la propiedad intelectual en este campo.

Surgen distintas plataformas digitales y de streaming de danza que, como desarrollos empresariales, no podrían funcionar sin tener definida la autoría y las autorizaciones de propiedad intelectual, dado que los riesgos de juicios serían demasiado cuantiosos para tomar tales riesgos.

Vamos a hacer referencia a cuatro puntos al respecto, de los tantos que se pueden plantear por su incidencia sobre aspectos de la propiedad intelectual:

- a. tecnologías emergentes como captura de movimiento, realidad virtual y aumentada;
- b. inteligencia artificial en la creación coreográfica;
- c. nuevas formas de registro y documentación de obras coreográficas;
- d. non-fungible tokens, en adelante NFTs, y blockchain en la monetización de la danza digital.

#### a. Tecnologías emergentes

Hay diversas experiencias al respecto.

La tecnología de captura de movimiento (motion capture) permite registrar con precisión los movimientos de bailarines para su posterior análisis, reproducción o transformación. Sistemas como Vicon u OptiTrack han revolucionado tanto la creación coreográfica como la documentación de obras. La digitalización de movimientos plantea preguntas fundamentales: ¿Quién posee los derechos sobre una secuencia de movimientos una vez digitalizada? ¿El bailarín, el coreógrafo, o la entidad que financia la captura digital? Los datos generados para la fijación plantean cuestiones jurídicas complejas, como por ejemplo, respecto de su naturaleza jurídica, en cuanto a la efectiva legalidad de la fijación.

Evidentemente, a menos que se trate de algunas de las excepciones de los derechos de autor o de reproducción de la imagen (enseñanza o interés cultural, respectivamente) sin autorización de la persona cuya imagen se capta no es posible realizar esta actividad. En este caso hay también cuestiones legales para definir respecto de las bases de datos que se generan, su titularidad desde el punto de vista de la propiedad intelectual, así como las implicaciones de privacidad en la gestión de esta base que provoca el movimiento capturado cuando incluye información sobre datos biométricos.

Luego, hay que ver en qué relación están participando los bailarines, relación de trabajo o por encargo, así como si se trata de una actividad de un productor. Para cualquiera de estos casos que involucran o pueden involucrar la puesta en el comercio u otras actividades como espectáculos comerciales lo mejor que corresponde hacer es la celebración de contratos en los cuales se aclare este tema.

También la mejor solución es la contractual cuando se trate de aplicación de realidad aumentada en espectáculos. Compañías como Chunky Move y Bill T. Jones han explorado la creación de piezas de danza en entornos virtuales o aumentados. Estas tecnologías permiten crear espacios escénicos imposibles en el mundo físico, generar interacciones entre bailarines remotos e incluso desarrollar experiencias inmersivas para el público.

En casos como estos, de obras híbridas, resulta compleja la propiedad intelectual sin un esquema de contratación que lo aclare. ¿Cómo se protegen entornos virtuales específicamente diseñados para la danza? Hay un titular de derechos del software que los genera, pero también del diseñador que desarrolla las instrucciones creativas que se concretarán. ¿Quién posee los derechos sobre avatares digitales de bailarines? Muchas veces en estos espectáculos se integran bailarines reales con avatares, que son en realidad creaciones informáticas. Nuevamente, en principio hay convergencia de posibles titulares, según la incidencia creativa en el producto final: el operador del software, la empresa de software, la producción del espectáculo que los integra. En la práctica, la seguridad solamente se puede alcanzar a través de la firma de contratos que definan la titularidad de derechos y generalmente lo hacen a favor del productor. JaQuel Knight, bailarín y coreógrafo contemporáneo, autor de numerosas coreografías y secuencias de movimientos (para citar una, las de Single Ladies - Put a ring on it, el video de Beyoncé) fue el primero en registrar movimientos mediante captura digital para proteger su titularidad por derechos de autor en el año 2021. Asimismo, Knight constituyó Knight Choreography and Music Publishing Inc. una plataforma tecnológica de seguimiento digital de las creaciones coreográficas para la defensa de sus derechos de autor (Sye, 2021 y Tangcay, 2021).

Entre las tan interesantes cuestiones que ofrece esta temática se encuentra la aplicación de tecnologías wearable en la danza que incluye prendas con sensores que responden al movimiento, proyecciones o elementos virtuales controlados por el bailarín, o creaciones como el feedback háptico o sistemas que proporcionan retroalimentación física al intérprete mientras está bailando. Estas innovaciones, según cada tecnología, están convocando protección por patentes de invención y software combinadas con la tutela del derecho de autor por los elementos estéticos involucrados y también, eventualmente, el componente de derecho de imagen del bailarín involucrado, así como la fijación que al caso corresponda.

## b. Inteligencia artificial en la creación coreográfica

Hemos ya mencionado la iniciativa de décadas atrás de la formulación informatizada de Merce Cunningham, y los desarrollos que vinieron luego al analizar el concepto de autoría de las coreografías. Actualmente, se suma a ello que los algoritmos de inteligencia artificial están comenzando a participar activamente en la creación coreográfica.

Se pueden mencionar casos como el de Wayne McGregor que colaboró con Google Arts & Culture para crear coreografías asistidas por inteligencia artificial o el proyecto AI Choreographer de la Universidad de Stanford que utiliza redes neuronales para generar secuencias de movimiento.

Incluso, en otro plano, está el proyecto “Discrete Figures” (2018) de ELEVENPLAY que incorporó robots e inteligencia artificial como parte integral de la coreografía.

Las interrogantes que plantean son un espejo de las que en otras actividades se presentan: ¿puede una inteligencia artificial ser reconocida como coreógrafa? ¿quién posee los derechos de una coreografía generada por algoritmos?

Hasta ahora la respuesta predominante, sin ninguna norma legal que imponga otra cosa, es que no se puede hablar de autor mientras no haya persona física que con su intelecto sea directamente determinante en el resultado, expresión de su personalidad. La obra resultante de la llamada inteligencia artificial generativa no es una obra protegida, no hay atribución de derechos sobre ella. Todavía hay discusiones sobre su régimen de explotación.

Distinta es la situación si se utiliza la inteligencia artificial como herramienta. Es decir si se plantean diversos prompts que luego son intervenidos, modificados o definidos por una persona. En esta situación la obra resultante tiene un autor que trabajó asistido por determinada inteligencia artificial, creación que sí despliega derechos al titular.

#### c. Nuevas formas de registro y documentación de obras coreográficas

La tecnología también ofrece soluciones para proteger mejor las obras coreográficas. A través de sistemas de notación digital como LabanWriter y DanceForms se pueden registrar coreografías con mayor precisión, lo que permite una más detallada apreciación de los aportes y aspectos originales de cada caso.

La tecnología blockchain está siendo explorada para certificar la autoría y proveniencia de obras coreográficas digitales, como en el caso de otras obras.

#### d. NFTs y blockchain en la monetización de la danza digital.

Los NFTs han abierto nuevas posibilidades para monetizar el arte digital. Hay ya ejemplos en desarrollo, más allá de los altibajos que en lo global pueda ofrecer esta tecnología. Algunos coreógrafos independientes comercializaron “ediciones limitadas” de secuencias de movimientos por medio de NFTs y se están desarrollando plataformas especializadas para comercializar coreografías digitales mediante blockchain.

Estos desarrollos tecnológicos ofrecen nuevos modelos de financiación y reconocimiento para los artistas, pero también presentan desafíos en cuanto a la efectiva tutela de la autenticidad y la propiedad intelectual en un medio tradicionalmente basado en la experiencia presencial.

## 4. La danza y la marca de movimiento

Como toda creación original de la producción artística la danza es una obra protegida por el derecho de autor, tal como vimos. Actualmente se añade a la valoración de derechos artísticos la posibilidad de que ciertos movimientos individualizables en creaciones coreográficas constituyan una marca, precisamente una marca de movimiento. Los requerimientos empresariales sustentados en coreografías como shows de artes escénicas que las incluyen y el potencial distintivo de algunas figuras o secuencias coreográficas,

ven cristalizado su valor de mercado dada la expansión de los signos que en las últimas décadas pueden constituir marca.

Nos planteamos en este punto la relación entre movimientos que se encuentran en coreografías y la posibilidad de que sean registrados como marca, reflexionando en particular sobre el alcance de los derechos de autor de los titulares frente a la posibilidad de registro marcario.

#### 4.1 Concepto de marca de movimiento

La marca es un signo que integra una relación de comunicación, evocando un producto o servicio destinado a un cierto mercado. Además de la función distintiva cumple una función publicitaria, como dos de las principales razones de la expansión de su uso.

En cuanto a los signos que pueden constituir una marca, tradicionalmente se encuentran las marcas denominativas, figurativas, mixtas. Hacia mediados del siglo XX aparecieron las marcas tridimensionales en la legislación marcaria a partir de la Lanham Act, ley de marcas estadounidense aprobada el 5 de julio de 1946. La tendencia en las últimas décadas es la ampliación de los signos que pueden registrarse como marca hacia otras posibles percepciones. A partir de que la legislación marcaria comparada dejó de exigir que los signos debieran ser representables gráficamente a efectos del registro, se pudo inscribir sonidos o dinámicas visuales, entre otros. Sigue fuera de la admisión generalizada al registro la marca olfativa, por ejemplo, porque todavía la tecnología no permite una conservación estable de aromas que puedan contrastarse entre sí.

De todas estas marcas innovadoras resulta muy específica la llamada marca de movimiento, denominada también marca animada o cinética. Se trata de un signo distintivo que consiste en una secuencia de movimientos. No hay una definición que acote el tipo de movimientos que se trate.

Las marcas de movimiento (o motion marks) son signos distintivos que consisten en el movimiento o cambio de posición de elementos. Ejemplo ya clásico de marca de movimiento – no de danza - es el registro en EEUU de la apertura de las puertas de vehículos de Automobili Lamborghini S.p.A., empresa italiana de marca denominativa notoria, registrado en el año 2013 (Registro 2.793.439 de la Oficina de Patentes y Marcas estadounidense, en adelante USPTO). Actualmente el registro figura como cancelado a fecha 28 de junio de 2024, porque no fue renovado a su vencimiento.

A diferencia del derecho de autor, que protege la expresión creativa, las marcas protegen signos distintivos utilizados en el comercio para identificar productos o servicios y distinguirlos de la competencia. La condición básica para la registrabilidad, en este sentido, es que los signos estén disponibles, es decir: que no haya derechos de terceros que impidan la apropiación a efectos marcarios y que, en sí mismos, los signos que se trate puedan considerarse marca.

La diferencia entre la protección por derecho de autor y por marcas es radical, el objeto de protección es totalmente distinto en uno y otro caso. En el caso de la marca de movimiento se trata de un signo distintivo, mientras que el derecho de autor protege la materialización de una idea o expresión creativa. Los requisitos base son diferentes en uno y otro caso: la marca requiere distintividad, mientras que el derecho de autor tiene como requisito la originalidad entendida desde el punto de vista subjetivo.

El alcance de la protección tratándose de marca de movimiento se circunscribe a los productos o servicios para los cuales se concedieron los derechos de exclusiva, mientras que la protección es general, como creación intelectual, en el caso de los derechos de autor. Finalmente, también la duración del derecho de exclusiva es distinta en uno y otro caso, pues tratándose de marca de movimiento el plazo es de diez años renovables indefinidamente, mientras que en caso de los derechos de autor su duración es de toda la vida de el o de los autores más un lapso post mortem autoris que en general es de setenta años, como en Uruguay, aunque pueda variar en algunos países (nunca menos de cincuenta años).

## 4.2 Tendencias de Derecho Comparado

Las posibilidades de registro marcario de las secuencias de movimientos correspondientes a la danza se han expandido en años recientes. Pueden protegerse a nivel de la UE, dado que el Reglamento (UE) 2017/1001 eliminó el requisito de representación gráfica, facilitando el registro de marcas no tradicionales, incluidas las de movimiento.

En EEUU, la USPTO ha reconocido la registrabilidad de marcas de movimiento desde el caso Remy Martin (1983), que protegió el movimiento de una llama ascendente.

A nivel global, el Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas (2006) sin imponer el reconocimiento de las marcas de movimiento ni otras marcas no tradicionales, establece que se aplicará a todas las marcas que sean consideradas registrables en cada país, dejando la puerta abierta a la admisión que realice cada jurisdicción.

Por su parte, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en adelante OMPI, ha desarrollado directrices para el examen de marcas no tradicionales, incluidas las de movimiento, a disposición de la formación de las distintas oficinas nacionales de marcas de todo el mundo.

En definitiva, progresivamente se van registrando cada vez más. En algunos países hace varios años que se admite el registro de marcas de movimiento (motion marks), por ejemplo EEUU (el primer país en admitirlas, desde fines del siglo pasado), Corea del Sur, Japón, India, Canadá, EUIPO y varios países europeos como Alemania, Francia, entre tantos otros países.

Asimismo, ha habido situaciones notorias incluso antes de esta clara tendencia que provocaron su consideración. Un caso muy sonado en Francia a comienzos del siglo XXI, fue el de la marca Tektonik, que fue un movimiento de baile surgido en dicho país a principios de los 2000, con una fuerte influencia de la música electrónica (hardstyle y techno). Se popularizó en discotecas y eventos, especialmente en el club Metropolis de París. En 2002, Cyril Blanc y Alexandre Barouzdin, los creadores de la marca, registraron “Tektonik” como una marca comercial en Francia. La registraron para una amplia gama de productos y servicios, que incluía ropa y accesorios, música y eventos, además de productos audiovisuales. El problema surgió cuando intentaron monopolizar un estilo de baile a través del registro marcario, lo que generó un gran debate sobre si un conjunto de movimientos puede ser protegido por el derecho de marcas. La comunidad de bailarines argumentaba que el estilo de baile era una expresión artística colectiva y no debería ser propiedad de una sola empresa. Otras opiniones sostenían que el intento de privatizar el término y la estética del baile era un abuso del derecho marcario. Por

su parte, los interesados en el registro consideraban que el uso no afectaba los aspectos culturales sino las expresiones vinculadas a la comercialización de los productos/servicios para los cuales fue registrada. En este caso, la expansión de los movimientos, que no pudieron ser controlados, diluyó la fuerza marcaria y no se insistió en este tema. En terminología jurídica podría decirse que se vulgarizó el signo registrado como marca de movimiento, quedando liberado a partir de la generalización de su utilización en la sociedad (Aubert, 2018. Petiau, 2011). Cabe destacar que Francia tiene casi 300 marcas de movimiento registradas actualmente, de manera que no fue un tema de concepto legal desde la perspectiva marcaria, sino una cuestión específica relacionada con el signo propiamente dicho.

Más allá del caso en particular, fue muy interesante la discusión subyacente que tuvo lugar en ese tiempo, sobre si los movimientos de baile pueden registrarse como marca o ser protegidos exclusivamente como derechos de autor. Las marcas protegen signos distintivos, pero no movimientos físicos en sí mismos, de manera que la determinación del alcance del derecho es una cuestión delicada.

### 4.3 Consideraciones sobre el tema en el Derecho uruguayo

#### 4.3.1 Concepto de marca de movimiento

El concepto legal de marca en el Uruguay, artículo 1 de la Ley de Marcas, es amplio y se focaliza en la aptitud distintiva del signo que se pretende registrar.

En particular, en Uruguay la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial aprobó el 11 de diciembre de 2023 la Resolución 18/2023 para regular “las formalidades de presentación que no estuvieren reguladas en normas de superior jerarquía” en el caso de marcas no tradicionales, que denomina “subtipos marcarios”. Hace referencia a las marcas de: posición, patrón, movimiento y a la multimedia.

Por lo que puede referirse a la coreografía como signo marcario, nos interesa conceptualmente la marca de movimiento, aunque podría estar incorporada también en un signo que se pretende registrar como marca multimedia. Se la define en la resolución como “aquella que expresa un movimiento o exhibe un cambio de posición de los elementos constitutivos del signo”, numeral 3° de la Resolución. En cuanto a aspectos de la presentación de la marca de movimiento, aclara el número 8° de la Resolución que “al momento de adjuntar la representación gráfica del movimiento deberá presentarse una secuencia de, como mínimo dos cuadros, que expresen el movimiento característico del signo”. Asimismo se deberá hacer mención que es una marca de movimiento y acompañar un archivo de video del movimiento que constituya el signo que se pretende registrar como marca, el cual será incorporado al “Repositorio de Marcas multimedia y de Movimiento” que estará a disposición para consulta y descarga de todos los interesados.

La secuencia mínima de dos cuadros será objeto de publicación en el Boletín de la Propiedad Industrial.

Como dijimos, también es posible que una coreografía se registre como subtipo o marca no tradicional denominada marca multimedia, que es “aquella que se compone de combinaciones de imagen y sonido, o los incluye”, numeral 3° de la Resolución, cuyas formalidades de presentación, numeral 9° de la Resolución, son análogas a las ya mencionadas de la marca de movimiento. Sin embargo en este caso el punto de discusión

será la creación audiovisual como tal, no el elemento movimiento específico que nos ocupa en este estudio.

#### 4.3.2 Coreografía como signo distintivo

En principio, una coreografía o, más precisamente dicho, una parte de ésta puede ser registrada como marca de movimiento. No hay prohibición alguna en la norma legal, de manera que corresponderá el análisis casuístico que enfrenta cualquier signo al efecto. Ello significa evaluar la capacidad distintiva y la fortaleza de la relación signo-objeto según la o las clases para la cual se solicite el registro a la luz de las valoraciones que surgen del articulado, especialmente artículos 4 y 5 de la Ley 17.011 de 25 de setiembre de 1998, Ley de Marcas.

De todas maneras, la propia configuración de las coreografías como creación determina que por su extensión será relativamente difícil que tengan fuerza distintiva concreta. De manera similar sucede con lo que puede ser un poema, en referencia con la tradicional marca denominativa. La cuestión es, por lo tanto también en este caso, la valoración de la extensión correspondiente.

Sin embargo, no siempre es posible que una secuencia de pasos, figuras de ballet entrelazadas o un movimiento organizado pueda cumplir las funciones marcarias de manera tal que la percepción que relacione dichos movimientos como signos frente a un producto o servicio pueda calificarse como marca. La propia extensión de lo que puede ser una secuencia integrante de una coreografía no lo admite tan fácilmente. Como en otros casos de marcas no tradicionales siempre será difícil definir en qué momento o hasta qué punto se puede calificar de signo a efectos marcarios (Geigerat, 2022).

En el contexto de la danza, los signos interrelacionados en movimiento que se registren pueden consistir en secuencias específicas de pasos, gestos característicos de bailarines coreografiados o no, movimientos corporales distintivos o combinaciones de movimientos con otros elementos (sonido, imagen). En particular, para que una secuencia de danza pueda registrarse como marca de movimiento, debe cumplir varios requisitos generales a todas las marcas, pero con su manifestación específica como signo.

En primer lugar, está la aptitud para distinguir, como dice el artículo 1º de la Ley de marcas uruguaya, llamado también por la doctrina carácter distintivo. Esto implica que debe diferenciarse de movimientos comunes o funcionales.

En segundo lugar, debe estar contenido en un soporte adecuado que permita su debido almacenamiento integrando el acervo marcario registral de la oficina donde se inscriba, así como que permita la reproducción cada vez que sea necesario compararlo con otro signo a posteriori de su registro. En general, actualmente, se aceptan secuencias de imágenes fijas que muestran el movimiento, archivos de video digital, notaciones coreográficas con explicaciones claras, todo ello acompañado de descripciones detalladas que mejoren el alcance de la expresión objeto de registro.

En tercer lugar, destacamos que el movimiento no puede ser funcional para el producto o servicio ofrecido. En danza, esto significa que no puede ser un paso básico necesario para la práctica de la disciplina, ni un movimiento dictado por necesidades técnicas, tampoco puede ser la única forma de ejecutar una acción determinada.

#### 4.3.3 Componente de una coreografía apropiable mediante marca

La posibilidad jurídica de registro marcario depende de la naturaleza del componente coreográfico que se trate, dado que hay que analizar en cada caso la “disponibilidad” del signo que se pretende registrar, desde la perspectiva del uso marcario.

Si se trata de creación intelectual protegida por el derecho de autor, se requiere autorización expresa del titular de los derechos.

Si se trata de una coreografía específicamente integrada en una danza tradicional, que constituye folclore o algún género protegido por normas nacionales o internacionales que abarcan ECT, no será posible de manera alguna o estará sujeto a un acuerdo, según el caso.

Finalmente, si se trata de una creación intelectual que se encuentra en el dominio público o que tiene un uso generalizado, podrá libremente registrarse como marca. En este caso, queda claro que el ámbito de exclusividad del derecho que concede la marca no le impide la aplicación o incorporación de tales creaciones en otras coreografías, en tanto no implique un solapamiento directo con el uso distintivo autorizado al registrar la marca de movimiento.

Para maximizar la protección de elementos coreográficos como marcas de movimiento muchas veces se combinan elementos distintivos, integrando el movimiento con elementos sonoros o visuales, desarrollando contextos específicos para el movimiento o incluso creando asociaciones conscientes con la marca verbal o figurativa.

La marca de movimiento que incluye elementos coreográficos que se pretende registrar puede constituirse por una notación coreográfica formal, con dibujos accionados como un software de movimiento o puede también estar representada por imágenes de una o más personas (serían los “bailarines”). En este último caso hay que aplicar también la normativa correspondiente al derecho de imagen y su uso comercial, que en la legislación uruguaya se ubica en los artículos 20 y 21 de la Ley de Derechos de autor, regulando el retrato. De manera que, además de la autorización de el o los coreógrafos por lo que implica la sucesión creativa de movimientos que pueda ser obra protegida, deberá también contarse con la autorización de los intérpretes para captar, almacenar y distribuir su imagen.

#### 4.4 Reflexión en cuanto el registro de secuencias de danza como marca en movimiento

El campo de las marcas de movimiento en la danza está en plena evolución por las posibilidades que proporciona la digitalización mediante tecnologías emergentes, la realidad aumentada, blockchain y las herramientas de la inteligencia artificial.

La protección de pasos y secuencias de danza mediante marcas de movimiento representa una herramienta complementaria valiosa para protección jurídica de coreógrafos y compañías de danza. Sin embargo, su aplicación requiere un cuidadoso equilibrio entre la protección de intereses legítimos y la preservación del patrimonio cultural común y la libertad creativa.

Puede cuestionarse el registro de secuencias de movimiento de danzas como marca de movimiento por constituir una posible restricción del uso de elementos expresivos o una potencial limitación de la creación coreográfica. Será cuestión de valorar los movimientos que se presenten registrar y su dimensión socio cultural, caso por caso. Si no hay objeciones específicas, será un caso similar al registro de cualquier otro signo.

Como vimos, las marcas de movimiento ofrecen posibilidades interesantes para las compañías de danza, a efectos de la protección de movimientos emblemáticos asociados a la compañía, logrando la diferenciación en el mercado de las artes escénicas y disponer de un activo comercial que puede ser valioso a la hora de pensar en merchandising y licenciamiento. También para escuelas y métodos de danza, como para coreógrafos independientes que podrán así consolidar la protección de su “firma” de estilo profesional.

La protección mediante marcas de movimiento presenta varios desafíos: técnicos, conceptuales y prácticos. Desde el punto de vista técnico puede haber dificultades para la representación adecuada del movimiento, la subjetividad en la evaluación de la distintividad y la complejidad para determinar la similitud entre movimientos. No obstante no son estos eventuales obstáculos algo nuevo que no se haya formulado para otros signos no tradicionales en el momento en que comenzó la tendencia de su registro marcario.

Desde el punto de vista conceptual, puede haber tensiones entre las posibilidades de protección marcaria de secuencia de movimientos y la libertad creativa de ulteriores creaciones, así como riesgo de monopolización de expresiones culturales que pongan en jaque el siempre complejo equilibrio entre interés privado y patrimonio común. Se mantiene el debate al respecto. La práctica y las consideraciones ponderadas que vayan evolucionando en la experiencia en el tema, definirán la correspondiente frontera.

Desde el punto de vista práctico se puede entender que ofrece complejidad la vigilancia y defensa de derechos para las marcas de movimiento de danza, o variables interpretaciones entre jurisdicciones. Al respecto corresponde decir que ese tema es propio del interés de las personas eventualmente titulares de la marca en cuestión y, sopesando ventajas y desventajas, acaso les convenga el gasto o riesgo en cualquier caso.

## 5. Análisis de un caso emblemático: Moonwalk y Michael Jackson

Un caso muy interesante por el debate que generó, aún cuando no culminó en registro de marca de movimiento, tuvo lugar en relación con el icónico paso de Michael Jackson conocido como “Moonwalk”. Su presentación fue el 25 de marzo de 1983, durante la celebración del 25° aniversario de Motown Records en el programa especial “Motown 25: Yesterday, Today, Forever”, mientras Jackson interpretó su canción “Billie Jean”, ante una audiencia masiva (*Le Bigmac*, 2017, 4m14s). En realidad se trató de una primera representación por parte de Jackson, de un paso que fue evolucionando a lo largo de su carrera y shows artísticos (*DangerouslyBad58*, 2022). Su repercusión fue impresionante a partir del impacto inicial.

Desde el punto de vista jurídico presenta interés en cuanto refleja situaciones muy comunes en el baile: una creación que se masifica al público, compuesta por aportes muy diversos que termina identificando al autor de la secuencia y bailarín ante el gran público con una fuerza prácticamente distintiva. La interrogante obligada es ¿cómo se puede proteger? Lo estudiaremos con detalle a modo demostrativo de la temática de este trabajo.

Hay dos etapas de análisis sucesivo en este caso. En primer lugar, circunstancias de las características y antecedentes o precedentes de la creación que se analiza. En segundo lugar, reflexiones sobre el alcance de la posible protección legal como creación intelectual.

## 5.1 Circunstancias y antecedentes

El paso denominado “Moonwalk” se puede definir como una ilusión óptica en forma de paso de baile que hace pensar que el bailarín se desliza hacia atrás mientras parece caminar hacia adelante. La técnica implica que el bailarín:

- se coloca con los pies juntos;
- levanta el talón de uno de los pies mientras se mantiene la punta en el suelo, apoyando el peso del cuerpo en el metatarso;
- desliza el pie opuesto hacia atrás, el cual se encuentra en pie chato;
- cambia el peso del cuerpo al pie que se ha deslizado hacia atrás, levantando el talón y apoyándose en el metatarso;
- repite el proceso con el otro pie, creando una ilusión de movimiento continuo hacia atrás.

Todo ello se realiza con movimientos suaves, manteniendo la parte superior del cuerpo completamente inmóvil, lo cual aumenta la sensación de deslizamiento irreal.

Este movimiento no es originario ni invención de Michael Jackson en su totalidad como queda en evidencia en numerosos videos publicados online. Tiene varios antecedentes muy directos (AbejaMariposaIV, 2013. *Mr Tibbster*, 2021) algunos de los cuales se enumeran seguidamente.

En primer lugar, sin perjuicio de antecedentes de la década de los ‘30 y ‘40 del siglo XX que se pueden encontrar, mencionamos a Marcel Marceau, famoso mimo francés que realizaba un movimiento similar llamado “marcher sur place” (caminar en el mismo lugar) desde la década de 1950 (*Ina Actu*, 2018, 0m27s).

En segundo lugar, también se identifica como antecedente el Tap Dance, con artistas como Bill Bailey, realizando el paso llamado “backslide” en los años 1950 (*htong2*, 2012, 0m15s).

En tercer lugar, se puede mencionar a James Brown, llamado “Godfather of Soul” que en los años 60 y 70 realizaba movimientos similares (*Dominique Dupagne*, 2014).

En cuarto lugar Jeffrey Daniel, integrante del grupo Shalamar, presentó una variante de este movimiento en el programa británico “Top of the Pops” en 1982 (*Shalamar - Howard Hewett - Jeffrey Daniel - Carolyn Griffey*, 2016, 0m47s). Incluso se comenta que fue Daniel quien enseñó el movimiento a Michael Jackson.

En quinto lugar se encuentra el grupo de bailarines de popping y locking The Electric Boogaloos, realizando una versión del “backslide” en la escena de baile callejero desde mediados de los 70 (*Zapparr@JPN*, 2018).

Esta es solamente una enumeración, hay varios otros casos precedentes e inspiradores del popular y globalizado paso que se conoce generalizadamente como de Michael Jackson, por ejemplo el de Charlie Chaplin (*Daily Motion*, 2024, 0m23s) o el de Bob Fosse, película *El Principito*, 1974, Escena La Serpiente (Ricardo Brust, 2020, 6m20s). También se hace referencia al aporte de pasos de bailes tradicionales hindúes en algunos de los pasos de baile que integran Moonwalk.

Jackson trabajó sobre todos estos aportes, con inteligencia y tesón. No hay imitación, sino una recreación que refleja la personalidad del autor, que con su imagen y desarrollo empresarial de comunicaciones en el mundo del entretenimiento expandió el paso que reinterpreto y ejecutó en sus shows, al punto que el gran público lo identificó con su persona, componiendo una vertiente específica de su imagen como artista musical.

## 5.2 Alcance de la protección legal de la creación

Luego de relevar aspectos genéticos de la creación pasamos al estudio de la protección jurídica correspondiente en cuanto a la propiedad intelectual.

El primer ámbito que lógicamente corresponde estudiar es el de los derechos de autor, no solamente por ser el marco de amparo más directo de las creaciones intelectuales que estamos analizando, sino también porque constituye un paso ineludible para definir ulteriormente si es posible la protección a través de la marca en movimiento.

Hay varias dimensiones para analizar en este sentido: los pasos de baile, los movimientos de baile y la coreografía como tal. No caben dudas sobre la protección de la obra coreográfica, es decir, del conjunto del mensaje o creación intelectual como secuencia ordenada de movimientos en el tiempo y el espacio. En este caso, además, pasos y movimientos se encuentran dispuestos rítmicamente al compás o siguiendo una obra musical. Las rutinas completas o encadenamiento de secuencias del baile de Michael Jackson que incluyen el Moonwalk como elemento caracterizante – o incluso distintivo – son coreografías completas protegibles por derechos de autor. El punto en discusión es si estos específicos pasos o movimientos de baile pueden tener protección autoralista y, en caso afirmativo, cuál sería el alcance.

A los pasos o movimientos de baile generales se les suele considerar “bloques de construcción” de la coreografía. Para calificarlos como obra protegida por sí mismos se debe demostrar que tienen originalidad, la nota básica condicionante de la protección por derecho de autor. Sin poder afirmar que es imposible, cierto es que por regla general pasos y movimientos de baile no son obras protegidas.

En EEUU en particular, la USCO afirma en su Compendio de Prácticas que los movimientos o pasos de baile individuales por sí mismos no son obras registrables de autoría bajo la Sección 102(a)(4) de la Ley de derecho de autor. Esta exclusión se sustenta en lo que algunas opiniones doctrinarias denominan la “doctrina de los bloques básicos”, según la cual ciertos elementos fundamentales de un arte deben permanecer libres para

su uso por todos los practicantes, así como las palabras individuales permanecen libres en la literatura, o las notas musicales en la composición.

La doctrina de los “building blocks” (bloques de construcción) en el derecho de autor es de origen estadounidense y se basa en el principio de que ciertos elementos básicos o fundamentales de la creación artística e intelectual deben permanecer sin protección autoralista para su libre uso por todos los creadores. Sostiene principios fundamentales como la separación entre las ideas y su expresión material, la existencia de escenas inevitables en algunos géneros que no pueden ser apropiables y, entre otros, que hay elementos básicos que deben ser considerados recursos comunes, como ser palabras alusivas necesarias, figuras geométricas simples, considerados bloques fundamentales para la construcción de la creación artística que deben estar disponibles para todos. Esta doctrina ha sido elaborada por jueces y destacadas opiniones doctrinarias a lo largo de muchas décadas.

Al caso concreto se puede afirmar que los pasos o movimientos aislados de Moonwalk no pueden ser protegidos por derecho de autor. Sumado a que tienen un origen como creación vinculado con aportes de terceros remotos en el tiempo, estamos ante creaciones seguramente en el dominio público. Para afirmar esta última cuestión hay que constatar que el creador de cada coreografía hasta llegar al paso que pueda considerarse original en perspectiva histórica ha fallecido hace más de setenta años. No es de descartar que puedan calificarse también como expresiones genéricas en la actualidad.

Siguiendo la doctrina de los “building blocks”, proteger el Moonwalk mediante derechos de autor constituiría un monopolio excesivo sobre un “bloque básico” de la expresión coreográfica, algo que podría obstaculizar el desarrollo futuro del arte de la danza. Permitir que un artista, incluso uno tan conocido como Michael Jackson por dicho paso, monopolizara un movimiento corporal específico por derechos de autor, establecería un peligroso precedente que fragmentaría la expresión artística básica de la danza. Es distinta la consideración que merecen los gestos y movimientos agregados por Jackson, los propios de su identidad, como por cualquier otro intérprete bailarín al referido paso. En definitiva, el paso como tal, no es apropiable desde el punto de vista autoralista.

Si bien el Moonwalk como paso aislado escapa a la protección directa por derechos de autor, las coreografías completas que lo incorporan sí pueden recibir protección legal. La actuación de Michael Jackson en “Billie Jean”, como secuencia coreográfica completa, constituye una obra protegible que incluye el Moonwalk como elemento distintivo pero no limitado a él.

Esta protección de la coreografía completa concede a su creador —en este caso, posiblemente tanto Jackson como sus coreógrafos colaboradores— derechos exclusivos sobre la reproducción, distribución, representación pública y creación de obras derivadas de esa secuencia específica. Sin embargo, reiteramos, estos derechos no se extienden al Moonwalk como elemento aislado, que permanece disponible para su uso por otros bailarines.

La utilización que haga cualquier otra persona de este paso deberá evitar lo que puedan ser gestos o movimientos agregados por Jackson o cualquier otro bailarín que puedan considerarse expresión de su personalidad.

Analicemos ahora si es posible algún tipo de protección mediante el derecho marcario o en qué medida se podría recurrir a esta protección.

Para que el Moonwalk pudiera considerarse una marca comercial, tendría que mostrar, al menos para el derecho uruguayo, aptitud para distinguir productos o servicios (artículo 1 Ley de Marcas 17.011). Se utilizan expresiones similares en el Derecho comparado. En el caso podría tratarse de los servicios culturales o de entretenimiento proporcionados por el propio Michael Jackson, como podría ser cualquier otro producto o servicio para el cual prospere la aptitud distintiva en la relación signo-objeto.

En primer lugar en este tipo de razonamientos hay que considerar si el paso o movimientos involucrados en Moonwalk están disponibles, es decir, que no haya terceros con mejores derechos que quien solicita el registro marcario. Para contestar hemos de remitirnos al análisis autoralista que puede realizarse a partir de la evidencia de los distintos usos y aportes en lo creativo que se fueron realizando a lo largo del tiempo. La respuesta depende de la consideración que se tenga sobre titularidad y derecho de autor al respecto en cada caso.

Si se considera que se trata de movimientos genéricos no necesarios de manera extensiva para la danza y en cuanto se trate de una combinación de movimientos sin un titular de derechos autorales, podría ser registrado como marca en relación con el producto o el servicio para el cual se solicite. Es el principio general en materia de signos marcarios que implica que cualquier palabra - por ejemplo -, como cualquier otro signo, sobre la base del estudio de la relación con el o los productos o servicios para los cuales se solicita, podría ser marca.

La particularidad en este caso es que la circunstancia de registro marcario no inhibe el uso de tales pasos o movimientos genéricos en cualquier nivel de baile que se los emplace. Porque el solapamiento de derechos entre un registro marcario y los derechos de autor (inexistentes, por ser un genérico o constituir en principio un “building block” según el derecho estadounidense) no determina el impedimento de uso del signo marcario - que se encuentra en dominio público o es genérico - como obra artística por estar registrada como marca de un producto o servicio. Una pretensión en dicho sentido sería un uso abusivo del registro marcario y una especie de confesión de la intención de haber registrado con el propósito de “verificar concurrencia desleal”, como establece la respectiva causal de nulidad marcaria. El titular de la eventual marca puede impedir otros usos marcarios para los productos o servicios que eligió, pero no generar una inhibición abarcativa de la danza como expresión artística.

No obstante estos claros principios, la apreciación en relación con lo registrado puede ser compleja, la opción por la expresión del signo en este caso deberá ser muy cuidadosa. Si se considera que estos movimientos o pasos de baile tienen en alguna medida una impronta inseparable de los diversos aportes de quienes han bailado el alguno de los precedentes del Moonwalk, si no recoge una expresión técnica alejada de aportes de quienes lo interpretaron, como objetos o signos marcarios no son aconsejables. Su registro podría generar una secuela de reclamos millonarios con complejos y opinables pronunciamientos sobre las titularidades.

En cuanto a protección jurídica para Moonwalk como tal, la expresión de Jackson, cubriendo las inconsistencias del derecho de autor y de la protección marcaria, corresponde mencionar que cuenta con la defensa contra lo que puedan ser actos de

competencia desleal o intentos de confusión al consumidor. La realidad es que en virtud de la difusión publicitaria y artística de la relación entre Moonwalk y Michael Jackson el vínculo entre signo y creador es tan fuerte que cualquier intento de copia o apropiación recogiendo algún gesto de Jackson consistiría en un acto ilegal desde la perspectiva de la competencia leal en el mercado. No se trata de una protección tan rigurosa ni tan sólida al momento de la defensa como lo es la propiedad intelectual, pero no cabe duda que mediante el juicio correspondiente contra actos de competencia desleal triunfaría la evidencia.

Incluso, en el caso del Moonwalk, podría argumentarse convincentemente que este movimiento se ha convertido en un elemento tan definitorio de la identidad pública de Michael Jackson que su uso comercial por terceros podría constituir una apropiación de su identidad. Bajo esta teoría, utilizar el Moonwalk en un anuncio comercial de manera que evoque claramente a Jackson podría vulnerar su derecho de publicity, del derecho anglosajón, incluso si no se utiliza su nombre o imagen directamente.

El estatus legal de Moonwalk ilustra perfectamente las limitaciones de los sistemas tradicionales de propiedad intelectual para proteger algunos elementos culturales.

Tratándose de paso individual, técnicamente pertenece al dominio público o ser genérico y puede ser libremente utilizado y reinterpretado.

Considerado como expresión de identidad, está fuertemente asociado con Michael Jackson y por tanto protegido a través de derechos de imagen y competencia desleal.

Si se lo entiende como patrimonio cultural, se lo puede definir como elemento significativo del legado artístico del siglo XX cuya protección debería trascender categorías jurídicas simples.

Finalmente, como elemento comercial, su uso en contextos comerciales que evoquen específicamente a Jackson (sin mediar ningún tipo de autorización por algún legitimado de su entorno) estaría sujeto a protección a través de leyes contra la competencia desleal o la apropiación indebida, a menos que se trate de un uso amparado por algunas de las excepciones generales (derecho de cita o excepción de enseñanza, entre otros), según el país.

En definitiva:

La coreografía de Michael Jackson que incluye el paso Moonwalk (a veces se extiende el nombre también a la coreografía) se protege por derecho de autor. El paso de baile conocido con el nombre Moonwalk, como paso aislado se encuentra técnicamente libre para ser utilizado como elemento básico de la danza. Sin embargo, se reconoce la asociación indisoluble actualmente del paso Moonwalk con la identidad artística de Michael Jackson en caso que se incluyan los gestos de la impronta personal del mencionado artista.

Como cualquier signo que no tiene un titular de derechos, en tanto no tenga una expresión que lleve a confusión, engaño u otro efecto desleal, el paso de baile Moonwalk en sus aspectos técnicos como signo, podría ser registrado como marca de movimiento. Depende en este caso de la apreciación correspondiente de la expresión del signo elegido,

es decir, depende de si la expresión elegida es suficientemente técnica y no evocativa del estilo personal de Jackson. Evidentemente, un tema con diversos niveles de complejidad.

## 6. Reflexiones a modo de conclusión

La danza es expresión intelectual, tradición cultural, arte para compartir y disfrutar en la sociedad. También es producto del trabajo de muchas personas, que aplican su talento para dejar un mensaje y para desarrollarse como medio de vida. La protección jurídica se encuentra en constante evolución reflejando la naturaleza dual de esta expresión artística: como manifestación cultural intangible y como producto comercializable.

El tema es particularmente complejo porque en la danza se manifiestan expresiones muy diversas. Junto con la impronta original de los creadores o intérpretes pueden coincidir en un mismo baile o danza movimientos y pasos genéricos propios de la técnica de expresión corporal, creaciones de otras personas cuyos derechos estén vigentes o que ya están en el dominio público, así como – incluso – pasos o movimientos que constituyen expresiones típicas de danzas ancestrales.

Por añadidura, en la danza no solamente se involucra la creatividad del coreógrafo autor, sino que eventualmente puede haber otros aportes creativos que tienen o pueden tener protección jurídica en sí mismo considerados. El caso más destacado es el de los bailarines o intérpretes, cuyo trabajo se regula por una normativa distinta aunque afín a los derechos de autor: los derechos conexos. Para la ulterior comunicación pública del espectáculo de baile, una vez ejecutado, es imprescindible tener resuelto el tema del consentimiento de los intérpretes con sus propios derechos.

Asimismo, aspectos como la escenografía, vestuario o música que se utilicen, entre otros, podrían merecer también protección legal autónoma (es usual que la tengan), según cómo se encuentren desarrollados o incorporados a la obra final. De manera que deberá también estar definida la situación jurídica de estos temas.

La digitalización y las nuevas tecnologías plantean en los últimos tiempos tanto oportunidades como retos adicionales, facilitando la documentación y preservación de obras coreográficas, pero también generando nuevos escenarios de apropiación y uso no autorizado de los cuales que el Derecho se debe ocupar.

La posibilidad de registro como marcas de movimiento constituye una innovación jurídica reciente, que abre nuevas posibilidades para la protección de secuencias coreográficas distintivas, particularmente aquellas vinculadas a la identidad comercial. Sin embargo, esta vía presenta desafíos propios, como la necesidad de demostrar el carácter distintivo del movimiento y su aptitud para identificar el origen empresarial de productos o servicios. La aplicación concreta del derecho marcario a la coreografía no está exenta de cuestionamientos que el estudio venidero de la casuística contribuirá a definir.

No hay nada que impida conceptualmente que movimientos correspondientes a una coreografía puedan constituir signos susceptibles de registro marcario. No solamente la expansión valorativa de los signos registrables como marca habilita tal afirmación, sino

también la inequívoca percepción del movimiento corporal en un mensaje al mercado que puede cumplir funciones marcarias.

No cabe duda que la extensión de los movimientos que se pretendan registrar deberá ser tan concreta como para concentrar o contener el mensaje de distintividad que corresponde a las marcas.

Por otra parte, deben valorarse los pasos o secuencias de baile que se pretenden convertir en marca tal como cualquier otro signo que se quiera registrar como tal: en sí mismos en cuanto a su significado, así como si están realmente disponibles a efectos del registro en relación con derechos de terceros.

Es necesario subrayar que la protección de la coreografía como marca de movimiento introduce un desplazamiento conceptual, alejándose de la lógica autoral —basada en la originalidad y la creación intelectual— para situarse en el terreno de la distintividad y la función identificadora en el mercado. Este cambio de paradigma obliga también a reconsiderar los límites de la apropiabilidad privada de ciertos elementos físicos humanos, incluidos los gestuales y plantea interrogantes sobre la posible colisión con derechos preexistentes, así como sobre la afectación del dominio público y la libertad creativa.

En suma, la definición sobre la protección jurídica de la danza, y en particular de la coreografía, determina un análisis normativo complejo, combinando las categorías clásicas del derecho de autor con las posibilidades emergentes del derecho marcario, especialmente en su vertiente no tradicional. No obstante, esta combinación debe implementarse buscando el equilibrio entre la tutela de los intereses legítimos de los creadores y la preservación del acervo cultural común. A tal fin, sería deseable una evolución normativa general del Derecho comparado que contemple expresamente las especificidades de la coreografía, facilitando a nivel general procedimientos registrales adecuados para las marcas de movimiento y aclarando los criterios aplicables a la protección de obras performativas en el ámbito autoral, sin comprometer los principios fundamentales que rigen la propiedad intelectual.

La protección efectiva de coreografías requiere un enfoque integral que combine diversos métodos de fijación, documentación clara de la autoría y registro formal cuando sea posible. La evolución tecnológica desafía a los conceptos tradicionales de originalidad, así como la definición de los límites de la protección.

Nos enfrentamos al reto de avanzar hacia un marco jurídico más sensible a las singularidades de la danza, que integre las herramientas existentes bajo una perspectiva armónica, capaz de ofrecer respuestas eficaces a las nuevas formas de creación, difusión y explotación económica propias del ecosistema cultural contemporáneo.

Terminamos nuestro estudio citando la referencia que hace a la danza el reconocido intelectual José Enrique Rodó de maravillosa prosa, en *Motivos de Proteo*, III, “Orden y medida en el cambio. La curva.”, hace referencia a la danza en paralelo a la vida, diciendo que “Danza, en la alteza griega del concepto, es la vida, o si se quiere: la idea de la vida; danza a cuya hermosura contribuyen, con su música el pensamiento, con su gimnástica la acción.” (Rodó, 1918, p. 15).

## Referencias bibliográficas

- Alcabes, E. A. (1987). Unauthorized Photographs of Theatrical Works: Do They Infringe the Copyright? *Columbia Law Review*, 87(5), 1032–1047. <https://doi.org/10.2307/1122725>
- Arbeau, T. (1589). *Orchesographie et traicté en forme de dialogue par lequel toutes personnes peuvent facilement apprendre & practiquer l'honneste exercice des danses*. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k54531m.image>
- Aubert, M. (2018). Que reste-t-il de la Tecktonik? *Nova*. <https://www.nova.fr/news/que-reste-t-il-de-la-tecktonik-21150-10-09-2018/>
- Baril, J. (1964). *Dictionnaire de danse*. Paris: Éditions du Seuil.
- Bazarova, N. & Mei, V. (1998). *El abecé de la danza clásica*. Santiago: Anabella Roldán. tr. Olga Wischnjewski.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1997). *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano coord. 2da. ed. Madrid: Tecnos.
- Bourgat, M. (1966). *Técnica de la danza*. Buenos Aires: Editoriales Unidas de Buenos Aires.
- Burri, M. (2022). The Protection of Cultural Heritage by Trademarks. Irini Stamatoudi (ed), *Research Handbook on Intellectual Property and Cultural Heritage* Londres: Edward Elgar. <https://ssrn.com/abstract=3947043>
- Corrêa Haber, T. et al. (2022). *Proteção de obras coreográficas: preservação da memória artística*. Belém: Editora IFPA. <https://proppg.ifpa.edu.br/documentos-e-formularios/editora-ifpa/2028-e-book-protecao-de-obras-coreograficas/file>
- Cosentino, E. (1999). *Escuela clásica de ballet*. Buenos Aires: CS Ediciones.
- da Rocha Fragoso, J.H. (2009). *Direito Autoral: da Antigüidade à Internet*. San Pablo: Quartier Latin.
- Dessemontet, R. (1999). *Le droit d'auter*. Geneve: Ceditac.
- Emery, M.A. (2001). *Propiedad Intelectual. Ley 11.723. Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales*. 1ra ed. 1ra reimpr. Buenos Aires: Astrea.
- Emrich, D. (1946). Folk-Lore': William John Thoms. *California Folklore Quarterly*, vol. 5, no. 4, Western States Folklore Society, pp. 355–74, <https://doi.org/10.2307/1495929>
- Feuillet, R.A. (1700). *Chorégraphie ou l'art de décrire la dance*. París. [https://www.library-ofdance.org/manuals/1700-Feuillet-Choregraphie\\_\(BNF\).pdf](https://www.library-ofdance.org/manuals/1700-Feuillet-Choregraphie_(BNF).pdf)
- Geiregat, S. (2022). Trade Marks in Sounds and Gestures: A Critical Analysis of Two Non-Traditional Signs in the EU, *GRUR International*, Volume 71, Issue 8, pp. 702–718. <https://doi.org/10.1093/grurint/ikac053>
- Graham, L. R., & Penny, H. G. (Eds.). (2014). *Performing Indigeneity: Global Histories and Contemporary Experiences*. University of Nebraska Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctt1d9nmw6>

- Hernando Collazos, I. (2015). Aproximación del derecho de autor al arte performativo. *Revista sobre Patrimonio Cultural, Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial*. N° 5-6 <https://ideas.repec.org/a/erv/riipac/y2014i5-605.html>
- Jackson, S. & Hokowhitu, B. (2002). Sport, tribes, and technology the New Zealand. All Blacks Haka and the Politics of Identity. *Journal of Sport and Social Issues*. 26 (2) <https://doi.org/10.1177/0193723502262002>
- Knight, M. (2021). Choreography and Copyright A Complex Pas De Deux. *Michigan Bar Journal*. <https://www.michbar.org/file/barjournal/article/documents/pdf4article4228.pdf>
- Krakower, K. (2018). Finding the Barre: Fitting the Untried Territory of Choreography Claims into Existing Copyright Law, 28 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* V. 28 <https://ir.lawnet.fordham.edu/iplj/vol28/iss3/5>
- Lakes, J.M. (2005). A pas de deux for choreography and copyright. *New York University Law Review* Vol. 80. N. 6. <https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReview-80-6-Lakes.pdf>
- Lopez de Quintana, K. (2004). The Balancing Act: How Copyright and Customary Practices Protect Large Dance Companies over Pioneering Choreographers, *Jeffrey S. Moorad Sports Law Journal* Vol 11 <https://digitalcommons.law.villanova.edu/mslj/vol11/iss1/5>
- Lula, K. (2006). The pas de deux between dance and law. Tossing copyright law into the wings and bringing dance custom centerstage. *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*. 5. <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/ckjip/vol5/iss2/6>
- Mitchell, G. (2018). Who controls the dance: copyright in the world of choreography. *AIPLA Quarterly Journal*. Vol. 46 N. 3 [https://www.aipla.org/docs/default-source/quarterly-journal/46-3\\_3\\_mitchell\\_finale308e6d71a0c4aac86b342212fe31ae9.pdf?sfvrsn=1a722c82\\_2](https://www.aipla.org/docs/default-source/quarterly-journal/46-3_3_mitchell_finale308e6d71a0c4aac86b342212fe31ae9.pdf?sfvrsn=1a722c82_2)
- Ng, R. (2022). Danza hula de Hawái: una historia de apropiación, corrupción y renacimiento. National Geographic. 23 de marzo. <https://www.nationalgeographic.es/viaje-y-aventuras/2022/03/danza-hula-de-hawai-una-historia-de-apropiacion-corrupcion-y-renacimiento>
- Noverre, J.G. (1760). *Lettre sur la danse, et les ballets*. Lyon: Delaroché. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k108204h.texteImage>; [https://www.libraryofdance.org/manuals/1760-Noverre-Lettres\\_\(BNF\).pdf](https://www.libraryofdance.org/manuals/1760-Noverre-Lettres_(BNF).pdf)
- OMPI. (1978). *Guía del Convenio de Berna*. Ginebra. OMPI.
- OMPI – Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2020). *Propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales*. Ginebra: OMPI. <https://tind.wipo.int/record/42281?v=pdf,27/4/2924>
- Petiau, A. (2011). *Technomedia* (1-). Éditions Mélanie Seteun, Centre d'information et de ressources pour les musiques actuelles. <https://doi.org/10.4000/books.ms.332>
- Pierrat, E. & Kruger, L. (2020). La protection et la conservation des œuvres chorégraphiques. *L'Observatoire*, 55(1) <https://doi.org/10.3917/lobs.055.0080>.

- Powell, R. (2002). Breaching Moral Rights: Is There A Legal Remedy? *Dalhousie Journal of Legal Studies*. Vol. 11. <https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/djls/vol11/iss1/>
- Rhodes, G. (2011). *Owning the dance. Michael Jackson's Movement Signature*. Thesis. <https://core.ac.uk/download/161439726.pdf>
- Rodó, J.E. (1918). *Motivos de Proteo*. 2da. ed. Valencia: Editorial Cervantes. [http://www.autoresdeluruguay.uy/biblioteca/Jose\\_Enrique\\_Rodo/lib/exe/fetch.php?media=motivos\\_de\\_proteo\\_cervantes\\_1918\\_.pdf](http://www.autoresdeluruguay.uy/biblioteca/Jose_Enrique_Rodo/lib/exe/fetch.php?media=motivos_de_proteo_cervantes_1918_.pdf)
- Romero, A. (1935). *La Propiedad Intelectual (Ley 11.723)*. Buenos Aires: Abeledo.
- Rudoff, M. (1991). The dancer and the dance: an essay on composers, performers, and integrity rights. *Alberta Law Review*. V. XXIX. N. 4. <https://albertalawreview.com/index.php/ALR/article/view/1536>
- Satanowsky, I. (1954). *Derecho Intelectual*. T. I. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- Singer, B. (1984). In Search of Adequate Protection for Choreographic Works: Legislative and Judicial Alternatives vs. The Custom of the Dance Community, *University of Miami Law Review*. Vol. 38 <https://repository.law.miami.edu/umlr/vol38/iss2/5>
- Soler Benito, C. (2015). *Propiedad Intelectual en las obras escénicas*. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona. Recuperado de: [https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2016/hdl\\_10803\\_381261/csb1de1.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2016/hdl_10803_381261/csb1de1.pdf)
- Sweney, M. (2007). Adidas draws on All Blacks' heritage. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/media/2007/aug/31/advertising1>
- Sye, D. (2021). Literally Stealing the Show: A Brief (and Recent) History of Dance Copyright. *The Intellectual Freedom Blog*. The Office for Intellectual Freedom of the American Library Association. <https://www.oif.ala.org/literally-stealing-the-show-a-brief-and-recent-history-of-dance-copyright/>
- Tangcay, J. (2021). Beyonce and Megan Thee Stallion Choreographer JaQuel Knight Launches Company to Copyright Dance Moves. *Variety* <https://variety.com/2021/artisans/news/beyonce-choreographer-jaquel-knight-copyright-dance-moves-1234957578/>
- U.S. Copyright Office (2021). Compendium of U.S. Copyright Office Practices. § 101. 3d ed. Washington D.C. <https://www.copyright.gov/comp3/>
- Vaganova, A. (1945). *Las Bases de la danza Clásica*. Buenos Aires: Centurión.
- Varmer (2025). Dancing on Their Own: Alternatives to Copyright for the Choreographic Community. *Harvard Law Review*. Vol. 138 N. 5. <https://harvardlawreview.org/print/vol-138/dancing-on-their-own-alternatives-to-copyright-for-the-choreographic-community/>; <https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2025/02/138-Harv.-L.-Rev.-1429.pdf>
- Waelde, C. Whatley, S. Pavis, M. (2014). Let's Dance! But who owns it?. *European Intellectual Property Review*, volume 36 (4) [https://pure.coventry.ac.uk/ws/portalfiles/portal/13324226/Let\\_s\\_dance.pdf](https://pure.coventry.ac.uk/ws/portalfiles/portal/13324226/Let_s_dance.pdf)

Watkins, E. (2003). May I Have This Dance?: Establishing a Liability Standard for Infringement of Choreographic Works, 10 *Journal Intellectual Propriety Law*. Vol 10. <https://digitalcommons.law.uga.edu/jipl/vol10/iss2/13>

Werosh, S., Veneziani, W. (2002). *Bailar en uruguayo*. Montevideo: Praxis.

Wilson, I. (2020). The Misappropriation of the Haka: Are the Current Legal Protections Around Maturanga Maori in Aotearoa New Zealand Sufficient? *Victoria University of Wellington Law Review* Vol 51 (4). <https://www.nzlii.org/nz/journals/VUWLawRw/2020/20.html>

## Jurisprudencia mencionada:

### Canadá

Patsalas v. (1986), C.P.R. (2d) 105 Ontario High Court.

(Powell, 2002, p. 251-252. Rudoff, 1991, p. 896)

### España

Audiencia Provincial de Pamplona/Iruña, Sentencia N° 000270/2019 de 10 de junio de 2019.

Audiencia Provincial Sección Quinta Sevilla, Sentencia N° 575/22 de 28 de diciembre de 2022.

### Uruguay

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° turno, Sentencia N° 32/2009 de 15 de abril de 2009.

### United States of America

Bikram's Yoga College v. Evolution Yoga, No. 13-55763 (9th Cir. 2015), sentencia de 8 de octubre de 2015. <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/13-55763/13-55763-2015-10-08.html>

Horgan v. MacMillan, Inc., 621 F. Supp. 1169 (S.D.N.Y. 1985). District Court for the Southern District of New York, 19 de noviembre de 1985. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/621/1169/1368629/>

Horgan v. Macmillan, Inc., 789 F.2d 157, 161 (2d Cir. 1986) Court of Appellations of 2<sup>nd</sup> Circuit, New York, de 28 de abril de 1985 <https://casetext.com/case/horgan-v-macmillan-inc-2>

Kyle Hanagami v. Epic Games, inc., et al, Case N° 22-CV-2063 District Court for the Central District of California, 29 marzo 2022. <https://www.courthousenews.com/wp-content/uploads/2023/11/hanagami-v-epic-games-complaint.pdf>

Kyle Hanagami v. Epic Games, inc., et al, No. 22-55890 - 9th Cir. 2023, sentencia de 1 de noviembre de 2023. <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/22-55890/22-55890-2023-11-01.html>; <https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2023/11/01/22-55890.pdf>

Martha Graham School v. Martha Graham Center, 224 F. Supp. 2d 567 (S.D.N.Y. 2002)  
District Court for the Southern District of New York, sentencia de 23 de agosto de  
2002 <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/224/567/2489974/>

## Videos analizados para el caso Moonwalk

AbejaMariposaIV. (26 de julio de 2013) Origins of the moonwalk. <https://www.youtube.com/watch?v=xH7VymwHLmo>

Daily Motion – Dive into the World of Fun (5 de julio de 2024) Charlie Chaplin Moonwalk. <https://www.dailymotion.com/video/x91kuuu>

DangerouslyBad58, (20 de noviembre de 2022) Michael Jackson Billie Jean Moonwalk Evolution (1983-2009) | High Quality. <https://www.youtube.com/watch?v=bCs-jvYmnc58> Dominique Dupagne. (10 de enero de 2014) James Brown I Got You 1965 Moonwalk. <https://www.youtube.com/watch?v=C2ODuUAhCPg>

htong2 (22 de noviembre de 2012) The First Moonwalk - Bill Bailey. <https://www.youtube.com/watch?v=Z2kG1KRvFMc>

Ina Actu (28 de noviembre de 2018) Michael Jackson dans les pas du mime Marceau | Franceinfo INA. <https://www.youtube.com/watch?v=qy9LS-iGwfY>

Le Bigmac (22 de enero de 2017) Michael Jackson - Billie jean (live 1983 first time moonwalk). <https://www.youtube.com/watch?v=L55jpld7gzA>

Mr Tibbster. (15 de marzo de 2021) Origin of the Backslide/Moonwalk | 1930-1983. <https://www.youtube.com/watch?v=NFXN2cu-hzI>

Ricardo Brust. (26 de julio del 2020) El Principito 1974 Escena serpiente. Bob Fosse. <https://www.youtube.com/watch?v=GjcCXXjUqFQ>

Shalamar - Howard Hewett - Jeffrey Daniel - Carolyn Griffey (22 de junio de 2016) Shalamar - Jeffrey Daniel - The MoonWalk - Top Of The Pops - The Story Of 1982. <https://www.youtube.com/watch?v=iG2YB9pp484>

Zapparr@JPN (2 de marzo de 2018) Electric Boogaloo / Moon Walk. <https://www.youtube.com/watch?v=LG7BpB3O7T4>

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): 1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición. B.B.M. ha contribuido en: 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14 y M.I.M.F en: 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: [mjcasanova@um.edu.uy](mailto:mjcasanova@um.edu.uy)

FLAVIA FIGUEREDO

Universidad de Montevideo, Uruguay

ffigueredo@der-aduanero.com.uy.

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2443-3030>

Recibido: 05/05/2025 - Aceptado: 10/07/2025

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:**

Figueredo, F. (2025). Garantías de los derechos de los administrados frente a la administración aduanera y de justicia.

*Revista de Derecho*, 24(48), e482. <https://doi.org/10.47274/DERUM/48.2>

## Garantías de los derechos de los administrados frente a la administración aduanera y de justicia

71

**Resumen:** El presente trabajo tiene por objeto exponer cuáles son, a mi entender, las verdaderas garantías para los derechos de los administrados tanto frente a la Administración Aduanera, como la de Justicia. Expondré para ello sobre diversos principios básicos que rigen la actividad de las mencionadas administraciones y la actuación de los funcionarios públicos. Todo ello, con la convicción de que la garantía de los derechos de los administrados, se logra a través del cumplimiento por parte de los funcionarios públicos de sus deberes más básicos y de los principios sustanciales del derecho, así como el combate consciente de los sesgos de pensamiento.

**Palabras clave:** sesgos; inocencia; ética; legalidad objetiva; imparcialidad; tutela administrativa y jurisdiccional efectiva.

## Guarantees of rights of the persons subject to Customs Authority and Justice Administration

**Abstract:** The purpose of this paper is to explain what I understand to be the true guarantees for the rights of citizens before both the Customs and Justice Administration Authorities. To this end, I will expose various basic principles that govern the activities of such public authorities and the actions of public officials. All of this, with the conviction that safeguarding citizens' rights is achieved through the public officials' compliance with their most basic duties and the substantive principles of law, as well as the conscious combating of thought biases.

**Keywords:** Biases. Innocence. Ethics. Objective Legality. Impartiality. Effective Administrative and Jurisdictional Protection.

## Garantias dos direitos dos administrados frente à administração aduaneira e à justiça

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo expor quais são, na minha opinião, as verdadeiras garantias dos direitos dos administrados tanto frente a Administração Aduaneira como frente a Justiça. Para isso, abordarei diversos princípios básicos que regem a atividade das referidas administrações e a atuação dos funcionários públicos. Tudo isso com a convicção de que a garantia dos direitos dos administrados é alcançada através do cumprimento, por parte dos funcionários públicos, de seus deveres mais básicos e dos princípios substantivos do direito, bem como do combate consciente aos preconceitos.

**Palavras chave:** Preconceitos; Inocência; Ética; Legalidade objetiva; Imparcialidade; Tutela administrativa e jurisdicional eficaz.

*“Un hombre hace lo que debe, a pesar  
de las consecuencias personales,  
a pesar de los obstáculos, peligros y presiones,  
y eso es la base de la moral humana”.*

Winston Churchill

## 1. Introducción

En agosto de 2024, expuse sobre este tema en la XI Jornada Académica de Derecho Aduanero, y desde entonces he continuado reflexionando sobre el mismo, con la idea de compartir unas breves consideraciones escritas, que aquí vengo a ofrecer.

Ello, con la ilusión de promover y acompañar una renovada corriente de reflexión sobre una temática que en absoluto es novedosa, pero cuya permanente consideración entiendo resulta ineludible.

Estamos ante un tema siempre vigente, y de particular importancia, en relación al Derecho Sancionatorio, aunque no ingresaré en esta instancia al desarrollo del Derecho Sancionatorio en materia aduanera, que es mi materia de especialidad, ya que pretendo abordar consideraciones más generales, sin perjuicio de algunas alusiones que realizaré a lo largo de este trabajo.<sup>1</sup>

Mucho se ha escrito sobre el desbalance entre la Administración y los Administrados, desbalance que tiene sus fundamentos en los poderes necesarios para mantener en funcionamiento al Estado, pero que debe tener como correlato el sistema de derechos y garantías de estos últimos.

En este punto, cabe acudir a lo puntualizado por Cajarville el sentido de que:

... el concepto de ‘garantías’ tienen sustancia jurídica, pero valor instrumental: las garantías se definen por su instrumentalidad. Frente a las situaciones jurídicas sustanciales, que valen por sí mismas, las garantías valen porque sirven para asegurar aquellas situaciones sustanciales. La instrumentalidad de las garantías consiste, o bien en evitar que las situaciones sustanciales sean lesionadas, o bien en remediar una situación sustancial que efectivamente ha sido desconocida o lesionada. De manera que las garantías tienen un valor reflejo, no valen por sí mismas, valen por lo que aseguran; y como tales, sin contingentes, variables, sustituibles (Cajarville, 2007, p.144).

Sin ser especialista en Derecho Administrativo ni Constitucional, y naturalmente sin presumir en absoluto de serlo, reflexionando sobre ciertas decisiones que hacen a la materia aduanera y que se replican en otras materias, entiendo ineludible compartir lo que hoy entiendo constituye la garantía fundamental de los derechos de los administrados frente a la Administración Aduanera (y en general, frente a la Administración Pública) y de Justicia.

1 Respecto del Derecho Aduanero Sancionatorio, simplemente diré que, en definición que hemos impulsado con el Dr. Andrés Varela, el mismo designa al conjunto de normas y principios jurídicos que regulan el poder punitivo del Estado, con la finalidad de garantizar la preservación y el restablecimiento del ordenamiento jurídico en materia Aduanera, mediante la retribución de una sanción, salvaguardando –simultáneamente– las garantías de los sujetos a quienes se les impone. Así, el Derecho Aduanero Sancionatorio, contempla diversos ámbitos de ilicitud aduanera, de acuerdo a las conductas punibles y sus consecuencias, pudiéndose distinguir el Derecho Aduanero Penal, el Derecho Aduanero Infraccional y el Derecho Aduanero Correccional, siendo este último el que tiene que ver con las diversas normas y principios que regulan y establecen el alcance del poder sancionatorio de la Administración Aduanera, respecto de las personas vinculadas a la actividad aduanera. (Figueredo y Varela 2022, p. 314)

Ello es ni más ni menos que la observancia y plena conciencia por parte de la Administración Pública y de Justicia, de los principios y deberes que aquí desarrollaremos.

Y es así en tanto, desde que el Derecho es –al día de hoy– aplicado por seres humanos, la garantía de su efectiva aplicación, serán sus aplicadores.

Me propongo aquí reflexionar sobre la conciencia y el respeto al principio de Inocencia, y la estricta sujeción –debida no sólo por parte de la Administración, sino también por la Justicia–, a los principios de Legalidad, Legalidad Objetiva e Imparcialidad respectivamente, así como los de Tutela Jurisdiccional y Administrativa efectivas. Y ello, despojado de todo y cualquier sesgo, es lo que constituye la verdadera garantía de los Derechos de los Administrados.

Referiré a los sesgos y prejuicios, en tanto, sin la conciencia de que la actividad humana, en tanto tal, se nutre no sólo de experiencias vividas, sino también de “atajos” en el razonamiento y por tanto, sin un esfuerzo activo y racional por combatirlos y por motivar razonadamente y en el marco del derecho aplicable las resoluciones –tanto administrativas como judiciales– es posible (y como posible que es, sucede en el mundo de la realidad) que los principios que aquí desarrollamos, y las garantías de los administrados resulten negadas.

Hoy, de la mano de prestigiosos autores, y nuevamente, sin pretender innovar en una temática sumamente desarrollada –pero en la que a mi juicio no se reflexiona lo suficiente en la actividad diaria, y por tanto no es objeto de acciones concretas– pretendo motivar a la reflexión, sobre la necesidad de revisar las conductas y los patrones de pensamiento (que devienen en patrones de acción).

Unos patrones que sencillamente es necesario desterrar, en aras de la protección de nuestro Estado de Derecho y del adecuado cumplimiento de los deberes, como modo de que la nueva realidad sea la garantía de los derechos de los administrados por la Administración Pública y la Justicia.

Huelga decir que la tutela que se promueve, no implica que invariablemente se otorgue sin más la razón a los particulares o se los exima de sanción, sino que, simplemente existan sanciones o condenas, cuando el derecho objetivo (que debe ser correcta e imparcialmente interpretado, conforme a las reglas correspondientes) así lo disponga, y se hayan verificado efectivamente los presupuestos fácticos que determinen las consecuencias desfavorables que el ordenamiento jurídico prevea. Y ello sin sesgos, sin prejuicios, sin tendencias, que conlleven el desconocimiento de los preceptos normativos ni de los principios que informan nuestro ordenamiento.

## 2. Los sesgos. Cómo decidimos. Los procesos de pensamiento.

El Dr. López Rosetti, especialista en clínica médica y Cardiólogo, en su libro *Equilibrio* (cuya lectura recomiendo particularmente, como punto de partida de ese “autoanálisis” que propongo y que todos deberíamos realizar), explica desde un punto de vista científico cómo pensamos, sentimos y decidimos. En dicha obra, entre muchos otros temas que la hacen valiosa, analiza los dos tipos de pensamiento y el modo en que deciden (López Rosetti, 2019, pp. 269-285).

Así, y siguiendo a Daniel Kahneman, explica, desde la cognición, la forma en que abordamos el conocimiento del mundo a través de un modo de pensamiento “rápido” y de otro modo de pensamiento “lento”.

Indica el profesional que el modo de pensamiento “rápido”, es al que acudimos de manera continua y rutinaria, el que nos permite tomar continuas decisiones. Su mecánica de funcionamiento es espontánea, automática, subconsciente, emocional, sin sensación de control voluntario y fundamentalmente rápido. Este modo de pensamiento es sumamente económico, y no requiere prácticamente ningún esfuerzo.

Por su parte, el sistema de pensamiento “lento”, es el pensamiento racional y lógico, sobre el cual tenemos control voluntario. Es el modo al cual acudimos cuando nos detenemos y prestamos atención sobre un problema particular, reflexionamos acabadamente sobre algo, comparamos conscientemente, acudimos al razonamiento ordenado y sistemático, en definitiva, cuando pensamos racionalmente. Este sistema requiere tiempo en el proceso de pensamiento, mayor energía y esfuerzo.

Ante la presencia de cualquier circunstancia en la cual debamos formular un juicio o tomar una decisión, sobre todo si tenemos poca información, el sistema rápido va a acudir a “atajos” mentales para adoptar una decisión. Lo cierto, es que esta forma de decidir está influida por los Sesgos. López Rosetti analiza varios, pero me interesa aquí detenerme en uno: *el sesgo de confirmación*, por la claridad con la que el mismo puede apreciarse en algunos pronunciamientos.

Señala el autor:

Se trata de la condición en la cual la persona presta atención, selecciona y aprueba de modo selectivo toda la información que confirma sus propios pensamientos o hipótesis, dejando de lado y aun desmereciendo la información, alternativas, opiniones o pensamientos diferentes ... incluso realiza una fuerte selección de los medios de información, ... que avalen su propio criterio y pensamiento (López Rosetti, 2019, pp. 277-278).

En palabras de Nieva-Fenoll:

... el heurístico de anclaje y ajuste provoca una batería de sesgos de lo más entretenidos, pues todos son muy fácilmente identificables. El más evidente es el “sesgo de confirmación”, que lleva al sujeto a creer que informaciones contrarias a su opinión inicial, en realidad la confirman, esforzándose el sujeto en ese ajuste de las informaciones contradictorias. (Nieva-Fenoll, 2025, p. 390)

Es por ello que, en la vida cotidiana, es menester tener clara esta distinción y reconocer las situaciones que requieren ineludiblemente de la aplicación del tipo de pensamiento “lento”, más trabajoso y menos eficiente sin dudas, pero que minimiza las posibilidades de error y de injusticia.

Couture, en su segundo mandamiento (de los Mandamientos del Abogado) nos indica “PIENSA. El Derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.” En su desarrollo del concepto, recoge lo que hemos venido indicando, en el sentido de que el pensar del abogado, no es pensamiento puro, ya que el derecho no es lógica pura; su pensar es, al mismo tiempo, inteligencia, intuición, sensibilidad y acción. Así, el autor

confirma la complejidad de nuestro pensamiento (aún el pensamiento lento); y así nos trae nuevamente la reflexión sobre el modo en que los casos, y particularmente los que involucran la aplicación de sanciones a los administrados deben abordarse desde el punto de vista cognitivo, por los responsables de analizar y tomar las decisiones (Couture, 1999, pp. 27-29).

¿Porque traemos a colación este tema? Pues porque si en el marco de un proceso administrativo o judicial, no se incluye un adecuado análisis racional de la situación, o en asuntos que se repiten meramente se reiteran conclusiones previas, los sesgos y prejuicios toman el control.

De este modo, las instancias de defensa del administrado/indagado, se convierten en una garantía meramente formal que, por ser tal, se niega como verdadera garantía. Así, el mero hecho de “conferir vista”, no constituye una garantía, del mismo modo que no lo es el “oír” una declaración en una indagatoria, o brindar la oportunidad procesal de contestar una acusación fiscal, si no se reciben con apertura, se “escuchan”, y se atienden debidamente los argumentos, en cuanto corresponda, sin prejuicios.

Veremos aquí que la adecuada aplicación del derecho, requiere un profundo análisis del aplicador, al cual está por otra parte obligado, de los hechos presentados y el derecho aplicable y que, indudablemente, como parte del Derecho aplicable, se encuentran los principios particulares de cada disciplina, los que rigen la actividad de los funcionarios públicos e, indudablemente, los principios generales del derecho.

Como bien señala Soba, en análisis de la valoración de la prueba en vía jurisdiccional; pero con consideraciones trasladables a toda la actividad judicial y también de la administración pública:

Tan cercanos son el sesgo y el error que en el ámbito de la estadística se lo conceptualiza como el error sistemático en el que se puede incurrir cuando al hacer muestreos o ensayos se seleccionan o favorecen unas respuestas frente a otras ... (Soba Bracesco, 2024, p.39).

Y continúa ilustrando el punto, en cita del reporte conocido como “Informe al Presidente” (de los Estados Unidos de América), elaborado por el Consejo de Asesores del Presidente en Ciencia y Tecnología, en el cual se definen a los sesgos de la siguiente forma:

(...) son los modos en que las percepciones y juicios humanos pueden alterarse por factores distintos a los relevantes para la decisión que se ha de tomar en un momento dado. Incluye el ‘sesgo de contexto’ por el que los individuos se ven influenciados por información de contexto irrelevante; el ‘sesgo de confirmación’ por el que los individuos interpretan información, o buscan nueva evidencia, de modo tal que se adecúe a las creencias o asunciones preexistentes; y ‘evitar la disonancia cognitiva’ por la que los individuos son reacios a aceptar nueva información que sea inconsistente con sus primeras conclusiones. (Soba Bracesco, 2024, p.39)

Tan relevante, presente y actual es el tema de los “sesgos”, que en reciente nota del semanario *Búsqueda*, la Directora del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU), Dra. Verónica Scavone, se ha expresado al respecto.

Informando que se ha incorporado a la formación judicial un curso denominado “La valoración de la prueba en el proceso jurisdiccional. Los desafíos frente a los estereotipos, prejuicios y sesgos”, la Dra. Scavone fundamenta esta orientación indicando “Los jueces vivimos en una sociedad, estamos insertos y tenemos un conjunto de creencias”, pero “es necesario desenmascararlas” para que los “sesgos y prejuicios no condicionen” al emitir el fallo, para “dejarlos de lado” al momento de resolver en un proceso. Agrega la profesional que esto es de suma importancia, ya que se vincula con la imparcialidad y las sentencias (Scavone, 2025).

Estas afirmaciones, que por su fuente refieren exclusivamente a los Jueces, son plenamente trasladables a la Administración, cuando debe adoptar decisiones en los procesos que sustancia<sup>2</sup>. Y tan trasladables son, que sería bueno que nuestra Administración Pública realizara ese proceso de revisión, pues en tanto decisor, y muchas veces “juez y parte”, se debe, y debe a la sociedad a la que sirve, el obrar con ecuanimidad y garantizar todos y cada uno de los derechos de los particulares.

Para fundar el enfoque de hoy, y sin perjuicio de que es el cumplimiento del conjunto de deberes de la Administración Pública (en toda su extensión), lo que constituye la verdadera garantía de los Administrados frente a la Administración y la Justicia, he decidido abordar los principios de Inocencia, Legalidad Objetiva, Imparcialidad y Tutela Jurisdiccional y Administrativa Efectiva. Ello, por considerar que los mismos, bien aplicados, colocan en eje la actividad de la Administración y de la Justicia, y terminan erigiéndose en los pilares de la garantía de los Administrados frente a las mismas.

Así, por la vía de enfatizar los deberes de los aplicadores del Derecho, que entendemos especialmente interpelados por estos principios, con los claros textos de las normas que imponen el actuar debido, y de la mano de la doctrina y la neurociencia, es que concluyo que, del resultado de esa interpelación, que debe traducirse en una introspección de los servidores públicos con base a las reglas de la ciencia, y también de acuerdo a la conciencia, depende la garantía sustancial de los derechos de los Administrados.

77

### 3. Los principios

#### 3.1. Introducción general

Indica Carlos Delpiazzi (2024, p. 37) que, a esta altura del desarrollo del Derecho Administrativo (y podríamos agregar, del Derecho en general), resulta innecesario abundar en la importancia de los principios generales del Derecho.

Empero, una y otra vez, nos preguntamos ¿es innecesario o es más necesario que nunca volver a ello para tenerlo presente? Y como nuestra respuesta es siempre afirmativa, si se repasan nuestros trabajos doctrinarios, siempre volvemos a la cuestión de los principios.

<sup>2</sup> En particular, en derecho aduanero, cobra especial relevancia el precepto, ya que la Administración Aduanera –Dirección Nacional de Aduanas y Poder Ejecutivo en vía jerárquica– decide no sólo en procedimientos administrativos de la más diversa índole, sino también en materia de infracciones administrativas eventualmente cometidas por personas vinculadas a la actividad aduanera (despachantes de aduana, importadores, exportadores, titulares de Depósitos Aduaneros, usuarios de Zona Franca, transportistas, etc.) reguladas por los artículos 41 a 43 del Código Aduanero, ley 19.276 y normas reglamentarias, con la posibilidad de imposición de sanciones que pueden llegar a la inhabilitación, y también en la infracción de la Contravención, regulada por el artículo 200 del Código Aduanero y normas reglamentarias.

Tal como señala Gabriel Delpiazzo:

Los principios generales del Derecho son ... la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas y que penetra por tanto en su interpretación como su propia aplicación, que han de ajustarse necesariamente a ellos; lo cual explica que tales principios informen las normas y que la Administración esté sometida no solo a la ley, sino también al Derecho, y si tales principios inspiran la norma habitante que atribuye una potestad a la Administración, esa potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios. (Delpiazzo, 2009, p. 21)

No parece nunca suficiente el énfasis que podamos hacer en los principios generales del derecho y particulares de la actividad administrativa, por cuanto, en la actividad diaria de la Administración, los mismos resultan difuminados por el cúmulo de normas que regulan la actividad de los particulares y de la propia Administración, y que impiden ver el “bosque”, siendo éste el sistema jurídico todo, con base en los principios generales, que son los que deben informar la actividad de la Administración Pública y que, como hemos visto, constituyen regla de derecho en nuestro país, tal como emerge con total claridad de los artículos 72 y 332 de nuestra Constitución Nacional.<sup>3</sup>

En sentido de la necesidad de énfasis, como señala Carlos Delpiazzo, el artículo 40, literal c) del Código Contencioso Administrativo - Ley 20.333 de 11/9/2024 (en adelante, el “CCA”) en disposición reiterativa de normas previas, los considera expresamente “regla de Derecho”, en los términos del artículo 309 de la Constitución<sup>4</sup> y por tanto, sus violaciones, serán procesables ante los Juzgados de los Contencioso Administrativo y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>5</sup>.

En palabras del autor:

... cabe entender por principios generales de Derecho aquellos ‘soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento jurídico’ que participan de lo que Maurice Hauriou llamó la ‘supralegalidad constitucional’ para poner de manifiesto su máxima jerarquía como fuente formal, directa y primaria, aunque no escrita, del Derecho Administrativo.

Si bien los principios no se presentan habitualmente con la estructura típica de una regla de Derecho, ninguna duda puede existir acerca de que revisten el carácter de tal no sólo por el reconocimiento positivo que viene de señalarse sino porque sería

3 Sobre estas normas: Correa Freitas, R. (2004). Constitución de la República Oriental del Uruguay, actualizada, anotada y concordada.

4 El Artículo 309 de la Constitución de la República prevé: “El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, **contrarios a una regla de derecho** o con desviación de poder.

La jurisdicción del Tribunal comprenderá también los actos administrativos definitivos emanados de los demás órganos del Estado, de los Gobiernos Departamentales, de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados.

La acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo.” (Destacado nuestro).

5 El Artículo 40 del CCA prevé: “(Alcance). - En particular, y sin que ello importe una enumeración taxativa, se consideran objeto de la acción de nulidad:

- a) Los actos administrativos dictados con desviación, abuso o exceso de poder, o con violación de una regla de Derecho, **considerándose tal, todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual.**
- b) Los que sean separables de los contratos administrativos.
- c) Los que se hayan dictado durante la vigencia de la relación estatutaria que vincula al órgano estatal con el funcionario público sujeto a su autoridad, relativos a cualquier clase de reclamo referente a la materia regulada por ella, así estos sean de índole puramente económica.
- d) Los que, respondiendo a una consulta, manifiesten el criterio de la Administración sobre el Derecho aplicable en el caso concreto.” (Destacado nuestro).

ontológicamente absurdo y lógicamente contradictorio que siendo principios generales sólo se apliquen si no hay texto, sino que los textos deben estar de acuerdo a los principios y los principios de acuerdo a la naturaleza de las cosas.

En el sentido de lo que indicábamos previamente, termina diciendo el autor:

Aun cuando los principios generales no requieren de su incorporación al Derecho positivo porque valen en sí mismos, es valor entendido que su reconocimiento –ya que no consagración– por normas positivas tiene un valor pedagógico indudable en orden de su aplicación práctica (Delpiazzo, 2024, pp. 37-38).

Es con esta afirmación práctica, que nos abocamos aquí a desarrollar principios que entendemos fundamentales, y las normas que en esa función “pedagógica”, señalada por el referido autor, garantizan su observancia y tutela, y aún más, tornan la misma, en deberes concretos para los funcionarios públicos y es así, en tanto sin ello, no existe garantía de los derechos de los administrados.

Como indica Durán Martínez (2007, pp. 133-134):

1. Esa legalidad presidida por los principios generales de derecho que derivan de la persona humana, con sus derechos y deberes (porque no hay que olvidar que de la naturaleza humana también surgen deberes en virtud de su dimensión social y trascendente), determina el derecho administrativo, o sea lo justo administrativo.
2. Esa justa distribución no configura una graciosa dádiva paternalista, puesto que el hacer obras de caridad no es el fin del Estado ...
3. Esa justa distribución responde a esos derechos fundamentales, no es un regalo, sino algo debido al hombre, no al hombre abstracto, sino al concreto, a todos, y a cada uno en particular.
4. Pero esa justa distribución responde también a la razón de ser de la administración. La administración es parte del Estado o de la correspondiente organización política de la sociedad ... Así, como esa organización tiene por fin el bien común, ese es también el fin de la administración ... El bien común es el medio necesario para el pleno desarrollo de la persona humana en su triple dimensión, individual, social y trascendente. No coincide por cierto con el bien del Estado y ni con el de la administración, pero ese bien del Estado y el de la administración no pueden ser incompatibles con el bien común, puesto que a él están finalizados.

79

### 3.2. Principios y deberes fundamentales de cuya observancia deriva en la garantía de los derechos de los administrados.

#### a. Inocencia:

Interesa particularmente iniciar esta revisión con el principio de inocencia, en tanto su reconocimiento como punto de partida es básico en todos los casos en que esté el juego el análisis de un presunto incumplimiento por parte de los administrados. Ausente ello, existe tierra fértil para lo contrario, esto es, la presunción de culpabilidad de todo aquél señalado en primer lugar como presunto responsable de un incumplimiento o infracción. Así, el tener presente este principio básico, permite abrir la puerta para la consecución de los otros principios que aquí señalaremos, sin perjuicio de los demás, cuya observancia constituye la garantía básica de los derechos de los administrados.

El principio o estado de inocencia, ha sido estudiado principalmente en materia penal, pero con consideraciones todas aplicables al derecho sancionatorio en general.

Así, podemos señalar su fuente constitucional –también ligada a los principios de Legalidad y Debido Proceso, entre otros– en los artículos 7, 10 y 12 de la Constitución.<sup>6</sup>

Este principio, constituye no sólo la base constitucional para otro principio también fundamental, el de seguridad jurídica, sino como sustento mismo del Estado de Derecho.

En este sentido, entendemos con Ferrajoli (1995, pp. 549 y 550) que:

Este principio fundamental de civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad del algún culpable. Al cuerpo social le basta que los culpables sean generalmente castigados ... pero es su mayor interés que todos los inocentes sin excepción estén protegidos. Es ésta la opción en la que Montesquieu fundó el nexo entre libertad y seguridad de los ciudadanos: ‘la libertad política consiste en la seguridad o al menos en la convicción que se tiene de la propia seguridad’ y ‘dicha seguridad no se ve nunca tan atacada como en las acusaciones públicas o privadas; de modo que cuando inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad’. En consecuencia –si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias– la presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa seguridad específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia y de esa específica defensa que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo. ... Cada vez que un imputado inocente tiene razón para temer a un juez, quiere decir que éste se halla fuera de la lógica del estado de derecho ....

En el mismo sentido y analizando el régimen infraccional de la República Argentina, Alais (2011, p. 107), ha indicado:

... nadie puede ser condenado sin ser culpable, principio que rige igualmente en materia tributaria, en donde la acción punible tiene que estar atribuida tanto objetiva como subjetivamente. También se ha señalado, sobre el particular, que se debe partir del estado de inocencia para poder reprimir a quien resulte culpable. La base del Derecho penal liberal, que tiene rango constitucional, es la presunción de inocencia.

Y más adelante:

... el estado de duda para que juegue como causal absolutoria tiene que ser razonable acerca de la comisión de la infracción, es decir, depende de una pauta valorativa que se formará a partir de los elementos, pruebas y circunstancias que se presentaron en el sumario acerca de la infracción o de la actuación puntual del imputado.

6 El artículo 7 de la Constitución de la República establece: “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.”

Por su parte, el artículo 10 reza: “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

Finalmente, el artículo 12, prevé: “Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal.”

La razonabilidad opera como una pauta valorativa dirigida al juzgador, quien, en su fuero íntimo, con todos los elementos colectados, en caso de que tenga dudas en orden a la responsabilidad del supuesto infractor debe absolver conforme a la preeminencia e importancia que tiene el principio de inocencia. (Alais, 2011, pp. 108-109).

En la recta observancia de este principio, todo análisis jurídico de hechos, orientado a determinar la presunta responsabilidad de un sujeto por una conducta –que debe estar prestablecida en una norma de rango legal, con arreglo al principio de legalidad– y la aplicabilidad de las consecuencias pertinentes, en el grado en que correspondan (principio de proporcionalidad), debe partir de un total ascetismo, sin preconceptos ni prejuicios hacia el o los sujetos cuya conducta está en análisis. Si algún “sesgo” impregna dicho razonamiento, el mismo no debería ser otro que, considerar al o los sujetos en cuestión como inocentes.

Sólo el razonamiento más puro, y por ende no orientado en lo previo a culpabilizar, podrá determinar la aplicación de las normas y procedimientos en vigencia, de modo que constituyan una verdadera garantía del debido proceso para quienes están sujetos al mismo.

#### b. Legalidad objetiva:

El segundo principio que entendemos de la mayor importancia, en tanto recuerda a la Administración su razón de ser y, sin dudas, que bien aplicado permite combatir la existencia de sesgos del pensamiento, a la vez que la búsqueda del verdadero sentido de las normas que en cada caso corresponde aplicar, es el de Legalidad Objetiva.

El profesor Rotondo, ha definido este principio como la “Sumisión de la Administración al Derecho”. (Rotondo, 2009, pp. 21 y 22)

Así, ha indicado que:

Durante la época del estado absoluto se llegó a dar una sumisión parcial al Derecho a través de la teoría del Fisco, concebido como el ‘sujeto del patrimonio estatal y de los derechos económicos, que se consideraba como una persona al lado del Estado’ (Forsthoff). Ese ‘lado’ del Estado se regulaba por el Derecho civil y podía ser responsabilizado ante la justicia, a diferencia de la actuación dominada por el poder público que quedaba fuera del Derecho.

La referida teoría mantuvo proyecciones durante el siglo XIX con la distinción entre actos de gestión y de autoridad, la cual, en ocasiones, reaparece dadas las múltiples formas de actuación del Estado contemporáneo.

La sumisión total de los actos del Estado y de su administración al Derecho se hizo efectiva:

a) mediante la aplicación de la ley común (*common law*), en iguales condiciones que los particulares: sistema inglés conocido como el de “rule of law”, el cual ha tenido, sin embargo, un desarrollo hacia el siguiente sistema;

b) mediante la aplicación de una ley especial, el sistema del “régimen administrativo”, caracterizado por establecer para el Estado prerrogativas exorbitantes para que pueda cumplir sus cometidos de interés general y, a la vez, encauzar el ejercicio del poder

–formalmente y por su fin– reconociendo garantías especiales para el administrado, las que hacen posible la responsabilidad del estado y el control de la juridicidad de sus actos.

Como también señala Rotondo en su obra, el Estado cumple diversas funciones jurídicas, esto es, diversos modos jurídicos del ejercicio de sus cometidos. Así, está desarrolla básicamente la función legislativa, la función jurisdiccional, la función administrativa, por lo que todas ellas, resultan sujetas a la normativa vigente.

En el mismo sentido, Cajarville (2007, pp. 155 y 156), ha puntualizado que:

La Administración existe para servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho objetivo. Esa es su razón de ser, el fin que justifica su existencia. Este principio rige por ello toda la actividad de la Administración, y por supuesto también la instrumental en que consiste el procedimiento administrativo ...

Si la Administración debe servir el interés general, y para ello se le confieren poderes y se le atribuyen cometidos cuyo cumplimiento es un deber, entonces debe impulsar por sí los procedimientos necesarios para ejercer esos poderes con sometimiento pleno al Derecho.

Rotondo en su obra, analizando el principio de Legalidad Objetiva, que en ese momento se encontraba consagrado en el artículo 2 del Decreto 500/991, que regula la actuación de la Administración Pública, indicaba que el procedimiento administrativo es objetivo ya que tiende a la protección del administrado y también “a la defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo”; existiendo interés público en su correcta sustanciación. (Rotondo, 2009, pp. 337 y 338)

Según Cajarville, el precepto contenido en el acápite del artículo 2 del Decreto 500/991, proclama el principio de Legalidad Objetiva, al decir que “La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho”.

