



UNIVERSIDAD DE  
MONTEVIDEO  
Facultad de Derecho

# Revista de DERECHO

---

## MENSAJE DEL DECANO

¿Qué trajo y qué dejará el Coronavirus?

## DOCTRINA

### FERREIRA, Alejandro

Comentarios exegético-doctrinarios sobre las leyes nacionales de arbitraje comercial internacional de Uruguay y Argentina

### LORENZO, Pedro

La protección del medio ambiente como norma imperativa de Derecho Internacional (Ius Cogens)

### TASENDE ITURVIDE, Ignacio Jorge

Reflexiones sobre la nueva Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación

## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

### VELOSO GIRIBALDI, Natalia

Responsabilidad médica en la emergencia sanitaria

## JURISPRUDENCIA COMENTADA

### MARURI ARMAND-UGÓN, Sofía

*Sawhoyamaxa Community v Paraguay: a good example of effective strategic litigation and advocacy*

## INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y Posgrados

## TESINAS DE MASTERS

### BARREIRO, María Virginia

Impacto de las nuevas tecnologías en la prueba judicial civil

## MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

### BAEZA, María Manuela; BERRIOLO ÁLVAREZ, Joaquín; PEREIRA BRAUSE, Pablo

La sospecha del incumplimiento. Análisis bajo la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

### MANUAL DE SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS

de Pedro Bellocq.  
Por Miguel Casanova





# Revista de DERECHO

## MENSAJE DEL DECANO

¿Qué trajo y qué dejará el Coronavirus?

## DOCTRINA

### FERREIRA, Alejandro

Comentarios exegético-doctrinarios sobre las leyes nacionales de arbitraje comercial internacional de Uruguay y Argentina.....11

### LORENZO, Pedro

La protección del medio ambiente como norma imperativa de Derecho Internacional (Ius Cogens).....41

### TASENDE ITURVIDE, Ignacio Jorge

Reflexiones sobre la nueva Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación .....71

## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

### VELOSO GIRIBALDI, Natalia

Responsabilidad médica en la emergencia sanitaria .....95

## JURISPRUDENCIA COMENTADA

### MARURI ARMAND-UGÓN, Sofía

Sawhoyamaxa Community v Paraguay: a good example of effective strategic litigation and advocacy .....115

## INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y Posgrados.....125

## TESINAS DE MASTERS

### BARREIRO, María Virginia

Impacto de las nuevas tecnologías en la prueba judicial civil .....139

## MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

### BAEZA, María Manuela;

### BERRIOLO ÁLVAREZ, Joaquín;

### PEREIRA BRAUSE, Pablo

La sospecha del incumplimiento. Análisis bajo la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.....179

## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

### MANUAL DE SOCIEDADES POR

### ACCIONES SIMPLIFICADAS de Pedro Bellocq.

Por Miguel Casanova .....201



## MENSAJE DEL DECANO

### *¿Qué traje y qué dejará el Coronavirus?*

Hubiéramos preferido enfocar otros temas, pero no hay más remedio (qué ironía hablar de remedios cuando están tan en boga y tanta falta hacen...) que referirnos a la epidemia o pandemia, según cómo se prefiera designarla.

No hay políticas aislacionistas ni muros de contención para las epidemias o crisis sanitarias. No existen alambrados, fosos o fumigaciones que eviten la migración de microbios, bacterias o virus. Por más auge de nacionalismos y resurgimiento de políticas proteccionistas en lo comercial y económico, el Covid 19 nos ha dado una nueva lección de internacionalización, interdependencia o globalización – como quiera llamársele – de todos los ciudadanos del planeta. Esta enfermedad nos acercó, nos hermanó en el dolor, la incertidumbre, el temor y la tragedia. También nos hizo retroceder algunos casilleros en materia de autosuficiencia y fe ciega en los avances de la ciencia y la tecnología; los errores humanos, el empecinamiento y la imprudencia siguen tan campantes como hace siglos. Nos mostró con claridad meridiana que el ser humano, pese a sus logros, avances y conquistas, sigue muy frágil y vulnerable no sólo física sino mentalmente. Ha sido un grito y bofetada fuerte para volver a recordar que nada de lo humano nos es ajeno y que el indiferentismo es muy mala receta para convivir en sociedad. Tanto a nivel familiar como en el plano nacional e internacional, la enfermedad y la crisis económica nos acercó, nos hizo ver desde más cerca el rostro de los otros, del alter, que a fin de cuentas no es tan ajeno, tan distante como pensábamos o creíamos, sino por el contrario es un prójimo, mi semejante, mi hermano, al decir de muchas religiones y de Baudelaire, que acompaña estas expresiones en su poema “Al lector”.

Va de suyo que este fenómeno le cambió la vida al planeta entero. El golpazo sanitario y económico todavía es difícil de evaluar, y habrá que esperar bastante



## Revista de DERECHO

### **DIRECTOR**

Santiago Pérez del Castillo

### **DIRECTOR FUNDADOR**

Carlos E. Delpiazzo

### **SUB DIRECTOR Y REDACTOR**

#### **RESPONSABLE**

Miguel Casanova

#### **CONSEJO EDITORIAL**

Carlos de Cores,  
Alberto Faget Prati  
Jorge Fernandez Reyes  
Mercedes Jiménez de Aréchaga  
Pedro Montano Gómez  
Beatriz Bugallo  
Miguel Casanova  
Juan Manuel Gutiérrez

#### **SECRETARÍA TÉCNICA**

Natalia Veloso  
Sofía Maruri

#### **CONSEJO ASESOR Y CONSULTOR**

David Aronofsky  
University of Montana, EEUU

Joseph Daly  
Mitchell Hamline University, EEUU

Juan Cianciardo  
Universidad de Navarra, España

Eduardo Valpuesta Gastaminza  
Universidad de Navarra, España

tiempo para realizar diagnósticos más precisos. Pocos dudan que esta nueva forma de vida vino para quedarse por lo menos por mucho tiempo. Y habrá que adaptarse. Recuerdo cuando se comenzó a ver a los orientales con tapabocas permanentemente, muchos lo consideramos una exageración, casi una obsesión desmedida y paranoica. Nos olvidamos de algunos detalles, como las culturas milenarias que tienen detrás y la cantidad de personas que las integran. Comenzaron además a conocer acerca de viajes, migraciones, comercio, enfermedades y guerras varios siglos antes que nosotros. Y nos dimos el lujo de no tomarlos muy en cuenta, incluso ignorarlos o sonreír despectivamente con sus comportamientos durante demasiado tiempo. Ya no más. Es hora de aprender mucho de ellos también.

En lo académico, muchas instituciones pudieron adaptarse con rapidez, eficacia y eficiencia a la nueva realidad y pudieron continuar impartiendo sus cursos por la vía on-line. La ciencia y la tecnología le brindaron a la educación una herramienta invaluable. Como tantas veces antes había ocurrido en la historia, este virus empujó y aceleró la imaginación, la creatividad y la innovación en un sinnúmero de áreas de la actividad humana, incluida la educación. Pero no todos pudieron acceder a ella de la misma forma y con la misma celeridad; en consecuencia, la brecha educativa en algunos casos se agrandó. Muchos no supieron o no quisieron adaptarse a esta nueva modalidad de enseñanza y eso traerá en el mediano y largo plazo consecuencias muy graves para nuestro país. No se trata de ser alarmista, sino de señalar desde ahora las deficiencias y dificultades que esa brecha educativa puede suponer para nuestra mejora social, económica y cultural.

Por otra parte, el confinamiento y la virtualidad, si bien trajo aspectos positivos, pues muchas personas aprovecharon la tecnología para tomar cursos, escuchar conferencias, participar en talleres y seminarios y sacarle jugo a su tiempo disponible, no considero que la modalidad del webinar y el “on-linismo” pueda en el mediano y largo tiempo, reemplazar y mejorar la presencialidad. Hay una multiplicidad de aspectos que quedan mutilados, tronchados, disminuidos, cuando no eliminados, con la comunicación virtual. Se mantiene la oralidad, siempre y cuando el sonido y la conexión entre emisores y receptores sea buena, pero todo lo referente al lenguaje corporal y al enlace íntegro-visual, se pierde. La pantalla limita el campo o área visual a ciertos confines; todo el entorno fuera de lo captado por la pantalla queda ignorado por emisores y receptores. En consecuencia, el “control” del auditorio, sea del tipo que sea, se reduce a la mínima expresión. En pocas palabras, los avances tecnológicos pueden brindarnos eficiencia y eficacia, pero nos quitan humanidad personalizada y esto a mi entender es un empobrecimiento.

El abrazo o saludo virtual podrá ser una medida provisoria para mantener a los educadores y educandos conectados y a las familias contactadas entre sí; pero sería deshumanizante si pasara a ser definitivo. El riesgo de esto es que nos acostumbremos muy rápidamente a esta nueva forma de relacionarnos. En lo que refiere a la educación, son múltiples los aspectos que trascienden la simple oralidad de una clase o curso; si se acepta que el buen ejemplo equivale o supera mil palabras, hay varios mensajes que un docente puede transmitir fuera del momento en que está dando una clase; recogiendo un papel fuera de sitio y colocándolo en una papelería, charlando con uno o más estu-

diantes en los pasillos o cantinas de su lugar de enseñanza, aprovechando los tiempos entre clase y clase para sugerir una idea o dar un consejo. Es quizás por esta suma de pequeñas cosas o gestos que un docente “educa” más que otro. Todo esto ha quedado entre paréntesis cuando apareció el virus y cuanto antes se pueda recuperar y reiniciar mejor.

Si entendemos a la educación como algo más que mera transmisión de datos e información, si la comprendemos en su dimensión integralmente formativa, los servicios de educación on-line pueden ser un gran y muy útil complemento, pero no un reemplazo que desplace para siempre el tipo de formación académica que una Universidad como la UM pretende seguir brindando. Una educación on-line no puede abarcar dimensiones tan variadas, pero tan necesariamente complementarias como pueden ser la intelectual, la ética, afectivo-emocional o la espiritual entre otras.

Nos planteábamos hace pocas semanas - cuando esta crisis sanitaria y económica termine - que ocurrirá: ¿Habremos aprendido algo? ¿Seremos más disciplinados y prudentes? ¿Habremos adquirido hábitos y rutinas diarias que cuiden y mejoren nuestra salud física y sobre todo mental? ¿Podremos discernir y advertir que la obediencia razonable muchas veces es la mejor forma de ser libres y que, por el contrario, la desobediencia irracional es reiteradas veces el mayor camino para la esclavitud?

¿Procuraremos reordenar nuestra escala de valores, apreciando más las cosas inmateriales y menos las materiales? ¿Priorizaremos entonces abrazar a nuestros seres queridos - y a los no tan conocidos también - antes que abrazar y adquirir objetos de consumo del use y tire cotidiano? ¿Revalorizaremos la paciencia, sonreír aunque cueste, el buen humor y la humildad como buenas recetas de sana convivencia humana? ¿Habremos ejercitado mejor la generosidad y empatía con actos concretos de cercanía y solidaridad hacia conocidos y también desconocidos? ¿Comprenderemos más la inutilidad y el daño que nos hacen el resentimiento y el ver enemigos constantemente fuera de nosotros mismos? ¿Percibiremos la futilidad de pretender politizar y utilizar ideológicamente esta epidemia con fines mezquinos, reduccionistas y partidarios? ¿Alguna vez vamos a entender que recurrir al insulto público, soez, vulgar e irrespetuoso, para luego premeditada y astutamente pedir disculpas – también públicas – es utilizar una estrategia tan ladina como cínica?

¿Habremos captado un poco mejor el verdadero sentido de la fraternidad humana, que nos iguala en algo mucho más profundo que simplemente compartir una misma epidemia o padecer dificultades económicas? ¿Nos daremos cuenta, de una vez por todas, que los tiempos de Dios y los tiempos de la Naturaleza no son los mismos que los nuestros? ¿Entenderemos que se nos ha enviado un potente nuevo mensaje que no alcanza con escuchar, sino que debemos respetar y poner en práctica? ¿Asimilaremos la idea de que ponernos a rezar u orar, y poner todos los medios humanos a nuestro alcance, pueden ser complementarios y no contradictorios?

No tengo respuestas concluyentes para todas estas interrogantes. Sólo estoy seguro de una cosa: mucho va a depender de cómo vamos a seguir reaccionando todos y cada uno. Las frases “*esto no me incumbe*” o “*cada uno haga la suya*” ya no deberían tener más ningún sentido.

La naturaleza y esta epidemia nos iguala a los humanos en lo esencial y nos diferencia también a todos; según cómo administremos nuestra individual libertad responsable.

Por eso vaya nuestro más sincero agradecimiento a miles de docentes y al personal administrativo en todos los niveles de la educación, en el ámbito público y privado, sin distinción de edades suyas o de sus estudiantes, que han encarado esta nueva etapa con una entrega, generosidad y sacrificio que sólo pueden generar admiración. En pocos días se readaptaron a la nueva situación y comenzaron a contagiar su buena onda, experiencia y conocimientos con horas y horas de clases virtuales, de resolución de consultas o de asistencia y nueva preparación académica que – me consta – los dejaba exprimidos y agotados hasta altas horas de la noche, para volver a recomenzar en las tempranas horas del día siguiente.

También a los médicos, enfermeros y el resto de las personas que trabajan en el área de la salud, aquí y en todas partes del mundo, porque ellos son los nuevos ejemplos de heroísmo y resiliencia en este siglo XXI.

Por todo lo que han hecho y seguirán haciendo con vocación de servicio, con el principal objetivo e interés de ayudar a otros, enfermos o estudiantes, sus respectivas familias de todo tipo y condición y todos nosotros les debemos decir de nuevo, muchísimas gracias.

Julio, 2020.

**Nicolás Etcheverry Estrázulas**



## DOCTRINA

*FERREIRA, Alejandro*

Comentarios exegético-doctrinarios sobre las leyes nacional de arbitraje comercial internacional de Uruguay y Argentina

*LORENZO, Pedro*

La protección del medio ambiente como norma imperativa de Derecho Internacional (*Ius Cogens*)

*TASENDE ITURVIDE, Ignacio Jorge*

Reflexiones sobre la nueva Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación



# COMENTARIOS EXEGÉTICO-DOCTRINARIOS SOBRE LAS LEYES NACIONALES DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DE URUGUAY Y ARGENTINA<sup>1</sup>

## EXEGETICAL-DOCTRINAL COMMENTS ON THE NATIONAL LAWS OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION OF URUGUAY AND ARGENTINA

## COMENTÁRIOS EXEGÉTICO DOUTRINÁRIOS SOBRE AS LEIS NACIONAIS DE ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL DE URUGUAI E ARGENTINA

*ALEJANDRO FERREIRA\**

**RESUMEN:** El Arbitraje Comercial Internacional es un área que cobra cada vez más importancia en las Relaciones Internacionales al convertirse en la piedra angular para solucionar las controversias entre los distintos operadores del comercio internacional debido a su practicidad, especialidad, celeridad e informalidad. Por esta razón, resulta imperante un análisis exhaustivo de los principales aspectos de las leyes nacionales sobre ACI aprobadas por la República Oriental del Uruguay y la República Federativa de Argentina. En estas páginas el lector encontrará un análisis detallado de los principales aspectos consagrado por las Leyes Nacionales de Arbitraje Comercial Internacional inspiradas en el proyecto de Ley Modelo de la UNCITRAL.

**PALABRAS CLAVE:** UNCITRAL, Arbitraje Comercial Internacional, Argentina, Uruguay, Armonización, Derecho Internacional Privado.