Indica el autor – vinculando el principio de Legalidad Objetiva al de Finalidad, que:

El principio de legalidad objetiva lleva implícito en sí mismo el principio de finalidad. Además de la determinación del supuesto de hecho y de la consecuencia jurídica, contenido de toda norma jurídica, aquéllas que refieren a la actuación de la Administración señalan el fin a que su actividad debe tender. Ese fin debido puede estar explícitamente establecido en las normas en cuestión, pero con más frecuencia aparecerá sólo implícitamente; en todo caso, la delimitación del fin debido es una cuestión de interpretación o integración de la norma de competencia ... siendo así, la actuación en pos del fin debido y la idoneidad (cuali y cuantitativa) de lo dispuesto para lograrlo, son aspectos de la adecuación de la acción administrativa, a la ‘regla de derecho’. (Cajarville, 2007, 188-190).

Actualmente, el principio de Legalidad Objetiva, tiene consagración legal expresa, en el artículo 4 del CCA, ubicado en el capítulo de “Normas generales”. Dicha norma, que en cuanto nos interesa reproduce las disposiciones del Decreto 500/991, reza:

(Principios rectores de la actuación administrativa).- Las Administraciones públicas procurarán en todos los casos servir con objetividad al interés general, con sometimiento pleno a la regla de Derecho y ajustando su actuación a los siguientes principios, sin que la enumeración tenga carácter taxativo:

a) tutela administrativa efectiva; b) legalidad objetiva; c) impulsión de oficio; d) verdad material; e) economía, celeridad y eficacia; f) informalismo en favor del administrado; g) flexibilidad y ausencia de ritualismo; h) trascendencia; i) debido procedimiento; j) duración razonable; k) imparcialidad; l) contradictorio integral; m) buena fe; n) motivación de las decisiones; ñ) gratuidad; o) interdicción de la arbitrariedad; p) transparencia; y q) razonabilidad.

Sobre este principio ha indicado Carlos Delpiazzo:

Este principio subraya y enfatiza el concepto de que todo el accionar de la Administración debe estar sometido al respecto del ordenamiento jurídico en su integralidad, tal como lo destaca el encabezamiento ... al enfatizar el deber de servir con objetividad a los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho; en ello radica su razón de ser y una de las bases del Estado de Derecho.

Por imperio de la legalidad objetiva, se explica que el procedimiento administrativo tenga carácter instructorio (en el sentido de que debe ser impulsado por la Administración), que prime la verdad material por oposición a la verdad formal ..., que deba darse amplia oportunidad de defensa al administrado, que las decisiones de la Administración estén adecuadamente motivadas y, en general, que ésta actúe con apego al Derecho y a las exigencias de la buena administración” (Delpiazzo, 2024, pp. 54 y 55).

83

El autor, en comentario del principio de interdicción de la arbitrariedad, contenido en el literal o) del artículo citado, explicita conceptos que tienen que ver con el principio que aquí se comenta.

Así, señala:

... con palabras de Francisco Bauza, ... ‘un hombre no es propiamente libre cuando hace lo que quiere, sino cuando quiere lo que debe, puesto que la libertad no se refiere al hacer, sino al querer. Y hace falta que la voluntad esté muy libre para aplicarse al deber que, a veces, no coincide con el gusto, ni con el capricho, ni con la comodidad ni con el interés’.

También la Administración debe querer lo que debe, pero no porque sea libre sino porque se encuentra en una situación de sujeción derivada de que carece de existencia sustantiva y sólo se justifica en función del cumplimiento de su fin: el logro del bien común. Como bien se ha dicho, la discrecionalidad no proporciona a la Administración libertad alguna ni la posibilidad de hacer lo que quiera, sino que siempre está ‘jurídicamente vinculada’.

No puede ser de otra manera por cuanto la libertad no es propia de la Administración, en función de su naturaleza servicial y vicarial, de su ser para otros, a fin de que todos los integrantes a la que ella se debe puedan alcanzar sus fines propios ... Por eso, discrecionalidad no significa libertad de elección ya que la administración no

elige libremente una opción determinada, sino que, en virtud de su sometimiento al principio de juridicidad, debe orientarse según los parámetros establecidos en la regla de Derecho y en su mandato de actuación. (Delpiazzi, 2024, p. 69)

Sin perjuicio de la consagración legal del principio de Legalidad Objetiva que rige la actividad administrativa, no puede dejar de señalarse que el mismo está consagrado expresamente como deber en normas de la mayor importancia, por cuanto rigen la actividad de los funcionarios públicos.

Efectivamente, nos interesa presentar las bases normativas de los deberes aquí señalados, para destacar que los mismos resultan deberes concretos, exigidos por normas expresas a todos y cada uno de los funcionarios públicos y, en caso de no ser observados, o resultar contravenidos mediante actos u omisiones, podrán ser cuestionados, en primer lugar, frente a la propia administración y eventualmente, ante la jurisdicción contencioso administrativa y, de comprobarse su ilegitimidad, anulados.

Ello, sin perjuicio de otras acciones que pudieran derivarse en cada caso, como por ejemplo de la responsabilidad administrativa del o los funcionarios incumplidores.

En este sentido, corresponde enfatizar las disposiciones de la Ley de Ética de la Función Pública No. 19.823 de 18/09/2019.

Dicha norma se aplica con carácter general, a todos los funcionarios públicos, entendiéndose por tales, según el artículo 2 de la norma: "... toda persona que, cualquiera sea la forma jurídica de vinculación con la entidad respectiva, desempeñe función pública a título oneroso o gratuito, permanente o temporaria, en cualquier persona de derecho público estatal y no estatal".

En cuanto al ámbito orgánico de aplicación, por disposición de su artículo 3, la Ley es aplicable a los funcionarios públicos que se desempeñen en: A) Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial; B) Tribunal de Cuentas; C) Corte Electoral; D) Tribunal de lo Contencioso Administrativo; E) Gobiernos Departamentales; F) Entes Autónomos y Servicios Descentralizados (Fiscalía General de la Nación); G) En general, todos los organismos, servicios o entidades estatales, así como las personas de derecho público no estatal.

El artículo 5 de la referida norma, explicita el deber de Legalidad Objetiva indicando:

Artículo 5. (Principios y valores organizacionales). - El ejercicio de la función pública estará regido por un conjunto de principios fundamentales y valores organizacionales, partiendo de la base de que los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política, y que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario, debiendo servir con imparcialidad al interés general.

A su vez, en relación al interés público se expresa, con una elocuencia destacable, en el artículo 6:

Artículo 6. (Interés Público). - El funcionario público debe actuar en todo momento en consideración del interés público, conforme con las normas dictadas por los órganos competentes, de acuerdo con las reglas expresadas en la Constitución de la República (artículo 82).

El interés público se expresa, entre otras manifestaciones, en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos.

La satisfacción de necesidades colectivas debe ser compatible con la protección de los derechos individuales, los inherentes a la personalidad humana o los que se deriven de la forma republicana de gobierno.

Como vemos, la norma consagra el interés general como norte de la actividad de los funcionarios públicos, pero mandando que nada en la defensa del mismo, puede implicar la vulneración de los derechos individuales de los Administrados. Tal balance debe ser garantizado por los funcionarios públicos, en cada una de sus actuaciones.

Más allá de la actividad administrativa, en la cual también están comprendidos los representantes del Ministerio Público y Fiscal –que intervienen en cuanto nos interesa no sólo en los procesos penales sino también en los procesos por infraccional aduanero– existe una disposición expresa que rige la actividad de la Fiscalía General de la Nación, que impone la objetividad (vale decir, la ausencia de sesgos).

Así el Artículo 10 de la Ley 19.483 de 5/1/2017 (Ley Orgánica de la Fiscalía General de la Nación), que expresa: “(Principio de objetividad).- La Fiscalía General de la Nación propenderá a la aplicación justa de la ley y al ejercicio racional y ponderado del poder penal del Estado.”

En este sentido, y como ha indicado Mónaco (en consideración trasladable a los Fiscales cuando actúan en el proceso por infraccional aduanero):

Los profesores Santiago Martínez y Leonel González, sostienen que, a diferencia del Juez imparcial, que se sitúa por fuera de las partes, los Fiscales investigan los hechos delictivos con legalidad objetiva. El Fiscal si bien titular de promover la acción penal ... lo hace desde el punto de vista del ‘interés general’ y por eso está obligado a la objetividad y la verdad.

Julio Maier sostiene que el persecutor penal oficial tiene ‘el deber de averiguar la verdad también a favor del imputado, de tal manera que el principio de objetividad y defensa de la legalidad lo autoriza al fiscal a pedir el sobreseimiento o requerir la absolución del imputado, e incluso interponer recurso en su favor, si así se desprendiera de su trabajo de investigación.’ (Mónaco Aguiar, 2020, pp. 93 y 94).

Resulta pues, que el principio de Legalidad Objetiva constituye no sólo un principio general de la Actividad Administrativa, sino un mandato concreto a los funcionarios públicos que han de llevar a cabo los procedimientos administrativos, o tener incluso intervención en la actividad judicial en la cual se dilucidan acciones por infracciones (como las Aduanas) o delitos.

Un mandato que determina una orden de actuación que observada en sí misma, importa cumplir con otros principios. De este modo, el cumplimiento de la norma objetiva, con tutela del interés general, pero con la absoluta garantía de los derechos de

los particulares, como venimos sosteniendo a lo largo del presente trabajo es, a nuestro juicio la única y real garantía de los derechos de los particulares.

Claro que la garantía última es el Poder Judicial, el que, actuando con imparcialidad, es el que imparte la verdadera justicia para los administrados (ello sin perjuicio de la necesidad de combatir los Sesgos como previamente se ha indicado). Empero, las normas citadas, imponen a los funcionarios públicos en la vía administrativa, el actuar conforme a estos principios y también a los Fiscales, el no perseguir causas cuando la norma objetiva así lo imponga y la actuación correcta, determinará en términos de tiempo, si las garantías se han consagrado efectivamente o no.

Es la actuación en esa “primera línea” y en el momento oportuno, lo que constituye la única real garantía, por cuanto, el transcurso del tiempo que puede insumir un proceso jurisdiccional, los costos de una debida defensa y la incertidumbre que la indefinición genera, en sí mismo constituye una negación de tales garantías.

En los casos en que la actuación debida no se verifica, afortunadamente, existe la garantía del Poder Judicial, aunque el particular no debería sufrir la zozobra de transcurrir procedimientos o procesos administrativos o judiciales, toda vez que la recta y correcta actuación de los funcionarios públicos no lo hiciera necesario.

Así, el desbalance entre la Administración y los Administrados –que va mucho más allá del necesario para que el Estado ejerza su poder de imperio y que se traduce en las circunstancias que venimos explicitando<sup>7</sup>– se hace patente toda vez que cualquier funcionario público no observa los principios y deberes que rigen su actuación, en base al cabal cumplimiento de la norma, despojado de sesgos y tendencias; y toda vez que lo que se exige a los Administrados, no tiene su correlato en la revisión de la conducta de la propia Administración.

Es por ello que una y otra vez propugnamos este auto examen de la Administración, ya que el constante ejercicio del poder de imperio no debe hacer perder de vista la razón de ser de su existencia.

### c. Imparcialidad

El principio de imparcialidad, que de la mano de los que vienen de explicitarse, integra a nuestro juicio esa batería básica de principios-mandatos, que efectivizados constituyen la verdadera garantía de los derechos de los administrados, rige no sólo para la actividad jurisdiccional, sino también para la actividad administrativa.

Así, el recientemente aprobado CCA en su artículo 3 recoge los principios de igualdad e imparcialidad en relación a la justicia administrativa, entre otros. Así, dicha norma reza:

Artículo 3. (Principios rectores de los procesos jurisdiccionales contencioso administrativos).- Los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa actuarán con ajuste a los siguientes principios, sin que la enumeración tenga carácter taxativo: a) tutela jurisdiccional efectiva; b) debido proceso; c) universalidad de acceso al proceso; d) iniciativa de parte; e) igualdad de partes; f) contradicción; g) imparcialidad; h) duración razonable; i) publicidad; y j) buena fe procesal.

7 Y en otras desarrolladas con detalle por Gabriel Delpiazzo en la obra citada (sin perjuicio de algunas modificaciones normativas posteriores que deben tenerse en cuenta por cuanto tienen relevancia en algunos de los aspectos desarrollados por el autor).

Con respecto a la igualdad, con su habitual claridad y agudeza, Carlos Delpiazzo indica:

En el caso de la Justicia Administrativa, es imprescindible no perder de vista que el administrado demandante normalmente se encuentra en una situación de cierta inferioridad frente a los poderosos entes estatales demandados, lo que debe conducir en la normativa y en su interpretación a compensar esa desigualdad de base. Tan sólo a vía de ejemplo, piénsese que en la mayoría de los casos la prueba que necesita el actor se encuentra en poder de su contraparte, formando parte de los antecedentes administrativos. (Delpiazzo, 2024, p. 44)

Interesa también su desarrollo con relación a la actividad judicial, en tanto verdadero tercero en caso de conflicto entre la Administración y el Administrado no sólo en los casos de jurisdicción contencioso-administrativa, sino también en ámbitos civiles y, en cuanto hace a nuestra especialidad, particularmente en lo que tiene que ver con el Infraccional Aduanero y por su relevancia en cuanto se relaciona con el resto de los principios aquí desarrollados.

En este sentido, Abal ha indicado:

Las más importantes reglas generales (“principios”) que pueden caracterizar a nuestro Derecho positivo en cuanto a la organización de los tribunales, son precisamente las que establecen que ellos deben ser tanto imparciales como independientes...

La imparcialidad (que refiere a la “imparcialidad estructural”, señalada por Barrios De Angelis...), indica que el sujeto no debe tener un interés específico en el objeto del proceso ... Y ello porque cuando un sujeto tiene objetivamente interés en el resultado del proceso, no resultándole objetivamente indiferente el que se haga o no lugar la pretensión, naturalmente (aun cuando no necesariamente en forma consciente) estará subjetivamente inclinado a favorecer la posición que proteja más su propio interés.

En cuanto a la independencia (que refiere a la “imparcialidad funcional” señalada por el mismo Barrios de Ángelis ...), implica que aun cuando el sujeto no tenga un interés específico en el objeto del proceso, de todas formas no debe estar sujeto a instrucciones ni presiones de especie alguna de otros sujetos (que sí podrían carecer de imparcialidad)... (Abal Oliu, 2001, pp. 211 y 212).

El autor entiende que en general se respetan estos principios, aunque señala que:

... ello no es exactamente así cuando el Estado –además de ser Tribunal– es parte del proceso. Esto último ocurre muy a menudo: en los procesos donde se pretende la aplicación de una pena, o el cobro de tributos impagos, o la anulación de actos administrativos y, en general, en todo proceso donde el Estado es actor o demandado (o, más ampliamente, donde el Estado es un sujeto implicado con los intereses objetivos del proceso).

Indica asimismo que existen elementos que pretenden asegurar la imparcialidad del Tribunal, tales como la carrera judicial, la permanencia en el cargo y en general todo un estatuto dirigido a que los jueces sean lo más independientes posible del mismo Estado. (Abal Oliu, 2001, pp. 218-220).

Respecto de la imparcialidad en la valoración de la prueba, Soba ha señalado:

No puede ser un juez imparcial en la aplicación del derecho y parcial en las cuestiones fácticas o en las probatorias (más allá de lo complejo que puede resultar separar lo fáctico de lo jurídico). No puede ser un juez imparcial que deja actuar sin autocontrol a los estereotipos, prejuicios y/o sesgos. Cómo se comporta frente a todo esto es relevante.

Lo llamativo es, quizás, que ya entrados en el siglo veintiuno tengamos que insistir en estas cuestiones, cuando, en puridad, ya han sido dichas, incluso por procedimentalistas o procesalistas clásicos. A modo de ejemplo, en Uruguay, Gallinal (1922, p.25) expresaba que la imparcialidad es el resultado, a la vez, de la inteligencia y de la moralidad y que: ‘hay que evitar los prejuicios, o sea las opiniones preconcebidas, adoptadas sin examen. Es necesario revisarlas, investigar su origen y su razón de ser’. Como se puede leer, el autor no se quedaba en evitar los prejuicios, añadía que era necesario revisarlos y hasta investigarlos....

Entiendo a la imparcialidad tanto como punto de partida institucional, necesario para llevar a cabo de determinada manera la actividad intelectual-racional de valoración, como una aspiración o ideal por el cual hay que trabajar tanto en el camino que lleva a la decisión como en la decisión misma. (Soba Bracesco, 2024, p.45)

El análisis del autor, en la obra aquí citada, no se limita al diagnóstico de la situación, sino que realiza propuestas prácticas, orientadas hacia la actividad de los jueces, pero que entendemos resultan plenamente trasladables a la Administración Pública para realizar adecuados diagnósticos de sesgos o prejuicios que puedan existir y para asegurar la imparcialidad de los decisores.

Con carácter general, en cuanto al tipo de ejercicio que se requiere señala:

Lo que aquí se plantea ... es generar herramientas para examinar y controlar críticamente las creencias, los juicios subyacentes que están detrás de factores que no son racionales, o no son enteramente racionales, pero pueden impactar en la decisión. Algo similar ha expresado Nieva Fenoll ... cuando ha señalado que el juez tiene que ser consciente de los prejuicios que pueden afectar su comportamiento, al tiempo que reconoce que no es nada fácil en tanto requiere una dosis altísima de sinceridad y autoconocimiento. Precisamente, creo que es posible trabajar en rasgos actitudinales como aquéllos que se generan en torno a la sinceridad, la transparencia, el autoconocimiento. Se trata de un trabajo que hay que encarar más allá de casos concretos, por medio de la capacitación y otras herramientas que serán mencionadas más adelante (como las guías o de chequeo o checklist).

Se podría entender que lo que se propone no es en puridad jurídico, sino que sería algo así como la realización de ejercicios reflexivos de autoconciencia y/o regulación emocional. La reflexión –a partir de la inteligencia o de la razón– para reconocer y comprender estereotipos, prejuicios, sesgos, las propias emociones, evaluando su justificación. En algunos casos este tipo de reflexión puede derivar en identificar un prejuicio o estereotipo negativo, en otros casos podría contribuir a una mayor empatía, lo que a su vez podría significar una mejor comprensión de argumentos fácticos, probatorios y jurídicos de las partes. (Soba Bracesco, 2024, p. 60)

Con los prestigiosos autores antes citados, nos permitimos enfatizar que, –sin perjuicio de las garantías “objetivas” de imparcialidad señaladas más arriba por Abal,

o las herramientas que el Poder Judicial pueda otorgar a través de la formación– la imparcialidad e independencia del Juez y su actuación en consonancia con los principios aquí desarrollados, y con carácter general, de aquellas normas y principios que constituyen la integralidad de nuestro ordenamiento, dependerá siempre y en última instancia, de su condición moral, en tanto conciencia de sus deberes.

El deber de imparcialidad señalado se ve extendido, por disposición legal expresa (y antes en normas reglamentarias), a los funcionarios de la Administración Pública. Así, el mismo surge expresamente de los artículos 7 y 18 de la ley 19.823 previamente citada, cuyos alcances hemos desarrollado más arriba.

En efecto, el artículo 7 de dicha norma reza:

Artículo 7. (Principios rectores).- Los funcionarios públicos observarán los principios de respeto, imparcialidad, objetividad y buena fe, rectitud e idoneidad y evitarán toda conducta que importe un abuso, exceso o desviación de poder, y el uso indebido de su cargo o su intervención en asuntos que puedan beneficiarlos económicamente o beneficiar a personas relacionadas directamente con ellos.

Por su parte, el artículo 18 de la norma, concretamente sobre la Imparcialidad indica:

Artículo 18: (Imparcialidad).- El funcionario público debe ejercer sus atribuciones con imparcialidad, lo que significa conferir igualdad de tratamiento en igualdad de situaciones a los demás agentes de la Administración y a todas las personas a que refiera o se dirija su actividad pública.

Dicha imparcialidad comprende el deber de evitar cualquier tratamiento preferencial, discriminación o abuso del poder o de la autoridad hacia cualquier persona o grupo de personas con quienes su actividad pública se relacione.

Los funcionarios deberán excusarse de intervenir o podrán ser recusados cuando medie cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad, estando a lo que resuelva su jerarca.

En relación a estas normas, Fuentes ha señalado que:

El interés público de la Administración está subordinado al interés general y, al apreciar esos intereses, la Administración debe actuar con imparcialidad. Además, la Administración debe ser imparcial ante los distintos intereses parciales en juego. ... la Administración debe ser imparcial, aunque en el procedimiento en juego esté el interés general. El estado de Derecho impone esa solución. De la misma manera debe actuar en el conflicto entre dos particulares ... (Fuentes, 2020, p.79)

Compartimos con el autor citado, que el deber de imparcialidad es mucho más que el deber de excusarse de los funcionarios públicos que puedan tener intereses particulares en un determinado asunto, o la posibilidad de recusación. Es el deber de actuar conforme al interés general –que surge del sistema jurídico vigente– o en la tutela del sistema jurídico vigente, y con arreglo al derecho positivo. La imparcialidad pues, se consagra también, y a nuestro juicio antes que, en cualquier otra faceta, en la recta y correcta interpretación (conforme a las reglas vigentes de interpretación de las normas jurídicas) y aplicación del derecho vigente.

Dicho deber de imparcialidad, surge además del artículo 4 del CCA, el que, entre los deberes de la Administración Pública, señala el de Imparcialidad. Carlos Delpiazzo, en comentario del artículo indicado señala:

Asegurar la imparcialidad es una exigencia de justicia natural, por lo que no debe extrañar que este principio propio de la función jurisdiccional, impere igualmente en el ámbito administrativo...

Por lo tanto, este principio alcanza y obliga no sólo a la Administración como tal sino también a las personas –sean funcionarios públicos o no– que actúan en el procedimiento administrativo.

Respecto a la Administración, es evidente que ella no podrá ser imparcial en todo lo relativo al interés común al que “debe servir con objetividad” (según el acápite del art. 4º del CCA) por ser su gestora-. Pero, en cambio, deberá serlo respecto de todo otro interés, sea de partido, grupo, fracción o persona.

En cuanto a las personas actuantes, estén o no sometidas a jerarquía, deberán guardar imparcialidad en los conflictos que puedan suscitarse entre intereses particulares (ya que no frente al superior interés público) que puedan plantearse o estar involucrados en el procedimiento administrativo (Delpiazzo, 2024, p. 62).

A lo que indica el autor, debemos agregar que al interés público se lo sirve en su clara expresión normativa (entendiendo por expresión normativa aquella que incluye las normas y principios generales del derecho y particulares de cada área o disciplina), con anclaje en el principio de Legalidad Objetiva, desarrollado más arriba. Y efectuamos esta aclaración, en tanto los diversos aspectos que llenan de contenido al “interés” público, no son otros que los expresados en nuestro sistema jurídico, en su integralidad.

#### d. La tutela administrativa y jurisdiccional efectiva

De la mano de los artículos 3 y 4 del CCA y, una vez más con Carlos Delpiazzo, ratificamos lo que es nuestra propuesta de desarrollo y nuestra conclusión.

Así como la enunciación principal en ambas normas que enumeran los principios generales de los procedimientos jurisdiccionales y administrativos, comienza con la tutela efectiva ya sea por la justicia o por la administración encabezando con este deber el listado de principios que se detallan, resulta claro para nosotros que, la única real garantía de los derechos de los individuales, es la efectiva tutela por los aplicadores del derecho.

Con mayor propiedad, Carlos Delpiazzo (2024, pp. 39 y 40) ha señalado, en comentario del artículo 3 del CCA antes citado:

Aunque el orden en que se exponen los principios carece de transcendencia jurídica (los primeros no tienen más valor y fuerza que los siguientes), es destacable que el legislador haya querido explicitar el reconocimiento de la tutela jurisdiccional efectiva para encabezar la nómina de los elegidos.

Es fácilmente constatable que la general responsabilidad de quienes invisten poder en el Estado no es cierta si no se dispone de instrumentos eficaces para hacerla valer. En efecto, la vigencia efectiva del principio de legalidad impone la existencia de un conjunto de mecanismos de control a través de los cuales pueda asegurarse eficazmente el sometimiento de la Administración al sistema normativo. De lo contrario, dicho principio quedaría en simple declaración programática.

Más allá del simple derecho a la jurisdicción, el principio de la tutela jurisdiccional efectiva implica la universalidad del control jurisdiccional del Estado o la justiciabilidad plenaria y universal, es decir, sin excepciones en el sentido de que cualquier acto o conducta, positiva o negativa, de la Administración y de sus funcionarios puede ser sometida al enjuiciamiento por parte de órganos jurisdiccionales, a instancia de cualquier persona o entidad a quienes dichos actos o conductas lesionen en sus derechos o intereses.

En este mismo sentido, y en forma previa a la vigencia del CCA, Agustín Delpiazzo, enfatizando la relevancia del principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva frente a la Administración, apuntaba:

... el principio de tutela jurisdiccional efectiva adquiere especial relevancia frente a la Administración, tanto desde un punto de vista subjetivo como objetivo.

Desde un enfoque subjetivo, siendo que el Estado y todos sus órganos, funciones, cometidos y medios (materiales y humanos) están al servicio de la persona humana y sus derechos fundamentales, se impone como un derecho de todo particular el eficaz restablecimiento de su situación jurídica frente a cualquier lesión sufrida a causa del actuar administrativo.

En tal sentido, ‘no es concebible un Estado de Derecho sin un sistema de justicia que garantice la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos, frente a las arbitrariedades de la Administración’, es decir, la ‘tutela jurisdiccional de la posición jurídica del administrado’.

Desde un enfoque objetivo, la tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración exige la presencia de instrumentos que aseguren su plena sumisión a la regla de Derecho, permitan su sometimiento a la Justicia en condiciones de igualdad con el administrado y garanticen su responsabilidad cuando se demuestre en dicho ámbito el apartamiento del orden jurídico. (Delpiazzo, 2009, pp. 48 y 49).

91



En paralelismo con el artículo 3 del CCA antes referido, el artículo 4 (Principios Rectores de la Actividad Administrativa), inicia la nómina con la tutela administrativa. Como indica Carlos Delpiazzo, históricamente y con el transcurso del tiempo la doctrina ha trasladado al ámbito del procedimiento administrativo, los derechos y garantías propios del control jurisdiccional.

Nos permitimos señalar que tal traslado es por demás fundamental en cuanto con carácter general, –pero muy particularmente cuando se trata de la Administración en función recaudatoria de tributos, o con potestad disciplinaria frente a los sujetos que actúan frente a ella, como sucede en la materia Aduanera–, muchas veces la Administración (siempre en vía administrativa y sin perjuicio de la revisión jurisdiccional que pueda existir), obra en calidad de “juez y parte”, como bien señalara Abal en la opinión previamente citada.

Es por ello que este principio, es y debe ser, como indica Delpiazzo:

un principio sustancial del obrar estatal, de acuerdo con el cual es deber jurídicamente exigible de la Administración pública asegurar, en todas sus actuaciones, la posibilidad real, concreta y sin excepciones del goce efectivo de los derechos fundamentales de la persona, en forma expedita.”

Como bien se ha dicho, ‘la realización de la tutela administrativa efectiva se concreta, a su vez, en otros derechos. A saber, el derecho de petición, el derecho de acceso al expediente, el derecho a ofrecer y producir pruebas, el derecho a la defensa, el derecho a abogado, el derecho a la tutela cautelar, el derecho a un formalismo atenuado, el derecho a la resolución en plazo razonable, el derecho a una resolución fundada en la que se consideren las razones aducidas por los ciudadanos, el derecho a interponer recursos ante el superior jerárquico al que dictó el acto, el derecho al acceso a los recursos administrativos’.

En rigor, para que el control de quienes están investidos de poder sea realmente integral, la tutela debe ser efectiva tanto en el ámbito jurisdiccional como administrativo ... (Delpiazzo, 2024, pp. 53 y 54).

Entendemos que la enumeración de elementos que garantizan la efectiva tutela administrativa realizada previamente no resulta en absoluto superabundante, y que debe ser enfatizada y reiterada en cada oportunidad.

Ello, por cuanto la evidente prevalencia de sesgos en los aplicadores de las normas y la aplicación mecánica de las mismas –fundamentalmente de las normas en materia sancionatoria–, determinan, muchas veces que las garantías resulten ser “formales”, y que en sustancia no se atienda a su real consecución.

Cambiar por: A modo de ejemplo, constituyen distorsiones a esta efectiva tutela, las determinaciones de presuntos incumplimientos en base exclusivamente a formas, desatendiendo la verdad material de las situaciones en análisis; la omisión en el análisis de los argumentos presentados por los particulares y por ende su contradicción fundada –con lo cual las garantías de la “vista” o la posibilidad de interponer recursos administrativos termina resultando una garantía meramente formal y no sustancial–; la falta de análisis de adecuación típica en casos en que existen tipos infraccionales, etc.<sup>8</sup>

Estas situaciones ya no deberían verificarse a esta altura del desarrollo del Derecho y, sobre todo, de nuestro Estado de Derecho y, pudiendo ser erradicadas, mediante el necesario esfuerzo (que implica nada más ni nada menos que el cumplimiento a cabalidad de deberes establecidos en normas vigentes) deben ser atendidas.

## 4. A modo de conclusión

Luego de los desarrollos efectuados, entiendo que lo expresado se resume en la natural conclusión de que, la garantía de los derechos de los administrados, tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional, termina siendo siempre y en definitiva, la condición moral del aplicador del derecho, en el sentido de conciencia de sus deberes,

8 En materia de sancionatorio aduanero, los 41 a 43 del Código Aduanero de la República Oriental del Uruguay, ley 19.276 de 19/9/2014 (CAROU), regulan las infracciones administrativas de las Personas Vinculadas a la Actividad Aduanera. A su vez, los artículos 200 y siguientes del CAROU, regulan las infracciones aduaneras. El artículo 200, regula la infracción aduanera de Contravención, la cual se sustancia en vía administrativa (con eventual acción anulatoria frente a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo), y los artículos 201 y siguientes, regulan las infracciones de Diferencia, Defraudación, Defraudación de Valor, Desvío de Exoneraciones, Contrabando y Adquisición, recepción y posesión de mercadería objeto de contrabando, las que deben sustanciarse –ausente reconocimiento o acuerdo de pago administrativo en los casos en que ello es posible de acuerdo al artículo 217 del CAROU– en vía jurisdiccional.

y la corrección de su proceder, el cual conforme a la normativa vigente, es uno de sus deberes principales.

El cumplimiento de estos deberes, puede verse distorsionado por la existencia de sesgos, que llegan a determinar incluso el apartamiento de los claros textos de las normas, y de las adecuadas técnicas de interpretación de las mismas. A este respecto, en la preparación de este trabajo, he advertido que este tema, que me inquieta, sigue siendo hoy una inquietud de la mejor doctrina administrativista y procesal, por lo que, sin dudas, es un tema a trabajar.

Es por ello que las iniciativas de los expertos deben ser seguidas, acompañadas y difundidas y el “hablar” de los aspectos que pueden ser mejorados en la práctica del Derecho, es un buen comienzo para lo que en definitiva modifica realidades, que es el “hacer”, ya que, en todos los aspectos de nuestra vida, somos lo que hacemos.

De allí esta invitación a la reflexión, y a la puesta en práctica de las necesarias herramientas de autoexamen, como punto de partida de la revisión no sólo de las normas y principios que informan y ordenan nuestro sistema jurídico, sino también de los deberes no funcionales y más aún, profundamente humanos.

En tiempos de Inteligencia Artificial, y sin perjuicio de la utilización de la misma como herramienta, entiendo, con buena parte de los sectores doctrinarios que hoy en día estudian la aplicación de la inteligencia artificial a distintas áreas de actividad, y en particular al derecho, que los valores de nuestra condición humana, y nuestra condición moral, son lo que nos diferencia de las referidas herramientas<sup>9</sup> y hoy, más que nunca, necesitan ser honrados.

## Referencias bibliográficas

- Abal Oliu, A. (2001). *Derecho Procesal, Tomo I*. Fundación de Cultura Universitaria
- Alais, F. (2011). *Régimen Infraccional Aduanero*. Marcial Pons.
- Cajarville Peluffo, J.P (2007). *Sobre Derecho Administrativo, Tomo II*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Correa Freitas, R. (2004). *Constitución de la República Oriental del Uruguay, Actualizada, anotada y concordada*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Couture, Eduardo J. (1999). *Los Mandamientos del Abogado*. Editorial Depalma.
- Delpiazzo, C. (2024). *Sobre el Código de lo Contencioso Administrativo*, 1ª ed. Fundación de Cultura Universitaria.
- Delpiazzo Antón, G. (2009). *Tutela Jurisdiccional Efectiva frente a la Administración*. Universidad de Montevideo.
- Durán Martínez, A. (2007). El Derecho Administrativo entre Legalidad y Derechos Fundamentales. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho*. VI (12).

9 Cuyo diseño tampoco está exento de Sesgos, tal como desarrolla el Dr. Juan Bautista Etcheverry, en su trabajo: Inteligencia artificial, el juez Hércules y la única respuesta correcta publicado por Rubinzal - Culzoni Editores - RCD 4710/2023.

- Etcheverry, J.B. (s.f.) *Inteligencia artificial, el juez Hércules y la única respuesta correcta*. Rubinzal - Culzoni Editores - RCD 4710/2023.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Ed. Trotta.
- Figueredo, F. y Varela, A. (2022). Los Despachantes de Aduana y las Infracciones y Sanciones Aduaneras. En *Ilícitos aduaneros y sanciones* (p. 312-369). Tirant lo Blanch.
- Fuentes, F. (2020). La probidad, imparcialidad y eficiencia en la función pública. En *Código de Ética de la Función Pública* (1ª ed., pp. 71-81). Fundación de Cultura Universitaria.
- López Rosetti, D. (2019) *Equilibrio. Cómo pensamos, cómo sentimos, cómo decidimos. Manual del Usuario*. Grupo Editorial Planeta.
- Mónaco Aguiar, C. (2020). Una mirada constitucionalista del principio de legalidad en la Ley No. 19.823. En *Código de Ética de la función Pública* (1ª ed., pp. 83-94). Fundación de Cultura Universitaria.
- Nieva-Fennol, J. (2025) *Los sesgos cognitivos y la prueba: huyendo de la intuición del Juez*. DOI: 10.31009/iNdRET.2025.I1.11. <https://indret.com/los-sesgos-cognitivos-y-la-prueba-huyendo-de-la-intuicion-del-juez/>
- Rotondo Tornaría, F. (2009). *Manual de Derecho Administrativo. 7ma Edición ampliada y actualizada a junio de 2009*. Ediciones del Foro.
- Soba Bracesco, I. M. (2024). *La valoración imparcial y racional de la prueba, 11, 1ª ed.* Fundación de Cultura Universitaria.
- Scavone, V. (2025). Recuperado de <https://www.aun.uy/poderes/busqueda-entrevista-la-dra-veronica-scavone-n5345346>.

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: [mjcasanova@um.edu.uy](mailto:mjcasanova@um.edu.uy)

PABLO PEREIRA BRAUSE

Investigador independiente, Uruguay

pablo.pereirabrause@mhrlegal.com

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9947-5636>

Recibido: 26/06/2025 - Aceptado: 15/10/2025

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:**

Pereira Brause, P. (2025). Arbitraje laboral: su irresolución jurisprudencial y el rol del precedente en el derecho uruguayo. *Revista de Derecho*, 24(48), e483. <https://doi.org/10.47274/DERUM/48.3>

## Arbitraje laboral: su irresolución jurisprudencial y el rol del precedente en el derecho uruguayo

95

**Resumen:** El presente estudio tiene por objeto, primero, relevar la posición actual de los cuatro turnos del Tribunal de Apelaciones del Trabajo y de la Suprema Corte de Justicia respecto del arbitraje laboral. Entendemos que un análisis de estas características ya reviste utilidad por sí mismo, dado que es hasta hoy inexistente en la doctrina nacional. En segundo lugar, en buena medida habida cuenta de los resultados que se constatan -en ciertos casos un total desconocimiento en Alzada de la doctrina emanante de la Suprema Corte- se efectúa un estudio de la institución del precedente en dos jurisdicciones civilistas -la República Argentina y el Estado de Luisiana- y en nuestro país, donde se evidencia que el cumplimiento de las sentencias emanantes del Máximo Tribunal es un imperativo también en países civilistas, a diferencia de lo que ocurre en el Uruguay. De ahí se concluye que (i) la irresolución de esta temática genera una incertidumbre y desigualdad jurídica de proporciones, de naturaleza altamente inconveniente, y que (ii) un fortalecimiento del rol de la Suprema Corte, reformulando el recurso de casación haciéndolo más similar al *certiorari* norteamericano o argentino podría remediar este problema y tener consecuencias positivas para el ordenamiento jurídico en su conjunto.

**Palabras clave:** Arbitraje, arbitraje laboral, precedente, casación, *certiorari*

## Labor arbitration: its jurisprudential irresolution and the role of precedent in Uruguayan law

**Abstract:** The purpose of this paper is, first, to survey the current position of the four chambers of the Court of Appeals for Labor Matters and the Supreme Court of Justice with regards to labor arbitration. We believe that an analysis of that nature is useful in itself, given that to date it has never been carried out. Secondly, and largely due to the conclusions of the first chapter -in some cases a total disregard at the appellate level of the Supreme Court's case law- an analysis of the concept of precedent is carried out, encompassing two civil law jurisdictions -Argentina and the State of Louisiana- and our own country, which shows that compliance with the rulings of the Supreme Court is also an imperative in civil law countries, unlike what occurs in Uruguay. From that we conclude that (i) the failure to solve this issue creates a highly inconvenient legal uncertainty and inequality, and that (ii) a strengthening of the Supreme Court's role, reshaping the scope of the cassation appeal, resembling it to the American or Argentine *certiorari*, could address this problem and yield positive consequences for the legal system as a whole.

**Keywords:** Arbitration, labor arbitration, precedent, cassation, *certiorari*

## Arbitragem trabalhista: sua irresolução jurisprudencial e o rol do precedente na lei uruguaia

**Resumo:** O objetivo deste estudo é, em primeiro lugar, fazer um estudo da posição atual dos quatro turnos da Corte de Apelação do Trabalho e da Suprema Corte de Justiça com relação à arbitragem trabalhista. Acreditamos que uma análise dessa natureza é útil por si só, tendo em vista que ela não existe até o momento na doutrina nacional. Em segundo lugar, tendo em vista os resultados encontrados - em certos casos, uma total desconsideração da doutrina da Suprema Corte pelos tribunais de apelação -, é feito um estudo do instituto do precedente em duas jurisdições civis - a República Argentina e o Estado da Louisiana - e em nosso país, onde fica evidente que o cumprimento das decisões da Alta Corte também é um imperativo nos países civis, ao contrário do que acontece no Uruguai. A partir disso, pode-se concluir que (i) a irresolução dessa questão gera incerteza jurídica e desigualdade de proporções altamente inconvenientes, e que (ii) um fortalecimento do papel da Suprema Corte, reformulando o recurso de cassação para torná-lo mais semelhante ao *certiorari* americano ou argentino, poderia aliviar esse problema e ter consequências positivas para o sistema jurídico como um todo.

**Palavras-chave:** Arbitragem, arbitragem trabalhista, precedente, cassação, *certiorari*

## 1. Introducción. La larga polémica en nuestro medio acerca de arbitrabilidad de los conflictos individuales de trabajo

El objeto del presente estudio es echar luz sobre un fenómeno que a nuestro juicio no ha sido comentado con la trascendencia que merece. Nos referimos a la desconexión existente entre la Suprema Corte de Justicia y ciertos turnos del Tribunal de Apelaciones del Trabajo respecto a la admisibilidad del arbitraje como medio de solución de conflictos individuales de trabajo. A través de ello, nos proponemos también analizar el rol cumplido por el precedente en nuestro ordenamiento jurídico y en el derecho comparado en países civilistas.

Para ello, en primera instancia se relevará la larga polémica que el fenómeno del arbitraje laboral ha suscitado en nuestro medio. Este tema, además de su naturaleza controvertida, se caracteriza por su constante desarrollo, en buena medida impulsado por las nuevas formas de contratación laboral, convirtiéndolo en un fenómeno dinámico y no estático. Posteriormente, se expondrán las más recientes resoluciones jurisprudenciales que han recaído sobre el asunto, analizando las emanadas de la Suprema Corte y cada turno del tribunal individualmente, de forma de identificar las posiciones de cada colegiado. En particular se pondrá foco en la divergencia presente entre la corriente jurisprudencial pacífica de la Suprema Corte habilitando este mecanismo y lo sostenido en contrario por parte de los Tribunales de Apelaciones del Trabajo, en muchos casos ignorando los argumentos y fundamentos esgrimidos por la Corte.

Munidos de estos hechos fácticos, estudiaremos el rol que cumple el precedente jurisprudencial en países que no se rigen por el *common law*, donde es fuente formal del derecho, sino en jurisdicciones civilistas, donde, como se verá, desempeña un rol trascendental en defensa de la estabilidad y previsibilidad jurídica, salvaguardando la igualdad ante la ley, componente inexorable del Estado de Derecho. Demostraremos cómo en otros países civilistas, las Cortes Supremas reivindican para sí su legítimo rol de intérprete máximo de la Constitución y de las leyes dictadas en su consecuencia, no teniendo reparos en anular sentencias de tribunales inferiores que desoigan su doctrina pacífica sobre los temas más diversos.

Por último, relevaremos las –escasas– referencias al precedente jurisprudencial en el derecho uruguayo, finalizando con una conclusión en la cual desde ya anticipamos nuestra opinión en principio favorable a la adopción de este instituto por nuestro sistema judicial, con las salvedades que se desarrollarán.

### 1.1 La admisibilidad del arbitraje en la resolución de conflictos individuales de trabajo<sup>1</sup>

Lejos resulta del objeto de este estudio llevar a cabo un análisis holístico acerca de la admisibilidad del arbitraje para la resolución de conflictos individuales de trabajo, temática a la que otros y más prestigiosos autores se han abocado. Sí resulta de recibo realizar un somero repaso por el instituto y los argumentos a favor y en contra del mismo, dado que serán justamente en torno a los cuales girarán las sentencias que comentaremos seguidamente.

1 Los fundamentos de este apartado ya fueron expuestos en otro trabajo de mi autoría, El proyecto de ley de arbitraje doméstico: una reforma impostergable (Pereira Brause, 2022, pp. 105 y ss.).

La base de toda discusión, antes de entrar en interpretaciones, debe ser el derecho positivo. De esta forma, el artículo 472.2 del Código General del Proceso dispone que “Toda contienda individual o colectiva, podrá ser sometida por las partes a resolución de un tribunal arbitral, salvo expresa disposición legal en contrario”<sup>2</sup>, mientras que el artículo 476 agrega “No pueden someterse a proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción.”

Habida cuenta de que el código de rito no define el concepto de transacción, se hace necesario acudir al Código Civil, cuyo artículo 2147 establece que “es un contrato por el cual, haciéndose recíprocas concesiones, terminan los contrayentes un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.”

Plá Rodríguez, indiscutido maestro del Derecho Laboral, postuló en su Curso la validez de la transacción en materia laboral, basado en “dos razones fundamentales. La primera, de carácter teórico, porque la transacción, supone trocar un derecho litigioso o dudoso por un beneficio concreto y cierto (...) La segunda, de carácter práctico, porque como la transacción es bilateral no significa sacrificar gratuitamente ningún derecho” (1990, p. 52).

Por tanto, vemos que en principio nada obsta a la resolución mediante arbitraje de los conflictos individuales de trabajo. La propia Organización Internacional del Trabajo, cuyas recomendaciones son ampliamente acogidas como doctrina más recibida, admitió ya en 1951 el arbitraje en materia laboral, mediante su Recomendación 92.<sup>3</sup>

Referencia ineludible en este punto resulta un trabajo publicado por el profesor Pereira Campos en el año 1995, en el cual, hace ya tres décadas y contrariamente a la opinión imperante del momento, argumentó también en favor de la arbitrabilidad de los conflictos individuales de trabajo (pp. 531 y ss.).

Con posterioridad, desde la doctrina se alegó que, siendo la materia laboral de orden público, esto es, irrenunciable, la misma no podía ser extraída de la justicia estatal. Dicha postura encierra a nuestro juicio un error conceptual, por cuanto los árbitros tienen obligación de actuar conforme a derecho, y un apartamiento de ello es justamente causal de nulidad del laudo. Como ha dicho Pereira Campos, “una cosa es renunciar a someter la resolución de un conflicto a la jurisdicción de los jueces estatales para someterlo a arbitraje y, otra cosa, muy distinta, renunciar a la aplicación de las normas laborales” (1995, p. 543).

A partir de la promulgación de la Ley 18.572 en el año 2009, se sumaron los argumentos adicionales en contra de la arbitrabilidad de los conflictos individuales de trabajo: (i) la gratuidad en favor del trabajador, supuestamente irrealizable en el arbitraje, (ii) la intermediación, supuestamente solo concebible ante un juez ordinario, (iii) que por tratarse de una ley posterior, invalidaría lo dispuesto por las leyes anteriores (esto es, el art. 472 del CGP), (iv) que, a partir de dicha ley, el proceso laboral pasó a estar regulado de forma autónoma e independiente, siéndole inaplicables las disposiciones generales del CGP, y

2 Es dable detenerse en el uso de la palabra “expresa”. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia en su Sentencia 596/17 (relevada infra) hizo especial énfasis en ella, en especial para desestimar los argumentos que postulaban que la Ley 18.572 tácitamente excluyó a la materia laboral del arbitraje.

3 “Si un conflicto ha sido sometido al arbitraje, con el consentimiento de todas las partes interesadas, para su solución final, debería estimularse a las partes para que se abstengan de recurrir a huelgas y a lockouts mientras dure el procedimiento de arbitraje y para que acepten el laudo arbitral.”

(v) que los ‘principios’ del Derecho Laboral hacen inaplicable al arbitraje como método de resolución de disputas laborales.<sup>4</sup>

Sin perjuicio de que en nuestra opinión y en la de destacados exponentes de la doctrina y la jurisprudencia (incluyendo la propia Suprema Corte de Justicia, en Sentencia 596/17 analizada *infra*) estos argumentos no eran óbice para desestimar la aplicación del arbitraje a conflictos individuales de trabajo ante la existencia de una cláusula arbitral válidamente celebrada, en el transcurso del año 2024 ocurrió un hecho por demás relevante que no ha sido hasta la fecha tenido en consideración por doctrina y jurisprudencia.

En efecto, al promulgarse la Ley 20.257, que reformó íntegramente el marco aplicable al arbitraje nacional –no solamente el doméstico por la aplicación de muchas de sus normas en subsidio a arbitrajes internacionales– se incorporó al artículo 477 del CGP un segundo inciso que postula que, “la naturaleza de orden público de una norma jurídica no impide resolver el conflicto a través del proceso arbitral, pero, en tal caso, no será válido pactar el arbitraje por equidad.”

Consideramos que esta modificación, de naturaleza absolutamente insoslayable, debería colaborar a cerrar la discusión respecto a la aplicación del arbitraje a la materia laboral, y a todas aquellas de orden público en las cuales no esté prohibida la transacción.

## 2. El estado de situación actual: últimos pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal de Apelaciones del Trabajo en materia de arbitraje laboral

99

### 2.1 Suprema Corte de Justicia

Es de destacar que la Suprema Corte ha seguido en los últimos tiempos una línea consistente que bien podría denominarse de jurisprudencia pacífica en lo que respecta al arbitraje en materia laboral. Seguidamente se relevarán las sentencias 38/10, 596/17, considerada un verdadero “*leading case*” en la materia, y las más recientes 911/23 y 536/25, todas ellas marcadamente pro-arbitraje.

#### 2.1.1. Sentencia 38/10

Esta sentencia, que tuvo menor repercusión que la 596/17 que se comentará seguidamente, resulta de gran valor dado que es la primera en la cual la Corte amparó el arbitraje en materia laboral con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 18.572.<sup>5</sup>

4 Esta línea argumental es común a los detractores del arbitraje laboral. Véanse por ejemplo la disidencia a la Sentencia 596/17 de la Suprema Corte (*infra*) y la nota al fallo de Garmendia (2018). Ermida ya en el año 1983 se había opuesto al arbitraje laboral, aunque por considerarlo “*inconveniente*” y porque, según él, llevaría a la derogación de los principios protector y de irrenunciabilidad (p. 25). Entendemos que el tiempo ha demostrado que estos argumentos no se condicen con la realidad. Sobre la frecuente invocación de que los ‘principios’ del Derecho Laboral invalidarían la resolución de conflictos individuales de trabajo mediante arbitraje, como bien ha dicho la doctrina, ellos no son más que “reglas generales o principios cuya enunciación precisa no existe y cuyo contenido y alcance es en todo caso a menudo discutido inclusive por los propios especialistas del Derecho Laboral” (Abal, 2010, p. 51).

5 Se ha localizado al menos una sentencia adicional de la Corte en que se refiere al arbitraje laboral –aunque de forma más somera, y antes de la promulgación de la Ley 18.572–, la 106/006. Dicha sentencia concedió el exequátur de un laudo arbitral extranjero que resolvió un conflicto individual de trabajo, notando que la materia era plenamente arbitrable y que no contravenía el Orden Público Internacional de la República.

En la misma, tramitada como causa diplomática de competencia originaria de la Corte por ser la demandada una organización internacional, compareció un ex empleado, cuyo contrato incluía una cláusula arbitral, reclamando el cobro de créditos laborales.

En su pronunciamiento, la Corte se declaró incompetente habida cuenta de la prórroga de jurisdicción operada por la cláusula arbitral. La Corporación fundamentó que:

no se advierte que hayan sido vulnerados principios de orden público internacional de la República, en virtud de que la materia sobre la que recae el proceso es arbitrable –art. 476 C.G.P. sólo excluye del proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales esté prohibida la transacción– por lo que puede entenderse suficientemente cumplido el requerimiento exigido por el art. 472 del mismo cuerpo normativo, que establece que toda contienda individual o colectiva, podrá ser sometida por las partes a resolución de un Tribunal arbitral.

De esta manera, concluyó que:

ante la cláusula compromisoria contenida en el referido instrumento, que establece un mecanismo especial para la solución de controversias, la que se adoptara respetando los requerimientos establecidos por el legislador para su procedencia, corresponde que la Corporación se declare inhibida de continuar entendiendo en esta causa, derivando a la reclamante a ocurrir a la respectiva jurisdicción especial, debiendo clausurarse los procedimientos.

100



### 2.1.2. Sentencia 596/17

La Sentencia 596/17 fue la primera vez en que la Suprema Corte tuvo oportunidad de pronunciarse explícitamente sobre el arbitraje laboral, y tiene el valor adicional de haberlo hecho mediante una sentencia razonada, que estudia a fondo el asunto, junto con una disidencia también exhaustiva, que resumen en un único texto las dos posturas existentes sobre esta materia.

En necesaria síntesis, el caso giró en torno a un reclamo laboral efectuado por dos miembros del cuerpo técnico del Club Nacional de Fútbol, cuyo contrato de trabajo incorporaba por referencia una cláusula arbitral. En primera instancia se hizo lugar a la demanda, mientras que en alzada el Tribunal de Apelaciones del Trabajo (“TAT”) de Segundo Turno revocó la sentencia, amparando la excepción de incompetencia.<sup>6</sup> Interpuesto el recurso de casación, fue desestimado por la Suprema Corte en el fallo que nos convoca.

La mayoría de la Corte (Hounie, Chediak, Martínez (r)) comenzó destacando la “alta opinabilidad del tema a resolver.” En primer término, rebatió el clásico argumento anti-arbitraje laboral, profusamente repetido, que sostiene que el carácter de orden público de la normativa laboral veda su extracción del fuero ordinario: “el carácter imperativo, la indisponibilidad y los principios que gobiernan el derecho del trabajo, tampoco resulta incompatible con el proceso arbitral”, agregando:

La cláusula compromisoria y la consecuente aplicación del proceso arbitral, en forma alguna implica la renuncia por parte del trabajador a la tutela de las normas laborales

6 Esta decisión, también ‘pro-arbitraje’, será comentada *infra*.

y, menos aún, a los principios que las sustentan, desde que los árbitros estarán indefectiblemente sujetos a dicho marco legal.

En segundo lugar, la Corte abordó la crítica de que, incluso si el arbitraje laboral fuera teóricamente válido, habría quedado vedado posteriormente por la Ley 18.572. Consideró a ésta también infundada, dado que el artículo segundo de dicha ley “se limita a establecer cuáles son los juzgados competentes para entender en una determinada materia; empero, de ello, en forma alguna, puede extraerse que la solución legislativa impida a las partes someter sus conflictos a un tribunal arbitral.”

Por último, y sin perjuicio de tratarse de una muy completa sentencia, cuya lectura íntegra es altamente recomendable, es dable destacar el rechazo del también repetido argumento de que el ‘bloque de constitucionalidad’ vedaría al arbitraje laboral. La Corte con claridad sostiene:

no existiendo ‘norma expresa’ que prohíba su aplicación, no corresponde recurrir a soluciones pretendidamente ‘implícitas’ y abrogatorias del art. 472 del CGP. En todo caso, no basta con la invocación del bloque de constitucionalidad para desaplicar una norma en el caso concreto. Para ello es necesario promover un proceso de inconstitucionalidad.

Concluye la Corte: “los únicos límites al arbitraje son los que acotan la autonomía de las partes, esto es, las cuestiones indisponibles según la Ley, lo que no es transable.”<sup>7</sup>

101

### 2.1.3. Sentencia 911/23

El caso que culminó en esta sentencia llegó a la Corte en casación planteada por la co-demandada AGESIC, en un litigio entablado inicialmente por un grupo de proveedores –profesionales universitarios– ligados contractualmente por un contrato de arrendamiento de servicios, que incluía una cláusula arbitral. Los mismos accionaron pretendiendo el pago de diversos rubros laborales. En primera instancia se acogió la excepción de falta de jurisdicción, que fue luego revocada en alzada por el TAT de Tercer Turno.<sup>8</sup> El recurso de casación finalmente fue amparado, anulándose la sentencia recurrida en cuanto había desestimado la excepción de falta de jurisdicción.

En lo concerniente al arbitraje laboral, la Corte hizo remisión expresa *in extenso* a su Sentencia 596/17, con el valor adicional de que esta vez se plegó de forma unánime a la doctrina de ella emanante.

La Corte así concluyó que:

a juicio de este Colegiado le asiste razón a la recurrente en cuanto a la falta de jurisdicción del Poder Judicial para entender en la demanda promovida por dichos co-accionantes. En efecto, en virtud de la cláusula arbitral acordada, la jurisdicción corresponde a los tribunales arbitrales.

<sup>7</sup> Esta sentencia contó con una disidencia firmada por los ministros Pérez Manrique y Rossi (integrante por sorteo) que postuló la imposibilidad de aplicar el arbitraje a la resolución de conflictos individuales de trabajo, siguiendo en líneas generales los argumentos anti-arbitraje laboral que se relevan en detalle *infra*.

<sup>8</sup> Sentencia ‘anti-arbitraje’ que será relevada en la sección correspondiente.

#### 2.1.4. Sentencia 536/25

En mayo de 2025, cuando el presente artículo se encontraba próximo a publicarse, la Suprema Corte volvió a emitir una importante sentencia sobre la materia que nos convoca, que amerita su inclusión en este estudio.

Dicho caso, una demanda laboral incoada por un chofer de aplicaciones, llegó a la Corte en casación alzándose la parte demandada no contra la desestimación de la excepción de falta de jurisdicción sino contra la determinación de existencia de relación laboral hecha por el TAT de Segundo Turno. Es dable destacar que, en primera instancia, el Juzgado Letrado de Trabajo de 15° Turno había desestimado la existencia de relación laboral, lo que fue sin embargo revocado en Alzada, quedando así cumplido el requisito de sentencias contradictorias para el acceso a casación.

Curiosamente, la parte demandada, si bien inicialmente había interpuesto la excepción de falta de jurisdicción –por la existencia de una cláusula arbitral en el contrato firmado con la actora– que fue desestimada en primera instancia, no apeló este extremo en Alzada (motivo por el cual el fallo del TAT (436/2024) no se encuentra incluido en la sección correspondiente *infra*) ni lo incluyó como agravio al momento de interponer el recurso de casación.

Sin embargo, la Suprema Corte, por unanimidad, apelando a su jurisprudencia relativa al relevamiento de oficio de presupuestos procesales, facultad que no resulta conmovida por la existencia de dos sentencias coincidentes sobre dicho extremo, declaró la falta de jurisdicción del Poder Judicial para entender en el tema, anuló la sentencia impugnada y remitió el caso a arbitraje.

Este fallo tiene el doble interés de (i) confirmar que la unanimidad de los miembros naturales de la Suprema Corte respalda la tesis de la arbitrabilidad de los conflictos individuales de trabajo, ya enunciada en la Sentencia 911/23, y (ii) constituir la primera vez en su jurisprudencia relativa a este tema que la Suprema Corte remitió de oficio las actuaciones a arbitraje por más que sobre el punto existiere una doble confirmatoria.

### 2.2. Tribunal de Apelaciones del Trabajo

En contraste con lo que viene de exponerse, en sede de Alzada la corriente de la mayoría de los turnos corre en el sentido contrario, con destacables excepciones. Para facilitar el análisis y la identificación de tendencias, se analizará la jurisprudencia proveniente de cada uno de los cuatro turnos del Tribunal por separado.

#### 2.2.1. TAT de Primer Turno

Este turno ha dictado seis sentencias en materia de arbitraje laboral, en todas ellas oponiéndose a su admisibilidad para la resolución de conflictos individuales de trabajo.

En primer término, corresponde señalar la Sentencia 448/13 de la Sala. Esta Sentencia tiene la particularidad de que, si bien es anterior a la 596/17 de la Corte, se basa en hechos fácticos prácticamente idénticos: un reclamo incoado por miembros del cuerpo técnico del Club Nacional de Fútbol, cuyo contrato incorporaba por referencia la misma cláusula

arbitral que en dicho caso. Si bien en primera instancia se amparó la excepción de falta de jurisdicción interpuesta por la demandada, en la sentencia que se comenta dicho fallo fue revocado y la excepción desestimada. La mayoría, integrada por Rossi (r), Posada y Patrón, se basó en el artículo 2 de la Ley 18.572 para concluir que “el procedimiento arbitral se encuentra excluido como mecanismo de solución de los conflictos individuales de trabajo en el sistema laboral procesal autónomo: la jurisdicción laboral será la que atenderá los conflictos individuales de trabajo.” A ello agregó que:

El Derecho del Trabajo se construye sobre la base del principio protector cuyas herramientas principales de concreción tratan de las soluciones por un lado irrenunciables (...) y por otro, de desigualdad compensatoria que tienen por efecto paradigmático la limitación al máximo de la autonomía de la voluntad. Y el arbitraje (...) se edifica sobre la autonomía de la voluntad de los sujetos en el sentido de renunciar a la jurisdicción del Estado y ‘al orden y formalidades de los juicios.’<sup>9</sup>

En particular resulta de interés al enfoque de la presente nota la siguiente aseveración hecha por la mayoría: “la jurisprudencia nacional no presenta todavía antecedentes sobre la admisibilidad del arbitraje en conflictos individuales de trabajo (...) que analicen el punto después de la vigencia de la ley 18.572.” Si bien ello ya al momento de redacción de la sentencia era impugnabile, habida cuenta de la existencia de la Sentencia SCJ 38/10 reseñada *supra*, dicho argumento quedó definitivamente obsoleto a partir de la Sentencia 596/17 de la Corte, donde el punto fue analizado de forma expresa. Pero, como se verá seguidamente, en fallos posteriores se ignorará también esta decisión y se desechará este argumento de forma silenciosa.

103

El siguiente fallo en donde este Tribunal tuvo oportunidad de expresarse sobre el punto fue la Sentencia 89/20. Se aclara de antemano que este caso (el primero de una serie luego denominada “Casos UBER”) presentaba un conjunto de particularidades especialísimas, dado que la cláusula arbitral, inserta en un contrato de adhesión celebrado entre una empresa e individuos que se desempeñaban como choferes, fijaba la sede del arbitraje en Ámsterdam. Por tanto, este caso y su resolución difieren notoriamente de uno en el cual la cláusula arbitral hubiera sido pactada en libertad por las partes, cuya sede estuviera fijada en una localidad accesible para ambas.<sup>10</sup>

En lo que a esta nota interesa, la excepción de falta de jurisdicción había sido desestimada en primera instancia y en Alzada el Tribunal expresó que “La Sala integrada comparte con la atacada la conclusión de que el arbitraje no es un instrumento procesal

9 Esta Sentencia cuenta con una breve pero valiosa discordia de la Dra. Landeira. Partiendo del apoyo a la sentencia apelada, enfatizó que la sola consideración del recurso por parte del TAT en cuanto a la no admisibilidad de la cláusula compromisoria vulneraba el principio de *kompetenz-kompetenz*, ya que de seguir esa tesitura “bastaría con invocar la improcedencia de la cláusula compromisoria para excluir la jurisdicción arbitral y hacer competente a los órganos del Poder Judicial, lo cual aparejaría el decaimiento de este medio alternativo de solución de controversias.” Finalmente, sobre la Ley 18.572, consideró, en posición totalmente compartible, que “No comparto que el art. 31 de la ley 18.572 impida la admisibilidad de la solución arbitral porque, la tesis que la admite, según ya se ha expresado, no colide con el principio irrenunciabilidad y el arbitraje se resolverá conforme al derecho laboral. En cuanto a las normas procesales de procedimiento el ámbito de aplicación de la ley 18.572 está previsto en su art. 7° y es aplicable a las pretensiones que tramitan ante la Justicia Ordinaria pero ello no excluye el sometimiento de la cuestión a la justicia arbitral y mediante el procedimiento que se defina en ese ámbito.”

10 Para un análisis detallado de este fallo, ver Picardo y Tiscornia, 2021, pp. 15 y ss.

admisible en Uruguay para resolver conflictos individuales de trabajo.” Posteriormente trajo a luz la Sentencia 596/17 de la Corte, y expresó que no compartía sus fundamentos.<sup>11</sup>

Sin perjuicio de las particularidades del caso, en la sentencia se incluyen generalizaciones que pretenden impugnar la admisibilidad de todo arbitraje laboral. Véase por ejemplo la siguiente afirmación:

El derecho de acceso a la justicia del Estado es irrenunciable (...) El arbitraje como instrumento de solución de conflictos supone la exclusión de la jurisdicción de la justicia del Estado. Corolario, supone también la exclusión de los derechos y facilidades que operan como garantía de la garantía.

Entendemos que esta afirmación encierra un error conceptual. En efecto, lo irrenunciable es el acceso a la Justicia, no necesariamente a la ordinaria. Y afirmar sin más que el arbitraje supone la exclusión de derechos y facilidades a justiciables es ignorar las garantías proporcionadas por este método de resolución de disputas. Como expone Pereira Campos en el estudio que se comentará *supra*, “la tutela al trabajador está dada por las leyes laborales, y no por el juez laboral que, en su calidad de tal, al igual que el árbitro, ha de ser siempre imparcial en su ejercicio jurisdiccional” (1995, p. 543).<sup>12</sup>

El TAT 1 también dictó las Sentencias 92/23, 205/23, 18/24 y 118/24, todas ellas oponiéndose al arbitraje en materia laboral, remitiéndose a la Sentencia 89/20.

La Sentencia 92/23 en particular, que también giró sobre la interpretación de un contrato de trabajo de un integrante del cuerpo técnico del Club Nacional de Fútbol, llegó a afirmar que “obviamente el Tribunal comparte la postura de la recurrida en el sentido de que en hipótesis como la de autos donde se alega la existencia de un vínculo de naturaleza laboral, no resulta admisible el arbitraje”, con cita a su Sentencia 448/13, sin mencionar la 596/17 de la Corte. Este fallo, o al menos un ataque a sus fundamentos, brilla por su ausencia en las sentencias comentadas.

## 2.2.2. TAT de Segundo Turno

Este tribunal ha dictado dos sentencias en lo que al arbitraje laboral concierne, una de ellas en sentido favorable y la posterior en sentido desfavorable.<sup>13</sup>

11 Aun no compartiéndose la conclusión, debe reconocerse el esfuerzo de rebatir los argumentos de la Corte. Esta es una conducta admitida aun en aquellos países que, como se verá *infra*, postulan la fuerza obligatoria en principio de los fallos de los tribunales superiores.

Igualmente, como apostilla, si bien naturalmente el TAT no tiene obligación de aplicar un fallo de la Corte a un caso análogo, es de destacar que unos años antes, con una composición prácticamente idéntica y en sentencia redactada por la misma ministra, haya utilizado como fundamento de su decisión contraria al arbitraje laboral la inexistencia de jurisprudencia sobre el tema. Poco tiempo después, frente a su existencia pero en sentido contrario a lo postulado por el TAT, se la desestima sin más.

12 Debe también destacarse en este caso la discordia de la Dra. Morales, controvirtiendo el hecho de que la Ley 18.572 vedara el acceso al arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos individuales de trabajo, remitiéndose de forma expresa a lo dicho por la Corte en la Sentencia 596/2017 y a la discordia de la Dra. Landeira en la Sentencia 448/13 del TAT 1 comentada *supra*.

13 Sin perjuicio de que se ha delimitado la recopilación jurisprudencial del presente estudio a aquellos fallos emitidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 18.572, el TAT 2 emitió una de las más tempranas sentencias que se registran en materia de arbitraje laboral, la 55/99, que merece ser mencionada. Dicho caso giró en torno a una acción de amparo incoada por un ex entrenador del club de fútbol Central Español, que se alzó contra un laudo emitido en un arbitraje laboral acordado contractualmente. La acción fue rechazada tanto por el Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 2º Turno como por el TAT, que concluyó: “nuestro sistema normativo vigente prevé la procedencia del proceso arbitral, esto es, la posibilidad de someter a decisión de un tribunal arbitral ‘toda contienda individual o colectiva’ (...) En tanto la materia laboral es atinente a los conflictos individuales de trabajo (...), la premisa se ve contemplada en el alcance de la norma adjetiva aludida.” Cit. en Anuario de Jurisprudencia Laboral 1999, FCU, pp. 35-36.

La primera de ellas, 275/16, es la sentencia de Alzada que posteriormente motivó el dictado en casación de la Sentencia 596/17 de la Corte. Por este motivo, y en aras de evitar duplicaciones, el comentario será breve, pero no puede dejarse de mencionar que, por unanimidad, ya en vigencia de la Ley 18.572, se consideró al arbitraje aplicable a los conflictos individuales de trabajo, con cita y remisión a la discordia de la Dra. Landeira de la Sentencia 448/13 del TAT 1.

Esta línea fue discontinuada por medio de la sentencia 146/22, en la cual el TAT, con nueva integración, confirmó una sentencia de primera instancia que había desestimado la excepción de incompetencia incoada por la demandada, en otro de los “Casos UBER”, que tienen las particularidades comentadas *supra*.

En dicho caso, la parte demandada hizo referencia a la jurisprudencia anterior de la Sala –pro-arbitraje–, que fue contestada oponiendo el siguiente argumento:

a criterio de quienes hoy suscribimos, en el caso de autos la cuestión puede superar el obstáculo de las eventuales divergencias por la admisibilidad o no del arbitraje, y obtener de cualquier forma un fallo confirmatorio de la instancia anterior. Y ello porque la cláusula compromisoria que se pretende hacer valer se inserta en un contrato de adhesión, cuya validez se encuentra además controvertida por la parte actora.

Es dable enfatizar que en este caso el Tribunal incorporó un nuevo argumento para en principio fallar en contra de la aplicación del arbitraje en la materia laboral, que desde nuestra óptica no veda de forma genérica el uso de este método de resolución de disputas, sino que toma en consideración los hechos fácticos particularísimos de esta serie de casos.

Esta consideración, de nuevo a nuestro modo de ver, torna este razonamiento difícilmente aplicable a casos en los cuales la cláusula compromisoria hubiere sido pactada libremente entre las partes y no se prevea una sede exótica para el arbitraje.

### 2.2.3. TAT de Tercer Turno

De este turno pueden señalarse cinco sentencias referidas al arbitraje laboral, todas ellas negando la posibilidad de arbitrar conflictos individuales de trabajo.

La posición de la Sala fue fijada por la Sentencia 131/22, un “Caso UBER”.<sup>14</sup> Allí, el TAT por unanimidad falló en contra del acogimiento de la excepción de incompetencia:

El límite a considerar, a criterio de esta Sala no está dado para la materia laboral, solo por las disposiciones del Código General del Proceso, ni como pretende el recurrente por la circunstancia de que el objeto del proceso admita o no transacción, sino que

14 Si bien existe una sentencia anterior donde se trató esta temática de modo tangencial (Sent. 146/19), ese caso fue decidido no en base a la posibilidad de arbitrar conflictos individuales de trabajo sino dado que allí se pretendió hacer valer un convenio colectivo (que incluía una cláusula arbitral) que había entrado en vigencia con posterioridad a la terminación del contrato laboral. En ese caso existió una opinión concurrente de la Ministra Fernández Lembo oponiéndose al arbitraje como método de resolución de conflictos individuales de trabajo, y dos discordias de los Ministros Contarin y de Camilli, argumentando por el reconocimiento de la excepción de incompetencia y el reenvío del caso al fuero arbitral, fundándose entre otros en la Sentencia 596/17 de la Suprema Corte y en la discordia de la Dra. Landeira de la Sentencia 448/13 del TAT 1, ambas ya comentadas. También a modo de apostilla, en distintos pronunciamientos el TAT 3 refiere a su *leading case* en esta temática como el contenido en la Sentencia 137/21, citando a la misma *in extenso* (entre otras, en Sentencias 131/22 y 261/22). Sin embargo, la Sentencia 137/21 no refiere a arbitraje laboral sino a la prueba de horas extras, y múltiples búsquedas temáticas en el portal de Jurisprudencia del Poder Judicial no han arrojado sentencias anteriores a la 131/22 donde se viertan estos conceptos.

son de aplicación otro conjunto de límites, que operan como filtros, que derivan de la especialidad de la materia y de los principios propios de ella.

El TAT además se afilió a la discordia de la Sentencia 596/17 de la Suprema Corte y a la Sentencia 89/20 del TAT 1, ambas ya comentadas. Sin embargo, a diferencia de lo hecho por los TAT de Segundo y Cuarto Turnos al decidir casos de esta índole (“UBER”), no limitó su rechazo al arbitraje fundado en las condiciones especiales de esta serie de casos, sino que concluyó de forma expansiva que “el arbitraje no es un instrumento procesal admisible en Uruguay para resolver conflictos individuales de trabajo.”

Esta postura fue reafirmada mediante la Sentencia 215/22, donde la parte actora no era un chofer de aplicaciones sino un ex integrante del cuerpo técnico del Club Rampla Juniors, cuyo contrato incorporaba por referencia una cláusula arbitral (es decir, un caso análogo a los resueltos de forma positiva por la Suprema Corte y los TAT de Segundo y Cuarto Turnos). Allí, el TAT concluyó que:

La Sala reiteradamente ha sostenido que no es admisible el arbitraje en materia laboral porque resulta incompatible con el régimen de protección especial establecido por normas de diversa fuente, incluso constitucionales que conforman un sistema tuitivo del derecho de los trabajadores de ocurrir ante los órganos jurisdiccionales del Estado a ejercer su derecho de acción, al amparo de la tutela de un proceso especial, como lo es el consagrado en las Leyes 18.572 y modificativas posteriores.

Si bien no es el propósito de estos apartados comentar los fallos sino meramente relevarlos, no puede dejarse de destacar, una vez más, que nada tiene que ver el modo de resolución de una disputa –justicia ordinaria o arbitraje– con las leyes aplicables a la misma, y que justamente en caso de desaplicarse las normas laborales instituidas por nuestro ordenamiento se configurará una causal de nulidad del laudo. Y adicionalmente, que del derecho de ser oído ante un tribunal de ninguna manera se desprende que deba ser ejercido forzosamente ante un tribunal estatal y no ante un tribunal *ad hoc*.

En la misma línea se expresaron las Sentencias 261/22, 213/23 y 218/23, donde la Sala se remitió a sus fundamentos ya relevados en la presente sección. De la Sentencia 261/22 sí es dable agregar que fue la sentencia posteriormente casada por la SCJ mediante Sentencia 911/23, una hipótesis de arbitraje laboral donde la cláusula había sido libremente pactada por las partes, profesionales universitarios, en un caso donde no se evidenciaba coacción de ninguna naturaleza.

Encontramos otra particularidad en la Sentencia 213/23. En efecto, es un caso con importantes similitudes con el que motivó la Sentencia 261/22: profesionales universitarios que prestaban servicios al mismo ente estatal, bajo contratos idénticos. Sin embargo, en el primer caso la excepción de falta de jurisdicción fue amparada en primera instancia (Juzgado Letrado de Trabajo de 21° Turno), mientras que en este caso la misma fue desestimada (Juzgado Letrado de Trabajo de 13° Turno). Ambos casos fueron resueltos de manera análoga por el TAT, apelando en forma extensa a los precedentes ya reseñados. Pero en solo uno de ellos se cumplió el requisito de sentencias contradictorias que hizo admisible el recurso de casación. Llegado a la Suprema Corte, el Máximo Tribunal por unanimidad anuló la sentencia y remitió el caso a arbitraje. Todo ello mientras su caso

‘gemelo’ era resuelto por la justicia ordinaria. Este quizás sea el ejemplo más elocuente del problema que traemos a colación en el presente artículo.

#### 2.2.4. TAT de Cuarto Turno

En este cuarto y último turno encontramos dos sentencias sobre arbitraje laboral, de nuevo una a favor y una en contra, de nuevo la segunda de ellas siendo un “Caso UBER”.

En primer término, corresponde relevar la Sentencia 255/17. Esta sentencia también se enmarcó en un proceso entablado contra el Club Nacional de Fútbol, en el cual el contrato laboral incorporaba por referencia una cláusula arbitral. Este caso tuvo la ligera diferencia respecto de los demás que se comentan en la presente nota de que no se controvertía allí una excepción de incompetencia sino una de cosa juzgada, dado que el arbitraje había tenido lugar y posteriormente la actora promovió un juicio ordinario por lo que alegó era un objeto distinto, argumento rechazado por el tribunal. Sin embargo, a modo de *obiter dictum*, el TAT agregó respecto del tema que nos convoca que:

Tampoco se observa impedimento alguno para que el mentado fallo arbitral de la AUF, al que libremente pactaron las partes someterse para resolver sus diferendos derivados de un único vínculo laboral o ‘laborativo’, como se afirma en la apelación, pueda ejecutarse y no sea pasible de desplegar los efectos jurídicos que tienen los fallos de la justicia ordinaria.

Unos años después, el tribunal dictó la Sentencia 267/23, por la cual confirmó la sentencia de primera instancia que había desestimado la excepción de incompetencia incoada por la parte demandada, que pretendió ampararse en una cláusula arbitral enmarcada en un contrato de adhesión, fijando la sede también en Ámsterdam. En primer término, el tribunal marcó las diferencias del caso en cuestión con el que motivó su Sentencia 255/17 comentada *supra*, principalmente en cuanto se trataba de un contrato de adhesión. También se acogieron los argumentos de la Sentencia 131/22 del TAT 3, postulando que en materia de arbitraje laboral no puede:

admitirse la renuncia a la jurisdicción de los órganos de justicia de Estado, cuando como en el caso la adhesión a la cláusula arbitral, ha sido adoptada por quien estaba en situación de buscar trabajo en una comunidad en la que el trabajo es un bien escaso y en los hechos, llevaría que el trabajador tuviera que renunciar nada menos que al beneficio establecido en nuestro ordenamiento legal de acceder gratuitamente a la justicia para resolver la controversia.

#### 2.3. Valoración de lo relevado

Si bien a golpe de vista la corriente jurisprudencial que se releva puede parecer opuesta de plano a la admisibilidad del arbitraje laboral, efectuando un análisis más detenido de las sentencias puede discernirse que en puridad los casos deben ser divididos en dos categorías. Por un lado, situamos aquellos en los cuales las cláusulas arbitrales se incluyeron en contratos de adhesión, con estipulaciones particularmente inusuales que en la práctica tornarían inaplicables las disposiciones sustantivas de la Ley 18.572. Este tipo de soluciones han sido rechazadas de forma prácticamente unánime por nuestra jurisprudencia.

Dejando a estos de lado, nos encontramos con una postura más clara de los TAT. Dos de ellos, los Turnos 2 y 4, han aceptado al arbitraje en materia laboral, haciendo remisión expresa a lo dispuesto por la Suprema Corte, y han sido cuidadosos en sus sentencias vinculadas a los “Casos UBER” al explicar los fundamentos por los cuales no se están apartando de su corriente jurisprudencial. Esto los hace plenamente concordantes con la doctrina emanada de la Corte (aunque es dable destacar que en su Sentencia 536/25, la Corte remitió a arbitraje un caso “UBER”, el único de la saga en el cual se cumplieron los requisitos de admisibilidad del recurso de casación).

Es a la doctrina proveniente de los restantes dos turnos que consideramos aplicable lo que se dirá a continuación, en cuanto al valor intrínseco de los fallos de los tribunales supremos en países civilistas, particularmente en aquellos decisorios en los cuales ni siquiera se intentan rebatir los fundamentos expuestos por la Alta Corte.

### 3. El rol del precedente en dos jurisdicciones civilistas

La obligatoriedad del precedente, o *stare decisis* (abreviación de la máxima latina *stare decisis et quia non movere*) es el instituto caracterizante por excelencia del *common law*. Este sistema jurídico nació en lo que hoy es el Reino Unido a partir de la doctrina emanada de la *Court of Common Pleas*, unificadora del sistema legal inglés luego de la conquista normanda de 1066 (Bianchi, 2022, p. 171). La exportación inglesa de sus instituciones a sus colonias hizo el resto: en la actualidad, según una investigación de la Universidad de Ottawa, 20 países han adoptado el *common law* como su sistema legal, entre ellos y además del Reino Unido principalmente los Estados Unidos, Canadá, Australia e India.<sup>15</sup>

Sin ingresar en un análisis de dicho sistema, a estos efectos diremos que lo esencial del *common law*, en palabras de Bianchi, es que:

lo resuelto en un caso por un tribunal es un ‘precedente’, y como tal, constituye una regla jurídica obligatoria para los tribunales inferiores y también para ese mismo tribunal. Es por ello que a este sistema se lo llama ‘*case law*’ (derecho del caso). Los dos objetivos principales que persigue el *stare decisis* son la previsibilidad y la congruencia de las decisiones judiciales. (2022, p. 172)

Al *common law* se opone el derecho civil, cuyos orígenes pueden trazarse al Código de Justiniano del siglo VI –una de las tres partes integrantes del *Corpus Iuris Civilis*, de ahí su denominación–<sup>16</sup>, y más cerca de nosotros al Código Napoleón de 1804, fuente de nuestro Código Civil y de los promulgados en toda Hispanoamérica. Como sabemos, allí se postula la primacía de la ley, y la función del juez radica en adaptar –o subsumir– un precepto general y abstracto enunciado en el Código a una situación jurídica personal y concreta que se dilucida en el marco de un proceso. En principio y en teoría en nada afecta al Juez al momento de decidir lo dicho anteriormente, ni por los tribunales de su

15 *Alphabetical Index of the 192 United Nations Member States and Corresponding Legal Systems*, disponible en <https://www.juriglobe.ca/eng/syst-onu/index-alpha.php> (última consulta 21/2/2025).

16 Aunque en puridad ello no fue sino una recopilación del derecho hasta entonces vigente, en algún punto debe establecerse la fecha de corte.

misma jerarquía –el denominado precedente horizontal– ni por aquellos de superior jerarquía –el precedente vertical–.<sup>17</sup>

Habiendo dicho eso, en la siguiente sección relevaremos la aplicación de la doctrina del precedente en dos jurisdicciones civilistas en las cuales la misma ha sido objeto de un notable desarrollo: la República Argentina y el Estado de Luisiana, único Estado norteamericano que adoptó el derecho civil para su ordenamiento jurídico interno.<sup>18</sup>

### 3.1. El precedente en Argentina

La arquitectura constitucional argentina es muy similar a la uruguaya respecto al Poder Judicial y a las facultades de sus Cortes Supremas. El artículo 233 de la Constitución uruguaya es prácticamente idéntico al 108 de la argentina, ambos teniendo como fuente el artículo 3(1) de la Constitución de los Estados Unidos.<sup>19</sup> Ello para dejar asentado que no existen diferencias de orden constitucional que hagan inaplicable en el Uruguay lo que se analizará a continuación.

La Constitución argentina tiene además notables similitudes con la Constitución norteamericana, y particularmente en lo que hace a la organización de su sistema de justicia, sus operadores desde temprano tomaron los precedentes y las prácticas de la Corte Suprema de los Estados Unidos como faro y guía.<sup>20</sup>

De ahí no sorprende que se haya extendido en la doctrina de la Corte Suprema argentina hacia los tribunales inferiores un mandato de –al menos en principio– fallar en consonancia con lo dicho por la Corte Suprema ante la existencia de pronunciamientos previos sobre la misma cuestión jurídica.

El fundamento último de ello puede localizarse en los principios de previsibilidad, igualdad y seguridad jurídica: si la ley es la misma para todos, debe ser aplicada de igual manera para todos. Ello, por supuesto, no obsta a que la jurisprudencia se modifique con el tiempo conforme varía el sentimiento jurídico de una sociedad, pero para que esto ocurra es preciso que se incorporen argumentos nuevos que dejen sin efecto la tesis anterior sobre el punto.

17 Esto es caracterizado por la célebre cláusula '*non exemplis*' que mandaba no juzgar a través de ejemplos (casos pasados) sino exclusivamente con arreglo a las leyes. (Garay, 2019a, p. 283)

18 Por motivos puramente históricos: cuando los Estados Unidos compraron a Francia en 1803 entre otros territorios lo que hoy es Luisiana, los habitantes en su mayoría franceses y españoles pugnaron por mantener el sistema jurídico con que estaban familiarizados (Algero, 2005, p. 776).

19 Artículo 233 Constitución uruguaya: El Poder Judicial será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales y Juzgados, en la forma que estableciere la ley.

Artículo 108 Constitución argentina: El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.

Artículo 3(1) Constitución norteamericana: El Poder Judicial de los Estados Unidos residirá en un Tribunal Supremo y en los Tribunales inferiores que el Congreso ordene y establezca periódicamente.

20 Así, Garay ha dicho que "la fuerte influencia del derecho norteamericano en esta área no se limitó a la adopción de normas constitucionales y legislativas semejantes. Con el correr del tiempo, y a medida que era requerida por los recursos que a sus estrados llegaban, la Corte Suprema argentina se apropió también de doctrinas que reconocían su origen en sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos, las que empleó para resolver los casos en los que, a su juicio, ellas eran aplicables. De este modo, decenas de sentencias de la Corte Suprema norteamericana que interpretaban los preceptos mencionados también operaron como fuente directa y explícita de comprensión de los instrumentos propios que reconocían aquel parentesco" (2019b). Esto además resulta ejemplificado entre otras cuestiones por la publicación anual de los fallos más relevantes emanados de la Corte, una práctica que el Uruguay bien podría adoptar.

El primer caso que corresponde ser traído a colación es el fallo *Pastorino*, de 1883. Allí, la Corte instituyó el “deber moral” de los tribunales inferiores de seguir su doctrina, habida cuenta de su primacía jerárquica, evitando además dilaciones innecesarias en los procesos al ya conocerse la posición del Máximo Tribunal al respecto:

Las resoluciones de la Corte Suprema solo deciden el caso concreto sometido a su fallo y no obligan legalmente sino en él (...) y si bien hay un deber moral para los jueces inferiores en conformar sus decisiones como la misma Corte lo tiene decidido en casos análogos a los fallos de aquel alto Tribunal, él se funda principalmente en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que la componen, y tiene por objeto evitar recursos inútiles, sin que esto quite a los jueces la facultad de apreciar con su criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas cuando a su juicio no sean conformes a los preceptos claros del derecho. (Fallos 25:364)<sup>21</sup>

Posteriormente, en *Santín*, decidido en 1948, la Corte fue un paso más allá y apuntó a su autoridad “institucional”, que obligaba a los tribunales inferiores a reconocerla y por tanto a seguir sus postulados, pudiendo apartarse de ellos solamente en caso de controvertir sus fundamentos:

Tan incuestionable como la libertad del juicio de los jueces en ejercicio de su función propia es que la interpretación de la Constitución Nacional por parte de esta Corte Suprema tiene, por disposición de aquélla y de la correspondiente ley reglamentaria, autoridad definitiva para la justicia de toda la República (...)

Que ello impone ya que no el puro y simple acatamiento de su jurisprudencia (...) el reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investida.

Que apartarse de esa jurisprudencia mencionándola, pero sin controvertir sus fundamentos (...) importa desconocimiento deliberado de dicha autoridad. (Fallos 212:51)

Esta última cita es plenamente aplicable a la jurisprudencia uruguaya que viene de relevarse, y a la desestimación o incluso al desconocimiento de lo dicho por la Suprema Corte de Justicia.

Este desarrollo de la jurisprudencia argentina terminó de cristalizar con el dictado del fallo *Cerámica San Lorenzo* en 1985. Allí, la Corte reafirmó que sus fallos, si bien no resultan obligatorios a casos análogos, deben ser seguidos por los jueces inferiores, salvo que se postulen “nuevos argumentos” que los controviertan exitosamente:

No obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellas (...) De esa doctrina (...) emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete

21 Si bien esta es la primera oportunidad en que la Corte enuncia este deber, un estudio de Garay localiza en el caso *Tomkinson*, de 1864 (Fallos 1:148, apenas seis meses luego de la instalación de la Corte) el primer uso del precedente para resolver casos similares (2019a, p. 275).

supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos 307:1094)<sup>22</sup>

Considero particularmente acertados los fundamentos de esta importante sentencia, junto con las obvias ventajas que la aplicación de sus postulados conllevaría en materia de previsibilidad y seguridad jurídica, y estimo que una mayor interiorización de sus fundamentos en nuestro país sería en extremo valiosa.

La doctrina argentina ha denominado a esta línea de acción de la Corte “obligatoriedad atenuada” o “presunción iuris tantum de obligatoriedad”, dado que consiste en “una presunción de obligatoriedad que admite prueba en contrario: el tribunal inferior debe seguir el precedente relevante, pero puede no hacerlo, siempre y cuando aporte nuevos fundamentos conducentes” (Garay, 2017).

Justo es reconocer sin perjuicio de lo antedicho –y para demostrar que el comportamiento de los tribunales inferiores uruguayos no es tan singular– que distintos estudios efectuados en la Argentina han demostrado que existe también una cierta reticencia por parte de los tribunales inferiores de aquel país de seguir ciegamente los postulados de la Corte, aun ante la existencia de mandatos tan vehementes como los que vienen de relevarse.<sup>23</sup>

En síntesis, y siguiendo a Sagüés, en la Argentina “la Corte Suprema ha extendido el valor de su propia jurisprudencia, dándole efecto vinculante, aunque condicionado, configurando así una regla de derecho constitucional consuetudinario.” (2007, p. 176)

111

### 3.2 El precedente en el Estado de Luisiana

Como fuera anticipado, el Estado de Luisiana es la única jurisdicción civilista dentro de los Estados Unidos, contando con su propio Código Civil de inspiración napoleónica –que enumera entre sus fuentes de derecho a la ley y la costumbre, excluyendo a la jurisprudencia– y actuando su sistema judicial en consecuencia.

No obstante ello, Luisiana tiene también, como la Argentina, un importante respeto por el precedente.

Como explica un comentarista, si bien la doctrina del *stare decisis* no es reconocida en Luisiana, los fallos de la Corte Suprema (estadual) son considerados vinculantes sobre los tribunales inferiores:

Los precedentes judiciales no son una fuente primaria del derecho en Luisiana según el Código Civil estadual, aunque en la práctica las decisiones de los tribunales de apelaciones son persuasivas en cuanto a la interpretación de la ley, y las decisiones de la Corte Suprema de Luisiana se consideran ‘vinculantes’ para los tribunales de

22 Existen múltiples fallos adicionales en los cuales la Corte Suprema ha reafirmado esta postura. Para un análisis exhaustivo de estos antecedentes, ver Legarre y Rivera, 2009.

23 “Existe una importante corriente jurisprudencial en algunos tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual nuestro sistema constitucional impide restringir la libertad de aquéllos de apartarse de lo resuelto por la Corte en casos análogos (...) Algunos jueces inferiores omiten por completo la consideración y el análisis de los fallos análogos dictados por la Corte Suprema, lo que tal vez constituya un indicio de la poca autoridad de que goza la jurisprudencia de la Corte a los ojos de muchos de sus ‘inferiores jerárquicos.’” (Legarre y Rivera, 2016)

apelación y de primera instancia. La doctrina del *stare decisis* no es reconocida por el sistema judicial del Estado de Luisiana. (Algero, 2005, p. 798)

Asimismo, y de forma análoga a lo que ocurre en Argentina, en Luisiana se ha reconocido al precedente una “*trascendencia moral*” (Algero, 2005, p. 799), que, si bien no obliga formalmente a los tribunales, funciona como un argumento persuasivo a favor de fallar en línea con lo decidido anteriormente sobre la misma cuestión, salvo que se encuentren argumentos que justifiquen la variación o que demuestren errores en el razonamiento previo.

Agrega la doctrina que el respeto al precedente parte en buena medida de la conducta de los actores del sistema de justicia: por un lado, los tribunales inferiores, conscientes de una posición pacífica de la Corte Suprema sobre un determinado punto, evitarán tener su sentencia anulada, y los justiciables, a su vez reconociendo que los tribunales tienden a seguir sus precedentes, y que en última instancia el caso puede llegar a la Corte Suprema, hacen énfasis en su jurisprudencia. De esta forma, y no siendo de ninguna manera el precedente, fuente formal de derecho, se llega en Luisiana a lo que se ha denominado “respeto sistémico por la jurisprudencia” (Algero, 2005, p. 800).

Los propios tribunales de apelaciones de Luisiana han concordado con la Corte Suprema en que las decisiones de esta última son interpretaciones vinculantes de la ley, que deben ser seguidas por los tribunales inferiores. Por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones del Primer Circuito en el caso *State v Cenac* entendió que:

Es demasiado evidente como para admitir discusión que una de las funciones primordiales de un tribunal superior (...) es enumerar las interpretaciones definitivas de la ley que obligan y controlan las decisiones posteriores de todos los tribunales inferiores. Es un principio elemental y básico del derecho que los tribunales inferiores están obligados por las decisiones de los tribunales superiores de supervisión.<sup>24</sup>

Esta es también la postura de la Corte Suprema:

Mientras que los Tribunales de Apelaciones de este Estado están obligados a seguir las decisiones de este Tribunal, las decisiones de los tribunales de otras jurisdicciones, así como las de los Tribunales de Apelaciones de este Estado, aunque persuasivas, no son obligatorias para este Tribunal. (*Pelican State Associates v Winder*, cit. en Algero, 2005, p. 801)

Concluye la doctrina su análisis de la conducta de la justicia de Luisiana con una apreciación que –a la luz de lo también relevado *supra*– bien podría ser efectuada por un autor argentino luego de estudiar su propia jurisprudencia:

24 Ver también, del Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, *Lucky v Fricks*: “Los tribunales de primera instancia y los tribunales de apelaciones están obligados a seguir la última expresión de la ley de la Corte Suprema de Luisiana”, y del Tercer Circuito, con más énfasis aún, *Clavier v Lay Down Service*: “Como Tribunal de Apelación, estamos obligados a seguir las decisiones de nuestra Corte Suprema. En nuestro sistema judicial, el Tribunal de Apelaciones, en relación con la Corte Suprema, ocupa el estatus de un tribunal inferior, por lo tanto, no gozamos de la prerrogativa individual o colectiva de criticar o revocar una decisión de ese tribunal, incluso si fuera obviamente errónea.” Todos citados en Algero, 2005, pp. 802-804.

Aunque la Corte Suprema ha respaldado el uso de un enfoque civil más tradicional, que relega las decisiones anteriores a un estatus secundario que simplemente muestra cómo se ha interpretado la ley, y que es coherente con el Código Civil de Luisiana, el Tribunal también ha ordenado a los tribunales inferiores que sigan sus decisiones como interpretaciones vinculantes de la ley. Esta contradicción ha surgido de la lucha de los tribunales por mantenerse fieles a la tradición civilista (...) y, al mismo tiempo, reconocer la posición superior de la Corte Suprema de Luisiana sobre los tribunales inferiores, establecida por la Constitución de Luisiana. (Algero, 2005, p. 807)

Es evidente que este análisis parcial de las corrientes jurisprudenciales de dos ordenamientos no pretende erigirse como una interpretación concluyente de la conducta de la justicia civilista en el derecho comparado, pero no puede dejar de destacarse la evidente similitud en el enfoque entre dos jurisdicciones que –además de su sistema jurídico– muy poco tienen en común. Entendemos que estas posturas bien podrían aplicarse en el Uruguay y, como expondremos *infra*, podrían traer resultados beneficiosos para el sistema en su conjunto.

#### 4. El precedente en el derecho uruguayo, y la conveniencia de una aplicación uniforme y previsible de las normas

Como hemos visto *supra*, el respeto por el precedente no es una conducta circunscripta en la experiencia comparada a los ordenamientos que han adoptado el *common law*. Más aún, en jurisdicciones civilistas e incluso en la vecina orilla cumplen un rol garantista fundamental.

Sin embargo, si bien es usual en nuestro medio asistir a la permanente apelación a precedentes al momento de postular líneas argumentales, cuando uno intenta profundizar en la materia en procura de pronunciamientos explícitos sobre su naturaleza jurídica –o, aunque sea artículos doctrinarios abocados a su análisis, en un país cuya cultura jurídica es tal que parece haber algo ya escrito sobre la práctica totalidad de los temas– los resultados brillan por su ausencia. Apenas pueden mencionarse las investigaciones de Durán Martínez acerca del rol del precedente en materia administrativa.<sup>25</sup>

En un relevamiento jurisprudencial, la única referencia a la doctrina del precedente localizada radica en una serie de sentencias que decidieron sobre la constitucionalidad de ciertos artículos de la Ley 18.083 (que gravaba con el Impuesto a la Renta a los haberes jubilatorios), donde se hizo un valioso análisis del instituto, plenamente aplicable a estos efectos. Por ejemplo, en la Sentencia 101/08 (Van Rompaey (r)), la Suprema Corte dijo:

Si bien nuestro ordenamiento jurídico no se rige por el principio de la obligatoriedad del precedente judicial (*stare decisis*), propio del sistema anglosajón, en nuestro régimen el apartamiento del precedente (a fortiori, la solución contraria a la aplicada previamente

25 El citado profesor concluye que el precedente es una fuente formal del Derecho Administrativo, cuyo apartamiento por la Administración de forma injustificada podría transgredir los derechos fundamentales a la seguridad jurídica, igualdad e incluso el principio de la buena fe, comprometiendo la legitimidad del acto en cuestión y haciéndolo potencialmente anulable por contravenir una regla de derecho conforme lo dispuesto por el artículo 23(a) del Decreto-Ley 15.524 (2010, pp. 53 y ss.).

en caso similar por el mismo tribunal) impone la necesaria invocación de nuevos argumentos cuya fuerza persuasiva enerve la fundamentación del precedente (...)

A la sujeción a los precedentes se vinculan los principios de la seguridad jurídica e igualdad, puesto que el seguimiento de los mismos contribuye a la previsibilidad o predictibilidad de las decisiones y también posibilita que no se viole la igualdad en el tratamiento jurídico de las mismas situaciones (...)

Naturalmente, la consulta necesaria al precedente no impide que el juez en ejercicio de su independencia, inherente a la función jurisdiccional, descarte su mecánica aplicación al caso similar de verificación temporal sucesiva. Una adecuada fundamentación, motivación o esfuerzo argumental tendiente a dotar de racionalidad y justificabilidad a su decisión legitima el apartamiento del precedente. Pero lo que no resulta admisible es el desvío del antecedente jurisprudencial sin siquiera realizar el mínimo intento de desvirtuar o enervar los argumentos sobre los que se erigiera la conclusión contraria respecto de similar *quæstio decidendi*.<sup>26</sup>

Como queda claro, la Corte al sentar esta posición hace referencia explícita al precedente horizontal –esto es, la sujeción a lo dicho anteriormente por el mismo tribunal– y no al precedente vertical, que es el que se postula en el presente estudio. Sin perjuicio de ello, sus fundamentos son enteramente compartibles y resumen las virtudes que apareja la doctrina del precedente. Esta cita no ha sido vuelta a pronunciar por el Máximo Tribunal luego de la serie de casos que la motivó.

Resulta ineludible en este punto del análisis hacer mención al recurso de casación, cuya misma razón de ser radica en la unificación de la jurisprudencia, y que fue incorporado a nuestro ordenamiento con ese objetivo (inicialmente por medio del Decreto-Ley 14.861, de 1979), que a todas luces hoy no se cumple.

En efecto, Calamandrei, quien dedicó su mayor obra a la temática de la casación civil, definió que su finalidad no es:

interpretar el derecho objetivo, sino unificar el trabajo de interpretación jurisprudencial que se realiza en colaboración por todos los órganos judiciales (...) el que las decisiones de la Casación constituyan la parte más autorizada de la jurisprudencia es una consecuencia y no una finalidad del instituto; la finalidad de éste, conviene repetirlo, es la de poner remedio a los inconvenientes que derivan para la interpretación jurisprudencial de la pluralidad de los órganos judiciales del mismo grado. (1961, p. 99)<sup>27</sup>

26 El subrayado es añadido. Esta Sentencia es citada por, entre otras, las Sentencias de la Corte 113, 115, 119, 121, 122, 126, 128, 150, 151 y 153, todas del 2008. La cita figura originalmente en una discordia de Van Rompaey a la Sentencia 43/08.

Hasta entonces la postura de la Corporación había sido desestimatoria del precedente. Véase por ejemplo la Sentencia 4/92: “Tampoco es de recibo el argumento esgrimido por los impugnantes, en cuanto alega que el Tribunal desconoce su propia jurisprudencia anterior sobre responsabilidad solidaria en materia laboral, en virtud de que la Sede no está obligada por el precedente.”

27 Calamandrei afirma que si dos hechos fácticos idénticos reciben tratamientos opuestos y contradictorios por distintos tribunales, el sistema de justicia ha violado respecto de esos justiciables el precepto constitucional de igualdad ante la ley. Esto no sólo implica un daño actual -a esos individuos- sino un daño potencial a la sociedad en su conjunto, reflejado en “la enunciación simultánea, hecha por jueces diversos, de varias interpretaciones de una misma norma jurídica” que “produzca en la práctica del derecho una complicada coexistencia de tendencias divergentes, que, en último análisis, se convierta en una falta general de certeza en cuanto al modo de entender el derecho positivo.” (1961, pp. 79-81)

En nuestro país, Barrios de Angelis, siguiendo la línea de Calamandrei, definió los fines del recurso de casación como “afirmar el derecho y unificar la jurisprudencia”, aseverando sobre ésta última característica que “no es expresa” sino una “consecuencia natural” del instituto, por la decisión en última instancia de todos los recursos por un único tribunal. Concluye Barrios: “la casación no sólo asegura la defensa del derecho objetivo, sino que, por esta segunda finalidad, hace efectivo un derecho subjetivo que es, a la vez, un derecho humano: la igualdad de los justiciables ante los tribunales y, derivadamente, ante la ley.” (1978, pp. 19-21)

Haciendo un repaso histórico de la casación en el Uruguay, Chediak ha dicho que “se destaca la tarea de delimitar criterios que resulten de utilidad para cumplir con la tradicional finalidad de la unificación de la jurisprudencia, máxime cuando en Uruguay existe un número significativo de Tribunales de Apelaciones (...) y, en varios temas, varios de ellos tienen posiciones disímiles” (2012, p. 1049).<sup>28</sup>

Si bien en el plano teórico no se puede sino coincidir con esta apreciación, la propia realidad repasada en el presente artículo desde apenas una arista del vasto mundo del derecho nos indica que ese rol no se está cumpliendo.

Es posible sin embargo aplicar algunas de las soluciones que el derecho comparado ha encontrado a este problema, que vienen de relevarse.

Por ejemplo, nada impediría a la Suprema Corte fortalecer sus facultades de contralor mediante la casación. Esto, justo es decirlo, le impondría un rol adicional de observancia de sus propios precedentes, un verdadero desafío para un tribunal que muda su composición con gran frecuencia, pero sus resultados serían en extremo beneficiosos para el sistema jurídico en su conjunto. De forma concomitante podría enfatizarse en los Tribunales de Apelaciones el deber de asegurar la igualdad ante la ley por medio del igual tratamiento de casos idénticos, respetando salvo en casos justificados la doctrina emanante del Máximo Tribunal.

Una medida a tomarse para comenzar a avanzar en este sentido podría ser seguir la línea de los tribunales supremos estadounidense y argentino, y editar una publicación oficial periódica que recopile los casos más trascendentes resueltos por la Suprema Corte. Esto, bueno es recordar, ya está previsto por nuestro derecho positivo, aunque nunca se ha puesto en práctica.<sup>29</sup>

Otra posible medida, que sin duda implicaría una reforma estructural del sistema, sería replantear el instituto mismo de la casación como lo conocemos actualmente, dejando de lado el requisito de sentencias contradictorias y el piso monetario –que en puridad es un obstáculo artificial y en buena medida desigual, dado que la importancia de una cuestión jurídica determinada no pasa por el monto en disputa sino por su valor intrínseco– y transitar hacia un modelo de *certiorari* más similar al norteamericano o al argentino, en el cual todo fallo de segunda instancia sea en principio apelable ante la Corte, que podrá elegir oírlo o desestimarlos de forma sumaria, en atención justamente a la trascendencia

28 En la misma línea, Tarigo en sus *Lecciones* expresa que “en este supuesto de casación sobre el fondo es cuando se produce con mayor vigor la función unificatoria de la Corte, que no se limita a señalar los errores del fallo recurrido sino que afirma y consigna la solución a su juicio correcta.” (2004, p. 280)

29 En efecto, el artículo 280 del CGP prevé que “Las sentencias que acojan el recurso de casación se publicarán (...) mientras no exista una publicación oficial especialmente destinada a esos efectos.”

de la cuestión jurídica planteada.<sup>30</sup> Sin duda que una medida de estas características, verdaderamente sustancial, merecerá análisis más exhaustivos, pero el propio decurso de esta investigación hizo palpables sus beneficios en el derecho comparado y hacía inevitable al menos su mención.

## 6. Conclusión

Retomando la tesis inicial, desde el punto de vista del derecho positivo parece claro que nada obsta hoy a la sumisión a arbitraje de los conflictos individuales de trabajo, observando las garantías previstas por el Derecho Laboral. Así lo ha determinado la más prestigiosa doctrina, la Suprema Corte de Justicia y dos turnos del TAT. Se mantiene sin embargo una persistente oposición desde otras tiendas. Pero esta discusión, que en la abstracción jurídica no tendría más consecuencias que fomentar la polémica doctrinaria, en la justicia genera efectos concretos sobre la vida de las personas.

El problema con la jurisprudencia errática y no uniforme es que lleva a resultados imprevisibles y en cierta medida injustos, dado que resuelve casos iguales de formas desiguales.<sup>31</sup> El mismo caso, si no logra cumplir con los supuestos para la admisibilidad del recurso de casación, será remitido a arbitraje o resuelto por la justicia ordinaria, dependiendo más del camino procesal que haya debido seguir que de las particularidades del litigio.<sup>32</sup>

Se llega a la paradoja de terminar siendo más relevante lo decidido por los Juzgados de Primera Instancia, cuyas posiciones son menos conocidas e inestables por la rotación e inexperiencia de sus miembros, que lo dicho por los propios Tribunales de Apelaciones. Amparándose la excepción de falta de jurisdicción en primera instancia, las partes cuentan con la garantía de llegar a la Suprema Corte, que muy posiblemente enviará el caso a arbitraje. Pero frente a una decisión desestimatoria de la excepción, quedan sujetas al alea del destino y podrán estimar con bastante certeza el resultado de su caso tan pronto sepan el turno de Alzada que les tocó en 'suerte'.<sup>33</sup>

En particular en el caso del arbitraje, ello opera en detrimento de los motivos por los cuales se escogió este método de resolución de disputas, exacerbando el problema en aquellos casos en donde la cláusula se acordó de buena fe en un contrato consensuado,

30 Véase el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial argentino: "La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia." Esta herramienta, introducida en 1990, ha sido valorada de forma positiva por la doctrina, dado que "permite que el máximo estrado del país se ocupe solamente de aquellos casos que verdaderamente merecen su atención y además se ocupe bien, con la dedicación que puede darse a un número reducido de asuntos." (Bianchi y Legarre, 1993)

31 Para Hart, el decidir casos iguales de la misma forma ("*treat like cases alike*") es un elemento esencial del concepto de justicia (1958, p. 624).

32 Todo ello sin siquiera ingresar en la desigualdad económica que presenta para los litigantes el hecho de que la cuantía su asunto deba superar los 4.000 UR (aproximadamente 160.000 dólares) para hacer admisible la casación.

33 Esta incongruencia, no exclusiva de nuestro país, tampoco pasó desapercibida a la mordaz pluma de Calamandrei, quien en su clásico Elogio de los Jueces relata la siguiente anécdota, ocurrida luego de que dos salas de la Corte de Casación italiana llegaran simultáneamente a conclusiones opuestas sobre la misma cuestión: "El recurrente que en una de aquellas salas perdió el pleito, lo hubiera ganado (con los mismos argumentos) si hubiese sido juzgado en la sala contigua. Cuando salió al pasillo, donde las puertas de las dos salas se abren una al lado de la otra, se puso hecho una furia por aquella diferencia, inexplicable para un profano, y naturalmente, echaba la culpa a su abogado: -Evidentemente, Ud. ha equivocado la defensa. -No -dijo el abogado- he equivocado la puerta." (1997, p. 146).

en el que las partes al celebrarlo con todo derecho pueden preferir la confidencialidad, celeridad y especialidad en la resolución de su eventual disputa, no pudiendo ello ser modificado ulteriormente de forma unilateral, operando de mala fe, pero además dejando la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contrayentes (art. 1253 CC).<sup>34</sup>

La indefinición respecto del arbitraje laboral es solamente una de muchas áreas en que se mantienen diferencias jurisprudenciales dentro de nuestro Poder Judicial. Por medio de este artículo no pretendemos modificar una práctica tan extendida. Pero habremos cumplido el objetivo si logramos al menos señalar su incongruencia y la forma en que este problema ha sido resuelto en el derecho comparado.

## Referencias bibliográficas

- Abal Oliú, A. (2010). Interpretación, integración, vigencia temporal. *Nuevas Especialidades del Proceso sobre Materia Laboral*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Algero, M. G. (2005). The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. *Louisiana Law Review*, vol. 65, No. 2.
- Barrios de Angelis, D. (1978). Concepto y Evolución de la Casación Civil. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, No. 3.
- Bianchi, A. B. y Legarre, S. (1993). El “certiorari” en acción (Hacia un control de constitucionalidad basado en la trascendencia). TR LALEY AR/DOC/19684/2001
- Bianchi, A. B. (2022). La enseñanza del derecho y sus métodos. *Problemática de la educación en la Argentina: una mirada multidisciplinaria*. Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.
- Calamandrei, P. (1961). *La Casación Civil*, T. II. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina.
- Calamandrei, P. (1997). *Elogio de los jueces*. Buenos Aires: Ed. El Foro.
- Chediak, J. y Nicastro, G. (2012). El recurso de casación en nuestros tiempos: la experiencia nacional a más de veinte años de la entrada en vigor del Código General del Proceso. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, No. 2.
- Durán Martínez, A. (2010) El precedente administrativo. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, No. 5.

34 Si bien no se relaciona estrictamente con el objeto del presente estudio, la solución alcanzada por Brasil en materia de arbitraje laboral es digna de mención. En efecto, el artículo 507-A del Código del Trabajo habilita la inclusión de cláusulas arbitrales en contratos individuales de trabajo cuando la remuneración mensual del trabajador supere el equivalente a aproximadamente 2.000 dólares. Entendemos que medidas de estas características alcanzan un equilibrio entre por un lado la protección debida a un trabajador que percibe menores ingresos y por otro lado la mayor libertad por la que pueden inclinarse trabajadores más altamente calificados, que cuentan con mayor poder de negociación y que pueden preferir que sus disputas sean resueltas por un tribunal con *expertise* sobre su área concreta de trabajo, en un marco de confidencialidad.

- Ermida Uriarte, O. (1983). Algunas reflexiones sobre los conflictos laborales, el arbitraje y la justicia del trabajo. *Anales del Foro*, No. 43-44.
- Garay, A. F. (2017). "Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación". *Comentario de Garay, Alberto F.* TR LALEY AR/DOC/4216/2017.
- Garay, A. F. (2019a). A Doctrine of Precedent in the making: the case of the Argentine Supreme Court's Case Law. *Southwestern Journal of International Law*, vol. 25, No. 2.
- Garay, A. F. (2019b). *La Corte Suprema y el uso de sus precedentes*. TR LALEY AR/DOC/3518/2019.
- Garmendia, M. (2018). La incompatibilidad del proceso arbitral del CGP con la materia laboral individual. *Revista Derecho del Trabajo*, No. 21.
- Hart, H. L. A. (1958). Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, vol. 71, No. 4.
- Legarre, S. y Rivera, J. C. (h) (2009). *La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis vertical*. TR LALEY AR/DOC/2838/2009.
- Legarre, S. y Rivera, J. C. (h) (2016). *La obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la perspectiva de los tribunales inferiores*. TR LALEY 0003/012959.
- Pereira Brause, P. (2022). El proyecto de ley de arbitraje doméstico: una reforma impostergable. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, vol. 21, No. 42.
- Pereira Campos, S. (1995). Aplicación del arbitraje a los conflictos individuales de trabajo. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, No. 4.
- Picardo, S. y Tiscornia, A. (2021). ¿Luz roja para el arbitraje laboral? Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente (con énfasis en el caso "UBER"). *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, vol. 20, No. 40.
- Plá Rodríguez, A. (1990). *Curso de Derecho Laboral*, T. I, vol. 1. Montevideo: Ed. Idea.
- Sagüés, N. P. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Tarigo, E. E. (2004). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, T. II. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): 1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy

MARTÍN RISSO FERRAND

Universidad Católica del Uruguay, Uruguay

mrisso@ucu.edu.uy

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9546-6572>

Recibido: 05/05/2025 - Aceptado: 19/09/2025

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:**

Risso Ferrand, M. (2025). ¿Interpretación judicial o interpretación mayoritaria? *Revista de Derecho*, 24(48), e484. <https://doi.org/10.47274/DERUM/48.4>

## ¿Interpretación judicial o interpretación mayoritaria?

119

**Resumen:** En este trabajo se retoma la vieja cuestión de ¿quién tiene la palabra final en temas constitucionales? O de ¿prima la interpretación legislativa de la Constitución o la interpretación judicial? Se procura, en primer término, formular varias aclaraciones para despejar problemas que complican el análisis. Luego se focaliza en la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado y busca respuesta a las interrogantes anteriores respecto a dicha ley. Finalmente, se analiza la cuestión con un enfoque general, tratando de llegar a conclusiones pragmáticas y no teóricas sin viabilidad real o con muy pocas posibilidades.

**Palabras clave:** interpretación constitucional; gobierno de los jueces; competencias judiciales; *judicial review*; tribunales constitucionales.

## Judicial interpretation or majority interpretation?

**Abstract:** This paper revisits the longstanding question of who holds the final authority in constitutional matters. Specifically, it examines whether legislative interpretation of the Constitution prevails over judicial interpretation. Initially, the study aims to clarify certain issues that complicate the analysis. It then focuses on the Expiry Law of the State's Punitive Claim, seeking answers to the aforementioned questions in relation to this legislation. Finally, it analyzes the issue with a general approach, trying to reach pragmatic and realistic conclusions, and not theoretical ones with no real viability or very few possibilities.

**Keywords:** constitutional interpretation; judicial governance; judicial competencies; judicial review; constitutional courts.

## Interpretação judicial ou interpretação majoritária?

**Resumo:** Este artigo retoma a antiga questão sobre quem tem a autoridade final em assuntos constitucionais. Especificamente, examina se a interpretação legislativa da Constituição prevalece sobre a interpretação judicial. Inicialmente, o estudo busca esclarecer questões que dificultam a análise. Em seguida, concentra-se na Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado, procurando respostas para as perguntas mencionadas em relação a essa legislação. Por fim, o artigo adota uma abordagem ampla, buscando conclusões pragmáticas e realistas, em vez de formulações teóricas desprovidas de viabilidade prática ou de relevância significativa.

**Palavras-chave:** interpretação constitucional; governo dos juízes; competências judiciais; *judicial review*; tribunais constitucionais.

# 1. Introducción

Chemerinsky, refiriendo a la Constitución de los Estados Unidos, ha destacado, en lo que a este trabajo refiere, los tres factores que hacen especial la interpretación constitucional indicando: (i) la Constitución debe ser entendida como un documento contra mayoritario: en la base de la democracia americana está la afirmación de que hay que cuidarse de las mayorías; (ii) la Carta debe apreciarse desde la perspectiva de límite a las mayorías, en especial en los tiempos de crisis; y (iii) la Constitución aparece como una forma de proteger los «*long-term values*» de los «*short-term passions*» (Chemerinsky, 2006, p. 6 y ss.).

Si confrontamos los derechos humanos o sus garantías con la democracia, como enseña Alexy (1983), hay tres formas de analizar la confrontación: (i) con una visión «ingenua» se dirá los derechos humanos y la democracia son cosas buenas que no pueden confrontar entre sí (solo habría conflictos entre el bien y el mal); (ii) con una concepción «idealista» se reconoce el conflicto (nuestro mundo se caracteriza por la escasez y limitación), pero esto opera en el mundo real y no en el ideal; y (iii) por último, con una visión «realista» se apreciará que la relación entre democracia y derechos humanos presenta dos realidades opuestas entre sí.

Por un lado, los derechos humanos son básicamente democráticos en la medida que aseguran el desarrollo de la democracia y de las personas gracias a la garantía de la libertad y la igualdad, que son las bases para que pueda funcionar un sistema democrático (pensemos en la libertad de opinión, sufragio, asociación, prensa, debido proceso, etc.). Pero también son antidemocráticos en la medida que desconfían del proceso democrático y buscan que en ciertos casos el individuo pueda acudir a los tribunales para defenderse de la decisión de ciertas mayorías (Alexy, 2005).

¿Cómo se resuelve la tensión entre la Constitución y la ley? ¿Recurriendo a criterios contra mayoritarios o siguiendo lo resuelto por las mayorías? ¿Se deben crear órganos ajenos a los tres poderes para superar el conflicto? ¿Se debe consultar al cuerpo electoral para que resuelva? Y junto con esto algo no menor: ¿cómo se logra una discusión activa y constructiva en estos temas y se evita que las decisiones sean tomadas por grupos reducidos a puertas cerradas? Estas interrogantes nunca tuvieron solución definitiva. En Europa se osciló de una suerte de primacía parlamentaria en el siglo XIX y principios del siglo XX, hasta llegar a los actuales tribunales constitucionales que pueden actuar como legisladores negativos derogando o anulando las leyes con efectos generales. En Estados Unidos y en Latinoamérica el criterio dominante fue contra mayoritario, aunque no faltaron cuestionamientos. Quizás en el antes denominado “constitucionalismo andino”, basado en visiones populistas o neopopulistas, pueda encontrarse una cierta prevalencia de las mayorías, pero estas visiones siempre estuvieron desacreditadas por su falta de apego a la democracia lo que se confirmó inequívocamente con el paso del tiempo.

En Uruguay la solución única ha sido la contra mayoritaria, incuestionablemente establecida en todas nuestras constituciones, con textos expresos a partir de 1934. En 2012, incursioné sobre el tema llegando a conclusiones coincidentes con la interpretación tradicional del Derecho Constitucional uruguayo (Risso Ferrand, 2012), pero en los últimos tiempos han aparecido otros criterios. Gamarra (2023) ha reflexionado en extenso sobre esto y ha propuesto soluciones concretas las que requerirían, claro está, reforma

constitucional y luego Bardazano (2024) que ve posibilidades de dar mayor peso a las decisiones populares aun en el sistema constitucional en vigor.

Este nuevo análisis lo dividiré en tres partes. En primer término, haré referencia a ciertos problemas que quitan claridad al estudio del tema y lo complejizan innecesariamente. En segundo lugar, me centraré en el caso que mayores discusiones ha ocasionado en nuestro país referido a estas cuestiones, esto es, la llamada Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (15.848, de 22 de diciembre de 1986) que fue objeto de un recurso de referéndum y luego se intentó anular mediante una reforma constitucional. Los pronunciamientos populares fueron contrarios al referéndum y a la reforma constitucional, pese a lo cual desde 2009 la Suprema Corte ha declarado la inconstitucionalidad de las disposiciones centrales de esta ley y, en 2011, fue considerada nula por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En esta segunda sección referiré, en definitiva, a la interrogante planteada en el título, pero enfocado en la Ley de Caducidad y sus consecuencias.

Por último, realizaré algunas reflexiones sobre la cuestión central, aunque remitiendo a mi trabajo de 2012 y sin poder realizar un análisis en extenso del tema.

## 2. Problemas iniciales

Se trata de un tema antiguo con dificultades terminológicas: ¿quién tiene la palabra final en la interpretación constitucional? ¿quién es el intérprete supremo de la Carta? ¿existe una supremacía judicial o una supremacía legislativa en interpretación constitucional? Y muchas otras. Siempre lo que hay es la tensión entre democracia y garantías constitucionales o entre democracia y control judicial.

Entre los múltiples problemas que tiene este tema solo señalaré, en forma preliminar, algunos:

1. Es frecuente que, de situaciones, realidades y prácticas jurídicas particulares de un país determinado se pretenda extraer conclusiones generales. Esto es incuestionablemente un error. Por ejemplo, en Estados Unidos nos encontramos con que: a) por un lado, el *judicial review* no tiene texto expreso en la Constitución, aunque se admite desde mucho antes de *Marbury vs. Madison*, como ha demostrado García-Mansilla (García-Mansilla, 2023), y b) por otra parte, si se está a la literatura constitucional ampliamente dominante, la Corte Suprema de Justicia de dicho país ha hecho, en muchas ocasiones, un uso demasiado amplio de sus competencias llegándose a lo que se ha llamado, en sentido crítico, “gobierno de los jueces”. Pero en América Latina mayoritariamente aparecen disposiciones constitucionales expresas, en general precisas, que regulan la declaración judicial de inconstitucionalidad de las leyes (no es necesario abundar en que el texto constitucional expreso y claro ata al intérprete y quienes no estén de acuerdo deberán procurar que se apruebe una reforma constitucional). Asimismo, salvo en algún país y en algún período histórico concreto, los jueces han estado lejos de ejercer sus competencias en exceso y en algunos lugares, como es el caso de Uruguay, la crítica que podría hacerse a los jueces es exactamente la contraria, en

el sentido de no haber declarado claras inconstitucionalidades de leyes dejando demasiado espacio a la decisión legislativa. Esto no puede perderse de vista. Es interesante ver, en especial en autores estadounidenses, que sus desarrollos parten de un abuso de la Corte y una reivindicación de la democracia (Kramer, 2011; Tushnet, 2020), pero esto no es válido en Uruguay ni en general en América del Sur.

2. Vinculado con lo anterior aparece la cuestión de que el ordenamiento jurídico en general y el constitucional en particular es necesariamente interpretado por personas y estas juegan un rol crucial. La mejor Constitución con gobernantes ineptos y corruptos y con un cuerpo electoral que no se preocupe por el gobierno funcionará seguramente mal, mientras que la peor Carta, con gobernantes competentes y honestos y un pueblo que controle puede funcionar bien. O sea, en última instancia, más que el sistema, serán los seres humanos los que harán que funcionen las cosas adecuadamente.
3. No debe olvidarse que nadie tiene el monopolio de la interpretación constitucional, sino que todos la interpretamos dentro de nuestras competencias y con los efectos que en cada caso corresponden. Podríamos decir que el cuerpo electoral cuando reforma la Constitución está interpretando la Carta anterior y ajustándola. La ley, en el caso de Uruguay, puede interpretar la Constitución (artículo 85 numeral 20) con el efecto de cualquier acto legislativo, esto es, general y abstracto, con fuerza de ley y con la posibilidad de que pueda ser declarada inconstitucional judicialmente para un caso concreto. El Poder Ejecutivo, así como cualquier autoridad administrativa, nacional, departamental y local, interpretan la Constitución para decidir y fundar sus decisiones, sean actos administrativos, hechos u omisiones y los efectos de estas interpretaciones tendrán el estatus jurídico que corresponda a la actividad del órgano; así, la interpretación de la Carta implícita en un Decreto tendrá la fuerza propia del acto administrativo. También el Poder Judicial interpreta la Constitución, por ejemplo, para determinar si procede un recurso de hábeas corpus o de amparo en un caso concreto, deberá un juez interpretar disposiciones constitucionales y, en el caso especial de la declaración judicial de inconstitucionalidad de una disposición legal, la competencia está concentrada en el Uruguay en la Suprema Corte de Justicia. En todos los casos la interpretación judicial tendrá el estatus de cualquier acto judicial: obligatoria para el caso concreto y susceptible de alcanzar la autoridad de cosa juzgada. La Carta uruguaya especialmente es clara en este punto: la declaración de inconstitucionalidad solo implica la desaplicación de la ley en el caso concreto, pero no la deroga, ni anula, ni afecta su existencia, ni su fuerza y vigor, ni su vigencia y eficacia. No existe el *stare decisis* en Uruguay ni las sentencias de inconstitucionalidad tienen efectos generales. Por último, cualquier sujeto puede interpretar la Constitución, un académico, un periodista, cualquier habitante, y su valor será meramente personal: dar una opinión, tomar decisiones personales con base en dichas interpretaciones, etc.

No creo que pueda hablarse de interpretación suprema de la Constitución en ningún caso, sino de pluralidad de interpretaciones con efectos distintos. La sentencia de la Corte que declara la inconstitucionalidad de una disposición legal para un caso concreto no afecta en forma alguna la competencia legislativa que podrá aprobar una

disposición similar o con modificaciones, ni perjudica su aplicación fuera del caso concreto. Incluso la jurisprudencia puede cambiar y en los hechos a veces así ocurre.

4. Por razones históricas Europa fue más reticente para admitir el contralor judicial sobre las leyes. Recién en el siglo XX con la aparición de los tribunales constitucionales se tomó una línea en este sentido, aunque fuera del sistema orgánico del Poder Judicial, e incluso en Francia solo se admitía la declaración de inconstitucionalidad de un proyecto de ley hasta que, en 2008, reforma constitucional mediante, se aceptó la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de una ley. No deja de ser interesante que la reticencia histórica termine con declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes con efectos generales y a veces retroactivo. Europa nos brindó, además, la célebre polémica entre Schmitt (1983, p. 213 y ss.) y Kelsen (1999) en cuanto a quien debe ser el guardián de la Constitución. El otro sistema es el americano, con origen en Estados Unidos, pero salvo el *stare decisis* que existe en ese país, en general la sentencia se limita a resolver un caso concreto y dentro de él se agota. Algunos países de América han creado tribunales constitucionales próximos al modelo europeo.
5. El principio de separación de poderes sin duda es clave: la función legislativa es ejercida exclusivamente por los órganos legislativos y sus cargos son electivos (existen algunas soluciones en que el Ejecutivo puede emitir actos similares, pero esta solución nunca estuvo presente en Uruguay). La función ejecutiva o administrativa corresponde al Poder Ejecutivo, salvo la que corresponde a órganos ajenos a dicho sistema orgánico y la que sea necesaria para que los otros poderes puedan ejercer sus competencias. La función jurisdiccional, por último, corresponde al Poder Judicial, salvo las excepciones constitucionales que requieren texto expreso. Esto es, la posibilidad de dictar sentencias para casos concretos susceptibles de alcanzar la autoridad de la cosa juzgada.
6. Retomando los problemas terminológicos del principio ¿existe un poder que prime sobre los otros? O concretamente, en lo referido a la constitucionalidad de las leyes ¿a quién corresponde la decisión final? ¿al Poder Legislativo o al Judicial? En este punto ya mencioné a Alexy que nos guía en la línea del equilibrio: un sistema con un control jurisdiccional muy fuerte podrá ser muy garantista de los derechos humanos, pero será poco democrático; y si estas cuestiones son resueltas por los legisladores tendremos un sistema muy democrático, pero poco garantista, sin límites y controles para las autoridades políticas. La solución, como suele ocurrir en Derecho Constitucional, es una cuestión de equilibrio y, como ya adelanté, si las autoridades de todos los poderes cumplen cabalmente sus funciones, sin excesos, el sistema podrá funcionar bien, pero siempre serán los funcionarios de quienes dependerá esto.

Lambert (2010), sobre estas cuestiones, decía que ese equilibrio podía funcionar por muy poco tiempo y siempre uno de los tres poderes tendía a predominar. Refiriendo a Estados Unidos hablaba de un predominio del Congreso en los primeros tiempos, y luego del Poder Judicial (posiblemente en la actualidad podríamos estar, al menos en forma parcial, ante el predominio del tercer poder; aunque esto depende de las mayorías que se obtengan en las elecciones). Ante este problema el autor francés optaba directamente por la primacía del parlamento señalando que este era el

camino europeo. La obra central de Lambert en que planteó sus interesantes puntos de vista sobre el tema, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, es del año 2010 (sus primeros comentarios y la obra completa), esto es, anterior a los primeros Tribunales Constitucionales en Europa (Alemania, 1919 y Austria, 1920) y la tendencia que se fue desarrollando desde entonces.

En el caso de Uruguay no creo que pueda hablarse de supremacía judicial ni política en materia de interpretación de la constitucionalidad de las leyes, e incluso cabe recordar el caso de la ley 18.876, de 29 de diciembre de 2011, que creó un impuesto sobre la concentración de inmuebles rurales, fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia por sentencia 17/2013, de 15 de febrero de 2013, pero el pronunciamiento marcó el camino para legislar en esa materia sin incurrir en inconstitucionalidad. La sugerencia de la Corte fue seguida por el Poder Legislativo que aprobó una nueva ley que no mereció objeciones constitucionales. Claro ejemplo de diálogo entre poderes, aunque cabe reconocer que no ha sido frecuente.

La sentencia que declara la inconstitucionalidad en Uruguay, insisto, no afecta la fuerza y vigor de la disposición legal, ni su vigencia y eficacia. Solo significa su inaplicabilidad en el caso concreto. No hay *stare decisis* ni la sentencia tiene efectos generales. Ni impide, a su vez, que el Poder Legislativo vuelva a analizar el tema, mantenga su criterio y expida una nueva ley más o menos similar, lo que llevará a un nuevo análisis de la Suprema Corte.

### 3. La ley 15.848

Esta ley, que “reconoce” la “Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado”, quiso referir a que esto fue acordado entre algunos partidos políticos y la dictadura como condición para el retorno al régimen constitucional, aunque en puridad viene a ser una suerte de ley de amnistía para delitos cometidos durante el gobierno militar. En los casi cuarenta años transcurridos desde su promulgación esta ley ha sido posiblemente la más compleja de nuestra historia. En 1988, la Suprema Corte, por mayoría (tres votos contra dos) descartó que fuera inconstitucional, pero la jurisprudencia cambió a partir de 2009 (SCJ, sentencia 365/2009), y luego en otros pronunciamientos (SCJ, sentencia de 29 de octubre de 2010). A su vez, esta ley fue objeto de un recurso de referéndum que fue rechazado por el cuerpo electoral (1989) y luego se la pretendió anular mediante una reforma constitucional lo que también fue rechazado por la ciudadanía, pero la Corte se mantuvo en su declaración de constitucionalidad (SCJ, sentencia de 29 de octubre de 2010). Y, todavía, en 2011, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH la consideró contraria a la Convención.

Haré en esta sección alguna precisión inicial para referir luego al régimen general en materia de inconstitucionalidad de las leyes y, a continuación, mencionaré algunas de las nuevas opiniones que han aparecido en nuestro país. Luego me detendré en las consecuencias de los dos pronunciamientos populares sobre las sentencias de la Suprema Corte y de la Corte IDH y, especialmente, si es posible hablar en Uruguay de vaciamiento de la parte orgánica de la Constitución, de avasallamiento del cuerpo electoral por los jueces, de excesos competenciales de los jueces, etc.

### 3.1. ¿Una ley incuestionablemente democrática?

Se señala, y es correcto, que, a diferencia de otras amnistías en el continente, la uruguaya fue aprobada por un Poder Legislativo integrado democráticamente y conforme a la Constitución y lo mismo vale para el Ejecutivo de la época. Esto diferencia esta ley de las “autoamnistías” que se pretendieron realizar por algunos regímenes militares en América.

Pero esto es solo parte de la historia. El retorno a la democracia no se logró de un día para el otro, sino que fue un proceso. Antes de que se cumplieran los dos años de democracia, a finales de 1986, el Ministro de Defensa Nacional (excomandante en jefe del ejército) informó al Presidente de la República que había ordenado que todas las citaciones expedidas por jueces respecto a militares por delitos cometidos durante la dictadura les fueran entregadas y él las guardó en una caja de seguridad. La democracia uruguaya no llevaba dos años de ser recuperada y demostraba una fragilidad muy clara. Dos posiciones políticas, ambas legítimas, se plantearon: unos decidieron seguir adelante y que ante las incomparecencias los jueces expidieran órdenes de arresto y nadie podría prever qué ocurriría luego, mientras que otros optaron por mantener la recién recuperada democracia y continuar en el proceso de consolidación de ella.

O sea, la ley de caducidad de democrática tuvo poco. Los legisladores no votaron libremente, sino con una presión irresistible y lo mismo cabe decir del Ejecutivo de la época. Incluso debe repararse en que los partidos que optaron por votar la ley en 1986 hoy, con la democracia totalmente consolidada, no reclaman que se cumpla con la amnistía; optaron por consolidar la democracia y eso ya está hecho.

### 3.2. El régimen en materia de declaración de inconstitucionalidad de las leyes

Por las características del trabajo no me detendré en la evolución histórica del sistema uruguayo y solo diré que, con leves modificaciones el régimen rige desde hace más de noventa años. El actual artículo 256 establece:

Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido, de acuerdo con lo que se establece en los artículos siguientes.

La disposición no admite dudas de ningún tipo. El sujeto de la oración es “las leyes”; esto significa *todas las leyes* y no hay ninguna exclusión ni en el texto transcrito ni en ninguna otra disposición constitucional. El verbo “poder” que usa la oración no refiere a que la Corte, que ni siquiera es mencionada en el artículo 256, tenga discrecionalidad para declarar o no la inconstitucionalidad, sino que significa que todas las leyes sin excepción pueden ser declaradas inconstitucionales por razones de forma o contenido; no hay leyes excluidas de este contralor. Jiménez de Aréchaga rechazaba la discrecionalidad de la Corte señalando que cuando la Constitución confiere a un órgano un poder de contralor, este no es potestativo para el órgano: “la Suprema Corte dejaría de cumplir sus deberes constitucionales toda vez que, habiendo sido llamada a entender en la inconstitucionalidad de una ley, estimando que la ley es inconstitucional, no lo declara así” (Jiménez de Aréchaga, 1992, p. 466.).

La siguiente oración (artículo 257) asigna *competencia exclusiva y originaria* a la Suprema Corte para esta declaración y no hay en la Carta nada que faculte a la Corte a no cumplir

con su función en un caso determinado. Es tan clara la interpretación que nadie la ha cuestionado y nuestra doctrina siempre la ha tomado, muchas veces en forma implícita, como algo evidente (por ejemplo: Cassinelli, 1999; Jiménez de Arechaga, 1996, p. 456 a 526; Korzeniak, 2001; Riso, 2021) y nunca la Suprema Corte de Justicia ha tenido dudas al respecto, por lo que poco puede sorprender la sentencia 365/2009, posterior al referéndum que, pese a esto, declaró la inconstitucionalidad o que, además, en sentencias posteriores al rechazo del plebiscito de reforma constitucional, haya hecho lo mismo.

¿Hay algún argumento que permita limitar la competencia de la Corte o que la obligue a seguir un pronunciamiento popular negativo? La respuesta es no. Nada hay en la Carta que permita sostener lo anterior o que el pronunciamiento popular negativo pueda sanear vicios de inconstitucionalidad. Encontramos sí el inciso 2 del artículo 82 que dispone:

Su soberanía será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral en los casos de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos que establece esta Constitución; todo conforme a las reglas expresadas en la misma.

Esta disposición al hablar de ejercicio directo e indirecto de la soberanía coloca al cuerpo electoral en una posición en cierta forma superior a los poderes *representativos* (está refiriendo al Poder Legislativo y al Ejecutivo; no al Judicial), lo que es lógico: la voluntad de los electores prima por sobre la de los elegidos. Pero adviértase el punto y coma y lo que viene luego: *todo conforme a las reglas expresadas en la misma*. El cuerpo electoral no puede hacer cualquier cosa, sino que está sometido a la Constitución y, entre las reglas a que refiere la parte final de ese inciso, están comprendidos los artículos 256 y siguientes de la Constitución. La voluntad de los electores no afecta la competencia de la Suprema Corte en materia de inconstitucionalidad. Es más, el pronunciamiento del cuerpo electoral es un acto incuestionablemente político y no jurisdiccional. Este pronunciamiento no sana vicios de constitucionalidad ni limita las competencias constitucionales de la Corte.

Pero veamos todavía el alcance del pronunciamiento del cuerpo electoral. Si se trata de elecciones se elige a los titulares de los cargos que estén en disputa en dicha instancia. Si se trata de un recurso de referéndum que prospera el efecto jurídico inequívoco es que el acto recurrido queda sin efecto (no ingresaré en si el pronunciamiento tiene efectos retroactivos o no); es un típico referéndum revocatorio. Si el plebiscito de reforma constitucional prospera el efecto jurídico será la aprobación de una modificación a la Constitución o incluso la aprobación de una nueva; es, técnicamente un referéndum constitutivo. En estas hipótesis los efectos jurídicos son muy claros, pero si se rechaza el referéndum o el plebiscito ¿cuál es el efecto del rechazo? No creo que pueda concluirse que el cuerpo electoral estaba de acuerdo con la ley, sino que se pronunció bajo la misma presión que los legisladores y optó por la consolidación del sistema democrático. En fin, no podemos saber cuál es el fundamento del rechazo del instituto de gobierno directo, posiblemente sean tantos como ciudadanos emitieron el sufragio; algunos podrán haber estado de acuerdo con la amnistía, otros la aceptaron por la presión fuertísima que había sobre la democracia (pero sin esta presión podrían haber votado otra cosa), etc.

Los únicos efectos jurídicos de un recurso de referéndum o de un plebiscito son cuando prosperan. Cuando se rechazan no puede saberse por qué se rechazó y la Constitución

no establece efecto alguno para el pronunciamiento negativo y mucho menos que pueda limitar la competencia de la Suprema Corte establecida a texto expreso. Que el rechazo del plebiscito o del referéndum no tenga efectos jurídicos concretos no significa que no tenga consecuencias políticas que sí las tendrá: el pronunciamiento popular negativo deberá ser tomado con seriedad por los poderes representativos y pensar muy bien si van a actuar en contra.

Puede no estarse de acuerdo con la solución constitucional, pero hay que estarse a ella. Por supuesto que podría modificarse la Constitución y establecerse otra cosa, pero primero habría que reformar la Carta.

### 3.3. Criterios interpretativos

Criticando las sentencias de la Suprema Corte que han declarado la inconstitucionalidad de las disposiciones centrales de la Ley de Caducidad luego del rechazo del recurso de referéndum y del plebiscito de reforma constitucional, Bardazano ha sostenido que hubo en Uruguay un movimiento hacia un menor peso de la ley y de la democracia directa frente a las decisiones judiciales (se habla de pasar de un constitucionalismo débil a uno fuerte, en perjuicio de la democracia y de un cambio de clima interpretativo; habla de una preferencia por las cláusulas abiertas en detrimento de las precisas); los jueces habrían tomado el lugar de la ciudadanía; habría un énfasis en la parte dogmática de la Constitución en desmedro de la orgánica (habla incluso de vaciamiento de la parte orgánica) (Bardazano, 2024, pp. 3 y ss, 51 y 129). Critica también el uso de fuentes jurídicas a su juicio difíciles de conectar con la Constitución y asigna un papel central a las disposiciones de interpretación del título preliminar del Código Civil en materia constitucional distinto al que le ha dado la doctrina constitucionalista. No se destaca en cambio que la violación del principio de separación de poderes de la Ley de Caducidad, por sí solo, alcanza para concluir en la inconstitucionalidad de la ley (no es necesario recurrir a la parte dogmática) y que no parece sostenible que un pronunciamiento del cuerpo electoral prime sobre el DIDH y habilite a que el Estado incumpla obligaciones internacionales (Bardazano, 2024, pp. 355 y ss.). No se podrá analizar en este trabajo todas estas cuestiones, por lo que solo referiré a las necesarias para cumplir con el objetivo trazado. Tampoco se incursionará en los fundamentos de fondo de la jurisprudencia de la Suprema Corte ni de la Corte IDH, sino solo en la cuestión de si estos órganos están invadiendo la competencia del cuerpo electoral, vaciándola de contenido, desconociendo reglas precisas y otras cuestiones relacionadas.

Sobre los cambios interpretativos cabe señalar que siempre existen y son inevitables, aunque no comparto mucho de los cambios que se afirman. En primer lugar, la aplicación directa de las normas internacionales en el ámbito interno es a esta altura un tema resuelto. La Suprema Corte (Risso Ferrand, 2024), los siete Tribunales de Apelaciones en lo Civil (Risso Ferrand, Martín et al., 2024), Tribunales de Apelaciones de Familia, varios Tribunales de Apelaciones en lo Penal, en general toda la jurisprudencia laboral, no vacilan en la aplicación directa de normas internacionales. Esto sí es un cambio que ya tiene décadas y no parece que pueda ser cuestionado a esta altura. Es cierto que los artículos 1 y 2 de la CADH pueden dar la impresión equivocada de que solo se establecen obligaciones en cabeza de los Estados, pero desde el artículo 3 en adelante es evidente que surgen derechos y obligaciones directamente aplicables en el ámbito interno.

El llamado a veces “bloque de los derechos humanos” es simplemente una forma de referir en forma conjunta a los derechos humanos de fuente constitucional, a los de fuente internacional y a los aún no desarrollados; no veo de qué forma puede objetarse el uso de esta expresión (Risso Ferrand, 2022, pp. 54 a 58.). Nuestra jurisprudencia es clara, en materia de derechos humanos, en cuanto a cómo se superan las divergencias en los textos que componen el bloque y recurren al principio *pro persona* y a veces aclaran que existe un derivado de dicho principio al que algunos autores denominan directriz de preferencia de disposiciones conforme el cual siempre se aplica la disposición que reconoce mayor alcance al derecho, la que lo protege mejor, la que le da mayor efectividad. No puedo detenerme en este punto (me remito a Risso, 2022, pp. 59 a 62) y solo diré al respecto que la regulación constitucional de los derechos humanos (al igual que la internacional) aparece como a) un listado de derechos mínimos (se pueden agregar derechos conforme al artículo 72, pero no suprimir los establecidos a texto expreso), y b) la Constitución (al igual que el DIDH) suele establecer alcances y estándares de protección mínimos para los derechos. Se pueden mejorar los estándares, pero no disminuir los mínimos. Esto explica tanto para la Carta como para la Convención la directriz interpretativa mencionada: no se pueden suprimir derechos ni disminuir los estándares mínimos de protección establecidos en la Constitución y en el DIDH, pero nada obsta a agregar derechos y mejorar la protección o alcance. La directriz de preferencia de disposiciones surge claramente de la Constitución y del DIDH.

Podría invocarse como novedad el control de convencionalidad y la llamada “cosa interpretada” (Risso, 2021, pp. 313-360), pero en realidad en lo que refiere a la Ley de Caducidad y a la mal llamada Ley Interpretativa (se discutió como tal, pero se expidió como ley innovativa) esto no tendría trascendencia pues la sentencia *Gelman* de la Corte IDH es cosa juzgada para Uruguay y de evidente cumplimiento obligatorio.

Fuera de lo anterior, que ya tiene muchos años de aceptación y suficientes consensos, no veo cambios en la interpretación constitucional de los derechos humanos o en el clima interpretativo que puede incidir en la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad realizada por la Suprema Corte de Justicia (por primera vez en el 2009) ni en la nulidad dispuesta por la Corte IDH (2011).

No se advierte ningún vaciamiento de la parte orgánica en beneficio de la parte dogmática. Ya hice referencia al inciso 2 del artículo 82 de la Constitución que establece que el cuerpo electoral ejerce la soberanía en forma directa en los casos de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos que establece esta Constitución; todo conforme a las reglas expresadas en la misma. El referéndum (esta disposición no menciona al plebiscito) fue ejercido correctamente y rechazado por la ciudadanía y, si bien es cierto que al hablar de ejercicio directo de la soberanía da una pauta por sobre los poderes representativos, luego agrega “conforme a las reglas expresadas en la misma”. Y entre estas reglas, y en la parte orgánica, aparece el ya mencionado artículo 256 que dispone que las leyes (no hay excepciones) pueden ser declaradas inconstitucionales y está competencia, conforme al artículo 257, es “exclusiva y originaria” de la Suprema Corte. El rechazo de un referéndum o de un plebiscito no implica que los vicios de inconstitucionalidad se saneen; no hay texto que establezca la exclusión del control de constitucionalidad de las leyes sometidas a referéndum y sí texto atributivo de la competencia exclusiva y originaria de la Corte. En otras palabras,

los artículos 256 y 257 son reglas muy precisas (tanto el cuerpo electoral como los poderes representativos están sometidos a estas disposiciones), que aparecen en la parte orgánica de la Constitución, y no hay en la Carta ninguna excepción que justifique el incumplimiento de ellas. La Corte ha actuado conforme a la Constitución al dictar las sentencias de inconstitucionalidad en estudio pese al referéndum y al plebiscito; la Corte expide un acto jurisdiccional y el cuerpo electoral un acto esencialmente político. Es más, sostener que el rechazo del referéndum y del plebiscito limitan la competencia de la Corte establecida a texto expreso sería, en esto sí, un cambio de criterio interpretativo absolutamente novedoso y hasta debería hablarse de *mutación* más que de interpretación, lo que no comparto.

Asimismo, insisto, es claro que el cuerpo electoral, como los poderes representativos y cualquier autoridad, está sometido a la Constitución, de donde extrae sus competencias, y ninguna disposición constitucional permite crear una categoría de leyes que no sea susceptible del control de constitucionalidad de los artículos 256 y 257, ni que el rechazo de institutos de gobierno directo sanee vicios de constitucionalidad que pueda presentar la ley objeto de consulta popular.

Para sostener que la Corte debe considerar el rechazo del referéndum y del plebiscito, y que esto prevalece sobre la competencia constitucional expresa de la Suprema Corte (artículos 256 y ss.) se debe modificar previamente la Constitución. Y adviértase que no uso para definir la cuestión competencial ninguna disposición de la parte dogmática y reitero que para concluir en la inconstitucionalidad de la ley de caducidad hay múltiples argumentos, pero la evidente violación del principio de separación de poderes es por sí solo suficiente para concluir en la referida inconstitucionalidad y esto surge de la parte orgánica.

La afirmación de que existe un vaciamiento de la parte orgánica de la Constitución en beneficio de la dogmática presenta a mi juicio dificultades ya que es, justamente, la parte orgánica, con disposiciones muy precisas, la que demuestra que la Suprema Corte ejerció sus competencias conforme a derecho. Tampoco puede aceptarse que los jueces tomen el lugar de la ciudadanía ya que es muy claro que esto no está pasando. Utilizando el lenguaje de la Constitución uruguaya cabe hablar de Cuerpo Electoral, más que de ciudadanía o pueblo y es muy claro que este órgano, que ejerce “directamente” la soberanía, está sometido a la Constitución y no puede actuar fuera de los casos en que la Carta le da competencia y siempre cumpliendo con las formalidades que la Constitución establece; así lo hizo interponiendo un recurso de referéndum y luego un proyecto de reforma constitucional contra la Ley de Caducidad y, en ambos casos los pronunciamientos fueron negativos. Esta negativa implica que la ley continuó con su fuerza y vigor que tenía antes del pronunciamiento popular y con los vicios de constitucionalidad que podría contener y que no fueron saneados por el rechazo de los institutos de gobierno directo.

Adviértase que la posición contraria, que no comparto, conduce, aunque no se diga, a que el cuerpo electoral sanea inconstitucionalidades o crea una categoría especial de leyes excluidas de la competencia expresa de la Corte. Incluso, reparándose en que el artículo 82 refiere a los poderes representativos como quienes ejercen indirectamente la soberanía, se debería concluir, en la línea argumental de Bardazano, que estos ya no pueden modificar una solución supuestamente respaldada por el cuerpo electoral al rechazar referendums o plebiscitos. En octubre de 2024 se plebiscitó en forma negativa un

proyecto de reforma constitucional que, entre otras cosas, establecía la edad mínima de jubilación en los 60 años (se buscaba eliminar la edad de 65 años como mínimo establecido en la ley) y prohibía y eliminaba las administradoras de fondos previsionales basadas en el ahorro individual: la negativa del plebiscito ¿congeló ambas soluciones? ¿no puede la ley modificar la edad de retiro y fijarla en menos de 65? El único efecto jurídico del rechazo del plebiscito de 2024 fue el rechazo de la iniciativa, pero no hay disposición alguna que permita dar al rechazo efectos implícitos consolidando ciertas situaciones; ni siquiera podemos saber por qué razón cada ciudadano votó en contra del plebiscito.

No creo en definitiva que pueda sostenerse que los jueces toman el lugar de la ciudadanía en estos temas o que se ha vaciado la competencia del cuerpo electoral o se ha invadido o sometido a este; esto podrá ser válido en otros países, pero estas afirmaciones de ninguna forma pueden trasladarse a Uruguay en virtud, primero, de las normas constitucionales expresas que atribuyen competencia a la Corte y, segundo, por la prudencia demostrada históricamente por los jueces uruguayos. Pueden no convencer los fundamentos de la Suprema Corte para declarar la inconstitucionalidad, aunque algunos son incuestionables, o de la Corte IDH para declarar la nulidad de la Ley de Caducidad. Pero esto no habilita a sostener que hay un vaciamiento de la parte orgánica, ni un sometimiento de la ciudadanía o de las mayorías a los jueces.

En cuanto a la forma de interpretación de la Constitución mucho se ha escrito y muchas veces se ha pronunciado la jurisprudencia. Es evidente que las constituciones no suelen contener reglas de interpretación (en algunos casos los preámbulos son útiles en esta tarea), de cómo debe ser interpretada, lo que sería útil, es cierto, aunque siempre está el problema de que las normas sobre interpretación también deben ser interpretadas. Las pautas interpretativas deben buscarse en el texto a interpretar. Asimismo, es claro que normas inferiores no pueden fijar reglas de interpretación a las superiores (imaginemos un Decreto que establezca los criterios para interpretar una ley). Jiménez de Aréchaga era claro en cuanto a que las reglas de interpretación contenidas en el Título Preliminar del Código Civil o en general en normas inferiores no pueden ser obligatorias para la interpretación de la Constitución, aunque podrán ser usadas, pero sin perder de vista que su valor no surge del Código Civil, sino de su propio contenido lógico o de su valor científico y señalaba casos en que no eran trasladables criterios del Título Preliminar (también Cassinelli, 1957; Jiménez de Aréchaga, 1992, pp. 143 y ss.; más reciente Risso, 2015, pp. 62 y ss.).

### 3.4. La sentencia Gelman de la Corte IDH

Aunque no sea necesario insistir en esto, la sentencia de la Corte IDH es obligatoria para Uruguay como expresa el artículo 68 de la CADH y, conforme la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se deben interpretar las disposiciones internacionales de buena fe y no se podrá invocar disposiciones de su derecho interno para justificar incumplimientos (artículo 27). No se puede eludir el cumplimiento invocando leyes internas, ni disposiciones constitucionales internas ni respaldos implícitos y no claros del cuerpo electoral.

Dijo la Corte en el caso *Gelman*:

238. El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le

concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia –recurso de referéndum (párrafo 2º del artículo 79 de la Constitución del Uruguay)- en 1989 y –plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley- el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél.

239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, inter alia, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”. Otros tribunales nacionales se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales.

240. Adicionalmente, al aplicar la Ley de Caducidad (que por sus efectos constituye una ley de amnistía) impidiendo la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones continuadas y permanentes como las desapariciones forzadas, se incumple la obligación de adecuar el derecho interno del Estado, consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana.

La Corte IDH amplió su fundamentación en la Opinión Consultiva OC-28/21, de 7 de junio de 2021, solicitada por la República de Colombia, y reiteró que la democracia, los derechos y libertades inherentes a la persona y sus garantías, y el Estado de Derecho es una tríada interrelacionada. La sola existencia de una sociedad democrática en el sentido de respeto total de la voluntad de las mayorías no garantiza el respeto de los derechos humanos, citando la Carta Democrática Interamericana. En cuanto a los límites a las mayorías no debe extrañar pues las Constituciones siempre establecieron algunos y lo mismo han hecho las normas internacionales. La Corte toma la noción de interdependencia (equilibrio *usé antes*) entre el principio democrático que se traduce entre otras cosas en gobernantes elegidos por las mayorías, pero esto debe relacionarse

con el Estado de Derecho y con la protección de los derechos frente a las mayorías. Pero el carácter electivo (me permito agregar ni la participación directa del cuerpo electoral) no garantiza la protección plena de los derechos de las minorías, lo que se completa con el Estado de Derecho y los derechos humanos.

Entiendo, por mi parte, que una visión que solo considere a un sistema democrático como aquel en que se respete la voluntad de las mayorías, presenta una visión parcial de la democracia ya que este concepto implica, a su vez, el respeto del Estado de Derecho y también de los derechos humanos. Se afecta la democracia cuando no se respetan las mayorías y cuando se permite que estas violen derechos humanos; de ahí la señalada necesidad de equilibrio, pero no de primacía de las mayorías.

Recuerda la Corte el preámbulo de la CADH en cuanto al propósito de consolidar, dentro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y justicia social. La Carta de la OEA, luego de la modificación de 1985, dispone que la democracia representativa es condición esencial para el desarrollo, la paz y la seguridad en el continente y todo Estado tiene derecho a elegir su sistema político, económico, social y a organizarse en la forma que mejor le convenga (artículo 3). Una de las formas mediante la cual el sistema interamericano promueve la democracia y el pluralismo es mediante la protección de los derechos.

En el caso *Capriles vs. Venezuela*, de 10 de octubre de 2024, la Corte ha dicho:

Asimismo, la Corte ha señalado que en una democracia representativa es necesario que el ejercicio del poder se encuentre sometido a reglas fijadas de antemano y conocidas previamente por todos los ciudadanos, con el fin de evitar la arbitrariedad. Este es precisamente el sentido del concepto Estado de Derecho. En esa medida, el proceso democrático requiere de ciertas reglas que limiten el poder de las mayorías expresado en las urnas para proteger a las minorías, e implica que las personas que ejercen el poder respeten las normas que hacen posible el juego democrático. [...].

133

También ha señalado la Corte que:

[L]a separación e independencia de los poderes públicos limita el alcance del poder que ejerce cada órgano estatal y, de esta manera, previene su indebida injerencia sobre la actividad de los asociados, garantizando el goce efectivo de una mayor libertad. La separación e independencia de los poderes públicos supone la existencia de un sistema de controles y fiscalizaciones, como regulador constante del equilibrio entre estos. Este modelo denominado “de frenos y contrapesos” no presupone que la armonía entre los órganos que cumplen las funciones clásicas del poder público sea una consecuencia espontánea de una adecuada delimitación funcional y de la ausencia de interferencias en el ejercicio de sus competencias. Por el contrario, el balance de poderes es un resultado que se realiza y reafirma continuamente mediante el control político de unos órganos en las tareas correspondientes a otros, y a través de las relaciones de colaboración entre las distintas ramas del poder público en el ejercicio de sus competencias. A su vez, estos criterios están estrechamente relacionados con las obligaciones previstas en la Convención. En efecto, la separación de poderes, el pluralismo político y la realización de elecciones periódicas son también garantías para el efectivo respeto de los derechos y las libertades fundamentales.

La Corte claramente se orienta en la interdependencia de la democracia, Estado de Derecho y protección de los derechos humanos y, en la necesidad de reglas claras, fijadas de antemano, para evitar la arbitrariedad. Asimismo, toma el principio de separación de poderes y refiere a un sistema de controles y fiscalizaciones; esto es el modelo de “frenos y contrapesos”.

Esto ha llevado a que la Corte IDH considere contrarias a la CADH, incluso, disposiciones constitucionales (Bachof, 2010). El primer caso fue *Olmedo Bustos y otros (La última tentación de Cristo) vs. Chile*, de 5 de febrero de 2001, relativo a la habilitación de un caso de censura previa; luego, *Boyce y Otros vs. Barbados*, de 20 de noviembre de 2007, relativo a la pena de muerte; en *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, de 7 de noviembre de 2022 y *García Rodríguez y otros vs. México*, de 25 de enero de 2023, sobre prisión preventiva oficiosa y arraigo, entre otros. En otras palabras, el control de convencionalidad es aplicable, incluso, respecto a normas constitucionales.

### 3.5. Síntesis

En definitiva, tanto la Constitución uruguaya como el sistema interamericano, se enmarcan en la separación de poderes, el pluralismo político y la realización de elecciones periódicas que son también garantías para el efectivo respeto de los derechos y las libertades fundamentales. Nada hay que pueda llevar a la conclusión de que ciertos pronunciamientos mayoritarios negativos impliquen que se saneen inconstitucionalidades o inconventionalidades y que estas cuestiones, lesivas de los derechos humanos, queden fuera de las competencias de los jueces internos o internacionales. Por supuesto que siempre está la alternativa, que entiendo señala Gamarra, como camino: la reforma constitucional. Y siempre, si no se está de acuerdo con las normas y estructuras del sistema interamericano de derechos humanos, podrá utilizarse el camino de la denuncia de la Convención, utilizado, a veces con éxito y a veces sin él, por algunas dictaduras latinoamericanas. Pero si esto no se hace solo cabe la interpretación de buena fe de la Constitución y del DIDH y no se pueden desnaturalizar disposiciones jurídicas claras. Respecto a las normas internacionales no puede olvidarse el artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados ya mencionado.

Y no se olviden los criterios generales. Cualquier tribunal ante el que es planteado un caso debe resolverlo y, a estos efectos, una vez esclarecidos los hechos, el propio tribunal determinará cuál es el ordenamiento jurídico aplicable al caso, lo interpretará y, si hubiere contradicciones, las resolverá (principios de temporalidad, jerarquía, competencia y, si se trata de derechos humanos, el principio *pro persona* o la directriz de preferencia de disposiciones) y, dictará, por último, la sentencia. Esto, que es la esencia de la labor judicial, solo cede frente a excepciones a texto expreso, como ocurre en materia de inconstitucionalidad de las leyes con los artículos 256 y 257 de la Constitución uruguaya que concentran la competencia para esta declaración en la Suprema Corte de Justicia, pero a falta de excepción regirán los principios generales. Esto es sin duda trasladable a la Corte IDH,

#### 4. ¿Solución jurisdiccional o mayoritaria?

Sin perjuicio de antecedentes remotos, como la decisión del juez Edward Coke en el famoso *Bonham case* (Fernández Segado, 1992, p. 1037.; Sullivan & Gunther, 2004, p. 15 y ss.), la pregunta formulada adquiere mayor trascendencia a partir del siglo XVIII con los aportes de Hamilton y Madison (Hamilton et al., 1999, en especial el capítulo LXXVIII), las discusiones en las convenciones estatales de ratificación constitucional de Estados Unidos y antecedentes jurisprudenciales en dicho país (García-Mansilla, Manuel José, 2023) y por supuesto el caso *Marbury v Madison* (Eisgruber, 2003). Siempre fue un tema polémico y el debate está asociado a razones históricas, culturales y a las realidades judiciales y políticas. Y por supuesto que hay diferencias. Si bien el sistema del *judicial review*, sin perjuicio de sus críticos, se ha mantenido en la realidad de los Estados Unidos como la visión dominante, resulta muy interesante la evolución europea que, partiendo de una clara desconfianza en los jueces y confianza en el parlamento, fue evolucionando hasta llegar a los actuales tribunales constitucionales que, fuera del Poder Judicial, actúan como legisladores negativos, con sentencias con efectos generales y a veces retroactivos.

Las virtudes del contralor contra mayoritario y del principio de separación de poderes están muy tratadas, pero no puede dejarse de reconocer que el hecho de que la decisión final sobre una cuestión constitucional trascendente la adopte un órgano jurisdiccional, en general con pocos integrantes, rechina, al menos en apariencia, con una noción democrática elemental.

Dos comentarios iniciales son necesarios. El primero, refiere a la historia, cultura, experiencias, problemas, etc. de cada sociedad. El sistema de Estados Unidos no es fácil de comprender fuera de dicho país, de su historia y tradiciones. Hace más de un siglo de Tocqueville (De Tocqueville, Alexys & Traductor Carlos Cerrillo Escobar, 1911, pp. 65 y 120 y ss.) señalaba la importancia inmensa de los jueces en América y que pueden hacer algo impensable en la Europa de aquellos tiempos: desaplicar una ley (Oddone, 1995, p. 25, destaca un cierto orgullo por el poder de los jueces). Lo mismo ocurre en otros países que actúan conforme a procesos políticos y jurídicos propios. Es muy difícil en este tema extraer conclusiones generales partiendo de experiencias particulares que pueden ser muy distintas entre sí.

El segundo comentario inicial es que no es el intérprete quien responde la interrogante, sino que será la Constitución o en su caso el DIDH. Podrá compartirse o no la solución del Derecho positivo, pero al final del día a eso deberá estarse, sin perjuicio de las críticas e intentos de reforma que puedan realizarse. No son válidos los intentos de desnaturalización del orden jurídico como recurso del intérprete de aproximar el ordenamiento jurídico nacional ni el internacional a lo que él desearía que dijera. Kramer, que entiende haber demostrado que en Estados Unidos “la Corte Suprema ha usurpado el poder”, señala que la Constitución da herramientas para luchar contra esto, si es que se desea hacerlo, y menciona: se pueden someter a los jueces a juicio político, se puede recortar el presupuesto de la Corte, se pueden ignorar sus órdenes, se le puede recortar su jurisdicción o bien reducir el número de sus integrantes, asignarle responsabilidades más gravosas, cambiar los procedimientos. Y agrega este autor que los mecanismos están disponibles y cuando fueron usados por líderes prestigiosos fueron exitosos (Kramer, Larry, 2011, pp. 303 y ss.). El propio Kramer señala que la sola mención de estas

herramientas causa escalofríos en muchos, para algunos sería como liberar a un animal salvaje. En América del Sur hemos visto el uso de estos mecanismos y siempre han respondido a fines espurios y han perjudicado seriamente la independencia del Poder Judicial. Entiendo que estos mecanismos no son aceptables y, frente al ordenamiento jurídico, si no convence solo cabe su reforma por los procedimientos correspondientes. Se debe actuar e interpretar el derecho positivo de buena fe. También así se respeta la voluntad popular expresada en el plebiscito de ratificación constitucional de 1966.

En el caso de Uruguay es muy claro que desde 1830 tenemos un sistema creado sobre tres poderes de gobierno, en el marco de la teoría clásica, y el Poder Judicial actúa en muchos casos en el ejercicio de un control contra mayoritario. Desde 1934 hay normas expresas y claras que lo confirman. Esto solo puede modificarse con una reforma constitucional. Asimismo, la experiencia histórica y la cultura jurídica y política nacional nos muestra jueces prudentes, a los que quizás el exceso que se les puede imputar es el de ser demasiado permisivos frente a los poderes políticos. Pretender aplicar en este país razonamientos propios de Estados Unidos no parece ser muy lógico como tampoco lo sería una reforma constitucional creando un tribunal constitucional del estilo europeo, con sentencias con efectos generales.

Respetuosamente debo señalar que algunos autores que buscan alternativas al sistema de control contra mayoritario, incluso criticándolo con fuerza, no terminan de encontrar soluciones alternativas satisfactorias. Mark Tushnet, luego de referir a los cambios políticos, propone cambiar la Constitución procurando que la gente se gobierne así misma; señala que todas las ramas del gobierno deben participar en la definición de la inconstitucionalidad de las leyes y en la interpretación constitucional, así como que existen nuevos métodos de deliberación, por internet (no sé si incluye en esto a X), encuestas deliberativas, etc., pero finaliza diciendo que su propuesta constituye un “utopismo realista” (Tushnet, 2020, pp. 290 y ss.). Waldron, finaliza sus interesantes reflexiones sobre este tema, en que menciona sistemas alternativos (“modelo Lord Devlin”, modelo de diálogo paralelo, modelo británico, canadiense, entre otros), concluyendo en que tiene una fuerte “sospecha” de que existe una asimetría importante entre los sistemas de supremacía judicial y los de supremacía legislativa. Los primeros están asociados a una fuerte cultura de superioridad judicial, pero la supremacía legislativa rara vez está acompañada de la creencia de los legisladores de que no tienen nada que aprender de las otras ramas del gobierno. Termina este autor señalando que su análisis pretende ser “sugerente y no concluyente, ni intenta probarlo”. El control judicial tiene que cerrar un diálogo y él prefiere un sistema en que se pronuncien los tribunales en cuestiones constitucionales y que las legislaturas escuchen, aunque no adhieran en forma automática, basándose en el prestigio asociado a la función judicial (Waldron, 2018, pp. 4458 y ss.).

De los sistemas alternativos el que más se ha comentado es el canadiense de 1980. La Sección 33 contiene la solución comúnmente denominada cláusula del “no obstante”. El Parlamento de Canadá, una legislatura provincial o una legislatura territorial pueden declarar que una de sus leyes o parte de una ley se aplica temporalmente (“no obstante”) derogando secciones de la *Carta*, evitando así cualquier revisión judicial al anular las protecciones de la *Carta* por un período de tiempo limitado. Esto se hace mediante la inclusión de una sección en la ley que especifique claramente qué derechos han sido anulados. Un voto de mayoría simple en cualquiera de las 14 jurisdicciones de Canadá puede suspender los derechos fundamentales de la *Carta*. Sin embargo, los derechos a

anular deben ser un “derecho fundamental” garantizado por la Sección 2 (como la libertad de expresión, religión y asociación), un “derecho legal” garantizado por las Secciones 7 a 14 (como los derechos a la libertad y a no ser objeto de registros e incautaciones ni de castigos crueles e inusuales) o una Sección 15 ‘derecho de igualdad’. Otros derechos, como los derechos de movilidad de la sección 6, los derechos democráticos y los derechos lingüísticos, son inviolables. Se señala que entre los que aprobaron esta cláusula, luego, se han acusado entre ellos de ser su responsable y, algunos destacan, como principal punto a favor de la disposición, que casi no se ha aplicado. Esto confirma un cuestionamiento profundo a la disposición; su principal virtud sería su no aplicación. Por mi parte creo ver una cierta relación de la disposición del “no obstante” con la vieja “razón de Estado”.

Gamarra Antes, partiendo de la distinción de Akerman de cuestiones políticas ordinarias y las que corresponden al pueblo (distinción difícil de realizar), ha planteado algunas ideas alternativas que, en Uruguay, requerirían de reforma constitucional. Se busca el diálogo entre los tribunales y la rama legislativa y considera que no sería equilibrado permitir que los legisladores puedan desconocer la decisión judicial y dictar una ley de similar contenido. Propone instancias de discusión y participación y si no se logra un acuerdo se debería recurrir a un referéndum para que el cuerpo electoral resuelva en un esquema temporal parecido al canadiense. De todas formas, excluye las cuestiones que refieran a grupos minoritarios en que la decisión sería de los jueces. (Gamarra, 2023, pp. 121 y ss.) El reconocimiento de que en estos casos resuelven los jueces, entiendo, es una aceptación de lo que para mí es algo evidente: dan más garantías, son más idóneos para la defensa y garantía de los derechos humanos, los jueces que las mayorías. No debe olvidarse que las mayorías legislativas en general coinciden con las populares que votaron a los legisladores y, salvo casos especiales y por períodos cortos, también coinciden con el Ejecutivo o la tendencia mayoritaria dentro de este. Esto es, las cuestiones constitucionales, refieran a grupos minoritarios o no, recaen en un centro de poder peligrosísimo al que se elimina su única contención: el control judicial contra mayoritario. La concentración de poder es lo que Montesquieu quería evitar y esta concentración la hemos visto muchas veces en Latinoamérica (piénsese en la Venezuela de Chávez que directamente encarceló jueces, en la Bolivia de Morales, etc.) y en estos tiempos en los Estados Unidos<sup>1</sup>. No dudo que la decisión mayoritaria es más peligrosa que la solución contra mayoritaria y, desde el punto de vista de la realidad, las mayorías son la peor alternativa para la defensa de los derechos humanos.

Es una propuesta compleja la distinción de procedimiento según afecten a grupos minoritarios o no (en general siempre se afectan grupos minoritarios), y se corre el riesgo de tener varios referéndums en un año y no entiendo el planteo de Gamarra de un plazo en favor de la ley en la línea canadiense; entiendo que es altamente objetable. Y no debemos caer en ingenuidades pues, como hemos visto muchas veces en Uruguay, basta pensar en el plebiscito de 2024 sobre la seguridad social como en el referéndum contra la Ley de Urgente Consideración, N° 19.889, de 8 de julio de 2020, los institutos de gobierno directo están muy lejos de lograr un debate serio, con argumentos de peso y, todavía, la impresión que dan es de una gran superficialidad y que se vota conforme a falacias, confianzas o lealtades políticas, etc. No hay diálogo entre la nueva élite de activistas que actúan normalmente en bloques y sin espíritu de diálogo.

1 Para comprender esta afirmación se aclara que este trabajo corresponde a una investigación iniciada en enero de 2024 y se finaliza en mayo de ese año.

El tema no es nada sencillo, especialmente por las diferencias históricas, culturales, políticas, jurídicas, etc. que son muy distintas en cada país. La actividad o soluciones dialógicas, como señala entre otros Gargarella (entre otros trabajos en Gargarella, 2014), resulta sin duda atractiva aun sin llegar a que todas las partes estén en una situación de igualdad. Lorenzetti ha referido a la importancia de las audiencias públicas referidas no a cualquier caso, sino a aquellos que interesan a terceros (difícil es decidir en cuál categoría cae cada caso) y en estos últimos considera útil la modalidad de audiencias públicas, aunque no llegan a constituir un diálogo de iguales (Lorenzetti, 2014).

Si bien, como creo que se puede apreciar de lo dicho en este trabajo, soy más afín a los controles contra mayoritarios, debo aceptar que abrir el diálogo es altamente conveniente. Esto podrá ser dentro del marco constitucional actual en que la Corte solo desaplica la ley en un caso concreto, pero esta sigue con toda su fuerza y vigor, con su vigencia y eficacia fuera de dicho caso; recuérdese el caso citado de la ley 18.876, de 29 de diciembre de 2011, en que la Corte marcó el camino para legislar como deseaba el poder político sin incurrir en inconstitucionalidades. Téngase presente que la sentencia de la Corte para un caso no limita el poder del Legislativo que podrá mantener la ley, ajustarla, etc. También podrían analizarse algunas alternativas que no están reglamentadas en Uruguay como el *amicus curiae* o las audiencias públicas que existen para casos acotados. Por supuesto que la reglamentación de estos mecanismos deberá ser muy cuidadosa y precisa pues uno de los problemas de la Justicia es el tiempo que requiere su actuación.

Si trasladamos la decisión del Judicial al Legislativo lograremos una mayor publicidad en la discusión, pero solo cambiaremos de élite: de la judicial pasaríamos a una más numerosa, pero élite al fin (políticos, activistas, etc.), pero no todo el cuerpo electoral participará. Y si damos la solución al cuerpo electoral no creo que, bajo ninguna forma, podamos pensar que con esto se genera un diálogo constructivo, profundo y reflexivo.

Para finalizar este punto señalo que, sin perjuicio de todas las teorías vinculadas a los siempre importantes principios democráticos, la cuestión final debe ser de tipo pragmático: ¿Quién da más garantías para definir un caso concreto, por ejemplo, sobre los límites de la libertad de prensa? ¿Las mayorías legislativas o populares o los jueces?

## 5. Conclusiones

Como muy breves conclusiones y sujetas, como siempre, a mayor estudio puedo señalar:

1. En nuestros tiempos democracia no es algo que se asocie solo con decisiones mayoritarias ni populares, sino que este concepto está íntimamente asociado a otros dos, que le resultan inherentes, como lo es el Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos. Tanto se debería aceptar que se lesiona la democracia cuando se desatiende la voluntad popular como cuando se perjudica el Estado de Derecho o se lesionan los derechos humanos. Ninguno de estos conceptos puede entenderse sin los otros dos: no se pueden proteger los derechos humanos si no es dentro de un sistema democrático y un Estado de Derecho, ni se puede tener un sistema democrático ni un Estado de Derecho sin los otros dos conceptos interrelacionados.

2. Me parece incuestionable que desde 1830 nuestro derecho constitucional, partiendo del principio de separación de poderes, ha establecido un sistema de contralor contra mayoritario, dentro del cual, en el ámbito judicial y para el caso concreto la palabra final en materia de inconstitucionalidad de las leyes, desde 1934, la tiene la Suprema Corte de Justicia. Asimismo, todas las leyes, sin exclusiones, pueden ser declaradas inconstitucionales por dicho órgano y no hay posibilidades de sanear vicios de constitucionalidad salvo con el dictado de otra ley que los elimine.
3. No es posible en el esquema constitucional uruguayo, realizar una interpretación conforme la cual el pronunciamiento negativo del cuerpo electoral frente a un recurso de referéndum o un plebiscito, limite las atribuciones de la Corte de los artículos 256 y 257 de la Constitución. El ejercicio de las atribuciones del cuerpo electoral, como cualquier órgano de creación constitucional, está sometido a la Constitución desde el punto de vista sustancial, procedimental y temporal; al pronunciarse en un recurso de referéndum el cuerpo electoral puede aceptar el recurso, con lo que las disposiciones cuestionadas quedan sin efecto o rechazar el recurso conforme lo cual todo sigue como está. No se puede extraer otro efecto de la negativa sin texto expreso, más si esto implica limitar la competencia constitucional y expresa de otro órgano (la parte final del artículo 82 confirma esto).
4. Puede ser, claro está, que alguien no esté de acuerdo con la solución constitucional, pero en ese caso el único camino posible es el de la reforma constitucional.
5. No puedo compartir entonces que se haya preferido la parte dogmática de la Constitución sobre la orgánica, ni que los jueces hayan invadido o vaciado las competencias del cuerpo electoral, ni que la Corte se extralimite en el ejercicio de sus competencias. La Corte ha ejercido sus competencias constitucionales dentro del marco establecido por la Carta.
6. Debe reconocerse que para algunos procesos en que estén en juego cuestiones de gran trascendencia, y siempre que no se perjudique a las partes ni se dilate mucho el proceso, podría estudiarse la reglamentación del *amicus curiae*. Respecto a las audiencias públicas creo que hay que ser más cauteloso, pero igualmente es un tema para estudiar.
7. No creo que ninguna de las propuestas que se han manejado conduzcan a terminar con la “élite” judicial como algunos lo denominan, sino que solamente la cambiarán por otra élite, más numerosa, de la que no se sabe bien sus integrantes (militantes políticos, sindicales, Ongs, etc.), pero no conducirán a una discusión en la que participe todo el cuerpo electoral.
8. Se debe ser muy cuidadoso a la hora de extraer argumentos y afirmaciones de países cuya historia y realidad cultural, jurídica y política son muy distintas. La mayoría de los fundamentos provenientes de Estados Unidos, en general, no son trasladables a Uruguay.
9. El equilibrio es la clave de esta cuestión y la Constitución nacional es extraordinariamente equilibrada: la sentencia de la Corte que declara la inconstitucionalidad tiene efectos solo para el caso concreto y solo en él alcanza la autoridad de la cosa juzgada (lo que pasa siempre en el ámbito judicial, incluso, por ejemplo, en un juicio de responsabilidad civil en que el Estado es demandado, en la

condena penal a un funcionario, en la declaración de que el Ejecutivo incumplió un contrato, etc.). Fuera del caso concreto, como ocurre con cualquier sentencia, la ley mantiene su fuerza y vigor, su vigencia y eficacia, y las potestades del legislativo no se ven afectadas en forma alguna (no hay *stare decisis* ni tiene la sentencia de la Corte efectos generales). Es un sistema extraordinariamente equilibrado de múltiples interpretaciones constitucionales con efectos variados.

10. Por último, sin perjuicio de todos los argumentos teóricos y democráticos, al final, se debe recurrir a una visión pragmática: ¿cuál es la garantía más efectiva y la más confiable para los derechos humanos? ¿En qué sistema hay más posibilidades, por ejemplo, de retrocesos en la protección de los derechos humanos, de que se autoricen deportaciones sin previo proceso legal, etc.? Estas cosas pueden pasar en los dos sistemas, pero son menos probables en donde se admite el contralor contra mayoritario.

## Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (2005). Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. En *Neoconstitucionalismo* (Miguel Carbonell, pp. 37 y ss). Trotta.
- Bachof, O. (2010). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Palestra editores.
- Bardazano, G. (2024). *Interpretación, derechos y democracia en el Uruguay contemporáneo. Cuando nos muramos todos* (1.ª ed.). Fundación de Cultura Universitaria.
- Cassinelli Muñoz, H. (1957). La apelación ante la Asamblea General. *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 55.
- Cassinelli Muñoz, H. (1999). *Derecho Público*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Chemersinsky, E. (2006). *Constitutional Law, Principles and policies* (3.ª ed.). Aspen Publishers.
- De Tocqueville, Alexis & Traductor Cerrillo Escobar, C. (1911). *La democracia en América*. Daniel Jorro.
- Eisgruber, C. L. (2003). Marbury, Marshall, and the Politics of Constitutional Judgment. *Virginia Law Review*, 89(6), 1203. <https://doi.org/10.2307/3202393>
- Fernández Segado, F. (1992). *El sistema constitucional español*. Dykinson.
- Gamarra Antes, Diego. (2023). Decisiones constitucionales sobre especificación de derechos. Contribuciones para un modelo más comprometido con la democracia. *Revista de Derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia*, 56, 103-130. <https://doi.org/10.18601/01229893.n.56.04>
- García-Mansilla, M. (2023). *El origen del control de constitucionalidad en los Estados Unidos y el mito de Marbury v. Madison*. Universidad Austral. Repositorio Institucional. <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/2381>
- Gargarella, R. (2014). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos contrapesos. En *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (1.ª ed.). Siglo Veintiuno Editores.

- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (1999). *The Federalist papers (Introduction and notes by Charles R. Kesler)*. A. Signet Classic.
- Jiménez de Aréchaga, J. (1992). *La Constitución Nacional: Vol. I. Cámara de Senadores*.
- Jiménez de Aréchaga, J. (1996). *La Constitución nacional: Vol. IV. Cámara de Senadores*.
- Kelsen, H. (1999). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (segunda edición). TECNOS.
- Korzeniak, J. (2001). *Primer Curso de Derecho Público. Derecho Constitucional*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Kramer, Larry D. (2011). *Constitutionalismo popular y control de constitucionalidad* (1.ª ed.). Marcial Pons.
- Lambert, E. (2010). *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos* (primera). TECNOS.
- Lorenzetti, Ricardo. (2014). Las audiencias públicas y la Corte Suorema. En *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (1.ª ed.). Siglo Veintiuno Editores.
- Oddone, G. (1995). *Administración y división de poderes*. Julio César Faira.
- Risso Ferrand, M. (2012). ¿Quién tiene la última palabra en temas de Derechos Humanos? Democracia vs. Aristocracia con toga. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (p. 301 a 322). Fundación Konrad Adenauer.
- Risso Ferrand, M. (2015). *Derecho Constitucional. Tomo I (Reimpresión): Vol. I*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Risso Ferrand, M. (2021). *Constitución y Estado de Derecho*. FCU.
- Risso Ferrand, M. (2022). *Derechos Humanos. Interpretación y aplicación* (Primera). Fundación de Cultura Universitaria.
- Risso Ferrand, M. (2024). Salud, medicamentos de alto costo, derechos humanos y la Constitución uruguaya. *Estudios Constitucionales*, 22(1), 211-235.
- Risso Ferrand, M., Pintos, E., Lores, A., Brun, M., Cantero, L., Charamelo, B., Hernández, B., Medina, C., Moreira, V., Paullier, A., Pereira, A., Rodríguez, A., & Ventura, L. (2024). Los amparos médicos en la jurisprudencia uruguaya. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, 30.
- Schmitt, C. (1983) *La defensa de la Constitución*. TECNOS.
- Sullivan, K., & Gunther, G. (2004). *Constitutional Law*. Foundation Press - Thomson West.
- Tushnet, M. (2020). *Taking back the constitution*. Yale University Press.
- Waldron, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Siglo XXI Editores Argentina S.A.

## Jurisprudencia

Suprema Corte de Justicia, sentencia de 2 de mayo de 1988, autos *D, J; M, N; M, F, O; B, J. Denuncia. Inconstitucionalidad ley 15.848, artículos 1, 2, 3 y 4*, Ficha 112/87, disponible en La Justicia Uruguaya, tomo 96, 1988, p. 360 y ss.

Suprema Corte de Justicia, sentencia de 15 de junio de 1988, autos *A.S, R.A. Denuncia. Inconstitucionalidad de oficio ley 15.848, artículos 1, 2, 3 y 4*, Ficha 34/87, disponible en La Justicia Uruguaya, tomo 97, 1988, p. 115 y ss

Suprema Corte de Justicia, sentencia 365/2009, de 19 de octubre de 2009, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional

Suprema Corte de Justicia, sentencia 1525/2010, de 29 de octubre de 2010, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional

Suprema Corte de Justicia, sentencia 17/2013, de 15 de febrero de 2013, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional

Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, de 24 de febrero de 2011

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-28/21, solicitada por la República de Colombia, de 7 de junio de 2021

Corte IDH, caso *Olmedo Bustos y otros (La última tentación de Cristo) vs. Chile*, de 5 de febrero de 2001

Corte IDH, caso *Boyce y Otros vs. Barbados*, de 20 de noviembre de 2007

Corte IDH, caso *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, de 7 de noviembre de 2022

Corte IDH, caso *García Rodríguez y otros vs. México*, de 25 de enero de 2023

JUAN BAUTISTA ETCHEVERRY  
CONICET y Universidad Austral, Argentina  
jbetcheverry@austral.edu.ar  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9018-4293>

Recibido: 08/08/2025 - Aceptado: 04/11/2025

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:

Etcheverry, J. B. (2025). El caso central de la decisión judicial defectuosa.  
*Revista de Derecho*, 24(48), e485. <https://doi.org/10.47274/DERUM/48.5>

## El caso central de la decisión judicial defectuosa

143

**Resumen:** El desafío de clarificar qué es una decisión judicial defectuosa o irregular es complejo. Existen diferentes nociones de este fenómeno construidas para distintos contextos jurídico-profesionales. Aunque resulte imposible identificar un elemento unificador de todas estas nociones, no es necesario caer en posiciones escépticas según las cuales no existe un criterio racional para evaluar las decisiones judiciales. Es posible, en cambio, buscar el caso central de las decisiones judiciales defectuosas. Este caso central, se construye poniendo en relación los datos que se recaban sobre este fenómeno, los diferentes usos que se les dan a estas nociones, etc., con las razones por las que se crean figuras e instituciones para prevenir, sancionar, reparar o corregir las decisiones judiciales defectuosas. En este trabajo se indaga sobre las diferentes nociones de decisión judicial defectuosa y se proponen las características de su caso central.

**Palabras Clave:** error judicial; sentencia defectuosa; irregularidad judicial; responsabilidad judicial; sentencia arbitraria; delitos judiciales.

## The Central Case of the Defective Judicial Decision

**Abstract:** Clarifying what constitutes a defective or irregular judicial decision is a complex challenge. Different notions of this phenomenon have been developed for diverse legal-professional contexts. Although it may be impossible to identify a single unifying element across all these notions, this does not require adopting skeptical positions that deny the existence of a rational criterion for evaluating judicial decisions. Instead, it is possible to seek the central case of defective judicial decisions. This central case is constructed by relating the data collected about the phenomenon, the different uses given to these notions, and the reasons for creating figures and institutions to prevent, sanction, remedy, or correct defective judicial decisions. This paper examines the various notions of defective judicial decision and proposes the characteristics of its central case.