**ABSTRACT:** International Commercial Arbitration is an area that is becoming increasingly important in International Relations, constituting the cornerstone to solve controversies between different operators of International Trade due to its practicality, specialty, speed, as well as informality. For this reason, a comprehensive emphasis on the main aspects of the national laws on commercial arbitration approved by Uruguay and

---

\* Licenciado en Relaciones Internacionales en la Universidad de la República. Maestrando en Ciencia Política. Aspirante a Docente en Derecho Internacional Público e Historia de las Relaciones Internacionales. Fundador y responsable del primer blog sobre Relaciones Internacionales en Uruguay. Miembro del Centro de estudios de la propiedad intelectual (CEPI) y de la Escuela Latinoamericana de la Propiedad Intelectual (ELAPI). ORCID 0000-0001-5318-5334. [alerourrii2017@gmail.com](mailto:alerourrii2017@gmail.com)

1 Trabajo basado en la Monografía final de grado para la obtención del Título Licenciado en Relaciones Internacionales defendida el 26 de febrero del 2020 aprobada con nota SSS (12) por el tribunal compuesto por la Dra. Beatriz Bugallo Montaña, la Dra. Laura Capalvo y el Dr. Lic. Marcos Dotta Salgueiro y bajo la tutoría de la Dra. Ana de Llano Ramírez.

Argentina is imperative. Through these pages, the reader will access a detailed analysis of the main aspects enshrined in the National Commercial Arbitration laws inspired by the Model Bill of UNCITRAL

**KEY WORDS:** UNCITRAL, International Commercial Arbitration, Argentina, Uruguay, Armonization, Private International Law

**RESUMO:** A Arbitragem Comercial Internacional é uma área que adquire cada vez mais importância nas Relações Internacionais ao tornar-se a pedra angular para solucionar as controvérsias entre os diferentes operadores do comércio internacional devido à sua praticidade, especialidade, rapidez e informalidade. Por esta razão, é imperante uma análise exaustiva dos principais aspectos das leis nacionais sobre ACI aprovadas pela República Oriental do Uruguai e a República Federativa da Argentina. Nestas páginas, o leitor encontrará uma análise detalhada dos principais aspectos consagrados pelas Leis Nacionais de Arbitragem Comercial Internacional inspiradas no projeto de Lei Modelo da UNCITRAL.

**PALAVRAS-CHAVE:** UNCITRAL, Arbitragem Comercial Internacional, Argentina, Uruguai, Harmonização, Direito Internacional Privado.

## 1. INTRODUCCIÓN

El Arbitraje Comercial Internacional<sup>2</sup> (en adelante ACI) es un área que cobra cada vez más importancia en las Relaciones Internacionales (en adelante RRII) al convertirse en la piedra angular para solucionar las controversias entre los distintos operadores del comercio internacional debido a su practicidad, especialidad, celeridad e informalidad.

En este artículo estaremos realizando un análisis sobre la reciente aprobación de las Leyes Nacionales sobre ACI uruguaya y argentina (en adelante LNA y LNAU respectivamente). A través de estas, se procuró “*la armonización de los regímenes nacionales en materia de arbitraje internacional*” (Talice, 2019, p.25) con el fin de dar seguridad y confianza a los distintos agentes intervinientes en los negocios internacionales. Antes de esto, apreciábamos que ambos países eran uno de los pocos en el mundo que todavía presentaban como solución ética las disposiciones de sus códigos procedimentales civiles (sumado al debate doctrinario en el caso uruguayo) en la regulación jurídica del ACI, aspecto negativo para su inserción internacional y criticados por la doctrina de diversas latitudes.<sup>3</sup>

Como señalan Carboneau, Gary Born y Paul Arreghi, los distintos operadores del comercio internacional buscan países para la concreción de arbitrajes en base a prin-

2 En este trabajo consideraremos que el ACI es Es “*un proceso por el cual las partes presentan de manera consensuada una controversia a un responsable de la toma de decisiones no gubernamental, seleccionado por o para las partes, para dictar una decisión vinculante que resuelva una controversia de conformidad con la neutral*” (Gary Born, 2011 p.33). O también “*un método contractual para resolver controversias. Por su contrato, las partes acuerdan confiar las diferencias entre ellos a la decisión de un árbitro o panel árbitros, con exclusión de los tribunales, y se obligan a aceptar esa decisión, una vez tomada, si lo piensan bien o no.* (Methanex Motunui Ltd v Spellman, 2004 op cit. Gary Born p. 33).

3 Y como señala Paul Arreghi “*Ese fenómeno era por demás extraño ya que Argentina y Uruguay son naciones de una innegable valiosa tradición jurídica y especialmente porque eran parte, desde hacía mucho tiempo, de las más importantes convenciones sobre ACI*” (2019, p.1).

cimientos estructurales (neutralidad, buena ubicación geográfica, estabilidad, etc.) y jurídicas (haber ratificado la Convención de Nueva York, las convenciones interamericanas y tener una doctrina y jurisprudencia, favorable a la continuidad jurídica de los laudos arbitrales).

El interés por indagar sobre el ACI tiene su génesis en un hecho fáctico central. Los Estados no son los únicos creadores de normas jurídicas vinculantes ni tienen el monopolio para impartir justicia. En diversas ramas de la actividad humana (el deporte, relaciones de consumo, compraventa de mercaderías, temas de propiedad intelectual, seguros, obras de arte y patrimonio cultural, entre otros), tenemos la posibilidad de elegir un derecho extra-etático y conjuntamente denegar la jurisdicción internacional competente, establecida por las normas de Derecho Internacional Privado (en adelante DIPR) en pos de institutos de carácter extraestatal. De esta manera los laudos emitidos por los diferentes tribunales estatales serán reconocidos por los demás y asimilados en su tratamiento a las sentencias dictadas por dichas autoridades estatales y la normativa para-estatal elegida por las partes será considerada ley aplicable.

En las siguientes páginas, estaré presentando los aspectos medulares de las leyes objeto de esta investigación. Para ello me basaré en la noción de la *lex arbitrii* en torno a dos conceptos aportados por la escuela alemana de derecho: *Anwendungsbereich* (ámbito de aplicación) y *Geltungsbereich* (ámbito de validez). Estos determinan primeramente las condiciones que se deben cumplir para subsumir la relación jurídica privada e internacional en ambas leyes (condiciones de calificación). Una vez que se configuran, debemos proceder al cumplimiento de las condiciones de validez (la cláusula arbitral, la correcta composición del tribunal arbitral entre otros).

## 2. INTERNACIONALIZACIÓN Y EXCLUSIVISMO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

El primer eslabón del *Anwendungsbereich* tiene asidero en que una determinada controversia sea pasible de ser subsumible en el ámbito de aplicación del DIPR. La teoría general del mismo nos explica que deberán existir elementos de extranjería relevantes, ya sea reales, personales o conductuales. En este caso, nos encontramos en el universo de la conexión conductual, a través de la cual las partes pueden determinar (con mayor o menor nivel de flexibilidad) el derecho aplicable<sup>4</sup>, o como es este caso, el juez competente. En materia específica, la internacionalización del ACI vendrá dada por elementos históricos, doctrinarios y positivos. En el primero de los casos, como señala Talice, las primeras consideraciones en torno dicha cuestión vinieron dadas por la escuela franco-suiza (la cual va por la segunda reforma de su legislación arbitral) y los mismos lo vincularon a una condición estrictamente económica (1974, p.32)<sup>5</sup>. En cuanto a los criterios

4 En el DIPR primero debemos determinar si el caso posee algún elemento de extranjería relevante, para posteriormente realizar una “operación metodológica” (Idiarte, 2016, p.71) para subsumirlo (calificar) en una determinada categoría del cuadro ofrecido por el DIPR. Esto se lleva a cabo determinando la fuente correspondiente de conformidad con los criterios positivos vigentes (en este caso, art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 1 de la Convención de Normas generales sobre DIPR, art. 525 del CGP).

5 La jurisprudencia uruguaya consideró este mismo criterio para la internacionalización de los contratos en las sentencias.

teóricos para determinar la internacionalidad, observamos las posturas de Rubén Santos y Paul Arreggi. El primero de ellos menciona aspectos de procedimiento y objeto y el segundo un método jurídico, económico o “ecléctico”. Ambos autores nos ayudan a tener elementos distintos a los establecidos por las normas del sistema de DIPR, debido a que si consideramos sólo el derecho positivo estaríamos subsumiendo un caso en las normas de DIPR sin saber de antemano si posee algún elemento de extranjería relevante.

En la presentación de las soluciones jurídicas debe partirse por el ámbito supranacional institucional en el cual tenemos el DIPR dado por los países miembros del MERCOSUR, materializado en dos protocolos sobre ACI<sup>6</sup>. Estos establecieron en su ámbito de aplicación que podrán aplicarse a personas físicas o jurídicas<sup>7</sup> surgidas de contratos comerciales internacionales<sup>8</sup>(art.1) “*que al momento de su celebración, tengan ya sea su residencia habitual, centro principal de sus negocios, la sede, sucursales, establecimientos o agencias en más de un Estado Parte (Art 3º)*”.

En el mencionado artículo prima el ámbito de aplicación sobre el concepto de internacionalización, puesto que, si bien existe el mismo, enmarca dentro de los límites jurídico-geográficos de los estados parte del Tratado de Asunción. Los literales b), c) y d) del mismo incorporan algunos elementos propios del desarrollo progresivo del DIPR al considerar los “*contactos objetivos*” económicos y jurídicos como elementos de internacionalización o para la subsunción en el ámbito de aplicación<sup>10</sup>. El último criterio es importante debido a que establece que las partes, aún sin contactos con un Estado Parte, elijan someter el diferendo en un Estado del MERCOSUR, consagrando la sumisión voluntaria a un determinado ordenamiento jurídico (similar a la disposición de la Ley Nacional de Arbitraje de Argentina art. 3 b I). En las restantes fuentes supranacionales de DIPR no se encuentran otros criterios de internacionalización (la CIDIP-I sobre ACI no lo regula). Por su parte, la convención de Nueva York sólo establece un criterio que podría considerarse “geográfico”, al expresar en su artículo I.1 que “*se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en el que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias*”.

6 Estos protocolos nacieron para *proporcionar al sector privado de los Estados Parte del MERCOSUR métodos alternativos para la resolución de controversias surgidas de los contratos comerciales internacionales concluidos ¿entre personas físicas o jurídicas de derecho privado (CMC/DEC N 3/98)*, dada la inexistencia de leyes nacionales y recordando conjuntamente que la armonización de soluciones en el MERCOSUR es un mandato establecido por el Tratado de Asunción (art 1).

7 Debemos considerar la cuestión desde la perspectiva de Luis Osbaldo Batpista, quien plantea que la concepción, determinación y alcance de las personas jurídicas se encuentra determinada por el orden jurídico de la cual provienen (derecho sustantivo aplicable). El mismo se encuentra determinado de conformidad con los elementos de extranjería relevantes para el ordenamiento jurídico en el cual las mismas se encuentren de forma fáctica (es decir, que tendremos elementos de extranjería relevantes personas y reales actuando en conjunto). Y en este sentido, la sumisión voluntaria de una determinada empresa vendrá dada por la seguridad jurídica y las condiciones de ley aplicable y juez competente que establezca el ordenamiento jurídico donde se asienten (en los casos en que hablamos de arbitraje entre empresas). (p. 65 a 67).

8 Surge la cuestión de resolver cuando un contrato es internacional, para lo cual se podrían tener en cuenta las disposiciones de la Convención de Viena de 1980 (en el caso de ser compraventa internacional de mercaderías) o por doctrina mayor recibida a las disposiciones materiales de la convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales.

9 Como también lo prevé el artículo primero del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional.

10 Este tema es ampliamente desarrollado en “¿Cuándo un contrato es Internacional? Análisis desde una perspectiva regional” De Gonzalo Lorenzo Idiarte, disponible en “Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina”, p. 105-132.

A nivel de normativa de DIPR Etático, tanto en Argentina como en Uruguay tenemos que la internacionalidad del ACI no había sido considerada por la política legislativa. La aprobación de las leyes objeto de este trabajo trajo consigo un criterio uniforme para ambos países. Estos instrumentos disponen como primer criterio el **tener establecimientos en Estados diferentes**, solución que no es foránea para los ordenamientos jurídicos analizados porque ya se establece con la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980. La segunda causal será teniendo en cuenta *el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en el que las partes tienen su establecimiento*. La Ley Modelo UNCITRAL (en adelante LMU) prevé, a diferencia de LNAU<sup>11</sup> que la internacionalización podrá estar dada por el hecho de que **el arbitraje se realice en un país distinto al del Establecimiento**. Como señalan Mateo Verdias Mezzera y Joaquín Garino Podestá en Uruguay, *“es evidente que se buscó específicamente evitar que las partes evadieron las disposiciones del Código General del Proceso (en adelante CGP) en cuanto al arbitraje doméstico, cuando resultaren aplicables.”* (2018, p.71). A su vez, la LNAU reafirma esta condición estableciendo expresamente **que la sola voluntad de las partes no podrá determinar la internacionalidad del arbitraje**, desconociendo además la disposición “c” de la LMU (igual que la LNA).

Esta posición puede reflejarse en la jurisprudencia uruguaya (anterior a la aprobación de la ley), con la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno N.º 74/2011, del 23 de febrero de 2011 en la cual se establece que la internacionalidad del arbitraje no está dada por la sede del tribunal estatal ya que el mismo *“resuelve un conflicto internacional... constituido por una institución extranjera, con sujeción a reglas procesales establecidas por esa misma institución y aplicando derecho extranjero”* y por consiguiente se aplicarían las normas del CGP<sup>12</sup>.

En el caso argentino no sucedió lo contrario, sino que la internacionalidad dada por la sede arbitral se permitió a los efectos de que personas físicas o jurídicas con sede o establecimientos comunes en otros países (de conformidad con su normativa) pudieran elegir como sede arbitral a la Nación Argentina. En el caso inverso, operaría el art. 106 de la ley que remite al 2605 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (en adelante CCCN) y el art. 107 de la ley que remite al art V de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales (en adelante CNY) y el art. 5 de la LNA<sup>13</sup> descartándose dicha posibilidad.

---

11 Puede decirse que nuestro país se adhirió a las consideraciones que se establecieron en el Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session (A/40/17) en el cual *“se expresaron opiniones divergentes en cuanto a la conveniencia de mantener el apartado i del inciso b”* el cual *“debía suprimirse fundamentándose por dos razones. Una de ellas consistía en que no estaba justificado calificar como internacional a una relación meramente interna solo porque se había escogido un lugar de arbitraje situado en el extranjero. La autonomía de las partes era inaceptable en esta materia, porque permitía a las partes eludir disposiciones jurídicas obligatorias (...)* La otra razón era que la disposición abarcaba no solo el caso en que el lugar del arbitraje estaba determinado en el acuerdo de arbitraje, sino también en el caso en que se había determinado posteriormente en virtud del acuerdo por ejemplo por una institución arbitral o por el tribunal arbitral. Aunque predominó la posición de mantener el inciso, Uruguay no lo consagró en su derecho positivo.

12 La sentencia se refería a un ejemplo a la inversa, al justificar que si el ACI es internacional no aplican las normas del CGP. En este caso invertí el razonamiento lógico realizado por la magistrada

13 Art. 1º del CPCCN dispone que la competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable.

Esta ley es aplicable únicamente a los arbitrajes comerciales, quedando excluidos los de ámbito civil y de DIP. En el caso argentino existe una particularidad jurídica y es que nos encontramos, a diferencia del Uruguay, con un país Federal que ha distribuido competencias legislativas a las provincias, sin perjuicio de haber reservado algunas al gobierno federal. Una de las competencias delegadas a las provincias es la de elaborar su propia normativa procesal. Por consiguiente, esta ley federal sobre ACI podría haber nacido en el seno de cada poder legislativo provincial (a raíz de que los temas procesales son competencias de las distintas provincias). La doctrina argentina señaló que esta ley, si bien tiene disposiciones procesales, en su esencia establece una prórroga de jurisdicción, y la regulación de los límites jurisdiccionales de los tribunales frente a los tribunales extranjeros es una competencia que las provincias le otorgaron al Gobierno Federal de la Nación. Otro diferencial con la LNAU fue la regulación, a texto expreso, de su carácter exclusivo. Por esta razón, el ACI no se regirá por el CPCCN y los demás códigos procedimentales (uno por cada provincia)<sup>14</sup>, y, en consecuencia, estos pasarán a regular (por el carácter exclusivo de la ley) sólo el ACD. Como veremos en el siguiente apartado, se establecerán formas específicas para realizar las tareas de interpretación e integración.