**Keywords:** judicial error; defective judgment; judicial irregularity; judicial liability; arbitrary decision; judicial offenses.



## O Caso Central da Decisão Judicial Defeituosa

**Resumo:** Esclarecer o que configura uma decisão judicial defeituosa ou irregular é um desafio complexo. Diferentes noções desse fenômeno foram desenvolvidas para atender a distintos contextos jurídico-profissionais. Embora seja inviável identificar um elemento unificador para abarcar todas essas concepções, não é necessário adotar posições céticas que neguem a existência de um critério racional para avaliar decisões judiciais. É possível, em vez disso, buscar o caso central das decisões judiciais defeituosas. Esse caso central é construído relacionando os dados recolhidos sobre o fenômeno, os diferentes usos dessas noções e as razões pelas quais se criam figuras e instituições destinadas a prevenir, sancionar, reparar ou corrigir decisões judiciais defeituosas. O presente trabalho analisa as várias noções de decisão judicial defeituosa e propõe as características do seu caso central.

**Palavras-chave:** erro judicial; sentença defeituosa; irregularidade judicial; responsabilidade judicial; decisão arbitrária; delitos judiciais.

# 1. Introducción

El problema de la decisión judicial defectuosa es regulado legal y jurisprudencialmente de un modo particular por cada ordenamiento jurídico. A su vez, dentro de cada ordenamiento suelen abordarse distintos aspectos de esta problemática desde diferentes ramas del derecho. En Argentina, por ejemplo, se aborda esta cuestión desde el derecho civil y administrativo, cuando se trata establecer la responsabilidad patrimonial del Estado (e, incluso, de los funcionarios) por la actividad judicial irregular que produce un daño susceptible de ser indemnizado. A su vez, también se analiza este problema desde la perspectiva de la responsabilidad política de los jueces frente al Estado por su mal desempeño. Desde el derecho penal se abordan las figuras delictivas que pueden cometer los jueces y otros funcionarios judiciales mediante un ejercicio irregular de sus funciones. Finalmente, el derecho procesal se preocupa por las decisiones judiciales anómalas principalmente a fin de proponer recursos para lograr que las sentencias defectuosas puedan ser corregidas<sup>1</sup>.

Este trabajo propone un estudio del problema de la decisión judicial defectuosa (entendida en sentido amplio) desde la filosofía del derecho y no desde una perspectiva de la doctrina jurídica local civil, administrativa, constitucional, penal, procesal, etc. El tipo de estudio que propone este trabajo es general, *explicativo* y, en un sentido específico, *normativo*, a diferencia de los estudios doctrinarios que suelen ser, más bien, locales y descriptivos.

Para lograr el objetivo propuesto se utilizará el *método del caso central*. Este método ha sido utilizado por muchos filósofos del derecho. El mencionado método propone no solo estudiar y describir cómo se usan expresiones, conceptos, figuras, instituciones y recursos, sino que además procura detectar las razones por las que algunas expresiones se usan en determinados sentidos y por qué se crean figuras, instituciones y recursos (Webber, Yowell, Ekins y otros, 2018, p. 4).

El método del caso central no es meramente descriptivo, ya que no se limita a simplemente a reportar datos, usos lingüísticos, información u observaciones locales. Sin embargo, tampoco desprecia la imprescindible información que pueda brindar la perspectiva de la legislación, jurisprudencia y doctrina jurídica local e, incluso, los estudios empíricos sobre la temática a la cual se lo aplica<sup>2</sup>.

1 Hay que reconocer que también existen otros enfoques desde los que se puede abordar el problema de la decisión judicial defectuosa. Por ejemplo, existen desarrollos desde la perspectiva del Derecho internacional. En estos casos se analiza la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de alguna obligación internacional por medio de una decisión judicial. A su vez, también existen otros regímenes que regulan las conductas de los jueces. El incumplimiento de las obligaciones que establecen estos regímenes puede dar origen a diferentes tipos o clases de responsabilidad. En concreto, existe el régimen de responsabilidad disciplinaria-administrativa cuyo fin es establecer cuándo los jueces han incumplido una regla de buena praxis judicial, pudiéndosele aplicar una sanción por ello, que no suponga afectar su continuidad en el cargo. Sin embargo, dado que el objeto de esta investigación es la decisión judicial defectuosa y no la responsabilidad de los jueces, el interés por esta clase de regímenes no es primario; sobre todo, teniendo en cuenta que las inconductas reguladas por este régimen no necesariamente conducen a una decisión irregular. Algo similar sucede con el régimen de responsabilidad ética de los jueces. Con este régimen se examina la conducta del juez a la luz de criterios de excelencia que deben guiar la conducta de los magistrados (Santiago, 2006, pp. 34 ss y *passim*). Sobre los distintos enfoques desde los que se puede abordar el problema del error judicial y la responsabilidad del Estado y de los jueces por dichas irregularidades también puede verse: (Marienhoff, 1978, p. 363; Galli Basualdo, 2006, p. 174; Andrada, 2017, p. 242).

2 De hecho, este trabajo utilizará como insumos diferentes sentidos de la noción decisión judicial defectuosa propios de distintos contextos jurídico-profesionales de Argentina (penal, procesal, civil, constitucional, administrativo, etc.). El desarrollo de estos sentidos puede verse en: (Etcheverry, 2025, *passim*).

A nuestro juicio, el método propuesto es particularmente útil por tres razones. Por un lado, permite reconocer los diferentes usos o sentidos que suele dársele a la noción de decisión defectuosa y, a la vez, darle una prioridad explicativa a los casos que se quieren evitar o reparar y para los que se introducen figuras, instituciones, recursos, etc., a tal efecto (Webber, Yowell, Ekins y otros, 2018, p. 3). Además, el mencionado método, permite hacer distinciones que no sería posible realizar desde una perspectiva meramente local y descriptiva. En tercer lugar, el método del caso central también ayuda a valorar críticamente las figuras, instituciones y recursos de una práctica jurídica concreta y establecer en qué medida dichas figuras, instituciones y recursos son adecuadas para lograr los fines que se proponen.

Se espera que este trabajo ayude a clarificar qué es una decisión judicial defectuosa y que dicha clarificación sea útil para una explicación más amplia acerca de la decisión judicial.

## 2. Problemas para ofrecer una definición de decisión judicial defectuosa

Si bien la mayoría de los trabajos que explican las “decisiones judiciales defectuosas” tratan esta problemática desde la *doctrina local* civil, administrativista, constitucional, penal y procesal, existen algunos autores que abordan esta cuestión desde una perspectiva filosófica<sup>3</sup>.

Algunos de los teóricos que tratan este tema desde una perspectiva filosófica parecen pretender reducir el sentido de estas expresiones a una fórmula o definición. Esto lo hacen o bien proponiendo que existe una “característica”, “propiedad común” o “esencia” de las decisiones judiciales defectuosas o bien aclarando el concepto de decisión judicial defectuosa por medio de una comparación entre una decisión errada o defectuosa y otra considerada correcta.

Por ejemplo, al tratar el problema del error judicial Malem Seña afirma que “para que exista un error judicial ha de haber, según el sistema jurídico de referencia, una o más respuestas correctas respecto de un caso. Y la decisión judicial calificada como errónea no ha de poder subsumirse en ninguna de esas posibles respuestas correctas. Estas dos condiciones parecen ser necesarias y suficientes” (Malem Seña, 2009, p. 12).

Quienes pretenden esto deben enfrentar la dificultad de encontrar “la propiedad común” que poseerían todas las decisiones judiciales que reciben el rótulo de irregulares o defectuosas, como si existiera un uso único, uniforme y coherente de estas expresiones de manera que todas ellas refieren a esa propiedad común, característica o esencia, que debería repetirse en todas las decisiones judiciales irregulares. El riesgo de buscar tal propiedad o característica única, uniforme y coherente es que, de no existir, conduce a selecciones de un solo aspecto del fenómeno que se nombra sin mayor justificación y sin

3 Uno de los esfuerzos más destacados entre los teóricos argentinos por explicar el concepto de “arbitrariedad judicial” fue el realizado por Genaro Carrió: (Carrió, 1995). En España han trabajado específicamente la cuestión del error judicial desde una perspectiva de la filosofía del derecho (Malem Seña, 2009; García Amado, 2023 y Hernández Marín 2005). En Chile trabaja la cuestión (Carbonell, 2023). En Paraguay (Mendonca, 1998).

dar mayores explicaciones de por qué se excluyen otros (Finnis, 2000, p. 40). Además, conduce a criticar usos legislativos o jurisprudenciales de lo que se entiende por decisión judicial defectuosa por no respetar tal supuesta característica o propiedad, sin advertir que, en realidad, sus criterios de aplicación son múltiples y heterogéneos.

Por otra parte, tampoco está exenta de dificultades la estrategia que se propone aclarar el concepto de decisión judicial defectuosa por medio de una comparación entre una decisión defectuosa y otra considerada correcta. Este abordaje pretende la determinación del defecto de una decisión judicial confrontándola con la que hubiera sido correcta para el caso. Aquí el problema es la dificultad para determinar las condiciones suficientes y necesarias de una decisión judicial correcta. De hecho, el propio Malem Seña sostiene que afirmar que una decisión judicial es correcta no supone atribuirle una característica o propiedad, “sino que es señalar que *no exhibe* ninguna de las muy variadas anomalías que directa o indirectamente pueden afectar un acto tan complejo como el de dictar una decisión judicial” (Malem Seña, 2009, p. 15). Como puede advertirse, la estrategia parece viciosamente circular. Se considera condición necesaria y suficiente de la existencia de un error judicial que haya al menos una respuesta correcta y que la decisión judicial calificada como errónea no haya sido subsumida en ninguna de esas posibles respuestas correctas y, a la vez, se afirma que la satisfacción de un test de corrección no consiste en detectar en las resoluciones judiciales correctas una propiedad o característica, sino en señalar que no adolece de errores.

Como se verá a lo largo de este trabajo, los intentos de definir por medio de una única propiedad o característica común a todas las decisiones judiciales defectuosas para luego poder identificar las decisiones judiciales anómalas, tienen el desafío de evitar elegir sin mayor explicación dicha característica o propiedad, excluyendo otras sin justificación alguna.



### 3. Límites de *solo* describir los casos paradigmáticos de la decisión judicial defectuosa

Una alternativa a intentar ofrecer una definición de decisión judicial defectuosa es la que si bien reconoce que puede ser difícil o imposible reducir a una fórmula dicho concepto, sugiere examinar en qué tipos de “supuestos” la legislación y la jurisprudencia de una determinada comunidad jurídica descalifica las decisiones judiciales por considerarlas anómalas<sup>4</sup>. Dicho de otro modo, propone explicar el defecto judicial destacando las características de los supuestos en que una decisión judicial es señalada legal o jurisprudencialmente como defectuosa, haciendo explícita las causales de defecto judicial, para luego poder organizarlas o sistematizarlas (Carrió, 1995, p. 55).

4 Si bien Carrió aclara que su modo de estudiar el concepto de sentencia arbitraria es por medio de una teoría descriptiva y local del derecho, pretende de dicho esfuerzo suministrar las bases de una teoría *general* del acto de sentenciar (Carrió, 1995, p. 17). Mendonca y Malem Seña expresamente reconocen o siguen el método propuesto para Carrió para explicar qué sería un “error judicial”. Al respecto (Mendonca, 1998, n.10). Como se dijo, en el caso de Malem, por un lado, sostiene que son condición suficiente y necesaria para que haya un error judicial que para el caso exista una o más decisiones correctas y que la decisión calificada como errónea no pueda ser subsumida en ninguna de las mencionadas respuestas correctas. Sin embargo, por otro lado, citando a Carrió sostiene que afirmar que una decisión judicial cumple con el test del “debido proceso” significa que no adolece de las anomalías que pueden afectarla y que las posibles anomalías que pueden afectarla son innumerables (Malem Seña, 2009, pp. 14 y 15).

Esta alternativa sugiere que conceptos como “decisión judicial defectuosa” son conceptos “descalificadores” porque se usan para calificar peyorativamente una decisión judicial y refieren a una serie no finita de anomalías que puede sufrir dicha decisión. La serie de defectos recién mencionada o las propiedades (criterios de aplicación o condiciones) que permitirían calificar a una decisión judicial como defectuosa sería inagotable porque serían inagotables las maneras de cometer irregularidades en el acto de fallar judicialmente. Por este motivo, no se propone suministrar condiciones necesarias y suficientes de un uso correcto de la expresión defecto judicial, dado que el listado de tipos de anomalías judiciales siempre es posible que pueda enriquecerse (Carrió, 1995, p. 49)<sup>5</sup>.

El mencionado listado de anomalías que puede sufrir una decisión judicial es precisado fundamentalmente gracias a la labor legislativa y jurisprudencial. Parte de ese listado ha alcanzado en diferentes jurisdicciones un importante grado de desarrollo<sup>6</sup>. Sin embargo, se advierte que parte de ese tipo de listados está en constante proceso de formulación, aceptación e intento de efectivamente valer en la práctica (Carrió, 1995, pp. 52 ss.).

En definitiva, esta alternativa, por un lado, solo describe la función que este tipo de expresión cumple de calificar peyorativamente o descalificar a una decisión judicial y, por otro, describe supuestos frente a los cuales una decisión puede ser descalificada de esta manera en una determinada jurisdicción.

A su vez, esta alternativa sostiene que estas funciones están regidas por reglas convencionales, solo que la función de ofrecer supuestos de decisiones irregulares no logra brindar condiciones suficientes y necesarios para su uso correcto. Por ello, se reconoce que únicamente se puede aspirar a hacer una enumeración de ejemplos paradigmáticos sin que entre ellos pueda descubrirse una propiedad común. Así como la expresión “decisión judicial defectuosa” sería una expresión descalificadora genérica, los ejemplos paradigmáticos serían solo descalificadores básicos. La limitación de estos descalificadores básicos es que “[s]olo los ejemplos dan contenido aceptablemente preciso a tales expresiones, que de otro modo permanecen incurablemente vagas y/o ambiguas” (Carrió, 1995, p. 320).

Dicho de otro modo, se defiende que no existe un significado único ni un caso central decisión judicial defectuosa, sino tan solo unos ejemplos paradigmáticos susceptibles de ser identificados en la práctica jurídica de cada comunidad política. No hay ninguna relación entre ellos posible de ser captada ni conocida, salvo porque sirven como buenos ejemplos de lo que en una práctica concreta permite descalificar una decisión judicial. En el mejor de los casos, solo podrá intentar agruparse esos ejemplos de lo que se entiende por defecto judicial en categorías o ejemplos básicos.

Los desafíos que debe afrontar esta forma de estudiar el defecto de las decisiones judiciales es triple. Por un lado, el tipo de explicación que ofrece es más local que general.

5 Carrió toma de Hart la idea de que los conceptos jurídicos poseen ciertas características que en muchos casos hacen que “sea absurdo usar en conexión con ellos el lenguaje de las condiciones necesarias y suficientes” (Carrió, 1995, n. 9).

6 Un ejemplo de ello puede encontrarse en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina cuando a través de la noción de “sentencia arbitraria” habilita de forma excepcional un tipo de recurso ante ella, denominado “extraordinario”. Por medio de los ejemplos en los que la mencionada Corte Suprema admite un recurso extraordinario por considerar que la sentencia que se recurre es “arbitraria”, por un lado, determina el contenido de lo que sería un tipo de error judicial (el de la sentencia arbitraria) y, por el otro, especifica de forma positiva el contenido de garantías constitucionales como la “inviolabilidad de la defensa en juicio” (art. 18 de la Constitución argentina) o la garantía de que toda sentencia debe estar “fundada en ley” (art. 17 de la Constitución argentina).

Por otro lado, el relevamiento que propone tiene dificultades para aclarar, como pretende, el contenido del concepto de decisión judicial defectuosa analizado. Finalmente, lo poco que logra esclarecer este tipo de aproximación no queda claro cómo se construye o con qué criterios se valora cuáles de todos los ejemplos de uso de esta expresión son paradigmáticos y el resto secundarios. Al final de cuentas, parece haber una selección tanto de lo que se considera sentencia o decisión judicial en sentido pleno y defecto judicial e, incluso, de los diferentes tipos de causales de decisiones irregulares; pero no se termina de explicar cómo se selecciona ese sentido de otros que existen en la práctica<sup>7</sup>.

#### 4. Riesgos de una posición escéptica

Las reflexiones anteriores corren el riesgo de abonar posiciones escépticas según las cuales los problemas sobre la corrección e incorrección de las decisiones judiciales “son absolutamente insusceptibles de tratamiento racional”. Todo esfuerzo en este sentido sería inútil para estas posiciones y no tendría sentido buscar un parámetro para evaluar las decisiones judiciales, dado que el derecho es lo que dicen/crean libremente los jueces<sup>8</sup>.

Un realismo jurídico radical de este tipo “no deja espacio conceptual para el error judicial” (Ferrer Beltrán, 2010, pp. 147 ss.). A su vez, tampoco deja espacio para los desacuerdos sobre el derecho. Ellos serían siempre fingidos, hipócritas o fruto de una concepción equivocada de las cosas (Moreso, 2010, pp. 49 ss.).

Para esta visión escéptica, explicar la existencia de expresiones como corrección o defecto judicial y la de instituciones como las que permiten revisar las decisiones judiciales por otros órganos, en realidad, no ponen en tela de juicio la infalibilidad de los jueces, sino que establecen cuándo una decisión judicial es definitiva y en qué circunstancias y por qué órganos ella puede ser revisada.

Esta posición, a su vez, advierte que no existe un uso unívoco de estas expresiones y, a partir de esta afirmación, concluye que la misma no es usada con un significado que pueda dilucidare sino que es simplemente un rótulo engañosamente único para designar una decisión judicial que no nos gusta (Carrió, 1995, pp. 320 y 321).

Sin embargo, consideramos que es posible explicar qué es una decisión judicial defectuosa, junto con las instituciones y recursos que buscan evitarlas o enmendarlas; sin necesidad de sacrificar nuestras intuiciones acerca de la posibilidad de que existan esta clase de defectos y de que, por tanto, pueda haber disputas racionales y no meramente fingidas o hipócritas sobre el contenido del derecho. Hay espacio para una explicación de este tipo si (como han propuesto muchos autores) distinguimos lo que sería una decisión judicial “definitiva” de una que pudiera ser “infalible”. Al menos dos son las consecuencias de reconocer que incluso una decisión judicial “definitiva” puede ser “defectuosa” o de que “tampoco Tribunales finales tienen el poder jurídico de dictar sentencias *contra legem*, aunque del hecho de que lo hagan se deriven otras consecuencias

7 En el epígrafe VI de este trabajo se presentan ejemplos de algunos de los desafíos recién mencionados. Hemos explicado los desafíos de este método para explicar el concepto de derecho en (Etcheverry, 2014, pp. 151-170).

8 Entre tantos otros autores, Carrió y Mosset Iturraspe advierten este riesgo. Al respecto (Carrió, 1995, p. 45 y Mosset Iturraspe 1999, pp. 12-13).

jurídicas”<sup>9</sup>. Por un lado, es posible pensar que las instituciones que permiten revisar las decisiones judiciales buscan evitar tales defectos y no solamente establecer qué clase de decisión judicial es “definitiva”. Por otro lado, es razonable preguntarse por los rasgos que caracterizarían a una decisión judicial como defectuosa. A continuación, proponemos un método distinto a los anteriormente presentados para alcanzar este objetivo.

## 5. Una propuesta alternativa: el método del caso central

### 5.1. Ventajas del método del caso central

Como se dijo en la introducción, a nuestro juicio, este método es particularmente conveniente para abordar el estudio de la decisión judicial defectuosa por tres razones. Por un lado, permite darle prioridad explicativa al caso central de defecto de la decisión judicial sobre casos no centrales de estos defectos. Esta prioridad explicativa se funda en que el mencionado caso central es el que plenamente realiza las razones (Webber, Yowell, Ekins y otros, 2018, p. 3), en este caso, en favor de introducir figuras, instituciones, recursos, etc., que busquen evitar, prevenir, sancionar o corregir los mencionados defectos judiciales.

Por otro lado, el método del caso central permite hacer distinciones que no sería posible realizar desde un abordaje meramente local y descriptivo. Por ejemplo, permite advertir que cuando se habla de defecto judicial puede hacerse tanto en un sentido local y “técnico-restringido” como en un sentido “amplio”. En el primero de los sentidos, solo habrá decisión judicial defectuosa cuando el sistema jurídico que se estudia haya previsto una consecuencia jurídica para este tipo de decisión. Así, puede decirse que hay una decisión judicial defectuosa en sentido técnico-restringido, por ejemplo, cuando una decisión judicial genera responsabilidad patrimonial por el daño que produce. En cambio, desde un punto de vista amplio o general es posible advertir defectos judiciales a los que algunos ordenamientos jurídicos no les han correlacionado consecuencias jurídicas (Malem Seña, 2009, p. 13).

En tercer lugar, el método del caso central no solo es capaz de dar prioridad a unos sentidos de una expresión sobre otros y de proponer y advertir distinciones que desde una aproximación teórica *meramente* local y descriptiva no es posible, sino que también ayuda a valorar críticamente u ofrecer criterios para valorar las figuras, instituciones y recursos de una práctica jurídica concreta y establecer en qué medida dichas figuras, instituciones y recursos son adecuadas y necesarias para lograr los fines que persiguen.

9 Como explica Moreso, en parte la posibilidad de que pueda distinguirse claramente el carácter definitivo de unas sentencias de su infalibilidad se puede explicar en que el Derecho está formado por diferentes tipos de normas: primarias y secundarias y las secundarias que “confieren poderes y las reglas de adjudicación en aquello que se refiere a la determinación de los órganos jurídicos y de los procedimientos”; “las resoluciones judiciales y administrativas que establecen las decisiones individuales”; y “las reglas que establecen qué decisiones judiciales son definitivas y los procedimientos para hacerlas cumplir por el resto de órganos judiciales y administrativos”. La existencia de este tipo de normas son las que aseguran cierta estabilidad al sistema jurídico de modo tal que el derecho sea capaz de regir nuestra conducta de un modo razonable (Moreso, 2010, pp. 85 ss.).

## 5.2. Desafíos de la inexistencia de una propiedad común y de la comparación imposible

El método del caso central, además, no tiene el problema de buscar definir de forma unívoca a los defectos judiciales, ni de buscar elegir sin más explicaciones una propiedad común de los mencionados defectos. Según el método del caso central, el teórico de los asuntos humanos no debe buscar el significado de los conceptos de modo que se extiendan directamente y en el mismo sentido a todos los estados de cosas que en el discurso pueda razonablemente llamarse de esa manera. Dicho de otro modo, el método del caso central es contrario a la búsqueda de un significado unívoco, que lleva a buscar un común denominador o un único elemento o propiedad común.

Este método reconoce que los rasgos que distinguen los conceptos son numerosos y es posible que todos o, al menos, muchos de ellos admitan diferentes grados. En los casos centrales de los mencionados conceptos, los rasgos se manifiestan en un alto grado, pero es posible que haya ejemplos de defectos que no reúnan todos los rasgos del caso central o que los reúnan en un grado menor que en los casos centrales. Justamente, la multiplicidad de significados del sintagma “decisión judicial defectuosa” es lo que permite diferenciar entre delitos judiciales, arbitrariedades judiciales, errores graves, leves, errores indemnizables o no indemnizables, errores inexcusables y excusables, que generan responsabilidad o no, que habilitan un recurso o no, materiales y formales, etc. Para el método del caso central no tiene sentido circunscribir la explicación de la decisión judicial defectuosa solo a los casos centrales. En cambio, se busca aclarar cuál es o son los principios o fundamentos racionales por los que se extiende la expresión decisión judicial defectuosa desde los casos centrales a los marginales o secundarios (Finnis, 2000, pp. 43-45).

En definitiva, el método del caso central es contrario a la búsqueda de una propiedad común de los defectos judiciales. En cambio, reconoce que pueden tener muchos rasgos que en diferentes ejemplos se manifiestan en diferentes grados.

Por otra parte, este método tampoco tiene el problema de tener que hacer una “comparación imposible”. Esto es así porque no pretende explicar la decisión judicial defectuosa comparándola con una decisión judicial correcta, teniendo así que clarificar qué es una decisión correcta. Este método lo que propone es, a partir de una descripción de los múltiples y muchos casos no uniformes de criterios identificadores de un fenómeno, ofrecer elementos para seleccionar aquellos más importantes y significativos para identificar los casos centrales del asunto humano que se busca explicar (Finnis, 2000, p. 43).

Es posible que, como la medicina estudia el correcto funcionamiento del cuerpo humano y esto le permite estudiar y entender las patologías que puede padecer (Webber, Yowell, Ekins y otros, 2018, p. 4)<sup>10</sup>, el método del caso central busque iluminar las razones por las cuales es esperable que las decisiones judiciales posean determinadas características y por qué de no poseerlas se crean figuras, instituciones o recursos para evitar o controlar este tipo de decisiones. Sin embargo, esto no quiere decir que para

10 Si bien Carrió utiliza un camino inverso, también entiende que un análisis de las sentencias arbitrarias nos conecta con una comprensión por oposición del acto de sentenciar. En concreto, en el capítulo XVIII de su libro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, esboza una teoría del acto de sentenciar. (Carrió, 1995, cap. XIII).

describir el defecto de una decisión judicial deba hacérselo en contraste con lo que consideraría una decisión judicial correcta. Lo que quiere decir es que luego de describir los distintos usos del sintagma “decisión judicial defectuosa”, a fin de identificar su caso central, es necesario tener en cuenta las razones por las que dicha clase de decisiones generan diferentes tipos de consecuencias jurídicas.

### 5.3. ¿Cómo se selecciona el caso central?

Del desarrollo anterior surge la obvia pregunta acerca de cómo o con qué razones, desde qué punto de vista o teniendo en cuenta qué intereses valoramos cuáles son los criterios identificadores especialmente importantes y significativos. Este método propone hacerlo desde el punto de vista de la razonabilidad práctica. Es decir, desde el punto de vista de lo que exige la razonabilidad práctica sobre el ámbito de los asuntos que se buscan explicar.

Al aplicar este método de explicación de los fenómenos sociales a los defectos de la decisión judicial, lo que se hace es preguntarse por las cosas importantes y significativas que hacen que haya mecanismos para intentar evitar, controlar, sancionar, indemnizar, etc., los mencionados defectos.

En definitiva, como explica Finnis, la “ciencia social descriptiva es alcanzable solo por alguien en quien un amplio conocimiento de datos y una comprensión penetrante de los puntos de vista prácticos y de las preocupaciones de otros hombres están unidos a un juicio correcto sobre todos los aspectos de la genuina realización humana y de la auténtica razonabilidad práctica” (Finnis, 2000, p. 51).

## 6. Diferentes nociones y el caso central de la decisión judicial defectuosa

### 6.1. Diferentes sentidos de decisión judicial defectuosa

Los principales objetivos de este trabajo son, por un lado, clarificar nociones como sentencia irregular o defectuosa y, por el otro, aprovechar este esfuerzo para comprender con mayor profundidad la decisión judicial, sus partes, estructura, etc.

Para ello, en primer lugar, advertimos los riesgos de intentar definir o buscar una característica o denominador común de todos los usos de estas expresiones. También mostramos los riesgos de caer, en el extremo opuesto, afirmando que los problemas sobre el sentido de la corrección o incorrección de una decisión judicial son imposibles de ser tratados racionalmente, debido a que el derecho es lo que dicen los jueces. Sin embargo, creemos que es posible ofrecer explicaciones de lo que sería una “decisión judicial incorrecta”, sin necesidad de caer en elucidaciones meramente fingidas o hipócritas que solo buscan ocultar que, con ello, solo queremos decir que esas decisiones no nos gustan. Creemos, incluso que es contra-intuitiva la existencia de todos los mecanismos para prevenir, subsanar, reparar o sancionar los mencionados defectos, si tales irregularidades fueran inexistentes o intratables racionalmente. Resulta más intuitivo diferenciar entre

sentencias “definitivas” y “correctas” y, por tanto, reconocer que incluso algunas sentencias “definitivas” puede ser “defectuosas”.

Los intentos por buscar alternativas intermedias entre afirmar que existe un significado unívoco de decisión judicial incorrecta o que, en realidad, este es completamente equívoco, también han de enfrentar desafíos. En concreto, al respecto advertimos lo parroquial que resulta la explicación que solo identifica tipos básicos de decisiones judiciales incorrectas a partir de los usos paradigmáticos de esta expresión en una jurisdicción. A su vez, al aportar solo tipos básicos relativamente vagos de decisiones judiciales irregulares, esta elucidación no logra progresar mucho sobre lo imprecisas que resultaban las expresiones que se buscaron explicar por medio de estos tipos básicos.

En otro trabajo, hemos realizado un pormenorizado análisis de los mecanismos para prevenir, reparar, sancionar y subsanar las decisiones judiciales irregulares que se crearon a lo largo de los años en el ordenamiento jurídico argentino (Etcheverry, 2025). De dicho análisis, dentro de la categoría “decisión judicial defectuosa”, se pudo diferenciar entre “errores judiciales” y “delitos judiciales”. Los primeros son “producto de una falta de capacidad, esmero o cuidado. En cambio, los segundos (prevaricato, cohecho, denegación y retardo de justicia) suponen un “desvío” o “abuso” doloso de poder. En este último caso, el juez actúa con intención corrupta o maliciosamente contraria a derecho, usando el poder jurisdiccional con fines ilegítimos.

Para referirnos tanto a los errores judiciales, propiamente dichos, y a los delitos judiciales, proponemos utilizar la expresión “decisión judicial defectuosa”. Utilizamos como sinónimo de esta expresión decisión judicial “anómala” o “irregular”.

A su vez, de dicho análisis también se puede distinguir que quienes abordan el problema de las decisiones judiciales defectuosas a fin de establecer el deber del Estado (y de sus funcionarios judiciales) de reparar el daño que sus irregularidades causan, o quienes lo hacen para establecer la responsabilidad política o penal de los jueces por sus decisiones irregulares, incluso quienes lo hacen a fin de establecer cuándo una decisión judicial es revocable, caracterizan a este tipo de decisiones en un sentido más técnico, restringido, particular y local, que podría diferenciarse de una comprensión más general o filosófica. Esto no quita que el análisis técnico resulta un insumo muy relevante para la mencionada comprensión filosófica.

Por ejemplo, en el contexto de la justicia nacional y federal de Argentina, suele entenderse por *decisión judicial defectuosa capaz de generar responsabilidad patrimonial* del Estado (o de sus funcionarios judiciales), aquellos actos u omisiones irregulares realizados por un juez en un proceso con dolo, culpa inexcusable o por un funcionamiento anormal del Poder Judicial, que resultan objetiva y gravemente contrarios a los hechos de la causa o el derecho, produciendo un resultado contrario al que el servicio de justicia debió llegar y que se diferencia de cualquier acto de aplicación, interpretación o valoración de las normas, los hechos o las pruebas que puedan resultar meramente opinables. A su vez, para que estas irregularidades puedan resultar indemnizables se debe acreditar un daño mensurable en dinero. Ese daño debe poder ser imputado al Estado y debe existir una relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad irregular del Estado y el daño, no siendo responsable el Estado por casos fortuitos, fuerza mayor, hechos de la víctima o de un tercero. Finalmente, la irregularidad de la acción o inacción judicial debe

surgir de la inobservancia de un deber expreso y determinado, el daño no debe poder ser reparado por recurso ordinario y la sentencia defectuosa debe haber sido previamente revocada para poder solicitarse la reparación del daño que causa (Mosset Iturraspe, 1999; Perrino, 2015, Galli Basualdo, 2006, 174 y Bee Sellares, 2019, p. 545).

El anterior análisis permite fácilmente advertir que es posible pensar en decisiones judiciales defectuosas no indemnizables. Esto nos permitiría diferenciar entre la noción técnica de defecto judicial indemnizable en el ámbito de la justicia nacional y federal de Argentina y la noción filosófica de decisión judicial defectuosa. Esta última, por ejemplo, no tiene en cuenta si el defecto genera un daño mensurable en dinero para considerar que estamos frente a una irregularidad judicial.

Algo similar a lo recién destacado sucede con el concepto técnico de *decisión judicial anómala capaz de generar responsabilidad política*. Nuevamente, por ejemplo, en Argentina se considera que existe un defecto de este tipo cuando un funcionario judicial claramente y fuera de toda duda se aparta del derecho (al no utilizar alguna de las opciones interpretativas que le brinda el sistema jurídico) de modo intencional o grave o reiteradamente negligente. Lo anterior supone que un funcionario judicial no es políticamente responsable por sus decisiones jurisdiccionales negligentemente defectuosas si ellas son aisladas y no generen consecuencias graves<sup>11</sup>.

En otras palabras, el concepto técnico político de decisión judicial defectuosa que surge de la práctica jurídica argentina resulta más restringido que un posible concepto filosófico de este tipo de decisiones. El primero requiere que el apartamiento del derecho sea intencional o reiteradamente negligente o gravemente negligente, mientras que, el segundo, probablemente no tenga en cuenta la gravedad o la reiteración del apartamiento negligente del derecho para calificar dicho apartamiento como irregular o defectuoso.

Lo mismo puede decirse del concepto técnico penal de *delitos judiciales*. Esta clase de delitos admiten la posibilidad de sancionar penalmente a los jueces cuando toman una decisión judicial: i) corrompidos por dinero u otras dádivas, ii) con intención contraria a derecho, iii) fundándola maliciosamente en hechos falsos o iv) intencionalmente denegando o retardando decisiones que corresponden. Nuevamente, como es obvio, este concepto técnico de delito judicial excluye decisiones judiciales irregulares negligentemente tomadas que un concepto de decisión judicial defectuosa más general admitiría<sup>12</sup>.

También, es posible preguntarnos por el parecido entre el concepto técnico procesal de *decisión judicial recurrible* con el concepto filosófico de decisión judicial defectuosa. En el sistema jurídico argentino, suele caracterizarse a la decisión judicial recurrible como una decisión que: i) adolece de una irregularidad o anomalía, intencional o negligente, que afecta su origen, forma o fundamento de hecho, derecho o sus efectos; o ii) requiere por parte de un tribunal de apelación la unificación de un modo preciso de entender el derecho vigente. Estas irregularidades o faltas de certeza pueden ser remediadas por medio de recursos que permiten que el mismo juez o uno jerárquicamente superior complete, aclare, corrija, deje parcial o totalmente sin efecto o le niegue su condición de decisión judicial (Palacio, 2022, p. 600).

11 En este sentido, puede verse (Santiago, 2016, *passim*).

12 Al respecto, cfr. entre otros, (Soler, 1994). En un mismo sentido, recientemente (Oribi y Valerga Aráoz, 2023).

Esta noción parece la más cercana a una noción filosófica de decisión judicial defectuosa. Sin embargo, las principales diferencias estarían en que es una característica del concepto técnico procesal de decisión judicial recurrible que ella pueda ser revocada por algún tipo de remedio procesal, mientras que no toda decisión judicial defectuosa necesariamente es revocable. Como se vió, que una decisión sea definitiva no necesariamente supone que sea correcta. Es decir, una decisión definitiva puede ser defectuosa. De esto no se deriva que los Tribunales cuyas sentencias no pueden ser revocadas tienen la facultad para dictar sentencias *contra legem*, sino solo que, del hecho de que lo hagan, no se deriva la consecuencia de que pueda revocarse su sentencia defectuosa. Por otra parte, como también se dijo, incluso algunas decisiones judiciales correctas pueden ser revocadas. Este último caso sería el de las sentencias impugnadas a fin de uniformar jurisprudencia de una Cámara.

De lo hasta aquí expuesto puede concluirse que existen diferentes tipos de conceptos de decisión judicial defectuosa. En concreto, en este trabajo diferenciamos el concepto de decisión judicial dañosa por irregular, el concepto de decisión judicial defectuosa capaz de generar responsabilidad política, el concepto de delito judicial y el de decisión judicial recurrible. Estos conceptos son de tipo técnico y su contenido es más restringido y local que el concepto filosófico de decisión judicial defectuosa.

Esta reflexión técnica y local si bien no alcanza el grado de generalidad al que aspiramos con una noción filosófica es de incuestionable valor. Para alcanzar el caso central del concepto de decisión judicial defectuosa resta analizar con qué fin se busca prevenir, sancionar, subsanar o reparar esta clase de decisiones y establecer en qué medida tener en cuenta estas razones o fines nos ayuda a caracterizar a una decisión judicial defectuosa de un modo más general o filosófico.

En concreto, las razones por las que se suelen crear las figuras penales de cohecho, prevaricato, denegación y retardo de justicia son para garantizar la imparcialidad y la idoneidad ética (rectitud u honestidad) de los funcionarios judiciales y, de ese modo, proteger el prestigio, confiabilidad e, incluso, hasta pretender asegurar su irreprochabilidad e insospechabilidad. Parcialmente coincidente son los objetivos o las razones por las que se crean mecanismo que permiten responsabilizar políticamente a un juez por el contenido de sus sentencias. Con estos mecanismos se busca tanto garantizar de forma proporcionada la imparcialidad e idoneidad ética de los funcionarios judiciales, así como también, su idoneidad técnica. Todo eso, a fin de lograr un nivel razonable de confianza de los ciudadanos en la jurisdicción estatal.

Las razones por las que se erige un determinado modo de admitir la responsabilidad del Estado y de los funcionarios por los daños que causan se fundan en otras razones complementarias. En el sistema jurídico argentino, por ejemplo, el abordaje que predominó es aquel que buscó armonizar el derecho de quien sufre el daño con los bienes que persigue el Estado, con el derecho del resto de los ciudadanos. Para ello, se reconoce que la responsabilidad del Estado es directa y objetiva y, por tanto, alcanza con solo mostrar la “falta de servicio institucional de justicia” para dejar en evidencia la irregularidad judicial.

Finalmente, los remedios procesales que permiten recurrir las decisiones judiciales defectuosas buscan garantizar principalmente que las *decisiones* judiciales se ajusten,

en la mayor medida de lo posible a las exigencias de justicia, al derecho a que toda sentencia esté fundada en ley, al derecho al debido proceso y al derecho a una doble instancia. Aunque, también se justifiquen en otras razones como el beneficio que supone la unificación de la jurisprudencia, etc. A su vez, garantizar estos derechos y unificar la jurisprudencia colabora con el objetivo de aumentar la confianza de los ciudadanos en la jurisdicción estatal.

## 6.2. El caso central de la decisión judicial defectuosa

De todo este esfuerzo es posible arribar a la siguiente caracterización del caso central de decisión judicial defectuosa:

- i) el concepto de decisión judicial defectuosa incluye a: i.i) los delitos judiciales, por medio de los cuales los jueces de forma maliciosamente contraria a derecho deciden, retardan o se niegan a juzgar o lo hacen motivados corruptamente por dinero u otras dádivas; i.ii) las decisiones judiciales culposamente erróneas, producto de una falsa representación del caso, del derecho o de cómo debe razonar a partir de estas premisas el juez; y i.iii) la prestación deficiente del servicio de justicia por parte del Estado no por culpa de sus funcionarios sino por defectos institucionales o de organización del sistema de servicio judicial lo que da origen a una “falta de servicio institucional de justicia” (v. g., el retardo excusable de justicia);
- ii) la decisión judicial, para ser considerada defectuosa, debe ser: ii.i) corruptamente originada o/y ii.ii) objetiva y gravemente contraria a los hechos de la causa o al derecho: ii.i) al no utilizar alguna de las herramientas u opciones interpretativas que le brinda el sistema jurídico, ii.ii) produciendo un resultado contrario al que el servicio de justicia debió llegar, ii.iii) lo que permite diferenciar a la decisión judicial defectuosa de cualquier acto de aplicación, interpretación o valoración de las normas, los hechos o las pruebas que puedan resultar meramente opinables;
- iii) la decisión judicial que adolece de una irregularidad o anomalía, afecta: iii.i) la recta voluntad de quien decide; o su iii.ii) competencia para decidir; iii.iii) o la forma; o iii.iv) su fundamento: iii.iv.i) de hecho iii.iv.ii) de derecho, iii.iv.iii) o la relación de estas premisas de su fundamento; o iii.v) los efectos que pretende producir.
- iv) el uso del sintagma decisión judicial defectuosa claramente tiene por fin cumplir una función descalificadora, al buscar mostrar que la decisión judicial defectuosa adolece de una anomalía o irregularidad que hace que no pueda ser calificada como “decisión judicial” en sentido pleno.
- v) los sistemas jurídicos buscan evitar, corregir, reparar y sancionar este tipo de decisiones a fin de garantizar: v.i) una serie de derechos y garantías constitucionales de los justiciables (v. g., la garantía del debido proceso, el derecho a que toda sentencia esté fundada en ley y a la doble instancia); v.ii) la idoneidad ética y técnica de los funcionarios judiciales; y, finalmente, v.iii) la confianza de la ciudadanía en la administración de justicia,

Si tuviéramos que sintetizar el caso central de la noción decisión judicial defectuosa podríamos decir que es aquella que adolece de una irregularidad o anomalía que no permite considerarla como una “decisión judicial” en su sentido pleno o conforme a su

caso central. Dicha anomalía puede producirse intencionalmente o negligentemente por un funcionario judicial o por defectos institucionales o de organización del sistema de servicio judicial. Las irregularidades de las decisiones judiciales defectuosas se pueden encontrar en la intención corrupta o maliciosa de quien las toma, en la extralimitación u omisión de las facultades/deber legalmente establecidas para tomar esas decisiones, en el incumplimiento de la forma legalmente establecida para esa decisión, en el fundamento de hecho o derecho en que se las funda, en la relación entre estas premisas del fundamento o en los efectos que de ellas se pretenden. Para que el fundamento de las decisiones judiciales resulte defectuoso, dicho fundamento debe resultar objetiva y gravemente contrario a los hechos de la causa o al derecho, produciendo, por ello, un resultado contrario al que el servicio de justicia debió llegar, al no utilizar alguna de las herramientas u opciones interpretativas que le brinda el sistema jurídico<sup>13</sup>. Lo anterior permite diferenciar a este tipo de decisiones judiciales defectuosas de cualquier acto de aplicación, interpretación o valoración de las normas, los hechos o las pruebas que puedan resultar meramente opinables. Finalmente, las decisiones judiciales defectuosas afectan derechos fundamentales (v. g., debido proceso, garantía de que toda sentencia esté fundada en ley y a la doble instancia), en algunos casos, reflejan falta de idoneidad ética o técnica de los funcionarios judiciales y erosionan la confianza de la ciudadanía en la administración de justicia.

Si bien esta concepción multifacética de la decisión judicial defectuosa ha sido construida con la intención de ofrecer una comprensión focal de este fenómeno, pareciera que se sitúa bien dentro del uso común de la expresión “decisión judicial anómala o irregular”. En este sentido, podría decirse que la comprensión propuesta se corresponde en buena medida con muchos fenómenos sociales existentes que son considerados como ejemplos paradigmáticos de este tipo de decisiones. Solo restaría recalcar que esta noción de decisión judicial defectuosa es construida como su significado focal, no como su único sentido, capaz de excluir de la referencia del término todo lo que no posea todas las mencionadas características (Finnis, 2000, pp. 304 ss.).

Todo este desarrollo nos permite, además, reflexionar acerca de cuáles son las características centrales de las decisiones judiciales correctas o no defectuosas. En este sentido, del desarrollo de este trabajo se puede concluir que toda decisión judicial supone un procedimiento y el resultado del procedimiento que lleva a cabo el juez competente para resolver un problema con relevancia jurídica que ha sido sometido a su conocimiento (Carbonell, 2022, pp. 61 y 62). La decisión judicial requiere, al menos, para ser correcta: i) ser dictada con intención de obrar de forma lícita; ii) ser dictada por quien tiene competencia para ello, iii) respetar la forma que cada jurisdicción exige para el dictado de este tipo de decisiones, iv) fundar adecuadamente lo que se decide: al determinar las partes y el objeto del litigio, fijar los hechos de la causa, establecer el

13 Chiassoni precisa con detalle qué se puede entender por “interpretación correcta”. Al respecto, distingue la noción genérica, aquí utilizada bajo el nombre de “opciones interpretativas”, de seis nociones específicas: corrección ontológica, metodológica, ideológica, jurisprudencial, doctrinal y cultural. De este análisis se concluye que la omisión de estas distinciones ha llevado a “defender una (falsa) representación *moderadamente* objetivista del derecho y *moderadamente* cognoscitivista de la interpretación, así contribuyendo a preservar el mito del derecho como algo que, *por lo menos en algunas partes relevantes*, no depende de las operaciones de los intérpretes”. A nuestro juicio, desde el punto de vista externo las mencionadas distinciones es posible que conduzcan a las conclusiones que este autor propone. Sin embargo, asumida esta cuestión desde el punto de vista de la razonabilidad práctica o punto de vista del juez, es decir, de quien tiene que justificar o dar razones de por qué entiende una determinada interpretación como correcta, es posible que sea necesario reconstruir una noción de “corrección interpretativa” integral y más general (Chiassoni, 2024).

derecho aplicable, concluir una decisión que pueda derivarse en parte de las anteriores premisas y definir unos efectos para ella. Todo esto haciendo uso de las herramientas y opciones interpretativas aceptadas en una cada comunidad jurídica.

## 7. Conclusiones

El problema de dilucidar qué es una decisión judicial defectuosa, irregular o anómala no es sencillo. Como se ha mostrado, existen diferentes nociones de este fenómeno construidas para diferentes contextos jurídico-profesionales. Sin embargo, esta no parece ser una razón suficiente para asumir la contra-intuitiva afirmación de que estas nociones son imposibles de ser tratadas racionalmente y que todo esfuerzo en este sentido es meramente fingido o hipócrita. Por más que no parece existir un elemento unificador de estas nociones, es posible buscar su caso central.

Este caso central, se obtiene o construye poniendo en relación los datos que se recaban sobre un fenómeno, los diferentes usos que se les dan a estas nociones, etc., con las razones por las que se crean figuras, instituciones y, en este caso, recursos para prevenir, sancionar, reparar o corregir las decisiones judiciales defectuosas. De este esfuerzo se pudo concluir que existen diferentes clases de defectos judiciales, pero todas ellas afectan a la decisión judicial que los padece de modo que ella no puede ser considerada como el caso central de una decisión de este tipo.

A su vez, se advirtió que estas irregularidades pueden producirse intencionalmente, negligentemente o por defectos de la organización del sistema de justicia. Las mencionadas anomalías pueden afectar a las intenciones con que se toma la decisión judicial, a la definición y alcance de las facultades de quien la toma, su forma, fundamento de hecho, derecho, la relación entre estas premisas o los efectos que de ella se pretenden.

Dado que el derecho puede ofrecer en algunos casos más de una respuesta correcta, para que una decisión judicial sea considerada irregular ella debe, además, ser objetiva y gravemente contraria a los hechos o al derecho, obviando utilizar algunas de las herramientas u opciones interpretativas que le brinda el derecho. Esto ayuda a diferenciar entre una decisión judicial defectuosa de aquellas que son meramente opinables.

Finalmente, la razón porque este tipo de anomalías buscan ser evitadas o prevenidas, sancionadas, reparadas o corregidas es porque ellas tienen la capacidad de afectar derechos fundamentales (v. g., debido proceso, derecho a una sentencia fundada en ley y a la doble instancia), reflejar cierta falta de idoneidad ética o técnica de los funcionarios judiciales y afectar la confianza de la ciudadanía en el sistema de administración de justicia.

## Referencias bibliográficas

- Andrada, D. (2017). *Ley 26944. Responsabilidad del Estado y funcionarios*. La Ley, 2017.
- Bee Sellares, M. (2019). “Responsabilidad del Estado por actividad judicial”, *La Ley* 2019-E.
- Carbonell, F. (2022). “Un modelo de decisión judicial justificada para el proceso penal chileno”. *Polít. Crim.*, 17 (32), 58-84.
- Carbonell, F. (2023). “Los errores del juez. Presupuestos y tipologías”. En J. A. García Amado (Dir.), *El error judicial. Problemas y regulaciones*. Tirant lo Blanch.
- Carrió, G. (1995). *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema* (3ra ed.). Abeledo Perrot.
- Chiassoni, P. (2024). “Corrección interpretativa”. Presentado en las XXXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, 18/02/2024: <https://aafd.org.ar/noticia/xxxviii-jornadas-argentinas-y-v-jornadas-argentino-brasile%C3%B1as-de-filosof%C3%ADa-jur%C3%ADdica-y-social>
- Etcheverry, J. B. (2014). “Scope and Limits of General and Descriptive Theories of Law”. *Rivista di filosofia del diritto/Journal of Legal Philosophy*, 1, 151-170. doi: 10.4477/76545.
- Etcheverry, J. B. (2025). “Error judicial y decisión judicial defectuosa. Presupuestos, problemas conceptuales y tipologías”, pro-manuscrito.
- Ferrer Beltrán, J. (2010). “Sobre la posibilidad del error judicial y los desacuerdos irrecusables en el derecho. Once comentarios a las tesis de José Juan Moreso”. En J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís, y J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Finnis, J. (2000). *Ley Natural y Derechos Naturales* (Trad. de C. Orrego). Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- Galli Basualdo, M. (2006). *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*. Hammurabi.
- García Amado J. A. (Dir.). (2023). *El error judicial. Problemas y regulaciones*. Tirant lo Blanch.
- Hernández Marín, R. (2005). *Las obligaciones básicas de los jueces*. Marcial Pons.
- Malem Seña, J. (2009). “El error judicial”. En J. Malem Seña, Ezquiaga Ganuzas F. J. y Andrés Ibáñez, P., *El error judicial. La formación de los jueces*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Marienhoff, M. (1978). *Tratado de derecho administrativo* (Tomo III). Abeledo-Perrot.
- Mendonca, D. (1998) “Errores judiciales”, *Cuadernos de derecho público*, 4, 199-206.
- Moreso, J. J. (2010). “La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables”. En J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís, y J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Mosset Iturraspe, J. (1999). *El error judicial*. Rubinzal-Culzoni.

- Oribe, J. J. y Valerga Araújo, J. A. (2023). “Delitos contra la administración pública”. En N. D. Ramírez (Dir.) y C. Clarey y C. Bottini (Coords.). *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. BdF.
- Palacio, L. E. (2022). *Manual de Derecho Procesal Civil* (22da ed., Actualizada por C. E. Camps). Abeledo Perrot.
- Perrino, P. E. (2015). *La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*. La Ley.
- Santiago, A. (2006). “Régimen constitucional de la responsabilidad política de los magistrados judiciales”. En A. Santiago (Dir.), *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*. Ábaco.
- Santiago, A. (Dir.) (2016). *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos*. La Ley.
- Soler, S. (1994). *Derecho Penal Argentino. Parte especial* (4ta ed., 10ma reimp., actualizado por M. A. Bayala Basombrio). TPA.
- Webber, G., Yowell, P., Ekins, R., Köpcke, M., Miller B. W. y Urbina, F. J. (2018). *Legislated Rights – Securing Human Rights Through Legislation*. Cambridge University Press.

MATEO OVANDO ARIAS

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México

moasj.23@gmail.com

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6331-2349>

Recibido: 06/11/2025 - Aceptado: 15/12/2025

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:**

Ovando Arias, M. (2025). Teorías del conflicto como herramienta para la solución de disputas en la sociedad contemporánea. *Revista de Derecho*, 24(48), e488. <https://doi.org/10.47274/DERUM/48.8>

## Teorías del conflicto como herramienta para la solución de disputas en la sociedad contemporánea

161

**Resumen:** La teoría del conflicto ha sido una herramienta fundamental en las ciencias sociales para comprender las dinámicas de poder, desigualdad y transformación de la cultura de paz. Ha evolucionado hacia enfoques más complejos que integran dimensiones estructurales, culturales y psicosociales. El presente artículo tiene como objetivo analizar la evolución conceptual de la teoría del conflicto, destacando las contribuciones de autores clásicos y contemporáneos, así como sus aplicaciones prácticas en la resolución de disputas sociales. Se utilizó una metodología cualitativa documental empleando una revisión sistemática de literatura bajo directrices PRISMA, mediante un enfoque crítico y estructuralista. Los resultados revelan tres fases cruciales en el desarrollo teórico: fundacional, estructural-funcionalista y contemporánea. Se identifican tensiones entre enfoques dialécticos y funcionalistas, así como una creciente integración con estudios de paz, mediación y justicia restaurativa. Se concluye que la evolución de la teoría del conflicto nos ha permitido distinguir que el conflicto es parte de la dinámica social, convirtiéndose en herramienta útil para entender y cambiar las relaciones sociales en situaciones de desigualdad, violencia y exclusión. Esta revisión ofrece una base sólida para futuras investigaciones en conflictología y construcción de paz.

**Palabras clave:** teoría del conflicto; sociología jurídica; derecho social; transformación social; cultura de paz.

## Conflict theories as a tool for resolving disputes in contemporary society

**Abstract:** Conflict theory has long constituted a fundamental instrument within the social sciences for comprehending power dynamics, inequality, and the transformation of the culture of peace. Over time, it has evolved toward more complex approaches that seamlessly integrate structural, cultural, and psychosocial dimensions. The objective of this article is to analyze the conceptual evolution of conflict theory, highlighting the contributions of both classical and contemporary authors, as well as their practical applications in the resolution of social disputes. A qualitative documentary methodology was employed, utilizing a systematic literature review under PRISMA guidelines, through a critical and structuralist approach. The results reveal three crucial phases in theoretical development: the foundational, the structural-functionalist, and the contemporary phase. Furthermore, tensions are identified between dialectical and functionalist approaches, alongside a growing integration with peace studies, mediation, and restorative justice. It is concluded that the evolution of conflict theory has allowed us to distinguish conflict as an intrinsic part of social dynamics, thereby becoming a useful tool for understanding and altering social relations in situations of inequality, violence, and exclusion. This review offers a solid foundation for future research in conflictology and peacebuilding.

**Keywords:** conflict theory; legal sociology; social law; social transformation; culture of peace.

## Teorias do conflito como ferramenta para a solução de disputas na sociedade contemporânea

**Resumo:** A teoria do conflito tem se constituído como uma ferramenta fundamental nas ciências sociais para a compreensão das dinâmicas de poder, desigualdade e transformação da cultura de paz. Evoluiu para abordagens mais complexas que integram dimensões estruturais, culturais e psicossociais. O presente artigo tem como objetivo analisar a evolução conceitual da teoria do conflito, destacando as contribuições de autores clássicos e contemporâneos, bem como as suas aplicações práticas na resolução de disputas sociais. Utilizou-se uma metodologia qualitativa documental, empregando uma revisão sistemática da literatura sob as diretrizes PRISMA, mediante um enfoque crítico e estruturalista. Os resultados revelam três fases cruciais no desenvolvimento teórico: fundacional, estrutural-funcionalista e contemporânea. Identificam-se tensões entre enfoques dialéticos e funcionalistas, assim como uma crescente integração com os estudos da paz, mediação e justiça restaurativa. Conclui-se que a evolução da teoria do conflito nos permitiu distinguir que o conflito é parte intrínseca da dinâmica social, convertendo-se em uma ferramenta útil para compreender e alterar as relações sociais em situações de desigualdade, violência e exclusão. Esta revisão oferece uma base sólida para futuras investigações em conflitologia e construção da paz.

**Palavras-chave:** teoria do conflito; sociologia jurídica; direito social; transformação social; cultura de paz.

## 1. Introducción

Desde el siglo XIX hasta la actualidad, la teoría del conflicto ha sido transformada por las diferentes escuelas que han tratado de captar su naturaleza y las maneras de resolverlo. En este trabajo se hace un recorrido por las principales corrientes teóricas y sus máximos exponentes, para entender cómo las teorías de resolución de conflictos han ido evolucionando en los diferentes estratos sociales y culturas. En este sentido, el conflicto ha pasado de ser considerado una anomalía del orden social a ser un motor de cambio social y justicia. La teoría del conflicto es importante para América Latina, que tiene muchas desigualdades. Esta teoría brinda herramientas para entender mejor los conflictos sociales, incluyendo sus causas, cómo se desarrollan y posibles soluciones.

Desde sus orígenes en la sociología clásica, con Marx, Weber y Simmel, la teoría del conflicto ha sido transformada para dar cuenta de los cambios en las estructuras y paradigmas sociales. Como punto de partida para la comprensión de los conflictos, su relación con las luchas de clases, la violencia política y las dinámicas de poder en las instituciones evidencia la relevancia social de los supuestos. La utilidad práctica e intelectual de realizar un seguimiento a la historia de la teoría del conflicto radica en lograr su comprensión integral y cómo impacta en las desigualdades sociales. Es especialmente relevante considerar la transformación del vector del conflicto en la sociedad contemporánea, analizada a través del enfoque de los derechos humanos en relación con el acceso a la justicia social (Zuldin, 2019 y Botero, 2020).

A pesar de la vasta literatura, aún queda la tarea de trazar una trayectoria en la teoría del conflicto, desde las aportaciones clásicas hasta las modernas más afinadas y sus conexiones. La literatura usualmente separa el materialismo dialéctico de Marx o la síntesis de Marx y Weber por Dahrendorf sin integrar la totalidad de sus visiones o la variedad de métodos actuales sobre el conflicto, como el enfoque de Fisher y Ury para la resolución de conflictos o la transformación del conflicto para una cultura de paz, desde Galtung a Lederach y Vinyamata.

Pero también hay debates no resueltos, como las visiones funcionalistas vs. dialécticas del conflicto (Coser vs. Dahrendorf). Esta separación restringe la posibilidad de construir una comprensión integrada de los procesos de conflicto y su potencial para el cambio social (Grunwald & Herber, 2018). Entre sus consecuencias se encuentran teorías fragmentadas y dificultades para resolver empíricamente conflictos sociales complejos.

El marco teórico de esta revisión se basa en los conceptos articulados de conflicto social, estratificación y poder social, tal como los aborda la teoría marxista de lucha de clases, la teoría de Boulding sobre la génesis de la cultura de paz, la teoría de Dahrendorf sobre autoridad y grupos de conflicto, y la teoría multidimensional weberiana de estatus social y poder, todas desarrolladas en el siglo XX (Turner, 2024). Estas ideas dan los materiales para la teoría del conflicto, combinando desigualdades estructurales con procesos de conflicto social y resaltando las relaciones de poder institucionalizadas (Kühne & Leonardi, 2019).

La justificación de esta revisión desde un enfoque estructuralista es hacer un recorrido histórico por los cambios de la teoría del conflicto y ver qué es lo que autores/teóricos actuales están aportando. Al integrar diversos enfoques, esta revisión busca dar cuenta

de las teorías que le dan continuidad y teorizan sobre el conflicto como un fenómeno social polifacético (Botero, 2020). Este estudio ayuda a cerrar la brecha teórica existente, ofreciendo un marco conceptual completo para investigar las variables en conflictología y su uso en la resolución de conflictos científicos (Khaswara & Hambali, 2021; Sidik & Setia, 2024).

Esta lectura hace uso de la metodología de revisión y el rastreo bibliográfico como eje, disertando sobre textos clásicos y actuales centrales para intentar seguir ciertas líneas teóricas y temáticas. El marco analítico combina enfoques macro y micro sociojurídicos para explorar la trayectoria de la teoría del conflicto. Los resultados se agrupan por temas, desde los orígenes clásicos hasta las interpretaciones contemporáneas y los enfoques emergentes, ofreciendo una historia narrativa del campo (Nugroho, 2024).

El propósito de este informe es revisar la literatura que existe sobre “Evolución de la teoría del conflicto a través del tiempo; las aportaciones específicas de las obras de los principales y otros autores”. Esto para dar cuenta de manera explicativa del desarrollo histórico de la teoría del conflicto. Esta revisión es relevante, ya que la teoría del conflicto continúa siendo un marco teórico central en sociología, derecho y campos relacionados para estudiar la desigualdad social, el poder y el cambio social. Iniciando desde los aportes de Karl Marx, Georg Simmel, Max Weber, Lewis Coser, Ralf Dahrendorf, Johan Galtung, Thomas-Kilmann, Entelman, Redorta y autores más contemporáneos. Esta reseña crea una base conceptual clara para distinguir la relevancia de la teoría del conflicto en la sociedad, ofreciendo información útil para futuras investigaciones y aplicaciones en el análisis y resolución de conflictos sociales, ya sean desde el paradigma cuantitativo, cualitativo o mixto.

Durante el período clásico (1818-1920), Marx (1818-1883) fue uno de los pocos teóricos fundadores de la teoría del conflicto, donde su enfoque enfatiza la naturaleza conflictiva de un sistema social debido a la distribución desigual de recursos, especialmente el poder (Montaña, 1991). Marx interpretó los conflictos como una evolución hacia luchas bipolares que culminan en una reestructuración social, particularmente las disputas violentas entre las clases sociales. Su examen de la sociedad se enfocó en orientar los conflictos hacia la transformación social, un enfoque que el autor caracteriza como político-activista. Esto establece un contraste histórico con las perspectivas más pasivas adoptadas por otros teóricos. Las visiones marxistas referentes al conflicto persisten en los análisis de las ciencias sociales, reconociendo su impacto en la evolución de los marcos teóricos contemporáneos (Marx y Engels, 1848; Marx, 1859; Li, 2024 y Kretchmar, 2024).

Georg Simmel (1858-1918) desarrolló una teoría del conflicto que contrasta significativamente con Marx, a pesar de compartir algunas bases comunes. Simmel analiza el conflicto como mezcla de procesos asociativos y disociativos, originados no solo por conflictos de interés, sino también por instintos hostiles inherentes. Su enfoque busca abstraer formas sociales básicas, considerando propiedades del conflicto como regulación, confrontación directa y violencia a lo largo de un continuo (Simmel, 1955). Simmel ve el conflicto causando resultados tanto para totalidades sociales como para sus partes, con variación basada en violencia y contexto sociocultural, distinguiéndose de Marx al no siempre asociar conflicto con cambio (Simmel, 1904; Gerardi, 2023). Esta visión crea una teoría de la modernidad centrada en experiencias personales, cambios, fragmentación y estética, complementando análisis más sistemáticos de Weber. Investigaciones recientes

comparan las posturas de Simmel y Galtung sobre el conflicto, destacando cómo Simmel instala su concepción en cultura occidental kantiana y hegeliana (Fuchs, 1991).

Max Weber (1864-1920) desarrolló análisis complementarios sobre la modernidad y el conflicto, estableciendo un marco sistemático del proceso de racionalización occidental. El análisis weberiano del conflicto forma parte de su teoría sobre la estratificación y los sistemas de dominación. Se enfoca en entender cómo funcionan las dinámicas de poder en las estructuras sociales (Giddens, 1971 y Chojnacki, 2012). Weber hizo críticas relevantes a la obra de Simmel, su amigo y colega. A su vez, la idea de Simmel sobre la tragedia de la cultura moderna influyó el análisis de Weber sobre la sociedad actual, la cual veía como una “jaula de hierro” de la razón burocratizada. La matriz intelectual común entre Weber y Simmel, marcada por herencia de Goethe y Kant, así como recepción crítica de Marx y Nietzsche, establece bases para sus respectivas teorías (Weber, 1930; Weber, 1968 y Casteel, 2021).

En la primera mitad del siglo XX (1910-1950), Kenneth Boulding (1910-1993) aparece en el período inicial de Estudios de Paz como el más destacado teórico del pacifismo que aplicó métodos de ciencias sociales para generación de logros pacifistas, mediante uso de técnicas para resolución de conflictos (Boulding, 1962). En sus trabajos finales, Boulding se acerca a la visión optimista de la paz, considerándola como un proceso casi inconsciente de aprendizaje, apreciable en la expansión de territorios con paz estable en los últimos 150 años (Boulding, 1978 y Harty y Modell, 1991). Esta versión de paz como parte inherente de acción humana se aproxima a corrientes más actuales en la materia, influyendo en el desarrollo de perspectivas contemporáneas (Scott, 2022). Boulding formó parte del grupo de miembros iniciales en formación de estudios de paz y conflictos, junto con Anatol Rapoport, estableciendo bases disciplinares. Su trabajo se centró en la prevención de guerra, contribuyendo significativamente al campo de estudios transdisciplinarios del conflicto y construcción de paz (Boulding, 1957; Bayer y Kacowicz, 2025).

Lewis Coser (1913-2003): Su desarrollo se centró en las funciones del conflicto para el mantenimiento del *statu quo*, trabajo reconocido por Dahrendorf como importante en el campo. Puente entre Simmel y funcionalismo, donde conceptualiza las funciones positivas del conflicto (cohesión, innovación) para institucionalizar el conflicto, entorno adaptativo; relecturas recientes lo vinculan con dinámicas de orden/justicia (Coser, 1956). Su enfoque funcionalista del conflicto examina cómo las tensiones pueden fortalecer la cohesión grupal y mantener estructuras sociales existentes, contrastando con perspectivas que enfatizan el conflicto como agente de cambio radical. Define conflicto como “lucha con respecto a valores y derechos sobre Estados, poderes y recursos escasos, lucha en la cual el propósito es neutralizar, dañar o eliminar a los rivales”. Las teorías de Coser han sido incorporadas en análisis contemporáneos de gestión de conflictos organizacionales e institucionales, donde se reconoce que ciertos niveles de conflicto pueden ser productivos para innovación y adaptación (Coser, 1967 y Solaja, 2018).

A mediados del siglo XX (1929-1960), Ralf Dahrendorf (1929-2009), sociólogo del conflicto y la ciudadanía, define al conflicto como algo inherente a las relaciones de autoridad y puede ser motor de cambio institucional (Dahrendorf, 1958). Establece que el conflicto y el consenso son prerequisites mutuos; no existe conflicto sin consenso previo y viceversa. La fuente estructural primera de conflictos se halla en la desigual

distribución del poder, denominada distribución dicotómica de la autoridad (Dahrendorf, 1959). Esto constituye el principal exponente de la postura que considera la sociedad con dos caras: conflicto y consenso, proponiendo que la teoría sociológica debe dividirse en la del conflicto y la del consenso.

Dahrendorf asignó a teóricos del consenso examinar la integración de valores en la sociedad, mientras que los del conflicto estudian disputas de intereses y coerción que mantienen unión social frente a tensiones. Admitió que la sociedad no puede existir sin conflicto y consenso, siendo prerequisites mutuos, pues no puede darse conflicto sin consenso previo y el conflicto puede conducir a consenso e integración (Meifort, 2019). Reconoció la importancia del trabajo de Lewis Coser sobre funciones del conflicto para el mantenimiento del *status quo*, pero creía que esta función es solo parte de la realidad social, pues el conflicto también conduce a cambio y progreso (Coser, 1968). Afirmando que grupos de conflicto, una vez constituidos, se involucran en acciones que provocan cambios en la estructura social: cuando el conflicto es agudo, los cambios son radicales; cuando va acompañado de violencia, el cambio estructural es súbito. Concluye que los conflictos no son anomalías ni fallas del sistema, sino una parte normal y estructural de cualquier sociedad. El conflicto, manejado adecuadamente, puede ser productivo: permite el cambio social, la redistribución del poder y la ampliación de las oportunidades de vida, entendidas como la capacidad de elegir y participar en la sociedad (Kühne, 2020).

Johan Galtung (1930-2024) es fundador de los estudios de paz. Su teoría plantea una transformación de estructuras y narrativas que sostienen el daño; es decir, introduce una distinción fundamental entre paz negativa (ausencia de guerra) y paz positiva (presencia de justicia social y equidad). Su método TRANSCEND busca soluciones que creen realidad atractiva para todas las partes. Es una figura clave en los Estudios de la Paz y el Conflicto, creando herramientas de análisis desde los años 60 que han sido utilizadas y mejoradas por otros, y que se aplican bien a conflictos internos con impactos en otros países (Galtung, 1985).

Galtung amplió la noción de violencia estructural, integrando las inequidades de la justicia social en una comprensión más profunda de la paz que la ausencia de violencia directa. Estudios recientes que analizan las perspectivas de Simmel. En la concepción galtungiana del conflicto, señalan que está enraizada en el pensamiento oriental (y en particular, en el budista japonés y el taoísta chino), a diferencia de las raíces occidental-simmelianas (Baça, 2023). Este enfoque ayuda a encontrar reglas generales que explican la estabilidad y el cambio en la vida diaria y en la sociedad. Propone una “Tercera Vía” combinada o una paz “positiva” más centrada en las personas en el contexto de los conflictos. La distinción hecha por Boulding y Galtung sobre la paz negativa y positiva sigue siendo fundamental en los estudios contemporáneos sobre las interrelaciones entre las diversas normas y niveles de paz que se practican.

La violencia directa, estructural y cultural, y el triángulo que las articula, se han mapificado y ratificado en lo que hoy se conoce como el triángulo de la violencia de Galtung. En este triángulo, la gráfica de Galtung trazó el componente de violencia como la diferencia entre lo que es potencial y lo que es en el conflicto. Galtung postuló que, al hacer investigación sobre la paz, el enfoque tiene que ser empírico, crítico y constructivo, ya que el propio Galtung integró datos, teoría y valores en un marco holístico (Galtung,

1969; Galtung, 2007). Estos contrastan marcadamente con la paz positiva de Galtung, ya que esta última tiene que lidiar con formas de injusticias sociales y no solo con la ausencia de violencia directa; está en alineación con los movimientos de derechos humanos y justicia transicional de América Latina que buscan transformar los impulsores del conflicto (Rahman et al., 2023).

Para la década de 1970-1980, Kenneth Thomas y Ralph Kilmann desarrollaron un instrumento para valorar la conducta individual en situaciones conflictivas y plantearon cinco modos de conflicto (Thomas & Kilmann, 1974). El Instrumento Thomas-Kilmann de Modos de Conflicto (TKI) evalúa la conducta del individuo en situaciones de conflicto donde intereses de dos personas parecen incompatibles. Este modelo define conducta según dos dimensiones básicas: asertividad (medida en que el individuo intenta satisfacer sus propios intereses) y cooperación (medida en que intenta satisfacer intereses de otra persona) (Kilmann & Thomas, 1977; Kilmann, 2023). Estas dimensiones definen cinco métodos para resolver conflictos: competidor, colaborador, compromiso, eludir y acomodadizo, representados en un modelo bidimensional que adapta trabajos de Blake y Mouton sobre el *Managerial Grid*. El perfil TKI indica el repertorio de modos para manejo de conflictos que individuos emplean en situaciones conflictivas que enfrentan, siendo ampliamente utilizado en contextos organizacionales y educativos (Blake & Mouton, 1964; Thomas, 1992; Feezel, 2018).

El enfoque de negociación por principios fue desarrollado por Roger Fisher y William Ury (1922-1953) como parte del Proyecto de Negociación de Harvard. Juntos establecerían las bases para cuatro elementos que cambiaron nuestra forma de ver el conflicto y cómo manejarlo: *las personas* (separación de individuos y problemas), *los intereses* (concentrarse en intereses, no en posiciones), *las opciones* (ofrecer alternativas de beneficio mutuo) y *los criterios* (definición de criterios objetivos basados en legitimidad) (Gan, 2017). Este método surge como una respuesta para mejorar las estrategias de negociación tradicionales. Se describe como un punto intermedio entre la negociación posicional (ataque-defensa) y las estrategias colaborativas (Fisher & Ury, 1981; Fisher, Ury & Patton, 2011).

El método de Harvard de negociación es como un oasis en medio del árido desierto de negociación, capaz de aliviar y facilitar procesos de negociación más complejos. Fisher y Ury demostraron que un acuerdo óptimo es aquel que satisface los intereses de ambas partes y que, además, es justo y duradero. El análisis de la disposición como una forma intermedia entre el “juego de posiciones” y las estrategias colaborativas, así como la demostración de que un acuerdo satisfactorio satisface los intereses de ambas partes, es justo y a largo plazo. Igualmente, los estudios modernos que siguen usando este modelo en el ámbito educativo y organizacional muestran el uso de la negociación de interés mutuo e integrativa como una alternativa ganar-ganar para solucionar controversias (Reifenberg & Long, 2017).

Collins, un destacado sociólogo estadounidense, en la última década del siglo XX combinó enfoques microsociológicos con análisis macrosociales, desarrollando una teoría del conflicto que incorpora elementos emocionales y rituales (Johannessen & Collins 2024). Collins dio evidencia de cómo la energía emocional y la solidaridad se producen en el *face to face*. Esta microsociología considera importante que el contacto emocional contribuya a la génesis de relaciones sociales y estructuras de poder en una variedad de situaciones (Mizrahi-Werner et al., 2024 y Goldenberg, 2023). El escrito examina elementos

como la mutualidad, la orientación emocional compartida y la sincronicidad rítmica. Además, trata sobre violencia y colaboración creativa (Collins, 1975).

Christopher Moore ha estado en activo desde los años 70. Es un reconocido mediador de conflictos y ha intervenido en más de 50 países. En su trayectoria, Moore ha negociado entre gobiernos, empresas privadas y ONGs. Ha logrado consensos en disputas sobre recursos naturales, desarrollo minero-energético y políticas públicas. Probablemente, fue un activista de derechos civiles en los Estados Unidos en la década de 1970 y, después de eso, acumuló una amplia experiencia en mediación internacional (CDR Associates, 2013). Gracias a este marco de análisis se puede tener un mejor entendimiento sobre la forma en que cada dimensión contribuye al conflicto. Esto ayudará a los mediadores a diseñar estrategias de mediación específicas para cada dimensión. También se discuten tres papeles generales de mediación: mediadores con autoridad, mediadores de redes y mediadores independientes, que proporcionan un marco práctico para diferentes contextos de intervención (Moore, 1986; 1996; 2003; 2014).

Remo F. Entelman (finales del siglo XX) propone una teoría del conflicto en general o del género conflicto, poniendo a consideración la idea de un concepto universal de conflictos (Entelman, 2002). Propuso una teoría general del conflicto específicamente adaptada al contexto latinoamericano. Definió el conflicto como una especie de relación social en la que hay objetivos de distintos miembros de la relación que son incompatibles entre sí. Su trabajo se centró en desenvolver herramientas analíticas para comprender las dimensiones estructurales y dinámicas del conflicto. Distinguiendo entre dimensiones actorales (centradas en los actores) y objetales (centradas en los objetivos) del conflicto, proporcionando un marco para analizar diferentes tipos de disputas (Pucci, 2004; Lorca & Silva-Escobar, 2023).

Esta concepción del conflicto como especie del género relaciones sociales postula que, en su generalidad, dichas relaciones contienen áreas de incompatibilidad de objetivos (conflictos) que coexisten con otras de compatibilidad o coincidencia de objetivos. Su obra “Teoría de conflictos”: hacia un nuevo paradigma pretende construir una visión universalista del género conflicto, generalizando conocimientos que otros han desarrollado sobre los conflictos. Entelman descubrió que, entre Estados, las exigencias de uno no se fundan en derecho similar del otro y, a pesar de eso, los Estados, en muchos casos, han resuelto sus conflictos sin guerra. Es imperativo para Entelman concebir la idea de una región ontológica que solo denote características comunes y esenciales de los conflictos (Zhang et al., 2023 y Su & Rungruang, 2023).

Bernard S. Mayer (finales del siglo XX) desarrolló críticas importantes a prácticas contemporáneas de mediación, especialmente en Australia y Norteamérica, en su obra “Beyond Neutrality: *Confronting the Crisis in Conflict Resolution*” (Mayer, 2004). De acuerdo con Mayer, las suposiciones que constituyen el modelo estadounidense actual de resolución de conflictos son erróneas, por lo que el rol de quien resuelve el conflicto debe ser redefinido. Su objetivo es contrarrestar la crisis detectada en el área de la resolución de conflictos invitando a expertos a reconsiderar sus métodos y requerir reflexiones éticas claras en las prácticas de mediación. Las ideas de Mayer son revisar críticamente principios de neutralidad en la mediación, donde se deben considerar marcos más complejos que reconozcan las dinámicas de poder y los contextos estructurales en los conflictos. (Mayer, 2012 y Gómez et al., 2023).

En la transición siglo XX-XXI, la Transformación Cultural planteada por John Paul Lederach (1955-presente) desarrolló la teoría de la transformación de conflictos, argumentando que estos deben ser vistos como oportunidades para el crecimiento y cambio positivo. Lederach propuso que la transformación de conflictos debe abordar cuatro dimensiones: personal, relacional, estructural y cultural. Su gran imagen de la transformación de conflictos incluye tres investigaciones interconectadas: la situación presente, el horizonte del futuro y los procesos de cambio (Lederach, 1995 y Mattl, 2008).

Constituyó uno de los reconocimientos permanentes en vida y obra relacionados con acción mediadora en conflictos armados en América Latina, África y Asia Central y Suroriental. Su vasta experiencia en procesos de mediación se suma a la reflexión trascendental respecto a transformaciones de conflictos bélicos luego de la Guerra Fría, caracterización de guerras intraestatales y conflictos armados asociados a procesos de identidad. Su propuesta para transformar conflictos en una paz duradera se enfoca en crear métodos que se adapten a la cultura, apoyados en el diseño y la aplicación de enfoques integradores y estratégicos para construir la paz (Lederach, 2005 y Omoyefa, 2014).

En su trabajo sobre Reconciliación Sostenible en Sociedades Divididas, expone teoría para la construcción de paz con sentido de largo plazo, basada en tres ejes de análisis. El primer eje se enfoca en la necesidad de unir iniciativas de paz que vienen de la comunidad con los esfuerzos de líderes sociales y del gobierno. El segundo eje busca integrar diferentes aspectos del conflicto, desde lo personal hasta las interacciones más comunitarias. Lederach introduce interpretaciones que permiten ampliar el concepto de paz más allá de relaciones entre grupos o estados, involucrando análisis acerca de la violencia estructural (Lederach, 2003 y Coleman et al., 2024).

Eduard Vinyamata Camp (finales del siglo XX) desarrolla conceptualizaciones sobre mediación como proceso de comunicación entre partes en conflicto con ayuda de mediador imparcial. Este proceso procurará que personas implicadas en disputa puedan llegar, por ellas mismas, a establecer acuerdo que permita recomponer buena relación y dar por acabado, o al menos mitigado, el conflicto. Además, busca que actúe preventivamente o de cara a mejorar relaciones con los demás (Vinyamata, 1999). Argumentando que la importancia de saber resolver conflictos no debe restringirse a una ocupación, sino que debe ser parte de la cultura de la vida cotidiana (Vinyamata, 2015).

Vinyamata sugiere escapar de los planteamientos binarios en que, con frecuencia, los mismos mediadores incurrir, puesto que estamos acostumbrados a vivir en cultura con mentalidad dualista (Losada & Briz, 2024). Los diseños que contribuyan a romper la dualidad suelen promover, por sí mismos, alternativas, terceras vías y síntesis. Su trabajo enfatiza que la mediación facilita comunicación, desahoga emociones, reduce efectos negativos del conflicto, está centrada en el futuro, tiene en cuenta necesidades de todos, reduce malentendidos y produce acuerdos que se puedan aceptar y cumplir (Bates, 2024 y Vigil, 2024).

Sara Cobb (finales del siglo XX) desarrolló el Modelo Circular Narrativo ubicado en nuevos paradigmas, al apoyarse en teorías posestructuralistas narrativas. Este modelo trata de cambiar la historia que cada parte ha elaborado y conseguir acuerdos en la medida de lo posible, siendo considerado eficaz y requiriendo mayor profundización en

su conocimiento. Una de las premisas de las que parte es que con el lenguaje construimos e idealizamos la realidad; por lo tanto, modificando las narraciones, alteramos la percepción de esa realidad (Cobb, 1993 y Castell & Garde, 2022).

Nuestro sentimiento es resultado de las narrativas, de historias que nos contamos a nosotros mismos en primera persona y de historias que escuchamos y aceptamos de otras personas sobre nosotros mismos (Cobb, 2013b). Para el contexto de la mediación, cuando dos personas concurren a dicho proceso, ya se han definido a sí mismas como adversarias; por lo tanto, esto contribuye a la producción de historias o narraciones de acusación, reproche, justificación y negación. Este método de mediación se basa en cuatro etapas, cada una pudiendo estar compuesta por varias sesiones de mediación, donde el eje central es la comunicación y el manejo de esta. Cobb demostró que las narrativas no solo describen la realidad, sino que la construyen, y que transformar estas narrativas puede cambiar fundamentalmente la dinámica del conflicto (Cobb, 2013; Cobb, 2013c).

Finalmente, en el siglo XXI, se detectan autores contemporáneos como Josep Redorta, abogado y doctor en psicología, que desarrolló análisis de conflictos por patrones (CAT©). Se destacan conceptos como tipologías, patrones repetitivos y diagnóstico. Es reconocido experto en análisis de conflictos que considera que los profesionales precisan conocer por qué las cosas funcionan o no en sus intervenciones (Redorta, 2004). Redorta piensa que saber analizar el conflicto y sus procesos subyacentes es la clave de una intervención eficaz, acentuando la importancia de herramientas analíticas rigurosas (Redorta, 2021).

Redorta aborda la influencia en grupos y sus principios básicos, incluyendo un anexo de recursos y figuras de resolución de conflictos que considera poco utilizadas. Cree que la mediación empieza a ser conocida, aunque su uso es insuficiente, y que el campo de resolución de conflictos va mucho más allá de la mediación estándar conocida. Destaca que se aplican escasísimos recursos a investigación en resolución de conflictos, ejemplificando con la guerra: “Financiamos ejércitos, pero no educación para la paz”. Redorta se muestra sorprendido por su capacidad de aunarse, pues “la norma legal se apoya en reglas sociales que conviene conocer”, aunque “falta mucho trabajo multidisciplinar para consolidar la conflictología como disciplina autónoma hoy en construcción” (Redorta y María, 2016 y Redorta, 2019).

Francisco Javier Gorjón Gómez, investigador de la Universidad Autónoma de Nuevo León de México (siglo XXI), define mediación como valor intangible del poder y vía para bienestar y felicidad personal, planteándola como institución social que representa instrumento de poder. En 2021, posiciona la mediación como vía hacia la armonía y aporte a la salud mental laboral. Este concepto se ancla en términos como mediación, política de bienestar e intangibles (confianza, perdón, cultura del diálogo). La mediación tiene externalidades positivas en convivencia y salud relacional.

Gorjón Gómez ha publicado extensamente sobre mediación familiar en México, analizando avances en justicia alternativa para conflictos familiares y su reciprocidad con objetivos de desarrollo sostenible. Su libro “El poder de la mediación” (Gorjón Gómez, 2023) brinda herramientas teóricas, conceptuales y prácticas novedosas para comprender cómo la mediación incide positivamente en la resolución de conflictos a diversas escalas (Gorjón Gómez, 2022). Gorjón plantea la mediación como forma de gestionar conflictos para que las partes involucradas los resuelvan, partiendo de la acepción general del

mediador como gestor de conflictos que conlleva el proceso, permitiendo a las partes lograr un objetivo común (Gorjón Gómez, 2020). Define mediación como valor intangible del poder y vía para bienestar y felicidad personal, planteándola como institución social que representa instrumento de poder.

Ramón Monje y Gorjón Gómez (2021) colaboraron en investigaciones sobre mediación para reducción de conflictos interpersonales en contexto organizacional, destacando naturaleza perceptual e intangible inmersa en relaciones humanas y posicionando mediación como vía hacia armonía, bienestar y aporte a salud mental laboral. Sus trabajos sobre mediación, valor intangible y efectos operativos proporcionan visión integradora de métodos alternos de solución de controversias, siendo ampliamente citado en literatura académica mexicana.

A manera de conclusión de este apartado conceptual, entre 1830 y 1935 se estructuraron los fundamentos clásicos de la teoría del conflicto. Los primeros sociólogos concibieron el conflicto como constitutivo y motor de cambio social en esta fase. Las disputas versan sobre la lucha de clases, las relaciones de autoridad y la diferenciación social, enfatizando cómo las asimetrías materiales y simbólicas estructuran la vida colectiva. Este contexto teórico nos dará bases conceptuales –poder, dominio, intereses, ideología– que permitirán, más adelante, realizaciones rigurosas y ampliaciones interdisciplinarias.

Entre los años 1945 y 1975 puede observarse una formalización y expansión de la teoría del conflicto. La literatura muestra tipos, ideas y modelos que disocian función visible y oculta del conflicto, así como las asunciones del funcionalismo. Se proponen puentes entre lecturas dialécticas y funcionales que ayudan a explicar la persistencia del orden en contextos disputados. Así, el andamiaje lógico se consolida, lo que permite mejorar la capacidad explicativa y la aplicabilidad empírica de las lecturas.

De 1976 a 1999, el enfoque que más se utiliza es el de integración y diversificación. En la teoría del conflicto están presentes el interaccionismo simbólico, la teoría crítica y algunos enfoques sociojurídicos, dejando de lado el determinismo. El análisis de la jerarquía, desigualdad y los procesos institucionales resulta más relevante. Igualmente, los procesos de aceptación y resistencia que impactan en organizaciones, sistemas jurídicos y políticas públicas resultan pertinentes.

Conexiones entre lo clásico y contemporáneo, vinculando categorías heredadas con emergentes agendas globales, se establecen de 2000 a 2010. La investigación amplía el estudio a temas como la violencia política, los movimientos de masas y las luchas por derechos sociales. Incluye también herramientas para la gestión de conflictos y para la elaboración de acciones de transformación social. Se pasa de la simple diagnosis a marcos de acción y de gobernanza del conflicto.

Los desarrollos contemporáneos se centran en el conflicto entre 2011 y 2024. Se abordan los mismos desde un múltiple enfoque. En la literatura se integran los estudios de paz y teorías de resolución. La violencia estructural, la exclusión social y la interseccionalidad, por su parte, sirven como claves interpretativas. Esta visión integral articula los niveles micro y macro, conecta experiencias situadas con amplios procesos políticos y revela las implicaciones normativas y de política pública para la protección de la dignidad en contextos culturales diversos.

La evolución conceptual del conflicto fue de una óptica estructural y dialéctica hacia enfoques más integradores y transformativos. La pregunta de investigación que formularemos utilizando el acrónimo PICO es la siguiente: ¿Cuáles son las trayectorias teóricas identificables en la evolución del concepto de conflicto, desde Marx (1850) hasta Galtung (2020), y cómo estas transformaciones reflejan cambios en los paradigmas sociojurídicos y en la conceptualización de la justicia social? Este artículo va a tratar sobre la teoría del conflicto. Esto va a ofrecer herramientas conceptuales para construir un entendimiento que explique las tensiones que acarrea la Edad Contemporánea.

La teoría del conflicto, en su desarrollo, hace evidentes estas contradicciones y proporciona marcos para abordarlas desde el derecho social. El conflicto, entonces, no es solo un objeto, sino un instrumento de transformación jurídica que tiene como finalidad la justicia social. Se deja de lado la noción de disfunción o amenaza, para pasar a ser una oportunidad de transformación, de conversación, de reconstrucción social. Este marco conceptual entiende el conflicto no como patología social, sino como la manifestación de tensiones que emergen en escenarios marcados por la desigualdad, la exclusión o la lucha por el reconocimiento.

Ante la dispersión en la producción teórica sobre conflicto, la misma no ha sido sistematizada para su uso o aplicación a marcos jurídicos latinoamericanos que se encuentran marcados por un entrelazamiento de tradiciones jurídicas romano-germánicas, pluralismo jurídico indígena y herencias autoritarias. Esta revisión trata de mitigar esta brecha mediante un análisis crítico sobre las posibilidades y límites de la teoría del conflicto para transformar el derecho en la región.

172

## 2. Metodología

Estudio cualitativo que revisa documentos de manera analítica e integradora, basado en un enfoque crítico y utilizando un método teórico estructuralista. El objetivo fue analizar las teorías y comparar explicaciones sobre el conflicto y su conexión con el derecho social. Esto ofrece una visión completa de cómo ha cambiado el estudio del conflicto, desde enfoques sociopolíticos hasta métodos prácticos para resolver conflictos en México.

El siguiente procedimiento asegurará que su búsqueda bibliográfica sea tanto exhaustiva como manejable (cada consulta devuelve un conjunto de documentos estrechamente alineados con una faceta particular de su tema):

1. El universo lo constituyeron textos académicos (artículos arbitrados, libros académicos, capítulos y tesis de posgrado) publicados entre 1950 y 2024. Se consultaron bases de datos como: Scopus, 100 % Web of Science, Dialnet, SciSpace, Semantic Scholar, Dimensions, Redalyc, Taylor & Francis, Google Académico y Research Rabbit.
2. Se hicieron cadenas booleanas usando términos principales y sinónimos: “conflict theory” OR “teoría del conflicto” AND (Marx OR Weber OR Simmel OR Dahrendorf OR Coser OR Galtung OR “restorative justice” OR “mediación” OR “cultura de paz” OR “Derecho social”). La búsqueda se ejecutó en tres rondas: (1) exploratoria, (2) sensible (máxima recuperación), (3) específica (máxima precisión). Se documentó

bitácora de búsqueda (fecha, base, cadena, filtros, n.º hallazgos) y se gestionaron registros en un gestor bibliográfico.

### 3. Criterios:

Criterios de inclusión:

- Evolución de la teoría del conflicto a lo largo del tiempo, destacando las contribuciones específicas de autores prominentes y otros autores relevantes.
- Impacto de los teóricos clásicos y contemporáneos en la evolución de la teoría del conflicto, destacando autores menos conocidos y su relevancia en la actualidad.
- Estudios teóricos, empíricos o de revisión que aborden directamente la evolución de la teoría del conflicto.
- Publicaciones académicas con respaldo institucional (revistas indexadas, tesis de posgrado, libros académicos).
- Documentos publicados entre 1830 y 2024.
- Textos que presenten aportes de autores clásicos y contemporáneos relevantes.
- Estudios que analicen el conflicto desde perspectivas sociales, jurídicas, políticas y educativas.

Criterios de exclusión:

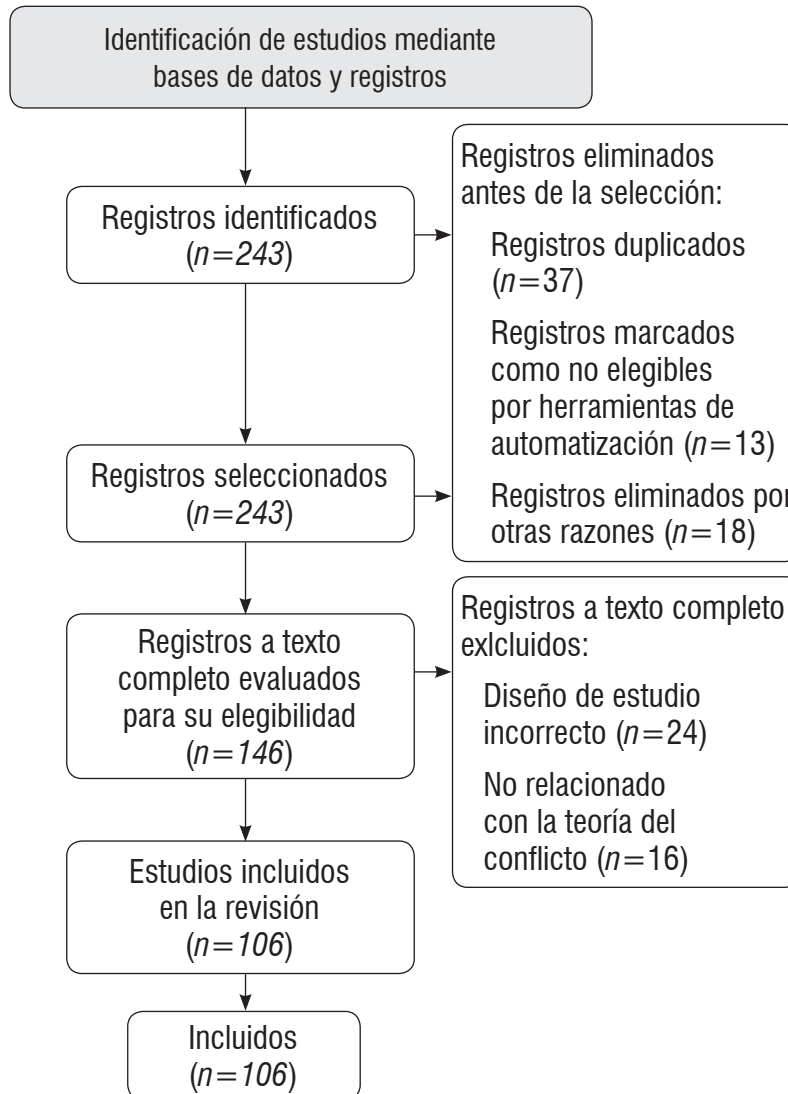
- Documentos sin respaldo académico (blogs, artículos de opinión, contenido no revisado por pares).
- Estudios que aborden el conflicto exclusivamente desde una perspectiva empírica sin marco teórico.
- Publicaciones duplicadas o fragmentadas.
- Textos que no presenten relación directa con la evolución teórica del conflicto.
- Estudios con limitaciones metodológicas graves (falta de fuentes, sesgo evidente, ausencia de marco conceptual, revistas sin indexación).

4. Proceso de cribado (fases). Fase 1—Título/Resumen: dos revisores cribaron independientemente. Fase 2—Texto completo: evaluación de pertinencia teórica y calidad formal. Fase 3—Muestreo teórico: selección estratégica para asegurar representación de escuelas (clásica, funcionalista, crítica, estudios de paz, enfoques latinoamericanos) y de autores nodales y “periféricos”. Las discrepancias se resolvieron por consenso; se registró diagrama de flujo (identificación-cribado-elegibilidad-incluidos).

5. Extracción y matriz de revisión. Se creó una tabla con los siguientes campos: referencia; período; escuela/paradigma; concepto central de “conflicto”; nivel analítico (macro/meso/micro); variables relacionadas (poder, clase, estatus, autoridad, violencia estructural/cultural); conexión con Derecho Social (normas, instituciones, mecanismos); tipo de aporte (fundacional, crítico, síntesis, aplicación); y notas para su uso en América Latina. La extracción la realizó un revisor y otro verificó al 100% (control cruzado).

6. Calidad de las fuentes. Se aplicó una rúbrica en tres niveles (alto/medio/bajo) valorando: claridad de objetivos, consistencia teórica, robustez metodológica, relevancia jurídica, actualidad y citación. Solo fuentes alto/medio pasaron a la síntesis final; las de nivel bajo se usaron, si acaso, para contextualizar debates. Para identificar finalmente un total de 243 documentos potencialmente relevantes publicados entre febrero de 1950 y diciembre de 2024.

**Figura 1.** Diagrama de flujo



**Nota:** Elaboración propia.

3. Resultados

Aquí se traza el panorama de la literatura sobre evolución de la teoría del conflicto a través del tiempo, mencionando las autorías específicas y otras autoras relevantes que muestran el abanico de análisis desde posturas clásicas hasta las más recientes. Los enfoques incluyen perspectivas históricas, teóricas críticas y aplicaciones dentro de contextos sociojurídicos. El estructuralismo teórico se entiende como un compromiso académico interdisciplinario e internacional que supone la realización de revisiones bibliográficas y síntesis teóricas. Este y otros estudios de casuística, así como la comparación de definiciones, se hacen a través de un estudio histórico y teórico; posterior a eso, se trata de ver cómo se integra y aplica la teoría del conflicto a los problemas sociales actuales.

Tabla 1. Relación de autores destacados

| Estudio                                        | Desarrollo histórico                                                            | Aportaciones teóricas                                                             | Conceptualización del conflicto                                              | Influencia e integración                                                           | Ámbito de aplicación                                            |
|------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------|
| (Fink, 1968)                                   | Discute las dificultades conceptuales en la teoría del conflicto social.        | Clasifica tipos de conflicto y relaciones estructurales.                          | El conflicto como fenómeno multinivel y multitypo.                           | Integra las clasificaciones de Boulding y Galtung.                                 | Refinamiento teórico de tipos de conflicto.                     |
| (Turner, 1975a)                                | Revisa las teorías del conflicto fundacional de Marx y Simmel.                  | Compara supuestos metafísicos y variables conceptuales.                           | El conflicto como proceso dialéctico y de interacción social.                | Las teorías clásicas sustentan la sociología moderna del conflicto.                | Fundamentos teóricos para la investigación de conflictos.       |
| (Turner, 1975b)                                | Examina divergencia y complementariedad de Dahrendorf y Coser.                  | Formaliza proposiciones para síntesis de teorías de conflicto.                    | Causas y formas de conflicto analizadas a través de la lógica proposicional. | Intenta la reconciliación teórica de esquemas clásicos.                            | Mejora la teoría unificada de los procesos de conflicto.        |
| (Giddens & Held, 1982)                         | Encuestas, debates de clase, poder y conflicto.                                 | Conecta la teoría marxista con las críticas y el trabajo interdisciplinario.      | El conflicto como desigualdad de clases y división de poder.                 | Vincula los debates clásicos y contemporáneos.                                     | Introducción integral al conflicto de clases.                   |
| (Montaña, 1991)                                | Similar a (Montaña, 2024), analiza Marx y Simmel.                               | Se centra en dimensiones analíticas para la investigación de conflictos.          | El conflicto como central para el análisis sociológico de crisis.            | Teóricos clásicos fundacionales para la sociología del conflicto.                  | Marco teórico para el estudio de conflictos.                    |
| (Galtung, 1996)                                | Presenta la teoría de la paz y el conflicto de Galtung.                         | Cubre formaciones conflictivas, transformaciones, intervenciones.                 | El conflicto como proceso social dinámico y transformable.                   | Marco teórico fundacional de paz y conflicto.                                      | Estudios de paz, desarrollo y civilización.                     |
| (Wallace & Wolf, 1998)                         | Expande la tradición clásica con la moderna teoría del conflicto.               | Incluye el legado de sociología analítica de Weber.                               | El conflicto como crítica de la sociedad y herramienta analítica.            | Integra múltiples perspectivas sociológicas.                                       | Amplio alcance teórico y metodológico.                          |
| (Farganis, 1999)                               | Visión general integral de la teoría social clásica a posmoderna.               | Incluye a Marx, Weber, Simmel y teóricos contemporáneos.                          | El conflicto como tradición sociológica mayor.                               | Cubre amplios desarrollos teóricos.                                                | Texto de teoría sociológica fundacional.                        |
| (Bartos & Wehr, 2002)                          | Fases clásicas a contemporáneas delineadas con enfoque práctico.                | Sintetiza a Marx, Weber, Dahrendorf y teóricos contemporáneos.                    | El conflicto como proceso social dinámico, escalante y desescalante.         | Puente las perspectivas clásica y moderna, integrando la teoría de la negociación. | Aplicada a los conflictos familiares, laborales y nacionales.   |
| (Miller et al., 2003)                          | Mezclan la teoría clásica y contemporánea.                                      | Destaca la aplicación práctica de la teoría del conflicto.                        | El conflicto como fenómeno social eruptivo y manejable.                      | Integra teóricos clásicos y contemporáneos.                                        | Aplicaciones educativas y orientadas a las políticas.           |
| (Bilbao & Dauber, 2005)                        | Traza históricamente el conflicto psicosocial en las organizaciones.            | Reconoce las contribuciones pasadas por alto de Mary Parker Follett.              | El conflicto como evolución de negativo a constructivo.                      | Destaca diversas influencias intelectuales.                                        | Enfoque de gestión de conflictos organizacionales.              |
| (García et al., 2005)                          | Repasa aportes macro y microsociológicos.                                       | Cubre paradigmas funcionalistas, marxistas y críticos.                            | El conflicto como fenómeno social multinivel.                                | Integra diversos enfoques sociológicos.                                            | Destaca el pluralismo teórico.                                  |
| (Nepstad, 2005)                                | Destaca la crítica de Coser al funcionalismo y la síntesis dialéctica.          | El conflicto como persistente con las funciones sociales latentes.                | El conflicto como tensión y competencia dentro de los grupos.                | Sintetiza el funcionalismo y las perspectivas de conflicto.                        | Influente en los cambios de paradigma sociológico.              |
| (DAI, 2006)                                    | Posiciona la teoría de Coser históricamente en medio del dominio funcionalista. | Introduce funciones positivas del conflicto.                                      | El conflicto como fuerza social tanto negativa como funcional.               | La teoría de Coser enriquece la teoría del conflicto a pesar de las limitaciones.  | Exploración sistemática de roles conflictivos.                  |
| (Marcel y Guillo, 2006)                        | Examina las influencias biológicas de Durkheim en la teoría del conflicto.      | El conflicto no es central en la teoría social de Durkheim.                       | La visión morfológica contrasta con el conflicto marxista.                   | Rechazo durkheimiano del socialismo revolucionario.                                | Perspectiva clásica alternativa de conflicto.                   |
| (Peck & Bryant, 2007)                          | Abstractos del marxismo y los desarrollos del marxismo analítico.               | Explora el conflicto de clases con conceptos de activos expandidos.               | El conflicto como poder basado en clases y competencia de recursos.          | Integra Marx, Weber y las críticas contemporáneas.                                 | Aborda las complejidades de clase modernas.                     |
| (Appelrouth & Edles, 2007)                     | Visión general integral de la teoría clásica a la contemporánea.                | Detalles: Marx, Weber, Simmel y teóricos posteriores.                             | El conflicto como tradición sociológica central.                             | Muestra amplia expansión teórica y síntesis.                                       | Cobertura en libro de texto de la teoría sociológica.           |
| (Mercado Maldonado y González Velásquez, 2008) | Traza raíces de teóricos antiguos a contemporáneos.                             | Cubre contribuciones clásicas (Marx, Simmel) y contemporáneas (Collins, Marcuse). | El conflicto como competencia por los recursos y el poder.                   | Integra diversas visiones clásicas y modernas.                                     | Explora la violencia política, el terrorismo, la globalización. |

| Estudio                    | Desarrollo histórico                                                   | Aportaciones teóricas                                                                                                  | Conceptualización del conflicto                                                                                              | Influencia e integración                                                                                                | Ámbito de aplicación                                                                               |
|----------------------------|------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|
| (García, 2008)             | Revisión crítica de variantes de la teoría del conflicto sociológico.  | Construye marco para el análisis de pareja jurídica.                                                                   | El conflicto como fenómeno sociológico multivariante.                                                                        | Integra diversas contribuciones teóricas.                                                                               | Análisis jurídico y social aplicado.                                                               |
| (Concha, 2009)             | Investiga la epistemología de la teoría del conflicto de Galtung.      | Destaca la epistemología de la paz y el conflicto. Enfatiza la paz, la violencia y las interrelaciones del desarrollo. | El conflicto como clave para la paz, la violencia y el desarrollo. El conflicto como cuestión social estructural y temática. | El trabajo de Galtung domina el campo de los estudios de paz. La teoría de Galtung, fundacional en los estudios de paz. | Fundamento teórico para la investigación de la paz. Investigación teórica y práctica sobre la paz. |
| (Turner, 2012)             | Cubre la sociología teórica clásica a la moderna.                      | Incluye la teorización del conflicto, entre otros paradigmas.                                                          | El conflicto como hebra teórica clave.                                                                                       | Destaca la superación de obstáculos teóricos.                                                                           | Síntesis teórica histórica y contemporánea.                                                        |
| (Galtung & Fischer, 2013)  | Presenta las teorías fundacionales de paz y conflicto de Galtung.      | Introduce conceptos de violencia estructural, cultural y paz.                                                          | El conflicto como violencia multidimensional y dinámica de paz.                                                              | El trabajo de Galtung es central para los estudios de paz y la teoría de conflictos.                                    | Aplicaciones de construcción de paz y transformación de conflictos.                                |
| (Mejía Sanabria, 2013)     | Examina la continuidad teórica de Marx y Weber.                        | Discute rupturas y continuidades en la teoría del conflicto.                                                           | El conflicto como proceso social basado en clases y estatus.                                                                 | Destacados debates teóricos y síntesis.                                                                                 | Desarrollo de la teoría sociológica clásica.                                                       |
| (Güçlü, 2014)              | Compara Marx y Dahrendorf sobre clase y conflicto.                     | Destaca el papel fundacional de Marx y las innovaciones de Dahrendorf.                                                 | El conflicto como tensión social basada en clases.                                                                           | Demuestra marcada influencia de Marx en Dahrendorf.                                                                     | Comparación teórica de puntos de vista clásico y moderno.                                          |
| (Langer & Lietz, 2014)     | Discute el desarrollo histórico y conceptos clave.                     | Raíces en el marxismo con materialismo dialéctico.                                                                     | El conflicto como diferencial de poder y lucha de clases.                                                                    | Teoría de la macropráctica en las relaciones sociales.                                                                  | Trabajo social e intervenciones a nivel macro.                                                     |
| (Drago, 2015)              | Mejora el modelo de conflicto A-B-C de Galtung.                        | Define supuestos, comportamiento, contradicción en conflictos.                                                         | El conflicto como multinivel con dicotomías estructurales.                                                                   | Avanza la teoría científica de la resolución de conflictos.                                                             | Propone métodos no violentos de resolución de conflictos.                                          |
| (Mora Eraso, 2015)         | Destaca las fases clásica y contemporánea, destacando a Marx y Weber.  | Destaca el conflicto dinámico de Marx y la influencia de Weber en Dahrendorf.                                          | El conflicto como transformación social y lucha de poder.                                                                    | Muestra la influencia indirecta de Weber en la teoría moderna del conflicto.                                            | Enfoque en el trabajo social y el análisis de conflictos.                                          |
| (Simon, 2016)              | Discute la evolución y paradojas del paradigma de conflicto.           | Extiende el conflicto de clases de Marx a múltiples desigualdades sociales.                                            | El conflicto como fundamental para la estructura social y la desigualdad.                                                    | Destaca la influencia continua de Marx y Weber.                                                                         | Aborda la desigualdad social y las implicaciones políticas.                                        |
| (Gulowski & Weller, 2017)  | Desarrolla fundamentos teóricos para la gestión civil de conflictos.   | Utiliza Simmel, Coser, Dahrendorf para conceptualizar el conflicto.                                                    | El conflicto como proceso de socialización y transformación.                                                                 | Integra la teoría del conflicto con la crítica política.                                                                | Aplica a la intervención de conflictos y al cambio social.                                         |
| (Grunwald & Herber, 2018)  | Conceptualiza críticamente la sociología del conflicto de Dahrendorf.  | Utiliza el modelo de Rancière para analizar el conflicto y el orden social.                                            | El conflicto como inherente a los órdenes sociales y a la transformación.                                                    | Extiende la teoría de Dahrendorf con perspectivas radicales.                                                            | Teoría sociológica del cambio social.                                                              |
| (Millán, 2018)             | Analiza las primeras teorías de Coser y Dahrendorf.                    | Discute la fluidez, institucionalización, reforma y asincronía.                                                        | El conflicto como fuerza social y herramienta de actor.                                                                      | Destaca influencias ideológicas liberales y keynesianas.                                                                | Crítica marxista de las teorías clásicas del conflicto.                                            |
| (Zuldin, 2019)             | Revisa la desigualdad como causa de conflicto.                         | Identifica cuatro escuelas contemporáneas de teoría del conflicto.                                                     | El conflicto como desigualdad multidimensional y lucha de poder.                                                             | Construye sobre Marx e integra Habermas, Bourdieu, Galtung.                                                             | Desarrollo de la teoría del conflicto multidisciplinario.                                          |
| (Botero, 2020)             | Repasa la evolución cronológica de las teorías del conflicto.          | Conecta el conflicto social con el pensamiento moderno y la educación para la paz.                                     | Conflicto vinculado a la violencia y temas ambientales.                                                                      | Aborda desafíos para la teoría del conflicto del siglo XXI.                                                             | Desarrollo de cultura educativa y de paz.                                                          |
| (Khaswara & Hambali, 2021) | Se enfoca en la teoría del conflicto de Galtung y los estudios de paz. | Define la violencia de manera amplia y aboga por la investigación de paz.                                              | El conflicto como fenómeno social complejo y multifacético.                                                                  | Influenciado por Gandhi y el activismo por la paz.                                                                      | Estudios de paz y enfoque de resolución de conflictos.                                             |
| (Nollert, 2022)            | Revisita la sociología del conflicto de Simmel.                        | El conflicto fomenta la cohesión social a través de identidades múltiples.                                             | El conflicto como integrador y promotor de la tolerancia.                                                                    | Tesis de Simmel sustentadas en evidencia empírica.                                                                      | Relevancia de la psicología social y la ciencia política.                                          |
| (Pazdej, 2022)             | Compara las teorías del conflicto de clases de Marx y Dahrendorf.      | Rastrea evolución y relevancia contemporánea de la lucha de clases.                                                    | El conflicto como formación de clases y lucha social.                                                                        | Muestra continuidad y divergencia en la teoría del conflicto.                                                           | Enlaces entre la teoría clásica y feminista, así como los movimientos ambientales.                 |
| (Bingöl, 2023)             | Distingue las fases de la teoría del conflicto clásica y moderna.      | Detalles de contribuciones de Dahrendorf, Coser, Collins.                                                              | Conflicto moldeado por factores sociales, políticos, económicos y psicológicos.                                              | Los teóricos modernos se basan y critican las ideas clásicas.                                                           | Aborda la guerra, el terrorismo, los conflictos étnicos.                                           |
| (Montaña, 2024)            | Enfoque en los orígenes clásicos con Marx y Simmel.                    | Dimensiones analíticas a partir de las teorías de Marx y Simmel.                                                       | El conflicto como centro de las crisis sociales y el cambio.                                                                 | Teóricos clásicos fundacionales para investigaciones posteriores.                                                       | Análisis teórico de situaciones de conflicto social.                                               |
| (Turner, 2024)             | Panorama histórico de la carrera e influencias de Dahrendorf.          | Desarrolla el conflicto de clases a través de conceptos de autoridad weberiana.                                        | El conflicto como tensión de autoridad entre órdenes y subordinados.                                                         | La influencia de Weber es central en la teoría de Dahrendorf.                                                           | Examina los derechos sociales y las desigualdades ciudadanas.                                      |
| (Nugroho, 2024)            | Aplica teorías clásicas y modernas a fenómenos contemporáneos.         | Usos Marx, Durkheim, Weber, teorías críticas y feministas.                                                             | El conflicto como desigualdad económica, transformación digital, cambio social.                                              | Integra los conocimientos sociológicos clásicos y modernos.                                                             | Analiza los cambios estructurales económicos y sociales.                                           |
| (Ragandang, 2024)          | Honra las contribuciones de Galtung a los estudios de paz.             | Destaca violencia estructural y conceptos positivos de paz.                                                            | Conflicto vinculado a la justicia y a la construcción de paz inclusiva.                                                      | Influye en los enfoques de paz académicos y activistas.                                                                 | Aboga por la formación participativa de la paz.                                                    |
| (Sidik & Setia, 2024)      | Explora la evolución sociológica del concepto de paz.                  | Conecta visiones sociológicas clásicas y contemporáneas de paz.                                                        | El conflicto como dinámica social, política, cultural.                                                                       | Integra teoría crítica y feminismo.                                                                                     | Prácticas de paz y desarrollo en el posconflicto.                                                  |

**Nota:** En la tabla 1, se muestra el análisis comparativo cronológico de la literatura relacionada con la teoría del conflicto en seis dimensiones: historia, aportes teóricos, conceptualización, influencia e integración y área de estudio.

### 3.1. Descripción conceptual

- 48 estudios abordan diferentes etapas, desde los inicios clásicos (Marx, Weber, Simmel) hasta las expansiones modernas y contemporáneas. Estos estudios resaltan la evolución del enfoque de la lucha de clases hacia conflictos sociales más amplios y la investigación sobre la paz (Bartos & Wehr, 2002; Galtung & Fischer, 2013; Bingöl, 2023).
- Diversos estudios enfatizan la transición de ver el conflicto como negativo a reconocer sus roles funcionales y transformadores en la sociedad (DAI, 2006; Nepstad, 2005; Bilbao & Dauder, 2005).
- Algunos trabajos identifican la integración de la teoría del conflicto con otros paradigmas sociológicos y el surgimiento de teorías de paz y transformación de conflictos en las últimas décadas (Sidik & Setia, 2024; Galtung, 1996; Drago, 2015).

#### 3.1.1. Contribuciones teóricas

- Aproximadamente 30 estudios analizan proposiciones clave de teóricos fundacionales. Estas incluyen el conflicto de clases de Marx, la autoridad y el estatus de Weber, la interacción social de Simmel, el conflicto de autoridad de Dahrendorf, el conflicto funcional de Coser y los conceptos de paz y violencia de Galtung (Turner, 2024; Turner, 1975; Güçlü, 2014; Galtung & Fischer, 2013).
- Los teóricos modernos amplían las ideas clásicas incorporando dimensiones psicológicas, políticas y económicas, y formalizando proposiciones de conflicto para la síntesis (Bingöl, 2023; Turner, 1975; Drago, 2015).
- Algunos estudios critican y refinan las teorías clásicas, ofreciendo nuevas herramientas conceptuales y marcos para comprender las dinámicas de conflicto (Bartos & Wehr, 2002; Fink, 1968; Grunwald & Herber, 2018).

177

#### 3.1.2. Conceptualización del conflicto

- Alrededor de 35 estudios conceptualizan el conflicto como un proceso social dinámico y multinivel que involucra luchas de poder, tensiones de clase, relaciones de autoridad y transformaciones sociales (Montaña, 2024; Turner, 1975; Peck & Bryant, 2007).
- El conflicto se define de diversas maneras como un antagonismo humano natural, una fuerza social, funcional, o un fenómeno complejo que involucra violencia estructural, cultural e interpersonal (Galtung & Fischer, 2013; Nollert, 2022).
- Varios trabajos enfatizan la naturaleza dual del conflicto, tanto disruptivo como integrador, fomentando la cohesión social o el cambio dependiendo del contexto (DAI, 2006; Nollert, 2022) (Grunwald & Herber, 2018).

#### 3.1.3. Influencia e integración

- Más de 30 estudios documentan la destacada influencia de los teóricos clásicos en la teoría contemporánea del conflicto, con el papel fundacional de Marx ampliamente

reconocido y las contribuciones de Weber y Simmel reconocidas como refinamientos críticos (Mora Eraso, 2015; Güçlü, 2014; Giddens & Held, 1981).

- La integración con otros paradigmas sociológicos como funcionalismo, interaccionismo simbólico, teoría crítica y estudios de paz es un tema recurrente (Simon, 2016; Sidik & Setia, 2024).
- Algunas investigaciones destacan los intentos de conciliar teorías de conflicto divergentes, particularmente entre los enfoques dialécticos de Dahrendorf y el funcional de Coser (Turner, 1975; Bartos & Wehr, 2002).

#### 3.1.4. Ámbito de aplicación

- Más de 25 estudios demuestran la aplicación de la teoría del conflicto a diversos temas sociales, incluyendo conflictos laborales, violencia política, terrorismo, desigualdad social, construcción de paz y manejo de conflictos organizacionales (Bartos & Wehr, 2002) (Mercado Maldonado y González Velásquez, 2008; Gulowski & Weller, 2017; Botero, 2020).
- Los estudios de paz y resolución de conflictos emergen como campos aplicados significativos, especialmente a través del trabajo de Galtung y sus extensiones (Galtung & Fischer, 2013; Khaswara & Hambali, 2021; Ragandang, 2024).
- Las aplicaciones contemporáneas también abordan la transformación digital, los conflictos ambientales y la exclusión social, reflejando la adaptabilidad de la teoría (Nugroho, 2024; Zuldin, 2019; Irmak & Güçlü, 2012).

### 3.2. Creación de categorías

La investigación documental revela concentraciones temáticas sobre los orígenes históricos y transformaciones teóricas, las perspectivas funcionales y dialécticas sobre el conflicto y la integración de la teoría del conflicto con los estudios de paz y paradigmas del derecho social. Además, las diferencias en métodos y lugares muestran que la teoría del conflicto sigue siendo muy útil y relevante en el análisis social hoy en día.

**Tabla 2.** Categorías teóricas

| Tema                                                               | Descripción del tema                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|--------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Evolución y fundamentos históricos de la teoría del conflicto.     | Este tema explora los orígenes y el desarrollo cronológico de la teoría del conflicto desde sus raíces clásicas en Marx, Weber y Simmel hasta sus reformulaciones modernas. El texto muestra cómo las ideas iniciales sobre la lucha de clases y el conflicto social se han desarrollado gracias a investigaciones sociológicas más recientes. Se destaca el cambio de conflictos que eran solo económicos a dinámicas sociales más complejas (Turner, 1975; Montaña, 1990; Turner, 2012; Mora Eraso, 2015; Montaña, 2024).                |
| Aportaciones de los teóricos fundacionales y modernos.             | Teóricos clave como Karl Marx, Georg Simmel, Max Weber, Lewis Coser, Ralf Dahrendorf y Johan Galtung son examinados por sus distintas e influyentes contribuciones a la teoría del conflicto fundacional. Sus ideas van desde el materialismo dialéctico de Marx hasta la síntesis de Dahrendorf que incorpora autoridad y perspectivas weberianas, y el análisis de conflictos orientado a la paz de Galtung (Concha, 2009; Güçlü, 2014; Mora Eraso, 2015; Kühne & Leonardi, 2019; Khaswara & Hambali, 2021; Bingöl, 2023; Turner, 2024). |
| Perspectivas funcionales y dialécticas en la teoría del conflicto. | Este tema se centra en los marcos teóricos, contrastando la visión funcionalista del conflicto como integrador social, defendida por Coser, con el enfoque dialéctico de Dahrendorf, enfatizando el conflicto como motor del cambio social. La literatura discute los intentos de sintetizar estos puntos de vista para proporcionar una comprensión más completa de los derechos sociales (Turner, 1975; Bartos & Wehr, 2002; Nepstad, 2005; DAI, 2006; Grunwald & Herber, 2018).                                                         |

| Tema                                                                                   | Descripción del tema                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Integración de la teoría de conflictos con estudios de paz y resolución de conflictos. | El papel pionero de Galtung en los estudios de paz y su desarrollo de conceptos de violencia estructural y cultural ilustran la integración de la teoría del conflicto con las disciplinas de paz y resolución de conflictos. Este tema cubre la evolución de los estudios de paz, la transformación de las teorías de manejo de conflictos y sus implicaciones prácticas (Concha, 2009; Galtung & Fischer, 2013; Drago, 2015; Khaswara & Hambali, 2021; Ragandang, 2024; Sidik & Setia, 2024). |
| Expansión a paradigmas sociológicos Contemporáneos y cuestiones sociales               | La teoría del conflicto se ha expandido para tratar temas como clase, raza, género, etnia y globalización. Además, se relaciona con enfoques como la teoría crítica, el interaccionismo simbólico y la sociología feminista. Este tema destaca la diversificación y relevancia contemporánea de la teoría del conflicto (Farganis, 1999; García et al., 2005; Simon, 2016; Zuldin, 2019; Nugroho, 2024).                                                                                        |
| Análisis comparativo entre teóricos clásicos y contemporáneos                          | Los trabajos comparativos analizan continuidades y divergencias entre teóricos clásicos como Marx y Weber y figuras contemporáneas como Dahrendorf y Collins. Estos estudios iluminan conceptualizaciones evolutivas de clase, poder y conflicto social a través del diálogo teórico con autores como Christopher Moore, Remo F. Entelman, Bernard S. Mayer y Sara Cobb (Peck & Bryant, 2007; Meslek et al., 2013; Mejia Sanabria, 2013; Güçlü, 2014).                                          |
| Retos conceptuales y críticas en la teoría de conflictos                               | La literatura identifica dificultades conceptuales para definir y clasificar los conflictos sociales, incluyendo debates sobre el alcance del conflicto, niveles de análisis y limitaciones teóricas. Las discusiones incluyen críticas de supuestos clásicos y la necesidad de modelos teóricos refinados (Fink, 1968; García, 2008; Langer & Lietz, 2014).                                                                                                                                    |
| El papel de los teóricos menos conocidos y las perspectivas emergentes                 | Algunos estudios enfatizan las contribuciones de académicos menos conocidos y modelos teóricos emergentes, como las primeras percepciones de conflictos organizacionales de Mary Parker Follett y los enfoques como los que plantean John Paul Lederach, Eduard Vinyamata Camp, Josep Redorta y Francisco Javier Gorjón Gómez, enriqueciendo el discurso de la teoría del conflicto más amplio (Almanza, 2022; Eddy-Spicer, 2023; Coleman et al., 2024).                                        |

3.3. Análisis crítico-estructuralista

Las contribuciones intelectuales, desde las obras clásicas hasta las contemporáneas, evidencian tanto la continuidad como la evolución del pensamiento sociojurídico. Un aspecto relevante es la utilización primordial de pensadores clásicos como Marx, Weber y Simmel, ampliada por la obra de pensadores contemporáneos como Dahrendorf, Coser y Galtung. Aunque la literatura proporciona taxonomías comprensivas y clarificaciones conceptuales, esta se muestra insuficiente en su aptitud para integrar distintas líneas teóricas y aplicarlas a las realidades sociales actuales en el derecho social. Además, el interés en teóricos menos conocidos y en enfoques que mezclan disciplinas todavía es bajo, lo que deja oportunidades para crear más conexiones teóricas y evidencia basada en la práctica. Este juicio crítico reúne tanto los puntos fuertes como los débiles en los principales aspectos de la literatura.

Tabla 3. Matriz relacional de las corrientes teóricas.

| Aspectos teóricos                 | Fortalezas                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Debilidades                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|-----------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Desarrollo histórico y taxonómico | La literatura proporciona un detallado mapeo cronológico de la evolución de la teoría del conflicto, distinguiendo efectivamente los fundamentos clásicos de las reinterpretaciones modernas. Los trabajos enfatizan la naturaleza dinámica y transformadora del conflicto, como lo propuso inicialmente Marx y posteriormente elaboraron Weber y Simmel, ofreciendo un marco robusto para comprender los orígenes y la progresión del conflicto social (Montaña, 1990; Mora Eraso, 2015; Montaña, 2024). Esta taxonomía histórica ayuda a aclarar el linaje teórico y contextualizar los debates contemporáneos (Botero, 2020). | A pesar de los relatos históricos exhaustivos, algunos estudios tienden a simplificar en exceso la complejidad de las transiciones teóricas, presentando ocasionalmente una progresión lineal que descuida influencias superpuestas y contestaciones intelectuales. La marginación de los contribuyentes no occidentales y menos canónicos limita la inclusividad de la taxonomía (Bartos & Wehr, 2002; Bilbao & Dauder, 2005). Además, la combinación de las fases clásica y moderna a menudo no toma en cuenta de manera crítica los contextos sociopolíticos y económicos que influyeron en estas teorías. |

|                                                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|----------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Aportes de los teóricos Fundacionales              | El papel crítico de Marx como progenitor de la teoría del conflicto está bien establecido, con análisis detallados de su materialismo dialéctico y conceptos de lucha de clases formando la columna vertebral del campo (Meslek et al., 2013; Güçlü, 2014; Simon, 2016). El tratamiento matizado de Weber sobre el poder y el estatus, y las percepciones de Simmel sobre la cohesión social a través del conflicto, enriquecen la base teórica al introducir perspectivas multidimensionales sobre la estratificación social y la interacción (Turner, 1975; Nollert, 2022; Turner, 2024). Estas contribuciones fundacionales son rigurosamente examinadas y contextualizadas dentro de paradigmas sociológicos más amplios (Wallace & Wolf, 1998; Appelrouth & Edles, 2007).                                           | Algunas críticas señalan que los textos de los autores clásicos son idealizados o leídos de manera selectiva, generando interpretaciones parciales o estáticas que ignoran contradicciones internas o contingencias históricas (Peck & Bryant, 2007; Mejia Sanabria, 2013). También se suele pensar en la literatura que la influencia de Durkheim en la teoría del conflicto es indirecta pero significativa, lo que podría proporcionar una mejor comprensión del orden social y legal (Marcel & Guillo, 2006). La riqueza de las aportaciones de Weber y Simmel a menudo se resume en oposiciones simplificadas que restan capacidad explicativa (Mora Eraso, 2015).                             |
| Expansiones y críticas teóricas modernas           | Teóricos modernos como Dahrendorf y Coser han avanzado la teoría del conflicto abordando sus limitaciones e incorporando críticas institucionales y funcionalistas, enriqueciendo así el aparato conceptual con ideas sobre la autoridad, los roles sociales y las funciones positivas del conflicto (Turner, 1975; DAI, 2006; Bingöl, 2023). El trabajo pionero de Galtung sobre estudios de paz y violencia estructural introduce una dimensión crítica orientada a la paz, ampliando el alcance más allá del conflicto <i>per sé</i> para incluir la transformación y resolución de conflictos (Concha, 2009; Galtung & Fischer, 2013; Khaswara & Hambali, 2021). Estas expansiones demuestran adaptabilidad teórica y relevancia a las cuestiones sociales contemporáneas (Kühne & Leonardi, 2019; Ragandang, 2024). | Pero la literatura muestra tensiones entre enfoques dialécticos y funcionalistas, con autores que señalan que las síntesis son tentativas e inconclusas (Turner, 1975). Las funciones constructivas del conflicto, por más novedosas que sean, han sido censuradas por el riesgo de minimizar los efectos destructivos del conflicto social (DAI, 2006). El marco de Galtung, a pesar de su impacto, batalla con la operacionalización y la evidencia empírica, lo que impide su adopción generalizada (Concha, 2009). Además, la articulación de los estudios de paz con la teoría convencional del conflicto es asimétrica (Sidik & Seria, 2024).                                                 |
| Integración con otros paradigmas sociológicos      | Varios estudios contrastan con éxito la teoría del conflicto junto al funcionalismo, el interaccionismo simbólico y la teoría crítica, destacando su enfoque único en la dinámica de poder y la desigualdad al tiempo que reconocen percepciones complementarias de otros paradigmas (Wallace & Wolf, 1998; García et al., 2005; Appelrouth & Edles, 2007). La incorporación de perspectivas feministas, posmodernas y críticas enriquece el análisis del conflicto social al abordar dimensiones como género, raza y violencia cultural (Simon, 2016) (Zuldin, 2019). Este compromiso interdisciplinario potencia la amplitud explicativa y la relevancia contemporánea de la teoría del conflicto (Nugroho, 2024).                                                                                                     | Las investigaciones analizadas con frecuencia abordan la integración del conflicto como sumativa y no como sintética, generando desarrollos teóricos paralelos en vez de convergentes (Nepstad, 2005) (García et al., 2005). Hay una tendencia a encasillar paradigmas, lo que dificulta desarrollar marcos integradores para resolver conflictos sociales complejos y multinivel (Grunwald & Herber, 2018). Asimismo, algunas de las críticas actuales señalan que la mirada macro de la teoría del conflicto no llega a dar cuenta de las interacciones a nivel micro y las experiencias subjetivas (García et al., 2005).                                                                        |
| Papel de los teóricos menos conocidos y marginados | La inclusión de colaboradores menos conocidos como Mary Parker Follett y Norbert Eliás proporciona perspectivas valiosas que desafían las narrativas dominantes y enriquecen la comprensión de las dinámicas de conflicto, particularmente en contextos organizacionales y microsociológicos (Bilbao & Dauder, 2005; Mora Eraso, 2015). Estas contribuciones resaltan la diversidad de conceptualizaciones de conflictos y subrayan la importancia de volver a visitar voces olvidadas para ampliar horizontes teóricos (Nollert, 2022).                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Sin embargo, la literatura muestra poco compromiso sistemático con estos autores, dejándolos en la periferia de la teoría de conflictos dominante (Bilbao & Dauder, 2005). Esta exclusión restringe la posibilidad de nuevos desarrollos teóricos y puede llegar a consolidar un canon excluyente de otras epistemologías y metodologías (Bartos & Wehr, 2002).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| Relevancia y aplicación contemporáneas             | Esta lectura reafirma la relevancia de la teoría del conflicto para comprender las desigualdades sociales contemporáneas, las luchas de poder y los problemas mundiales como el terrorismo, la violencia política y los conflictos ambientales (Mercado Maldonado y González Velásquez, 2008; Simon, 2016; Zuldin, 2019). La capacidad de la teoría del conflicto para adaptarse a los tiempos actuales, con la transformación digital y las desigualdades interseccionales, demuestra su fortaleza e importancia (Botero, 2020; Nugroho, 2024). La articulación de los estudios de paz y los marcos de resolución de conflictos la hace aún más relevante (Galtung & Fischer, 2013; Ragandang, 2024).                                                                                                                   | Pero también algunas críticas señalan cierta paradoja de la teoría del conflicto: mientras que acierta en el diagnóstico de las desigualdades sociales, las políticas para atenuarlas suelen encontrar resistencias y reproducir los conflictos que pretenden resolver (Simon, 2016). Además, la literatura muestra la necesidad de enfoques más sensibles a las complejidades de la identidad, la cultura y las relaciones poscoloniales, a menudo teorizadas de forma insuficiente en los marcos convencionales de conflicto (İrmak & Güçlü, 2012; Zuldin, 2019). El reto sigue siendo cómo transformar el conocimiento teórico en acciones prácticas en el derecho social (Sidik & Setia, 2024). |

## 4. Discusión teórica y propuesta integradora

Se reconoce consistentemente a Karl Marx como la figura fundacional en la teoría del conflicto, con teóricos posteriores como Weber, Simmel, Coser, Dahrendorf y Galtung expandiendo y refinando sus conceptos. Hay un gran consenso sobre cómo ha cambiado la historia desde las viejas ideas sobre conflictos que se enfocan en la clase y el poder económico, hasta enfoques más recientes que consideran aspectos sociales, culturales y psicológicos. Ahora bien, la divergencia surge en la interpretación de las funciones del conflicto, el grado en que el conflicto se ve como inherentemente destructivo o constructivo, y la medida en que las teorías deben integrar o criticar otros paradigmas sociojurídicos. Las diferencias en el enfoque disciplinario, los objetivos teóricos y las aplicaciones contextuales contribuyen a estas variaciones; en general, los estudios reflejan un diálogo dinámico que mezcla la continuidad con la innovación en el desarrollo de la teoría del conflicto.

En las fases del desarrollo histórico, el amplio consenso identifica los orígenes clásicos de la teoría del conflicto con Marx, Weber y Simmel, progresando a teóricos modernos como Dahrendorf y Coser, y más adelante a expansiones contemporáneas, incluyendo estudios de paz y análisis de nivel micro (Mora Eraso, 2015; Pazdej, M., 2022; Montaña, 2024; Bingöl, 2023; Turner, 2024). Algunos estudios enfatizan raíces adicionales fuera de las fuentes eurocéntricas clásicas, como contribuciones chinas e indias o los primeros pensadores políticos, que reflejan un alcance histórico más amplio (Mercado Maldonado y González Velásquez, 2008).

En el acuerdo sobre el papel fundacional de Marx en la definición del conflicto de clases y el poder económico, se incorpora la teoría de Weber de estatus y autoridad; agrega complejidad. Dahrendorf tiende puentes entre Marx y Weber, enfocándose en la autoridad y el conflicto institucionalizado; Coser redefine los roles funcionales del conflicto (Mora Eraso, 2015) (Bingöl, 2023) (Turner, 2024) (Turner, 1975) (DAI, 2006). La divergencia aparece en las interpretaciones de las teorías de conflicto de Dahrendorf y Coser con sus enfoques complementarios y otros como contradictorios; la investigación sobre la paz de Galtung introduce estructurales y culturales conceptos de violencia ausentes en teorías anteriores (Galtung & Fischer, 2013; Bingöl, 2023; Khaswara & Hambali, 2021). Y surgen de diferentes objetivos epistemológicos: algunos priorizan la síntesis de la teoría del conflicto unificado, otros hacen hincapié en lentes teóricos distintos (por ejemplo, paz vs. conflicto).

Con respecto a la conceptualización del conflicto, la mayoría coinciden en que este es intrínseco a la vida social y puede ser tanto disruptivo como integrador. Marx enfatiza la base económica y la lucha de clases, mientras que Weber y Simmel incorporan aspectos de *status*, autoridad y cohesión social. Los teóricos modernos enfatizan la regulación institucional y las funciones latentes del conflicto (DAI, 2006; Kühne & Leonardi, 2019; Nollert, 2022; Montaña, 2024). Desacuerdo sobre la naturaleza del conflicto: algunos lo ven principalmente como antagónico y revolucionario (tradición marxista); otros, especialmente Coser y Simmel, ven el conflicto como funcional o incluso necesario para la cohesión social; Galtung amplía la teoría del conflicto para incluir las dimensiones de violencia cultural y cultura de la paz (DAI, 2006; Galtung & Fischer, 2013 y Nollert, 2022). La variación debida a tradiciones teóricas diferentes (estudios marxianos, funcionalistas vs. estudios de paz) y énfasis metodológico (macro vs micro enfoque).

La influencia e integración del consenso de que el trabajo de Marx influye profundamente en todo el desarrollo posterior de la teoría del conflicto; las ideas de Dahrendorf y Weber se integran con conceptos marxistas para producir marcos más sofisticados; el interaccionismo simbólico y la teoría crítica se cruzan posteriormente con perspectivas de conflicto (Peck & Bryant, 2007; Simon, 2016 y Turner, 2024). Existe cierto debate sobre cuán completamente clásica se ha integrado la teoría del conflicto con otros paradigmas; por ejemplo, el funcionalismo estructural ha sido criticado o parcialmente incorporado; las críticas feministas y posmodernas desafían los tradicionales supuestos de conflicto (Nepstad, 2005; Nugroho, 2024). Las diferencias reflejan paradigmas sociojurídicos en evolución y la tensión entre mantener los supuestos centrales de la teoría del conflicto y ampliar el alcance para incluir la interseccionalidad con el derecho social.

A pesar de las diferentes influencias, la teoría del conflicto desarrollada en contextos europeos y norteamericanos presenta serias limitaciones al aplicarse en América Latina, donde las realidades socioculturales y jurídicas requieren marcos más contextualizados. Por ejemplo, en el universalismo abstracto, partiendo de la noción de sujetos racionales e individuales, ignorando las formas de identidad colectiva, comunitaria e indígena que prevalecen en la región, lo cual limita la comprensión de los conflictos desde cosmovisiones no occidentales (García, 2022; Rosa, 2022 y Pradana, 2024). Que va acompañado de sesgo individualista, ya que privilegia la defensa de derechos individuales por encima de los derechos colectivos —territoriales, culturales y comunitarios— reconocidos en constituciones plurinacionales como las de Bolivia y Ecuador (Quezada & Coronado, 2023 y Sarmiento-López & Yáñez-Canal, 2025).

Y en específico de los pueblos originarios, cuando se percibe la omisión del legado colonial en las teorías clásicas, cuando tienden a invisibilizar los conflictos derivados del colonialismo histórico, manifestados en racismo estructural y en dinámicas extractivistas que perpetúan la desigualdad despolitizando el conflicto (González et al., 2022; Hesketh, 2023 y Rabelo, 2025). Los enfoques gerencialistas de “resolución” tienden a neutralizar conflictos que, lejos de ser disfuncionales, representan demandas legítimas de transformación social (Noroña, 2021 y Chaz, 2023).

Los resultados permiten identificar diversas formas de violencia y exclusión que operan en las estructuras sociales. Por ejemplo, la noción de violencia estructural propuesta por Johan Galtung se manifiesta claramente en el acceso desigual a servicios de salud en comunidades indígenas mexicanas, donde la ausencia de infraestructura médica no es producto de un conflicto armado, sino de decisiones políticas que perpetúan la marginación (Campos y Moreno, 2023; Menéndez, 2024; Del Pilar Ochoa-Torres y López-Ridaura, 2024). Y desde la filosofía del derecho, la perspectiva de Norberto Bobbio, el conflicto se vincula con la lucha por el reconocimiento de derechos, como se observa en los movimientos laborales que exigen condiciones dignas de trabajo en sectores informales (Moares, 2022 y Rosaldo, 2023). En este sentido, el derecho social no solo regula relaciones laborales, sino que se convierte en un instrumento de transformación frente a la precarización (De Jesús Illera Santos, 2022). Asimismo, la pedagogía crítica de Paulo Freire encuentra aplicación en procesos de mediación comunitaria o en los círculos restaurativos, donde el diálogo horizontal entre actores permite reconstruir el tejido social en contextos de violencia urbana (Medina, 2024; Pitidis et al., 2024). Un ejemplo de ello son los programas de justicia restaurativa implementados en barrios periféricos

de Bogotá u otros casos como en Guerrero, México, y el sistema juvenil en Ecuador, que buscan resolver conflictos sin recurrir al sistema penal tradicional (Stachurski, 2024; Hernández & Garzón, 2024).

## 5. Conclusión

La sistematización histórica evidenció que, si bien la teoría del conflicto ha madurado desde el materialismo histórico de Marx y la sociología formal de Simmel hasta la irenología compleja de Galtung, su aplicación contemporánea enfrenta una encrucijada epistemológica. También destacaron la función del conflicto como elemento de tensión social y de cohesión potencial. Esta formación clásica mantiene su profunda influencia, ya que la teoría neoconflictual teórica es su fundamento.

Los teóricos más recientes, como Ralf Dahrendorf, Lewis Coser, Randall Collins y Johan Galtung, han logrado expandir la teoría de conflicto al realizar críticas a enfoques previos y añadir nuevas dimensiones como la regulación institucional, la psicología y los estudios de paz de los conflictos. Dahrendorf combinó ideas de Marx y Weber, lo que fue la primera vez que se presentó una visión más flexible y detallada sobre el conflicto de clases y la autoridad. Según él, estos conflictos son parte de la normalidad y pueden llevar a un desarrollo positivo si se manejan de la manera correcta. La crítica funcionalista de Coser reenmarcó el conflicto como poseedor de funciones sociales positivas, equilibrando la disrupción y la integración. Galtung avanzó el campo al cambiar el enfoque hacia la violencia estructural y cultural y aboga por la construcción de la paz positiva-negativa y la transformación del conflicto, lo que extiende el foco del conflicto al campo de los estudios aplicados en la conflictología en la actualidad. Todos estos desarrollos muestran la adaptabilidad y naturaleza multifactorial de la teoría del conflicto al tratar con las complejidades de la realidad social.

Se destacan los diálogos y tensiones actuales entre diferentes teorías, especialmente entre los enfoques dialéctico y funcionalista, así como sus intentos de crear estructuras más unificadas. El marco de otras teorías, como el interaccionismo simbólico, la teoría crítica, el feminismo y el posmodernismo, ha alimentado el análisis del conflicto al incluir nuevas dimensiones: identidad, cultura y procesos sociales en el nivel micro.

Esta integración, sin embargo, a menudo sigue siendo más aditiva que completamente sintética, lo que revela una demanda de mayor profundidad en la integración teórica. Por ejemplo, las teorías clásicas, centradas en el sujeto racional individual, chocan con las realidades del pluralismo jurídico y las identidades colectivas indígenas. La omisión del legado colonial en la teoría hegemónica invisibiliza conflictos ontológicos sobre el territorio y la naturaleza, reduciéndolos erróneamente a simples disputas de recursos.

Más allá de las figuras canónicas, hay autores menos reconocidos que aportan teorías relevantes, especialmente en el ámbito del conflicto organizacional y las dimensiones psicosociales, pero que aún tienen poca cabida en la teoría del conflicto hegemónica. La verificación empírica de las hipótesis teóricas aún enfrenta dificultades porque muchos modelos necesitan ser operacionalizados para aumentar su aplicabilidad práctica y pertinencia para las políticas públicas.

Este ejercicio muestra cómo el pensamiento sociojurídico se desarrolla y cómo las sociedades interpretan y manejan sus conflictos internos. Desde las ideas clásicas sobre lucha de clases y autoridad hasta las actuales de paz, mediación y justicia restaurativa, el conflicto ya no es visto como una amenaza al orden social, sino como una oportunidad para el cambio y la mejora de las relaciones.

Esta mirada sobre el conflicto se complementa con voces latinoamericanas y el reconocimiento de nuevos académicos. Profundiza en el análisis y ofrece herramientas para resolver problemas complejos desde una perspectiva más informada y situada. Para ello, existe una creciente convicción de que es necesario avanzar hacia una síntesis teórica que integre las dimensiones estructurales, culturales y subjetivas del conflicto y que mejore su aplicabilidad al fomento de la cultura de paz. La teoría del conflicto es el eslabón que une la norma y la realidad, la justicia formal y la justicia material. Combinar perspectivas de la sociología del derecho, la pedagogía crítica y la cultura de paz ayuda a crear nuevos modelos de resolución que no solo manejan conflictos, sino que los transforman en oportunidades para el diálogo, la inclusión y la justicia.

## Referencias bibliográficas

- Almanza, M. (2022). Six educational approaches to conflict and peace. *Journal of Peace Education*, 19(2), 205–225. <https://doi.org/10.1080/17400201.2022.2087607>
- Appelrouth, S., & Edles, L. D. (2007). *Classical and Contemporary Sociological Theory: Text and Readings*.
- Baça, F. (2023). A Philosophical Approach to Critical Thinking and Conflict. En ISTES Organization, M. Koc, O. T. Ozturk, & M. L. Ciddi (Eds.), *Proceedings of ICRES 2023--International Conference on Research in Education and Science* (pp. 997-1003) [Conference-proceeding]. <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED654717.pdf>
- Bartos, O. J., & Wehr, P. (2002). *Using Conflict Theory*. [https://bilder.buecher.de/zusatz/29/29339/29339543\\_inha\\_1.pdf](https://bilder.buecher.de/zusatz/29/29339/29339543_inha_1.pdf)
- Bates, C. F. (2024). Conflict resolution in online mental health support groups. *Language and Dialogue*, 14(2), 239-267. <https://doi.org/10.1075/ld.00171.fig>
- Bayer, R. y Kacowicz A. M. (2025). “La continua relevancia de la paz estable”. *Mercados y Sociedad* 1 (2): 21—32. <https://www.marketsandsociety.org/v1i2/continuing-relevance-stable-peace>
- Bilbao, R. D., & Dauder, S. G. (2005). Las bases psicológicas: El conflicto constructivo. *Athenea Digital Revista de Pensamiento E Investigación Social*, 1(7). <https://doi.org/10.5565/rev/athenead/v1n7.188>
- Bingöl, İ. (2023). Modern Çatışma Kuramının Öncüleri Üzerine Bir Değerlendirme: Ralf Dahrendorf, Lewis A. Coser ve Randall Collins. *Sosyolojik Bağlam Dergisi*, 4(3), 341-354. <https://doi.org/10.52108/2757-5942.4.3.8>
- Blake, R. R., & Mouton, J. S. (1964). *The managerial grid: The key to leadership excellence*. Gulf Publishing. <https://archive.org/details/managerialgridke00blak/page/n11/mode/2up>

- Botero, A. V. (2020). Los grandes retos y desafíos de la teoría del conflicto en el Siglo XXI. *Eirene Estudios de Paz y Conflictos*, 2(3), 91-106. <https://doi.org/10.62155/eirene.v2i3.39>
- Boulding, K. E. (1957). Organization and conflict. *Conflict Resolution*, 1(2), 122-134. <https://doi.org/10.1177/002200275700100203>
- Boulding, K. E. (1962). *Conflict and defense: A general theory*. Harper & Row.
- Boulding, K. E. (1978). *Stable peace*. University of Texas Press.
- Bryant, C., & Peck, D. (2007). 21st century sociology. In *SAGE Publications, Inc. eBooks*. <https://doi.org/10.4135/9781412939645>
- Calderón Concha, P. (2009). *Teoría de conflictos de Johan Galtung: Theory of Conflicts by Johan Galtung*.
- Campos, I. C., & Moreno, P. P. (2023). Políticas de salud para la atención a pueblos indígenas. El caso de las auxiliares de salud mayas en la región oriente del estado de Yucatán, México. *Estudios de Cultura Maya*, 62, 327-358. <https://doi.org/10.19130/iifl.ecm/62/000xs00146w11>
- Casteel, P. D. (2021) Weber and Rationalization. EBSCO Knowledge Advantage. <https://www.ebsco.com/research-starters/sociology/weber-and-rationalization>
- Castell, D. V., & Garde, C. (2022). El temps circular: noves maneres de narrar l'experiència. La dramàtúrgia acumulativa de La Conquesta del Pol Sud. *Artnodes*, 29, 1-10. <https://doi.org/10.7238/artnodes.v0i29.393042>
- CDR Associates. (2013, enero 14). Christopher Moore, Ph.D. <http://cdrassociates.org/staff/christopher-moore-ph-d/>
- Chaz, E. H. (2023). Extractivismo y territorio en las ciudades latinoamericanas: la persistente colonialidad de la urbanización capitalista. *Revista INVI*, 38(107), 76-96. <https://doi.org/10.5354/0718-8358.2023.67702>
- Chojnacki, M. (2012). "Secularization" or Plurality of Meaning Structures? A. Schutz's Concept of a Finite Province of Meaning and the Question of Religious Rationality. *Open Journal of Philosophy*, 02(02), 92-99. <https://doi.org/10.4236/ojpp.2012.22014>
- Cobb, S. (1993). Empowerment and Mediation: A Narrative Perspective. *Negotiation Journal*, 9(3), 245-259. <https://doi.org/10.1111/j.1571-9979.1993.tb00706.x>
- Cobb, S. (2013). Conflict Resolution as Narrative Practice. En *Oxford University Press eBooks* (pp. 248-274). <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199826209.003.0010>
- Cobb, S. (2013b). The Evolution of Conflict Narratives. En *Oxford University Press eBooks* (pp. 78-112). <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199826209.003.0004>
- Cobb, S. (2013c). *Speaking of violence: The politics and poetics of narrative in conflict resolution*. Oxford University Press.
- Coleman, P. T., Phan, L. H., Kukreja, A., & Lederach, J. P. (2024). Teaching peace top-down, bottom-up, or both? Navigating Basic Dilemmas in Cross-Cultural Conflict Resolution Education. *Negotiation Journal*. [https://doi.org/10.1162/ngtn\\_a\\_00008](https://doi.org/10.1162/ngtn_a_00008)

- Coleman, P. T., Phan, L. H., Kukreja, A., & Lederach, J. P. (2024). Teaching Peace Top-down, Bottom-up, or Both? Navigating Basic Dilemmas in Cross-Cultural Conflict Resolution Education. *Negotiation Journal*. [https://doi.org/10.1162/ngtn\\_a\\_00008](https://doi.org/10.1162/ngtn_a_00008)
- Collins, R. (1975). *Conflict sociology: Toward an explanatory science*. Academic Press.
- Coser, L. A. (1968). Essays in the Theory of Society. By Ralf Dahrendorf. Stanford, California: Stanford University Press *Social Forces*, 47(1), 88. <https://doi.org/10.2307/2574719>
- Coser, L. A. (1956). *The functions of social conflict*. Free Press.
- Coser, L. A. (1967). *Continuities in the study of social conflict*. Free Press.
- Dahrendorf, R. (1958). Toward a theory of social conflict. *Journal of Conflict Resolution*, 2(2), 170-183. <https://doi.org/10.1177/002200275800200204>
- Dahrendorf, R. (1959). *Class and class conflict in industrial society*. Stanford University Press.
- DAI, G. (2006). *On the Historical Position of Coser's Theory on Social Conflicts*. <https://doi.org/10.3969/j.issn.1009-2854.2005.06.010>
- De Jesús Illera Santos, M. (2022). Conflicto, derecho y mecanismos alternativos. *Ius Et Praxis*, 28(1), 236-253. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122022000100236>
- Del Pilar Ochoa-Torres, M., & López-Ridaura, R. (2024). El reto de cerrar brechas y eliminar desiertos de atención. *Salud Pública de México*, 66(5, sept-oct), 774-782. <https://doi.org/10.21149/15833>
- Drago, A. (2015). *Improving Galtung's a-b-c to a scientific theory of all kinds of conflicts*. 21, 56–91. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5632016>
- Eddy-Spicer, D. H. (2023). Interweaving resilience: leadership of continuous improvement partnerships and Mary Parker Follett's theory of relational process. *Journal of Educational Administration*, 61(3), 222–238. <https://doi.org/10.1108/jea-11-2022-0215>
- Entelman, R. F. (2002). *Teoría de conflictos: Hacia un nuevo paradigma*. Gedisa Editorial.
- Farganis, J. (1999). *Readings in Social Theory: The Classic Tradition to Post-Modernism*.
- Feezel, J. (2018). The Evolution of Communication Pedagogy. *Journal of Communication Pedagogy*, 1(1), 3-8. <https://doi.org/10.31446/jcp.2018.02>
- Fink, C. F. (1968). Some conceptual difficulties in the theory of social conflict. *Journal of Conflict Resolution*, 12(4), 412-460. <https://doi.org/10.1177/002200276801200402>
- Fisher, R., & Ury, W. (1981). *Getting to yes: Negotiating agreement without giving in*. Houghton Mifflin.
- Fisher, R., Ury, W., & Patton, B. (2011). *Getting to yes: Negotiating agreement without giving in* (3rd ed.). Penguin.
- Fuchs, S. (1991). From Theory to Critique of Modernity the Development of Simmel's Sociology. *Michigan Sociological Review*, 5, 1–18. <http://www.jstor.org/stable/40968948>

- Galtung, J. (1969). Violence, Peace, and Peace Research. *Journal of Peace Research*, 6(3), 167-191. <https://doi.org/10.1177/002234336900600301>
- Galtung, J. (1985). Twenty-Five Years of Peace Research: Ten Challenges and Some Responses. *Journal of Peace Research*, 22(2), 141-158.
- Galtung, J. (1996). *Peace by Peaceful Means: Peace and Conflict, Development and Civilization*.
- Galtung, J. (2007). *Conflict transformation by peaceful means: The Transcend method*. United Nations Disaster Management Training Programme.
- Galtung, J., & Fischer, D. (2013). *Johan Galtung: pioneer of peace research*. Springer.
- Gan, I. (2017). Advancing a Distributive-Bargaining and Integrative-Negotiation Integral System: A Values-Based Negotiation Model (VBM). *Social Sciences*, 6(4), 115. <https://doi.org/10.3390/socsci6040115>
- García, G. S. (2008). La teoría sociológica del conflicto. Un marco teórico necesario. *Prolegómenos*, 11(22), 29-43. <https://doi.org/10.18359/prole.2506>
- García, G. S. (2022). ¿El derecho es puro cuento? Análisis crítico de la sociología jurídica integral. *Novum Jus*, 16(2), 49-75. <https://doi.org/10.14718/novumjus.2022.16.2.3>
- García, L. A., Muñoz Gaviria, D. A., & Gómez, J. D. (2006). *Aportes teóricos al concepto de conflicto social: una lectura desde las macro y microsociologías hasta los modelos integrados emergentes*. <http://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/3920>
- Gerardi, S. (2023). George Simmel, the Forgotten Conflict German Conflict Sociologist. *International Journal of Psychiatry Research*, 6-6, 1-2. <https://www.scivisionpub.com/pdfs/george-simmel-the-forgotten-conflict-german-conflict-sociologist-3013.pdf>
- Giddens, A. (1971). *Capitalism and modern social theory: An analysis of the writings of Marx, Durkheim, and Max Weber*. Cambridge University Press.
- Giddens, A., & Held, D. (1982). *Classes, Power and Conflict. Classical and Contemporary Debates*.
- Goldenberg, A. (2023). What makes groups emotional? *Perspectives on Psychological Science*, 19(2), 489-502. <https://doi.org/10.1177/17456916231179154>
- Gómez, P. M., Larenas, C. V., Bracho, C. A., & Cano, J. M. (2023). Neutrality in Spain and Chile from the perspective of mediators: A literature review. *Conflict Resolution Quarterly*, 41(2), 163-177. <https://doi.org/10.1002/crq.21398>
- González, R., Carvacho, H., & Jiménez-Moya, G. (2022). Psicología y pueblos indígenas. *Annual Review of Psychology*, 73(1), S-32. <https://doi.org/10.1146/annurev-psych-092421-034141>
- Gorjón Gómez, F. J. (2022). El poder de la mediación. *Deleted Journal*, 2(2), 9-22. <https://doi.org/10.29105/msc2.2-27>
- Gorjón Gómez, F. J. (2020). *La mediación como vía al bienestar y la felicidad*. Tirant Lo Blanch.
- Gorjón Gómez, F. J. (2023). *El poder de la mediación*. Editorial Porrúa.

- Grunwald, H., & Herber, L. (2018). Die Konfliktsoziologie Dahrendorfs unter der Brille des Unvernehmens. En *Springer eBooks* (pp. 165-186). [https://doi.org/10.1007/978-3-658-20670-3\\_9](https://doi.org/10.1007/978-3-658-20670-3_9)
- Güçlü, İ. (2014). Karl Marx and Ralf Dahrendorf: A Comparative Perspective on Class Formation and Conflict. *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Dergisi*, 9(2), 151-168. <https://doi.org/10.17153/eoguibfd.16612>
- Gulowski, R., & Weller, C. (2017). Zivile Konfliktbearbeitung. Kritik, Konzept und theoretische Fundierung. *PERIPHERIE – Politik • Ökonomie • Kultur*, 37(3), 386-411. <https://doi.org/10.3224/peripherie.v37i3.01>
- Harty, M., & Modell, J. (1991). The First Conflict Resolution Movement, 1956-1971: An Attempt to Institutionalize Applied Interdisciplinary Social Science. *The Journal of Conflict Resolution*, 35(4), 720-758.
- Hernández, L. A. M., & Garzón, L. o. T. (2024). Justicia transicional, paso del caos a la democracia. Justicia restaurativa, ¿su insignia? *Araucaria*, 57, 569-592. <https://doi.org/10.12795/araucaria.2024.i57.27>
- Hesketh, C. (2023). Indigenous resistance at the frontiers of accumulation: Challenging the coloniality of space in International Relations. *Review of International Studies*, 1-20. <https://doi.org/10.1017/s0260210523000268>
- Irmak, F., & Güçlü, İ. (2012). Revisiting Marx and Dahrendorf on social exclusion and inclusion. *Journal of New Results in Science*, 9(2), 1499-1509.
- Johannessen, L. E. F., & Collins, R. (2024). The future of interaction rituals: an interview with Randall Collins. *Theory and Society*. <https://doi.org/10.1007/s11186-024-09587-y>
- Khaswara, F., & Hambali, R. Y. A. (2021). *Conflict Theory According to Johan Galtung*. 4, 650-661. <https://conferences.uinsgd.ac.id/index.php/gdcs/article/view/395>
- Kilmann, R. H. (2023). *TKI: The Thomas-Kilmann Conflict Mode Instrument* [Sample chapter]. Kilmann Diagnostics.
- Kilmann, R. H., & Thomas, K. W. (1977). Developing a Forced-Choice Measure of Conflict-Handling Behavior: The «Mode» Instrument. *Educational and Psychological Measurement*, 37(2), 309-325. <https://doi.org/10.1177/001316447703700204>
- Kretchmar, Jennifer (2024). *Conflict Theory*. EBSCO Research. <https://www.ebsco.com/research-starters/social-sciences-and-humanities/conflict-theory#suggested-reading>
- Kühne, O. (2020). Landscape Conflicts—A Theoretical Approach Based on the Three Worlds Theory of Karl Popper and the Conflict Theory of Ralf Dahrendorf, Illustrated by the Example of the Energy System Transformation in Germany. *Sustainability*, 12(17), 6772. <https://doi.org/10.3390/su12176772>
- Kühne, O., & Leonardi, L. (2020). Conflict and Society. En *Springer eBooks* (pp. 41-68). [https://doi.org/10.1007/978-3-030-44297-2\\_4](https://doi.org/10.1007/978-3-030-44297-2_4)
- Langer, C. L., & Lietz, C. A. (2014). *Conflict Theory*. 100-119. <https://doi.org/10.1002/9781394258888.ch5>



- Lederach, J. P. (1995). *Preparing for peace: Conflict transformation across cultures*. Syracuse University Press.
- Lederach, J. P. (2003). *The little book of conflict transformation*. Good Books.
- Lederach, J. P. (2005). *The moral imagination: The art and soul of building peace*. Oxford University Press.
- Li, J. (2024). Marx's original theoretical contributions to Das Kapital. *China Political Economy*, 7(1), 2-14. <https://doi.org/10.1108/cpe-06-2024-037>
- Lorca, M., & Silva-Escobar, J. P. (2023). Conflictividad y acción colectiva en el valle del Huasco (1990-2019). *Izquierdas*, 52. <https://doi.org/10.4067/s0718-50492023000100233>
- Losada Crespo, B., & Briz Clariget, M. J. (2024). La gestión de conflictos laborales. Habilidades necesarias para el mediador laboral. *Revista de Derecho*, (29), e3694. <https://doi.org/10.22235/rd29.3694>
- Marcel, J., & Guillo, D. (2006). Durkheimian sociology, biology and the theory of social conflict. *International Social Science Journal*, 58(s1), 83-100. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2451.2009.01690.x>
- Marx, K. (1859). *A contribution to the critique of political economy*. Progress Publishers.
- Marx, K., y Engels, F. (1848). *Manifesto of the Communist Party*. Communist League. <https://www.marxists.org/archive/marx/works/1848/communist-manifesto/>
- Mattl, C. (2008). John Paul Lederach, The Little Book of Conflict Transformation. *Perspektive Mediation*, 5(4), 222. <https://doi.org/10.33196/pm200804022201>
- Mayer, B. S. (2004). *Beyond neutrality: Confronting the crisis in conflict resolution*. Jossey-Bass.
- Mayer, B. S. (2012). *The Dynamics of Conflict: A Guide to Engagement and Intervention, Second Edition*. Wiley.
- McLellan, D. (2000). *Karl Marx: Selected writings* (2nd ed.). Oxford University Press.
- Medina, G. A. (2024). Pedagogía latinoamericana y organizaciones: hacia una nueva gestualidad comunicacional. *Cuadernos Info*, 58, 70-90. <https://doi.org/10.7764/cdi.58.68609>
- Meifort, F. (2019). The Border Crosser: Ralf Dahrendorf as a Public Intellectual between Theory and Practice. *Società Mutamento Politica*, 10(19), 67-76. <https://doi.org/10.13128/smp-25390>
- Mejía Sanabria, C. A. (2013). Karl Marx y Max Weber: ¿ruptura o continuidad? *Research Papers in Economics*. <https://econpapers.repec.org/RePEc:col:000149:011031>
- Menéndez, E. L. (2024). De hegemonías, subalternidades y posibles contrahegemonías: El caso de la medicina tradicional de los pueblos indígenas de México. *Salud Colectiva*, 20, e4843. <https://doi.org/10.18294/sc.2024.4843>
- Mercado Maldonado, A., y González Velásquez, G. (2008). *La teoría del conflicto en la sociedad contemporánea*. 11(21), 196-221. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67602111>

- Millán, M. (2018). Fluidez, flexibilidad, institucionalización, reforma y asincronía en las teorías clásicas del conflicto social. *Persona y Sociedad*, 32(2), 69. <https://doi.org/10.53689/pys.v32i2.233>
- Miller, G., Bartos, O. J., & Wehr, P. (2003). Using conflict theory. *Contemporary Sociology: A Journal of Reviews*, 32(4), 524. <https://doi.org/10.2307/1556608>
- Mizrahi-Werner, J., Liebst, L. S., & Demant, J. (2024). Beyond Bodily Co-Presence: A Micro-Sociological Study of Online Interaction Rituals. *Symbolic Interaction*, 48(1), 46-68. <https://doi.org/10.1002/symb.1206>
- Moares, F. F. (2022). Resistencia, sindicalismo y conflicto en el ámbito de las plataformas de reparto y mensajería. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40(1), 139-160. <https://doi.org/10.5209/crla.74351>
- Monje, L. M. R., & Gorjón Gómez, F. J. (2021). Mediación para la reducción de los conflictos interpersonales en el contexto organizacional. *Justicia*, 26(39), 1-24. <https://doi.org/10.17081/just.26.39.4690>
- Montaña, B. T. (1991). Las teorías sociológicas del conflicto social. Algunas dimensiones analíticas a partir de K. Marx y G. Simmel. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 55, 47. <https://doi.org/10.2307/40183540>
- Montaña, B. T. (2024). Las teorías sociológicas del conflicto social. Algunas dimensiones analíticas a partir de K. Marx y G. Simmel. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 55, 47-63. <https://doi.org/10.5477/cis/reis.55.47>
- Moore, C. W. (1986). *The mediation process: Practical strategies for resolving conflict*. Jossey-Bass.
- Moore, C. W. (1996). *The mediation process: Practical strategies for resolving conflict* (2nd ed.). Jossey-Bass
- Moore, C. W. (2003). *The mediation process: Practical strategies for resolving conflict* (3rd ed.). Jossey-Bass
- Moore, C. W. (2014). *The mediation process: Practical strategies for resolving conflict* (4th ed.). Jossey-Bass
- Mora Eraso, A. del C. (2015). *Aportes de Autores Clásicos y Contemporáneos a la Lectura del Conflicto Social*. 12, 91-117. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/revistraso/article/download/24083/19711>
- Nepstad, S. E. (2005). The Continuing Relevance of Coser's Theory of Conflict. *Sociological Forum*, 20(2), 335-337. <https://doi.org/10.1007/s11206-005-4103-5>
- Nollert, M. (2022). Social cohesion through outside threats and multiple identities. En *Routledge eBooks* (pp. 76-92). <https://doi.org/10.4324/9781003182139-6>
- Noroña, M. B. (2021). Extractive governmentality, ethnic territories, and racial imaginaries in the northern Amazon of Ecuador. *Geoforum*, 128, 46-56. <https://doi.org/10.1016/j.geoforum.2021.11.023>
- Nugroho, E. M. (2024). *The Influence of Classical and Modern Thought in Sociological Theory on Understanding Social Phenomena*. <https://doi.org/10.31235/osf.io/edc7y>

- Nugroho, E. M. (2024, 10 de junio). *La influencia del pensamiento clásico y moderno en la teoría sociológica en la comprensión de los fenómenos sociales*. Obtenido de <https://doi.org/10.31235/osf.io/edc7y>
- Omoyefa, P. S. (2014). Post-Apartheid South Africa: A Need for Genuine Conflict Transformation. *Journal of Conflictology*, 5(1). <https://doi.org/10.7238/joc.v5i1.1510>
- Pazdej, M. (2022). *Współczesna recepcja walki klas, czyli w jakim stopniu marksizm wpłynął na koncepcje XX-wieczne i czy pozostał aktualny do dzisiaj?* <https://doi.org/10.34767/siip.2015.14.03>
- Pazdej, M. *Współczesna recepcja walki klas, czyli w jakim stopniu marksizm wpłynął na koncepcje XX-wieczne i czy pozostał aktualny do dzisiaj?* (2022). *Świat Idei I Polityki*, 14, 37-59. <https://doi.org/10.34767/SIIP.2015.14.03>
- Peck, D. L., & Bryant, C. D. (2007). The sociological perspective. En *SAGE Publications, Inc. eBooks* (p. I-14). <https://doi.org/10.4135/9781412939645.n1>
- Pitidis, V., Coaffee, J., & Lima-Silva, F. (2024). Advancing equitable ‘resilience imaginaries’ in the Global South through dialogical participatory mapping: Experiences from informal communities in Brazil. *Cities*, 150, 105015. <https://doi.org/10.1016/j.cities.2024.105015>
- Pradana, F. J. (2024). Las relaciones públicas desde la perspectiva latinoamericana. *Cuadernos Info*, 58, 1-20. <https://doi.org/10.7764/cdi.58.68727>
- Pucci, A. N. (2004). Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma (Remo Entelman). *Revista Brasileira de Arbitragem*, 1(Issue 1), 169-170. <https://doi.org/10.54648/rba2004011>
- Quezada, S. V., & Coronado, M. E. C. (2023). La gran deuda vigente de Ecuador: el caso Sarayaku. *FORO Revista de Derecho*, 39, 25-42. <https://doi.org/10.32719/26312484.2023.39.2>
- Rabelo, L. V. (2025). Teorizando as interações indígenas-coloniais nas Américas. *Revista de Arqueologia*, 38(2), 270-292. <https://doi.org/10.24885/sab.v38i2.1254>
- Ragandang, P. I. C. (2024). In Honor of Johan Galtung, the Father of Peace Studies. *Peace Review*, 36(3), 491-498. <https://doi.org/10.1080/10402659.2024.2360472>
- Rahman, S., Ibrahim, I. S., Husain, W., & Amin, M. Z. (2023). Prolonged Conflict in Mancani Residen, Palopo City (Johan Galtung’s Peace and Conflict Studies). *Al-MUNZIR*, 16(2), 131. <https://doi.org/10.31332/am.v16i2.6860>
- Redorta, J. L., & María, F. J. (2016). *Afrontar els conflictes en el món sanitari*. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7329524>
- Redorta, J. (2004). *Cómo analizar los conflictos: La tipología de conflictos como herramienta de mediación*. Paidós Ibérica.
- Redorta, J. (2019). *Manual para la gestión y resolución de conflictos: Principios, consejos y herramientas para mediadores y negociadores*. Almuzara.
- Redorta, J. (2021). *Cómo abordar los conflictos estructurales*. Almuzara.
- Reifenberg, S., & Long, P. (2017). Negotiating the client-based capstone experience. *EJ1151101*, 45–52. <https://files.eric.ed.gov/fulltext/EJ1151101.pdf>

- Rosa, M. C. (2022). Por uma ética da ontoformatividade: reflexões e proposições sobre a relação ontológica entre teoria e pesquisa na sociologia contemporânea do Sul Global. *Sociedade E Estado*, 37(3), 885-906. <https://doi.org/10.1590/s0102-6992-202237030006>
- Rosaldo, M. (2023). Top-Down and Bottom-Up Formalization: Waste Pickers' Struggles for Labor Rights in São Paulo and Bogotá. *ILR Review*, 77(1), 32-61. <https://doi.org/10.1177/00197939231205515>
- Sarmiento-López, J., & Yáñez-Canal, J. (2025). El sujeto desvinculado o el sujeto con identidad: discusiones ético-políticas sobre las minorías nacionales y su incorporación en las constituciones latinoamericanas. *Ideas y Valores*, 74(187), 51-72. <https://doi.org/10.15446/ideasyvalores.v74n187.116883>
- Scott, R. H. (2022). Kenneth Boulding: a friends' economist. *The Journal of Philosophical Economics*, Volume XV(Articles). <https://doi.org/10.46298/jpe.9030>
- Sidik, M. D. H., & Setia, P. (2024). Revisiting the Concept of Peace: A Sociological Perspective. *Integritas Terbuka Peace and Interfaith Studies*, 3(1), 11-20. <https://doi.org/10.59029/int.v3i1.25>
- Simmel, G. (1904). The Sociology of Conflict. I. *American Journal of Sociology*, 9(4), 490-525. <https://doi.org/10.1086/211234>
- Simmel, G. (1955). *Conflict and the web of group affiliations* (K. H. Wolff & R. Bendix, Trans.). Free Press. (Trabajo original publicado en 1908 bajo el título *Der Streit y Die Kreuzung sozialer Kreise en Soziologie: Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*). [https://www.goodreads.com/book/show/320444.Conflict\\_The\\_Web\\_Of\\_Group\\_Affiliations](https://www.goodreads.com/book/show/320444.Conflict_The_Web_Of_Group_Affiliations)
- Simon, R. (2016). The Conflict Paradigm in Sociology and the Study of Social Inequality: Paradox and Possibility. *Theory In Action*, 9(1), 1-31. <https://doi.org/10.3798/tia.1937-0237.16001>
- Solaja, O. M. (2018). Organizational Trust as a Conflict Management Tool in Contemporary Work Organizations. En *InTech eBooks*. <https://doi.org/10.5772/intechopen.73092>
- Stachurski, A. (2024). Justice Without Retribution? The Case of the System of Communal Security, Justice and Reeducation of Montaña and Costa Chica in Guerrero, Mexico. *Diametros*, 21(79), 24-39. <https://doi.org/10.33392/diam.1897>
- Su, M., & Rungruang, P. (2023). Mapping the knowledge base and theoretical evolution of workplace conflict outcomes: a bibliometric and qualitative review, 1972–2022. *International Journal of Conflict Management*, 35(2), 360-386. <https://doi.org/10.1108/ijcma-02-2023-0025>
- Thomas, K. W. (1992). Conflict and conflict management: Reflections and update. *Journal Of Organizational Behavior*, 13(3), 265-274. <https://doi.org/10.1002/job.4030130307>
- Thomas, K. W., & Kilmann, R. H. (1974). *Thomas-Kilmann Conflict Mode Instrument*. Xicom. (Tuxedo, NY)
- Turner, B. S. (2024). *Citizenship and life chances—Ralf Dahrendorf*. En Edward Elgar Publishing eBooks (pp. 58-63). <https://doi.org/10.4337/9781800880467.ch08>

- Turner, J. H. (1975a). Marx and Simmel Revisited: Reassessing the Foundations of Conflict Theory. *Social Forces*, 53(4), 618-627. <https://doi.org/10.1093/sf/53.4.618>
- Turner, J. H. (1975b). A Strategy for Reformulating the Dialectical and Functional Theories of Conflict. *Social Forces*, 53(3), 433-444. <https://doi.org/10.1093/sf/53.3.433>
- Turner, J. H. (2012). *Theoretical Sociology: 1830 to the Present*. <https://www.amazon.com/Theoretical-Sociology-Jonathan-H-Turner/dp/1452203423>
- Vigil, A. A. (2024). Conflictos, Cultura de paz y enseñanza de la Historia. *Investigaciones Históricas/Investigaciones Históricas, O*, 41-56. <https://doi.org/10.24197/ihemc.o.2024.41-56>
- Vinyamata, E. (2015). *Conflictología*. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5117130>
- Vinyamata, E. (1999). *Manual de prevención y resolución de conflictos: Conciliación, mediación, negociación*. Ariel Practicum.
- Vinyamata, E. (2014). *Conflictología. Curso de resolución de conflictos*. Editorial Ariel.
- Wallace, R. A., & Wolf, A. (1998). *Contemporary Sociological Theory: Expanding the Classical Tradition*.
- Weber, M. (1930). *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism* (Anthony Giddens, Ed.; Talcott Parsons, Trad.). Routledge. <https://gpde.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/2019/03/MAX-WEBER.pdf>
- Weber, M. (1968). *Economy and society: An outline of interpretive sociology* (G. Roth & C. Wittich, Eds.). Bedminster Press. (Trabajo original publicado en 1922)
- Zhang, L., Fu, Y., Lu, W., & Liu, J. (2023). Toward an event-oriented conceptualization of conflict: reflections on three decades of conflict research. *International Journal Of Conflict Management*, 34(3), 489-510. <https://doi.org/10.1108/ijcma-09-2022-0157>
- Zuldin, M. (2019). Ketimpangan Sebagai Penyebab Konflik: Kajian Atas Teori Sosial Kontemporer. *TEMALI Jurnal Pembangunan Sosial*, 2(1), 157-183. <https://doi.org/10.15575/jt.v2i1.4050>
- ZUO, X., & XIA, D. (2008). *From Class Conflict to Social Conflict—Investigation into Marx's and Coser's Conflict Theories*. <https://doi.org/10.3969/j.issn.1008-4207.2007.06.022>

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: [mjcasanova@um.edu.uy](mailto:mjcasanova@um.edu.uy)





## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

**MANTERO MAURI, ELÍAS**

El régimen jurídico de los gastos comunes en la propiedad horizontal



Elías MANTERO MAURI

Universidad de Montevideo, Uruguay

emantero@amsabogados.com.uy

ORCID id: <https://orcid.org/0000-0002-7985-947X>.

Recibido 20/11 - Aceptado: 22/12

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:**

Mantero Mauri, E. (2025). El régimen jurídico de los gastos comunes en la propiedad horizontal.

*Revista de Derecho*, 24(48), e4810. <https://doi.org/10.47274/DERUM/48.10>

## El régimen jurídico de los gastos comunes en la propiedad horizontal<sup>1</sup>

197

**Palabras claves:** Propiedad horizontal; Ley 10.751; Gastos comunes.

## The legal regime of common expenses in condominiums

**Keywords:** Condominiums; Act 10.751; Common expenses.

## O regime jurídico das despesas comuns na propriedade horizontal

**Palavras-chave:** Propriedade horizontal; Lei 10.751; Despesas comuns.

1 Este trabajo tiene como base lo expuesto por el autor en las Jornadas de Derecho de la Propiedad Horizontal, desarrolladas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, los días 11 y 12 de noviembre de 2025, y ha sido publicado previamente en la obra en coautoría con los Drs. Aparicio Howard y Alfredo Frigerio, *Estudios de Propiedad Horizontal*, T. II, FCU, Montevideo, 2024, págs. 15 a 58.

## 1. Aspectos Generales

### 1.1 Definición de gastos comunes

El artículo 5 de la Ley 10.751 define sintéticamente a los gastos comunes como “*las expensas necesarias a la administración, conservación y reparación de los bienes comunes, así como al pago de la prima de seguro*”.

Varela Méndez aporta una definición más analítica. Indica que los gastos o expensas comunes son “*los importes con los que los propietarios deben contribuir para satisfacer las erogaciones derivadas de la administración, conservación y reparación de los bienes y servicios comunes, tanto en su materialidad como en el personal permanente o transitorio que les está afectado, así como las cargas, gravámenes o gastos que este personal demande*” (Varela Méndez, E. s.f., p.50).

Queda comprendida en esta amplia conceptualización cualquier erogación relativa a bienes comunes, sea ordinaria o extraordinaria.

Es indiferente la forma en que se fije la contribución a las expensas comunes. Podrá ser a través de la cuota ordinaria o mediante la fijación de una cuota extraordinaria adicionada a la anterior. También será una expensa común el aporte al denominado “fondo de reserva” que los reglamentos de copropiedad generalmente prevén como obligación a cargo de los copropietarios. Normalmente se recauda para afrontar gastos no corrientes en relación a los bienes comunes. En todos los casos se tratará de gastos comunes a los cuales están obligados todos los copropietarios.

### 1.2 Erogaciones ordinarias

Las *erogaciones ordinarias* son los gastos que se podrían denominar administrativos, como los honorarios del administrador o de la gerencia del edificio, la papelería utilizada para comunicaciones, etc. También el salario del portero u otro personal dependiente, así como sus cargas sociales; artículos de limpieza, impuestos, facturas de luz y agua. Asimismo, las remuneraciones pagadas de manera corriente a distintos prestadores de servicios como sanitarios, jardineros, empresas de mantenimiento de portero eléctrico, ascensor o sistema de calefacción, etc. De igual modo entran en esta categoría todos aquellos gastos de conservación y reparación referentes a los deterioros, desperfectos o desgaste de bienes comunes que normalmente se presentan en los edificios, como, por ejemplo, la reparación de un caño, la sustitución de luminarias, de un vidrio roto. No entran aquí las innovaciones u obras nuevas que deben reputarse erogaciones extraordinarias, según veremos y que tienen un régimen jurídico distinto (Gabás, A., 2010, p. 232).

A los conceptos descriptos entendemos que se refiere el mencionado art. 5 de la ley. El pago de la *prima del seguro obligatorio* que aparece mencionado también es una erogación ordinaria.

### 1.3 Erogaciones extraordinarias

Luego están lo que podemos llamar *erogaciones extraordinarias*. Ingresan en esta última categoría los gastos que demanden las innovaciones resueltas por Asamblea tendientes

al mejoramiento o uso más cómodo de los bienes comunes (art. 12 Ley 10.751). También serán gastos comunes extraordinarios el costo de reparación del edificio (art. 24 Ley 10.751) y el de reconstrucción, en caso de destrucción de una parte menor o de vetustez (arts. 22 y 23 Ley 10.751). El art. 25 num. 1° establece que el costo de las obras sobre los bienes comunes será soportado por cada propietario en proporción a los derechos que tenga en ellos y el num. 2° que esa cuota podrá ser exigida ejecutivamente por el Administrador del edificio.

En una interesante sentencia del TAC 2° se abordó la distinción entre lo que es el “fondo de reserva”, considerado como una contribución regular de los copropietarios, y una cuota extraordinaria para arreglos estructurales necesarios en bienes comunes. Lo que en el caso era relevante pues estos conceptos tenían un tratamiento diferencial en el reglamento de copropiedad a través de distintas cláusulas. Y al decidirse en una asamblea afrontar ese costo a través de un aumento de la cuota de “fondo de reserva”, se vulneró un límite establecido para éste y se declaró nula la asamblea<sup>2</sup>.

### 1.3.1 Reclamaciones por costos excesivos relativos a innovaciones u obras nuevas dispuestas por Asamblea

Respecto a erogaciones extraordinarias referidas a innovaciones en el edificio en beneficio de todos los copropietarios (art. 12) u obras nuevas a favor de alguno o algunos de ellos (Mantero Mauri, E., Howard, A., Frigerio, A., 2022, p. 49), debe mencionarse lo establecido por el art. 4 del Decreto Ley 14.560. Allí se dispone en lo que aquí interesa que, aunque la innovación u obra nueva se haya decidido en asamblea de copropietarios con las mayorías requeridas, cualquier copropietario puede reclamar judicialmente el cese de la obra y el cobro de multa del art. 10, entre otras consecuencias, si su costo fuere excesivo. La norma entonces plantea que la asamblea no puede imponer cualquier innovación u obra, sino que su costo no debe ser excesivo, es decir, fuera de cánones de razonabilidad. Cabría preguntarse a qué refiere la norma por costo excesivo. La pauta a seguir sería la comparación del valor de la obra proyectada con el precio habitual del mercado por tareas de ese tipo. Incluso puede mediar en el análisis el costo de la mejora en relación a la categoría del edificio, la existencia de alternativas menos costosas, o el escaso beneficio que la obra proyectada apareja para los copropietarios. El criterio a aplicar nunca estará vinculado a la capacidad económica de los copropietarios, sino a elementos objetivos ajenos a ella, como lo que antes ejemplificamos (Highton, E., 2000, p. 368). En un edificio de alto valor arquitectónico una obra altamente costosa, pero que es la única que permite mantener el nivel del edificio, no puede ser considerada de costo excesivo, aunque existan alternativas más baratas que no mantengan el valor arquitectónico.

199

### 1.4 Diferencia de régimen jurídico entre las erogaciones ordinarias y extraordinarias

La diferencia de régimen entre las *erogaciones ordinarias* y las *extraordinarias*, radica en que las primeras pueden ser dispuestas por el administrador sin solicitar autorización alguna a la asamblea de copropietarios y se cargarán sin más en la liquidación de gastos comunes de cada propietario. Ello se deriva expresamente del art. 19 de la Ley 10.751

2 TAC 2: Sent. N° 51/2021.

que establece como deberes del administrador el cuidar y vigilar los bienes y servicios comunes (literal B), para lo cual se lo faculta a recaudar los fondos de los copropietarios y efectuar los pagos (literal D). Mientras que las *erogaciones extraordinarias* requerirán ser resueltas en la Asamblea de Copropietarios para recién luego ser ejecutadas por el administrador (literal F).

### 1.5 Gastos en interés común de los copropietarios

Es posible extraer de la ley una noción de gasto común no vinculada estricta y directamente con erogaciones relativas a bienes o servicios comunes, sino con un concepto más amplio como el de “interés común” de todos los copropietarios. Así, el art. 8 del Decreto Ley 14.560 establece que son expensas comunes los gastos, tributos y honorarios que demanden los trámites judiciales de ejecución forzada del reglamento de copropiedad, lo que no se conecta directamente con bienes comunes o personal de la copropiedad. Del mismo modo, entendemos que ingresa en el concepto de gasto común, debido por todos los copropietarios, los gastos y honorarios para la defensa en juicio de los copropietarios en los que deba incurrir el administrador. Por ejemplo, cuando se recibe una demanda por cobro de medianera o por daños causados con la intervención de un bien común. Se ha sostenido con buen criterio, que cuando quien demanda a los copropietarios por una cuestión de la comunidad o es demandado, es un copropietario, a ese sujeto no se le puede cargar en la cuenta de gastos comunes los gastos y honorarios del juicio que debe afrontar el administrador. Sería absurdo que el reclamante debiera sufragar una parte de los gastos y honorarios de la defensa de su contraparte, los que sólo le caben en los supuestos en que sea condenado en el juicio en costas y costos.<sup>3</sup>

En esta línea y con carácter general, cualquier gasto resuelto por la Asamblea según las mayorías exigidas que responda al interés común de todos los copropietarios será obligatorio para éstos.

### 1.6 No son gastos comunes las indemnizaciones debidas por un copropietario a la Copropiedad por daños a bienes comunes

No puede considerarse gasto común el débito que un copropietario tiene en relación a la comunidad por daños causados por el primero a los bienes comunes. Por ejemplo, si un apartamento se inunda y el agua afecta al ascensor y provoca una rotura de sus dispositivos electrónicos, habrá un crédito de los copropietarios contra ese propietario por responsabilidad civil. Pero no se trata de un supuesto de gasto común, porque no estamos frente a la contribución de ese copropietario a prorrata de los demás en las expensas del edificio, sino de una deuda por el total del daño causado que encarta en un caso de responsabilidad civil. Por lo tanto, el Administrador no debe incluir ese pasivo en la cuenta de gastos comunes ni ejecutarlo como tal.