Es de recibo mencionar un aspecto que es netamente semántico y sustantivo. En vista de que los textos jurídicos expresan que se aplicarán a los ACI cuyo origen corresponda a relaciones comerciales<sup>15</sup>, necesitaremos abordar una definición. En su segunda nota al pie, la LMU establece que *“Debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no”*. Acto seguido, se presenta una lista no taxativa de operaciones consideradas comerciales.

Un último elemento para destacar es la construcción, por la vía jurídica, de un sistema de regulación dualista. Esto significa que se regulará el arbitraje interno por los códigos de procedimiento civil y el ACI por la moderna normativa recientemente aprobada. Como afirma Talice, esta separación jurídica no obedece a cuestiones de naturaleza del arbitraje, sino a una cuestión que atiende a los sujetos intervinientes. En virtud de esto, el autor sostiene que para salvaguardar dicha distinción *“la calificación de un arbitraje como nacional o internacional es de orden público y no puede ser alterada por la voluntad de las partes”* (2019, p.50). La LMU se expresó en sentido contrario en su art. 1.c (y como vimos supra, esta disposición no fue recogida en la ley nacional de arbitraje argentina ni uruguaya).

14 Se excluyen las disposiciones contenidas en su CCCN (arts. 1649 y ss.).

15 En el I Report of the United Nations Commission on International trade law on the work of its eighteenth session (A/40/17) de 1985. *“Se expresaron opiniones divergentes [Primero] sobre la idoneidad de la nota al pie de página en cuanto a su forma y contenido”* Incluso se propuso su eliminación por entender que no tendría efecto legal (aunque todos concordaron la importancia de realizar una interpretación amplia del concepto comercial). Las dificultades presentadas estaban en torno a los sujetos, por las inmunidades que tienen los Estados; las temáticas porque podían dar a entender que si o si se debía someter a un arbitraje esos temas (recordando que existen cuestiones no arbitrables propias de cada entidad soberana). En esta comisión se destacó la participación de Hungría, aunque también asistieron miembros de China y los Estados Unidos

### 3. EL CONCEPTO DE ARBITRABILIDAD<sup>16</sup> A PARTIR DE LA LEY MODELO UNCITRAL

Es posible distinguir dos tipos de Arbitrabilidad; la objetiva y subjetiva. Según Rubén Santos (2002, p.72), “la primera de ellas supondría que tipos de personas, por su propia naturaleza pueden llegar a concertar un arbitraje (comercial) válido”. La segunda refiere a “cuando es la materia litigiosa la que se encuentra excluida de la posibilidad de acceder a una solución arbitral” (id., p. 83).

En torno a la primera, podemos realizar los siguientes comentarios: el Estado no es sujeto de análisis cuando actúa como persona de derecho público en un ACI. Sin embargo, es discutible su participación cuando actúa como sujeto de derecho privado en una relación comercial., pudiendo someterse a un ACI con personas físicas o jurídicas (si han celebrado un acuerdo arbitral). A este respecto, la jurisprudencia uruguaya determinó en varias oportunidades la Arbitrabilidad de los conflictos en los cuales intervienen distintas entidades gubernamentales<sup>17</sup>. En el caso argentino, existen normas constitucionales (arts. 116 y 117) que establecen expresamente la imposibilidad al arbitraje por parte de organismos estatales. La Dra. Noodt Taquela entiende que, en materia de contratos administrativos, podrían ser sometidos al mismo los aspectos técnicos o relativos a la indemnización. Como señala Guillermo Andrez Muñoz, esta disposición ha ido socavándose puesto que dicho país ha celebrado diversos tratados en materia de arbitraje de inversiones los cuales tienen rango constitucional por el art. 72 inc. 2 de su Constitución.

En cuanto al examen de la segunda condición planteada por Rubén Santos, el eje vendrá dado en torno a cuáles son las normas que determinan dicha condición (Noodt Taquela, 2000, p.3). En los ordenamientos jurídicos estudiados son las normas de derecho interno contenidas en el CGP y el CPCCN las que establecen (arts. 476 y 737 respectivamente) que “No podrán someterse al proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción”<sup>18</sup>. A nivel general se entiende que quedan excluidas todas las relaciones no patrimoniales tales como: “matrimonio, filiación, tutela, curatela y otras cuestiones de derecho de familia”<sup>19</sup> (Noodt Taquela, 2000 p.21). Además, si observamos las disposiciones contenidas en los Códigos de Proceso penal (arts. 2 y 6 uruguayo y arts. 1 y 5 argentino) dicha materia no será pasible de ser sometida al arbitraje. Las nuevas leyes sobre ACI que incorporaron ambos países, no tratan directamente este tema, debiendo considerarlo subsumido en el ámbito del derecho interno (imperando todavía una especie de neo-territorialismo). En este sentido, dividiremos las aguas en tres espec-

16 Esta supone “una condición específica relacionada con el aspecto jurisdiccional de los acuerdos de arbitraje y una condición precedente para que el tribunal asuma jurisdicción sobre una disputa en particular” (Breakoulakis, 2009, p.21). Del mismo modo podemos afirmar que esta plasma la determinación de la frontera jurídica entre la autonomía de la voluntad (para someterse a un TA) y los límites objetivos establecidos por las autoridades estatales (Lukas A Mistelis, 2008, p.4).

17 Caso 113, 1594, 1667, 5339 y 13.288 de la justicia uruguaya.

18 En cuanto a la definición de transacción debemos recurrir a los artículos 2153 a 2155 del CC y a los 832 a 861 del CCCN. A su vez el art 472 del CGP uruguayo establece que en principio se podrán someter todas las contiendas ante un tribunal arbitral, “salvo expresa disposición legal en contrario”.

19 Debemos destacar ciertamente que el anterior proyecto de ley sobre Arbitraje Comercial internacional en su artículo 9.1 establecía que “Podrá someterse a arbitraje toda cuestión relativa a derechos disponibles, sean contractuales, comerciales o litigiosas, o no lo sean, y sean existentes o futuras.”. Es decir que se preveía a (diferencia del proyecto aprobado) la Arbitrabilidad en materia civil (sucesiones) y societaria

tos. Por un lado, las regulaciones expresas en contra a favor y los matices; los temas de Orden Público Internacional (en adelante OPI) y las Normas de Aplicación Inmediata.

Considerando al Arbitraje Laboral, debemos expresar que las disposiciones de la LMU no aplicarían al mismo por dos sentidos. El primero es porque en el caso argentino existen disposiciones específicas sobre este (la ley 14.786<sup>20</sup> para el arbitraje laboral colectivo, y las leyes 14.250<sup>21</sup> y 24.635<sup>22</sup> en materia de arbitraje laboral individual). Asimismo, la LMU establece que se aplicará sin perjuicio de otras disposiciones, y una segunda razón (válida para ambas latitudes) es que la LMU tiene como ámbito de aplicación los “*contratos comerciales internacionales*” (en el caso uruguayo como afirma Giufra tenemos la discusión sobre si el Arbitraje Laboral aplica en términos del 472.1 y 476 del CGP determinados por los arts. 2153 a 2155 del CC).

Si observamos el arbitraje societario podemos afirmar que, en el caso uruguayo, existe una discusión en torno a su aplicabilidad del art. 150 de la Ley 16.060. Aunque Giufra afirma que “*no existe en nuestra legislación societaria ninguna disposición legal expresa que impida el arbitraje*” ni tampoco “*restricción alguna para la transacción de conflictos societarios ni afectaciones de orden público*” (p. 14). En cambio, la ley societaria argentina 19.550 no ha establecido disposición al respecto, por lo cual quedaría sujeta a decisión de las partes. Con relación a la aplicabilidad de la LNA y LNAU puede afirmarse que en primera instancia los aspectos societarios quedarían por fuera de su ámbito de aplicación (interpretación del término comercial).

Otro eslabón en materia de no Arbitrabilidad es la impuesta por el Orden Público (en adelante OP), que en el caso argentino se encuentra regulado en el art. 1649 de su CCCN (no aplicable a ACI, pero de igual manera puede ser considerado fuente de inspiración jurisprudencial). En este sentido se expresó la jurisprudencia, específicamente el caso **Francisco Ctibor S.A C. I c. Wall-Mart Argentina SRL s/ordinario**. En el mismo se planteó una disputa por la constitución de un Tribunal Arbitral (en adelante TA) por un incumplimiento en torno a la construcción en un predio (contrato de usufructo), en el que Wall-Mart Argentina se había comprometido a construir determinadas instalaciones comerciales y retribuir determinada ganancia a Francisco Ctibor SA C.I. La empresa acusada alegó que esta cuestión no era susceptible de ser sometida a arbitraje puesto que las cuestiones de usufructo y estrictamente pecuniarias eran de Orden Público (en adelante OP) (2152 y 1649 del CCCN) y que según el art. 884 la cuestión tampoco era posible de ser (a través de la autonomía de la voluntad) sometida a un tribunal arbitral. El tribunal de primera instancia entendió que debía constituir el TA, y que sean los árbitros los que diriman si es se trata de una cuestión subsumible en el marco del OP. La parte afectada alegó que esto era improcedente por la aplicación del principio “*iuranovit curia*”, el cual (como sabemos) supone que el juez se encuentra obligado a conocer todo el derecho y aplicarlo al caso concreto., disposición que no era de recibo puesto que el art

20 La presente ley, establece en su artículo cuarto que *si la fórmula conciliatoria propuesta a las que las que pudieran sugerirse en su reemplazo no fuere admitida el mediador invitara a las partes a someter la cuestión a arbitraje. No admitiendo el ofrecimiento, se dará a publicidad un informe que contendrá la indicación de las causas del conflicto, un resumen de las negociaciones, la fórmula de conciliación propuesta, y la parte que la propuso, la acepto o rechazó*

21 El artículo 16 establece la conciliación, la cual una vez resuelta tendrá carácter de cosa juzgada

22 Art. 28.-Si fracasare la instancia de conciliación, el conciliador podrá proponer a las partes que sometan voluntariamente sus discrepancias a un arbitraje, suscribiendo el respectivo compromiso arbitral.

1654 del CCCN disponía el principio kompetenz-kompetenz. La Corte Nacional expresó que, en definitiva

*“En ese orden de ideas, juzgo que el art. 1649 in fine no puede ser interpretado sino teniéndose presente que la tendencia actual observada en la jurisprudencia estatal y arbitral del derecho comparado es la de reducir considerablemente el alcance del orden público en el plano de la Arbitrabilidad de la controversia internacional y su correlativa extensión al plano interno”.*

En este sentido, se observa una clara restricción por parte de la jurisprudencia argentina en declarar la no Arbitrabilidad por razones de orden público.

Otros dos temas para tener en cuenta son los aspectos de OPI y NAI, los cuales operan también sobre el ACI como se muestra en el siguiente cuadro:

### **Cuadro I: Materia Arbitrable en Uruguay y Argentina (Orden Público Internacional y Normas de Aplicación Inmediata)**

Normas de Aplicación Inmediata	Orden Público Internacional
<p>El árbitro internacional, se encuentra determinado en su actuación por las condiciones que elijan las partes. Esta decisión involucra también el derecho aplicable, es decir, la subsunción del proceso arbitral a un sistema jurídico estadual (generalmente el de la sede), y la normativa extra-etática (reglamento de la institución arbitral).</p>	<p>Aquí nos encontramos con una barrera contra la continuidad jurídica de las relaciones, que opera a posteriori de la puesta en funcionamiento del sistema de DIPR.</p>
<p>Esta elección; ¿supone la subsunción de todo el derecho aplicable, o sólo de los elementos elegidos por las partes?</p>	<p>Si bien las partes pueden elegir el derecho procesal aplicable (como veremos en el capítulo sobre derecho aplicable al ACI), tanto la doctrina nacional y como la extranjera señalan que existen notorios límites en este accionar los cuales se encuentran determinados por la vulneración del debido proceso y la libertad de las partes.</p>
<p>La doctrina argentina señala la posibilidad de que los árbitros “dejen de lado” algunas normas de conflicto sobre ACI, recurriendo a la Autonomía de la Voluntad de las partes.</p>	<p>Estos elementos se consagran en el art. 5 de la Convención de Nueva York de 1958 y en la CIDIP sobre ACI de 1975 (art. 5).</p>
<p>No obstante, como señalan algunos autores, en esta área tenemos, por ejemplo, las normas de defensa de la competencia, las cuales no pueden dejar de ser consideradas por los árbitros. Estas normas son la ley 25.156 (Argentina) y la ley 18.159 (Uruguay).</p>	<p>Este aspecto es contemplado por la LMU, sobre todo en los arts. 18 (igualdad de las partes y defensa de sus derechos) y el art. 15 (imparcialidad de los árbitros).</p>
<p>Aquí tenemos claramente el tema de arbitraje sobre Marcas o Patentes, en el cual no operan solamente derechos patrimoniales, (Ley 17.011 en Uruguay y 24.481 en Argentina) sino que están en juego derechos morales, los cuales son de orden público.</p>	<p>A pesar de que no existe un análisis cuantitativo exhaustivo y excluyente, la experiencia jurisprudencial muestra que muchos de los recursos judiciales contra el laudo se realizan invocando principios de Orden Público Internacional, sobre todo aplicables a los temas procesales.</p>

## 4. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La autonomía de la voluntad supone un punto de conexión de carácter conductual a través del cual las partes pueden elegir el derecho material aplicable y/o el juez internacional competente a una determinada categoría. En el ámbito uruguayo “las normas que habilitan la autonomía conflictual son de carácter especial con un ámbito de aplicación acotado y material y geográficamente limitado” (Fresnedo, 2015, p.199). Debido a que la posición tradicional ha sido “*siempre mayoritariamente contraria a la autonomía de la voluntad, posición esta que ha sido unánimemente seguida por la jurisprudencia y las normas de fuente nacional e internacional*” (p. 64. 1994).

En este último la Ley 10.084 a través de la cual se aprobó el apéndice del Código Civil considero en el art. 2403 que “*las reglas de competencia legislativa y judicial contenidas en este Título no pueden ser modificadas por la voluntad de las Partes. Esta solo podrá actuar dentro del margen que le confiere la ley competente*”<sup>23</sup>. En el caso de las competencias jurisdiccionales en materia de contratos comerciales internacionales tendremos las disposiciones de los arts. 56 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil de 1889, el 2401 del Código Civil y el moderno Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción en Materia contractual, el cual establece la autonomía de la voluntad restringida y la posibilidad de prorrogar la jurisdicción a tribunales arbitrales.

El anteriormente mencionado art. 2403 es una norma preceptiva sin perjuicio de la discusión de si es de orden público o de orden público internacional. Sin embargo, el mismo no establece una muralla infranqueable contra el paso de la autonomía de la voluntad, sino que más bien restringe su actuación a especialísimas circunstancias, por ejemplo, cuando la ley aplicable para el caso concreto avale la modificación de las competencias legislativas y/o jurisdiccionales. Por su parte, la Ley 19636 permite la prórroga de jurisdicción en los casos establecidos en su ámbito de aplicación solución que no atenta contra el sistema de DIPR uruguayo pues es perfectamente armonizable con el art. 2403.

Considerando el ordenamiento jurídico argentino, debemos destacar que se parte de una posición favorable con un “*fundamento legal en los artículos 14 y 19 de la constitución argentina, que amparan la libertad de las acciones humanas*” (Gastaldi op cit. Fresnedo, 1994, p.50). En cuanto a su regulación expresa, en dicho país observamos que se consagra una autonomía de la voluntad amplia con algunas limitaciones. Las reglas concernientes a competencias jurisdiccionales se encuentran subsumidas en el Protocolo de Buenos Aires (restringida a un espacio geográfico) y en el art. 2650<sup>24</sup> del CCCN, sumado a las disposiciones en materia de autonomía de la voluntad contenidas en el art. 2651 del mismo

23 “El informe de la Comisión de Códigos de la Cámara de representantes reafirma esta idea y agrega que la competencia internacional se determina por razones superiores a la voluntad de las partes comprometidas en una relación jurídica y que ellas pueden, dentro del margen que les otorgue la ley competente, fijar con amplia autonomía, la extensión del margen de libertad que les otorga la ley competente, fijar con amplia autonomía, la extensión y alcance de sus obligaciones, pero no pueden variar el curso de la competencias internacionales que son fundamentalmente de orden público, porque afectan en su faz legislativa o judicial la soberanía del país en que se localiza la relación jurídica y están por lo tanto por encima de sus individuales voluntades” (op. cit. Fresnedo, 1994, p.67).

24 El Cual establece que, no existiendo acuerdo valido de elección de foro, con competentes para conocer en las acciones resultantes del contrato, a juicio del actor

código. Por lo que la ley 24744 sobre ACI aprobada por Argentina se subsume dentro de la consideración acuerdo de elección de foro válido establecido por el 2650 de su CCCN.

## 5. LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN

La interpretación “es una investigación dirigida a determinar el verdadero significado de una norma jurídica” (Talice, 1974 p.117). (Talice, 1974, p.117). La teoría del derecho discute si este proceso cognitivo debe realizarse en cualquier circunstancia o sólo ante vaguedad, ambigüedad o marginalidad de la norma y/o conflicto entre dos “leyes” con jerarquía diferente. No obstante, se trata de discusiones que escapan al objeto de esta investigación. Podemos distinguir que esta tarea posee dos elementos; el literal gramatical y el teleológico. Este último se basa en aspectos de *ratio Legis*, sistemáticos, políticos, sociales, históricos y comparativos., obteniendo resultados declarativos, restrictivos, extensivos y progresistas. (Talice, 1974).

La labor interpretativa de las normas de DIRP debe hacerse teniendo en cuenta su especial naturaleza, por lo cual será necesario separar distinguir entre el supuesto regulado<sup>25</sup> y la disposición sobre dicho supuesto regulado. Esto implica considerar primero la aplicabilidad de la norma, la calificación, y luego establecer las condiciones en las que se aplicará. Y en el caso de las normas de conflicto interpretaciones sobre la categoría y el punto de conexión<sup>26</sup>). El sistema jurídico uruguayo prevé en su Título Preliminar de las Leyes<sup>27</sup>(incorporado en el Código Civil) las líneas generales en torno a la interpretación e integración (arts. 15 al 17) las cuales se aplicarán a todo el derecho civil y comercial, nacional e internacional. En el caso del derecho argentino, su Código Civil y Comercial lo establece en el Art 2, teniendo una solución similar.

El DIPR posee la función específica de integrar diversos tipos de normas y de sistemas jurídicos (Talice, 1974, p.124 y sigs.), bajo el principio de contextualidad (expresado por la Prof. Fresnedo). Es justamente esa especificidad la que hace necesario generar normas concretas en materia de interpretación e integración, tendencia que está presente en diversas ramas del derecho. Por ejemplo, en lo que refiere al proceso penal, el nuevo CPP uruguayo consagra criterios sobre esta temática en su art. 14 (los cuales se aplican en materia de Cooperación Penal Internacional y Extradición<sup>28</sup>). En materia de Contratación Internacional, nuestro sistema de DIPR adoptó la Convención de Viena del 1980, la cual establece criterios específicos en dicha materia, adoptando los principios de *ex bona fide*, buen hombre de negocios y razonabilidad como elementos clave).

---

25 Talice distingue cuatro grandes teorías para la interpretación del supuesto normativo; por un lado, la *lex fori* y la exegética que serían técnicas *intra-ordine* y por el otro lado *lex causae* o comparatista de Rabel que son técnicas *extra-ordine* (p. 127 y sigs.). Esto sería a nivel general, en términos particulares tenemos el método funcional para “resolver el conflicto de calificaciones en el DIPR” analizado por el profesor Lorenzo Idiarte.

26 Aquí debemos distinguir si el punto de conexión es factico o jurídico. En el último caso sería necesario recurrir a algunas técnicas de interpretación para determinar que se entiende por este, y por lo tanto cual es el derecho sustantivo aplicable.

27 El mismo conserva la estructura dada por la Ley 917 de 1868.

28 Sin embargo, no debemos desconocer a importancia de los criterios generales de Interpretación, ya que por ejemplo el proyecto de ley sobre DIPr uruguayo contempla en su art. 1 que los criterios de interpretación serán los dados por el título preliminar de las leyes del CC.

De conformidad con lo dispuesto por la UNCITRAL, las leyes de Argentina y Uruguay destacan el “origen internacional” del ACI (principio teleológico), diferenciándolo así del Arbitraje Interno. Por su parte, se reafirma la promoción de la uniformidad. Esto implica que ante un diferendo no exista la incertidumbre sobre cuál será el derecho aplicable al caso. En materia de integración, se adopta una solución idéntica a la dispuesta por la Convención de Viena, recurriendo a los principios generales que inspiraron a la presente ley, teniéndose en cuenta el carácter internacional, y la intención teleológica de dar continuidad jurídica al negocio<sup>29</sup>.

Hay que destacar que antes de la aprobación de estos instrumentos jurídicos, era posible encontrarnos con muchos supuestos no regulados que debían ser subsanados a través de complejos trabajos de integración. Finalmente, debe señalarse que, amén de los principios contenidos en la LNAU, los mismos coexistirán con los arts.15 a 17 del CC, por su especial característica presentada al principio de este apartado.

## 6. EL DERECHO APLICABLE A LOS DISTINTOS ASPECTOS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

El mundo anglosajón distingue el derecho aplicable al ACI en torno a cuatro elementos: 1) la ley aplicable a la sustancia de la controversia de las partes”; 2) la ley aplicable al acuerdo de arbitraje; 3) la ley procesal aplicable a los procedimientos arbitrales; y 4) las reglas de elección de leyes aplicables en el arbitraje internacional (Born, 2011). Por su parte, la doctrina uruguaya habla del derecho aplicable en *dos sentidos; por un lado, el derecho aplicable al fondo del litigio, o sea a la controversia que se pretende resolver y por otro lado al procedimiento arbitral*” (Santos, 2018 p. 97).

El primer aspecto para destacar es el tema del derecho aplicable al procedimiento. Sobre este punto debe partirse mencionando el art. 19 de la LNAU y art.29 de la LNA, en los cuales se consagran dos principios. En el primero de ellos se establece que *“las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones”*. Debe comprenderse, como señalan Carbonneau y Gary Born, que esta elección de derecho procesal se refiere a adoptar las percepciones objetivas y subjetivas, jurídicas y jurisprudenciales que ese país tiene sobre el ACI, adoptando la universalidad en torno al instituto y no sólo a los aspectos meramente procedimentales, excluyendo de esto los reglamentos procesales de las instituciones arbitrales de dicho país, para lo cual entiendo que se debería realizar una sumisión voluntaria expresa a dichas disposiciones salvo que estén recogidas por la jurisprudencia.

A falta de elección se dispone que *“el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado”* (LNAU). El CPCCN ya establecía algo similar en sus arts. 751 y 769, si bien con una redacción distinta. Este principio no es de carácter absoluto, sino que se encuentra restringido por los principios

<sup>29</sup> Es interesante destacar que ambas leyes se incorporan al DIPR de fuente étático, al ser leyes surgidas de los poderes legislativos sujetas a todas las modificaciones que el Legislador considere prudente. Ahora bien, debemos pensar hasta qué punto influye que dicha norma sea tomada de un “modelo” producido por la UNCITRAL, otorgándole un valor subjetivo de que no debería ser modificada salvo que lo sea la ley modelo. Por supuesto estos son solo valoraciones subjetivas no respondiendo a ningún criterio jurídico.

de OP y OPI). En esta elección pueden considerarse claramente dos opciones. Una de ellas es elegir la ley del asiento del arbitraje y otra una extranjera. Como señala la doctrina francesa, la elección de una *loi de l'arbitrage* supone una revaloración de la propia existencia, y validez del ACI, así como aspectos de valoración de las pruebas, estructura del procedimiento y la propia eficacia extraterritorial del laudo (recordando que quizás tengamos una ley internacionalmente aplicable al contrato, otra para el acuerdo arbitral y una tercera para los aspectos procesales del ACI), (Born, 2011).

En segundo lugar, vamos a considerar los elementos que conciernen a las normas aplicables a los aspectos de fondo del litigio. Los mismos se encuentran subsumidos en el art. 28 de la LNAU y el de la LNA. La primera opción que presentan ambos es que *“el tribunal decidirá el litigio de conformidad con las normas de Derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio”*. En este sentido, el Dr. Talice comenta que dicha elección está condicionada (al igual que el derecho aplicable al procedimiento) por la existencia de normas de policía y disposiciones de OPI (2019, p.65) e incluso temas constitucionales y de debido proceso. Con respecto a esta última cuestión observamos las disposiciones del art.18 de la LAU y el de la LNA, los cuales disponen que *“Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”*.

Como señala el autor, la libertad para elegir el corpus jurídico aplicable al fondo, ve la luz por vez primera al sancionarse *“la convención europea sobre ACI, la cual consagra por vez primera la libertad de las partes para elegir el derecho aplicable y la del árbitro para recurrir en su defecto, a la regla de conflicto que juzgue apropiada al caso litigioso”* (p. 65).

En cuanto a los medios por los cuales se manifiesta la expresión de voluntad para elegir el derecho aplicable al fondo del litigio, Talice, Gary Born y Carboneau coinciden en que puede realizarse a través del propio acuerdo arbitral el cual, de conformidad con todo el sistema jurídico de ACI, tendrá que ser por escrito.

Asimismo, hay que considerar qué se entiende por *“reglas de derecho”*. Según la nota explicativa de la LMU, se debe entender por estas que:

*Se “referencia a la elección de las “normas de derecho” y no a la “ley”, la Ley Modelo brinda a las partes una gama de opciones más amplia en lo tocante a la indicación de la ley aplicable al fondo del litigio. Por ejemplo, podrán elegir de común acuerdo por normas de derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional. Las partes también podrán determinar directamente que el derecho sustantivo que ha de regir el arbitraje sea un instrumento como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, sin necesidad de remitirse a la legislación interna de ningún Estado parte en esa Convención”* (UNCITRAL, p.37).

En el caso específico de la LNA se entiende que de conformidad con su art. 15 (el cual establece que *se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma*), se abriría la puerta para concebir la elección de derecho de fondo de forma tácita.

En cuanto a que qué sector del derecho fue el elegido por las partes, se debe expresar que el mismo hace referencia a la ley etática, descartándose las disposiciones de las normas de conflicto (para evitar la remisión a otro estado y las posibilidades de reenvío). Como señala Rubén Santos, este numeral no debe ser interpretado como la elección de un derecho netamente estadual, ya que podrían elegirse reglas no gubernamentales, es decir, las establecidas por los operadores del comercio internacional (*lex mercatoria*).<sup>30</sup> Por su parte, las leyes de arbitraje objeto de estudio disponen que en los casos en que las partes no hayan indicado el derecho aplicable, el mismo será escogido por el tribunal arbitral conforme a los criterios que estime conveniente. Dejando claro que el propósito de ambas leyes no es que los tribunales decidan esto, más bien todo lo contrario, el espíritu es que las partes (en el ejercicio de la autonomía de la voluntad) establezcan el derecho aplicable al fondo del litigio.

## 7. LA CLÁUSULA ARBITRAL O COMPROMISORIA

La Cláusula Arbitral o Acuerdo arbitral es ante todo una toma de decisión sobre la cual se produce una prórroga de jurisdicción a favor de un tribunal arbitral de naturaleza privada, utilizando la conexión autonómica ya mencionada. La distinción entre Cláusula Arbitral y Compromiso Arbitral<sup>31</sup> fue superada por las disposiciones de las distintas fuentes de DIPR a los efectos de evitar problemas de aplicabilidad. Las dos grandes características que definen la validez del acuerdo arbitral, según las normas de fuente etático y plurietática son; la celebración por escrito y el consentimiento de las partes<sup>32</sup>.

Para que el acuerdo arbitral adquiera validez y eficacia, deben cumplirse determinados requisitos en cuanto a las formas. En el ámbito supranacional la Convención de Nueva York en su art. 2 inc. 2 *“Define en forma contundente e inequívoca lo que se entiende por acuerdo por escrito”* estableciendo que la *“Expresión acuerdo escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.”* Expresando que es *“una norma material especial para el tráfico externo, de origen convencional y de carácter imperativo”*. (Noodt Taquela, 2000, p. 122), y agregando además que intenta *“evitar la aplicación de una técnica conflictual”*. En el mismo sentido se expresa la CIDIP-I sobre ACI y los acuerdos del MERCOSUR (art. 6).

La fuente nacional contenida en el CGP establece en su art. 473.2 que será por escrito *“so pena de nulidad”*. Incluso en su art.477 dispone la obligatoriedad de escritura pública para su validez, lo cual no se condice con el DCI y sus modalidades. El art. 739 del CPCCN determina lo mismo que el uruguayo, pero permite también la celebración mediante escritura privada. Cómo nos dice Noodt Taquela, *“si el acuerdo arbitral es el*

30 Talice en este aspecto comenta que el termino ley (establecido por el art 28) designa *“las normas pertenecientes al sistema jurídico etático que las partes pueden elegir en un ACI para regular el fondo del litigio... ejerciendo esta libertad, las partes pueden elegir una ley con o sin vínculo con el objeto del litigio, pueden también designar varias leyes siguiendo la técnica del depesage, elegir una ley neutra, congelada o acumuladora. Si bien es ampliamente admitido la utilización de la lex mercatoria tal como afirma Rubén Santos.*

31 La Cláusula Arbitral, se realiza antes de que surja un litigio (en el contrato) y el Compromiso arbitral. El mismo tiene *“cronológicamente una existencia posterior a la aparición de la diferencia entre las partes”* (Rubén Santos 2001 p. 53).

32 En materia del perfeccionamiento del acuerdo arbitral tenemos por un lado las disposiciones generales establecidas por el Art 42 del TDCIM de 1940, y en materia específica el art 6 de los acuerdos del MERCOSUR sobre ACI.

*fundamento para excluir la actuación de los tribunales estatales y abrir la jurisdicción privada, la voluntad de las partes debe expresarse de un modo indudable*" (p.123). Esta "insistencia" por el acuerdo escrito y formado por las partes, se debe a que es la única manera en que se puede "exteriorizar el consentimiento de las partes de someterse a una justicia privada" (Sandler Obregon, 2006).<sup>33</sup>

Hay que destacar el tema de la autonomía de la cláusula arbitral con respecto al contrato que dio origen a la controversia. La misma significa "que la inexistencia o invalidez del contrato no implica necesariamente la nulidad de la convención arbitral"<sup>34</sup> (Noodt Taquela, 2000, p.128) y fue regulada en el Art II de la Convención de Nueva York, art. 3 de la CI-DIP-I sobre ACI y los arts. 5 y 18 de los acuerdos del MERCOSUR.