3 Cfr. De Lara Vences, Carlos; *Régimen Jurídico de la Morosidad en la Propiedad Horizontal*, Colex, La Coruña, 2023, p. 69, que cita las siguientes sentencias del Tribunal Supremo Español: de 24 de junio y 30 de noviembre de 2011 y 31 de mayo de 2021. En las dos primeras se lee: “Cuando en la comunidad de propietarios se enfrenta judicialmente contra alguno de sus miembros, los desembolsos impuestos por la situación litigiosa no son gastos generales en relación a éste, pero sí respecto del resto de los integrantes de la comunidad de propietarios”.

## 2. Calificación jurídica de la obligación de pagar gastos comunes: obligación legal del propietario

La obligación de pagar gastos comunes es una obligación legal establecida por el art. 5° de la Ley 10.751. El supuesto de hecho de la norma legal que da nacimiento a la obligación de pagar gastos comunes es ser propietario de una unidad de propiedad horizontal. El negocio jurídico reglamento de copropiedad otorgado por el o los legitimados al efecto no es la fuente de esa obligación, sino la propia ley cuando se verifica el supuesto de hecho aludido. Al punto que la propia Ley N° 10.751 a la vez que impone la obligación de pagar gastos comunes en su art. 5°, establece que el reglamento de copropiedad es de existencia contingente para las copropiedades regidas exclusivamente por ella (arts. 16 y 17). Si puede existir obligación de pago sin que exista reglamento, es evidente que éste no puede ser la fuente de aquella obligación.

Así lo estableció la jurisprudencia en un caso dónde se discutía si el propietario de ciertos locales comerciales estaba obligado o no a pagar gastos comunes dado que no se imponía esa obligación de pago en el reglamento de copropiedad. Entendió el TAC 3° que por imperativo de la Ley 10.751 -y en ausencia de Reglamento oponible a su respecto- debe contribuir a los gastos comunes, en aplicación de lo dispuesto por el art. 5° de la misma<sup>4</sup>.

Como vimos, el supuesto de hecho para estar obligado a pagar gastos comunes es ser propietario de una unidad de propiedad horizontal. Esto ha llevado a que generalmente se ubique a la obligación de pagar gastos comunes en la categoría doctrinaria de obligación *propter rem* (Ramos Olivera, J., 2012, p. 118). Las obligaciones *propter rem*, según la doctrina se caracterizan por: i) generarse como consecuencia de la titularidad de un derecho real, ii) ir asociadas a ese derecho real, lo que determina que la transferencia del derecho real lleva consigo también a dicha obligación (carácter ambulatorio), convirtiendo al adquirente en nuevo deudor y liberando al transferente, iii) la liberación del deudor si abandona su derecho real (Berdaguer, J., 2019, pp. 52 y ss.). A partir de la categorización de la obligación de pagar gastos comunes como *propter rem*, se concluye equivocadamente por algunos que el actual propietario de una unidad, por serlo, es deudor no solo de los gastos comunes nacidos desde que es dueño sino de la cuenta de gastos comunes que hayan dejado sin pagar anteriores propietarios de la unidad.

No compartimos esta opinión pues ello supondría admitir que la deuda por gastos comunes generada bajo la titularidad de un copropietario se desplaza o transfiere al sucesivo propietario de la unidad de propiedad horizontal, liberando al anterior, lo cual no es lo que dicen nuestras normas en la materia (Mantero Mauri, Howard, Frigerio, 2022, pp. 194 y ss.; Mantero Mauri, 2020, p. 279; Mendive, 2012, p. 847; Molla, s.f., pp. 955 y ss.).

Quienes sostienen que la obligación de pagar gastos comunes es *propter rem* confunden el supuesto de hecho para que exista la obligación en cabeza de un sujeto, es decir, para ser deudor, que es ser propietario, con un régimen legal de sucesión en la deuda por el hecho de haber adquirido el bien que se vincula con la existencia del pasivo. Cuando la ley señala que el propietario es deudor de gastos comunes está describiendo lo obvio, que quien debe las expensas es quien es el dueño de la unidad que contribuye con los

4 TAC 3: Sent. N° 239/2009. 19/10/2009.

demás copropietarios a sufragar los gastos de funcionamiento del edificio. Y, claramente no está creando un especial régimen de sucesión en las deudas de otro sujeto, anterior propietario. Simplemente está diciendo que el propietario tiene que pagar los gastos comunes que se devengan y son exigibles desde que es propietario. Para establecer un régimen de sucesión en la deuda, por la excepcionalidad del supuesto, la ley debería decirlo en términos expresos, claros y categóricos, lo que no ocurre en el caso, donde, reiteramos, la ley dice algo mucho más sencillo. Esto, como veremos, tiene relevancia a la hora del cobro coactivo del crédito por no pago de gastos comunes y en cuanto a la responsabilidad del adquirente del bien subastado en remate.

Además, no estamos frente a una obligación *propter rem* porque esta categoría, según se ha conceptualizado, supondría que el enajenante de la cosa cuya titularidad dio lugar al surgimiento de la deuda a su respecto, deja de ser deudor luego de esa enajenación; lo que claramente no ocurre en el caso de los gastos comunes. Es que en el caso de la obligación de pagar gastos comunes el enajenante de una unidad no se libera de su condición de deudor por disponer del apartamento. Al contrario, es el deudor de los gastos comunes devengados durante el tiempo en que fue propietario. No hay fundamento normativo para que pueda sostenerse que el expropietario deje de ser deudor por haber enajenado el bien. De igual modo tampoco existe base legal para sostener que el titular de una unidad de propiedad horizontal queda liberado de la obligación de pagar gastos comunes por abandonar la misma.

Entonces, como se aprecia claramente, el único rasgo que presenta la obligación de pagar gastos comunes respecto del diseño doctrinario de la obligación *propter rem* es que su nacimiento se asocia a la titularidad de una unidad de propiedad horizontal, nada más. Por lo tanto, quienes afirman esa naturaleza realizan un razonamiento inverso al que debería realizarse si se quiere llegar a alguna conclusión jurídica válida. Deciden arbitrariamente desde el inicio que la obligación de pagar gastos comunes es *propter rem* y luego, bajo esa decisión, le atribuyen los efectos jurídicos que doctrinariamente se ligan a esa categoría. Pero el punto de partida debería ser otro: examinar si el derecho positivo le atribuye a la obligación de pagar gastos comunes los efectos jurídicos que se adjudican a la obligación *propter rem*, para luego concluir si aquella ingresa o no en esta categoría. Y, como venimos de referir, eso no es así y en consecuencia la postura criticada no está justificada en las normas, que es lo único relevante en un análisis jurídico.

En particular y en lo más importante los sostenedores de la tesis criticada establecen que la enajenación de la unidad desplaza la obligación de pagar gastos comunes devengadas bajo la titularidad del anterior dueño al nuevo propietario, lo cual no es correcto pues la ley no dice eso.

Una cuestión distinta es que el propietario actual pueda ser responsable de la deuda anterior en virtud de ser titular de un apartamento gravado por la hipoteca recíproca de la propiedad horizontal que obviamente cubre todas las deudas de la unidad cualquiera hubiera sido la fecha de devengamiento, sujeto a los límites de dicha hipoteca que se sitúa en el 30 % del valor fiscal de la unidad (art. 6° del Decreto Ley N°14.261). Pero en ese caso no podemos hablar de que el actual propietario sea deudor, sino que se trata de un responsable (art. 2327 inc. 2 Código Civil) y ello aleja definitivamente la posibilidad de hablar de una obligación *propter rem*, pues no hay transmisión de deuda alguna con la transferencia de la propiedad de la unidad.

### 3. Obligados al pago de gastos comunes

El obligado a pagar los gastos comunes es el propietario. Así lo establecen claramente las normas aplicables en la materia.

El art. 5 de la Ley 10.751 dice que “*cada propietario deberá contribuir a las expensas necesarias...*”. Ello es confirmado por el art. 14 del Decreto Ley N° 14.560 que establece “*La cuenta de expensas y demás gastos comunes (artículo 5° de la Ley N° 10.751) adeudada por un copropietario, formulada por el administrador y aprobada por la Asamblea constituirá título ejecutivo...*”. El art. 19 lit. D de la ley 10.751 vuelve a ratificar la idea al establecer que es competencia del administrador “*Recaudar de cada propietario lo que a cada uno corresponda en las expensas comunes...*”. Y lo propio hace el art. 25 núm. 1 de la misma ley cuando dice que “*cada propietario deberá concurrir a la reparación de los bienes comunes en proporción a los derechos que en ellos tenga*”.<sup>5</sup>

#### 3.1 La situación en caso de unidades en propiedad indivisa

Nuestra legislación no trata la cuestión de la cotitularidad de una unidad y cómo se distribuye la obligación de pagar en ese caso los gastos comunes; es decir, si la deuda se divide en proporción a la cuota parte de cada cotitular o si ambos deben el todo.

Tratándose de una deuda dineraria de principio es divisible (art. 1375 CC) y no estando prevista legalmente la solidaridad ésta no opera (art. 1391 CC).<sup>6</sup> Sin embargo, sostenemos el criterio de que todos los condóminos están obligados al pago de la totalidad de los gastos comunes, puesto que en la economía del régimen de horizontalidad existe una finalidad esencial al sistema de atender a la cobertura de todas las erogaciones que se vinculan con una unidad de un edificio. La contribución a los gastos es en relación a cada unidad, sin importar el número de sus titulares (art. 5 Ley 10.751).

En España, sin norma expresa, la jurisprudencia, seguida por la doctrina, ha acudido a lo que llaman *solidaridad impropia o implícita* derivada de la ontología del sistema de

5 El numeral 1 del art. 25 recién citado contiene una disposición bastante singular. Establece que si “*uno o más condóminos adelantaren al contratista de las obras de reparación dispuestas, conforme al artículo precedente, la parte contributiva del copropietario que no quisiera o no pudiera pagarla, se entenderán subrogados en los derechos correspondientes, y facultado para garantizar su crédito con derecho real, bastando, a tal efecto, la inscripción en el Registro de Hipotecas de la protesta notarial o testimonio de la interpelación judicial hecha al omiso en la que conste el origen del crédito, la decisión previa de la asamblea, y el monto de la deuda conforme a los recibos respectivos expedidos por el empresario. Se acompañará copia testimoniada de la decisión de la asamblea aprobando la distribución de las cargas de la reparación entre sus miembros*”. Es de hacer notar que esta subrogación presenta ciertas particularidades respecto de la subrogación legal común por el pago hecho de una deuda ajena (arts. 1450, 1451, 1470 CC). En el régimen común sólo se produce subrogación legal cuando el deudor consiente expresa o tácitamente el pago del tercero, no cuando lo ignora o se opone al mismo. En el régimen particular del art. 25, la subrogación operará sin necesidad de consentimiento del deudor (expreso o tácito), en cualquier caso, aun frente a la oposición del copropietario deudor que no quiere o no puede pagar su cuota. Otra particularidad de este régimen es la creación de un derecho real innominado a favor del copropietario que paga la cuota de otro. Se atribuye a la voluntad unilateral de éste la potencia para generar este derecho real, mediante la registración (publicidad constitutiva) que debe ir acompañada de los recaudos indicados. Que, por cierto, no se dice sobre qué bien recae ni tampoco que efectos produce, pero que debe suponerse que recae sobre la unidad funcional del copropietario que no paga su cuota y que su contenido es garantizar con derecho de preferencia el reembolso al pagador, en hipótesis análoga al derecho real de hipoteca. Además, este régimen, en caso de que la subrogación haya sido con consentimiento del deudor, crea una superposición de derechos reales a favor del copropietario pagador. En efecto, la subrogación legal lleva consigo el traspaso de las garantías a favor del pagador (art. 1473 CC) y la deuda de gastos comunes, dentro de la cual entra la debida por el copropietario que no paga, está garantizada con la hipoteca recíproca de la propiedad horizontal (art. 6 DL 14.261). En consecuencia, en esa hipótesis de subrogación (consentida) el copropietario pagador no sólo tendrá el derecho real de garantía innominado creado por el art. 25 sino también el de la hipoteca recíproca que ahora lo beneficiará a él por el monto de la cuota ajena pagada. El derecho real innominado no tendrá el límite del 30 % sobre el valor fiscal de la unidad que sí tiene la hipoteca recíproca.

6 Entendemos que sería procedente establecer la solidaridad en el Reglamento de Copropiedad y en ese caso, todos los condóminos serían obligados solidarios de la deuda de gastos comunes. Se trataría de una solidaridad convencional.

propiedad horizontal, que trata siempre con unidad todo lo vinculado a la titularidad de un apartamento, considerando inaceptable la división de la deuda (Ordás Alonso, M., 2023, pp. 262 y ss; De Lara Vences, C. s.f., pp. 98 y ss.). En Uruguay puede acudirse por fundamento análogo al régimen de la indivisibilidad en el pago del art. 1381 numeral 3 Código Civil, donde ciertas deudas, de regla divisibles, no se dividen y pueden ser perseguidas contra todos los codeudores, por su naturaleza u objeto o cuando hay una finalidad que marca la unicidad, que permite descubrir la intención de convertir a todos en deudores por el todo, sin perjuicio de los reembolsos en las relaciones internas. Es cierto que dicha norma refiere a obligaciones convencionales, toda vez que trata del descubrimiento de una intención. Ahora bien, por fundamento análogo, puede decirse que en el régimen de la propiedad horizontal, la obligación legal de pagar gastos comunes tiene la finalidad, considerada por el legislador, de cubrir todas las expensas relacionadas a la contribución de cada unidad, sin importar si ella es de titularidad de uno o más sujetos.<sup>7</sup> Este tipo de obligaciones indivisibles en el pago, sólo lo son en relación a este último (al pago), pero no comparten el resto de los caracteres de la indivisibilidad, como por ejemplo la interrupción de la prescripción por un codeudor a favor de todos los demás (art. 1387 CC). (Berdaguer, 2019, p. 410).

### 3.2 Situación del promitente comprador

Nuevamente, el único obligado al pago de los gastos comunes en el texto de la Ley 10.571 (arts. 5 y 14) es el propietario de una unidad. Desde esta perspectiva, el promitente comprador no es deudor de gastos comunes porque no es el propietario sino titular del derecho a que se le transfiera el dominio. No cambia lo anterior que el promitente adquirente se haya obligado en la promesa a pagar los gastos comunes, lo que es corriente de ver cuando le es entregada la unidad para su ocupación, puesto que ese pacto por el principio de relatividad solo alcanza a las partes de la promesa y no a la copropiedad (art. 1293 CC).

Este es el criterio que parece predominante en nuestra jurisprudencia, que niega legitimación al administrador para perseguir el cobro de gastos comunes contra el promitente adquirente<sup>8</sup>.

Esta situación resulta insatisfactoria puesto que quien recibió los beneficios de las erogaciones incurridas por la copropiedad, que es el promitente comprador poseedor, no podría ser accionado por el administrador para que cubra la parte correspondiente a la unidad que tiene prometida y ocupa. Esto ha generado diferentes esfuerzos doctrinarios y jurisprudenciales para viabilizar jurídicamente la persecución del pago de gastos comunes por la comunidad contra el promitente adquirente poseedor.

Un antecedente jurisprudencial relevante en tal sentido lo constituye una sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º turno,<sup>9</sup> en la que se identificó al promitente adquirente con posesión como deudor de gastos comunes, exigibles por la copropiedad,

7 En este sentido en Argentina, bajo la legislación anterior al actual Código Civil y Comercial de la Nación, la doctrina también apoyaba la indivisibilidad de la deuda, basada en la unicidad de la contribución de cada apartamento, porque “lo fundamental es la unidad que origina la deuda y nunca el número de titulares de la misma, y por lo tanto, el pago debe ser el equivalente a lo devengado por aquella y no en la proporción que cada condómino tiene en particular” (RACCIATTI, Hernán, Propiedad por pisos o por departamentos, 3 ed. actualizada y aumentada, Depalma, 1975, pp. 366 y ss; Gabás, Alberto; ob. cit., p. 261; HIGHTON, Elena, ob. cit., pág. 421)

8 TAC 3: Sent. N° sef-0007-000003/2015, TAC 1: Sent. N° SEF 0003-000052/2014, TAC 5: Sent. N° i838/2007.

9 Sent. N° 54/2009.

al interpretarse que existieron conductas reiteradas de éste que habrían implicado reconocer su calidad de deudor frente a la copropiedad; lo que podemos calificar como una suerte de expromisión.<sup>10</sup> Esas conductas fueron: el reiterado pago anterior de gastos comunes a cuenta y haber intentado una oblación y consignación. El caso tiene el valor de que permite identificar un consentimiento tácito por parte del promitente adquirente de asumir la deuda de gastos comunes a favor de la comunidad y por esa vía se habilita exigirle el pago. No podemos dejar de señalar que, aunque en abstracto ello es correcto, en ese caso identificar el pago anterior de gastos comunes o una oblación y consignación como elementos que permitan descubrir la asunción de la deuda, podría no ser correcto, porque esos actos no son unívocos, pues también los habría de protagonizar quien, sin considerarse deudor de la copropiedad, quiere liberarse de su obligación asumida con el promitente vendedor, en la promesa, de pagar los gastos comunes. No se trataría de hechos concluyentes que evidencien una voluntad tácita.<sup>11</sup>

En otro asunto<sup>12</sup> donde fue demandado un promitente comprador, el Juzgado Letrado en lo Civil de 2º turno si bien rechazó la demanda por falta de título ejecutivo y por no ser propietario, *obiter dictum* estableció que podía perseguirse el cobro de un crédito equivalente a la deuda de gastos comunes en juicio ordinario bajo un supuesto sustancial de cuasicontrato de enriquecimiento sin causa, porque si bien no hay una obligación de pagar gastos comunes que vincule al promitente adquirente con el resto de los copropietarios (en el caso, eran otros promitentes compradores), el primero se beneficia (se enriquece) de los servicios que recibe que se sufragan con las contribuciones de gastos comunes que hacen los demás (art. 1308 CC); agregamos nosotros que incluso podría promoverse como demanda condicional o de futuro (art. 11.3 CGP) en relación al sucesivo enriquecimiento mensual sin contribución a los gastos comunes.

En Argentina, bajo la legislación anterior, la doctrina y jurisprudencia ya sostenían la posibilidad de reclamar el pago de gastos comunes al ocupante de un apartamento con boleto de compraventa. Entre otros argumentos se invocó la existencia del cuasicontrato de gestión de negocios (art. 2606 del anterior Código Civil argentino). (Gabás, pp. 265, 266 y 279 a 280). Bajo el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación el punto está resuelto porque basta ser poseedor para ser deudor de gastos comunes (art. 2050).

De admitirse que el administrador tiene legitimación para exigir el pago de gastos comunes al promitente adquirente con posesión, bajo cualquiera de estos argumentos que venimos de citar, es necesario concluir que no habrá contra él cobro ejecutivo porque no se contará con un título suscrito por el obligado del que surja la obligación de pagar

10 La expromisión implica la asunción de una deuda ajena frente al acreedor, a iniciativa del nuevo deudor y sin participación del deudor originario, que no produce la extinción de la deuda originaria y suma un nuevo deudor. Se diferencia de la delegación en la obligación, en donde es el deudor originario quien participa del negocio tomando la iniciativa para que un segundo deudor se obligue acumulativamente además de él (arts. 1526 último inciso y 1531 CC). Cfr. Blengio, Juan; La delegación; en *ADCU*, tomo XIII, p. 191; Cafferá, Gerardo, *Obligaciones*, 2ª. ed. actualizada y ampliada, FCU, Montevideo, 2023, p. 719. Berdaguer, Jaime; *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, FCU, Montevideo, 2014, pág. 315 y ss.

11 Tampoco coincidimos con que la sentencia haya establecido que, como consecuencia de la asunción de la deuda por parte del promitente adquirente, el propietario promitente enajenante quede liberado de su calidad de deudor en una suerte de “expromisión novativa”, lo que hubiera requerido de la voluntad de la asamblea de copropietarios (art. 1531 CC). La sentencia incurre, a nuestro juicio, en otro error adicional, porque termina reconociendo la existencia de título ejecutivo contra el promitente comprador, cuando obviamente él no está comprendido en el art. 14 del Decreto Ley 14.560 que crea el título contra el propietario. Además, reconoce la existencia de un título ejecutivo sin firma del deudor, cuando el edificio, según la propia sentencia no había todavía ingresado en régimen de propiedad horizontal.

12 Sent. 75/2019 de 27 de noviembre de 2019; ver en Mantero Mauri, Elías; Howard, Aparicio y Frigerio, Alfredo, *Propiedad Horizontal* cit. pp. 304 a 306. Cabe aclarar que en el caso el inmueble no había ingresado todavía al régimen de propiedad horizontal, según releva la sentencia.

una cantidad de dinero líquida y exigible (art. 353 CGP). El cobro ejecutivo se tendrá sólo contra el propietario por imperio del art. 14 del Decreto Ley 14.560.

Sin perjuicio del análisis jurídico, lo cierto es que al promitente comprador siempre le interesará pagar los gastos comunes, porque en caso de deuda, la copropiedad podrá ejecutar la hipoteca recíproca y él perderá el inmueble.

### 3.3 Situación del mejor postor

En cuanto al mejor postor, obviamente este no es propietario hasta tanto se haga escrituración judicial. Por lo tanto, sigue siendo deudor el propietario ejecutado, puesto que antes de la escrituración judicial éste mantiene su calidad de tal, que es la que verifica el supuesto de hecho.

Confirmando el criterio general, el TAC 6° sostuvo que el obligado a pagar gastos comunes es el propietario aunque la unidad sea usada por un mejor postor en remate sin la escrituración correspondiente<sup>13</sup>. El mejor postor no es todavía el propietario ni asumió la obligación de pagar los gastos comunes que sólo lo gravará luego de la escrituración.

De todas maneras, sería posible en el caso de un mejor postor que usa el inmueble y goza de los servicios del edificio, la demanda en juicio ordinario para reclamarle la deuda por la vía del enriquecimiento sin causa, como vimos más arriba.

### 3.4 Situación del nudo propietario y del usufructuario

Definir si los gastos comunes deben ser pagados por el nudo propietario o el usufructuario, resulta una cuestión de difícil determinación por ausencia de una regulación legal clara.

No existe una norma legal que contemple la situación del usufructuario.

La cuestión se centra en desentrañar cuál el sentido del vocablo “propietario” en el art. 5 de la Ley 10.751, enfrentados a resolver el caso de la existencia de nudo propietario y usufructuario. El Código Civil es promiscuo en el uso de los términos al regular este fenómeno, pues al que no es usufructuario a veces lo llama nudo propietario (art. 493 inc. 2 y 3) y a veces derechamente propietario (art. 504 inc. 2, acápite de la sección III anterior al art. 533 y el propio art. 533). Entonces no es claro si en la legislación de Propiedad Horizontal se reclama por propietario al titular del dominio pleno, o si también se comprende al nudo propietario. En esta última hipótesis el usufructuario no sería el obligado.

Esa ambigüedad debe resolverse teniendo en cuenta el contexto (art. 20 Código Civil) de la regulación sobre la contribución al pago de gastos comunes, según el cual el obligado al pago es quien disfruta de los servicios (arts. 5 y 7 de la Ley 10.751). Sobre este contexto volveremos más adelante.

A partir de allí podría decirse que como quien disfruta el inmueble y los servicios de éste y tiene derecho a sus frutos es el usufructuario (arts. 493 y 502 y ss. CC), entonces él debe hacerse cargo de las erogaciones vinculadas con ese disfrute. Por otro lado, el nudo propietario tendría de su cargo los gastos comunes extraordinarios que no se vinculan

13 TAC 6: Sent. N° 121/2008.

con el disfrute ordinario del apartamento. Así, en el Código Civil el usufructuario no está obligado a las reparaciones mayores (arts. 523 y 524). Pero claro está, estas normas del Código Civil regulan las relaciones entre nudo propietario y usufructuario; no se pueden extender a las relaciones entre los copropietarios<sup>14</sup>.

Más allá de lo jurídico, al usufructuario le conviene pagar la cuenta de gastos comunes, pues de lo contrario puede sufrir la pérdida de su derecho por la ejecución de la hipoteca recíproca, que tiene preferencia.

En la nueva regulación argentina, el tema está resuelto porque el actual Código Civil y Comercial de la Nación dice en el artículo 2148 que el obligado a las expensas comunes es el usufructuario.

### 3.5 Situación del arrendatario

Nuevamente quien debe los gastos comunes es el propietario, según la Ley. No existe norma alguna que ponga en cabeza del arrendatario esta obligación frente a los copropietarios.

El art. 77 del Decreto Ley 14.219 regula la cuestión del pago de gastos comunes por los inquilinos de unidades de propiedad horizontal, poniendo de cargo de éstos su pago, exceptuando los gastos por reparaciones o mejoras que corresponden al propietario. Ahora bien, la norma no está cambiando el deudor de los gastos comunes frente la copropiedad. No cambia el art. 5 de la Ley 10.751 según la cual el propietario es el deudor frente a la comunidad. Simplemente está regulando cómo se distribuye el costo de los gastos comunes en las relaciones del contrato de arrendamiento, entre propietario/arrendador y arrendatario. Es decir, no crea una legitimación activa de los demás copropietarios para exigir al inquilino el pago de los gastos comunes. (Tourné, s.f., pp. 53-17).

Invariablemente los contratos de alquiler de unidades de propiedad horizontal ponen de cargo del arrendatario el pago de la cuota de gastos comunes que se suele nominar como “gastos inquilino”, que comprende las erogaciones ordinarias. Normalmente se analiza esta cuestión en el sentido de que el arrendatario no se obliga frente a la copropiedad sino frente al arrendador. En consecuencia, carece de crédito contra el arrendatario, por la aplicación del principio de relatividad de los contratos (art. 1293 CC).

### 3.6 La situación del adquirente del bien frente a la deuda de gastos comunes generada previamente a la adquisición

Este supuesto puede darse en dos casos. El primero es la adquisición voluntaria del inmueble. Por ejemplo, cuando se compra una unidad que arrastra deuda por gastos comunes del propietario anterior; hipótesis de rara verificación porque los escribanos siempre controlan la inexistencia de deuda pidiéndole un documento que así lo diga al administrador, y en caso de adeudo o bien no se hace el negocio o bien se descuenta la deuda del precio.

14 Por eso no compartimos la opinión de Claudio Kiper en Argentina emitida bajo la legislación anterior de ese país, según la cual el usufructuario estaría obligado a pagar los gastos comunes frente a la copropiedad en función de las normas sobre usufructo que le imponen conservar la cosa usufructuada (“El usufructuario y el pago de las expensas comunes”, citado por Zelaya, Mario, *El cobro de las expensas comunes*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2021, p. 117).

El otro caso es el de adquisición del inmueble en remate judicial, en proceso diferente a la ejecución de deuda de gastos comunes o en uno de ejecución de gastos comunes.

Como vimos, se ha sostenido erróneamente por algunos que la obligación de pagar gastos comunes es *propter rem* y que existe una cesión legal de la deuda del anterior propietario al nuevo y con base en ello se reconoce la calidad de acreedora de la copropiedad respecto al nuevo propietario por las deudas anteriores. Subyace a esta tesis algo que parece razonable, que es que no quede sin pagarse la deuda anterior de gastos comunes y que quien ahora disfruta de la unidad deba hacerse cargo de ese pasivo. Sin embargo, como ya adelantamos y profundizaremos más abajo, ello no es lo que surge del Derecho Objetivo uruguayo. Sí es la solución, por ejemplo, en el Derecho argentino, que prevé que el nuevo adquirente es responsable de la deuda dejada por el anterior propietario (art. 2049 del Código Civil y Comercial de la Nación). (Gurfinkel de Wendy, 2015, p. 549). En Uruguay, de *lege ferenda* entendemos que podría irse a una solución intermedia que luce como muy razonable, que sería eliminar el límite de la hipoteca recíproca del 30% del valor catastral y permitir que el gravamen alcance a todo el valor del bien y hacer responsable al adquirente con el bien adquirido y no con su propio patrimonio, en forma similar al viejo régimen argentino.<sup>15</sup>

La jurisprudencia nacional ha analizado la situación del adquirente en remate judicial de una unidad de propiedad horizontal que mantiene adeudos de gastos comunes. Y en particular cuando ese remate se origina en la ejecución de la hipoteca recíproca por adeudo de expensas comunes que no resultan cubiertas por el producido del remate. Se plantea si el adquirente en remate judicial se convierte en deudor de la deuda de gastos comunes contraídas por el anterior propietario. Al respecto la mayoría de la jurisprudencia, entre ella la SCJ, afirma que el adquirente contrae la deuda originada por la unidad bajo la titularidad del anterior propietario. De modo tal que el adquirente en tanto nuevo propietario no sólo se convierte en deudor de los gastos comunes desde su adquisición, sino que también pasa a deber los anteriores que no hayan quedado cubiertos por el producido del remate. Y ambas sumas quedan garantizadas por la hipoteca recíproca.

Las razones para sostener este criterio son en general dos: a) que la transferencia de la propiedad de la unidad opera una cesión legal de la deuda al nuevo propietario, lo que se fundamenta en desarrollos de la Prof. Teresa Gnazzo a propósito de la hipoteca recíproca (s.f., p. 689) y b) que la obligación de pagar gastos comunes es una obligación *propter rem* caracterizada por su naturaleza ambulatoria, en el sentido que se genera por la titularidad del derecho real de propiedad y que se transmite junto con él. Esa naturaleza derivaría de lo dispuesto por el art. 5 de la Ley 10.751 que, como vimos, dice que el obligado a pagar gastos comunes es el “propietario”.

Así, la SCJ en sentencia de 2016 analizando el caso de una adquisición en remate judicial (originado por ejecución promovida por un acreedor quirografario) sostuvo, siguiendo a la profesora Teresa Gnazzo, que “cuando se enajena la unidad el que adquiere se hace responsable de la deuda existente, y frente a la copropiedad responde el actual propietario. De este modo, la deuda por gastos comunes que tenía Viajes Meliá Uruguay S.A. fue transferida a la demandada en estos autos y se encuentra garantizada por la hipoteca recíproca”<sup>16</sup>. Es decir, la SCJ toma el fundamento de la cesión legal de deuda. El TAC 5º (examinando una

15 Art. 17 Ley 13.512 que remitía al art. 3266 del anterior Código Civil argentino.

16 SCJ: Sent. 216/2016.

ejecución de hipoteca recíproca) en sentencia de 2015 mantiene la misma posición pero utiliza acumulativamente los dos fundamentos antes indicados<sup>17</sup>. En la misma línea, el TAC 7° en sentencia de 2014 entendió que tratándose de pretensión de cobro de gastos comunes en régimen de Propiedad Horizontal y en aplicación de la hipoteca recíproca, esa deuda constituye una carga o gravamen que recae sobre el inmueble y su titular debe responder por la misma, que grava la cosa, no interesando la persona del titular. El caso refería a la adjudicación de una unidad al BHU luego del fracaso de dos remates extrajudiciales<sup>18</sup>. La misma dirección sigue el TAC 1°<sup>19</sup>. Sostiene que el adquirente en subasta judicial está obligado a pagar los gastos comunes generados con anterioridad a su adquisición. El fundamento de su posición es que se trata de una obligación *propter rem*.

Una excepción a la corriente mayoritaria es la sentencia de 2017 del TAC 7°<sup>20</sup> que, con una integración distinta a la anterior, mantuvo la tesis opuesta. Es decir, que el adquirente en remate judicial no se convierte en deudor de los gastos comunes del anterior propietario insatisfechos por el remate. Siguiendo a Andrés Mendive, en trabajo ya citado, el Tribunal sostiene que

“Nadie discute que la deuda por gastos comunes debe ser soportada por el propietario de la unidad de propiedad horizontal de que se trate. Pero sostener esto no es lo mismo que sostener que, si cambia de manos la propiedad, dicha obligación se trasfiere conjuntamente con el derecho de propiedad y pasa a estar en la cabeza del nuevo propietario. Como sostiene Mendive, a partir del momento de la adquisición las nuevas deudas que genere el bien las deberá pagar el nuevo adquirente. Ello es lógico, la norma dice que la deuda pertenece al propietario. Sólo determina quién paga la deuda que se devenga en un momento determinado. Nada dice respecto a la deuda anterior. No es la deuda que se trasmite, sino la calidad de propietario”.

Compartimos esta última sentencia. No es posible extraer de la mención legal del término “propietario” que la deuda de gastos comunes devengados bajo una anterior titularidad de la unidad se transfiera al nuevo adquirente. Los gastos comunes anteriores no los debe el actual propietario porque no verificaba el requisito legal de ser propietario al momento en que se devengaron. Si el que debe es el propietario y el actual no era tal al momento de devengarse la deuda, éste no es deudor de ella. Es decir, ser propietario es una cualidad del sujeto establecida por la ley para ser deudor de gastos comunes al momento en que éstos se generan. Eso y sólo eso es lo que dice la ley. La ley nada establece respecto a que el sujeto pasivo de esa deuda anterior cambie por variar el titular de la unidad. No existe en la ley atisbo de fundamento alguno que permita justificar la transferencia de la deuda. Esa es una carga de significado que le pone el intérprete pero que no se desprende del dato legal.

Por otra parte, convertir en deudor de gastos comunes a un sujeto que no aprovechó los beneficios cuyos costos ahora se le pretenden cargar<sup>21</sup> es algo que hubiera merecido una disposición expresa, lo que no existe. Al respecto, la calidad de beneficiario de los

17 TAC 5: Sent DFA-0004-000570/2005.

18 TAC 7: Sent. SEF-0008-000010/2014.

19 TAC 1: Sent. N° 19/2019

20 TAC 7: Sent. N° 47/2017.

21 Porque los gastos comunes de regla tienden a solventar el costo de consumos y servicios aprovechados en un período determinado por propietarios de unidades que eran tales en ese momento.

bienes comunes como condición para atribuir la deuda de los gastos asociados no es algo ajeno a la ley. Tan es así que la propia norma de la que pretende extraerse que alguien pague por algo que no disfrutó, el multicitado art. 5, establece en su segundo inciso que los propietarios de planta baja o del subsuelo no son deudores de los gastos comunes ligados al mantenimiento y reparación de ascensor y escaleras. Y obviamente no se carga a estos propietarios con los gastos vinculados a esos bienes comunes porque no gozan ni tienen posibilidad de gozar de los mismos. De la misma manera, dos artículos más adelante, en el art. 7, se establece que quienes deben pagar los gastos originados por el patio o salida común al ascensor o escaleras son los propietarios de departamentos de un mismo piso. Esto sigue la misma lógica del art. 5, los propietarios del piso quinto no deben pagar los gastos derivados de bienes comunes del piso cuarto, porque no gozan de los mismos, quienes deben pagarlos son los que disfrutaban de ellos.

En consecuencia, si el artículo 5 (y el art. 7) no grava con ciertos gastos comunes a sujetos que son propietarios al momento en que los mismos se generan con fundamento en que no acceden a los beneficios que se sufragan con ellos: ¿Cómo es posible sostener que ese mismo artículo fundamenta que un sujeto que no fue propietario al momento de la generación de los gastos y que por tanto no recibió las ventajas se convierta en deudor de los mismos? No es posible.

Por otra parte, en los ejemplos doctrinarios de obligaciones “propter rem” siempre a quien se atribuye la deuda es beneficiario de la ventaja derivada del gravamen impuesto. Así, el propietario que está obligado a contribuir con la reparación o reconstrucción de la pared medianera es quien se beneficia de ella (arts. 599 y 600 CC); lo mismo el propietario en el caso del art. 594 CC respecto a la construcción o refacción de la divisoria. Desde esta perspectiva la deuda de gastos comunes tampoco comparte esta característica constitutiva de la categoría doctrinaria de las obligaciones “propter rem” y en consecuencia no puede identificarse con éstas.

Tampoco advertimos en el régimen de la hipoteca recíproca (art. 6 DL N° 14.261) fundamento alguno que justifique esa supuesta “cesión legal de deuda”. Ciertamente es que con la adquisición de la unidad el nuevo copropietario -y por virtud de dicha hipoteca- se convierte en responsable de la deuda anterior de gastos comunes (además de convertirse en deudor de los gastos comunes posteriores). Allí no puede haber discusión alguna respecto a que el adquirente es sujeto potencial, en tanto responsable (pero no deudor, art. 2327 inc. 2° CC), de una ejecución del bien. Pero ser responsable no es lo mismo que ser deudor. Porque el responsable sólo responde con el bien y hasta los límites del derecho real de hipoteca (por ej. el límite representado por la suma hasta la que se extiende el gravamen real, numeral 4° del art. 2334 CC). Mientras que el deudor responde por toda la deuda con todo su patrimonio sin limitaciones. Esto cobra especial trascendencia en el tema que nos ocupa por las restricciones que establece la ley en cuanto al límite legal de la hipoteca recíproca que se sitúa en el 30% del valor fiscal de cada unidad. Quiere decir que el nuevo adquirente podría liberar su unidad respecto de gastos comunes anteriores a su adquisición pagando hasta el monto representativo de ese límite, aunque los gastos comunes anteriores sean superiores. La copropiedad siempre podrá accionar contra el propietario anterior, en tanto deudor, por los gastos comunes no cubiertos.

No obstante, si la situación analizada se presenta en una subasta por una ejecución, entendemos que el adquirente en remate no deberá soportar ni siquiera en calidad de responsable (como titular del bien gravado con esa hipoteca) la deuda que quede

pendiente. Es decir, ni como deudor (porque no se le transfiere la deuda) ni como garante como nuevo sujeto pasivo de la hipoteca. Es operativo el art. 2340 Código Civil, según el cual la hipoteca se cancela y grava el precio obtenido a favor del acreedor hipotecario. En el caso, obviamente no se cancela la hipoteca, porque la hipoteca recíproca seguirá existiendo para futuros adeudos, pero no podrá ser considerada para el crédito por gastos comunes anteriores que deberá ser satisfecho, con preferencia con lo obtenido en la subasta, se trate de la ejecución de gastos comunes por parte de la copropiedad o de una promovida por otro acreedor. No es correcto sostener que el art. 2340 no es aplicable a la hipoteca recíproca porque ello supondría su extinción. En realidad, la norma sí es aplicable, pero como la hipoteca recíproca debe seguir existiendo para adeudos futuros, la operativa de la norma debe adaptarse, y la hipoteca no alcanzará a los adeudos pasados no satisfechos con lo obtenido en el remate, se “cancela” respecto a esos créditos.

### 3.7 Los gastos comunes en la prehorizontalidad

La situación de prehorizontalidad se presenta cuando existe materialmente el edificio y, eventualmente, promitentes compradores, pero jurídicamente la propiedad horizontal no ha nacido por falta de los requisitos legales al efecto según los distintos regímenes aplicables (por ejemplo: por la falta de habilitación municipal en la Ley 10.751). En estos casos no es posible perseguir a los prometientes compradores para el cobro de gastos comunes por la vía del juicio ejecutivo ni por la vía de premio de la hipoteca recíproca. Ello porque lisa y llanamente el edificio se encuentra fuera del ámbito de aplicación de las normas de la propiedad horizontal.

Existen construcciones jurisprudenciales que intentan dar marco sustancial para justificar la existencia de la obligación de pagar en cabeza de los promitentes adquirentes. Una de ellas es la contenida en la ya citada Sentencia N° 75/2019 del Juzgado Letrado en lo Civil de 2 turno que maneja la aplicación del cuasicontrato de enriquecimiento sin causa. Otra es la Sentencia N° 96/2018 del TAC<sup>22</sup> que resolvió que el propietario de un padrón dentro de una urbanización de propiedad horizontal aún no ingresada a este régimen está obligado a pagar gastos comunes. Dice la sentencia que *“la carencia de formal reglamento de copropiedad puede definirse como la de un consorcio de hecho en una “prehorizontalidad” con aplicación provisoria del reglamento de copropiedad hasta que se suscriba el definitivo...”*. De esta manera condenó al propietario al pago de gastos comunes argumentando lo siguiente: a) del título de compraventa del propietario surge que se adquirió un inmueble en una urbanización que tiene bienes comunes y bienes propios, b) que este esquema supone la cesión implícita al conjunto de los propietarios de los servicios e instalaciones comunes dado lo cual cada copropietario tiene la obligación de participar en las cargas de los elementos comunes en proporción a su cuota, c) que quien vendió al actual propietario se había obligado en su escritura al pago de los gastos comunes y que en virtud de la tradición operada en la compraventa este último se habría colocado en la misma posición que la vendedora por tratarse de una “adquisición derivativa”, d) la aplicación de la “teoría de los actos propios”, ya que el propietario había pagado durante años los gastos comunes cambiando luego su conducta. Este fallo fue analizado críticamente por los autores del presente en otra oportunidad en la que aportamos una fundamentación alternativa a la que remitimos (Mantero Mauri, Howard y Frigerio, pp. 288-291).

22 TAC 2: Sent. N° 96/2018.

## 4. Determinación de la cuota de participación en los gastos comunes

El art. 5 Ley 10.751 establece que la obligación de pago de gastos comunes de los propietarios se fija “en proporción al valor de su piso o departamento, sin perjuicio de las estipulaciones expresas de las partes”. Agrega que el “dueño o dueños del piso bajo, y del subsuelo, quedan exceptuados de contribuir al mantenimiento y reparación de escaleras y ascensores, no siendo condóminos en ellos”.

Entonces la regla que establece la ley es la fijación de la cuota de participación de cada copropietario en los gastos comunes en proporción al valor que representa su unidad en relación con el total del inmueble. Esta regla establecida en el art. 5 es confirmada por otros artículos de la ley: arts. 20 inc. 2º y 25 numeral 1). Sin embargo, la norma es supletoria pues se aplicará en ausencia de estipulación expresa diferente. La ley refiere al “valor”, lo que da cuenta que esta pauta legal no está ligada exclusivamente a la superficie de las unidades. En el valor pueden incidir otras variables como la ubicación de la unidad dentro del edificio o su más rápido acceso a los bienes comunes.

La cuota se fija normalmente en el reglamento de copropiedad. Si no existe reglamento o si existiendo algunas unidades no tienen asignada una cuota, igualmente se deben gastos comunes por imperativo legal en la forma que establece la norma.

Como vimos, el art. 5 habilita la posibilidad de fijar la cuota de participación siguiendo un criterio diverso, el que deja librado a la autonomía de la voluntad de los copropietarios (“estipulaciones expresas de las partes”). De esa manera el o los copropietarios cuando otorguen el reglamento de copropiedad pueden, por una cláusula expresa, prever por ejemplo que determinadas unidades no contribuyan a solventar gastos de bienes comunes a los que no acceden.

### 4.1 Variación de criterios de determinación de la cuota de participación en gastos comunes

Este es un aspecto que ha merecido especial tratamiento en la jurisprudencia. Según ya vimos, con carácter general se sostiene que la modificación de la cuota de participación en gastos comunes implica una reforma del Reglamento de Copropiedad. Este es el criterio de la SCJ quien sostuvo lo siguiente:

“Se pretendió alterar mediante asamblea la cuota de gastos comunes de una unidad, lo que conlleva una alteración en el resto de las cuotas provenientes de los restantes copropietarios, para lo cual la Asamblea no estaba facultada. Ello debió hacerse mediante modificación del reglamento de propiedad, observándose a tales efectos tanto las mayorías necesarias (que no fueron cuestionadas en autos), como los requisitos formales para que tenga fuerza obligatoria”<sup>23</sup>.

Adicionalmente, como también advertimos, la mayoría de la jurisprudencia encabezada por la SCJ afirma no sólo que se requiere cumplir con los requisitos para la modificación del reglamento de copropiedad, sino que además ese cambio debe contar con el voto unánime en asamblea de todos los copropietarios. Cabe recordar que de acuerdo al art.

23 SCJ: Sent. N° 109/2015.

7 lit. B) del DL 14.560 no se exige unanimidad de copropietarios para la modificación sino una mayoría calificada (mayoría de componentes que representen 3/4 del valor del edificio). El fundamento de la exigencia de unanimidad radicaría en que esta alteración podría afectar del derecho de propiedad en detrimento de uno o varios copropietarios.

Más aún, como ya señalamos, la SCJ en la sentencia N° 1624/2018 antes citada sostiene que si no se alcanza la unanimidad la modificación ni siquiera puede solicitarse judicialmente, tal como lo permite el art. 8 del DL 14.560 para los casos en que no se obtiene la mayoría especial para la modificación. La experiencia jurisprudencial española es diversa en este sentido. Pese a que la ley de Propiedad Horizontal española (art. 3 de la ley 49/1960 de 21 de julio de 1960) exige unanimidad de copropietarios para la modificación de la cuota de participación en gastos comunes<sup>24</sup> (tal como requiere, según vimos, nuestra jurisprudencia), el TSE ha reconocido la posibilidad de obtener la modificación judicialmente para el caso en que no se alcance la unanimidad (Sentencias de 29 de enero de 2007, 5 de febrero de 2004, 22 de mayo de 1995 y 18 de junio de 1970). La doctrina justifica este temperamento en la necesidad de corregir errores materiales de consideración, abusos o injusticias cometidas<sup>25</sup>.

Ya dijimos que entendemos acertado el criterio que exige la modificación del reglamento de copropiedad cuando se pretende alterar la cuota de participación en gastos comunes que se encuentra fijada en él. Sin embargo, no es compatible que para ello se requiera unanimidad de copropietarios ni que esté vedada la posibilidad de modificación judicial.

#### 4.2 Bonificaciones por pago adelantado y multas por mora

Una sentencia del TAC 4° de 2006 entendió que las bonificaciones por pago adelantado, así como la fijación de intereses moratorios resueltas por asamblea de copropietarios no implican modificación de Reglamento de Copropiedad y en consecuencia no requieren para su validez mayoría especial. Ello en la medida que esas innovaciones no hacen variar los porcentuales de aportes u otros componentes esenciales del rubro<sup>26</sup>. En sentido opuesto a la decisión anterior, el TAC 1° resolvió en sentencia de 2016 que la fijación de una multa por falta de pago de gastos comunes establecida en un Reglamento de Convivencia" no prevista en el Reglamento de Copropiedad, importa una modificación de éste. Al no obtenerse las mayorías especiales al efecto ni otorgarse formalmente dicha modificación dispuso la nulidad de la multa<sup>27</sup>. Por su parte, el TAC 6° (sent. De 2005) adoptó una posición intermedia respecto a las sentencias anteriores. Dijo que es posible variar la multa por mora establecida en el Reglamento de Copropiedad sin cumplir los requisitos para la modificación de éste. Pero en tal caso el nuevo régimen de la multa sólo obliga a los propietarios que revestían tal calidad al momento de la resolución asamblearia modificativa. A los adquirentes posteriores únicamente se les podrían aplicar los recargos dispuestos en el Reglamento<sup>28</sup>.

24 Salvo las modificaciones que sean consecuencia de la división, agrupación o modificación de la cabida de un piso o local para lo cual alcanza (conforme reforma efectuada por Ley 8/2013 de 26 de junio de 2013) una mayoría calificada de 3/5 partes de los propietarios que supongan 3/5 partes de las cuotas de participación (Cfm. Martí Martí Joaquim, Álvarez Hernando, Javier, Arnáiz Arnáiz Teodoro, Martín Puebla Eduardo, Morgado Panadero Purificación, García López Nicolás, *Practicum. Propiedad Horizontal y Arrendamientos Urbanos*, Thomson Reuters, España, 2019, p. 105).

25 Cfm. obra y página citada en nota anterior.

26 TAC 4: Sent. N° 48/2006.

27 TAC 1: Sent. N° SEF 0003-000052/2014.

28 TAC 6: Sent. N° 115/2005.

Esta controversia ha sido superada por la ley 19.604 que seguidamente comentaremos. Esta norma estableció un interés moratorio que corre automáticamente desde la exigibilidad de la obligación de pago a la tasa del doce por ciento anual. Es decir se estableció un interés legal moratorio que se aplicará aun en silencio del Reglamento de Copropiedad. Además, el régimen creado es de orden público y aplica incluso a decisiones asamblearias o reglamentos otorgados con anterioridad a su vigencia.

## 5. Límites a los intereses por atraso en el pago de gastos comunes (Ley 19.604)

El 14 de marzo de 2018 se sancionó la Ley 19.604 que, por la vía de la sustitución del art. 14 del Decreto-Ley 14.560, estableció límites a los intereses moratorios a cobrarse en deudas por gastos comunes en la Propiedad Horizontal<sup>29</sup>.

La norma establece:

Artículo único. Sustitúyese el artículo 14 del Decreto-Ley N° 14.560, de 19 de agosto de 1976, en la redacción dada por el artículo 2° del Decreto-Ley N° 15.220, de 26 de noviembre de 1981, por el siguiente:

ARTÍCULO 14. La cuenta de expensas y demás gastos comunes (artículo 5° de la Ley N° 10.751, de 25 de junio de 1946) adeudada por un copropietario, formulada por el administrador y aprobada por la Asamblea constituirá título ejecutivo, siempre que estos hechos resulten acreditados en la forma prevenida por el inciso final del artículo 7° de esta ley.

El monto de la deuda se actualizará de conformidad con las disposiciones del Decreto-Ley N° 14.500, de 8 de marzo de 1976, con independencia de que el pago se reclame o no por la vía judicial o arbitral, y devengará un interés del 12% (doce por ciento) anual. Los intereses no se capitalizarán.

Las deudas por expensas y gastos comunes prescriben en cuatro años (artículo 1222 del Código Civil).

Lo dispuesto en este artículo es de orden público y se aplica a todos los regímenes de propiedad horizontal y a los condominios ya existentes, cualesquiera fuesen las estipulaciones contractuales o de los reglamentos de la copropiedad.

### 5.1 Finalidad. Aplicación inmediata. Orden Público

Se buscó solucionar el problema de la aplicación de intereses excesivos en estas deudas. Según la corriente dominante en doctrina y jurisprudencia los límites de la ley de Intereses y Usura (18.212) no aplicaban a estos supuestos. La norma es de aplicación inmediata dado que alcanza a los regímenes de propiedad horizontal ya existentes al momento de su vigencia y se autocalifica de orden público. Ello implica que los

29 Lo expuesto seguidamente toma como base el trabajo de Caffera, Gerardo, Mantero Mauri, Elías y Larrañaga, Luis, "El nuevo régimen sobre intereses en deudas por gastos comunes: Ley 19.604", *Rev. DJC*, Año VI, Tomo VI, pág. 65.

reglamentos de copropiedad o pactos preexistentes que se aparten de lo dispuesto en la ley, deben entenderse automáticamente modificados a la medida del diseño legal. Asimismo, los reglamentos o pactos futuros no podrán apartarse del mismo bajo pena de nulidad (art. 8 CC).

## 5.2 Tope a los Intereses. Reajuste extrajudicial. Creación de un interés moratorio legal

La nueva ley parece tomar nota de la falta de topes y establece un límite que fija en el 12 % anual, sin perjuicio de agregar que las deudas se reajustarán desde la exigibilidad sin necesidad de introducir pretensión de cobro en proceso jurisdiccional, lo que supone un apartamiento del régimen general de reajuste del DL 14.500. Por lo tanto, el Administrador de gastos comunes podrá reclamar privadamente la deuda de gastos comunes reajustada, sin que el deudor pueda objetar el reclamo de reajuste ni pueda liberarse pagando sólo la deuda por el monto no reajustado. Naturalmente el reajuste no aplicará cuando los gastos comunes estén fijados en moneda extranjera.

A nuestro criterio, los intereses corren al igual que el reajuste desde la exigibilidad. La ley no resuelve esto expresamente, pero en tanto dice que los intereses se “devengarán” inmediatamente después de regular el espacio temporal del inicio del reajuste, esto es, la exigibilidad, es posible sostener que la ley implícitamente también conecta a la exigibilidad con el inicio del cómputo del interés. Complementariamente, la ley tampoco exige la constitución en mora ni el inicio de un juicio para que se devenguen los intereses moratorios.

El límite del interés no parece adecuado por lo bajo y estimamos no cumplirá la finalidad de estimular el cumplimiento tempestivo de los adeudos.

Por otra parte, la ley fija un tope al cobro del “interés” sin determinar si dentro de esa expresión quedan comprendidas las penas. La ley de Intereses y Usura 18.212 resolvió expresamente esta cuestión estableciendo que para analizar si se pactaron intereses usurarios en operaciones de crédito debe computarse en el cálculo cualquier concepto a que esté obligado el deudor incluyendo las cláusulas penales (art. 10). Surge la pregunta entonces si bajo el nuevo régimen comentado las penas computan o no para calcular el tope. Los antecedentes parlamentarios deponen en sentido afirmativo pues la preocupación plasmada en las actas parlamentarias era poner coto a los abusos en el cobro de gastos comunes atrasados. Lo que se produce tanto cuando se pacta un interés excesivo como cuando se estipula cualquier mecanismo jurídico que suponga el incremento de la deuda por atraso, como sería el caso de las cláusulas penales.

Ahora bien, la ley habla de interés y es bien sabido que cuando “el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu” (art. 17 CC). Sin embargo, el art. 10 de la ley 18.212 también puede justificar la inclusión de las cláusulas penales en el caso de deudas de gastos comunes. Nótese que esta norma dice literalmente que para “[d]eterminar la existencia de intereses usurarios” deben considerarse las “cláusulas penales” “u otros cargos por cualquier concepto”<sup>30</sup>. Quiere decir que la ley califica como “intereses” (usurarios) a un concepto que comprende las

30 A través de la determinación de la tasa de interés implícita.

cláusulas penales y cualquier otro cargo. Entonces interpretando armónicamente la ley en comentario con la ley 18.212, que es la norma más general sobre intereses que existe en nuestro ordenamiento, podría concluirse que para calcular si se viola o no el tope del 12 % hay que incluir las cláusulas penales. Ello por cuanto las mismas quedarían comprendidas en el término “interés” que utiliza la ley 19.604. Y lógicamente también cualquier otro mecanismo que produzca similar efecto económico como la pérdida de una bonificación por pago en fecha, lo cual en sustancia es una cláusula penal encubierta.

Finalmente, es de advertir que la norma, además de establecer un límite al pacto de intereses, ha creado un interés moratorio legal. Es decir, un interés que correrá aun en ausencia de previsión en el Reglamento de Copropiedad o en una resolución de asamblea. No creemos que esta haya sido la intención legislativa que se orientaba únicamente a establecer un tope a los intereses pactados. Sin embargo, su redacción así lo ha determinado. La ley dice que la deuda por gastos comunes “*devengará un interés del 12% (doce por ciento) anual*”, es decir que los intereses correrán automáticamente aun si no están pactados.

### 5.3 Consecuencias de la vulneración del tope legal

La ley no regula expresamente qué consecuencias acarrea la fijación de un interés convencional que supere el tope legal. Por tanto, aplicando las normas generales sobre contravención a normas prohibitivas (art. 8 CC), ello implicará la nulidad absoluta del pacto en la porción que exceda el 12%, por objeto y causa ilícitos (arts. 1284, 1286, 1288 y 1560 CC). Es decir, se trataría de una nulidad absoluta pero parcial: sólo referida al pacto excesivo. Esta consecuencia es la misma que se desprendía del art. 2 de la derogada Ley 14.887, y por tanto diferente al régimen general de la vigente Ley de Usura (18.212) que en su art. 21 sanciona la vulneración de los topes (usura) con la pérdida de todos los intereses, aun por la parte lícita; lo que configura una pena civil. Se está volviendo a formar el laberinto de consecuencias de la usura que se había solucionado con la ley 18.212.

### 5.4 Prohibición de la capitalización de intereses

Se prohíbe el pacto de capitalización de intereses. La interpretación literal informa que ninguna clase de interés puede capitalizarse. No obstante, cabría preguntarse qué sucede si el interés convencional capitalizable no arroja un guarismo que supere la tasa lineal del 12%. Si tenemos en cuenta que la preocupación del legislador es que no se supere la tasa de interés del 12 % y no prohibir una forma de calcular un interés, en ese supuesto no debería desaplicarse la capitalización. Pero dada la claridad del texto que simplemente prohíbe la capitalización, a diferencia de la ley 18.212, no sería posible pactarla en ningún caso. Si se hiciera únicamente podría aplicarse la tasa de interés pactada pero no la capitalización.

### 5.5 Prescripción

La Ley se encarga de establecer el plazo de prescripción de la deuda por gastos comunes que lo sitúa en 4 años.

Desde antes de esta Ley era valor entendido que la prescripción de créditos por gastos comunes era de 4 años por aplicación de la norma del numeral 4º del art. 1222 CC: “Se

prescribe por cuatro años la obligación de pagar los atrasos: “...4°. De todo lo que debe pagarse por años o plazos periódicos más cortos”. Esta prescripción es de las llamadas presuntivas de pago que admiten prueba en contrario. Se fundamentan en que el transcurso de los plazos establecidos hace suponer que el pago fue hecho, pero el acreedor puede demostrar lo contrario a través del diferimiento de juramento decisorio al deudor (art. 1227 CC). Por lo tanto, estas prescripciones presuntivas no comparten la misma naturaleza que las prescripciones cortas comunes. En éstas el transcurso del tiempo establecido da lugar a la extinción de la acción (por la oposición de la excepción correspondiente) y no meramente a una presunción de verificación de otro modo de extinción de obligaciones como lo es el pago. Respecto a la operatividad de las prescripciones presuntivas de pago y a la forma de probar en contrario existen divergencias doctrinarias a las que no ingresaremos.

La Ley creó un régimen de prescripción especial idéntico al que ya se venía aplicando<sup>31</sup>. El nuevo régimen sigue siendo presuntivo de pago, por la remisión de la Ley a la prescripción del art. 1222 CC, que según el art. 1227 CC es una prescripción de esa especie. Es de lamentar que la norma no haya despejado las numerosas dudas que generan las prescripciones presuntivas de pago, estableciendo llanamente una prescripción corta común. Este fue el temperamento asumido por el proyecto originario de la ley de fecha 18 de octubre de 2011. Éste no incluía la remisión al art. 1222 (evitando la aplicación del régimen de prescripciones presuntivas) lo que fue adicionado luego en el proceso legislativo que culminó en la sanción de la ley. El proyecto originario no debió ser modificado en este aspecto.

## 6. Cobro coactivo de gastos comunes

Contar con las contribuciones de gastos comunes efectuadas por los copropietarios es esencial para la sostenibilidad de la vida comunitaria en propiedad horizontal. Es por ello que el legislador ha facilitado el cobro judicial de gastos comunes.

El art. 6 de la Decreto Ley 14.261 confiere al crédito de gastos comunes una garantía real llamada hipoteca recíproca. Se trata de la hipoteca que regula el Código Civil, con las particularidades que surgen del régimen de la propiedad horizontal. Este derecho real de garantía nace con la inscripción del Reglamento de Copropiedad y cubre hasta el 30% del valor fiscal (catastral) de cada unidad, a favor del resto de los copropietarios.

En prácticamente todos los reglamentos de copropiedad se incluye la cláusula de renuncia a los trámites del juicio ejecutivo, lo que torna operativa la vía de apremio para el cobro de los gastos comunes a través de la ejecución de la hipoteca recíproca. Es que el art. 377 inc. 1 numeral 2 eleva a título de ejecución al crédito hipotecario inscripto en cuya escritura el deudor haya renunciado a los trámites del juicio ejecutivo (art. 2342 Código Civil).

31 Como expresó el Dr. Ope Pasquet en el tratamiento del tema en la Cámara de representantes, “...se introduce una definición que no agrega nada –como adelantó el señor diputado Abdala–, salvo claridad. El régimen de prescripción es el que corresponde, según el artículo 1222 del Código Civil. En esto no hay ningún cambio. Lo que se evita es que se susciten discusiones y se aporta certeza, que es tan necesaria para el desenvolvimiento normal de la vida jurídica” (Sesión de 3 de mayo de 2016, carpeta 1313/2011).

Mientras que art. 14 del Decreto-Ley N° 14.560, en la redacción dada por la Ley N° 19.604 de 21 de marzo de 2018, prevé la posibilidad de promover un juicio ejecutivo contra el propietario deudor de gastos comunes. El proceso ejecutivo para el cobro de gastos comunes se rige por lo dispuesto por el art. 353 y siguientes del Código General del Proceso y tiene por finalidad dotar de rapidez en la recaudación de los gastos comunes.

De acuerdo con esta disposición, el título ejecutivo de cobro de gastos comunes se conforma con la cuenta formulada por el administrador y aprobada por la asamblea de copropietarios, siempre que ello resulte acreditado por testimonio notarial de la referida asamblea<sup>32</sup>.

La interpretación armónica inveteradamente aplicada en la práctica forense, conduce a reconocer que el acta de asamblea donde se aprueba la deuda junto con el reglamento inscripto, que contiene la hipoteca recíproca con renuncia al juicio ejecutivo, sea considerada título de ejecución a través del cual dicho gravamen real se hace efectivo.

Es decir, la copropiedad tiene dos caminos para perseguir judicialmente el cobro de gastos comunes: la tramitación del juicio ejecutivo y la ejecución de la hipoteca recíproca en vía de apremio.<sup>33</sup>

A propósito de esta disposición existen sentencias contradictorias en torno a si para conformar el título ejecutivo basta con que en el acta de asamblea conste el monto de la deuda y su aprobación o si, además de ello, es necesario que en el acta se encuentren detallados los rubros que componen esa deuda, los períodos y los cálculos que la justifican. El TAC 2° y el TAC 4<sup>34</sup> adoptan el primer criterio<sup>35</sup>, mientras que el TAC 7<sup>36</sup> y el TAC 3<sup>37</sup> el segundo. Esta segunda tesis hace caudal del sentido natural y obvio de la expresión “cuenta” empleado por la norma (art. 18 del Código Civil), que debe entenderse en el sentido dado por el Diccionario de la Real Academia Española; “*Cálculo u operación aritmética*”, “*Pliego o papel en que está escrita alguna razón compuesta de varias partidas, que al fin se suman o restan*”. De esta forma se dice que no es “cuenta”, una cifra (supuesto resultado global) única sobre la cual en el momento de la reunión no se tuvieron los datos para saber cómo se llegó a ella.

## 7. La exclusión del derecho al voto en asamblea y la privación de acceso a bienes comunes en caso de morosidad en el pago de gastos comunes

Cabe preguntarse si es legalmente admisible privar al copropietario moroso del derecho de voto en asamblea o el acceso a ciertos bienes comunes.

La suspensión del voto por deuda de gastos comunes, es de por sí polémico, en tanto cercena un derecho fundamental. Incide en el ejercicio de derecho de propiedad y en la toma de decisiones en forma radical.

32 TAC 4: Sent. N° 326/2009; TAC 1: Sent. N° 49/2009; TAC 7: Sent. N° 313/2007

33 Para un análisis completo de los aspectos procesales del cobro judicial de gastos comunes, ver Mantero Mauri, E. y Santi Estefan, A., “Cobro coactivo de gastos comunes”, en *Rev. Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil (DJC)*, tomo XII (en edición).

34 TAC 4: Sent. N° 192/2020

35 TAC 2: Sent. N° 243/2019.

36 TAC 7: Sent. N° 146/2017

37 TAC 3: Sent. N° 239/2009

Ramos Olivera, siguiendo al argentino Gabás, afirma que la única consecuencia legal de la falta de pago es la persecución judicial del mismo, con la posibilidad de ejecución de la hipoteca recíproca; por lo que no es dable agregar otras sanciones como la pérdida del derecho fundamental al voto. (FCU, 2012, p. 73).

En derecho comparado, la legislación española atiende específicamente el punto y sin bien admite la suspensión del derecho de voto del moroso, la inhibe si éste ha discutido judicialmente la existencia o cuantía de la deuda (art. 15.2 de la Ley de Propiedad Horizontal española). La doctrina española destaca justamente que haber discutido la deuda es un límite a la suspensión del derecho a voto y que su privación en esos casos da lugar a nulidad de lo resuelto en asamblea. (Estruch Estruch, J., Verderra Server, R., 2016, p. 287; Ordás, M., p. 267).

A nuestro criterio la suspensión del derecho al voto en caso de morosidad es viable jurídicamente siempre que ello esté previsto en el Reglamento de Copropiedad (Mantero Mauri, Howard, Frigerio, 2022, p. 47). Es que precisamente la ley atribuye a los otorgantes del reglamento poder normativo para “precisar los derechos y obligaciones” de los copropietarios (con oponibilidad a los no otorgantes cuando se cumple el requisito de su inscripción). En consecuencia, el derecho de voto puede ser válidamente regulado en el reglamento en el sentido de su pérdida temporal en caso de falta de pago de los gastos comunes (art. 16 Ley 10.751). Sin embargo, ello no le impediría al moroso participar y deliberar en las asambleas.

Ahora bien, si la deuda ha sido discutida judicialmente por el copropietario afectado debería preferirse la solución del derecho español y no podría aceptarse la privación del derecho al voto en esos casos. Es una medida muy grave y radical que requiere certidumbre y si la cuestión de la existencia de la deuda está siendo debatida judicialmente, precisamente lo que no existe es certeza. De lo contrario la cuestión podría prestarse a abusos.

En cuanto a impedir al moroso acceder a ciertos bienes comunes. Consideramos que ello también es posible si está pactado en el reglamento de copropiedad. Pero esta medida sólo podrá aplicarse respecto de los llamados bienes comunes no esenciales (como por ej. barbacoa, piscina, gimnasio, etc.), no así respecto de los esenciales establecidos en el art. 3 de la ley 10.751, pues ellos son necesarios para el disfrute de la unidad funcional del propietario y no es posible afectar el ejercicio del derecho de propiedad sobre ella<sup>38</sup>.

Este punto es regulado específicamente en el derecho italiano<sup>39</sup> donde se establece que: “En caso de mora en el pago de los gastos comunes que se extienda por un semestre, el administrador puede suspender al copropietario moroso de la utilización de los bienes y servicios comunes susceptibles de aprovechamiento separado”<sup>40</sup>. En concreto se le otorga al administrador de la propiedad horizontal la posibilidad de sancionar al copropietario moroso con la privación del disfrute de ciertos bienes comunes, siendo esta una facultad de origen legal, pero que no obliga al administrador a proceder de tal forma, salvo que así lo mandate la asamblea de copropietarios (De Tilla, 2015, pp. 494-

38 Una posición idéntica hemos mantenido al analizar la privación del derecho al uso de bienes comunes a título de multa, por otras infracciones (*Estudios cit.*, pág. 147).

39 Por el artículo 63 de las “Disposizioni per l’attuazione del codice civile e disposizioni transitorie (R.D. 30 marzo 1942, n. 318) en la redacción dada por la ley N° 220/2012.

40 Traducción propia del siguiente texto: “In caso di mora nel pagamento dei contributi che si sia protratta per un semestre, l’amministratore può sospendere il condomino moroso dalla fruizione dei servizi comuni suscettibili di godimento separato”.

495). Terzago, al analizar la norma, señala que más allá del texto aparentemente claro de la norma resulta necesario compatibilizar dicha solución con los derechos fundamentales del copropietario como el de la salud y la propiedad (Terzago, G., 2022, p. 617). En este mismo sentido, el citado autor menciona que actualmente la jurisprudencia se encuentra dividida respecto del efecto de la norma italiana<sup>41</sup>, siendo que existen posiciones que han dado una interpretación restrictiva<sup>42</sup> y otras que han dado una interpretación amplia<sup>43</sup> de su aplicación.

## Referencias bibliográficas

- Berdaguer, J. (2019). *Fundamentos del Derecho Civil*, tomo I, 4ª edición actualizada y ampliada, FCU, Montevideo .
- Caffera, G. (2018). *Obligaciones*, FCU, Montevideo.
- Constantino, J. A. (2020). *La propiedad horizontal en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, ed. Hammurabi, Buenos Aires.
- Coviello, N. (2003). *Doctrina General del Derecho Civil*, Librería El Foro, Buenos Aires.
- De Lara Vences, C. (2023). *Régimen Jurídico de la Morosidad en la Propiedad Horizontal*, Colex, La Coruña.
- Debrabandere, M. (2008). *Exención del pago de las expensas y el reglamento de copropiedad y administración*, en Expensas, Causse, Federico. - Pettis, Christian. (directores), ed. AD-HOC, Buenos Aires.
- De Tilla, M. (2016). *Il Nuovo Condominio*, 7ª Edición, ed. Giuffrè, Milán, 2016.
- Estruch Estruch, J. y Verdera Server, R. (2016). *Acuerdos y actuaciones en Propiedad Horizontal*, ed. Aranzadi.
- Gabás, A. (2010). Ley 13.512. Propiedad Horizontal. Comentada. Anotada; 3ra. Edición actualizada y ampliada; ed. Hammurabi, Buenos Aires.
- Gnazzo, T. (1993). Naturaleza Jurídica y Ejecución de la Hipoteca Recíproca en el régimen de la Propiedad Horizontal, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXIV.
- Gurfinkel de Wendy, L. (2010). *Derechos Reales*, T. I, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Gurfinkel de Wendy, L.; en Julio C. R. y Medica, G., directores. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires.
- Highton, E. (2000). *Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad*, 2ª edición, ed. Hammurabi, Buenos Aires.
- Mantero Mauri E. y Santi Estefan, A. "Cobro coactivo de gastos comunes", en *Rev. Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil (DJC)*, tomo XII (en edición).

41 Íbidem, págs. 617 y 618.

42 Por ejemplo, un tribunal de Milán el 24 de octubre de 2013 consideró que el administrador no podía suspender el servicio de calefacción al copropietario moroso en el invierno ya que ello atentaría contra su derecho a la salud, siendo que el no pago de gastos comunes es un interés puramente económico y por ende susceptible de reparación.

43 Por ejemplo, un tribunal de Brescia en sentencias del 13 y 17 de febrero y del 21 de mayo de 2014 consideró que era posible inclusive la suspensión del servicio de agua al copropietario moroso porque el texto de la norma italiana no distingue.

- Mantero Mauri, E.; Howard, A.; Frigerio, A. (2022). *Propiedad Horizontal*, 2ª edición revisada y ampliada, FCU, Montevideo.
- Mantero Mauri, E.; Howard, A.; Frigerio, A. (2022). *Estudios sobre propiedad horizontal*, tomo I, ed. FCU, Montevideo.
- Mantero Mauri, E. (2020). “El adquirente en remate judicial de una unidad de propiedad horizontal: ¿se convierte en deudor de los gastos comunes no satisfechos por el producido de la subasta? Comentario a la sentencia del TAC 1º, N° 19/2019 de 27.2.2019”, en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, T. VIII, ed. FCU, Montevideo.
- Martí Martí, J., Álvarez Hernando, J., Arnáiz Arnáiz, T., Martín Puebla, E., Morgado Panadero, P., García López, N. (2019). *Practicum. Propiedad Horizontal y Arrendamientos Urbanos*, Thomson Reuters, Cizur Menor.
- Mendive, A. (2012). “¿Está facultado el juez a condenar al propietario de un bien inmueble a que abone los gastos comunes devengados con anterioridad a su adquisición?”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XLIII, ed. FCU, Montevideo.
- Molla, R., “El propietario de una unidad no es deudor de las expensas comunes devengadas con anterioridad a su adquisición”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XLVIII, pp. 955 y ss.
- Novellino, N. (1997). *Cobro de expensas en la propiedad horizontal*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires.
- Ordás Alonso, M. (2023). *Propiedad Horizontal: Derechos y Deberes de los Propietarios*, Ed. Bosch, Madrid.
- Racciatti, H. (1975). *Propiedad por pisos o por departamentos*, 3ª ed., ed. Depalma, Buenos Aires.
- Ramos Olivera, J. (2012). *Manual práctico de Propiedad Horizontal*, 7ª edición, ed. FCU, Montevideo.
- Terzago, G. (2022). *El Condominio*, 9ª edición, ed. Giuffrè Francis Lefebvre, Milán.
- Tourné, Y.; Pago por el arrendatario de gastos comunes, servicios accesorios y consumos generales, *Rev. IUDAU*, año I, No. 3, pp. 53 a 71.
- Varela Méndez, E., “¿Puede cobrarse al arrendatario comisión por liquidación y administración de gastos comunes o servicios accesorios?”, en *LJU*, Sección Doctrina, pág. 50.
- Varela-Méndez, E. (2024). “Acción declarativa de gastos comunes correspondientes a unidad horizontal”, *RU.D.P. 4/2004*, pp. 535 y ss.
- Zelaya, M. (2021). *El cobro de las expensas comunes*, ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: [mjcasanova@um.edu.uy](mailto:mjcasanova@um.edu.uy)





## JURISPRUDENCIA COMENTADA

HOWARD, APARICIO

Alcance del término “empresario” bajo el régimen de la responsabilidad decenal.  
Comentario a la Sentencia N.º 1.297/2019 de la Suprema Corte de Justicia



Aparicio Howard  
Universidad de Montevideo, Uruguay  
apariciohoward@gmail.com  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4479-3148>

Recibido: 1/12/2025 Aceptado: 15/12/2025

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:

Howard, A. (2025). Alcance del término "empresario" bajo el régimen de la responsabilidad decenal. Comentario a la Sentencia N.º 1.297/2019 de la Suprema Corte de Justicia. *Revista de Derecho*, 24(48), e4811. <https://doi.org/10.47274/DERUM/48.11>

## Alcance del término "empresario" bajo el régimen de la responsabilidad decenal Comentario a la Sentencia N.º 1.297/2019 de la Suprema Corte de Justicia<sup>1</sup>

225

**Resumen:** el presente trabajo busca establecer cuál es el significado del término "empresario" en el art. 1844 del Código Civil relativo a la responsabilidad decenal. Para ello se expone el concepto tradicional de empresario y el adoptado por la Suprema Corte de Justicia en la sentencia que se comenta. El estudio culmina analizando la posibilidad de asimilar el concepto de empresario con el de promotor o desarrollador inmobiliario, profundizando en las características de esta figura y su posible responsabilidad por vicios o defectos constructivos.

**Palabras claves:** responsabilidad decenal; ruina; vicios constructivos; legitimación pasiva; promotor inmobiliario; desarrollador inmobiliario.

1 Parte de lo aquí expuesto tiene base en: Howard, A., *La responsabilidad decenal del arquitecto, ingeniero, constructor y empresario*, FCU, Montevideo, 2023.

## Scope of the term “business owner” under the ten-year liability regime Commentary on Judgment No. 1,297/2019 of the Supreme Court of Justice

**Abstract:** This paper seeks to establish the meaning of the term “business owner” in Article 1844 of the Civil Code relating to ten-year liability. To this end, it sets out the traditional concept of entrepreneur and the concept adopted by the Supreme Court of Justice in the judgment under discussion. The study concludes by analyzing the possibility of assimilating the concept of entrepreneur with that of real estate promoter or developer, delving into the characteristics of this figure and their possible liability for construction defects or flaws.

**Keywords:** ten-year liability; ruin; construction defects; passive legitimacy; real estate promoter; real estate developer.

226

## Alcance do termo “empresário” no âmbito do regime de responsabilidade decenal Comentário à Sentença n.º 1.297/2019 da Suprema Corte de Justiça

**Resumo:** o presente trabalho busca estabelecer qual é o significado do termo “empresário” no art. 1844 do Código Civil relativo à responsabilidade decenal. Para isso, expõe-se o conceito tradicional de empresário e o adotado pela Suprema Corte de Justiça na sentença comentada. O estudo culmina com a análise da possibilidade de assimilar o conceito de empresário ao de promotor ou incorporador imobiliário, aprofundando as características dessa figura e sua possível responsabilidade por vícios ou defeitos de construção.

**Palavras-chave:** responsabilidade decenal; ruína; vícios de construção; legitimidade passiva; promotor imobiliário; incorporador imobiliário.

## Introducción

La manifestación de vicios o defectos constructivos en un edificio, exteriorizados una vez que este ha sido entregado, plantea -entre otras posibles interrogantes- la cuestión de quiénes son responsables de tales vicios o defectos constructivos y bajo qué condiciones.

Tanto la redacción original del art. 1844 del Código Civil, como la redacción actual de la disposición tras la sanción de la Ley N.º 19.726 de 21 de diciembre de 2018, mencionan al “empresario” como uno de los potenciales responsables, sea de la ruina del edificio (en la redacción original), sea de los vicios o defectos (en la redacción vigente del art. 1844 del Código Civil).

Tradicionalmente, el término “empresario” utilizado por el art. 1844 del Código Civil ha sido interpretado como sinónimo de “constructor”, entendiéndose por este quien asume la obligación de hacer ejecutar la obra. La cuestión resulta ser más discutible bajo la nueva redacción del art. 1844 del Código Civil, debido a que se introduce el término “constructor” a la vez que conserva también el de “empresario”. Es decir, tanto el constructor como el empresario pasan a ser potenciales responsables de los vicios o defectos constructivos existentes en el edificio.

En la sentencia objeto de este comentario, la Suprema Corte de Justicia postula un concepto de empresario que se aparta del entendimiento clásico, lo que evidencia de por sí la trascendencia del pronunciamiento, a la vez que los términos en que es concebida la figura puede llegar a permitir el ingreso de la figura del desarrollador o promotor inmobiliario, principal responsable de los vicios o defectos constructivos en el Derecho comparado.

227

## 2. La interpretación tradicional: la equiparación del empresario al constructor

El art. 1844 del Código Civil menciona al empresario como legitimado pasivo por los defectos o vicios que se manifiesten en el edificio. En la redacción original del art. 1844 del Código Civil, los responsables por la ruina del edificio eran el arquitecto y el empresario; en cambio, la nueva redacción de la norma dada por la Ley 19.726 conservó a estos dos, pero agregó al ingeniero y al constructor como legitimados pasivos. Es decir, se optó por preservar al empresario como posible responsable de los defectos o vicios existentes en el edificio, pese a haberse incluido a título expreso a la figura del constructor.

La mención al empresario y al constructor en la nueva redacción del art. 1844 del Código Civil da lugar a ciertos cuestionamientos, dado que bajo la redacción original de la norma el término “empresario” era entendido como sinónimo de “constructor”.

En este sentido, con relación a la redacción primigenia del art. 1844 del Código Civil, José Sánchez Fontáns (1953) indica que “[p]or *empresario*, contratista o constructor entendemos el que asume la obligación de hacer ejecutar el edificio, sea o no arquitecto, suministre o no los materiales” y, seguidamente, agrega que “[p]ara ser consecuentes con la denominación del contrato, el término más adecuado que debe aplicarse al locador

o empresario que construye edificios, es el de *constructor*. De este modo se establece la correspondencia entre el género y la especie” (p. 47)<sup>2</sup>.

Del mismo, en la doctrina argentina, Alberto G. Spota señala que “[q]uien se obliga a realizar la obra es el locador de obra; quien se obliga a pagar el precio es el locatario de obra (art. 1493 y nota art. 1623). Si se trata de la obra material, al locador que se encarga de ejecutar la obra se lo denomina, también, «empresario» (arts. 1631, 1632, 1633 bis, 1635, 1640 a 1643, 1645, 1647 bis, 3931 y 3932), o bien «empresario-constructor» (art. 1647), o simplemente «constructor» (art. 1646)” (Spota, 1975, pp. 5 – 6.).

La jurisprudencia nacional se afilió a la interpretación del término empresario efectuada por la doctrina.

En esta senda, la Suprema Corte de Justicia en sentencia 209/2016 sostuvo que “[d]e una correcta interpretación de la norma se infiere que la expresión «empresario» que emplea el art. 1844 del Código Civil tiene un alcance determinado por los hechos de los que emerge esta responsabilidad, debiendo entenderse como equivalente a «constructor». Al respecto, Sánchez Fontáns, señala que «por empresario, contratista o constructor entendemos el que asume la obligación de hacer ejecutar el edificio, sea o no arquitecto, suministre o no los materiales...», «...el empresario o contratista se dedica a la construcción de edificios, lucra con los materiales y la mano de obra, está constituido como empresa pues aporta la organización del capital y del trabajo» (*ob. cit.*, pág. 47 y cf. Sentencia Suprema Corte de Justicia No. 135/91)<sup>3</sup>.

Por su parte, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er Turno en sentencia N.º 15/1992 entiende que “[p]or «empresario» según el art. 1844 del Código Civil debe entenderse el constructor”<sup>4</sup>.

Puede apreciarse como, bajo la redacción original del art. 1844 del Código Civil, previo a la reforma de la Ley 19.726 del año 2018, el término empresario era interpretado como equivalente a constructor, entendiéndose por este el que asume la obligación de hacer ejecutar el edificio.

### 3. La novedosa interpretación de la Suprema Corte de Justicia en la sentencia N.º 1.297/2019

La Suprema Corte de Justicia en sentencia N.º 1.297/2019, de 29 de agosto, efectúa una interpretación distinta y novedosa sobre el alcance del término empresario utilizado

2 Incluso, es sumamente relevante el análisis histórico llevado a cabo por José SÁNCHEZ FONTÁNS sobre los términos “arquitecto” y “empresario” empleados por el art. 1844 CC bajo la redacción anterior a la Ley N.º 19.726. Tras efectuar un profundo examen sobre la evolución de la profesión del arquitecto, el autor citado concluye que, en la época en que fue redactado el Código Civil uruguayo, no existía el arquitecto artista, razón por la cual las referencias a arquitecto y a empresario deben interpretarse más precisamente en el sentido de constructor (*Ibid.*, p. 88).

3 Véase SCJ. Sent. N.º 209/2016. 25/7/2016. MARTÍNEZ ROSSO (Red.), LARRIEUX RODRÍGUEZ, CHEDIAK GONZÁLEZ, HOUNIE SÁNCHEZ, PÉREZ MANRIQUE. Previamente, en similares términos: SCJ. Sent. N.º 137/1991. 16/09/1991. GARCIA OTERO (Red.), TOMMASINO DE GREGORIO, ADDIEGO BRUNO, MARABOTTO LUGARO, TORELLO GIORDANO; SCJ. Sent. N.º 54/2010. 22/03/2010. GUTIERREZ PROTO (Red.), CHEDIAK GONZALEZ, VAN ROMPAEY SERVILLO, RUIBAL PINO, LARRIEUX RODRIGUEZ.

4 Véase TAC 3. Sent. N.º 15/1992. 29/4/1992. BERLANGIERI (Red.), BOSSIO, BARCELONA, ECHEVERRÍA, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXIII, c. 953, FCU, Montevideo, 1993, pág. 329.

por el art. 1844 del Código Civil<sup>5</sup>. Vale tener presente que la sentencia refiere a un caso respecto del cual la regulación aplicable era la redacción original del art. 1844 del Código Civil, donde solo se menciona como responsables de la ruina del edificio al arquitecto y al empresario.

Según se desprende los hechos del caso, los demandantes, Delia Bermejo y Eduardo Galperín, accionaron contra los cónyuges Liddle – Frigerio con el propósito de obtener el resarcimiento del daño emergente derivado de múltiples reparaciones que efectuaron al chalet “La Linda”, luego de su compra en el año 2005. Los demandantes manifestaron que ambos cónyuges revistieron la calidad de “empresarios” del art. 1844 del Código Civil, en tanto eran socios en el negocio de construir casas en terrenos propiedad de Liddle, para proceder luego a su enajenación.

Ante dicho accionamiento, la demandada Liddle opuso la excepción de falta de legitimación pasiva, y sostuvo que, en su calidad de propietaria del chalet, solamente podía responder del eventual incumplimiento del contrato de compraventa.

El Juzgado Letrado de Primera Instancia de Maldonado de 5º Turno, por sentencia N.º 60/2017, de 14 de noviembre, entendió que Liddle tenía legitimación pasiva y la condenó junto a su cónyuge Frigerio.

Posteriormente, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno, por sentencia N.º 188/2018, de 7 de noviembre, se amparó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Liddle<sup>6</sup>. Los argumentos en que se basó el Tribunal para tomar su decisión fueron, por un lado, que no se acreditó que existiera un concierto entre los esposos para construir viviendas defectuosas y luego venderlas y, por otro, que Liddle no es arquitecta ni fue la constructora de la vivienda, por lo que ninguna injerencia pudo haber tenido en los errores que se imputan a su marido Frigerio.

Los demandantes interpusieron recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia debido a que se acogió la excepción de falta de legitimación pasiva. Estos argumentaron en su recurso que se acreditó la existencia de una sociedad entre Frigerio y Liddle, razón por la cual esta última reviste la calidad de empresaria y, en consecuencia, tiene legitimación pasiva.

La Suprema Corte de Justicia desestimó el recurso de casación de los demandantes porque entendió que no surge acreditado el concierto fraudulento entre los cónyuges Liddle y Frigerio, ni que Liddle tuviera la calidad de empresaria de la construcción del chalet “La Linda”.

No obstante, a pesar de haber desestimado el recurso de casación interpuesto por los demandantes, la Corporación realiza una serie de consideraciones de suma relevancia en cuanto al alcance del término “empresario” empleado por el art. 1844 del Código Civil. En concreto, la Corte expresa que “se puede ser empresario en el marco del art. 1844 financiando, aprobando o definiendo el proyecto, por ejemplo”.

5 Véase SCJ. Sent. N.º 1.297/2019. 29/08/2019. MINVIELLE SANCHEZ (Red.), MARTINEZ ROSSO, CHEDIAK GONZALEZ, TURELL ARAQUISTAIN, TOSI BOERI.

6 Véase TAC 1. Sent. N.º 188/2018. 7/11/2018. SALVO LOPEZ DE ALDA (Red.), MACCIO AMBROSONI, VENTURINI CAMEJO.

Y, más adelante, surge que, “a juicio de la Corporación, debe señalarse que no hay obstáculo conceptual alguno para considerar que Carol Verónica Liddle pudiera llegar a quedar comprendida dentro del concepto jurídico de «empresario» previsto en el art. 1844 del Código Civil, aun sin ser arquitecta ni haber participado directamente en la construcción. (En el caso rige la redacción del art. 1844 previa a su modificación por la Ley 19.726). En tal sentido, se estima que la calidad de empresario en el marco del art. 1844 surge de la acción de combinar capital y trabajo para construir o edificar cierta obra. El concepto de «empresario» es así más amplio que el de Arquitecto, Constructor o Ingeniero, calidades éstas dos últimas que habían sido previstas en otros ordenamientos (Cf. Sánchez Fontans, 1953, p. 252) y ahora también en el nuestro, luego de la reciente modificación del art. 1844 por la Ley 19.276”.

Es de verse como la Corte innova respecto del concepto de empresario tradicionalmente utilizado por el art. 1844 del Código Civil, confiriéndole un significado más amplio del habitual y desbordando el concepto clásico de constructor.

#### 4. Crítica a la interpretación de la Suprema Corte de Justicia

El alcance del término “empresario” se ve considerablemente ensanchado con la interpretación adoptada por la Suprema Corte de Justicia en la sentencia N.º 1.297/2019. De acuerdo con esta interpretación, la calidad de empresario no se limita al sujeto que se obliga a construir un edificio, sino que también tiene aptitud para revestir dicha calidad quien financia, aprueba o define el proyecto. Ello determina que, a juicio de la Corte, el concepto de empresario sea más amplio que el de arquitecto, constructor o ingeniero. Aunque, por otra parte, parecería que lo determinante para tener la calidad de empresario, según se deriva de los términos empleados por la propia sentencia, sería “la acción de combinar capital y trabajo para construir o edificar cierta obra”.

Frente a esta interpretación se pueden esgrimir dos críticas.

Por un lado, plantea la interrogante de si quien solo financia la construcción del edificio (es decir, quien solo aporta el capital necesario para su ejecución) puede ser considerado empresario a los efectos del art. 1844 del Código Civil. Ello por cuanto de la sentencia parecería surgir que lo concluyente para revestir la calidad de empresario es “la acción de combinar capital y trabajo para construir o edificar cierta obra”, pero, en el caso de quien solo financia la construcción del edificio, solo habría aporte de capital, mas no de trabajo, por lo que no se combinarían los dos elementos exigidos por la Corte para tener la calidad de empresario a los efectos del art. 1844 del Código Civil. En todo caso, la noción de empresario adoptada por la Suprema Corte de Justicia se asemeja más a la definición comercial de empresa que al empresario al que refiere el art. 1844 del Código Civil. En este sentido, la doctrina comercialista se refiere a la empresa como “la organización del capital y del trabajo para producir bienes o servicios destinados a ser cambiados” (Mezzerá Álvarez, 1997, p. 36.).

Por otra parte, y aquí se encuentra la principal crítica, es que la noción de empresario que emplea la Suprema Corte de Justicia presenta el inconveniente de distorsionar (o al menos dificultar) la distribución de responsabilidad que prevé el art. 1844 del Código Civil.

Precisamente, en el ámbito del art. 1844 del Código Civil, la atribución de responsabilidad viene dada por la función que cada sujeto desarrolla en el proceso de construcción de un edificio. En este sentido, Jorge Gamarra destaca que “[l]a responsabilidad no está dispuesta en virtud de un título formal, sino por la propia culpa y en función de la autoría (imputabilidad material) de la obra; quien realiza el *opus* es el que puede ser responsabilizado por haber incurrido en culpa al ejecutar (inexactamente) su obligación de hacer. La ley específica cuáles son los vicios que pueden originar la responsabilidad decenal (vicio de la construcción; vicio del suelo; mala calidad de los materiales) y ello permite individualizar al responsable” (Gamarra, 1981, p. 277).

La interpretación de la Corte en la sentencia N.º 1.297/2019 plantea el inconveniente de que no establece cuáles serían los defectos o vicios de los que responde el empresario y tampoco determina si la responsabilidad de este desplaza o se acumula a la de otros agentes que intervienen en la construcción del edificio, tales como el arquitecto, el ingeniero o el constructor. A modo de ejemplo, si el arquitecto que elaboró el proyecto es quien responde de los defectos derivados de su elaboración defectuosa, cabe preguntarse cómo incide la actuación del empresario que se limitó a definir, aprobar o financiar el proyecto. A su vez, de estimarse que el empresario es responsable, ello conlleva la interrogante de qué sucede con la responsabilidad del arquitecto, es decir, si la actuación de este queda comprendida dentro de la esfera de riesgo del empresario o si, por el contrario, el arquitecto permanece como responsable frente al comitente o sucesivo adquirente del edificio. Por otra parte, en caso de juzgarse que el empresario y el arquitecto son responsables, se presenta la cuestión de cómo se efectúa la distribución de la responsabilidad, si en forma proporcional o si cada uno responde por el total.

Curiosamente, de forma posterior a este pronunciamiento, la Suprema Corte de Justicia, en sentencia N.º 195/2020, se refiere a la figura del empresario del art. 1844 del Código Civil y utiliza el significado tradicional dado por doctrina y jurisprudencia, equiparándolo al constructor<sup>7</sup>.