La LMU había regulado al acuerdo arbitral en 1985 de conformidad con las disposiciones de la Convención de Nueva York en tanto que se mantenía la exigencia por escrito. En este sentido, según expresa la propia UNCITRAL en su nota explicativa, "los profesionales del arbitraje han señalado que, en varias situaciones, la elaboración de un documento por escrito resulta imposible o poco práctica". A este respecto, la reforma del 2006 de la LMU modificó el art. 7 estableciendo dos opciones. La primera de ellas optaba por mantenerlos criterios de 1985 (en el cual se mantenían las disposiciones en torno a la forma) y la segunda opción no hace mención a las formas.

La LNAU en su art. 7 se inclina por la primera opción (la de 1985), aunque como comentan Ricardo Olivera García y Laura Chalar Sanz, "si bien adopta (la fórmula tradicional), en cuanto a que se entiende por acuerdo escrito, usa una redacción más ajironada que la Ley Modelo". Por su parte, la LNA flexibiliza esta cuestión al establecer que "El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede **constancia de su contenido en cualquier forma**".

A este respecto, señalan Mistelis y Kroll que "no existiría razón para someter a los acuerdos de arbitraje a requisitos formales más estrictos que otros tipos de contratos. Ya que no es considerado una peligrosa renuncia a derechos sustanciales" (op. cit. Olivera García Chalar Sanz, 2018, p.38). Con respecto al derecho aplicable a la cláusula arbitral, según la CIDIP-I sobre ACI se regirá por la ley elegida por las partes o la ley sede del tribunal arbitral, y asimismo tenemos las normas materiales de los acuerdos del MERCOSUR, que regulan la validez formal e intrínseca del acuerdo. En torno a la primera, expresa que se regulará por el **derecho del lugar de celebración** (a falta de cumplimiento de este punto de conexión, se aplicará el núm. 5 del art. 6). En cuanto a la validez intrínseca, la misma se regulará por el derecho del lugar del arbitraje.

33 La doctrina anglosajona establece que este requisito por escrito tiene como fin "asegurar que las partes hayan efectivamente pactado el arbitraje. Dado que el acuerdo arbitral puede llevar a la renuncia de las partes de su derecho constitucional de ver sus controversias ante los tribunales, la forma escrita busca evitar que el acuerdo pase desapercibido. En segundo lugar, la escritura brinda un registro el acuerdo que ayuda a probar la existencia y contenido del acuerdo arbitral en ulteriores procedimientos" (Gary Born 2011. P 659)

34 Esta autonomía se funda en que la Clausula arbitral no es una cláusula contractual común, puesto que "tiene por única función y por finalidad extraer del conocimiento de la jurisdicción ordinaria las eventuales controversias que se susciten entre las partes...afirmándose incluso que es jerárquicamente superior al contrato" Además se expresa que la misma posee condiciones diferentes de validez y eficacia con respecto al contrato principal, y fuentes aplicables diferentes

## 8. CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Una vez que ha surgido el litigio, se debe determinar la cantidad de árbitros que compondrán el tribunal arbitral, así como el idioma y sede, elementos que se desprenden del acuerdo arbitral. Como nos dice Mateo Veiras Mezzera, *“A efectos de garantizar la imparcialidad, disponibilidad e independencia de los árbitros, las instituciones arbitrales exigen a los árbitros designados firmar declaraciones al respecto”* (p.66). Una vez conformado el Tribunal Arbitral, será el árbitro quien desempeñe la función jurisdiccional.

El caso 943 de la ley expresa que *“los árbitros tienen la calidad de funcionarios judiciales desde que el juicio arbitral ha sido creado como una jurisdicción especial, que les confiere la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, debiendo las sentencias ser obedecidas como si las mismas emanaran de los jueces ordinarios”*. (Rubén Santos, 2002, p. 97). El CGP uruguayo establece un capítulo a la constitución del tribunal arbitral (arts. 480 al 487), disponiendo que serán 3 o 5 árbitros<sup>35</sup>, mayores de 28 años, los que conformarán el TA, los cuales designarán al árbitro sustanciador (art. 482), regulando además los motivos para el reemplazo, recusación y remoción de estos. El CPCCN lo regulaba en los arts.743 al 745, siendo una regulación similar a la uruguayana con algunas variantes.

En cuanto a la normativa de DIPR supranacional, tenemos a la Convención de Nueva York de 1958 así como la CIDIP Panamá de 1975 que poco expresan en torno a los árbitros. Es la normativa del MERCOSUR la que se expresa mayormente sobre el tema (arts. 16 y 17), aunque estos son aplicables únicamente a los países miembros. La ley nacional de ACI tanto en Argentina como en Uruguay replicaron de forma casi idéntica que la ley modelo los aspectos de la elección de los árbitros en los arts. 10 al 15, a través de la cual se consagra la autonomía de la voluntad en torno al proceso de elección de los árbitros restando la libertad de las partes. No obstante, en los casos en que las partes *“no hayan hecho uso de esa libertad se deberán establecer normas supletorias que”* garanticen la eficacia y que se *“dirima la controversia”* (UNCITRAL,2006).

En relación con la recusación de los árbitros, la LNA establece, diferencia de la LNAU y la LMU, dos “ejemplos” de causales de recusación, a saber:

*“a) Como patrocinante o representante de una de las partes, independientemente de la cuestión en debate, o b) Con la misma causa o con el mismo objeto, como patrocinante o representante de un tercero”*. *“El supuesto incorporado por la ley argentina sin duda tiene su origen en algunos casos en que la Argentina era demandada ante la CIADI en los que las recusaciones de ciertos árbitros fueron descartadas* (Rivera, 2018, p.197).

## 9. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Una vez comenzado el proceso arbitral, debemos tener en cuenta cuál es el alcance de la función de *jurisdictio* que tienen los árbitros. En torno a esto, siguiendo la lógica del proceso, podemos referirnos primeramente a la posibilidad en la que se cuestione la

<sup>35</sup> En este sentido se expresa el artículo 5 del reglamento de la CIAC, al establecer que si las partes no han convenido nada en contrario se nombrarán 3 árbitros. Lo mismo establece el reglamento de ACI de la ICC (art 8)

competencia de los Tribunales Arbitrales, teniendo la posibilidad de ellos mismos examinar su competencia sin intervención de las autoridades jurisdiccionales estatales. Más adelante se analizará que facultades específicas poseen estos y cuál es su interacción con los jueces estatales para el cumplimiento de estas.

Estos elementos se encuentran regulados en los arts. 16 y 17 de LNAU y 35 a 37 de LNA, destacándose que ambos proyectos consagran el principio “*Kompetenz-Kompetenz y de la separabilidad o autonomía de la cláusula compromisoria.*” (UNCITRAL, 2006). Según la doctrina alemana, esta cláusula significa que 1) las partes no se tienen que “poner en contacto” con un tribunal estatal y otro organismo para analizar la competencia del Tribunal Arbitral y 2) que este derecho no será razón para desconocer el laudo emitido por estos (Ilja Alexandrov, 2002, p.35).

No obstante, según el autor, para que este elemento no se utilice como un medio para retrasar el proceso, el TA podrá analizar esta competencia en paralelo que avanza el proceso arbitral. Hay que destacar que la cláusula establecida por la LMU se diferencia de lo que disponen los acuerdos del MERCOSUR, a raíz de que permite la excepción por haber excedido su mandato el tribunal arbitral e incluso podrá recurrir a los tribunales estatales ante la declaración de competencia de dicho TA (art. 16 inc. 2 y 3 de la LMUU y arts. 36 y 37 de la LMUA). El segundo aspecto por destacar es la autonomía de dicha cláusula con respecto del contrato internacional en el que está inserto. Esta “*asegura que las eventuales impugnaciones de nulidad o invalidez del contrato principal no impacten sobre la cláusula, por ende sobre la jurisdicción arbitral*” (Olivera García, 2019, p.39-40). De las leyes aprobadas, así como los comentarios de la UNCITRAL, se desprende que esto no se hará sin un control judicial, siendo analizado (además) como una cuestión previa.

Esta última cuestión debe ser tenida muy en cuenta, ya que un aspecto fundamental, es la autonomía de la cláusula arbitral (con respecto del contrato) debido a que la nulidad del contrato conlleva la de esta, y por ende del propio ACI. El problema se agravaba al no existir en los ordenamientos jurídicos uruguayo y argentino normas específicas en torno a esto. A lo sumo en el CGP existía la solución del art. 491<sup>36</sup>. Por su parte, Gustavo Parodi menciona algunas posiciones doctrinarias como la del profesor Véscovi, el cual expresaba que “*la cláusula arbitral excluye la jurisdicción común y obliga a resolver las contiendas en la jurisdicción arbitral (art. 475 del CGP). Tanto lo que es la doctrina entiende que es válida, aun cuando el contrato, por otras estipulaciones sea nulo*”. Más allá de esto y de todos los argumentos lógicos que se podían dar, la inexistencia de una solución en el derecho positivo hacía que este tema fuera una caminata por arenas movedizas.

Un segundo conjunto de competencias que es necesario mencionar son aquellas referidas a la posibilidad de efectuar medidas cautelares, cuya finalidad es “*prevenir el daño derivado del retardo de una decisión jurisdiccional definitiva asegurando la eficacia de la misma, se dan “previamente a un proceso o durante éste, para evitar que el demandado haga ineficaz sus efectos prácticos o los burle mediante maniobras más o menos ilícitas*” (Tellechea, 2002). Como nos dice Véscovi, para que las autoridades jurisdiccionales ordenen la realización de

36 Cuestiones conexas. - Constituido el Tribunal Arbitral, se entenderán sometidas a él todas las cuestiones conexas con lo principal que surjan en el curso de este. En este caso, dichas cuestiones se tramitarán por el procedimiento que las partes convengan y, en su defecto, por el señalado para los incidentes.

una medida cautelar “*deben darse tres principios; Fono bono iuris, periculum in mora y contracautela*” (2002, p. 134). Las mismas, en tanto establecen una profunda afectación de derechos (forma temporal) constituyen una facultad exclusiva de las autoridades jurisdiccionales estatales. En el caso que el TA deba requerir la realización de esta, bastará con un pedido dentro del derecho “procesal” ordinario sujeto a las disposiciones de los códigos procedimentales civiles. En los casos donde se requiera la realización de dicho acto procesal en un estado distinto a la sede arbitral será necesario recurrir a las normas de derecho procesal civil internacional, ya sea supranacional o nacional.

El derecho, tanto de fuente supranacional como nacional, tradicionalmente no contempló la posibilidad de que las autoridades arbitrales dispusieran su realización,<sup>37</sup> pero el art. 19 de los protocolos del MERCOSUR estableció la posibilidad de que las medidas cautelares puedan ser dictadas por el tribunal arbitral. No obstante, agrega también que podrán ser por la autoridad judicial competente. Sin embargo, en última instancia el diligenciamiento se realizará ante un juez, que se lo enviará al juez requerido para que efectivice (en virtud de ello, aplicará el Protocolo de Ouro Preto para los aspectos generales). Fuera de este ámbito, hasta ahora se tenía que recurrir al ámbito judicial y proceder de conformidad (en caso de que fuera internacional) con las normas específicas de las medidas cautelares (Ouro Preto, Interamericana o los códigos procedimentales argentino o uruguayo).

Con la aprobación de las LMU en ambos países, tenemos una norma similar a la establecida por dicha Organización Internacional para todos los casos (art. 17 en la LNAU y arts. 36 a 60 de la LNA) con las ventajas que eso conlleva (**que el tribunal arbitral decida los aspectos de fondo de la medida cautelar y el tribunal jurisdiccional proceda a los aspectos de diligenciamiento**). Vale destacar que la doctrina argentina con Caivano y Noodt Taquela a la cabeza comentan que es posible que el TA disponga medidas cautelares no coercitivas, las cuales las partes las cumplan por motus proprio.

## 10. INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

No debemos dejar de mencionar la posibilidad de la alteración del derecho aplicable al fondo del litigio por la intervención de terceros en el proceso. La primera discusión se da en torno a las condiciones en las que se da la mencionada intervención<sup>[1]</sup>. Las doctrinas suiza y francesa distinguen dos tipos; voluntario y forzoso. En el primer caso, Xavier Fevbre Bulle expresa que el arbitraje voluntario se da cuando una parte que no pertenecía al acuerdo original se ve subsumida dentro del caso (ejemplo: caso de arbitraje de construcción cuando el contratista general que es demandado, demanda a un subcontratista), también llamado tercerías<sup>38</sup>. o en los casos de intervenciones técnicas.

37 En el caso argentino el art 753 de su CPCCN establece que “Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y este deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la mas rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral.”. Y estas disposiciones se encuentran en muchas provincias. Misiones en el 753, Rio negro 753, Buenos Aires 791, Tierra del Fuego 728, Chubut 753 etc.

38 La doctrina colombiana expresa que “Las tercerías (simple) son la intervención de un tercero en el cual ese tercero formula su propia pretensión la cual puede ser oponible o incompatible con la del demandante” (Duarte y Mendoza, 2016 p. 40). A su vez Hernando Devis Echandia (citado Duarte y Mendoza, 2016 p.41) expresa que en la misma “Se introduce un nuevo litigio

En el segundo supuesto tendríamos intervenciones forzosas en arbitrajes por derecho de la competencia (vulneran un interés de la comunidad), o en los casos inversor-Estado (no objeto de esta investigación) también por temas de denunciado en pleito, integración del contradictorio entre otros. La cuestión aquí es que las leyes sobre ACI aprobadas por Uruguay y Argentina no especifican estas cuestiones, por lo cual las mismas quedarán sujetas a lo dispuesto por los reglamentos de las instituciones arbitrales a las que se sometan las partes, o a lo convenido por estas en el caso de arbitrajes *ad hoc*. Ahora bien, es necesario destacar la posibilidad de una intervención estadual preceptiva considerando las normas de aplicación inmediata y el OPI (como vimos en capítulos anteriores).

Actualmente, la doctrina anglosajona y europeo continental, está discutiendo, en materia de intervención de terceros en el ACI, la extensibilidad de la cláusula arbitral hacia terceros no signatarios (aspecto que escapa el objeto de esta investigación).

## 11. IMPUGNACIÓN Y NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL

En este apartado analizaremos las formas que se tiene para impugnar, es decir, negar y anular el fallo emitido por el tribunal arbitral. Esta se da antes de que opere la “*eficacia extraterritorial*”. A consecuencia este recurso tiene como finalidad invalidar el laudo. Lo que tendremos después son aquellos elementos que niegan la continuidad jurídica, sin embargo, no atacan su validez internacional (como el principio del OPI<sup>39</sup>). Este recurso es el que se interpone ante la *res iudicata* (*res arbitrata*, o “*autorité de chose jugée*”) <sup>40</sup> puesto que en materia arbitral no existen “*tribunales de apelaciones*” ni “*recurso de casación*”. Debido a que la irrecorribilidad es uno de los principios del instituto.

Por esta razón, aquí se descargan todas las baterías para poner fin a dicha continuidad jurídica. Ya que “*un tribunal competente para resolver sobre la petición del laudo (ante una posible denegación de continuidad jurídica), debe ceñirse estrictamente al análisis de las causales de nulidad*” (Elina Mereminskaya 2006) para que esto no se convierta en un “tribunal de apelaciones por la vía de los hechos”.

Sumado a que *los recursos de impugnación del laudo a disposición de las partes difieren ampliamente de un ordenamiento a otro*. Las disposiciones de la UNCITRAL (a través de la ley modelo), vienen a coadyuvar al proceso de unificación de soluciones del DIPR. Generando recursos claros y concisos en dicha materia. Tanto la LNA y la LNAU recogen las disposiciones de la ley modelo casi a texto literal, estableciendo dos grandes vertientes; 1) Los que han de ser probados por la parte que interpone la petición o 2) que el acuerdo no sea válido, que entre otras cosas puede ser que la autoridad competente que violente el OPI (la mención de OPI es una innovación técnica de Uruguay y Argentina).

---

*al proceso, pues la Litis, limitada a la pretensión del demandante, se extiende a una nueva formulada por el tercero.” En la tercería excluyente “Se presenta cuando el tercero interviniente formula su pretensión contra el demandante, para que se le reconozca un mejor derecho, y contra el demandado, a fin de que se le condene a satisfacerlo” (Ídem. p. 42)*

39 Podemos decir que a la hora de aplicar el derecho extranjero lo hacemos “*como un derecho*”, teniendo en cuenta el principio *iuranovit curia*. Esta aplicación tiene algunas excepciones entre las que se encuentra el OPI el cual niega la continuidad jurídica de las relaciones atendiendo a los principios sobre el cual el Estado asienta su individualidad jurídica.

40 Cosa Juzgada: Como nos dice Francisco Prol aquí podemos dar la discusión de cuál es la ley aplicable a la cosa juzgada. Si la *lex fori* del que rigió el primer procedimiento, la del segundo procedimiento o la ley sustantiva a las que las partes sometieron el arbitraje.

Las causales sobre las cuales las partes fundan los argumentos jurídicos para la nulidad del laudo arbitral se encuentran en consonancia con aquellos elementos que se interponen ante las autoridades jurisdiccionales para frenar la eficacia extraterritorial de los laudos, pero también de las sentencias. En definitiva, estos principios consagrados en el art. 39 de la LNAU y art. 99 y ss de la LNA).

Los principales argumentos versarán sobre los siguientes temas, a saber: La incapacidad de las partes y la no Arbitrabilidad del litigio (ya analizado), violaciones a los principios generales del derecho procesal, tales como la inexistencia de notificaciones debidamente realizadas, la designación de los árbitros o no haber podido hacer valer sus derechos. En torno a los mencionados temas procesales, cabe destacar la sentencia definitiva i74/2011 del tribunal de apelaciones en lo civil, que pedía la anulación del laudo arbitral atendiendo a los principios de OPI, la falta de garantías procesales y la falta de parcialidad de los árbitros, pretensión que fue denegada ya que entre otras cosas (cómo la falta de pruebas y competencia) se estaba pidiendo la nulidad cuando en si el tribunal podrá denegar su ejecución<sup>41</sup>.

En cuanto a los temas procedimentales, tenemos que *La petición de nulidad deberá formularse dentro de los treinta (30) días contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al Capítulo 6 del Título VII de la presente ley, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.* (art 100 LNA)

## 12. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL ACI

En este apartado observamos el proceso a través del cual ya se ha establecido el laudo arbitral y se han agotado las instancias de oposición por nulidad. Por lo tanto, es el momento de su eficacia extraterritorial<sup>42</sup>. El Marco Jurídico en esta área estará dado por los arts. 18 a 22 del Protocolo del Valle de las Leñas, los Acuerdos del MERCOSUR sobre ACI (que remite en su art. 23 a la normativa antes mencionada), el art. 5 de la Convención de Nueva York de 1958 y el art. 5 de la CIDIP-I sobre ACI.

En el sistema de DIPR étático, Argentina tenía las disposiciones de su CPCC, el cual lo regulaba en su art. 519 bis que a su vez nos remite a los arts. 517 y 537. Derogado de forma expresa por la LNA aplicándose los arts. 102 y ss. La normativa uruguaya de fuente nacional no poseía regulación; el art. 539 del CGP solo se aplicaba a las sentencias<sup>43</sup>. La aprobación de la LNAU significó una innovación, al establecer por primera vez criterios jurídicos para el reconocimiento extraterritorial de los laudos arbitrales

41 También reconoce que admitiendo que se trata de cuestiones distintas (validez y ejecutabilidad de un laudo) se ha señalado, con razón, una coincidencia básica entre las circunstancias que invalidan un laudo y las que impiden su reconocimiento y ejecución, de modo que podría declararse la nulidad del laudo cuando se verifica alguna de las condiciones que obstan su reconocimiento y lo hacen inejecutable

42 Las autoridades jurisdiccionales han equiparado los laudos arbitrales al tratamiento otorgado a las sentencias emitidas por autoridades estatales, de modo que será menester considerar brevemente el proceso de eficacia extraterritorial de las mismas. Este procedimiento se le denomina *exequatur*, y establece que la misma deberá ser presentada ante la suprema corte de justicia (la cual controlará los requisitos formales, documentales y procesales) Posteriormente se escucha al ministerio público y se emitirá el fallo. El cual podrá reconocerla o no.

43 En principio se da continuidad jurídica a aquellas sentencias que sean definitivas y en materia civil y comercial. En el caso de los Laudos Arbitrales estos están sujetos a los requisitos formales, documentales, procesales y de OPI

(arts. 39 y 41 y art. 104 de la LNA). A grandes rasgos, la LNA y la LNAU establecen, en concordancia con la normativa mencionada supra, cinco criterios para la denegación del laudo, a saber:

**Capacidad de las Partes para celebrar el acuerdo:** Se trata de una categoría autónoma en los DIPR de ambos países, subsumible en el art. 1 del Tratado de Montevideo de 1889 y 1949, los arts. 2393 del CC y 2616 del CCCN argentino (regulado por la ley del domicilio, y este debe ser interpretado in ordine por las disposiciones de las fuentes correspondiente), en los acuerdos del MERCOSUR está regulado a texto expreso.

**Validez del Acuerdo Arbitral:** En materia de validez de la cláusula arbitral no fue recogida explícitamente en la LNA ni la LNAU, simplemente se establece que dicha condición de validez se sujetara a *“en virtud de la ley a que las partes lo han sometido”* y subsidiariamente se regirá por la ley de la sede del arbitraje.

Una tercera causa contra la denegación del reconocimiento extraterritorial del laudo obedece a *“que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”* art. 104 LNA (igual regulación vemos en la Convención de Nueva York, CIDIP-I sobre ACI y acuerdos MERCOSUR).

Una cuarta causal responde a la incompetencia del TA por haber fallado sobre determinados aspectos, al no estar estos subsumidos dentro del compromiso arbitral y por lo tanto el mismo no tener capacidad para resolver sobre dicha área, o que la propia composición del TA no se realizó de conformidad con lo dispuesto en el acuerdo arbitral o con las leyes de procedimiento.

En cuanto a la posibilidad de denegar la continuidad jurídica del laudo en base a la Arbitrabilidad, el OP y la excepción de OPI, hemos expuesto la visión en un capítulo precedente. Cabe mencionar, no obstante que dicho análisis será realizado por la autoridad jurisdiccional que reciba el mismo.

Es de recibo afirmar que la LMU aprobada por Uruguay y Argentina mantuvo un criterio uniforme con las demás fuentes supranacionales en la materia evitando así la colisión de soluciones, por causa de que los aspectos comprendidos en la Convención de Nueva York aplican casi a la totalidad de los países. Tal como nos señala la doctrina norteamericana, su efectividad se basa en tres pilares: 1) la obligatoriedad de reconocimiento por parte del estado; 2) la obligación de reconocimiento del tribunal arbitral por parte del poder judicial; y 3) el corolario establecido por el art. V (Gómez, 2006).

### 13. ARMONÍA LEGISLATIVA

Este apartado se referirá a la interacción que se da entre las distintas fuentes del DIPR sobre ACI. Para ello analizaremos someramente cómo interactúan las fuentes supranacionales, para luego apreciar algunos aspectos interesantes que trataron a texto expreso la LNA y la LNAU. Una primera distinción podría versar sobre la siguiente cuestión: Ante un texto jurídico de fuente supranacional y uno de fuente nacional, ¿existe algún criterio para distinguir la fuente aplicable?

Si bien podríamos evocar la dicotomía entre monismo o dualismo, resolveré esta cuestión recurriendo al principio *non sunt multiplican sentia sine necessitatis*. Con este fin, acudo a la normativa vigente de Fuente Universal, Regional, Subregional y Nacional<sup>44</sup> que establece la primacía de la fuente supranacional a la nacional. Una segunda cuestión implica distinguir entre tipos de Arbitraje, en otras palabras, que esta ley tiene por función ontológica regular al ACI y no al arbitraje entre sujetos del derecho internacional o de derecho público interno.

En materia de armonía legislativa, la dicotomía puede se origina a partir de la existencia de normativa de igual jerarquía y con un mismo objeto regulado. En este caso podemos apreciar una norma de carácter excepcional, dada por el art. 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. En igual sentido, el art. VII de la Convención de Nueva York que establece que las disposiciones de dicha convención “*no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales...*” suscritos en la materia, sino que siempre se aplicará buscando el interés superior de la preservación y continuidad jurídica del ACI. A partir de la lectura atenta del presente artículo surgen algunos aspectos a destacar. En primer lugar, no establece restricciones de carácter “temporal”<sup>45</sup>. Tampoco existe disposición alguna con respecto a normas anteriores (o posteriores) a su aprobación, ni se abordan cuestiones de jerarquía, siendo estos aspectos muy importantes a la hora de la interpretación normativa. En su nota explicativa al art. II del convenio de Nueva York, la UNCITRAL establece que:

*“el párrafo 1 del Artículo VII (...), se aplica de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle en virtud de las leyes o tratados del país donde se invoca el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje.”<sup>46</sup>*

En cuanto al ámbito Interamericano tenemos que la CIDIP-II sobre Eficacia de Sentencias, la cual establece claramente un criterio de armonización al expresar que “*las normas de la presente convención se aplicarán en lo relativo a laudos arbitrales en todo lo no previsto en la Convención Interamericana*” sobre ACI. Los acuerdos del MERCOSUR, “*no contienen cláusulas de compatibilidad.*” No obstante, los art 23 y 25.3 “*adoptaron por otra estrategia, remitiéndose a otros textos convencionales*” (Rubén Santos, 2006).

La UNCITRAL establece en el proyecto de ley modelo que “*La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado.*”. Confirmando la preeminencia de la normativa supranacional sobre la nacional. Presentándose conjuntamente como paraguas jurídico que rellene los aspectos no regulados por dichas fuentes. Destacando que la ley argentina prevé una forma

44 Art 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; Art 1 Convención de Normas generales de DIPR Art Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889-1940 Art 525 Código General del Proceso y el Art 2594 del Título IV (sobre normas de DIPR) del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

45 Como si lo establece el Protocolo del Valle de las Leñas el cual expresa en su artículo 35 que no se restringirá las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscritas anteriormente entre los Estados parte mientras no se contradigan (no estableciendo disposiciones a posteriori)

46 Disponible en <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>

de interpretación no exhaustiva del art II.2 de la Convención de Nueva York según lo dispuesto en el art 106 de la LNA.<sup>47</sup>

## 14. CONCLUSIONES

En la presente investigación se ha dado cuenta sobre la influencia de la LMU de ACI, en la unificación del SI (en su proyección jurídica y económica), tomando como caso de estudio a Uruguay y Argentina.

Medularmente, es imperante destacar sin mayores dilataciones, que efectivamente **La aprobación de la Leyes 19.636 y 27.244 en los ordenamientos jurídicos uruguayo-argentino en el 2018 coadyuvó a la unificación del Sistema Internacional**. Dicha afirmación se realiza en base a los siguientes postulados. En primer lugar, expresamos que en 2018, Uruguay y Argentina culminaron un proceso iniciado en 1889, con el art. 5 del Tratado de derecho procesal internacional, al incorporar normativa que reconocía el ACI en su fuente nacional, superando las regulaciones dadas por los códigos procedimentales, evitando de esta forma los trabajos de ingeniería y milagros jurisprudenciales al no tener una normativa correcta). Esto determinó el inicio de un mejor relacionamiento a nivel internacional, así como la armonización de soluciones en materia de DIPR.

El llamado a la armonización de soluciones ya había sido respondido en el ámbito del MERCOSUR (al cumplir el art. 1 del Tratado de Asunción) aprobando dos protocolos sobre ACI. De igual modo, debemos comprender que la inserción comercial de ambos países no debe quedar acotada sólo al ámbito sur-interamericano; es razonable e inteligente ampliarse a una comunidad con un número más elevado de países. Es de la mano del ACI que se puede salir a buscar mercados y promover los negocios, brindando la certeza jurídica de que en casos de controversia existan un sistema jurídico moderno, rápido y eficaz. Ahora bien, esta transformación legislativa llevó a una reestructuración de las soluciones en torno al ACI para ambos países.

El primer elemento por visualizar es el Anwendungsbereich (y en especial los temas de internacionalización), el cual nos permite tener claro qué tipos de arbitraje le serán subsumibles, por lo que consagra un sistema dualista (al regular el arbitraje interno a través de los códigos procedimentales y el ACI por las leyes nacionales en base a la LMU).

En esta área, observamos una de las primeras innovaciones de las Leyes Nacionales de arbitraje: la determinación un criterio de internacionalidad perfectamente armonizable con el sistema de DIPR de ambos países, debido a que se adoptaron criterios ya consagrados en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980<sup>48</sup> (sumado el criterio del lugar de cumplimiento de una obligación sustancial de las obligaciones o el lugar objeto del litigio dependiendo con cual tenga la conexión más estrecha).

47 En el derecho comparado europeo nos encontramos que el Art 46 de la Ley de ACI en España establece que “*el exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio de Nueva York de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión*” (Esplugues, 2010).

48 Este criterio a su vez no solo es de recibo para los países que adhirió a la ley modelo. Sino que se suma a la inmensa cantidad de países que suscribieron a la C. Viena del 80 antes mencionada. Mientras que es un elemento internacionalizador de amplia aceptación en todas las comunidades jurídicas.

En cuanto a la LNA, se lograron dos aspectos fundamentales. El primero de ellos fue lograr que esta ley fuera determinada como prórroga de jurisdicción y no procesalista (si se subsumía dentro de esta última consideración, el gobierno federal no tendría competencias para sancionarla, y hubiese tenido que ser aprobada provincia por provincia). Una segunda cuestión (consagrada en ambos países, pero con especial interés para Argentina) es el exclusivismo. Puesto que la LNA estableció que el ACI sería regulado exclusivamente por dicha ley, (como ya fue expuesto). En materia de interpretación se destaca el desarrollo progresivo del DIPR en tanto que se tienen en cuenta elementos específicos para interpretar las normas de ACI. Sin perjuicio que siempre tendremos los Art 15 a 17 del Título Preliminar de las leyes del CC en Uruguay y el Art 2 del CCCN. Uno de los aspectos sobre los cuales la normativa recientemente aprobada no establece disposiciones (literalmente), refiere a los aspectos de la Arbitrabilidad, los cuales aún seguirán subsumidos en el ámbito del derecho interno de conformidad con las normas de orden público.

Considerando los aspectos de la Arbitrabilidad, debemos expresar que la ley Modelo UNCITRAL no ha querido expresarse con respecto a dicha materia. Ya sea porque lo considera un aspecto vinculado a los elementos sobre los cuales los Estados asientan su individualidad jurídica (puesto que involucra temas de OP y OPI). Otra razón puede venir dada por la falta de consenso jurídico en cuanto a la materia arbitrable, y en ese sentido se entiende que no quisiera agregar disposición al respecto, pues sería poner un obstáculo a los países para la interiorización de dicha legislación modelo.