La crítica precedente no implica desconocer que la sentencia N.º 1.297/2019 de la Suprema Corte de Justicia puede llegar a ser la puerta de entrada a la *responsabilidad del promotor o desarrollador inmobiliario*, siendo conveniente recordar que fue la propia Corte quien introdujo en el Derecho uruguayo el concepto de *ruina funcional* que posteriormente se terminó incorporando al texto de la Ley N.º 19.726<sup>8</sup>.

7 Véase SCJ. Sent. N.º 195/2020. 13/7/2020. TOSI BOERI (Red.), MARTINEZ ROSSO, MINVIELLE SANCHEZ, TURELL ARAQUISTAIN, SOSA AGUIRRE (Disc.). En este pronunciamiento, la Corte reitera el concepto de empresario utilizado en su sentencia N.º 209/2016, de 25 de julio, en la cual estableció que: “De una correcta interpretación de la norma se infiere que la expresión «empresario» que emplea el art. 1844 del Código Civil tiene un alcance determinado por los hechos de los que emerge esta responsabilidad, debiendo entenderse como equivalente a «constructor». Al respecto, Sánchez Fontáns, señala que «por empresario, contratista o constructor entendemos el que asume la obligación de hacer ejecutar el edificio, sea o no arquitecto, suministre o no los materiales...», «... el empresario o contratista se dedica a la construcción de edificios, lucra con los materiales y la mano de obra, está constituido como empresa pues aporta la organización del capital y del trabajo» (*ob. cit.*, pág. 47 y cf. Sentencia Suprema Corte de Justicia No. 135/91)”.

8 Véase al respecto las sentencias Nos. 43/2010, de 12 de marzo; 1.728/2011, de 25 de mayo; 575/2012, de 14 de mayo; y, más recientemente, 823/2018, de 11 de junio, de la Suprema Corte de Justicia; así como el estudio de GAMARRA SANTA CRUZ, R. – GÓMEZ PARDO, F., “La ruina funcional del edificio y la responsabilidad decenal”, *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, T. I, FCU, Montevideo, 2013, págs. 116 – 117.

## 5. Empresario como equivalente a promotor o desarrollador inmobiliario

### 5.1. Delimitación de la figura

El promotor inmobiliario (también llamado desarrollador inmobiliario) es la persona física o jurídica que concibe, organiza y emprende la construcción de un edificio con la finalidad de venderlo o arrendarlo a terceros. La venta de las unidades puede efectuarse cuando estas ya están terminadas, cuando la construcción se encuentra en progreso o, incluso, cuando solo existe un proyecto (lo que usualmente se denomina "venta sobre plano" o "venta en el pozo").

La figura del promotor no existía propiamente en la época del Código Civil (año 1868), donde el comitente encomendaba al constructor la realización de una determinada obra para satisfacer una necesidad propia, siendo normalmente el comitente el destinatario final de la construcción. La aparición del promotor inmobiliario es consecuencia del auge de la propiedad horizontal<sup>9</sup>. La Ley N.º 10.751 de propiedad horizontal viene a permitir que un edificio dividido en departamentos o pisos pertenezca a distintos propietarios. La complejidad que conlleva la construcción de un edificio de estas características y de determinadas dimensiones hace necesaria la intervención de un sujeto que asuma la coordinación y organización de las múltiples actividades requeridas para tal fin. Este sujeto es el promotor y pasa a desempeñar un rol central en todo el proceso que implica la construcción de un edificio, convirtiéndose en el *gran artífice* de todo este proceso. El promotor no encarga la ejecución de una obra con la finalidad de satisfacer una necesidad propia, sino que lo hace como una actividad puramente empresarial (Martínez Escribano, 2007, p. 48).

Por lo general, el promotor es el propietario del terreno donde se va a ejecutar la obra, es el que determina el tipo de construcción que se va a llevar a cabo y es quien contrata a los distintos agentes que van a intervenir en el proceso edificatorio (arquitecto, constructor, etc.). Asimismo, el promotor es el que normalmente gestiona los permisos y las habilitaciones de carácter administrativo que se requieren para llevar adelante la edificación, es quien que controla que los distintos agentes (constructor, arquitecto, etc.) cumplan sus prestaciones y, en muchas ocasiones, es el que otorga el reglamento de copropiedad del edificio a ser incorporado en régimen de propiedad horizontal.

No es indispensable para revestir la calidad de promotor que el sujeto realice por sí mismo la construcción del edificio, bien puede celebrar un contrato de construcción con un constructor para su ejecución, sin que por esta razón pierda su calidad de tal. En la doctrina española se los diferencia con la denominación de *promotor-constructor* al primero y *promotor-vendedor* al segundo (Estruch Estruch, 2011, pp. 180 – 181).

La compra del terreno sobre el cual se construirá el edificio suele implicar un costo elevado, por ello, para evitar el pago de una suma de dinero tan significativa en una instancia tan temprana, es frecuente que al promotor procure la adquisición del terreno a cambio de una o varias unidades en el edificio a ser construido. La naturaleza jurídica que se le ha atribuido a este negocio es la de permuta<sup>10</sup>. No se trata de una compraventa

9 Así lo destaca con relación al Derecho español: Cabanillas Sánchez, 1982, p. 886.

10 Véase SCJ. 25/7/1986. *L.J.U.*, T. 95, caso 10.810 y Blengio, 2020, pp. 219 - 222.

porque no hay intercambio de cosa por dinero (art. 1661 del Código Civil), sino de cosa por cosa (art. 1769 del Código Civil). Puede suceder que el intercambio por el terreno no se limite a la entrega de futuras unidades, sino que se adicione el pago de una suma de dinero, en dicho caso habrá que estar a lo dispuesto por el art. 1662 del Código Civil. El hecho de que las unidades todavía no tengan existencia material no supone un obstáculo para la conclusión del negocio (arts. 1283 y 1671 del Código Civil). Debido a que se transfiere una cosa de existencia actual (el terreno) a cambio de una cosa de existencia futura (las unidades en el edificio a construir), es habitual que el propietario original del terreno le exija al promotor ciertas garantías para asegurarse el cumplimiento de su prestación (construcción y entrega de las futuras unidades) y para protegerse de eventuales acreedores de este último.

Por lo general, el promotor no se encuentra dispuesto a destinar fondos propios para la construcción de la totalidad del edificio o, directamente, ni siquiera dispone del dinero necesario para tal fin. Ante esta situación, el promotor puede solicitar un préstamo a una institución financiera o, lo que resulta más frecuentemente, que sean los adquirentes de las futuras unidades quienes financien la construcción. Evidentemente, el adelanto del precio al promotor durante la fase de construcción del edificio o, incluso, antes de que este se haya comenzado a construir, conlleva una serie de riesgos para los adquirentes<sup>11</sup>. Como contrapartida de estos riesgos, el adquirente que se obliga a anticipar el precio durante la etapa de construcción del edificio y, sobre todo, antes de que la obra inicie obtiene un precio considerablemente más ventajoso que quien adquiere la unidad una vez culminada.

Las mencionadas actividades son desarrolladas por el promotor con el propósito de vender o arrendar las futuras unidades y con ello obtener el correspondiente beneficio económico que reportan tales operaciones.

El problema se presenta cuando el edificio que el promotor ha concebido y cuya ejecución ha coordinado presenta vicios o defectos constructivos. En tal caso, se plantea la interrogante de cuáles son las acciones con las que cuentan los compradores de los departamentos o pisos frente al promotor. En términos generales, la cuestión consiste en si el accionamiento contra el promotor puede fundarse en la responsabilidad prevista por el art. 1844 del Código Civil o si por el contrario debe limitarse al saneamiento por vicios ocultos regulado por los arts. 1718 y sigs. del Código Civil. Evidentemente, se trata de una cuestión de suma importancia, dado que el régimen legal previsto en uno y otro caso es sumamente diverso y, muy probablemente, puede determinar el éxito o fracaso de la pretensión de los compradores de los departamentos o pisos.

## 5.2. Responsabilidad del promotor

### 5.2.1. En su calidad de vendedor

En su calidad de vendedor (o promitente vendedor) de los departamentos o pisos, el promotor puede llegar a ser responsabilizado por el régimen del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa. Justamente, el saneamiento por vicios ocultos es un sistema especial de protección que el Código Civil ofrece al comprador que se ha

11 Sobre algunos de los riesgos que presentan para el adquirente, véase Mantero Mauri y Santi Estefan, 2017, pp. 93 - 102.

visto defraudado por la compra de una cosa defectuosa, en tanto esta tiene una menor utilidad o un menor valor como consecuencia de los vicios ocultos. Si bien el régimen del saneamiento por vicios ocultos está previsto en sede de contrato de compraventa (arts. 1718 a 1727 del Código Civil), no existiendo referencia a este en la Ley N.º 8.733 de Promesa de Enajenación de Inmuebles a Plazos, la regulación del saneamiento es aplicable en forma subsidiaria a este último tipo contractual por ser considerado un subtipo del contrato de compraventa<sup>12</sup>.

Para que tenga lugar esta especie de saneamiento es suficiente que el comprador acredite que el vicio oculto existía al tiempo de la venta (art. 1724 del Código Civil) y que dicho vicio hace la cosa impropia para el uso a que se la destina o que disminuye de tal modo dicho uso que, de haberlo conocido, no la hubiera comprado o no habría dado tanto precio por ella (art. 1718, inc. 1º, del Código Civil).

El vendedor responde de los vicios ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase (art. 1719, inc. 1º, del Código Civil); en el terreno del saneamiento, es irrelevante que el vendedor desconociera que la cosa vendida tenía vicios. Por ello, se afirma que el régimen del saneamiento por vicios ocultos del Código Civil pertenece al ámbito de la garantía, dado que el vendedor no se obliga a entregar una cosa sin vicios, sino que directamente responde si la cosa vendida los tiene<sup>13</sup>.

Frente a la manifestación del vicio, el comprador puede optar entre rescindir la venta (acción redhibitoria) o rebajar una cantidad proporcional del precio a juicio de peritos (acción estimatoria o *quantum minoris*). En caso de que comprador opte por la rescisión de la venta puede pedir, además, el reembolso de los gastos causados por ella (art. 1720 del Código Civil).

El régimen del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa presenta dos grandes inconvenientes para el comprador. Por un lado, el comprador no tiene derecho a reclamar al vendedor la indemnización de los daños y perjuicios causados, salvo que aquel acredite que este conocía o debía conocer el vicio oculto de la cosa vendida y no se lo manifestó (art. 1721 del Código Civil). Por otro lado, y aquí reside el principal obstáculo para el comprador, de acuerdo con la regulación legal, las acciones a que da lugar el saneamiento por vicios ocultos se extinguen en el exiguo plazo de 6 meses desde la entrega de la cosa vendida (art. 1726 del Código Civil).

Entonces, si bien el saneamiento por vicios ocultos reporta un beneficio para el comprador en cuanto lo exonera de demostrar la culpa del vendedor en relación con los vicios ocultos del departamento o piso vendido, quien responde incluso aunque no tuviera conocimiento de los defectos ocultos, es un sistema inadecuado de tutela por las limitantes que existen en cuanto al reclamo de daños y perjuicios y el breve plazo de caducidad de las acciones edilicias.

12 En este sentido, véase: Carnelli, 1979, pp. 253 – 262; Gamarra, 2006, pp. 46 - 48 y 208 – 210; Gamarra, 1986, pp. 145 – 146.

13 Al estudiar el régimen del saneamiento por vicios ocultos en la compraventa, Jorge Gamarra indica que “el saneamiento nada tiene que ver con el incumplimiento. Pertenecce a una zona totalmente diversa: a la garantía” (1959, p. 71). Seguidamente, este autor destaca que “los efectos del saneamiento no se despliegan ante el incumplimiento de obligaciones que se hayan impuesto al vendedor. No nos hallamos frente a una responsabilidad por incumplimiento, sino ante una garantía. El vendedor no se obliga a que un tercero no prive al comprador de la cosa comprada, ni tampoco se obliga a entregar una cosa exenta de vicios. Pero responde si tales hechos se producen: si la evicción tiene lugar, si la cosa está afectada por vicios” (*ibid.*, págs. 71 – 72). En el mismo sentido, Carlos DE CORES HELGUERA apunta que: “La naturaleza que se asigna al remedio previsto para las acciones edilicias es la de garantía y no la de obligación, ya que el vendedor no está constreñido a realizar una conducta, sino que debe sanear los vicios ocultos que aparezcan luego de la entrega de la cosa vendida” (“Tendencias actuales sobre incumplimiento contractual y garantía”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXXVI, FCU, Montevideo, 2006, p. 595).

Justamente, en un ámbito como el de la edificación, donde los vicios o defectos ocultos tienden a evidenciarse después de haber transcurrido un cierto tiempo desde la entrega y uso del departamento o piso, la protección que confiere el saneamiento por vicios ocultos al comprador tiende a ser insuficiente. Esto determina que los reclamos basados en el saneamiento por vicios ocultos normalmente terminen por ser rechazado por haber transcurrido el plazo de 6 meses desde la entrega de la cosa vendida o, en cambio, que sean fundados en las normas del contrato de obra y, más específicamente, en el régimen de responsabilidad previsto por el art. 1844 del Código Civil<sup>14</sup>.

### 5.2.2. En su calidad de agente de la edificación

La insuficiente protección que confiere el régimen del saneamiento por vicios ocultos determina que el damnificado por los vicios o defectos constructivos en el edificio se vea tentado a accionar por el régimen de responsabilidad previsto por el art. 1844 del Código Civil. Pero, para que dicho accionamiento pueda llegar a resultar fructífero, es indispensable que primero se justifique la legitimación pasiva del promotor bajo el art. 1844 del Código Civil.

Cuando el promotor desarrolla directamente la construcción del edificio (*promotor-constructor*) no presenta mayor dificultad fundar su legitimación pasiva, la atribución de la obligación indemnizatoria viene dada por la defectuosa función desarrollada en el proceso constructivo. Más complejo es justificar su legitimación pasiva cuando el promotor no construye, ni asume directamente otra prestación típica de los agentes que participan en la construcción (por ejemplo, realización del proyecto o dirección de la obra), sino que se limita a impulsar y organizar la construcción del edificio para su posterior comercialización a terceros (*promotor-vendedor*).

En el Derecho comparado se han presentado similares inconvenientes para justificar la responsabilidad del promotor, especialmente en aquellos ordenamientos que no prevén al promotor dentro de los posibles legitimados pasivos<sup>15</sup>.

En ocasiones la responsabilidad al promotor se ha fundado en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, es decir, en haber elegido o vigilado mal a los agentes intervinientes en la construcción del edificio. La crítica a esta fundamentación se encuentra por un lado en el carácter profesional de los agentes que participan en la construcción del edificio, lo que dificulta imputar una culpa *in eligendo* o *in vigilando* al promotor, pero principalmente en que ello reconduce la cuestión a una responsabilidad de naturaleza subjetiva, donde el promotor podría exonerarse de responsabilidad acreditando haber actuado diligentemente en la elección y vigilancia de los agentes intervinientes.

En oportunidades la responsabilidad del promotor se ha justificado en el beneficio económico obtenido con la edificación. En otras palabras, el reproche al promotor se

14 La revisión jurisprudencial permite apreciar que un importantísimo número de reclamos basados en el saneamiento por vicios ocultos son rechazados por los tribunales por haberse vencido el plazo de caducidad de 6 meses para el ejercicio de las acciones edilicias. Seguramente, con esto en mente, es que el Código Civil y Comercial argentino ha establecido un plazo de caducidad de 6 meses para los muebles y de 3 años para los inmuebles (art. 1055). Aunque, como contrapeso, coloca sobre el comprador la carga de denunciar la existencia del defecto oculto dentro de los 60 días de haberse manifestado (art. 1054).

15 Con anterioridad a la Ley de Ordenación de la Edificación, la inclusión del promotor dentro del círculo de legitimados pasivos de la responsabilidad decenal ha sido objeto de especial atención por la doctrina y la jurisprudencia española, véase ampliamente: Martínez Escribano, pp. 48 – 51 y Santana Navarro, 2018, pp. 182 – 185.

encontraría en que si es quien percibe el lucro de la comercialización del edificio también es quien debe asumir las consecuencias negativas que derivan de ello. El problema que presenta esta justificación se encuentra el beneficio económico obtenido de llevar a cabo una actividad lícita no es un factor de atribución de responsabilidad. La obligación indemnizatoria podría ser atribuida al promotor por el hecho de haber tomado decisiones que dan lugar a la aparición de defectos en el edificio (por ejemplo, bajar la calidad de la construcción para obtener un mayor lucro), pero no en el hecho de obtener un mayor o menor lucro por la comercialización del edificio. De lo contrario, como bien advierte Celia Martínez Escribano, el promotor que hubiera impulsado una edificación defectuosa, en la que no se hubiera beneficiado económicamente por la mala gestión desarrollada, no podría ser responsabilizado de los defectos justamente por no haber obtenido un lucro de dicha actividad (Martínez Escribano, p. 50).

La responsabilidad del promotor también se ha explicado en la garantía que representa para los compradores el prestigio comercial o profesional del promotor (Santana Navarro, p. 184.). Claro que a esta fundamentación bien se le podría criticar que, entonces, el promotor no debería responder cuando no ha generado en los adquirentes una legítima confianza sobre la calidad de la construcción.

El principal obstáculo que presenta la admisión del promotor como responsable de los defectos o vicios existentes en el edificio es la distribución de su responsabilidad con la de los restantes agentes que participan en la construcción. Justamente, si el promotor no construye, no proyecta, ni dirige la obra, sino que todas estas prestaciones son realizadas por otros agentes, cabe plantearse qué responsabilidad cabe atribuirle y en qué grado de contribución. Conscientes de esta dificultad algunos ordenamientos jurídicos responsabilizan al promotor por su sola calidad de tal, como garante de la buena construcción del edificio y en forma solidaria con los agentes responsables.

La otra alternativa posible sería concebir al promotor como el verdadero arquitecto-constructor del edificio, pero en este caso, si bien sería más sencillo reconocerle responsabilidad por los defectos o vicios en el edificio, los restantes agentes intervinientes vendrían a revestir la calidad de subcontratistas del promotor, con las dificultades que ello conlleva para la atribución de su responsabilidad. En este supuesto, la responsabilidad del promotor sería por hecho ajeno, en tanto vendría a ser responsabilizado por la actuación defectuosa de los agentes que han intervenido directamente en la construcción del edificio (arquitecto, constructor, etc.).

Sin perjuicio de lo anterior, la tendencia en el Derecho comparado es la de reconocer la figura del promotor y de admitir su responsabilidad por los vicios o defectos existentes en el edificio.

En el Derecho español, la Ley de Ordenación de la Edificación define al promotor como "cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título" (art. 9º). La nota definitoria del promotor, según Francisco Sanatana Navarro, es su intervención decisoria en el proceso de la edificación (p. 185.). En cuanto a su responsabilidad frente a los propietarios y terceros adquirentes, el promotor responde *solidariamente* con el resto de los agentes que intervinieron en el proceso de la edificación

(art. 17.3). Esto ha llevado a la doctrina española a decir que el promotor es “un garante incondicional frente a los adquirentes”, aunque solo frente a ellos, en tanto que podrá regresar por el todo frente a los restantes participantes (Cordero Lobato, 2011, p. 524). Incluso, con anterioridad a la Ley de Ordenación de la Edificación, bajo el régimen del art. 1591 del Código Civil español, la doctrina y la jurisprudencia de dicho país admitieron la responsabilidad del promotor, a pesar de no encontrarse mencionado expresamente por la norma.

Una tendencia similar es la adoptada en Chile por la Ley de urbanismo y construcciones. Allí se responsabiliza al “propietario primer vendedor de una construcción” de los daños y perjuicios provenientes de defectos o fallas en ella, sea durante su ejecución o después de terminada (art. 18.1). La doctrina chilena señala que el propietario primer vendedor es “el dueño de un inmueble que contrata o construye un edificio para después transferirlo a un tercero. Este es el sentido que tiene la expresión ‘primer Vendedor’” (Barros Bourie, 2006, p. 781). Enrique Barros Bourie califica la responsabilidad del primer propietario como *estricta calificada* e indica que “quien encarga la construcción asume los riesgos por defectos de construcción, incluso respecto de futuros propietarios y terceros en general, aunque no haya vínculo contractual directo. La responsabilidad tiene por solo antecedente colocar el edificio en el mercado” (Barros Bourie, 2006, p. 781). El propietario primer vendedor puede repetir contra quienes sean responsables de las fallas o defectos en la construcción que hayan dado origen a los daños y perjuicios. De esta forma, el primer vendedor puede repetir contra el proyectista por los errores del proyecto (art. 18.2) y contra el constructor por las fallas, errores o defectos en la construcción, lo que incluye las obras ejecutadas por los subcontratistas y el uso de materiales o insumos defectuosos (art. 18.3) (Corral Talciani, 2013, p. 276).

De forma similar, en el Código Civil y Comercial argentino la responsabilidad por la obra en ruina o impropia para su destino prevista por el art. 1273 se extiende a “toda persona que vende una obra que ella ha construido o ha hecho construir si hace de esa actividad su profesión habitual” (art. 1274, lit. a). La doctrina argentina pone énfasis en que el vendedor es alcanzado por la responsabilidad por la ruina de la obra “sólo si actuó como un profesional en el mercado, no si lo hizo en forma ocasional” (Lorenzetti, 2021, p. 715).

Regresando al Derecho uruguayo, a nivel de la jurisprudencia nacional, la Suprema Corte de Justicia en sentencia N.º 43/2010 condena al promotor-vendedor, aunque sin emplear estos términos.

Surge de la sentencia mencionada que: “Como dato de hecho relevante en la cuestión controvertida, ha de partirse de la premisa de que la codemandada Giselle Bliman, que vendiera a la actora la vivienda objeto de la litis, actuó como empresa constructora, habiendo suscrito los planos el codemandado Ing. Bliman, lo que fuera afirmado expresamente por aquélla al contestar la demanda (fs. 115 y 116), y obviamente reconocido por el Tribunal recurrido al sostener (fs.494 vto.) que la construcción de la finca objeto de estos obrados fue realizada por la propia vendedora con la colaboración de su hermano Ingeniero. La circunstancia de que el propósito original de la obra fue el uso propio (la venta se habría hecho pocos meses después de ser ocupada por su propietaria y constructora) en nada incide, a juicio de la mayoría, en la resolución de la contienda sometida a decisión judicial. El tribunal descartó la *legitimatio ad causam* activa

de la actora para demandar por responsabilidad decenal a su vendedora (constructora de la obra) en virtud de la inexistencia entre ambas de contrato de construcción que le confiriera la titularidad activa de la obligación de reparar los defectos constructivos constatados en la vivienda. La mayoría de la Corporación disiente categóricamente con dicha tesis. [ ]. La Corte -en mayoría- entiende que, utilizando el argumento a fortiori o aun el apagógico (por el absurdo a que conduce la teoría del Tribunal recurrido) si está legitimado a demandar al constructor el cesionario de los derechos del comitente de la obra, resultaría un despropósito privar al adquirente del edificio, vendido por el propio constructor, de legitimación para accionar por la responsabilidad que a éste atribuye en términos claros el art. 1.844 del Cód. Civil. Sólo una argumentación formal o estrictamente literal puede exonerar de responsabilidad al constructor, en la previsión del art. 1.844 del C. Civil, por la sola circunstancia de que quien adquiere la vivienda no hubiera sido parte en el contrato de construcción, exigencia que ni siquiera surge de la expresión textual de la norma que consagra la responsabilidad decenal del constructor<sup>16</sup>.

El caso objeto de la referida sentencia encuadra dentro de la llamada *autopromoción*, es decir, el supuesto en el cual se promueve una edificación para sí, pero posteriormente es enajenada a un tercero. La Corte responsabiliza a la vendedora de los defectos constructivos existentes, adjudicándole la calidad de constructora de la vivienda. Lo que resulta criticable a este pronunciamiento es que habiéndose culminado la construcción de la vivienda y habiéndose celebrado un contrato de compraventa respecto de esta, se responsabilice a la vendedora por el régimen del art. 1844 del Código Civil, en lugar de por el régimen de vicios ocultos en la compraventa. Si en el caso la vendedora no se obligó a construir y entregar una vivienda, sino simplemente a entregar la posesión de una vivienda ya existente, es necesario justificar la razón por la cual se aplica el art. 1844 del Código Civil y no la regulación sobre saneamiento por vicios ocultos en la compraventa (arts. 1718 a 1726 del Código Civil).

Distinta es la situación cuando el edificio (normalmente un departamento o piso) se vende sobre plano o en construcción. En este caso, el negocio se instrumenta por medio de una *promesa de compraventa de propiedad horizontal*, negocio que es calificado como un contrato mixto, en tanto tiene elementos de la promesa de compraventa y del contrato de construcción<sup>17</sup>. Ello permite sostener que a la obligación relativa a la construcción del edificio le resulta aplicable la regulación del contrato de arrendamiento de obra y, particularmente, el art. 1844 del Código Civil.

16 Véase SCJ. Sent. N.º 43/2010. 11/3/2010. Van Rompaey Servillo (Red.), Chediak Gonzalez, Ruibal Pino, Larrioux Rodriguez (Disc.), Gutierrez Proto (Disc.).

17 Véase: TAC 4. Sent. N.º SEF-0009-000107/2014. 04/06/2014. Maggi Silva [Red.], Gatti Santana, Turell Araquistain: "En cuanto a la categorización jurídica del negocio del 20 de noviembre de 2009 vinculante para los litigantes y por el que la actora prometió adquirir unidad de propiedad horizontal en construcción por la demandada (promitente vendedora) puede verse como un contrato mixto (Gamarrá, Tratado..., T. I, 3era. ed., p. 266 y ss.; T. IX, 3era. ed., p. 219 y ss.; Sánchez Fontáns, El contrato de construcción, T. II, p. 237 y ss.; 259 y ss.; Szafir, en A.D.C.U., T. XVII, p. 166-167; etc.). Pues bien, en la especie se trata de una Promesa de Compraventa de un bien a construirse de acuerdo a la ley de Propiedad Horizontal lo que conduce a concluir que se trata de un contrato mixto porque tiene elementos de la promesa de compraventa y del arrendamiento de obra". Véase también Szafir, 1987, pp. 166 – 167: "En los contratos de promesa de enajenación de edificios en construcción, no podemos sostener que ninguna de las prestaciones (transferir el dominio y entrega de la obra) sea preponderante. Ambas son principales, y tienen la misma jerarquía en mérito a que la no realización de la obra impide obtener la ejecución forzada característica de la promesa de enajenación. En consecuencia, al celebrarse una promesa de enajenación en la que el promitente enajenante se obliga a construir, existe en el mismo acuerdo de voluntades, elementos de dos contratos típicos, cada uno de ellos con su obligación principal. Si admitiéramos la teoría de la combinación, le aplicaremos el régimen de la ley 8.733 a la promesa de enajenación y los arts. 1831 y sigs. del C. Civil al arrendamiento de obra. Tomando el criterio de la analogía, también podemos recurrir a las normas del arrendamiento de obra para la obligación de construir que asume el promitente enajenante".

## Conclusiones

Para la Suprema Corte de Justicia, al menos en la sentencia N.º 1.297/2019, de 29 de agosto, el término empresario utilizado por el art. 1844 del Código Civil desborda el concepto tradicional de constructor, pudiéndose revestir aquella calidad financiando, aprobando o definiendo el proyecto, incluso sin poseer el título de arquitecto, ni participando directamente en la construcción.

El alcance que la Corte da al término empresario puede llegar a servir de puerta de entrada en nuestro Derecho de la figura del desarrollador o promotor inmobiliario, entendiéndose por este quien concibe, organiza y emprende la construcción de un edificio con la finalidad de venderlo o arrendarlo a terceros y percibir con ello el correspondiente beneficio económico que reportan tales operaciones.

Al igual que sucedió con el concepto de ruina funcional, introducido en nuestro Derecho por la Suprema Corte de Justicia, puede que este pronunciamiento sirva para innovar en cuanto a los legitimados pasivos en el ámbito del régimen de la responsabilidad decenal.

## Referencias bibliográficas

- Barros Bourie, E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Blengio, J. (2020). "Dos modalidades relativas a la construcción realizadas en la praxis: I. La adquisición de un terreno a cambio de unidades del edificio a construir en él. II. Dación de unidades futuras en pago de honorarios profesionales", *Estudios sobre el contrato de construcción*, Dir.: Carlos de Cores – Raúl Gamarra, T. II, La Ley Uruguay, Montevideo, pp. 207 - 248.
- Cabanillas Sánchez, A. (1982). "La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente contruidos", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, N.º 3, pp. 878 - 926.
- Carnelli, S. (1979). "El saneamiento en la promesa de enajenación (L. 8.733)", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. IX, FCU, Montevideo, págs. 253 – 262.
- Cordero Lobato, E. (2011). "Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación", en Ángel Carrasco Perera – Encarna Cordero Lobato – Ma. del Carmen González Carrasco, *Comentarios a la Legislación de Ordenación de la Edificación*, 5ª ed., ed. Aranzadi, Cizur Menor.
- Corral Talciani, H. (2013). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 2da. ed., ed. Legal Publishing, Santiago.
- De Cores Helguera, C. (2006). "Tendencias actuales sobre incumplimiento contractual y garantía", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXXVI, FCU, Montevideo, pp. 593 – 604.
- Estruch Estruch, J. (2011). *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 4ª ed., ed. Civitas, Cizur Menor.

- Gamarra, J. (1959), *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. III, vol. 2, FCU, Montevideo.
- Gamarra, J. (1981), *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. I, 4ª ed., FCU, Montevideo.
- Gamarra, J. (1986), "Saneamiento por vicios ocultos. Promesa de compraventa con entrega de la cosa", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XVI, FCU, Montevideo, pp. 145 – 146
- Gamarra, J. (2006), *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. IV, 5ª ed., FCU, Montevideo.
- Gamarra Santa Cruz, R. y Gómez Pardo, F. (2013). "La ruina funcional del edificio y la responsabilidad decenal", *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, T. I, FCU, Montevideo, pp. 109 - 117.
- González Mullin, H. S. (1946), "Apuntes sobre la responsabilidad de los arquitectos y empresarios de obra", *Revista de Derecho Público y Privado*, T. 16, pp. 259 - 302.
- Howard, A. (2023). *La responsabilidad decenal del arquitecto, ingeniero, constructor y empresario*, FCU, Montevideo.
- Lorenzetti, R. L. (2021). *Tratado de los Contratos. Parte especial*, T. II, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- Mantero Mauri, E. y Santi Estefan, A. (2017). "Protección del promitente adquirente en las promesas de compraventa inscriptas de unidades de propiedad horizontal "en el pozo". Crítica a decisiones judiciales que amenazan sus derechos", *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, T. V, FCU, Montevideo.
- Martínez Escribano, C. (2007). *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, 3a ed., Lex Nova, Valladolid.
- Mezzera Álvarez, R. (1997). *Curso de Derecho Comercial*, T. I, FCU, Montevideo.
- Sánchez Fontáns, J. (1953). *El contrato de construcción*, T. I, ed. Martín Bianchi Altuna, Montevideo.
- Santana Navarro, F. L. (2018). *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, ed. Marcial Pons, Madrid.
- Spota, A. G. (1975). *Tratado de locación de obra*, vol. I, 3ª ed., ed. Depalma, Buenos Aires.
- Szafir, D. (1987). "Promesa de enajenación de inmueble a plazo de bien a construirse", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XVII, FCU, Montevideo.

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): 1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

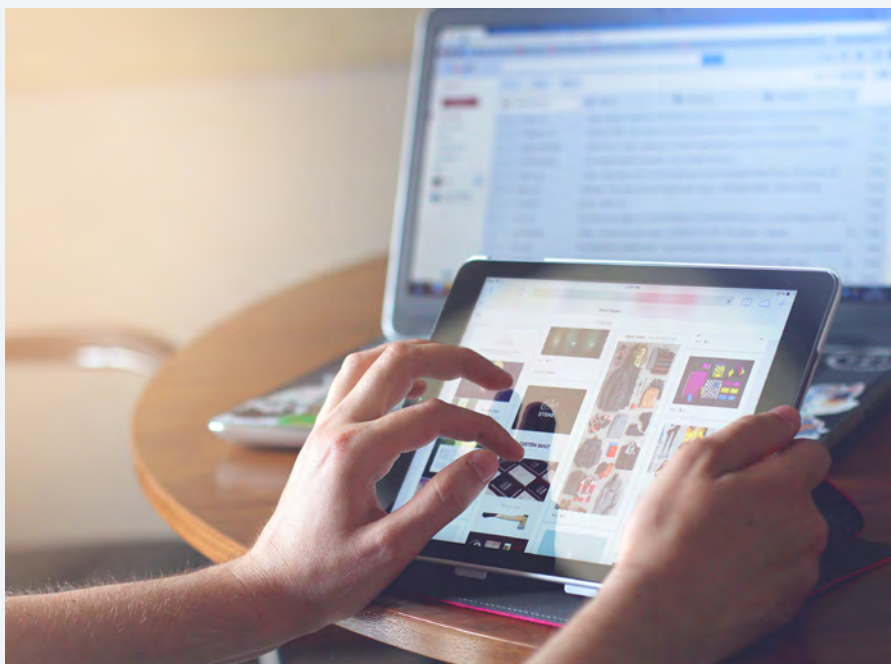
D.S.M.G. ha contribuido en: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y D.A.L. en: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio se encuentra disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/buscadord-jurisprudencia>

Editor responsable Miguel Casanova: [mjcasanova@um.edu.uy](mailto:mjcasanova@um.edu.uy)







## INFORMACIÓN DE LA FACULTAD

Noticias de grado y posgrados



# Acuerdo doble titulación Grado con la Universidad de Edimburgo

*Se firmó un acuerdo entre la UM y la Universidad de Edimburgo que permite una doble titulación*



El acuerdo entre la Facultad de Derecho de la UM y la Universidad de Edimburgo permite a los estudiantes de Abogacía que completen 4,5 años en la UM acceder a las maestrías (LLM's) de la Universidad de Edimburgo. Tras completar un año adicional en la Universidad de Edimburgo, los estudiantes reciben, además del título de abogado, el título de máster (LLM) por la universidad escocesa.

Los estudiantes podrán trasladarse al campus de la Universidad de Edimburgo (campus Old College) en agosto de su quinto año en la UM, para comenzar el LLM. Una vez aprobado el primer semestre del LLM, la UM les otorgará el título de abogado y cumplido el segundo semestre en Escocia, recibirán el título de Máster emitido por la Universidad de Edimburgo.

Algunos de los programas de LLM que los estudiantes pueden elegir son: *Commercial Law, Intellectual Property Law, Innovation Technology and the Law, International Economic Law, Human Rights, Corporate Law, Global Crime, Justice and Security, Global Environment and Climate Change Law, International Law, International Banking Law, Medical Law and Ethics, Criminal Law and Criminal Justice, Criminology and Criminal Justice, European Law, y Comparative Private Law.*

La Universidad de Edimburgo está en el top 40 del mundo en los tres principales rankings internacionales: ARWU, THE y QS. En Derecho, ocupa el lugar 16° en el mundo (Times Higher Education World University Rankings: Law 2025) y en el ranking QS aparece en el top 25 por materia: Law & Legal Studies.

Entre sus exalumnos se encuentran figuras destacadas en diversas áreas, como Alexander Graham Bell, Charles Darwin, David Hume, James Clerk Maxwell, entre otros. La universidad también ha formado a varios líderes, incluyendo tres primeros ministros británicos y tres jueces de la Corte Suprema del Reino Unido. Además, hasta octubre de 2024, ha estado vinculada a 20 galardonados con el Premio Nobel, cuatro

ganadores del Premio Pulitzer, tres del Premio Turing, un laureado con el Premio Abel y un medallista Fields.

Este acuerdo representa una valiosa oportunidad para los estudiantes de Derecho de UM, al abrirles las puertas de una institución de prestigio global con una sólida trayectoria en la formación de profesionales en diversas áreas.

01/07/2025

## El Observatorio de Contratación Pública presentó el Cuaderno N.º 9 en una nueva Jornada de Actualización Administrativa

*Se realizó una nueva edición de la Jornada de Actualización Administrativa y se presentó el Cuaderno número 9*



El miércoles 26 de junio se realizó en la sede central de la Universidad de Montevideo una nueva edición de la Jornada de Actualización Administrativa, enmarcada en el trabajo del Observatorio de Contratación Pública de la UM. La actividad comenzó a las 18:30 y contó con un panel de docentes del Programa de Maestría en Derecho Administrativo Económico (PMDAE) que presentaron investigaciones y reflexiones sobre temas relevantes en materia de contratación pública.

El evento abrió con las palabras del Dr. Carlos Delpiazzo, quien explicó el sentido de la jornada y la función del Observatorio, creado en 2021 con el objetivo de canalizar investigaciones académicas, conectar con redes internacionales y difundir los avances más recientes en la materia.

Luego, intervinieron Agustina Álvarez y María Lucía Saravia, quienes analizaron los retos jurídicos vinculados al uso de sociedades instrumentales del Estado en procesos de contratación. A continuación, la Dra. Natalia Veloso Giribaldi presentó sobre la simulación del procedimiento de contratación. Agustina Pacheco Da Silva expuso sobre la reparación patrimonial por la descalificación ilegítima de una oferta, y Gabriel Delpiazzo Antón se refirió a la reglamentación de los sistemas dinámicos de adquisición.

Como cierre de la jornada, el Dr. Carlos Delpiazzo presentó el Cuaderno N.º 9 de Contratación Pública, publicación anual que reúne artículos de doctrina, jurisprudencia comentada y normativa relevante, elaborados por docentes y maestrandos del PMDAE. “Desde 2017 hemos adoptado la técnica de los ‘Cuadernos’ por ser más flexible y abierta

a recibir distintos aportes”, señaló. Anteriormente, el grupo ya había publicado los Manuales de Contratación Administrativa (1991–1993) y una serie de libros bajo el título común de Comentarios (2012–2015).

El Cuaderno N.º 9, al igual que los anteriores, fue dirigido y coordinado por Delpiazzo y está dirigido a un público amplio, que incluye estudiantes, docentes y operadores jurídicos. Cada volumen integra la colección del Observatorio y contribuye al fortalecimiento del estudio, la práctica y el análisis crítico del Derecho Administrativo en Uruguay.

Con más de 160 personas inscriptas, la jornada reafirmó el interés sostenido por esta línea de trabajo académico y profesional impulsada por la UM. Los nueve cuadernos publicados hasta el momento conforman una colección única que consolida la investigación jurídica en materia de contratación administrativa y permite su aplicación directa en el ejercicio profesional.



## Estudiantes UM logran importantes premios en el Desafío IA Tech Challenge 2025 de ANTEL

*Los alumnos demostraron su talento y la calidad de su formación al obtener primeros y segundos puestos*



El Desafío IA Tech Challenge 2025 de ANTEL fue organizado con el objetivo de fomentar la innovación mediante el uso de inteligencia artificial para resolver desafíos reales en Uruguay. El evento contó con la presencia de figuras destacadas como el presidente de ANTEL, Alejandro Paz; la directora Laura Raffo; la gerenta general Laura Saldanha; y el director de Soluciones y Especialistas de Google Cloud Latam, Alberto Oppenheimer, entre otros representantes de empresas e instituciones.

Durante un mes, estudiantes universitarios se organizaron en 16 equipos para buscar soluciones a problemas reales de distintos sectores del país. Aplicaron conocimientos de programación, bases de datos e IA.

### Alumnos UM en el podio

En el Desafío IMPO (titulado “¿Te animás a enseñarle a la IA a resumir leyes como un experto?”), el segundo lugar fue obtenido por Guillermo Robatto (Lic. en Ciencia de Datos para Negocios), Juan Pedro Morillo (Abogacía), Juan Pablo Ciganda (Abogacía) y Nicolás Leus (Lic. en Ciencia de Datos para Negocios). En el Desafío ANTEL (“¿Te animás a descubrir qué enamora -o aleja- a los usuarios de una app?”), el primer puesto fue alcanzado por Máximo Lorenzo y Losada, Felipe Giro, Pablo Otegui, Juan Ignacio Ferreira y Augusto Sosa (todos estudiantes de Lic. en Ciencia de Datos para Negocios). Además, el segundo puesto fue obtenido por Juan José Patrone (Ingeniería Industrial) y Mateo Patrone (Ingeniería Telemática), junto con su equipo compuesto de alumnos de distintas universidades.

Alejandro Arancio, coordinador de la carrera de Ciencia de Datos para Negocios de la UM, destacó el significativo logro: “Es un gran mérito de los alumnos y potencia el perfil que buscamos que los estudiantes alcancen, tanto en la Universidad como en la carrera de Datos en particular”. Además, subrayó que estos logros reflejan los valores de la universidad: “La iniciativa, el compromiso y el querer *ir a más*; aplicando

los conocimientos que fueron aprendiendo a lo largo de la carrera, pero también estar dispuestos a aprender cosas nuevas y animarse a vivir nuevas experiencias desafiantes.”

## El desafío como experiencia de aprendizaje

Los estudiantes Máximo Lorenzo y Losada, Felipe Giro, Pablo Otegui, Juan Ignacio Ferreira y Augusto Sosa, comentaron por qué se sumaron: “Nos motivó especialmente el hecho de trabajar con datos reales y aplicar inteligencia artificial para resolver un problema concreto en una empresa nacional”, mencionaron. Su propuesta consistió en un modelo predictivo para anticipar si una sesión de usuario en la app Antel TV incluiría un evento de reproducción, logrando un alto nivel de precisión. “Lo que nos hizo destacar fue el equilibrio entre el rendimiento técnico y la aplicabilidad real del modelo”, agregó Sosa.

Por su parte, Guillermo Robatto destacó la importancia de trabajar en equipos multidisciplinarios: “La diversidad de perfiles y puntos de vista enriquece enormemente el proceso y la solución final”. Juan Pablo Ciganda también reflexionó sobre esta experiencia, señalando que no solo les permitió integrar diferentes áreas del conocimiento, sino que también impulsó a explicar conceptos complejos entre disciplinas: “El verdadero reto no era el *challenge*, sino poder explicarle conceptos de ingeniería a no-ingenieros y derecho a no-abogados”.

## Impacto en la proyección profesional

Los estudiantes coinciden en que participar les permitió potenciar su camino profesional. Sosa resaltó cómo los conocimientos adquiridos en la UM fueron fundamentales para abordar el desafío: “Muchos de los conceptos que aplicamos —desde el manejo de datos hasta la evaluación de modelos— los vimos a lo largo de la carrera y los habíamos practicado en proyectos anteriores”. Además, la participación les permitió ganar experiencia en un entorno profesional competitivo, algo que Robatto también destacó: “Se aprende muchísimo en muy poco tiempo, y las oportunidades para conocer gente y hacer contactos profesionales son enormes. Es una experiencia que vale la pena”.

Con respecto a la participación en futuros desafíos, los estudiantes destacan el valor de sumarse: “Más allá del resultado, participar en este tipo de eventos te obliga a aplicar lo que sabés, a aprender cosas nuevas, a trabajar en equipo y a comunicar tus ideas con claridad”, concluyó Sosa.





El resultado obtenido en esta competencia reafirma el compromiso de la UM con la formación integral de sus estudiantes, preparándolos para enfrentar los desafíos del futuro mediante la aplicación de la inteligencia artificial y la ciencia de datos en un contexto real. “Desde la Universidad, cada vez que nos llegan este tipo de invitaciones los motivamos para que se presenten, más allá del lugar que puedan alcanzar, ya que la misma experiencia es un gran logro”, expresó Arancio.

La UM continuará promoviendo iniciativas que permitan a sus estudiantes poner en práctica lo que aprendieron en la carrera y contribuir con soluciones innovadoras que transformen la sociedad.

250

30/07/2025 | 12

## Intercambio de información con fines fiscales: evolución del Uruguay en la materia y perspectiva actual del Foro Global sobre Transparencia – OCDE



El 29 de julio de 2025, con una destacada convocatoria de autoridades nacionales e internacionales, la Universidad de Montevideo (UM) fue sede del evento “Intercambio de información con fines fiscales: evolución del Uruguay en la materia y perspectiva actual del Foro Global sobre Transparencia - OCDE”, organizado con el apoyo de la CAF, el Banco de Desarrollo de América Latina y el Caribe.

Entre la nutrida asistencia, estuvieron presentes el ministro de Economía y Finanzas (MEF), Ec. Gabriel Oddone, el director general de la DGI, Ec. Gustavo González, y el director de la Asesoría Tributaria del MEF, Cr. Álvaro Romano, junto a representantes de la CAF y de representaciones comerciales y diplomáticas, miembros de la comunidad académica, profesional y empresarial y medios de prensa locales e internacionales.



La apertura del evento estuvo a cargo del director del **Postgrado de Tributación Internacional de la UM**, el Dr. Carlos Loaiza-Keel, quien destacó la relevancia del tema desde una perspectiva no solo tributaria, sino también antropológica y política. Abordó la tensión entre transparencia y confianza en la sociedad contemporánea, signada por la hiperinformación, y repasó la historia reciente y relación del Uruguay con los estándares tributarios en materia fiscal, evocando algunas investigaciones que ha desarrollado en la UM en la materia: ([https://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice\\_display&id=74404](https://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice_display&id=74404) y [https://www.acadeco.com.uy/src/admin/uploads/archivos/69\\_archivo\\_0.pdf](https://www.acadeco.com.uy/src/admin/uploads/archivos/69_archivo_0.pdf)).

Subrayó, para terminar, que Uruguay ha adoptado una política de Estado en materia de transparencia fiscal, con continuidad a lo largo de diferentes administraciones. Se destacó que el país ha optado por un camino de cooperación estratégica con los organismos internacionales, sin renunciar a su identidad y soberanía, evitando así los efectos negativos del aislamiento.



El evento contó con la participación de tres muy destacados y prestigiosos panelistas:

**Zayda Manatta**, jefa de la Secretaría del **Foro Global de Transparencia** con sede en París, explicó el funcionamiento del organismo y presentó los resultados de la segunda ronda de revisión por pares del estándar EOIR, en la que Uruguay fue calificado como “Ampliamente Cumplidor”. También se abordaron los desafíos pendientes, como el acceso a información bancaria y la implementación del CRS modificado.

**Guillermo Nieves**, subdirector general de la DGI, y profesor de la Universidad de Montevideo y de la Universidad de la República, repasó los principales hitos normativos del país desde 2009, incluyendo la adhesión a la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua, la implementación del CRS, y el reciente acuerdo bilateral de intercambio de información con Estados Unidos, vigente desde noviembre de 2024, así como los procesos de evaluación que ha llevado adelante el Foro Global con relación a la implementación de los estándares por nuestro país. Destacó que Uruguay ha transitado un camino de reformas profundas, superando observaciones técnicas y consolidando su posición como socio confiable en el ámbito internacional.

Finalmente, **Andrés Blanco**, catedrático (profesor grado 5) e investigador en Derecho Tributario Finanzas Públicas de la Universidad de la República, aportó una mirada académica sobre la evolución del marco legal uruguayo y su alineación con los principios de cooperación internacional, destacando la importancia de mantener una postura crítica pero constructiva frente a los estándares globales, especialmente en relación con el secreto bancario y la necesidad de mantener la intervención judicial con base al ordenamiento relativo a la intermediación financiera actual, aunque no necesariamente en la forma actual (por ejemplo, en cuanto al tipo de procedimiento, que podría ser más abreviado).



Al final de las exposiciones, se desarrolló un rico e intenso debate a propósito de la posible implementación de las recomendaciones actuales del Foro de Transparencia a Uruguay, particularmente en relación a la necesidad de intervención judicial en el proceso de levantamiento no voluntario del secreto bancario y las alternativas de regulación procesal monitoria, tomando ejemplos como el de Chile, que actualmente también transita la misma revisión.

La jornada concluyó destacando la vocación de la UM de seguir contribuyendo al fortalecimiento de un debate académico y técnico genuino y de alto nivel sobre estos temas, sensibles en un país como Uruguay, que ostenta un consolidado Estado de Derecho y una bien ganada reputación internacional, todo ello en un desafiante contexto global

donde la transparencia fiscal es clave para la equidad, la confianza institucional y la sostenibilidad económica.



253

14/08/2025

## La Facultad de Derecho realizó la cuarta edición de las Jornadas de M&A

*Oradores invitados hablaron sobre la adquisición de empresas en el evento realizado por la FDER*



El evento “Cuartas Jornadas de M&A: Fusiones y adquisiciones de empresas” se llevó a cabo entre el 12 y el 13 de agosto en la sede central de la Universidad. Fue coordinado por el decano de la Facultad de Derecho, el Dr. Miguel Casanova, y los docentes Luis Lapique y Guzmán Rodríguez. De acuerdo con Rodríguez, la Universidad de Montevideo fue la primera casa de estudios que empezó a hacer jornadas sobre este tema.

La jornada se dividió en dos módulos, con dos paneles de análisis en cada uno, donde hablaron oradores nacionales, internacionales y los propios docentes de la Universidad. Alrededor de 90 personas participaron en la actividad de forma tanto presencial como remota.

El 12 de agosto, Casanova y Lapique introdujeron el primer módulo de la jornada, que se focalizó en la transferencia de empresas, los problemas que pueden surgir al momento de la compraventa y las diferentes alternativas que existen para solucionarlos. Para el segundo panel, los docentes dieron paso a Virginia Salvo y Julieta Irastorza, conferencistas que se centraron en los derechos de las firmas familiares en Uruguay, que representan un 80% del total de las empresas en el país, como un tema de interés tanto para los dueños como para los contadores y los asesores legales.



## Buenas prácticas del abogado corporativo

En la noche del 13 de agosto, Santiago Fontana, socio del estudio Ferrere, introdujo la instancia académica con las buenas prácticas en la parte estratégica de la compra de una empresa. A él lo siguieron Alfredo Arocena, senior del grupo Dentons, y Guzmán Rodríguez para hablar de los aspectos teóricos y prácticos de la adquisición. Después de un corte, Rodríguez recibió a Patricia López Aufranc, reconocida abogada argentina consejera de Marval O’Farrell Mairal, para hablar sobre lo que puede salir mal en un proceso de compra, el idioma y las claves a tener en cuenta al momento de tener una negociación.

El cierre de módulo fue con el abogado argentino Héctor A. Mairal, referente del derecho corporativo en su país con más de 50 años de trayectoria, que contó sus propias experiencias.

Sobre este tipo de eventos, los coordinadores plantearon la importancia de que existan instancias de actualización y profundización sobre la compra de empresas, para formar profesionales especializados en la materia, ya que se trata de un proceso generalmente complejo. Consideran que el objetivo de las charlas es brindar herramientas para que el asesoramiento de clientes y los procesos de venta sean exitosos.



255

01/09/2025

## Estudiantes preuniversitarios participaron de la final del Challenge UM: Abogado por un día

*Estudiantes de todo el país se presentaron frente a un tribunal para defender un caso ficticio*



La Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo celebró una nueva edición de “Abogado por un Día”, una oportunidad para que estudiantes de todo el país vivan la experiencia de ser abogados. Este año participaron más de 80 equipos, integrados por

jóvenes de distintas instituciones educativas del país, que compitieron en dos grandes etapas: Redacción de escritos jurídicos, donde cada equipo elaboró un informe escrito siguiendo consignas de forma y contenido, y rondas orales.

La etapa presencial se realizó en la sede de la Facultad de Derecho el pasado miércoles 20 de agosto. En esta instancia los equipos debatieron en rondas dobles frente a tribunales.

Agradecemos especialmente a los jueces de estas rondas orales —graduados y docentes de nuestra Facultad— por su compromiso y dedicación: Sofía Maruri Armand Ugón, Ricardo Devita Schölderle, Martín Cánepa Salaberry, Paola Souza García, María Agustina Rigueti Montesano, María Rosa Díaz Formento, Hernán Gonzalez Puerto y Agustina Pacheco da Silva Rivero.





En la ronda final, celebrada este 27 de agosto, el tribunal estuvo integrado por el decano de la Facultad de Derecho, el Dr. Miguel Casanova; la directora de la carrera de Abogacía, Dra. María Brugnini; y la Dra. Ana María Guzmán Emmerich, quienes asumieron el desafío de seleccionar a los equipos ganadores.

La jornada finalizó con la entrega de certificados y premios, destacando el compromiso, la dedicación y el talento de todos los estudiantes que formaron parte de esta experiencia.

05/09/2025

## US Program de Derecho: una oportunidad que potencia la formación

*Estudiantes de la Facultad de Derecho (FDER) viajaron como parte de un programa de la UM*

Entre junio y julio de este año, los estudiantes avanzados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (FDER), Francisco Abreo y Julieta Gelmini, viajaron a Delaware como parte del *Us Law Program (Delaware Widener Law School)*.

De acuerdo con María Brugnini, el programa tiene el propósito de fortalecer el conocimiento y la formación de los estudiantes en *US Law* mediante la experiencia del intercambio. “Cabe destacar la importancia de la inmersión jurídica y social en EEUU,

la posibilidad de practicar intensivamente el idioma inglés y la terminología jurídica, así como la oportunidad de conocer lugares e instituciones jurídicas y políticas”, afirmó la Directora Académica de Carreras de Grado de la FDER.



Así, además de cursar en la Universidad de Delaware, los alumnos visitaron estudios de abogados y tribunales de Estados Unidos, enriqueciendo la experiencia académica con una mirada más práctica sobre el derecho. “Lo que me motivó a postularme en primer lugar fue la posibilidad de vivir una experiencia académica en el exterior, algo que, la verdad, nunca había tenido la oportunidad de hacer. También influyó mucho que a mí me gusta mucho el inglés y, al ser una experiencia tan inmersiva, tuve la chance de poder practicarlo a diario y mejorar mucho mi fluidez”, mencionó Gelmini.



Ambos resaltaron cómo la formación y la exigencia académica de la FDER los prepararon para afrontar este desafío en el exterior. “No solo me permitió conocer otras perspectivas de la práctica del derecho en un país y una cultura completamente diferente de la nuestra, sino que siento que los conocimientos que adquirí son aplicables a Uruguay”, comentó Gelmini.

Durante el programa, los alumnos asistieron a cursos como: *Delaware Corporate*, *Navigating AI and the Law*, *Legal English*, *Corporate Sustainability* y *Money Laundering and Corruption*. Según Abreo, las asignaturas que más lo desafiaron fueron *Money Laundering* y *Delaware*

*Corporate*, especialmente porque le implicó tener que estudiar la normativa de Estados Unidos para cursarlas.

Además, los alumnos reconocieron el valor de visitar las Cortes del Condado de Media en Pensilvania y el estudio jurídico *Freshfields* en Nueva York como experiencias memorables del intercambio. “Fue una gran experiencia donde pudimos ver en vivo cómo funciona una corte y compararlo con nuestra realidad, algo muy distinto. Nos acompañó una jueza durante el recorrido y nos fue comentando acerca del funcionamiento en general de ese juzgado”, explicó Abreo sobre la experiencia.



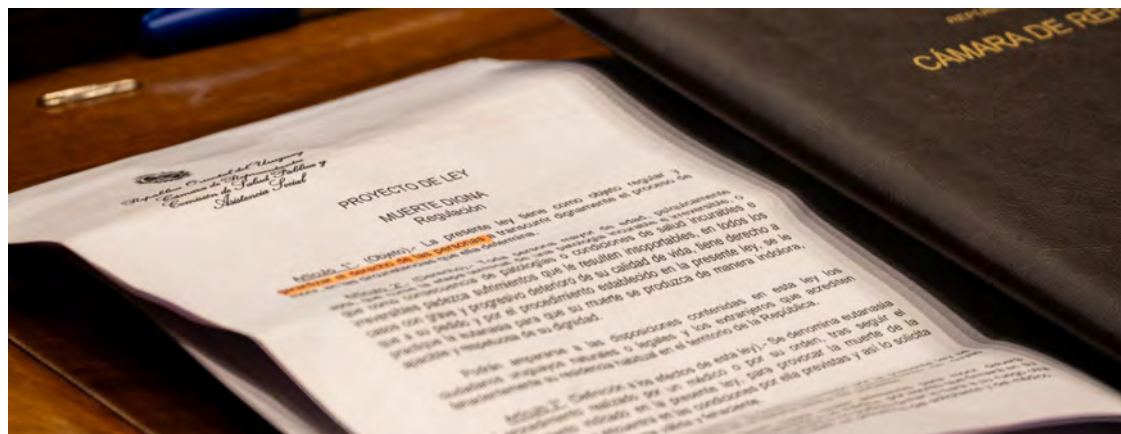
Los estudiantes también destacaron el vínculo con compañeros internacionales, con quienes esperan mantener relación en el futuro. “Recomiendo 100% esta experiencia. Potencia la formación que ya estamos recibiendo en la Universidad y es una oportunidad a la que no muchos pueden acceder”, señaló Abreo.

El intercambio tiene una duración de dos meses, algo que los alumnos destacaron como un aspecto positivo al no interrumpir mucho sus estudios en Uruguay. Para participar, los estudiantes deben ser mayores de 21 años y estar cursando cuarto o quinto año de la carrera.



## “El concepto de vida se devalúa”, planteó la Cátedra de Derecho Penal ante el proyecto de ley de eutanasia

*Jorge Barrera asistió a la Comisión de Salud Pública de la Cámara de Senadores en representación de la Universidad de Montevideo*



El pasado 24 de setiembre Jorge Barrera, profesor de Derecho Penal de la Universidad de Montevideo, asistió a la Comisión de Salud Pública de la Cámara de Senadores para la audiencia sobre el proyecto de muerte asistida en Uruguay. El profesor acudió en representación de la UM, en su calidad de titular de la Cátedra de Derecho Penal.

Barrera abrió su intervención señalando que el Estado no puede ser un “empujón” para terminar con la vida. Enfatizó que en este proyecto está en juego la dignidad humana y que, aunque una persona pueda querer terminar voluntariamente con su vida, “la asistencia al suicidio es consagrada unánimemente como una conducta delictiva en cualquier ordenamiento penal del mundo”.

Sobre esto, planteó que uno de los principales conflictos del proyecto radica en la creación de dos categorías de personas: las “no eutanasiables”, cuya dignidad y vida deben ser protegidas, y las “eutanasiables”. Así, advirtió, “el concepto de vida se devalúa. Si hay una categoría de personas que no merecen la protección penal, vamos a tener a los ‘eutanasiables’, a los que se les quita esa dignidad humana que tiene carácter de irrenunciable”.

### Criterio discriminatorio

Además, sostuvo que el borrador de la ley introduce un criterio discriminatorio, ya que el derecho penal reconoce que todo ser humano posee la misma dignidad, mientras que con este proyecto “todos dejamos de tener el mismo valor”.

Asimismo, agregó que su aprobación implica una transformación del juramento hipocrático: “Si yo tengo el derecho a la eutanasia, alguien tiene el deber de hacerla”, dijo, y explicó que los pacientes estarían obligando a los médicos -cuyo compromiso es proteger y salvar vidas-, a quebrar ese juramento.

Finalmente, concluyó que la noción de “muerte digna” -entendida como la posibilidad de que una persona elija morir de forma natural y sin sufrimiento- ya se encuentra regulada por la Ley n.º 18335. La diferencia es que “este proyecto de ley no es ‘muerte digna’ (...). Es muerte provocada, porque está realizada por un tercero”, precisó.

## La Universidad de Montevideo celebró la graduación 2025

*La ceremonia tuvo lugar en el Centro de Eventos del Parque de Innovación del LATU, donde se entregaron 295 títulos*



El pasado 8 de octubre se entregaron 294 títulos de grado y un título terciario en la graduación de la Universidad de Montevideo. Mientras birretes caían al suelo y familiares abrazaban a sus hijos, la Universidad celebró una verdadera fiesta y dio la bienvenida a sus nuevos Alumni.

Los homenajeados llegaron al centro a las 17 horas y se reunieron con exalumnos y docentes para conversar y sacarse fotos, cada uno con la toga correspondiente a su carrera.

Poco a poco el salón comenzó a llenarse de familiares, compañeros y amigos que escucharon al Ensamble de cuerdas y percusión Ensamblarte, de la Orquesta Juvenil del Sodre, hasta que Verónica Picabea, maestra de ceremonia, dio comienzo al acto de graduación dando la bienvenida a los decanos de las facultades y a las autoridades de cada carrera, al compás del himno universitario. Luego, juntos, entonaron las estrofas del Himno Nacional.

Tras declarar abierta la sesión extraordinaria del claustro de la UM por las facultades de Derecho (FDER), Ciencias Empresariales y Economía (FCEE), Humanidades y Educación (FHUMyE), Ingeniería (FIUM) y Comunicación (FCOM), Alejandro Cid, el rector del UM, concedió los 294 títulos de grado y el título de formación terciaria.



## “Compañeros, este no es un punto final, sino un punto de partida”

El decano de la FDER, Dr. Miguel Casanova, entregó 24 birretes a los graduados presentes. Luego, la maestra de ceremonia dio paso a Agustín Echezarreta, representante de los graduados. “Hoy esta generación cierra un capítulo enriquecedor y comienza otro desafiante, con la plena convicción de que estamos preparados para embarcarnos en nuestra vida profesional y de que siempre podremos respaldarnos en los conocimientos, los vínculos y las experiencias que nuestra alma mater nos brindó”, expresó.

Además, mencionó al profesor Gonzalo Ayré, fallecido en 2022, a quien dedicó unas palabras: “Quiero recordar especialmente al profesor Gonzalo Ayré, docente que rápidamente nos marcó con su calidez, cercanía y espíritu de servicio, y que, tristemente, tan joven nos dejó. Pero su recuerdo perdura en nuestra memoria y de todos quienes lo conocimos como ejemplo de entrega y compromiso”.

A la Facultad de Derecho le siguió la FCEE, donde el decano, Dr. José María Cabrera, entregó 97 birretes. Clarisa Stambouljian, exalumna a cargo del discurso, habló sobre el concepto japonés de “*Ikigai*”, que significa “razón de ser”, y afirmó: “Compañeros, este no es un punto final, sino un punto de partida. Que cada uno de nosotros siga explorando lo que ama, perfeccionando lo que sabe hacer, escuchando lo que el mundo necesita y construyendo caminos que nos permitan vivir de ello. Porque ahí, en esa intersección, está nuestro *Ikigai*”.



## “La única palabra justa es ‘gracias’”

La directora de la Maestría en Historia, Dra. Carolina Cerrano, entregó 30 birretes a los graduados presentes, y la maestra de ceremonia dio paso a Agustín Ferreyra, encargado del discurso. Él agradeció a la Universidad y enfatizó en que la realidad es verdadera, buena y bella, valores trascendentales de la vida: “Gracias, Facultad de Humanidades y Educación -y cuando le decimos gracias a ella se lo decimos a cada persona que la conforma-, por ser guardiana de la vida; de lo que verdaderamente importa. Gracias por alentarnos a compartir eso con todo el mundo. Porque todos queremos esto, todos estamos llamados a esto, a vivir de cara a la verdad, al bien y a la belleza”.

Luego siguió la FING, donde su decano, Dr. Rafael Sotelo, entregó 52 birretes. La exalumna Elisa Cooper, representante de sus compañeros, enfatizó en que la ingeniería es una carrera que se hace en equipo y que el cierre de esta etapa es el comienzo de una

nueva donde aplicarán no solo aprendizajes, sino también valores aprendidos a lo largo de su trayectoria universitaria.



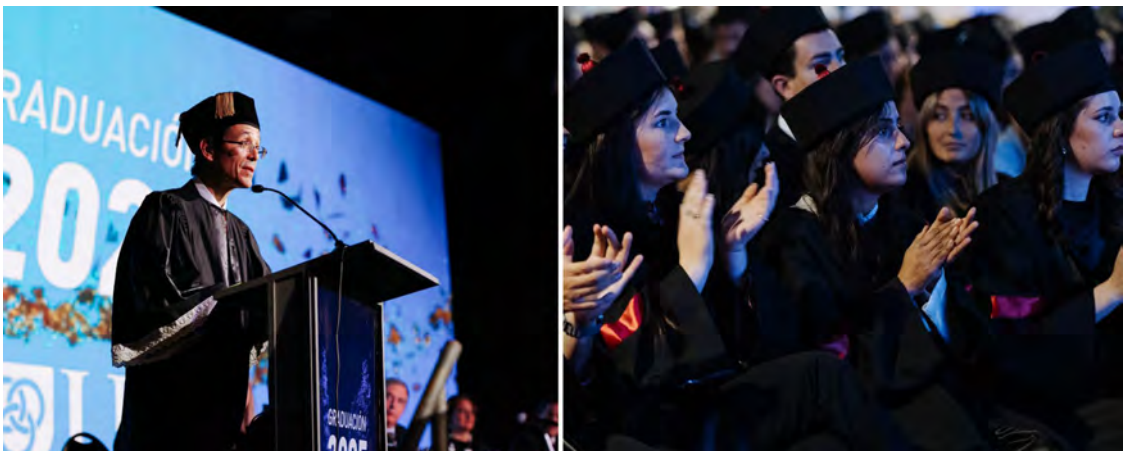
### “Hoy encendemos una chispa”

Por último, la decana de la FCOM, Natalia Morris, otorgó 23 birretes a los exalumnos presentes, y Julieta Tejera, encargada del discurso, expresó lo siguiente: “Somos comunicadores, y eso significa que tenemos el poder -y la responsabilidad- de inspirar, de generar cambios, de contar historias que importen. Porque hoy no solo cerramos una etapa: hoy encendemos una chispa, algo nuevo. Y lo que viene, créanme, va a ser increíble”.

263

### “Ustedes se van, pero para nosotros siguen siendo de la casa”

Para dar por finalizada la ceremonia, el rector de la Universidad de Montevideo felicitó a todos los graduados y citó a san Josemaría, diciendo: “Para servir, servir”, reafirmando el compromiso de la Universidad para formar buenos profesionales, “lo mejor que podamos”.



Además, dedicó unas palabras especiales a la decana de FCOM, que recientemente asumió el cargo; y al Dr. Carlos Bastero, español y antiguo decano de la Escuela de Ingenieros de la Universidad de Navarra, que tras unos años como docente en la UM regresa a España, su país de origen.

“Queridos graduados, a disfrutar con sus familias. Sabemos que es el final de una carrera universitaria que es agotadora, que seguramente querrán descansar de parciales y exámenes, pero sepan que pueden volver con nosotros con inquietudes, ideas, proyectos; siempre habrá alguien para atenderlos”, expresó el rector.



14/11/2025

## La Facultad de Derecho realizó las Jornadas de Derecho de la Propiedad Horizontal

*Oradores invitados hablaron sobre distintos aspectos vinculados al régimen jurídico de la Propiedad Horizontal*

La Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo llevó adelante las “Jornadas de Derecho de la Propiedad Horizontal”, una actividad que se desarrolló entre el 11 y el 12 de noviembre en la sede central de la Universidad y que convocó a 80 participantes, tanto en modalidad presencial como remota. El evento estuvo organizado por los Dres. Elías Mantero, Aparicio Howard y Alfredo Frigerio, profesores del curso de postgrado de propiedad horizontal de la Universidad de Montevideo.

Cada encuentro se dividió en dos paneles con la participación de docentes de la UM y especialistas externos, y tuvo como objetivo profundizar en una materia de creciente relevancia práctica en el ámbito del Derecho. Aparicio Howard, coordinador de la actividad y miembro de la firma Howard & Robledo Abogados, señaló que la propiedad

horizontal “es un tema de gran interés por la cantidad de edificios y urbanizaciones en este régimen, tanto existentes como en desarrollo. La cercanía con la que conviven las personas hace que sea fuente constante de conflictos, por lo que estas jornadas funcionan como un espacio de intercambio y diálogo entre profesionales”.



## Gastos comunes, cobro coactivo y aspectos laborales

En la primera jornada, el Dr. Elías Mantero Mauri, profesor de Obligaciones y director del postgrado de Derecho contractual de la Universidad de Montevideo, abrió el módulo con una exposición sobre gastos comunes y sus conceptos asociados. A él lo siguió el Dr. Alejandro Santi, docente de procesal en la UM, que profundizó en el cobro coactivo de gastos comunes. Para cerrar el panel, el Dr. Alejandro Castello, profesor de derecho laboral, abordó los aspectos laborales vinculados a la propiedad horizontal.

## Incorporación a régimen de propiedad horizontal, derechos adquisitivos, extinción y legitimación del administrador

El segundo módulo inició con el escribano Juan Martín Álvarez, que abrió la jornada con una exposición sobre los distintos sistemas y mecanismos de incorporación al régimen de propiedad horizontal. A continuación, el Dr. Fernando Tovagliari y el Dr. Guzmán López Montemurro, ministros de Tribunales de Apelaciones en lo Civil de 3er y 4to Turno, respectivamente, analizaron los derechos adquisitivos en este tipo de propiedades. Luego, el Dr. Alfredo Frigerio, docente del curso de Obligaciones de la UM, desarrolló el tema de la destrucción, vetustez y extinción de la propiedad horizontal.

Finalmente, el Dr. Aparicio Howard, profesor de curso de responsabilidad civil, cerró el módulo con una exposición sobre la legitimación del administrador de la propiedad horizontal, integrando aspectos normativos y prácticos.



### Interés creciente y miradas complementarias

Según Howard, el interés por estas jornadas se reflejó en la diversidad y cantidad de participantes: “Asistieron abogados, escribanos, administradores de edificios, rematadores y otros operadores del sistema. La convocatoria fue tan importante que con toda seguridad el año que viene organizaremos una nueva edición”.

Además, el coordinador destacó el valor de la complementariedad entre los paneles para la jornada: “la constante conexión entre los aspectos teóricos y prácticos de la propiedad horizontal es lo que hace muy atractivo este tipo de jornadas para los distintos operadores”.





03/12/2025

## Se celebró la graduación de Maestrías y Especializaciones médicas

*Se entregaron 132 títulos a egresados de posgrados en la UM*



La sala de eventos del Parque de Innovación del LATU se llenó de birretes y orgullo para festejar la entrega de títulos de maestrías y especializaciones a los nuevos graduados

de la Universidad de Montevideo. Después de un largo camino académico, 132 personas se sumaron a los 8.000 Alumni de la Universidad.

Los graduados llegaron al centro a las 18 horas, y cada uno comenzó a vestir la toga representativa de su Facultad o centro académico. Tiempo después Verónica Picabea, maestra de ceremonia, recibió en el escenario al rector de la Universidad, Alejandro Cid; el vicerector, Enrique Etchevarren; y la secretaria académica, Elaisa Varela.

A ellos se les sumaron las autoridades de cada unidad académica: Dr. Miguel Casanova, decano de la Facultad de Derecho (FDER); el Dr. Nicolás Nin, director del Centro de Ciencias Biomédicas (CCB); el Dr. José María Cabrera, decano de la Facultad de Ciencias Empresariales y Economía (FCEE); el Mag. Joaquín Ramos, decano de la Escuela de Negocios de la Universidad de Montevideo (IEEM); la Dra. Carolina Cerrano, directora de la Maestría en Historia en la Facultad de Humanidades y Educación (FHUMyE); y a Lic. Natalia Moris, decana de la Facultad de Comunicación (FCOM).



“Hoy no celebramos un título, celebramos nuestro compromiso con la vida”

El decano de la FDER, Dr. Miguel Casanova, entregó 31 birretes a los graduados presentes. Luego Virginia Palleiro, representante de los egresados de las diversas maestrías de esa Facultad, dirigió unas palabras al público: “Es un día para agradecer, pero también para sentir orgullo, porque cada uno de nosotros decidió apostar a su formación y no conformarse, y eso es algo que nos acompañará siempre”.

Luego, el Dr. Nicolás Nin entregó 45 títulos del CCB. Entre estos se destacan los de Magíster interdisciplinario en Cuidados Paliativos, pues ayer fue la graduación de su primera generación. La Lic. Ximena Soares, una de sus egresadas, habló en representación de sus compañeros. “Hoy no celebramos un título, celebramos nuestro compromiso con la vida y con la dignidad humana. Los elijo a ustedes, colegas, los elijo. Porque si alguna vez me tocara a mí, o a alguien cercano, ser derivada a cuidados paliativos, desearía que fueran ustedes el equipo que acompañara”, expresó.



## “Nos hemos convertido en luchadores incansables contra nuestra ignorancia”

El Dr. José María Cabrera entregó 28 birretes de FCEE -entre ellos estaban los de la primera generación de la Maestría en Ciencias de Datos- y dio paso a Christan Chanquet, quien dijo lo siguiente: “Salimos de estas aulas con muchos más aprendizajes de lo que representa el título que vamos a enmarcar y colgar en alguna pared; elegimos esforzarnos una vez más, elegimos desafiarnos y ponernos a prueba”.

A él le siguió Sebastián Yanceb, del máster en Dirección de Empresas de Salud, luego de que el Mag. Joaquín Ramos entregara 7 birretes a los graduados del IEEM. “Hoy celebramos que hemos utilizado todo esto para forjar en nosotros la excelencia académica, convertirnos en mejores personas. Creemos que el conocimiento absoluto es una utopía, un inalcanzable que siempre anhelaremos. Hoy celebramos que nos hemos convertido en luchadores incansables contra nuestra ignorancia”, remarcó.

269



## “Que este título no sea solo un cierre, sino una invitación a seguir creciendo”

Luego de que la Dra. Carolina Cerrano entregara cuatro birretes a los graduados de la FHUMyE, Florencia Coronel expresó unas palabras en representación de su generación. “Las humanidades nos recuerdan que no somos solo datos, algoritmos o productividad: somos memoria, somos relatos, somos experiencias acumuladas que dan sentido al presente (...). Que este título no sea solo un cierre, sino una invitación a seguir creciendo”, comentó.

Poco después, Virginia Rico, graduada de FCOM, habló en representación de sus 16 compañeros. “Seamos brillantes técnicamente, pero, sobre todo, seamos excelentes con las personas”, destacó.



## “Tienen el talento necesario para lograr grandes cosas”

Antes de dar por finalizada la graduación, Alejandro Cid felicitó a los graduados y agradeció los diferentes discursos de cada uno de los alumnos. “Qué bonito es haber escuchado sus mensajes de gratitud (...). Los animo a ser magnánimos, generosos, alimentando las ganas de saber más para servir mejor al país, confiando en que tienen el talento necesario para lograr grandes cosas”, expresó.

Además, agregó: “Queridos graduados, a disfrutar con sus familias. Sabemos el desafío que han tenido para compaginar el estudiar en sus posgrados, atender sus trabajos, y cuidar a sus seres queridos. Me despido y los invito a volver siempre a la Universidad de Montevideo, con sus inquietudes, ideas y proyectos, esta es su casa”.









## TESINAS DE MASTERS

SANTOS CURBELO, AGUSTINA

Hacia una regulación autónoma de la prueba digital



AGUSTINA SANTOS CURBELO

Universidad Católica del Uruguay, Uruguay

agustinascur@gmail.com

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0005-7485-0010>

Recibido: 26/09/2025 - Aceptado: 12/11/2025

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:**

Santos Curbelo, A. (2025). Hacia una regulación autónoma de la prueba digital

*Revista de Derecho*, 24(48), e486. <https://doi.org/10.47274/DERUM/48.6>

## Hacia una regulación autónoma de la prueba digital

275

**Resumen:** El presente trabajo aborda la problemática de la prueba digital en el proceso jurisdiccional uruguayo, donde el Código General del Proceso (CGP) carece de una regulación específica para este tipo de evidencia. Actualmente, los operadores jurídicos recurren a la aplicación analógica de normas diseñadas para medios probatorios tradicionales, como la prueba documental. Esta investigación cuestiona si dicha solución es adecuada o si, por el contrario, las particularidades del entorno digital exigen un marco regulatorio autónomo. A través de un análisis que integra dimensiones epistémicas e ideológicas y evaluando la consistencia con la Agenda Uruguay Digital, se concluye que los marcos normativos actuales son insuficientes. El estudio sostiene que la aplicación analógica no garantiza adecuadamente la calidad epistémica ni la tutela de derechos, y aboga por el diseño de una regulación autónoma y específica que contemple la naturaleza sui generis de la prueba digital.

**Palabras clave:** Prueba digital, Proceso jurisdiccional, Código General del Proceso, Averiguación de la verdad, Protección de datos personales.

## Towards an autonomous regulation of digital evidence

**Abstract:** This paper addresses the issue of digital evidence in the Uruguayan judicial process, where the General Code of Process (CGP) lacks specific regulation for this type of evidence. Currently, legal practitioners rely on the analogical application of rules designed for traditional evidentiary means, such as documentary evidence. This research questions whether this solution is adequate or if, conversely, the specificities of the digital environment require an autonomous regulatory framework. Through an analysis that integrates epistemic dimensions and ideological dimensions and by evaluating consistency with the Uruguay Digital Agenda, it is concluded that current normative frameworks are insufficient. The study argues that analogical application does not adequately guarantee epistemic quality or the protection of rights, advocating for the design of an autonomous and specific regulation that contemplates the sui generis nature of digital evidence.

**Keywords:** Digital evidence, Judicial process, General Code of Process, Autonomous regulation, Legal epistemology, Data protection.

276



## Rumo a uma regulação autônoma da prova digital

**Resumo:** O presente trabalho aborda a problemática da prova digital no processo jurisdicional uruguaio, onde o Código Geral do Processo (CGP) carece de regulamentação específica para este tipo de evidência. Atualmente, os operadores jurídicos recorrem à aplicação analógica de normas desenhadas para meios probatórios tradicionais, como a prova documental. Esta pesquisa questiona se tal solução é adequada ou se, pelo contrário, as particularidades do ambiente digital exigem um marco regulatório autônomo. Através de uma análise que integra dimensões epistêmicas (busca da verdade) e ideológicas (proteção de direitos fundamentais como a proteção de dados), e avaliando a consistência com a Agenda Uruguai Digital, conclui-se que os marcos normativos atuais são insuficientes. O estudo sustenta que a aplicação analógica não garante adequadamente a qualidade epistêmica nem a tutela de direitos, defendendo o desenho de uma regulação autônoma e específica que contemple a natureza sui generis da prova digital.

**Palavras-chave:** Prova digital, Processo jurisdicional, Código Geral do Processo, Regulação autônoma, Epistemologia jurídica, Proteção de dados.

## Hipótesis de trabajo:

¿La aplicación de los marcos normativos actuales del CGP a la prueba digital es una solución jurídica adecuada, o la solución debería inclinarse hacia la regulación autónoma y específica que contemple sus particularidades?

## 1. Introducción

Uno de los rasgos característicos que nos permiten diferenciar un sistema normativo –jurídico– de otros tipos de sistemas normativos (como podría ser los morales, sociales), rasgo que, de hecho, nos enorgullece como sociedad contemporánea, es la existencia de las llamadas “reglas de cambio”. Estas reglas tienen como objetivo contrarrestar uno de los grandes males que afectan a los sistemas normativos: su carácter estático. Hart (Hart, 1961, p.121) describió este tipo de regla como regla de tipo secundaria, distinguiéndolas de las reglas primarias o reglas de conducta. Un sistema normativo que tenga la nota de –jurídico–, necesariamente debe complementar las reglas primarias (de conducta o, obligación) con reglas secundarias que son de un tipo diferente. La forma más simple de una regla de cambio, es aquella que faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias, modificar las ya existentes o dejar sin efectos reglas anteriores. A modo de ejemplo, son reglas de cambio las que regulan los procesos legislativos, reglas que especifican quién tiene la facultad de legislar, la forma en que debe ser el procedimiento para la proposición de un proyecto de ley, la sanción o promulgación de la misma, etc.

Explica Hart que, una sociedad que no cuente con este tipo de reglas de tipo secundaria “(...) no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas; porque, también aquí, la posibilidad de hacer esto presupone la existencia de reglas de un tipo diferente a las reglas primarias de obligación, que son las únicas que rigen la vida de esta sociedad.” (Hart, 1961, p. 119) Y, en tal escenario “El único modo de cambio de éstas conocido por la sociedad será el lento proceso de crecimiento, mediante el cual líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos, se transforman primero en habituales o usuales, y luego en obligatorios (...)” (Hart, 1961, p.115)

Sin perjuicio de que nos jactemos de este rasgo característico de los sistemas jurídicos, parece que en ciertas áreas del Derecho debemos seguir esperando el lento proceso de cambio que tanto se ha criticado en otros sistemas normativos que no le atribuimos el carácter de –jurídicos– dejando la interrogante de si el “remedio” al carácter estático del Derecho es una mera ilusión.

Una de las áreas del Derecho que ha quedado a la penumbra del cambio, es la que tiene que ver con la prueba digital. Nuestro CGP ha diseñado y regulado la incorporación, diligenciamiento y valoración de medios de prueba que, naturalmente, no contemplan las características que distinguen a la prueba digital. No obstante, dichos medios de prueba se utilizan en la práctica judicial y le son aplicables los marcos normativos existentes (ej. Los marcos normativos referentes a la prueba documental). Este trabajo, se cuestiona si dicha solución jurídica es adecuada o, por lo contrario, se requiere un cambio hacia la regulación autónoma de la prueba digital.

La solución jurídica adecuada, debe tener presente tanto razones epistémicas como ideológicas. Dicha afirmación es fundamental en la medida que entendamos a la actividad probatoria como una actividad cognoscitiva, y no mágica, como explica Gascón (Gascón, 2010, p. 12). En este sentido, la actividad probatoria es muy similar a la de otras ramas del conocimiento, ya sea la historia o la sociología, las cuales se sirven de reglas epistémicas a los efectos de averiguar la verdad de los hechos, reglas que surgen en la esfera de la racionalidad empírica (Gascón, 2005, p.48). Sin embargo, la actividad probatoria en el marco de un proceso jurisdiccional se encuentra institucionalizada, esto quiere decir que no sólo está sujeta a reglas de la racionalidad empírica, sino que también está sujeta a reglas jurídicas. Tal como afirma Alexy (Alexy, 2007, p. 294) la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, las semejanzas y diferencias entre los distintos discursos jurídicos son muy diversos, pero “el aspecto común más importante consiste en que en todas las formas (al menos en parte) se argumenta jurídicamente”. Esto también lo sostiene Tuzet (Tuzet, 2021, p. 40), cuando sostiene que “los hechos -como las pretensiones jurídicas a ellos enlazadas- se reconstruyen por medio de narraciones acerca de lo acaecido” y que en tales narraciones se entrelazan elementos fácticos y jurídicos. Lo mismo expresa Ferrer (Ferrer, 2021) quien sostiene que las narraciones procesales y, por tanto, las pruebas jurídicas, poseen particularidades que las tornan en un tipo sui generis.

Así lo explica Marina Gascón (Gascón, 2012, p.3), al sostener que en el proceso jurisdiccional no sólo importan las razones epistémicas, sino que también importan otras razones, las ideológicas. Éstas últimas existen en aras de garantizar valores que no necesariamente favorecen la averiguación de la verdad. Como se manifiesta Taruffo “El proceso es, en realidad, también un -lugar- en que se aplican normas, se realizan valores, se aseguran garantías, se reconocen derechos, se tutelan intereses, se efectúan elecciones económicas, se enfrentan problemas sociales, se asignan recursos, se determina el destino de las personas, se tutela la libertad de los individuos, se manifiesta la autoridad del Estado y se resuelven controversias por medio de decisiones deseablemente justas (Taruffo, 2010, 156)” y son, la protección de datos personales, la no discriminación, el derecho a la defensa, entre muchos otros derechos fundamentales, claros ejemplos de garantías constitucionales que convive allí con otras garantías (epistémicas) que guían el proceso jurisdiccional.

Para responder a la interrogante planteada, se analizará si la solución jurídica de aplicar los marcos normativos actuales a la prueba digital es consistente con la agenda digital de Uruguay, si es coherente con los principios, ideales y objetivos que guían el proceso jurisdiccional uruguayo, y si sus consecuencias son adecuadas para garantizar tanto la calidad epistémica como la protección de los derechos fundamentales en la producción de conocimiento dentro del proceso.

## 2. Marco Teórico

Previo a abordar la pregunta señalada, es necesario realizar algunas consideraciones preliminares con relación: (i) al objetivo institucional de averiguar la verdad en el proceso jurisdiccional, (ii) Las reglas de exclusión probatoria que tienen presente no sólo razones epistémicas, sino que también ideológicas; (iii) La especificidad de la prueba digital.

## 2.1 De las ordalías a las pruebas

Que la averiguación de la verdad de los hechos sea de los valores que reconocemos de forma más intuitiva en el proceso jurisdiccional, es un privilegio (para quienes compartimos el postulado cognitivista) de nuestra sociedad que como enseña la historia ha costado alcanzar.

Si damos algunos pasos hacia atrás, podemos ver este “triumfo” de la sociedad en el pasaje de las ordalías a las pruebas. Si observamos las costumbres jurídicas de la sociedad europea de la Edad Media encontramos como medio para resolver controversias de cualquier tipo –ya sean penales o civiles– a: la ordalía. Como explica Taruffo, bajo la noción de ordalía se incluía una gran variedad de técnicas, siendo la más común y tradicional el duelo judicial o algunas no tan crueles como el juramento. Ésta última, el juramento, podría ser de las propias partes (compurgatio) o de un grupo de personas (coniuratores) en auxilio de alguna de las partes. Asimismo, como detalla Marina Gascón existían técnicas de ordalía como “caminar sobre brasas incandescentes sin sufrir lesión, recoger una piedra o anillo sumergido en agua hirviendo, encerrar al acusado y al acusado con una fiera y dar la razón al que resultaba indemne, etc etc (...)” (Gascón, 2010, p.12). Todas estas técnicas tenían en común la convicción de que Dios o algún evento sobrenatural, místico, mágico debidamente invocado para asistir a las partes, determinaría directamente el resultado de la prueba “haciendo evidente la inocencia o culpabilidad del sujeto que se sometía a ellas” (Gascón, 2010, p.13).

En este sistema de ordalías la verdad se determinaba a través de la superación de una prueba, más que a través de la producción de pruebas en sentido moderno del término. Esto era culturalmente y funcionalmente racional, resolvía de forma rápida, definitiva y coherente con la cultura del contexto social circundante, en donde la vida cotidiana se encontraba dominada por la sangre, la violencia e inmersa en un mundo místico poblado de milagros, de santos, de demonios, brujas y magos (Taruffo, 2010, p.15).

Con este panorama, podría sostenerse que las ordalías eran “instrumentos para alcanzar una decisión definitiva en los actos de incertidumbre, más que (...) técnicas dirigidas a descubrir la verdad” (Taruffo, 2010, p.15) o como explica Gascón “Que la culpabilidad o la inocencia dependan del vencimiento de un duelo o del éxito de un experimento natural, que en puridad demuestran la fuerza, la destreza o la suerte del reo pero nada a propósito de los hechos imputados, supone, en suma, romper el nexo entre ilícito y pena y hacer del proceso un medio que constituye (y no que intenta averiguar) la verdad” (Gascón, 2010, p. 16).

Este pasaje de las ordalías a las pruebas, demuestra que es un privilegio de la sociedad actual concebir a la prueba y a la averiguación de la verdad piezas claves del proceso jurisdiccional y/o su principal objetivo, ya que, como explica Gascón esta fase inicial del derecho en donde hay una asociación entre juicio y rito acredita que “la actividad judicial en términos de operación racional o, cuando menos, racionalizable, constituye una cualidad asociada a determinada ideología o cultura jurídica, y no un rasgo conceptual o definitorio de aquella” (Gascón, 2010, p. 16). Depende de nosotros, los operadores jurídicos reivindicar y cuidar tal concepción.

En definitiva, este recorrido histórico, nos permite comprender que el valor que hoy otorgamos a la producción racional de pruebas no es un atributo inherente del Derecho,

sino un logro cultural e ideológico y que el paso de las ordalías a las pruebas modernas refleja una evolución significativa que privilegia la racionalidad en la justicia. No obstante, el conocimiento racional de los hechos no se encuentra exento de desafíos.

## 2.2 Generación de conocimiento racional sobre los hechos.

El pasaje del conocimiento mágico al conocimiento racional de los hechos, ha representado un gran paso en la historia de la racionalidad. Sin embargo, como se comentaba anteriormente, esta concepción racional no está exenta de dificultades.

Muchas veces, en efecto, se identifica a la generación de conocimiento racional sobre los hechos con la obtención de certezas absolutas sobre los hechos. Como si a través de la actividad probatoria los operadores del Derecho pudiéramos evacuar toda duda y determinar la verdad sin margen de error. Se ha depositado así, una confianza ciega en la razón empírica y se ha visto en ella el motivo final, la piedra filosofal, de la decisión jurídica ¿Qué podría ser más importante que descubrir la verdad de los hechos para aplicar el Derecho? Sin embargo, como explica Gascón, la razón empírica es incapaz de garantizar la certeza absoluta, lo que sí nos puede ofrecer es una aureola de racionalidad (Gascón, 2010, p. 43).

Y es imposible alcanzar certeza absoluta, sencillamente y sin perjuicio de otras razones, porque en el marco de un proceso jurisdiccional se trabaja sobre hipótesis fácticas que ocurrieron en el pasado y no tienen un método o proceso de reproducción experimental como sí lo tienen las ciencias empíricas en sentido estricto. Éstas últimas podrían cotejar una hipótesis científica en un laboratorio, con un número potencialmente infinito de pruebas, no así las hipótesis fácticas en un proceso jurisdiccional.

Entonces, si hacemos un doble click sobre el objetivo de “averiguar la verdad” y nos adherimos a la concepción racionalista o cognositivista de la prueba, siguiendo a Jordi Ferrer (Ferrer, 2021, p.18), podríamos hacer las siguientes consideraciones:

- (i) Hay una relación teleológica entre prueba y verdad, atento a que la verdad es el objetivo institucional y es alcanzado a través de la prueba en el proceso jurisdiccional.
- (ii) Existe un concepto de verdad como correspondencia, de modo que un enunciado fáctico es verdadero si, y sólo si, se corresponde con lo sucedido en el mundo externo al proceso.
- (iii) Nunca un elemento de juicio, por rico y fiable que este sea, permitirá alcanzar certezas racionales, no psicológicas o subjetivas, respecto de la ocurrencia de un hecho, pero nuestras limitaciones epistémicas nos sitúan siempre ante decisiones que deben adoptarse en contexto de incertidumbre.
- (iv) El razonamiento probatorio es, pues, un razonamiento necesariamente probabilístico. Afirmar que un enunciado fáctico está probado es afirmar que es probablemente verdadero según las pruebas dadas.