Considerando el Derecho aplicable a los distintos aspectos del arbitraje comercial internacional se aprecia primeramente la materialización jurídica de estos, a consecuencia de que no existían en la legislación anterior. Destacando además la consagración de la autonomía de la voluntad<sup>49</sup> en materia de elección de las reglas procesales que regirán el arbitraje y el derecho que se aplicara al fondo del asunto. En cuanto al acuerdo arbitral se siguen algunos principios emanados de la normativa ya vigente en ambos países. Aunque se eliminan algunos elementos tales como la necesidad de escritura pública para la concreción del acuerdo (como preveían los códigos de procedimiento civil de ambos países) y no se recogen otros tales como la posibilidad que se realice por escrito.

En materia de impugnación y reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, la aprobación de las LM nos permite realizar la distinción clara entre ambos elementos. Comprendiendo que la impugnación es un mecanismo procesal realizado a instancias del tribunal arbitral, el cual no es sujeto a recursos y que establece cosa juzgada. El reconocimiento y ejecución no son más que un mecanismo procesal internacional de eficacia extraterritorial, que no analiza las cuestiones de fondo, (no es una doble impugnación), sino que examina temas formales, documentales y procesales para darle continuidad jurídica. Siendo el único elemento de fondo la existencia de un OPI en virtud de la materia objeto del arbitraje.

Analizando la diversidad de normas que existen sobre la materia, apreciamos un alto nivel de *"inflación legislativa"*. Por lo cual se nos plantea el tema de la armonización

---

49 Este criterio a su vez no solo es de recibo para los países que adhieron la ley modelo. Sino que se suma a la inmensa cantidad de países que suscribieron a la C. Viena del 80 antes mencionada. Mientras que es un elemento internacionalizador de amplia aceptación en todas las comunidades jurídicas.

legislativa. En el cual se destaca que las leyes nacionales vienen a complementar todos los tratados existentes. Es decir, que aquellos elementos que no se encuentren regulados en los dos grandes textos macro (Convención de Nueva York y la Interamericana) serán complementados con las leyes nacionales. Esto también podría pasar con los protocolos del MERCOSUR, los cuales ya regularon la mayoría de los temas que comprenden las leyes modelo.

En cuanto a la unificación de soluciones del DIPR es de recibo realizar alguna consideración. La primero de ellas es que en el Sistema de DIPR observamos una flexibilización y una promoción del softlaw. Puesto que la incorporación de normativa inspirada en “leyes modelo” de aplicación universal y basada en la experiencia de los actores del comercio internacional nos permite tener regulaciones que acompañen (en términos de Heráclito) el devenir de las cosas y del logos (conocimiento). Puesto que, si subsumíamos estas regulaciones en tratados, estaríamos generando (en términos de Aréchaga y Charles Rousseau) un derecho estricto de difícil modificación (es decir una transformación del comportamiento de los actores y la operacionalización de las variables intervinientes según el método axiomático). Vale aclarar además que, si bien no son objeto del presente trabajo, los principios UNIDROIT y los INCOTERM también siguen esta lenta pero inexorable transformación del DIPR.

En un segundo lugar observamos que dichas acciones representan una transformación de la propia concepción del DIP, el cual nació para solucionar las colisiones de soberanía creando complejos sistemas de conflicto, a ser el generador de un sistema de autorregulación de los conflictos entre los particulares a través de los ADR. Garantizados en su continuidad jurídica extraterritorial por las distintas autoridades estatales.

Por lo tanto, afirmamos que el mundo asiste a una transformación de carácter civilizacional como no ocurría desde el paso de la edad media a la época moderna, esta última estuvo signada por la transformación de los feudos en Estados Nacionales, y los viejos señores feudales sustituidos por los Monarcas “absolutos”. Estos monopolizaron el uso legítimo de la fuerza, la creación de moneda y la impartición de justicia (aunque en mayor o menor medida el arbitraje siempre sobrevivió). En el marco de la caída de las monarquías con las revoluciones burguesas y el advenimiento de las democracias liberales asistimos a los primeros cambios cualitativos dado por el incentivo de las libertades individuales, las cuales generaron un aumento de la producción y la distribución de la renta (disminuyendo exponencialmente la pobreza y las desigualdades).

En este marco se aprecian los primeros intentos de fomentar la cultura arbitral, tanto en el ámbito del DIP como en el DIPR. Estos se vieron bloqueados por la era de los imperialismos y el concierto europeo que culminaron en la I y II Guerra Mundial y posteriormente la Guerra Fría. Esta última dividió al mundo en dos (democracia versus economía planificada) restringiendo el pacífico desarrollo del comercio internacional. Después de la caída del muro de Berlín, la imposición del liberalismo como identidad cultural ideal para el bloque occidental y la promoción de una economía libre y competitiva, observamos una desmonopolización de algunas funciones que el Estado se había abrogado como exclusivas (creación de la moneda, seguridad e impartición de justicia),

fomentando (a través de los instrumentos jurídicos estudiados) una plataforma de seguridad jurídica para la pacífica solución privada de controversias entre los distintos actores para-estatales del Comercio Internacional. Recordando la mítica frase...donde entra el comercio no entran balas, podemos asegurar que la promoción de los medios alternativos para los conflictos comerciales internacionales posibilitase un mayor entendimiento entre los distintos actores del SI generando consigo unas RRII más pacíficas.

En definitiva, en la construcción del Orden Mundial post caída de la URSS, (con el ingreso de China a la OMC, los nuevos debates en torno al medio ambiente, las competencias del FMI, la desarticulación del Multilateralismo, la crisis de la OMC y la retroversión de los Estados a las lógicas nacionales del siglo XX) apreciamos, a pesar de los coletazos mencionados, un desmantelamiento de la visión clásica de las RRII y el Estado Nacional, debido a que los individuos están resolviendo sus diferendos ante autoridades no gubernamentales, provocando un divorcio de determinadas parcelas de la realidad internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

ALFONSÍN Quintín. Teoría del Derecho Privado Internacional. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Uruguay. 1961.

BERMÚDEZ Abreu Yoselyn. (10/03/08). Algunas consideraciones sobre la Armonización en el Derecho Internacional Privado. Revista de Ciencias Jurídicas, N° 116 mayo-agosto 2008, 139-170. 2008

BOGGIANO Antonio. Derecho Internacional Privado. Tomo II. Abeledo Perrot, Argentina. 1991

BORN Gary. International Arbitrations: Law and Practice. England: Wolters Kluwer. 2011

CADENA Xavier Andrade. Las Ventajas del Arbitraje Internacional: Una Perspectiva Ecuatoriana. Revista de Derecho Comparado, Rubinzal – Culzoni. 131-166. 2011

CAIVANO Roque J. El Rol del poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional. En Arbitraje Comercial Internacional OEA (97-127). Washington: OEA. 2006

CALVO Caravaca, Alfonso y Luis Fernández de la Gándara. (1989). El arbitraje comercial internacional. Madrid: Tecnos. 1989

CARBONNEAU E Thomas. Arbitrations Nutshell Series. EEUU: West. 2007

CONEJERO Roos Cristián. La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial en América Latina. Un análisis Comparativo. Revista Chilena de derecho Número 32 enero Abril. 2005

COUTURE, Eduardo J. (año). Estudios sobre el derecho procesal civil. Vol. 3. El juez, las partes y el proceso. La Ley. 1959

DIAZ Soledad Rothschild Julie Ruanova Mariela. El Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional en el MERCOSUR. Revista Universidad de Montevideo, 11. 2007

DIEZ de Velasco en Velazco Manuel. Las Organizaciones Internacionales, 14 ed, Madrid. 2004

DRAHOZAL R Christopher. Regulatory competition and the location of international arbitration proceedings. International Review of Law and Economics, Volume 24. Issue 3, 371-384. 2004

EDUARDO Jiménez de Aréchaga. Derecho Internacional Público. Tomo IV. Fundación de Cultura Universitaria. 2015

EYZAGUIRRE Siqueiros J, LArbitration in Latin American Countries ICCA Series. 1989

FABVRE-Bulle Xavier. Are Arbitration Proceedings Still Exclusively for the parties. EnTowards a uniform International Arbitration Law (203-245). ginebra: Staempfi Publishers. 2004

FRESNEDO Cecilia. El Acuerdo Arbitral como piedra angular del arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez. págs. 169-203 OEA. 2006.

Curso de Derecho Internacional Privado Parte General FCU. 2013.

Capítulo X El Arbitraje Comercial Internacional: Presencia y evolución en el ámbito jurídico uruguayo pág. 217-250 de Derecho Procesal Transnacional Homenaje al profesor Doctor Gualberto Lucas Sosa Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. 2012

GOMEZ, Manuel. Arbitraje Comercial Internacional, La difícil relación entre anulación y el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral internacional, página 295-307 EEUU, OEA. 2006

GUERRA Walter. Código General del Proceso con apéndice normativo. Ediciones del Foro Montevideo, Uruguay. 2015.

GIUFFRA Carolina. Teoría y Práctica del Proceso Arbitral en el Código General del Proceso. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay. 2007

ILJA Alexandrow. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland und in den GUS-Staaten. Germany: Ruhr-Universität Bochum. 2002

RIVERA Cesar Julio. Ley de Arbitraje Comercial Internacional Revista de Legislación Uruguaya Año IX Número 5 La Ley págs. 185-205. 2018.

NNUU Anuario de la Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional Volumen I. 1970.

LOUWAS a Mistelis. Arbitrability international and comparative perspectives Is Arbitrability a national or international law issue. En Arbitrability international and comparative perspectives (1-15). United Kingdom : Wolter Kluwer. 2008.

OLIVERA Garcia Ricardo. La ley de Arbitraje Comercial Internacional Primeras reflexiones Revista de Derecho Comercial Año III Número 12 página 33-65. 2018.

OLMEDO Hernán. Historia Mínima de las Teorías de las Relaciones Internacionales Documentos de Trabajo, Facultad de Ciencias Sociales, Montevideo. Uruguay. 2018.

OPPETIT, Bruno. Teoría del Arbitraje. Bogotá, Colombia: Legis Editores SA ReveloAvila Andrea. 2006

Arbitraje Internacional de Inversiones como Mecanismo de Solución de conflictos, como Estado Soberano, y los Inversionistas Extranjeros. México: Universidad de las Américas. 2011

RUIZ Gonzalez Ana Maria. El Arbitraje Internacional y la Teoría de Savigny en el Derecho Internacional Privado. En Tesis para Optar al grado de Licenciatura en Derecho (1-95). San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica.

SANTOS Belandro Rubén. Arbitraje Comercial Internacional Tercera Edición Oxford.

Seis lecciones sobre Arbitraje privado (interno e internacional). Uruguay: Asociación de Escribanos del Uruguay.

El derecho aplicable en el arbitraje comercial internacional de acuerdo a la ley N 19636. Uruguay:

La Pluralidad de los Tratados y de Legislaciones en Relación con el Arbitraje Comercial Internacional. En Arbitraje Comercial Internacional OEA (49-60). Estados Unidos: OEA.

SCHOUTEN Peer. Teoría social de la política internacional Alexander Wendt y el constructivismo social en las Relaciones Internacionales. Universidad Complutense de Madrid, Academia.Edu, 2007.

SCHWARTZ Alan Scott Robert. The political economy of private legislatures. University of Pennsylvania Law Review, VOL. 143, 595-654. 1995.

STEPHAN Paul B. The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law. University of Virginia School Law Legal Studies Working Papers Series, Working Paper, No. 99-10. 1999.

REINMAR Wolff, Marburg. Liber Amicorum Böckstiegel, Grundzüge des Schiedsverfahrensrechts. Germany: Hesse. 2008.

TELLECHEA Eduardo. (2002). La Dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional FCU Uruguay. 2002.

TALICE Jorge. Interpretación e Integración del Derecho Internacional privado Montevideo Uruguay. 1974.

Arbitraje Comercial Internacional, Internacionalidad y derecho de fondo aplicable en la ley 19636 del 26 de julio de 2018 sobre arbitraje comercial internacional. La Ley Montevideo Uruguay. 2019

UNCITRAL. La guía de la CNUDMI Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Viena: Naciones Unidas. 2007.

UNITED Nation conference on trade and development T. (2017). World investment report and the digital economy 2017. Geneva: UNITED NATIONS PUBLICATION. 2017

VIVIANA Tepfer. (.). Una puesta el día en la legislación sobre Arbitraje en Argentina. 20 de enero del 2019, de Universidad de Buenos Aires Sitio web: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/84/08-winitzky-tepfer.pdf>

ESPLUGUES Mota Carlos, Iglesias José Luis, Palao Guillermo. (2016). Derecho Internacional Privado. España: Tirant lo Blanch.



# LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE COMO NORMA IMPERATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL (IUS COGENS)

## THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT AS AN IMPERATIVE NORM OF INTERNATIONAL LAW (IUS COGENS)

## A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO NORMA IMPERATIVA DE DIREITO INTERNACIONAL (IUS COGENS)

*PEDRO LORENZO\**

**RESUMEN:** El autor se plantea la hipótesis de si las normas de protección del medio ambiente configuran a la fecha una norma imperativa de derecho internacional (Ius Cogens). Para comprobar su hipótesis, contrarresta el estado actual del Derecho, con los últimos avances en los estudios sobre Ius Cogens de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas.

El objetivo primario del trabajo es contribuir desde la academia a los esfuerzos que está realizando la CDI en el estudio de Ius Cogens. El autor entiende necesario que la República Oriental del Uruguay esté formalmente presente en la discusión sobre la temática de Ius Cogens en general y particularmente en el aporte al estado actual de Derecho Internacional del Medio Ambiente.

El presente trabajo es la culminación de la investigación realizada para la aprobación del XLVI Curso de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos, dictado en Rio de Janeiro, Brasil en julio – agosto 2019.

**PALABRAS CLAVE:** Ius Cogens, Normas imperativas, Derecho Internacional, Medio Ambiente, Derecho Ambiental.

**ABSTRACT:** The author hypothesizes whether environmental protection norms, to date, constitute an imperative norm of international law (Ius Cogens). To test his hypo-

---

\* Abogado y Licenciado en Relaciones Internacionales por la Universidad de la República, Uruguay. Actualmente se desempeña como Profesional de Comercio Exterior en ANCAP y es Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Internacional Público en UDELAR. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2234-5862>. [pedrolorenzoarana@gmail.com](mailto:pedrolorenzoarana@gmail.com)

thesis, he counteracts the current state of law, with the latest advances in the studies on Ius Cogens of the International Law Commission (ILC) of the United Nations.

The primary objective of the article is to contribute, from the academy, to the efforts that the ILC is making in the study of Ius Cogens. The author considers necessary that Uruguay be formally present in the discussion on the subject of Ius Cogens in general and particularly in the contribution to the current state of International Environmental Law.

This work is the culmination of the research carried out for the approval of the XLVI Course on International Law of the Organization of American States, held in Rio de Janeiro, Brazil in July - August 2019.

**KEY WORDS:** Ius Cogens, Imperative norms, International law, Environment, Environment law.

**RESUMO:** O autor se propõe a hipótese de se as normas de proteção do meio ambiente configuram, atualmente, uma norma imperativa do direito internacional (Ius Cogens). Para comprovar sua hipótese, ele contraria o estado atual do Direito, com os últimos avanços nos estudos sobre Ius Cogens da Comissão de Direito Internacional (CDI) das Nações Unidas.

O objetivo primário do trabalho é contribuir, a partir da academia, para os esforços que a CDI está fazendo no estudo do Ius Cogens. O autor considera necessário que a República Oriental do Uruguai esteja formalmente presente na discussão sobre o tema Ius Cogens, em geral e particularmente na contribuição para o atual estado do Direito Internacional do Meio Ambiente.

O presente trabalho é a culminação da pesquisa feita para a aprovação do XLVI Curso de Direito Internacional da Organização dos Estados Americanos, realizado no Rio de Janeiro, Brasil em julho - agosto 2019.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ius Cogens, Normas imperativas, Direito Internacional, Meio Ambiente, Direito Ambiental.