## 2.3 Institucionalización de la prueba

En el Derecho existen diversos tipos de narraciones orientadas a diferentes objetivos, a modo de ejemplo: la narración de un dogmático está dirigida a prescribir cómo

interpretar el sistema jurídico vigente en un ordenamiento particular; la narración de un senador podría estar dirigida a la sanción de una ley, mientras que las narraciones de las partes en el marco de un proceso jurisdiccional están orientadas a acreditar o negar las hipótesis fácticas invocados en una pretensión judicial. Tal como afirma Robert Alexy, las semejanzas y diferencias entre los distintos discursos jurídicos son muy diversos pero “el aspecto común más importante consiste en que en todas las formas (al menos en parte) se argumenta jurídicamente” (Alexy, 2017, p. 294).

Asimismo, tal como explica Giovanni Tuzet “los hechos –como las pretensiones jurídicas a ellos enlazadas– se reconstruyen por medio de narraciones acerca de lo acaecido” (Tuzet, 2021, p. 40) y, siguiendo al autor, en tales narraciones se entrelazan elementos fácticos y jurídicos. Tal juridicidad es lo que nos distingue de los historiadores, biólogos, sociólogos a la hora de hallar la verdad. Algunos autores toman este último postulado, al extremo de afirmar que las narraciones procesales y, por tanto, las pruebas jurídicas, poseen particularidades que las tornan en un tipo *sui generis* (Tuzet, 2021, p.40). Jordi Ferrer (Ferrer, 2021, p. 18), por ejemplo, individualiza algunas de las notas distintivas que justifican tal categorización:

- El objetivo institucional es la averiguación de la verdad.
- Se determina (normalmente) la ocurrencia de hechos pasados.
- El derecho incluye un buen número de reglas jurídicas sobre la prueba.
- La toma de decisiones sobre la prueba en el proceso está sometida a estrictas limitaciones temporales.
- Las partes, con intereses contrapuestos, intervienen en el proceso.
- La justificación de la decisión adoptada es relativa a un conjunto determinado de elementos de juicio.
- La decisión que se adopte está dotada de autoridad.

En la misma línea y a modo de ejemplo Giovanni Tuzet (Tuzet, 2021, p.40) también sostiene: (i) las narraciones procesales se desarrollan en un contexto de “dialéctica institucional”, es decir los narradores tienen roles institucionales diferentes (esto no sucede en la indagación histórica); (ii) la narración procesal no es libre respecto a la elección de su objeto, como sí lo es la histórica, atento a que la procesal está vinculada a normas; (iii) En el caso de las narraciones procesales las normas no sólo inciden en la determinación del objeto sino que también en su modalidad probatoria e incluso en su valoración; (iv) El resultado en el caso de las narraciones procesales no es libre, ya que concluye con una decisión autoritaria por parte de un Juez.

Lo hasta aquí señalado sobre la especificidad de las narraciones procesales vale también para las pruebas jurídicas: “poseen particularidades que las tornan en un tipo de prueba *sui generis*, no coincidente con las pruebas históricas ni con las pruebas científicas” (Tuzet, 2021, p. 40). En este sentido, la prueba jurídica difiere de la científica porque: (a) está sometida a ciertos límites de cantidad y calidad; (b) está sometida a un límite temporal; (c) las cuestiones probatorias se definen a través de decisiones autoritativas, entre otras razones.

Por tanto, el doble click a ese objetivo de averiguar la verdad revela no sólo una dimensión epistémica, sino también una dimensión jurídica o ideológica al subrayar que

existen límites institucionalizados para la averiguación de la verdad. La búsqueda de la verdad en el proceso jurisdiccional es un entramado complejo que debe equilibrar los diferentes valores que conviven allí. Así, el razonamiento probatorio es necesariamente probabilístico, afirmando la verdad de un enunciado fáctico en función de su probabilidad basada en las pruebas presentadas, y reconociendo siempre las limitaciones y contextos de incertidumbre que permea a una sociedad.

## 2.4 Reglas exclusión de la prueba

Hasta ahora, se ha querido señalar lo importante que ha sido en el transcurso de la historia de la racionalidad poner a la -averiguación de la verdad- como un valor fundamental a la hora de tomar una decisión en el marco de un proceso jurisdiccional. Sin embargo, al hacer un doble click sobre este horizonte nos encontramos con dos dimensiones: (i) una epistémica y (ii) una ideológica. La primera está guiada por reglas derivadas de la racionalidad empírica y la segunda por una racionalidad institucionalizada, que dependerá de la cultura jurídica en una sociedad y en un tiempo determinado.

Cabe señalar que, este conflicto, entre razones epistémicas y razones ideológicas no sólo ocurre en el marco de un proceso jurisdiccional, puede ocurrir en cualquier investigación científica sin importar la rama de conocimiento, como sostiene Taruffo:

también la investigación científica, que puede ser considerada como el modelo ideal de actividad epistémica, puede sufrir limitaciones derivadas de la necesidad de realizar valores a los que se atribuya prevalencia, como los que se refieren a la dignidad o a la libertad del hombre o a la tutela de la vida” (Taruffo, 2010, p. 14).

Sin embargo, en el ámbito jurídico tales razones se encuentran institucionalizadas.

Las reglas jurídicas que regulan la prueba, son de muy diversos tipos. En este caso, nos interesa trabajar sobre aquellas reglas que excluyen la prueba que -a pesar de ser relevante epistémicamente- ha lesionado derechos fundamentales. La literatura jurídica sobre este tipo de pruebas excluidas la denominan “prueba ilícita”. Es oportuno, distinguir, siguiendo a Manuel Miranda Estrampes (Estrampes, 2010), prueba ilícita de prueba irregular. La primera es obtenida y/o practicada vulnerando derechos fundamentales, mientras que la segunda sería aquella “obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales”. Asimismo, se debe distinguir el principio de legalidad de la prueba con el principio de licitud de la prueba “el primero significa que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley. Por su parte, el principio de licitud de la prueba supone que toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales”.

Una de las razones ideológicas que sustentan las reglas de exclusión probatoria es la protección de datos personales. En este sentido, Marina Gascón (Gascón, 2010) explica que existen dos modelos de articular el fundamento de la existencia de una regla de exclusión de la prueba ilícita: (i) La regla de exclusión de la prueba se materializa o

aloja directamente en un derecho de raigambre constitucional como lo es el derecho a un debido proceso; (ii) la regla de exclusión de la prueba ilícita no se materializa directamente en un derecho, sino que la justificación de su existencia reside en una construcción jurisdiccional (un instrumento procesal de creación jurisprudencial) que nace por la necesidad de producir un efecto disuasorio sobre las conductas que lesionan derechos. La segunda fundamentación, no quiere decir que la creación jurisdiccional no tenga ningún anclaje constitucional, de hecho, lo tiene (pretende de manera indirecta tutelar derechos fundamentales), lo que quiere decir es que no existe una regla específica de raigambre constitucional que la aloje de forma directa.

En lo que tiene que ver con la exclusión probatoria por motivos de protección de datos personales, el primer modelo es el típico de un sistema constitucional occidental mientras que el segundo (también conocido como “deterrent effect” o “efecto disuasorio”) es paradigmáticamente norteamericano. La importancia de identificar un ordenamiento jurídico particular con una u otra concepción se dirige a la tarea de evaluar las posibles excepciones a la regla de exclusión.

La pregunta sobre cuáles podrían ser las excepciones a la regla de exclusión, no sólo están presente en los conflictos entre las razones epistémicas (averiguación de la verdad) e ideológicas (ej. protección datos personales) sino que también aparecen en conflictos de razones netamente ideológicas (ej. represión de la criminalidad vs. protección de datos personales). En el modelo norteamericano del “efecto disuasorio” al negar la existencia de una regla específica que prohíba la admisión de una prueba en caso de lesionar derechos fundamentales (prueba ilícita) abre un mayor espectro de posibilidades para admitir la prueba incluso en casos en el que se haya constatado un acto ilícito (ej. cuando el derecho violado ya goza de una amplia protección, en casos en que la disuasión no vaya alcanzarse porque quien realizó el acto ilícito lo hizo de buena fe, en casos concretos donde en una ponderación de principios el interés público en obtener la verdad o el interés público en reprimir la criminalidad tenga mayor peso que el derecho fundamental lesionado al producir la prueba). En cambio, en el otro modelo, en donde se reconoce una regla específica de raigambre constitucional que prohíbe la admisión de prueba ilícita plantea más dificultades a la hora de establecer excepciones.

Uruguay se asimila más a lo que es el modelo occidental, aquel modelo que reconoce a regla de exclusión probatoria con raigambre constitucional. Y, particularmente, en lo que tiene que ver con la Protección de Datos Personales la ley 18.331 no deja dudas de que existe una protección de raigambre constitucional.

En definitiva, aunque alcanzar un paradigma racional en la valoración de la prueba es un logro significativo, no debemos perder de vista que este objetivo también está influenciado por valores ideológicos inherentes a un determinado ordenamiento jurídico. La búsqueda de la verdad en el proceso jurisdiccional no sólo responde a razones epistémicas, sino también a las características ideológicas y culturales del sistema jurídico en cuestión. Por tanto, un análisis de la prueba digital debe considerar ambas dimensiones, integrando la racionalidad epistémica con una comprensión crítica de los límites y valores institucionales que guían el proceso jurisdiccional.

## 2.5 La especificidad de la Prueba Digital

Hace tiempo que nuestra sociedad se caracteriza por el uso intensivo de las nuevas tecnologías y aparece, como un nuevo espacio de interacción el “cibespacio” que, siguiendo a Moisés Barrio Andrés (Barrios, 2018, p.24) el cibespacio tiene tres capas: (i) una capa física, que consta del hardware que propicia la transmisión de información; (ii) una capa lógica, la conexión física y funcional entre dispositivos y redes que son posibles por un software, estándares técnicos y (iii) una tercer capa, de servicios y contenidos, integrados por múltiples fuentes de información, conocimiento y servicios que se prestan en línea.

El cibespacio se ha convertido en poco tiempo “el espacio público más amplio que jamás haya conocido la humanidad” (Barrios, 2018, p.15) y el mayor éxito no ha sido conectar máquinas entre sí, sino que conectar personas de las más variadas maneras. Generando así nuevos escenarios en donde se desarrollan las relaciones económicas, políticas, sociales y, especialmente, personales. Naturalmente, serán en estos nuevos escenarios donde encontraremos los datos que sean relevantes para averiguar la verdad en el marco de un proceso jurisdiccional y dichos datos deberán ser incorporados al proceso y valorados en el proceso con ciertas particularidades que no presentan otros medios de prueba tradicionalmente conocidos. Sin embargo, en nuestro CGP no tenemos una categoría que regule específicamente tales medios de prueba y tanto la doctrina como la jurisprudencia uruguaya ha tenido que dar soluciones jurídicas con los textos legales existentes.

Como explica la Profesora Virginia Barreiro (Barreiro, 2019), en función de diversas posiciones doctrinarias sobre la interpretación de los marcos jurídicos uruguayos, se ha sostenido en Uruguay que la prueba digital es una especie dentro del género prueba documental “En función de las definiciones citadas y atendiendo a los conceptos delimitados en las leyes sancionadas en los últimos años y especialmente teniendo en cuenta las disposiciones de la Ley 18.600 podemos afirmar que el documento electrónico es una especie dentro del género prueba documental”. Entre los argumentos centrales que sostiene esta postura se encuentra que: (a) El CGP, ofrece un concepto amplio de documento, concibiendo como todo objeto producto de la actividad humana, dotado de función representativa de ciertos hechos, que sirve por ello como medio para probar esos hechos (Vescovi et al., 1998, como se citó en Barreiro, 2019); (b) La ley 18.600 sobre documento y firma electrónica que reconoce su validez y equipara al documento electrónico con los efectos del documento manuscrito.

No obstante, como también lo señala la profesora Barreiro “la aplicación al documento electrónico del régimen de prueba documental previsto en el CGP no está exenta de dificultades en función de las marcadas diferencias existentes entre el documento escrito y el digital” (Barreiro, 2019). Algunas de las diferencias marcadas se pueden advertir fácilmente, teniendo presente y como punto de partida las especificidades que presenta el cibespacio –el entorno donde habitan las pruebas digitales–. Algunas de estas especificidades, siguiendo a Juan Carlos Riofrío Martínez –Villalba (Riofrío, 2014), quien reflexiona sobre las diferencias objetivas entre el espacio virtual y el espacio “analógico” encontramos las siguientes:

- a. **El mundo digital es un mundo de exposición.** El ciberespacio es un espacio de expresión y exposición. Ya no se reduce a un espacio de comunicación o intercambio de información, allí se encuentran datos personales que constituyen a una persona.
- b. **El ciberespacio es un mundo reflejo.** Si bien el mundo virtual necesita del mundo “real” entre estos sólo existe una relación causal. Lo digital es el reflejo de lo análogo, la imagen que se ve reflejada en el espejo. No son lo mismo.
- c. **Estamos en un mundo sin espacio físico.** La información digital no tiene peso que arrastrar, ni masa que mover. La información que circula en el ciberespacio no está sometida a las leyes del espacio físico. “Desde luego esta característica trastoca todos los esquemas sobre los que se han edificado los ordenamientos jurídicos estatales, cuyo ámbito de vigencia está fuertemente delimitado sobre las coordenadas del espacio y el tiempo.” (Riofrío, 2014)
- d. **El tiempo digital es relativo.** En el ciberespacio las cosas aparecen y desaparecen sin medida intermedia. Por ejemplo, “la percepción puede ser diferente a nuestros ojos, al igual que una sucesión rápida de fotografías nos da una fuerte sensación de movimiento, algo similar nos sucede con el mundo digital, que tendemos a identificar con el mundo real” (Riofrío, 2014).
- e. **Contextos de exposición.** Los datos que circulan en espacios virtuales tienen un mayor grado de exposición que los datos que circulan en otros espacios no virtuales. A ello se le suma el tratamiento masivo de datos personales. Los desafíos que presenta la protección de datos personales en estos contextos cambian de escala.
- f. **Contextos de mera información y de servicios.** Cada vez son más las alternativas de interacción que podemos tener en el medio virtual y en virtud de tal contexto los intereses en juego, las cargas y las responsabilidades sobre la información objeto de tratamiento puede variar. Cientos de personas, organizaciones, instituciones públicas, corporaciones y empresas emplean el ciberespacio. Un claro ejemplo son las plataformas digitales que han desarrollado nuevos modelos de negocios, con roles y responsabilidades diversas entre los sujetos que interactúan.
- g. **Derechos digitales.** Cada vez está más presente en la agenda jurídica el postulado de una cuarta ola de derechos humanos que, naturalmente, cobran existencia en el mundo virtual: el derecho a existir digitalmente, el derecho a la reputación digital, la estima digital, la libertad y responsabilidad digital, la privacidad virtual, el derecho al olvido, el derecho al anonimato, el derecho al domicilio digital, el derecho a la seguridad informática, el derecho al testamento digital.

En este sentido y siguiendo a Moisés Barrio Andrés (Barrios, 2018, p. 19), son tantas las especificidades que presenta este nuevo espacio que se hace necesaria una disciplina jurídica (Ciberderecho) que dote de autonomía a ciertos fenómenos que ocurren en el ciberespacio. Una disciplina que se encargue de brindar las categorías jurídicas adecuadas a una nueva problemática y un nuevo contexto social que no se acomoda fácilmente a la regulación tradicional. ¿Por qué la prueba digital estaría ajena a tal realidad?

### 3. Hacia la autonomía de la Prueba Digital

En el marco de una tendencia en donde se comienza a valorar la reconceptualización de las categorías jurídicas tradicionales para atender aquellos nuevos fenómenos que se presentan en el mundo virtual, cabe preguntarse si la equivalencia funcional o la aplicación analógica de los marcos normativos de la prueba documental a la prueba digital, representan una solución jurídica adecuada para nuestro ordenamiento jurídico.

Nail McCormick en su teoría de la argumentación jurídica tiene el objetivo de establecer cómo se puede distinguir argumentos jurídicos adecuados de argumentos jurídicos deficientes. Para ello propone dos formas de justificación jurídica: (i) la justificación de primer nivel o deductiva y (ii) la justificación de segundo orden (Feteris, 2007).

La primera, se da cuando los casos son claros y las partes están de acuerdo sobre la regla específica y la decisión sobre la regla aplicable se justifica mediante un argumento deductivo simple. Sin embargo, lo cierto es que por lo general los casos no siempre son claros y pueden surgir problemas de interpretación, de clasificación o que estemos ante un caso en el que no exista una regla preestablecida para orientar el asunto. Estos últimos casos, los “casos difíciles” requieren previo a la justificación deductiva, una justificación de segundo orden. La justificación de segundo orden se encargará de justificar por qué se prefiere cierta solución jurídica y no otra.

Asimismo, McCormick describe tres tipos de argumentos que son útiles para resolver los de manera racional los problemas ya señalados: (i) argumentos consecuencialistas; (ii) argumentos de coherencia; (iii) argumentos de consistencia (Feteris, 2007).

A priori, teniendo en cuenta el caso de las pruebas digitales introducidas al proceso jurisdiccional de Uruguay, parece un caso simple cuya solución: la aplicación de la normativa sobre prueba documental, una justificación deductivamente válida. Sin embargo, si exponemos tal solución jurídica a un análisis de segundo nivel, en la misma se pueden detectar consecuencias no deseables tanto en el plano epistémico como en el plano ideológico (en el tipo de conocimiento que generamos en el proceso), así como también inconsistencia con directrices políticas e ideales regulativos de nuestro sistema jurídico.

Para empezar, esta solución no es consistente con la Agenda Uruguay Digital que tiene como ideal regulativo el desarrollo sostenible y el impulso de una sociedad digital (Agenda Uruguay Digital, 2025). Dicha agenda es la continuidad de un proceso de política digital que inició en el año 2000, que ha sido evolutivo y sostenido en el tiempo. Es una agenda que tiene el objetivo de avanzar en un desarrollo concreto, visible y que consolide un Uruguay Digital. Ignorar las especificidades de la prueba digital, equiparando su regulación a la regulación a los medios de prueba tradicionales no es consistente con el esfuerzo que nuestro Gobierno Electrónico realiza para hacer cada vez más visible los nuevos espacios -virtuales- en los que nuestra sociedad habita.

En base a esta directriz, se han desarrollado marcos normativos que dan lugar a nuevas categorías jurídicas que, indudablemente, dan cuenta de las nuevas escalas que empiezan a ocurrir en nuestra sociedad cuando ésta interactúa con las nuevas tecnologías y la insuficiencia de las categorías jurídicas tradicionales. Algunos de estos marcos jurídicos han sido: (i) La ley 18.331 del año 2008, Ley Protección de Datos Personales,

que introduce nuevas categorías conceptuales tales como dato personal, tratamiento de datos, privacidad desde el diseño, base de datos, titular base de datos, responsable de bases de datos personales, entre muchas otras que dan cuenta de que la nueva realidad en donde nuestros datos personales están inmersos, requiere de categorías autónomas y específicas para ser tutelados; (ii) Ley Nro. 18.381 del año 2008, Ley de Acceso a la Información Pública, si bien la transparencia y el acceso a la información han sido valores tradicionales en todos los sistemas de gobierno, el uso de las nuevas tecnologías que ha dado lugar a infraestructuras que permiten tratamientos masivos de datos personales ha necesitado de instrumentos jurídicos que refuercen la tutela de tal valor, es así que en 2008 se promulgó la citada ley, ofreciendo una regulación que atiende las necesidades de la sociedad actual y, en paralelo, el despliegue de estrategias y políticas que permitan un acceso efectivo y rápido de tal información; (iii) Ley 18.600 del año 2009, Ley Documento y Firma Electrónica, si bien esta ley equipara los efectos jurídicos con el documento manuscrito (en el caso de la firma electrónica simple) y documento público o con certificación notarial (en el caso de la firma electrónica avanzada) desplegó una serie de conceptos nuevos y autónomos que fueron necesarios para dar una respuesta eficiente a una realidad a la que estamos expuestos constantemente como lo son la circulación de documentos en soportes electrónicos; (iv) Decreto Nro. 276/013 que regula el procedimiento administrativo electrónico. Más allá de las críticas que se le puede hacer a dicho Decreto sobre su contenido, lo cierto es que desde el Poder Ejecutivo hay una intención y esfuerzo de contemplar la nueva realidad y adaptar el Decreto 500/991 a la actualidad de la sociedad uruguaya; (v) Ley Nro. 18.719 del año 2010, artículo 149 (en la redacción dada por la Ley Nro. 19.924) que encomienda a la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento (en adelante, “AGESIC”) dirigir las políticas, metodologías, prácticas, fiscalizar, auditar a todas las entidades públicas. Asimismo, la ley dispone que dicha función la ejerza la Dirección de Seguridad de la Información que alberga al Centro Nacional de Respuesta a Incidentes de Seguridad Informática (CERTuy) que tiene como cometido central coordinar la respuesta de incidentes informáticos y realizar las actividades necesarias para proteger los activos de información de las entidades públicas; (vi) Ley Nro. 18.719 artículo 666 que autoriza el uso de expediente electrónico, documento electrónico, clave informática simple, firma electrónica, etc en el ámbito de los procesos jurisdiccionales que se tramitan ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (en adelante, “TCA”).

Lo anterior, son tan sólo algunos ejemplos (no exhaustivos) de marcos normativos que se han sancionado en nuestro ordenamiento en respuesta de las necesidades que presenta una sociedad digital. Una sociedad con especificidades, con nuevos espectros de interacción, con nuevos desafíos en donde las categorías jurídicas tradicionales se vuelven ineficientes ¿Por qué está tendencia no se sostiene en el caso de la prueba digital?

Una de las razones que podría explicar por qué esta tendencia no se sostiene con la prueba digital, es por el “encajonamiento” de todos los proyectos de ley que han llegado al Parlamento con el objetivo de avanzar hacia una transformación digital del Poder Judicial. Véase, por ejemplo, el proyecto de ley propuesto por el Colegio de Abogados sobre la utilización de la información y la comunicación en los procesos jurisdiccionales o el proyecto de ley en el marco del Programa de Modernización Legislativa (PROMOLE) sobre Prueba Digital. Ambos se encuentran “encajonados” en los asuntos de la Comisión Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de nuestro Parlamento.

Sin perjuicio de entrar a analizar si los proyectos allí mencionados contemplan las especificidades de la prueba digital o si lo que se ha pretendido regular allí es suficiente/ adecuado o no, lo cierto es que hubo un esfuerzo de la comunidad jurídica en brindar regulaciones que contemplen la especificidad del fenómeno digital en el proceso jurisdiccional y las mismas no han sido tenidas en cuenta como prioridad en las agendas de nuestros legisladores.

Si bien Uruguay cuenta con una División Tecnológica en el Poder Judicial con el equipo de desarrolladores capacitados para enfrentar desafíos vinculados a la transformación digital del Poder Judicial, éstos se encuentran con las “manos atadas” por la inexistencia de plataformas normativas que les permitan actuar.

Uno de los rasgos más importantes que definen a un sistema jurídico, y del que nos enorgullecemos como sociedad contemporánea, es la existencia de “reglas de cambio”. Estas reglas tienen como objetivo contrarrestar uno de los grandes males que afectan a los sistemas normativos: su carácter estático. Los procesos legislativos para elaborar, derogar o modificar leyes representan lo que Hart (Hart, 1961, p. 119) denomina un tipo de regla secundaria “la regla de cambio”. Estas reglas son esenciales en los sistemas jurídicos, ya que nos permiten acompañar los cambios de la sociedad. Sin ellas, la posibilidad de modificar una regla de conducta sería muy limitada e incierta.

Curiosamente, a pesar de jactarnos de este rasgo característico de los sistemas jurídicos, los hechos demuestran que, en algunas situaciones, no son suficiente para atacar lo estático de un sistema normativo. Continuamos con proyectos de ley que representan agentes de cambio, que permanecen estancados. Si el estado actual de la sociedad requiere otros mecanismos para superar el carácter estático del Derecho es una pregunta que excede el presente trabajo, pero que merece ser considerada para reflexionar sobre esta situación y entender por qué la tendencia del gobierno electrónico no se sostiene en el ámbito del Poder Judicial.

No obstante, lo anterior, cabe señalar un aporte de nuestros legisladores en el avance de la transformación digital en el ámbito del Poder Judicial. El aporte es la Ley Nro. 18.237 del 26 de diciembre de 2007 que en su artículo único dispuso lo siguiente:

Autorízase el uso de expediente electrónico, de documento electrónico, de clave informática simple, de firma electrónica, de firma digital, de comunicaciones electrónicas y de domicilio electrónico constituido, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales. Facúltase a la Suprema Corte de Justicia para reglamentar su uso y disponer su gradual implantación.

Esta disposición permitió a la Suprema Corte de Justicia dictar diferentes acordadas tales como la Nro. 7637 del año 2008, que creó la Unidad de Administración de Notificaciones Electrónicas (UANE), permitiendo así la comunicación electrónica de notificaciones; Acordada nro. 7880 del año 2016, que aprobó el reglamento de registro de audiencias mediante el uso de AUDIRE; Acordada Nro. 8114 del año 2021 que reglamentó el ingreso de expediente a través del Sistema de Ingreso de Expedientes Judiciales, entre otras.

Más allá de la competencia que le fue atribuida a la Suprema Corte de Justicia no se debe olvidar que el artículo 18 de la Constitución de la República consagra el principio de legalidad en materia procesal disponiendo que “las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios”. Esto da cuenta de que, más allá de que exista la ley 18.237 allanando el uso de las tecnologías en el ámbito del Poder Judicial, sigue siendo el legislador quien tiene competencia para fijar el orden y las formalidades de los juicios. El camino hacia la autonomía de la prueba digital, requiere sin lugar a dudas la intervención del Poder Legislativo.

Ahora bien y, por otro lado, cabe preguntarse también, si las consecuencias de aplicar los marcos normativos de la prueba documental a la prueba digital son adecuadas para acercarnos a una generación de conocimiento racional que responde no sólo a cuestiones epistémicas (averiguación de la verdad) sino que también a cuestiones ideológicas (tutela de derechos fundamentales).

La prueba en el CGP no sólo es una necesidad (art. 137 CGP), sino que también una carga (art. 139 CGP) en donde reposa, en gran medida, el derecho de defensa y acceso a la justicia de las partes. Por otro lado, el artículo 146 del CGP enumera cuáles son los medios de prueba: documentos, declaración de parte, declaración de testigos, dictamen pericial, examen judicial y las reproducciones de hechos. Asimismo, el artículo 146.2 menciona que también podrán utilizarse otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho pero que se aplicarán analógicamente las normas que disciplinan a los medios de prueba más arriba individualizados.

Si por las especificidades que presenta la prueba digital no nos ponemos de acuerdo en cuál medio de prueba dentro de las opciones que ofrece el art 146.1 se califica y recurrimos al precepto del artículo 146.2 del CGP calificando el caso como un “medio probatorio no prohibido por la regla de derecho” nuestro CGP nos dispone cuál es la solución: aplicar analógicamente las normas que disciplinan los medios de prueba que se individualizan en el artículo 146. La cuestión está en si creemos que tal solución jurídica que brinda el CGP es adecuada o en el caso de que no lo sea, entendamos que el caso tiene la relevancia suficiente para crear un nuevo marco jurídico.

Algo que parece notorio es que, más allá de que se aplique analógicamente la normativa de la prueba documental o de otro medio de prueba dentro de los enunciados en el artículo 146, lo cierto es que no hay reglas que contemplen las especificidades del espacio virtual y se le aplicarán marcos normativos pensados y diseñados para medios probatorios que distan mucho a la realidad en la que la prueba electrónica habita.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal está obligado por el artículo 140 del CGP a valorar la prueba en su conjunto de forma racional y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Este artículo da cuenta de que el ideal regulativo en nuestro proceso jurisdiccional es la generación de conocimiento racional y no mágico<sup>1</sup>. En este escenario, cabe preguntarnos si la solución jurídica que estamos ofreciendo para la prueba digital es coherente con el ideal señalado o nos aleja de su realización.

1 Ver marco teórico, en donde se diferencia la generación de conocimiento racional del conocimiento mágico por Gascón.

En atención a esta incoherencia señalada, es que a continuación se individualizan algunos problemas que podrían ocurrir en la práctica judicial y que interfieran en la realización del ideal regulativo antes señalado. Ideal regulativo que, como se señala en el marco teórico, no sólo responde a cuestiones ideológicas, sino que también a cuestiones epistémicas:

(i) El artículo 72 del CGP dispone: “Los documentos que se incorporen al expediente podrán presentarse en su original o facsímil, con autenticación de su fidelidad con el original por escribano o funcionario público, si legalmente correspondiere”.

En caso de que estemos ante un documento electrónico, no se deja en claro si la versión original es el primer documento electrónico o si las posteriores reproducciones (a pesar de ser electrónicas) siguen representando al original. En la literatura sobre documentos electrónicos, como expresan Mónica Bustamante y Ángel Galvis (Galvis Lugo & Bustamante Rúa, 2019, p. 195), hay quienes manifiestan que el original es el medio magnético en donde se conserva y cualquier reproducción es copia, mientras que, para otros más vanguardistas “los documentos electrónicos son todos originales, incluyendo sus representaciones o copias, siempre y cuando conserven su formato primigenio y su contenido no sea alterado”. Quienes sostienen la última posición señalada, expresan que en el mundo virtual no podemos concebir como documento original únicamente el que consignó por primera vez la información, ya que en la práctica el destinatario de tal documento por lo general lo recibe vía electrónica una copia y el remitente se queda con -en el que en un contexto tradicional- sería el original (Galvis Lugo & Bustamante Rúa, 2019, p. 195).

Sin perjuicio de lo anterior, la ley 19.671 que reconoce la validez de los títulos ejecutivos como documentos electrónicos, dispone “también se encuentran comprendidos las representaciones impresas en papel de dichas facturas a remitos electrónicos, firmados de manera autógrafa”. Inciso que parece tener la intención de habilitar la incorporación de los documentos electrónicos en formato papel, pero luego menciona la necesidad de ser firmados de manera autógrafa, por tanto, permite preguntarse ¿estamos hablando de un documento electrónico, o de un documento físico tradicional con firma a puño y letra? No es claro cuál es la innovación que quiere introducir tal inciso.

Este artículo tampoco ofrece una solución clara para determinar la manera o el soporte adecuado para incorporar la prueba de tipo electrónica. Virginia Barreiro expresa:

podría agregarse en el dispositivo o soporte adecuado, por ejemplo, acompañando el “pen drive” o dispositivo similar, utilizando el receptáculo que resulte adecuado a la naturaleza del documento. A ello se agrega que debería adoptarse todas las diligencias necesarias para garantizar su autenticidad, preservación y evitar su pérdida; como solicitar que se deposite en la caja de seguridad del tribunal o aportar en un sobre cerrado y lacrado e intervenido por escribano público y que se una por cordón al expediente.

Virginia está en lo cierto, en cuanto a que es necesario desplegar todas las diligencias necesarias para garantizar su autenticidad e integridad, sin embargo, no tenemos a disposición criterios uniformes que nos permitan corroborar cuándo hubo diligencia y cuándo no. Lo que existe son criterios doctrinarios o prácticas jurídicas que no siempre

contemplan las especificidades del mundo virtual, sino que mantienen las lógicas tradicionales ¿Qué garantía me da guardar el medio de prueba digital en una caja fuerte, que un escribano público intervenga para constatar lo que vio en el dispositivo (sin conocimiento técnico sobre el mismo) o que el soporte utilizado sea unido con cordón al expediente?

Ante estos desafíos y las especificidades que representan los documentos electrónicos, la Suprema Corte de Justicia ha brindado soluciones a casos puntuales. Por ejemplo, la Circular nro. 151/2019 que refiere a la Acordada nro. 8050 establece que para las copias en soporte papel de documentos firmados electrónicamente, realizadas por oficinas jurisdiccionales o administrativas del Poder Judicial, se consideran auténticas siempre que las mismas cuenten con el Código de Verificación Electrónico (CVE) que permita corroborar su autenticidad mediante el acceso a los archivos electrónicos originales. Asimismo, dispone que previo a la incorporación del documento al expediente digital, las oficinas jurisdiccionales como administrativas del Poder Judicial deben realizar la verificación del archivo original y validar sus firmas mediante el acceso que el emisor disponga.

Si el caso de los documentos electrónicos con firma electrónica de las oficinas del Poder Judicial ha sido un caso relevante para generar una regulación autónoma que contemple sus especificidades ¿Por qué no lo es todo el espectro de prueba electrónica?

En el actual estado de situación, un juez debe valorar en base a la sana crítica el documento electrónico como si fuera un documento tradicional, sin que existan otras exigencias adicionales para corroborar la fiabilidad del medio o los datos que aloja dicho medio. Tampoco hay exigencias o contralor respecto a la fuente, los estándares de seguridad empleados, tipos de tecnologías implementadas, entre otras especificidades que podrían ser relevantes para averiguar la verdad de los hechos y/o respetar otros valores jurídicos como la buena fe, la privacidad, el derecho de defensa, entre otros.

Siguiendo con el caso de la firma electrónica, ahora ya no sólo las del Poder Judicial, sino que aquella firma electrónica que todo ciudadano en Uruguay puede utilizar, vemos un claro ejemplo en donde la falta de una regulación autónoma puede interferir en la averiguación de la verdad.

En Uruguay la ley 18.331 distingue lo que es la firma electrónica simple de la firma electrónica avanzada. La firma electrónica avanzada la ofrecen proveedores de firma electrónica certificadas por la Unidad de Certificación Electrónica (UCE). Tal certificación da cuenta de ciertos estándares tecnológicos y de seguridad que garantizan el uso de dispositivos seguros de creación de firma como puede ser token criptográfico, tarjeta inteligente, HSM y otro dispositivo que otorgue garantías de seguridad equivalentes. En estos casos, bastaría con una metodología como la ya prevista en la firma electrónica del Poder Judicial para respetar ciertos estándares o controles de autenticidad y fiabilidad en la admisibilidad y valoración de la prueba aportada.

Sin embargo, la firma electrónica simple puede ser de cualquier proveedor de firma electrónica sin que exista un control de la Unidad de Certificación Electrónica y los estándares de seguridad y tipos de tecnologías pueden variar. Este escenario-el de firma electrónica- naturalmente, presenta una variedad de situaciones para valorar mucho más amplia que la de firmas manuscritas en documentos tradicionales. Sin embargo, nuestro CGP no contempla ninguna de tales especificidades para dicha valoración.

Si fue posible -para la firma electrónica del Poder Judicial- diseñar un mecanismo que garantice la fiabilidad del documento que se incorpora ¿Por qué no seguir esa tendencia con todos los documentos con firma electrónica que se incorporen al expediente?

(ii) El artículo 170 del CGP dispone que los “documentos privados emanados de las partes se tendrán por auténticos, salvo que se desconozca su firma si están suscriptos o la autoría, si no lo están” y (iii) el artículo 171 del CGP establece las instancias en las que puede oponerse el desconocimiento del documento, ya sea al contestar la demanda o seis días siguientes a la notificación de la contestación de la demanda o reconvención, o en la misma audiencia si se agregan allí.

Esta solución de presunción aparente o verdad interina que adquiere este medio de prueba si no es desconocida su autenticidad en las etapas procesales indicadas ¿Es suficiente cuando hablamos de la gama tan amplia de pruebas digitales? ¿Queremos que esta regla también sea equivalente a la nueva realidad que estamos atravesando o queremos otras exigencias? Por ejemplo, que quien aporte la prueba a pesar de que no haya desconocimiento de la contraparte, deba otorgar un conjunto de indicios que corroboren la credibilidad de la prueba digital ofrecida como medio de prueba. Ignacio Soba (Soba, 2024, p.117) analizando el caso del Código del Proceso Penal (en adelante, “CPP”) se pregunta si el artículo 271.1 TER que regula la prueba sobre prueba sería una alternativa para exigir mayores diligencias a los litigantes. En el CGP no tenemos una disposición con estas características, pero el CPP en dicha solución jurídica parece dar una pauta o antecedente de tal práctica. No obstante, cabe señalar que el CPP “no dice nada acerca de la carga y/o deber, sino que sólo refiere a que el juez podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas (sin referir a ninguna de las partes de la controversia)” (Soba, 2024, p.117) lo que exige preguntarnos de qué manera sería adecuada incorporar una disposición de estas características al CGP si nuestra finalidad es que ésta tenga un efecto práctico en el contralor de la calidad de las pruebas que son incorporadas al proceso.

En este mismo sentido se expresa Ángel Francisco Galvis y Mónica Bustamante Rúa:

la prueba electrónica dista significativamente de lo que se conoce como prueba documental, pues tanto en su génesis como en su práctica, su contenido, su traslado al proceso, sus vicisitudes, su apreciación por el juez del conocimiento, etc se encuentran marcadas diferencias, lo que permite inferir, con alto grado de acuerdo, que el tratamiento equivalente (...) colocando en serios aprietos el cumplimiento del postulado de tutela judicial efectiva (Galvis & Bustamante, 2019, p.189).

Los referidos autores también señalan algunas falencias de las pruebas digitales, tales como “su alto grado de manipulación” o la necesidad de demostrar una exigencia mayor en cuanto a la autenticidad, fiabilidad, integridad o disponibilidad, mientras que, en el caso de la prueba documental “a pesar de poder ser alterada, el proceso para ello es más complejo y técnico” Galvis & Bustamante, 2019, p.189).

Cabe preguntarse si las soluciones tradicionales son suficientes o es menester exigencias de diligencia mayor a los litigantes, cuando hablamos de prueba digital. En palabras de Soba, “¿Tenemos que imponer -más que como deber, como carga- al litigante que ofrece la prueba una diligencia adicional para que no ingrese al proceso prueba potencialmente falsa y/o manipulada? Acaso tenemos que imponer esa exigencia de

corroboración de autenticidad y/o integridad de la prueba electrónica por razones que hacen a la colaboración procesal, o a no dejar que ingresen al proceso pruebas de baja o nula calidad.” (Soba, 2024, p.117) Estas interrogantes no se responden aplicando las mismas lógicas que hemos tenido para los medios de prueba tradicionales.

Y más allá de poner en riesgo la calidad epistémica de las pruebas que estamos incorporando en el proceso, en virtud de una regulación específica que guíe su incorporación y valoración en el proceso, también debemos estar atentos sobre las exigencias de diligencia de los litigantes en lo que tiene que ver con la garantía de otros valores que no necesariamente responden a cuestiones epistémicas, tales como lo son la protección de datos personales ¿Cómo se accedió a la información? ¿de forma lícita o ilícita? ¿Existe consentimiento del titular de los datos sobre el tratamiento realizado previo a incorporar al proceso? o ¿Es necesario el consentimiento del titular de los datos para un tratamiento jurisdiccional de los mismos? todas estas interrogantes en relación a la protección de datos personales, que representa la dimensión ideológica del conocimiento que generamos en el proceso, cobran especial trascendencia en una sociedad digital que habita en contexto de exposición y tratamiento masivos de datos personales.

Hasta ahora, la regla de exclusión probatoria basada en la protección de datos personales ha operado bajo la idea tradicional de prueba ilícita “aquella que ha sido recolectada o reunida mediante la violación de normas, reglas o principios de orden legal pero, fundamentalmente, constitucional o del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, la misma puede ser considerada una especie del género de la inadmisibilidad probatorio pero vinculada; particularmente, a aquella prueba que se obtiene en violación de garantías sustanciales recogidas por la Constitución de la República o los Tratados Internacionales de Derechos Humanos” (Sentencia 710/2023 Tribunal de Apelaciones en lo Penal 4to Turno).

Naturalmente, con la nueva regulación vinculada a la protección de datos personales, que incorpora nuevas categorías jurídicas como: consentimiento informado, tratamiento lícito, responsabilidad proactiva, comunicación de datos informado, entre otras, el espectro de posibilidades de infringir garantías fundamentales aumenta. De la misma manera que más arriba se planteaba la necesidad de exigir mayores diligencias a los litigantes sobre la incorporación de indicios que indiquen la fiabilidad de los datos que se ingresan al proceso, tal vez sería bueno también explorar exigencias de diligencia vinculada a estos otros valores que se mencionan.

A modo de ejemplo, podríamos exigir en a la incorporación de prueba digital la corroboración de que dichos datos fueron adquiridos de forma lícita (con consentimiento informado) que la base de datos utilizada es lícita (está inscripta en la Unidad Reguladora de Datos Personales), que el tratamiento jurisdiccional de los datos personales es consentido, entre otras exigencias. En caso de que estos extremos no puedan ser corroborados (no hay consentimiento, la base de datos no está inscripta, etc) pero los datos son relevantes para averiguar la verdad del proceso, debería existir una resolución motivada por el Tribunal que justifique la limitación de alguno de los derechos mencionados.

La categoría sobre “tratamiento lícito de datos personales” es una categoría nueva, que aparece en este escenario virtual que se caracteriza por el tratamiento masivo de datos personales. En Uruguay, contamos con la ley 18.331 de Protección de Datos

Personales y sus decretos reglamentarios. Conforme la normativa jurídica de Uruguay, el tratamiento de los datos personales, es decir a la realización de operaciones (sean de carácter automático o no) que permitan el procesamiento de datos personales y la inferencia de conclusiones o toma de decisiones en base a ellos, reposa sobre el principio de finalidad y el principio de consentimiento previo informado.

La ley dispone categóricamente en su artículo 8 que: “Los datos objeto de tratamiento no podrán ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención. Los datos deberán ser eliminados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubieran sido recolectados (...)”

Esta disposición se complementa con el artículo 9 que dispone “el tratamiento de datos personales es lícito cuando el titular hubiere prestado su consentimiento libre, previo, expreso e informado, el que deberá documentarse.”

Asimismo, el artículo 13 de la ley regula qué es lo que se debe informar al titular de los datos a la hora de recabar su consentimiento para que éste último sea válido y entre los extremos exigidos está: “(...) la finalidad para la que serán tratados y quiénes pueden ser sus destinatarios o clase de destinatarios.”

Del articulado invocado, puede concluirse que la regla general en materia de datos personales es que únicamente es lícito el tratamiento de los datos personales cuando exista previo consentimiento informado sobre la finalidad de dicho tratamiento. Ergo, -por regla general- si el titular de los datos no ha consentido el tratamiento jurisdiccional de sus datos personales dicho tratamiento en la valoración probatoria debería considerarse ilícito, operando así la regla de exclusión probatoria.

Con este panorama, la única manera de incorporar datos personales al proceso jurisdiccional sin el consentimiento del titular, es considerando alguna de las excepciones que plantea la ley 18.331 y con una interpretación amplia (no restrictiva) sobre la mismas, lo que no parece ser coherente y consistente con la tendencia a nivel de las corrientes constitucionales sobre Derechos Humanos de aplicar criterios restrictivos de interpretación en las excepciones a la protección casos de derechos humanos. En España, por ejemplo, han contemplado esta situación y dispuesto una regla específica que habilita el tratamiento jurisdiccional de datos personales bajo ciertos requisitos.

Seguir una lógica tradicional que no sólo no contempla la nueva realidad virtual, sino que tampoco los nuevos marcos normativos que responden a tal realidad (como es el caso de la ley 18.331) no parece consistente o coherente con un ideal regulativo que procura una generación de conocimiento fiable y respetuoso de los derechos fundamentales.

## 4. Conclusiones

El proceso jurisdiccional en Uruguay está experimentando un creciente uso de medios de prueba calificados como digitales. Estos medios de prueba poseen características objetivas significativamente diferentes de los tradicionales, enumerados en el artículo 146.1 de nuestro CGP, tales como la prueba documental, declaración de parte, declaración de testigos, dictamen pericial, examen judicial y las reproducciones de hechos. Sin

embargo, el artículo 146.2 del CGP establece que, si un medio de prueba no se identifica con los mencionados, se aplicarán por analogía las normas previstas para dichos medios probatorios.

No obstante, más allá de la interpretación y calificación que se realice sobre el CGP, y aunque se aplique por analogía el marco normativo de la prueba documental o pericial, ninguno de estos marcos regula adecuadamente las particularidades de la prueba digital. Esto nos lleva a la pregunta central de este análisis: ¿es adecuada la aplicación de los marcos normativos actuales del CGP a la prueba digital, o sería preferible una regulación autónoma y específica que contemple sus particularidades?

Tras el desarrollo realizado, concluyo que los marcos jurídicos actuales del CGP no son adecuados y que la comunidad jurídica uruguaya debería abogar por una regulación autónoma y específica que contemple las particularidades de la prueba digital.

En primer lugar, la solución jurídica actual es inadecuada porque resulta inconsistente con la Agenda Digital de nuestro país. Uruguay ha avanzado de manera constante y sostenida en dar visibilidad a las características objetivas de una sociedad digital. Ejemplos de marcos normativos que contemplan estas especificidades incluyen la Ley de Protección de Datos Personales, la Ley de Acceso a la Información Pública y la Ley sobre Documento y Firma Electrónica, entre otras. Estos marcos han sido fundamentales para ofrecer respuestas autónomas y específicas a las nuevas realidades que surgen con el uso de las tecnologías, algo que no era posible a través de una aplicación analógica de normativas diseñadas en otra época.

Una razón que podría explicar esta inconsistencia con la Agenda Digital de Uruguay es el estancamiento de diversos proyectos de ley presentados en el Parlamento, cuyo objetivo ha sido fomentar la regulación del uso de tecnologías en el proceso jurisdiccional.

En segundo lugar, la solución jurídica actual es inadecuada porque no es coherente con los principios e ideales que guían el proceso jurisdiccional. El CGP establece que el Tribunal debe valorar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, lo que subraya que la generación de conocimiento racional sobre los hechos es un objetivo claro y categórico. Sin embargo, esta tarea de averiguación racional de la verdad enfrenta obstáculos cuando las reglas existentes para la incorporación, admisibilidad y valoración de la prueba digital no contemplan sus especificidades.

En tercer lugar, la solución jurídica actual es inadecuada porque puede tener consecuencias negativas tanto en la dimensión epistémica como en la dimensión ideológica del conocimiento que se genera sobre los hechos.

La tendencia hacia una regulación autónoma y específica de la prueba digital parece ser la solución más adecuada en el contexto actual del proceso jurisdiccional uruguayo. Esta solución sería consistente con la Agenda Digital del país, coherente con los principios e ideales que guían nuestra actividad jurisdiccional, y evitaría las consecuencias desafortunadas que podrían derivarse de una inadecuada incorporación y valoración de la prueba digital.

Sin embargo, una regulación autónoma y específica sobre la prueba digital debe ser innovadora y crítica. No se trata simplemente de incluir la expresión “prueba digital” en el elenco de medios de prueba del artículo 146 del CGP, sino de acompañarla de

requisitos y exigencias que contemplen las vicisitudes propias de este tipo de prueba. Algunas sugerencias han sido expuestas en este trabajo.

El Derecho es, ante todo, una práctica social, institucionalizada, pero práctica social al fin. En esta práctica social, el predominio del paradigma racional es un privilegio que debemos atender y reivindicar. Como toda práctica social, se expande en la medida en que el ser humano expande su espectro de realidad. De nuestra atención a estos cambios depende, ni más ni menos, la calidad epistémica e ideológica del tipo de conocimiento sobre los hechos que generamos en nuestro sistema jurídico. Y, al final del día, de esto depende la legitimidad de nuestro sistema judicial.

## 5. Bibliografía

- Barreiro, M. V. (2019). Impacto de las nuevas tecnologías en la prueba judicial civil. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, nro. 37.
- Colomer, I. (2023). *Limitaciones en el uso de la información y los datos personales en un proceso penal digital. El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea*. Editorial Thomson Reuters Aranzadi: España.
- Estrampes, M. (2010). La Prueba Ilícita: La regla de exclusión probatorio y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguritat Pública*, Nro. 22. Editorial: Institut de Seguretat Pública de Catalunya, España.
- Ferrer, J. (2021). *Prueba sin convicción*. Editorial Marcial Pons: España.
- Feteris, E. T. (2007). *La teoría de la justificación de las decisiones jurídicas de MacCormick. Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales* (trad. Alberto Supelano), Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Gascón, M. (2005). ¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. *Revista Jueces para la democracia*, nro. 52. España.
- Gascón, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Editorial Marcial Pons: España.
- Gascón, M. (2012). *¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita. Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Universidad del Bosque: España.
- Galvis Lugo, Á. F; Bustamante Rúa, M. (2019). La no equivalencia funcional entre la prueba electrónica y la prueba documental: una lectura desde la regulación procesal colombiana. *Revista Ius el Praxis*, año 25, nro. 2
- Hart, H. L. A. (1961). *El concepto de Derecho*. Editorial Abeledo Perrot. Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires. Tercera edición (reimpresión).
- Alexy, R. (2017). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Editorial Palestra: Perú (edición original 1978).

- Riofrío, J. C. (2014). La cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, volumen 25.
- Moisés Barrio, A. (2018). Ciberderecho. Bases estructurales, modelos de regulación e instituciones de gobernanza de Internet.
- Soba, I. (2024). Prueba electrónica ¿debemos exigir más diligencias a los litigantes? *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*. Fundación de Cultura Universitaria: Montevideo.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la Verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons: España.
- Tuzet, G. (2021). *Filosofía de la prueba jurídica*. Editorial Marcial Pons: España.

### Cuerpos normativos:

- Ley de Protección de Datos Personales Nro. 18.331. Promulgada 11 de agosto de 2018. Disponible en: <https://www.imo.com.uy/bases/leyes/18331-2008>
- Ley sobre el Acceso a la Información Pública Nro. 18.381. Promulgada 17 de octubre de 2008. Disponible en: <https://www.imo.com.uy/bases/leyes/18381-2008>
- Ley sobre Documento y Firma Electrónica Nro. 18.600. Promulgada 21 de setiembre de 2009. Disponible en: <https://www.imo.com.uy/bases/leyes/18600-2009>
- Ley Nro. 18.719. Disponible en: <https://www.imo.com.uy/bases/leyes/18719-2010>
- Decreto Nro. 276/013. Disponible en: <https://www.imo.com.uy/bases/decretos/276-2013>
- Acordada Nro. Nro. 7637. Disponible en: <https://www.imo.com.uy/bases/acordadas-scj-originales/7637-2008>
- Acordada Nro. 7880. Disponible en: <https://www.imo.com.uy/bases/acordadas-scj-originales/7880-2016>
- Acordada Nro. 8114. Disponible en: <https://www.poderjudicial.gub.uy/documentos/151-2021/7561-064-2021-acordada-n-8114-sistema-de-ingreso-de-expedientes-judiciales-sideju.html>
- Agenda Uruguay Digital, Disponible en: <https://www.gub.uy/uruguay-digital/comunicacion/publicaciones/agenda-uruguay-digital-2025-actualizacion-medio-termino>
- Ley orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, actualizada 23 de diciembre 2022. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>
- Ley de Presupuesto Nacional de Sueldos Gastos e Inversiones Nro. 18.719 del año 2010, ejercicio 2010-2014. Disponible en: <https://www.imo.com.uy/bases/leyes/18719-2010>
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, 27 de abril 2016. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1532348683434&uri=CELEX%3A02016R0679-20160504>

## Otros recursos:

Cámara de Representantes (Colman, M; Goñi Reyes, R; Lust Hitta E; Pasquet Iribarne, O; Posada, I; Umpiérrez, J.). Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración. Proyecto de Ley: “Procesos Jurisdiccionales. Medios electrónicos o telemáticos”. Disponible en: [https://parlamento.gub.uy/index.php/documentosyleyes/ficha-asunto/145884/ficha\\_completa](https://parlamento.gub.uy/index.php/documentosyleyes/ficha-asunto/145884/ficha_completa)

Cámara de Representantes (Colman, M; Goñi Reyes, R; Lust Hitta E; Pasquet Iribarne, O; Posada, I; Umpiérrez, J.). Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración. Proyecto de ley “Documentos electrónicos y prueba digital”. Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/representantes/documentos/repartido/49/312/0/EXT>

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: [mjcasanova@um.edu.uy](mailto:mjcasanova@um.edu.uy)







## MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

LÓPEZ VALENZUELA, AGUSTINA

¿Verdad a cualquier costo?: La admisibilidad de la prueba obtenida ilícitamente en arbitraje internacional



AGUSTINA LÓPEZ VALENZUELA

Estudiante de Derecho, Universidad de Montevideo, Uruguay

agustinalopezvalenzuela@gmail.com

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0002-5730-1675>

Recibido: 12/11/2025 Aceptado: 08/12/2025

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:**

López Valenzuela, A. (2025). ¿Verdad a cualquier costo?: La admisibilidad de la prueba obtenida ilícitamente en arbitraje internacional.

*Revista de Derecho*, 24(48), e4812. <https://doi.org/10.47274/DERUM/48.12>

## ¿Verdad a cualquier costo?: La admisibilidad de la prueba obtenida ilícitamente en arbitraje internacional

303

**Resumen:** El artículo analiza la admisibilidad de la prueba obtenida ilícitamente en arbitraje internacional, partiendo de la amplia discrecionalidad probatoria del tribunal y del enfoque generalmente liberal de la práctica arbitral. Sobre la base de la jurisprudencia y de las Reglas de la IBA, se identifica una regla estructural: la prueba ilícita es en principio admisible, salvo que existan motivos específicos de exclusión. El trabajo distingue entre los casos en que la parte ha intervenido en la obtención ilegal —supuesto en el que la prueba debe, como regla, excluirse— y aquellos en que la ilicitud proviene de terceros, donde procede una ponderación de intereses. Se sostiene que el verdadero fundamento de estas soluciones es la protección de la integridad del proceso arbitral y se propone un test escalonado que articula licitud, pertinencia, materialidad, fiabilidad y conducta de las partes.

**Palabras clave:** arbitraje internacional, admisibilidad, prueba ilícita, buena fe.

## Truth at any cost? The admissibility of illegally obtained evidence in international arbitration

**Abstract:** This article examines the admissibility of illegally obtained evidence in international arbitration, starting from the broad evidentiary discretion afforded to arbitral tribunals and the generally liberal approach of arbitral practice. On the basis of case law and the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, it identifies a structural rule: illegally obtained evidence is, in principle, admissible unless specific grounds for exclusion are established. The article distinguishes between cases in which the party has participated in the unlawful procurement of the evidence — in which situation the evidence should, as a rule, be excluded — and cases in which the illegality is attributable to third parties, where a balancing of interests is required. It argues that the true foundation of these solutions lies in the protection of the integrity of the arbitral process and proposes a stepwise test that articulates lawfulness, relevance, materiality, reliability and the parties' conduct.

**Keywords:** international arbitration, admissibility, illegally obtained evidence, good faith.

304



## A verdade a qualquer custo? A admissibilidade da prova obtida ilicitamente na arbitragem internacional

**Resumo:** O artigo analisa a admissibilidade da prova obtida ilicitamente na arbitragem internacional, partindo da ampla discricionariedade probatória conferida ao tribunal arbitral e da orientação geralmente liberal da prática arbitral. Com base na jurisprudência e nas Regras da IBA sobre Produção de Provas em Arbitragem Internacional, identifica-se uma regra estrutural: a prova ilícita é, em princípio, admissível, salvo quando se verificarem motivos específicos de exclusão. O trabalho distingue entre as hipóteses em que a parte participou na obtenção ilegal da prova — caso em que a sua exclusão se impõe, como regra — e aquelas em que a ilicitude é imputável a terceiros, situações em que se torna necessária uma ponderação de interesses. Sustenta-se que o verdadeiro fundamento dessas soluções reside na proteção da integridade do processo arbitral e propõe-se um teste escalonado que articula licitude, pertinência, materialidade, fiabilidade e conduta das partes.

**Palavras-chave:** arbitragem internacional, admissibilidade, prova ilícita, boa-fé.

## 1. La prueba ilícita en arbitraje internacional: entre la verdad material y la integridad del proceso

La prueba es el punto neurálgico de todo arbitraje: permite al tribunal reconstruir los hechos, asignar responsabilidad y dictar un laudo que refleje, en la medida de lo posible, la realidad jurídica y fáctica del caso. Sin embargo, cuando la información relevante se obtiene vulnerando normas legales o derechos fundamentales, el procedimiento se enfrenta a una tensión estructural.

Por un lado, el tribunal tiene el deber de alcanzar la verdad material con la mayor precisión posible. Por otro, no puede legitimar ni incentivar conductas ilícitas, ni desnaturalizar la igualdad entre las partes ni desconocer derechos fundamentales. El arbitraje internacional busca, precisamente, equilibrar dos objetivos que no siempre se alinean: garantizar la equidad del proceso y resolver las controversias con eficiencia (Waincymer, 2010, pp. 30-32).

En este contexto, las “reglas de exclusión probatoria” son más propias de los sistemas de *common law*, que establecen criterios para determinar qué prueba puede incorporarse al expediente y cuál debe quedar fuera (Jolowicz, 2000, p. 214; Munday, 2018, p. 66). Los sistemas de *civil law*, en cambio, tienden menos a excluir prueba en etapas tempranas y prefieren graduar su valor probatorio (Brown, 2007, p. 91).

El arbitraje internacional no replica de forma pura ninguna de estos modelos. Aunque algunas reglas probatorias pueden derivar del derecho sustantivo aplicable (Chan & Lau Yi Hang, 2021, pp. 819-826), su rasgo distintivo es la amplia flexibilidad procedimental conferida al tribunal. El reglamento, la *lex arbitri* y los principios procesales aplicables consolidan esa flexibilidad (O'Malley, 2019, pp. 4-5; Pilkov, 2014, p. 147). En apariencia, el arbitraje internacional carece de un sistema cerrado de “reglas de exclusión probatoria” análogo al del proceso estatal (von Mehren & Salomon, 2003, p. 285; Kazazi, 1996, pp. 207-208).

Sobre ese trasfondo, cobra especial relevancia el principio del debido proceso, que actúa como límite a la discrecionalidad del tribunal y a la autonomía de la voluntad de las partes (Lew et al., 2003, p. 95). En la doctrina y en las distintas tradiciones jurídicas también se lo denomina *natural justice* (Schauer, 1976, pp. 47-48), *procedural fairness* (Born, 2020, §42; Byron & Lacey, 2012, pp. 259-261), reglas de *fair trial* (Knickmeier, 2019, pp. 329-347), derecho a ser oído, *príncipe de la contradicción* o igualdad de trato (Kaufmann-Kohler, 2003, pp. 1313, 1321). Más allá de las etiquetas, el núcleo común es claro: las partes deben ser tratadas de manera justa y en condiciones de igualdad (Sheppard, 2003, p. 239).

Por ello, el debido proceso se convierte en el criterio central al decidir si se admite o se excluye un medio probatorio.

Este marco se ve reforzado por la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“**Convención de Nueva York**”) (Art. V), que fija los motivos por los que un tribunal estatal puede denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo extranjero. Entre ellos se encuentran: que una parte no haya podido hacer valer sus derechos o presentar debidamente su caso (Art. V(1)(b)), que el procedimiento se haya apartado del acuerdo de las partes (Art. V(1)(d)), o que el laudo sea contrario al orden público del Estado donde se pretende su ejecución (Art. V(2)(b)) (Borris et al., 2019, §§128-195).

A diferencia de los tribunales estatales, los tribunales arbitrales gozan, en principio, de una amplia libertad para decidir qué prueba admitir, cómo obtenerla, cómo valorarla y qué peso atribuirle. Esa flexibilidad, diseñada para favorecer la eficiencia y respetar la autonomía de las partes, genera, sin embargo, incertidumbre cuando se trata de prueba obtenida ilícitamente.

De la jurisprudencia y la doctrina pueden extraerse tres ideas básicas. Primero, como regla de partida, los tribunales tienden a tratar la prueba ilícita como cualquier otra, salvo que exista un motivo concreto para excluirla. Segundo, cuando la parte que la ofrece ha intervenido en su obtención ilícita, esa conducta se configura como un motivo cualificado de exclusión. Tercero, el hecho de que la prueba esté ampliamente disponible al público es un elemento relevante, pero no determinante, en la decisión sobre su admisibilidad.

En la práctica arbitral, aparecen dos escenarios típicos. En el primero, una de las partes participa en la obtención ilícita de la prueba que luego pretende utilizar en el arbitraje. En el segundo, la ilicitud proviene de terceros ajenos al procedimiento y las partes se limitan a enfrentar un *fait accompli*<sup>1</sup>. A ello se suma una variante particular: el uso de poderes soberanos por parte de Estados para obtener documentos que luego intentan introducir en el arbitraje, con el consiguiente riesgo de generar una ventaja estructural incompatible con la igualdad de armas.

## 2. La amplia discrecionalidad probatoria del tribunal arbitral y sus límites frente a la prueba ilícita

El punto de partida es la amplitud de facultades que se reconoce al tribunal en materia probatoria. Las partes son libres de elegir las reglas que regirán el procedimiento, incluidas las relativas a la prueba (Kubalczyk, 2015, p. 97).

El Art. 19(2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Ley Modelo de la CNUDMI”) establece que el tribunal podrá “determinar la admisibilidad, la permitencia y el valor de las pruebas”<sup>2</sup>. Reglamentos como los del CIADI (Regla 36(1))<sup>3</sup>, SCC (Art. 31(1))<sup>4</sup>, LCIA (Art. 22.1(vi))<sup>5</sup>, AAA (Regla 35)<sup>6</sup> o HKIAC (Art. 22.2)<sup>7</sup> reproducen, de una u otra forma, esta fórmula: el tribunal decide qué prueba admite, qué reglas de evidencia aplicará, si es que decide aplicar alguna, y cómo ponderará el material incorporado al expediente.

1 “Hecho consumado”.

2 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Art. 19(2).

3 La Regla 36(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI dispone que “El Tribunal determinará la admisibilidad y el valor probatorio de los medios de prueba invocados”.

4 El Art. 31(1) del Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la SCC dispone que: “El Tribunal Arbitral determinará la admisibilidad, relevancia, valor y peso de la prueba”.

5 El Art. 22.1(vi) del Reglamento de Arbitraje de la LCIA dispone que “El Tribunal Arbitral tendrá la facultad, a solicitud de cualquiera de las partes o (...) por iniciativa propia (...): (iv) decidir si se aplicarán o no reglas estrictas de prueba (o cualesquiera otras reglas) en cuanto a la admisibilidad, pertinencia o peso de cualquier material presentado por una parte sobre cualquier cuestión de hecho u opinión pericial; y decidir el tiempo, la manera y la forma en que dicho material debe intercambiarse entre las partes y presentarse al Tribunal Arbitral”.

6 La Regla 35 del Reglamento de Arbitraje Comercial de la AA dispone que “El árbitro determinará la admisibilidad, relevancia y materialidad de la prueba ofrecida y podrá excluir aquella que considere acumulativa o irrelevante”.

7 El Art. 22.2 de las Reglas de Arbitraje administradas por la HKIAC dispone que “El tribunal arbitral determinará la admisibilidad, pertinencia, materialidad y peso de la prueba, incluyendo si se aplicarán reglas estrictas de prueba”.

Las Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (“Reglas de la IBA”), utilizadas en la mayoría de los arbitrajes internacionales como guía o como normas vinculantes (Bühler & Webster, 2014, pp. 376-377), cristalizan esta idea. El Art. 9(1) dispone que el tribunal “determinará la admisibilidad, relevancia, importancia y valor de las pruebas”. El Art. 9(2) enumera motivos para excluir prueba, entre ellos el privilegio, el secreto profesional, la confidencialidad o una falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso. La reforma del 2020 introdujo el Art. 9(3), que establece que el tribunal “podrá excluir las pruebas obtenidas ilegalmente”, a petición de parte o incluso de oficio<sup>8</sup>.

Esta referencia específica a la prueba ilícita es relevante por al menos dos razones. Por un lado, confirma que la discusión sobre su admisibilidad pertenece al terreno de la discrecionalidad y no al de las prohibiciones automáticas: el texto indica que el tribunal “podrá” excluir, no que “deberá” hacerlo. Por otro lado, reconoce que no existe un consenso suficiente para fijar reglas abstractas uniformes. Las legislaciones nacionales divergen y los tribunales arbitrales han llegado a soluciones distintas según el caso concreto, tomando en consideración, entre otros factores, el grado de participación de la parte en la ilicitud, la materialidad de la prueba y su eventual difusión en el dominio público.

En la práctica, los tribunales arbitrales son, en general, más liberales que los tribunales estatales. Suelen admitir casi cualquier medio de prueba y trasladan sus reservas a la fase de valoración, asignando un mayor o menor peso persuasivo según las circunstancias (Brower, 1994, pp. 47-48; Webster, 2010, p. 404). Una encuesta a árbitros muestra que solo una minoría excluye, en al menos la mitad de sus casos, prueba que sería inadmisibile bajo los estándares nacionales, en lugar de admitirla y graduar su valor (Sussman, 2015, pp. 517-521). Este enfoque liberal se refleja en el propio Art. 9.2 de las Reglas de la IBA, que enumera motivos de exclusión y presupone, implícitamente, que la regla general es la admisibilidad (Ashford, 2013, p. 146).

En este sentido, conviene distinguir claramente entre estándar de prueba y admisibilidad. El estándar de prueba refiere al grado de convicción exigible al tribunal para tener por acreditado un hecho (Beltrán, 2025, p. 109). En los sistemas de *common law* se habla de “preponderancia de la prueba” o “balance de probabilidades”, es decir, que el hecho es más probable que su negación (Rojas, 2024, p. 12). En el derecho continental europeo se utilizan nociones como la “íntima convicción” del juez o la “libre valoración” de la prueba, y en numerosos países de tradición hispánica, se habla de la “sana crítica”, subrayando el papel de la racionalidad y experiencia del juzgador (Couture, 1964, pp. 269-270).

La admisibilidad opera en un momento anterior. Supone decidir si elemento puede o no incorporarse al expediente y ser valorado. Tradicionalmente se vincula a dos criterios: relevancia (si contribuye a probar o refutar un hecho controvertido) y confiabilidad (si la fuente es suficientemente fiable). Los tribunales arbitrales suelen ser muy abiertos en esta etapa y reservan sus reparos para el momento de la valoración, especialmente cuando ninguna de las partes cuestiona la admisibilidad.

8 El Art. 9(3) de las Reglas de la IBA 2020 dispone que “El Tribunal Arbitral, a petición de una Parte o de oficio, podrá excluir las pruebas obtenidas ilegalmente”.

La prueba ilícitamente obtenida obliga, sin embargo, a introducir un tercer eje de análisis: la compatibilidad de su incorporación con principios como la buena fe procesal, la igualdad de armas, el respeto de privilegios y confidencialidades y la protección de derechos fundamentales (Gupta, 2022, p. 104). A ello se suma la materialidad de la prueba, entendida como su capacidad real de influir en el resultado del arbitraje. Un documento puede ser relevante en términos generales, pero de importancia marginal en la decisión final; en cambio, ciertos elementos (por ejemplo, una única grabación de una reunión decisiva) pueden tener una materialidad determinante.

Cuanto más marginal sea la aportación de una prueba ilícita, más sencillo resulta justificar su exclusión; cuanto más decisiva, más cuidadosa debe ser la ponderación. La discrecionalidad probatoria es amplia, pero no ilimitada: se ejerce necesariamente a la luz de la buena fe, la igualdad procesal, el respeto al privilegio y la confidencialidad y la protección del orden público.

### 3. La prueba ilícita obtenida con intervención de la parte oferente: regla general de exclusión

El grupo de casos en los que la parte que ofrece la prueba ha intervenido directa o indirectamente en su obtención ilícita constituye la línea jurisprudencial más clara. En estos supuestos, el patrón predominante es el de la exclusión.

En *Caratube International Oil Co LLP and Devincci Salah Hourani v. The Republic of Kazakhstan* (II) (“Caratube v. Kazakhstan”)<sup>9</sup>, un tribunal CIADI sostuvo que la participación de la parte en la ilicitud es una razón irresistible para impedir que esa parte se beneficie de su propia conducta ilícita.

De modo similar, en *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey* (“Libananco v. Turkey”)<sup>10</sup>, los fiscales turcos interceptaron comunicaciones entre Libananco y sus abogados. Aunque el tribunal no llegó a calificar la conducta estatal como ilegal, resolvió excluir todas las comunicaciones amparadas por el privilegio abogado–cliente, argumentando que esa decisión protegía el privilegio, la obligación de arbitrar de buena fe y el respeto debido al tribunal como órgano elegido por las partes (*Libananco v. Turkey*, §§78, 82).

En *Methanex Corporation v. United States of America* (“Methanex v. USA”)<sup>11</sup>, investigadores privados contratados por Methanex ingresaron sin autorización a propiedad privada y revisaron contenedores de basura para obtener documentos de un testigo. El tribunal ad hoc excluyó esos documentos por considerar que sería incorrecto que la parte se beneficiara de material recabado mediante su propia conducta ilícita y que ello vulneraría los deberes de buena fe y de igualdad de armas (*Methanex v. USA*, Parte. II, Cap. I, §§54, 58).

9 Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan (II), ICSID Case No. ARB/13/13, Decision on the Claimants’ Request for the Production of ‘Leaked Documents’ (27 July 2015).

10 Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No ARB/06/8, Decision on Preliminary Issues (23 June 2008).

11 Methanex Corporation v. United States of America, Arbitration ad hoc, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits (3 August 2005).

En *EDF (Services) Limited v. Republic of Romania* (“EDF v. Romania”)<sup>12</sup>, un tercero estrechamente vinculado a EDF grabó ilícitamente a un testigo con conocimiento y consentimiento de la propia demandante; el tribunal excluyó la grabación por entender que sus facultades discrecionales estaban limitadas por los principios de buena fe y justicia procesal (*EDF v. Romania*, §47).

En todos estos casos se observa la misma lógica: cuando la parte que ofrece la prueba ha intervenido en la obtención ilícita, el foco del análisis se desplaza desde la relevancia o el peso probatorio hacia su conducta procesal. La idea de que quien comparece ante el tribunal debe hacerlo con “manos limpias” opera como límite material a la búsqueda de la verdad (Bertrou & Alekhin, 2018, p. 43). Admitir que una parte se beneficie de su propio ilícito, aun cuando ello pueda enriquecer la reconstrucción fáctica, socavaría la integridad del proceso arbitral y enviaría el mensaje de que el fin justifica los medios.

Por ello, en este tipo de supuestos la regla general debe ser la exclusión, salvo situaciones excepcionales de intenso interés público que eventualmente pudieran justificar un tratamiento distinto. En términos de las Reglas de la IBA, esta categoría de casos se corresponde naturalmente con el Art. 9.2, donde la exclusión opera como regla.

#### 4. La prueba ilícita obtenida por terceros: admisión condicionada y ponderación de intereses

Muy distinto es el escenario cuando la prueba fue obtenida ilícitamente por un tercero ajeno al arbitraje y la parte se limita simplemente se enfrenta a un hecho consumado. En este tipo de casos, los tribunales han mostrado una mayor disposición a admitir la prueba, siempre sujeta a otros motivos de exclusión.

En *Ahongalu Fusimalohi v. Fédération Internationale de Football Association* (“Fusimalohi v. FIFA”)<sup>13</sup> y *Amos Adamu v. Fédération Internationale de Football Association* (“Amos Adamu v. FIFA”)<sup>14</sup>, los periodistas del *Sunday Times* realizaron grabaciones encubiertas de reuniones con funcionarios de la FIFA y luego publicaron fragmentos de esas conversaciones. La FIFA obtuvo las grabaciones y las presentó en procedimientos disciplinarios. El CAS declaró admisibles las pruebas, incluso partiendo de la premisa de que los periodistas las habían obtenido ilícitamente, porque la FIFA no había instigado ni apoyado la investigación ni había engañado a la otra parte (*Fusimalohi v. FIFA*, §§74, 86; *Amos Adamu v. FIFA*, §§70, 82).

En *Alejandro Valverde Belmonte v. Comitato Olimpico Nazionale Italiano, World Anti-Doping Agency & Union Cycliste Internationale* (“Valverde v. CONI”)<sup>15</sup>, el CAS admitió el análisis de una muestra de sangre inicialmente obtenida por la policía española y luego utilizada por autoridades deportivas italianas, pese a que se alegó una infracción de normas de cooperación judicial. El tribunal entendió que esas infracciones no alcanzaban el umbral

12 *EDF (Services) Limited v. Republic of Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Procedural Order No. 3 (29 August 2008).

13 *Ahongalu Fusimalohi v. Fédération Internationale de Football Association*, CAS 2011/A/2425 (8 March 2012).

14 *Amos Adamu v. Fédération Internationale de Football Association*, CAS 2011/A/2426 (14 February 2012).

15 *Alejandro Valverde Belmonte v. Comitato Olimpico Nazionale Italiano, World Anti-Doping Agency & Union Cycliste Internationale*, CAS 2009/A/1879 (15 March 2010).

de una “violación intolerable del sentimiento de justicia”<sup>16</sup> y que no habían sido cometidas por las autoridades deportivas (*Valverde v. CONI*, §136).

Estos casos muestran que la ilicitud originaria atribuible a terceros no basta, por sí sola, para justificar la exclusión. La decisión exige ponderar la gravedad de la infracción, la materialidad de la prueba, el respeto a privilegios y confidencialidades y la posición relativa de las partes en el procedimiento.

La disponibilidad pública de la prueba es un factor adicional, aunque no decisivo. La prueba puede ser admitida aun cuando no sea de acceso general, como en los casos *supra*, donde inicialmente solo estaba en manos de terceros. A la inversa, que la prueba sea ampliamente accesible tampoco asegura su admisibilidad.

En *Caratube v. Kazakhstan*, un conjunto de documentos gubernamentales fue difundido en el sitio “Kazakhleaks”. El tribunal excluyó de la valoración los documentos protegidos por privilegio, pero admitió los no privilegiados. Destacó que no podía dictar un laudo fácticamente erróneo cuando existían documentos relevantes que son amplia y lícitamente accesibles en línea (Ross, 2015). En consecuencia, la amplia difusión refuerza, pero no impone, la decisión de admitir la prueba.

## 5. Buena fe, igualdad de armas e integridad del proceso: ¿qué justifica realmente la admisión o exclusión de la prueba ilícita?

La práctica arbitral ha intentado explicar las decisiones sobre prueba ilícita apelando, principalmente, a tres nociones: la buena fe, la igualdad de armas y la integridad del proceso arbitral.

La buena fe suele invocarse como fórmula conclusiva, sin precisar por qué incluiría un deber específico de no obtener prueba ilegalmente o de no utilizar prueba ilícita obtenida por terceros. En su núcleo procesal, la buena fe exige que la parte contribuya al avance del procedimiento: participar en la constitución del tribunal, respetar la confidencialidad, cooperar con peritos y producir prueba en tiempo y forma (Cremades, 2012, pp. 761-786). Solo cuando la parte incurre ella misma en la ilicitud encaja con claridad la exclusión de la prueba ilícita en el ámbito de la buena fe.

La igualdad de armas exige que cada parte disponga de una oportunidad razonable de presentar su caso, incluida su prueba, sin quedar en desventaja sustancial respecto de la contraparte (O'Malley, 2019, §9.127). Este principio se proyecta en distintas dimensiones: puede verse afectado cuando se introduce prueba tardía que sorprende a la otra parte, cuando se restringe su acceso a documentos relevantes o cuando un Estado utiliza poderes soberanos que la contraparte no tiene, como en *Libananco v. Turkey*. Sin embargo, este último aspecto no basta para explicar decisiones como *Methanex v. USA* o *EDF v. Romania*, donde la exclusión perjudica al inversor.

16 Traducción libre del inglés al español de “an untenable violation of the sentiment of justice”.

De hecho, muchos árbitros evitan excluir prueba precisamente para proteger el debido proceso y reforzar la ejecutabilidad del laudo (Parmesly, pp. 119-120).

El fundamento que ofrece una explicación más coherente es, así, la protección de la integridad —y, con ella, de la legitimidad— del proceso arbitral (Ng, 2020, p. 760). Para que el arbitraje sea percibido como un mecanismo justo, los laudos deben apoyarse, por un lado, en una imagen lo más fiel posible de los hechos relevantes y, por otro, en métodos de obtención de prueba que no promuevan la violación sistemática de la ley.

Excluir prueba que arroja luz sobre la verdad puede generar sensación de injusticia. Pero admitir sin restricciones prueba obtenida mediante ilícitos comete el error inverso: convierte la infracción de la ley en una herramienta procesal rentable (Sourgens et al., 2018, pp. 238-239). Esta tensión explica, por un lado, la premisa de que la prueba ilícita es, en principio, admisible y, por otro, la necesidad de excluirla cuando la parte se beneficia de su propia ilicitud o cuando existen dudas serias sobre su autenticidad o integridad.

La integridad del proceso exige, además, una protección reforzada del privilegio abogado–cliente y de ciertas formas de confidencialidad (técnica, comercial, gubernamental). Las Reglas de la IBA reconocen el impedimento legal o el privilegio como motivos autónomos de exclusión (Art. 9.2(b)).

## 6. Dos cuestiones pendientes: graduación de la ilicitud y ley aplicable

Como señala NG, siguen abiertas dos preguntas importantes sobre la admisibilidad de la prueba ilícita (2020, 763-767).

La primera es si todas las formas de ilicitud deben recibir el mismo tratamiento. Tanto la jurisprudencia<sup>17</sup> como la doctrina<sup>18</sup> coinciden en que no toda infracción justifica, por sí sola, la exclusión automática de la prueba. Algunos autores distinguen infracciones “menores”, que no comprometen de forma significativa la integridad del proceso y frente a las cuales bastaría exigir a la parte oferente una demostración reforzada de la relevancia y materialidad del medio probatorio (Boykin & Havalic, 2015, p. 34). En cambio, las infracciones que reducen la fiabilidad de la prueba difícilmente pueden considerarse menores, porque afectan directamente la búsqueda de la verdad.

La segunda cuestión es qué ley debe aplicarse para determinar si la obtención de la prueba fue ilícita. Un mismo método de obtención puede ser ilícito en una jurisdicción y lícito en otra (O'Malley, 2019, p. 288). La mayoría de los laudos publicados toma en cuenta, en primer lugar, la ley del lugar de la obtención (por ejemplo, *Methanex v. USA*, *EDF v. Romania*, *Valverde v. CONI*).

17 En *EDF v. Romania*, el tribunal entendió que, aunque la evidencia haya sido obtenida ilícitamente por una de las partes, su admisibilidad depende de las circunstancias particulares del caso (*EDF (Services) Limited v. Republic of Romania*, ICSID Case No ARB/05/13, Procedural Order No. 3 (29 August 2008), §§36, 38).

18 Boykin, J. H. & Havalic, M. (2015), *Fruits of the Poisonous Tree: The Admissibility of Unlawfully Obtained Evidence in International Arbitration*, 12(5) TDM 1; Blair, C. & Vidak Jokjović, E. (2018), *WikiLeaks and Beyond: Discerning an International Standard for the Admissibility of Illegally Obtained Evidence*, 33(1) ICSID Review.

Tomando como referencia el debate sobre el privilegio, se han propuesto criterios apoyados en el *closest connection test* (“conexión más estrecha”). Este enfoque sugiere considerar, según el caso, la ley del lugar donde el abogado implicado está habilitado para ejercer, la ley del lugar donde el privilegio abogado–cliente produce sus efectos principales, la ley del lugar donde se encuentra el documento, la del lugar donde fue creado, la del lugar desde el cual fue enviado y la del domicilio de la parte que invoca el privilegio (O’Malley, 2019, pp. 286-287).

En materia de prueba ilícita, sin embargo, la solución más funcional parece ser tomar como referencia, al menos, la ley del lugar de la obtención y, cuando corresponda, la ley de la sede del arbitraje, especialmente cuando entra en juego el orden público.

## 7. Hacia un estándar sistemático de admisibilidad: propuesta de test escalonado basado en las Reglas de la IBA

A partir de todo lo anterior, puede proponerse un esquema estructurado en torno a los Arts. 9.2 y 9.3 de las Reglas de la IBA.

En los supuestos comprendidos en el Art. 9.2 —entre ellos, los casos en que la parte ha intervenido en la ilicitud— la exclusión opera como regla: el tribunal debe dejar fuera la prueba. En los supuestos contemplados en el Art. 9.3 —por ejemplo, cuando la ilicitud es atribuible a terceros o reviste carácter menor— el tribunal puede excluirla, y la decisión depende de una ponderación de los intereses en juego.

Para ordenar este análisis puede resultar útil un test en tres etapas (Abraham, 2023, pp. 43-45):

- a. Naturaleza jurídica de la prueba. En primer lugar, debe determinarse cómo se obtuvo y si, a la luz de la ley del lugar de la obtención y, en su caso, de la sede, la obtención fue lícita o ilícita.
- b. Pertinencia, materialidad y fiabilidad. En segundo lugar, debe evaluarse si la prueba es pertinente, material y fiable. Una prueba ilícita que no guarda relación con el litigio carece de justificación para ser admitida. Incluso siendo pertinente y material, debe excluirse si existen dudas graves sobre su autenticidad o integridad.
- c. Conducta de la parte y ponderación de intereses. Finalmente, debe analizarse si la parte oferente participó en la obtención ilícita y qué intereses se enfrentan. Si intervino, la regla debe ser la inadmisibilidad, salvo ilicitudes menores acompañadas de una demostración especialmente intensa de relevancia y materialidad. Si no intervino, la prueba puede ser admitida, pero su recepción debe fundamentarse en una ponderación razonada de los intereses en juego.

En definitiva, la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida en arbitraje internacional no puede resolverse mediante una regla única y rígida. Exige partir de una presunción de admisibilidad matizada por motivos claros de exclusión; establecer una regla estricta cuando la parte busca beneficiarse de su propia ilicitud; aplicar un test de ponderación cuando la ilicitud es ajena a la parte o reviste carácter menor; y garantizar una protección reforzada del privilegio y de determinadas confidencialidades como componente esencial de la integridad del proceso arbitral.

## Referencias bibliográficas

- Abraham, P. (2023). *Admissibility of illegally obtained evidence in international arbitration: A conduct based analysis*. *King's Student Law Review*, 13(1).
- Ashford, P. (2013). *The IBA rules on the taking of evidence in international arbitration: A guide*. Cambridge University Press.
- Bertrou, G., & Alekhin, S. (2018). *The admissibility of unlawfully obtained evidence in international arbitration: Does the end justify the means?* *Les Cahiers de l'Arbitrage / The Paris Journal of International Arbitration*, 4.
- Blair, C., & Vidak Jokjović, E. (2018). *WikiLeaks and beyond: Discerning an international standard for the admissibility of illegally obtained evidence*. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 33(1).
- Born, G. (2020). *International commercial arbitration*. Wolters Kluwer.
- Borris, C. (2019). *New York Convention, Article V [Grounds for refusal of recognition and enforcement of arbitral awards]*. En R. Wolff (Ed.), *New York Convention: Article-by-article commentary* (2.<sup>a</sup> ed., pp. 128–195). Verlag C. H. Beck.
- Boykin, J. H., & Havalic, M. (2015). *Fruits of the poisonous tree: The admissibility of unlawfully obtained evidence in international arbitration*. *Transnational Dispute Management*, 12(5).
- Brown, C. (2007). *A common law of international adjudication*. Oxford University Press.
- Bühler, M. W., & Webster, T. H. (2014). *Handbook of ICC arbitration: Commentary, precedents, materials* (3.<sup>a</sup> ed.). Sweet & Maxwell.
- Byron, S., & Lacey, W. (2012). *Procedural fairness generally*. En M. Tushnet, T. Fleiner, & C. Saunders (Eds.), *Routledge handbook of constitutional law*. Routledge.
- Chan, D., & Lau, Y. H. (2021). *Proper characterisation of the parol evidence rule and its applicability in international arbitration*. *Arbitration International*, 37.
- Couture, E. J. (1964). *Fundamentos del derecho procesal civil* (3.<sup>a</sup> ed.). Depalma.
- Cremades, B. M. (2012). *Good faith in international arbitration*. *American University International Law Review*, 27(4).
- Ferrer Beltrán, J. (s. f.). *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.
- Gupta, K. (2022). *Admissibility of unlawfully obtained evidence in international arbitration*. *NLIU Law Review*, 11.
- Hailu, M. B. (2012). *Good faith (lack of) in investment arbitration and the conduct of the Ethiopian government in the Salini case: Exercise of legitimate right or “Exhibit A” for guerrilla tactics?* En *The resolution of commercial/business disputes in Ethiopia: Towards alternatives to adjudication? (Ethiopian Business Law Series, Vol. 5)*. Addis Ababa University Press.
- Jolowicz, J. A. (2000). *On civil procedure*. Cambridge University Press.

- Kaufmann-Kohler, G. (2003). *Globalization of arbitral procedure*. Vanderbilt Journal of Transnational Law, 36.
- Kazazi, M. (1996). *Burden of proof and related issues: A study on evidence before international tribunals*. Kluwer Law International.
- Knickmeier, S. (2019). *Securing a fair trial through exclusionary rules: Do theory and practice form a well-balanced whole?* En S. Gless & T. Richter (Eds.), *Do exclusionary rules ensure a fair trial?* Springer.
- Kubalczyk, A. (2015). *Evidentiary rules in international arbitration – A comparative analysis of approaches and the need for regulation*. Groningen Journal of International Law, 3(1).
- Lew, J., Mistelis, L., & Kröll, S. (2003). *Comparative international commercial arbitration*. Wolters Kluwer.
- Munday, R. (2018). *Cross & Tapper on evidence* (13.<sup>a</sup> ed.). Oxford University Press.
- Ng, N. S. (2020). *Illegally obtained evidence in international arbitration*. Singapore Academy of Law Journal, 32.
- O'Malley, N. D. (2019). *Rules of evidence in international arbitration: An annotated guide* (2.<sup>a</sup> ed.). Routledge.
- Parmesly, J., et al. (2018). *La carga de la prueba y la admisibilidad en arbitraje internacional: Asuntos que merecen una temprana audiencia*. En H. Flores Senties (Ed.), *Retos contemporáneos del arbitraje internacional*. Tirant lo Blanch.
- Pilkov, K. (2014). *Evidence in international arbitration: Criteria for admission and evaluation*. Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, 80(2).
- Rojas, J. (2024). *La valoración de la prueba en el arbitraje*. Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio.
- Ross, A. (2015). *Tribunal rules on admissibility of hacked Kazakh emails*. Global Arbitration Review.
- Schauer, F. (1976). *English natural justice and American due process: An analytical comparison*. William and Mary Law Review, 18.
- Sheppard, A. (2003). *Interim ILA report on public policy as a bar to enforcement of international arbitral awards*. Arbitration International, 19.
- Sourgens, F. G., Duggal, K., & Laird, I. A. (2018). *Evidence in international investment arbitration*. Oxford University Press.
- von Mehren, G., & Salomon, C. (2003). *Submitting evidence in an international arbitration: The common lawyer's guide*. Journal of International Arbitration, 20.
- Waincymer, J. (2010). *Promoting fairness and efficiency of procedures in international commercial arbitration: Identifying uniform model norms*. Contemporary Asia Arbitration Journal, 3(1).
- Waincymer, J. (2012). *Procedure and evidence in international arbitration*. Kluwer Law International.

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy







## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

CASANOVA, MIGUEL

Reseña del libro: *“La figura del administrador de hecho”*,  
Valentina Quinteros Serra





Reseña del libro: “*La figura del administrador de hecho*”,  
Valentina Quinteros Serra,  
Montevideo, Fundación de Cultura  
Universitaria, 2025, 99 pp.

MIGUEL CASANOVA

Universidad de Montevideo, Uruguay  
mjcasanova@um.edu.uy

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4797-2766>

Este libro constituye una contribución original a un tema de derecho societario de máxima relevancia, como es la figura del *administrador de hecho*. Entender a fondo esta realidad práctica, en la que quienes figuran como directores formales no son quienes, -en los hechos- adoptan las decisiones empresariales, puede ser, en ciertos casos, la única herramienta eficaz para satisfacer los intereses y derechos de los *stakeholders* afectados por una administración societaria dañosa.

Quinteros parte de la constatación de que la legislación uruguaya, a pesar de ciertos avances de los últimos años (por ejemplo, con la Ley n° 18.387, de Declaración Judicial de Concursos, de 2008 y con la Ley n° 19.820, de Emprendedurismo, de 2019), todavía ofrece un tratamiento fragmentario, disperso y asistemático de la figura del administrador de hecho.

Ante esta situación, la autora aporta una aproximación ordenada y crítica al director de hecho, conjugando un análisis inteligente del derecho comparado, los aportes de la doctrina y jurisprudencia más relevante y, muy especialmente, opiniones sobre cada una de las cuestiones controvertidas que analiza a lo largo del trabajo.

El libro ofrece claridad conceptual sobre la figura del administrador de hecho a partir de dos elementos esenciales. Por un lado, la *ausencia de designación formal* en los órganos sociales de administración y representación (elemento negativo), y por otro, el *ejercicio efectivo de funciones de gestión y dirección* (elemento positivo). Esta estructura conceptual, explica Quinteros, permite evitar el riesgo, muchas veces presente en la práctica, de una extensión de la figura que derive en atribuciones de responsabilidad injustificadas que, en definitiva, puede ocasionar desequilibrios.

Con la misma claridad, el libro dedica un capítulo a distinguir la figura del administrador de hecho de otras figuras próximas, similares o solapadas, pero con diversas implicaciones. Así, trata la figura del apoderado general, del representante aparente, del administrador oculto (*shadow director*), del socio único, el socio de control, el gerente general, así como la situación particular de los vínculos societarios propios de los

grupos de sociedades. En cada caso, la autora logra mostrar con precisión conceptual los puntos de contacto y las diferencias sustanciales entre las distintas figuras, aportando herramientas prácticas para la identificación de cada situación jurídica.

Otro aporte relevante de la investigación de Valentina Quinteros es el estudio del derecho comparado (con énfasis en España, Francia y Argentina), que no solo enriquece su análisis, sino que permite al lector contrastar soluciones normativas y pensar en mejoras a la normativa uruguaya vigente. De hecho, entre las conclusiones del trabajo se encuentra la necesidad de que nuestro ordenamiento avance hacia la definición de un régimen jurídico sistemático de la *administración societaria de hecho*, orientado a brindar mayor seguridad jurídica a los distintos operadores.

Es un libro escrito desde la academia, pero pensando para la práctica. Al diseñar, estructurar y, especialmente, al escribir el trabajo, la autora piensa en servir al lector. Abogados de empresa, jueces, síndicos, profesores, estudiantes y, eventualmente, legisladores encontrarán en este libro ideas claras y una guía segura para recurrir a la figura del administrador de hecho en el ejercicio profesional..









Facultad de Derecho  
[www.um.edu.uy](http://www.um.edu.uy)