## 1. INTRODUCCIÓN.

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas ha realizado una lista no taxativa de normas imperativas de derecho internacional entre las cuales no se encuentra la protección del medio ambiente<sup>1</sup>.

En el cuarto informe del relator especial Dr. Dire Tladi sobre normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens), se expresa que existen ciertas normas que

<sup>1</sup> Comisión de Derecho Internacional 71er período de sesiones. Ginebra, 29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019. Fecha 24 de mayo de 2019. Texto del proyecto de conclusiones por el Comité de Redacción en primera lectura. Documento A/CN.4/L.936 disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.4/L.936>. En el texto de proyecto de conclusiones y del proyecto de anexo aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción de la Comisión de Derecho Internacional, en primera lectura, figuran las siguientes normas como imperativas de derecho internacional general (ius cogens): La prohibición de la agresión; La prohibición del genocidio; La prohibición de los crímenes de lesa humanidad; Las normas básicas del derecho internacional humanitario; La prohibición de la discriminación racial y el apartheid; La prohibición de la esclavitud; La prohibición de la tortura; El derecho a la libre determinación.

podrían tener carácter de *ius cogens*, y cuya inderogabilidad podría lograr el reconocimiento y la aceptación necesarios en el futuro, como lo es el deber de proteger el medio ambiente (o algunos aspectos de este deber)<sup>2</sup>.

La Comisión de Derecho Internacional ha decidido, en cumplimiento de los artículos 16 a 21 de su estatuto, transmitir el borrador de conclusiones, a través de la Secretaría General de las Naciones Unidas a los gobiernos para que realicen comentarios y observaciones, con la solicitud de que dichos comentarios y observaciones sean enviados al Secretario General antes del 01 de diciembre del año 2020<sup>3</sup>.

El objetivo general primario del presente trabajo será contribuir a que el Instituto de Derecho Internacional Público de la Universidad de la República de Montevideo, Uruguay, y las demás Universidades de nuestro país, comiencen un estudio sobre la temática de *ius cogens* a los efectos de hacer llegar al Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay su punto de vista al respecto y de esta manera alentar una respuesta del Estado uruguayo ante tan importante consulta<sup>4</sup>. Se intentará contribuir en la búsqueda de pruebas sobre la imperatividad de las normas que protegen el medio ambiente, como insumo a la discusión.

El objetivo general secundario del trabajo será contribuir en la difusión de la labor de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en los países miembros de la Organización de Estados Americanos y especialmente en la labor del Comité Jurídico Interamericano.

Hipótesis: Las normas que tienen por objeto la protección del medio ambiente son normas imperativas de Derecho Internacional (*Ius Cogens*).

## 2. LAS NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL (IUS COGENS).

El Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), Profesor Dire Tladi realiza una descripción de las normas de derecho internacional estableciendo una bifurcación<sup>5</sup>:

2 Comisión de Derecho Internacional 71er período de sesiones. Ginebra, 29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019. Fecha 31 de enero de 2019 Cuarto informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) presentado por Dire Tladi, Relator Especial. Documento A/CN.4/727 disponible en <https://undocs.org/es/A/CN.4/727>

3 <http://legal.un.org/ilc/sessions/71/>

4 Posteriormente a cada sesión anual de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, donde se analizaron los cuatro informes realizados por el Relator Especial, se solicitó a los Gobiernos que enviaran sus comentarios respecto a cada uno de los informes y proyectos de artículos. Posterior a la sesión número 68, en el año 2016 se recibieron cinco comentarios (Austria, Alemania, Países Bajos, Paraguay y España); Posterior a la sesión número 69, en el año 2017 se recibieron dos comentarios (Austria y México); Posterior a la sesión número 70, en el año 2018 se recibió un comentario (Austria). Fuente: sitio WEB de la Comisión de Derecho Internacional: [https://legal.un.org/ilc/guide/1\\_14.shtml](https://legal.un.org/ilc/guide/1_14.shtml)

5 La Dra. Aldana Rohr nos ilustra que “La mayor parte de la doctrina concuerda en que una de las características del derecho internacional público es que se compone de dos tipos de normas de jerarquía diferente en razón a su poder derogatorio: por un lado, aquellas de naturaleza dispositiva —*ius dispositivum*—, las más numerosas, creadas por acuerdo de voluntades, derogables también por acuerdos de voluntades y generadas sobre un sistema de coordinación y, por otro lado, las normas de derecho perentorio o im-

- A) *Ius dispositivum*: son la mayoría de las normas de derecho internacional. Los sujetos de derecho internacional tienen la más amplia potestad normativa (formación, vigencia y derogación).
- B) *Ius cogens*: son normas imperativas de derecho internacional general. En la actualidad existen normas jurídicas internacionales que han sido reconocidas por los Estados como normas imperativas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

En virtud de un enfoque compartible, el Profesor Tladi intenta no ingresar en la discusión filosófica sobre las distintas concepciones del origen de las normas jurídicas (positivismo jurídico o iusnaturalismo) ya que implicaría necesariamente tomar partido por alguna de las corrientes. Lo que busca el Relator Especial en la serie de extensos informes, ha sido realizar una descripción actual sobre el estado de avance científico en el estudio de las normas imperativas de derecho internacional general.

El artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que *“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”*.

A partir de este texto normativo, que fue ampliamente discutido dentro de la Comisión de Derecho Internacional y en la Conferencia de Viena, surge con meridiana claridad que las normas *ius cogens* son aceptadas y reconocidas por los Estados. Es interesante recordar el momento histórico en el cual se firmó la Convención de Viena, en medio de las tensas relaciones entre las potencias hegemónicas de la época, Estados Unidos y la Unión Soviética<sup>6</sup>.

Aldana ROHR nos enseña que *“La principal característica distintiva entre estas normas es el carácter inderogable de las normas de *jus cogens*. Son normas de derecho consuetudinario que no pueden dejarse de lado por tratados o por aquiescencia, sino sólo por la formación de una norma consuetudinaria posterior, de efecto contrario y del mismo nivel”*, posteriormente, ROHR incorpora la opinión de DIEZ DE VELASCO destacando que *“las normas dispositivas pretenden satisfacer los intereses individuales, las imperativas en cambio, pretenden dar respuesta a los intereses colectivos esenciales de todo el grupo social, que son propios de la nueva estructura*

---

*perativo —*jus cogens*—, pertenecientes a un sistema que podría entenderse como de cuasisubordinación normativa, que limita, en cierta manera, la voluntad estatal derivada de su propia soberanía. Estas pocas normas representan, en palabras de Carrillo Salcedo, el “mínimo jurídico esencial que la comunidad internacional precisa para supervivir”*. En: “La responsabilidad internacional del Estado por violación al *Jus Cogens*”, página 5.

6 Akehurst, Michael “A Modern Introduction to International Law”. Séptima edición página 57. Desde la primer edición (1970) el autor afirma que *“el estado más a favor de esta regla es la Unión Soviética”*.

*comunitaria y que exigen reglas cualificadas por su grado de obligatoriedad, lo que conlleva la superior jerarquía de las mismas frente al resto de normas del ordenamiento*<sup>7</sup>.

Nuestro Profesor, Dr. Roberto PUCEIRO<sup>8</sup>, enumera, además del carácter inderogable, otras características de las normas *ius cogens*, como ser: “*imperatividad, generalidad, aceptación y reconocimiento universal, dinamismo y mutabilidad*”. Es muy interesante la característica de la mutabilidad, sobre la cual el Dr. PUCEIRO nos ilustra diciendo que “*Las normas de jus cogens no son inmutables y pueden ser derogadas o modificadas por otras del mismo carácter que surjan posteriormente. Por su objeto y naturaleza, son variables y evolutivas, adaptándose a las concepciones que las originan, a las necesidades que atienden y a los fines que cumplen*”.

En los últimos cincuenta años, el desarrollo progresivo del Derecho Internacional ha sido exponencial. La regulación del derecho de los tratados significó que hubiera una armonización en la interpretación y formación de tratados, lo que sin lugar a dudas, implicó un gran avance en la seguridad jurídica de la comunidad internacional. El “*ius dispositivum*” afloró de gran forma regulando multiplicidad de temáticas a nivel internacional. Sin embargo, no ocurrió lo mismo con las normas imperativas de derecho internacional general. Estas últimas han tenido un desarrollo mucho menos vigoroso. Los Estados se han mostrado reacios a expresarse con firmeza para catalogar a una norma de derecho internacional general como *ius cogens*.

Existen múltiples razones por las cuales los estados han limitado sus expresiones favorables acerca de declarar una norma como *ius cogens*. La principal obviamente es que, una vez aceptada por la “*comunidad internacional de Estados en su conjunto*” un Estado individualmente considerado, pierde potestad de disposición normativa y quedará sujeto a una norma que es inderogable (sólo podría ser modificada por otra norma imperativa de derecho internacional general).

La Comisión de Derecho Internacional ha sido muy diligente en volver a poner el tema del *ius cogens* en la discusión pública internacional. La escalada de conflictos internacionales, las graves violaciones a los derechos humanos y la degradación ambiental sin precedentes, necesariamente implican un esfuerzo de la comunidad internacional de juristas, con el objetivo de contribuir en la búsqueda de herramientas jurídicas en la cuales sustentar las soluciones que nuestro planeta necesita.

### **3. REQUISITOS PARA QUE UNA NORMA SEA CONSIDERADA COMO NORMA IMPERATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL (IUS COGENS).**

El Relator Especial nos ilustra que “*la definición de la Convención de Viena se acepta como definición de ius cogens, en términos generales, incluso más allá del derecho de los tratados*”<sup>9</sup>.

7 En: La responsabilidad internacional del Estado por violación al *ius cogens* / Aldana Rohr. - 1a ed. - Avellaneda : SGN Editora, 2015. Página 7 (cita a Juan Antonio TRAVIESO).

8 Puceiro Ripoll, Roberto. “Las normas de Jus Cogens en el campo del derecho internacional contemporáneo”. En “Derecho Internacional Público” Tomo 1, Jiménez de Aréchaga, Arbuet-Vignali y Puceiro Ripoll. Fundación de Cultura Universitaria. Primera edición, noviembre 2005. Páginas 368 a 374.

9 A/CN.4/706 Segundo informe sobre *ius cogens* presentado por Dire Tladi, Relator Especial. 16 de marzo de 2017.

Posteriormente nos indica que el citado artículo 53 establece dos criterios acumulativos para la determinación de las normas *ius cogens*.

1. La norma en cuestión debe ser una norma de derecho internacional general.
2. Debe estar aceptado y reconocido que esa norma de derecho internacional general es una norma que no admite acuerdo en contrario.

Existen otras teorías que incluyen como criterio también el hecho de que una norma *ius cogens* solo puede ser modificada por una norma ulterior del mismo carácter. Entendemos que esta característica no se establecería como un criterio para describir una norma *ius cogens* sino un criterio normativo de cómo, una vez aceptada la imperatividad de una norma, ésta se podría eventualmente modificar.

El primer criterio definitorio sería que la norma debe ser de “*derecho internacional general*”. El Relator Especial establece que “*el adjetivo “general” en la expresión “normas de derecho internacional general” se refiere al alcance de la aplicabilidad*”. GONZÁLEZ NAPOLITANO señala que “*las normas generales son aquellas que vinculan a toda o a casi toda la comunidad internacional, independientemente de si los sujetos obligados participaron o no en el proceso de elaboración*”<sup>10</sup>.

No sería correcto interpretar el adjetivo “general” en contraposición a una “ley especial” ya que dicha interpretación implicaría que muchas normas internacionales consideradas “normas especiales” no pudieran llegar a ser normas *ius cogens*. Esta distinción es importante para materias como el derecho internacional humanitario, o, por ejemplo, las normas que protegen el medio ambiente, que bien pueden considerarse normas especiales y sobre las cuales estudiaremos más adelante su posible consideración como normas imperativas de derecho internacional general – *ius cogens*. “*Los principios generales de derecho, al igual que las normas de derecho internacional consuetudinario, son de aplicación general*”<sup>11</sup>.

El Relator Especial concluye que tanto los principios generales de derecho<sup>12</sup> y el derecho internacional consuetudinario son fuentes de normas *ius cogens*.<sup>13</sup> Posteriormente

---

Punto 36 página 16.

10 González Napolitano, Silvina S., “Fuentes y normas del derecho internacional”, en *Lecciones de Derecho Internacional Público*, González Napolitano, Silvina S. (coord.), Errepar, Buenos Aires, 2015, página 82-83.

11 A/CN.4/706 Segundo informe sobre *ius cogens* presentado por Dire Tladi, Relator Especial. 16 de marzo de 2017. Punto 36 página 23.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC 23-17, sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos se expresa estableciendo que “*Las cuestiones planteadas en la solicitud trascienden el interés de los Estados parte del Convenio de Cartagena y son de importancia para todos los Estados del planeta.*” Párrafo 35, página 17.

12 Con relación a los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional público, Leopoldo GODIO concluye que “*Se trata de una fuente flexible y conveniente de gran utilidad que, en extremo, pueden constituir mecanismos para un desarrollo progresivo del derecho internacional aplicable, por ejemplo, al derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional ambiental y el comercio internacional, entre otros.*” En: “Los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional público” *Revista de derecho de la Universidad de Montevideo*, número 30 – año 2016 página 65.

13 A/CN.4/706 Segundo informe sobre *ius cogens* presentado por Dire Tladi, Relator Especial. 16 de marzo de 2017. Punto 36 página 25. En este respecto, es menester traer a colación la posición de Uruguay en la discusión dada en el seno de la Conferencia de Viena, donde expresamente se pronunció a favor de que algunos principios generales del derecho pudieran alcanzar el rango de *ius cogens*.

te, nos indica que *“si bien las disposiciones de los tratados no constituyen, en sí, normas de derecho internacional general capaces de ser fuente de normas de ius cogens, pueden reflejar normas de derecho internacional general que pueden alcanzar el rango de ius cogens”*. Esta conclusión será importante a la hora de estudiar las normas internacionales de protección del medio ambiente, ya que, en su mayoría, se han expresado como normas convencionales multilaterales.

#### 4. CONSECUENCIAS DE CONSIDERAR UNA NORMA COMO NORMA IMPERATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL (IUS COGENS).

La Comisión de Derecho Internacional ha enumerado consecuencias para diversas situaciones jurídicas que se ven afectadas por una norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*). Enumeraremos alguna de dichas consecuencias que consideramos más importantes a la hora de centrarnos en nuestro objeto de estudio.

En la esfera del derecho de los tratados, la primera consecuencia que trae aparejada una norma imperativa de derecho internacional general, es la nulidad de los tratados cuyas normas contravienen el *ius cogens*. *“La nulidad es una consecuencia de gran alcance, porque afecta el corazón de un elemento básico y fundamental del derecho internacional, a saber, el principio pacta sunt servanda. Restringe significativamente la autoridad de los Estados en materia de elaboración de tratados, o incluso leyes”*.<sup>14</sup> Si bien la Convención de Viena sobre derecho de los tratados establece la posibilidad de divisibilidad o abstracción de las disposiciones de un tratado que se declaren nulas, esta disposición no aplica para nulidades que provengan de contravenciones al *ius cogens*. Dicho de otra forma, las disposiciones de un tratado nulas por incompatibilidad con el *ius cogens* no pueden separarse del tratado.

En la situación jurídica de que, a posteriori de la vigencia de un tratado, surja una nueva norma *ius cogens* que sea incompatible con el tratado anterior en el tiempo, éste terminará en su totalidad, a menos que, las disposiciones incompatibles, no constituyan la base esencial del consentimiento en el tratado, que además, dichas obligaciones sean separables en su totalidad en lo que respecta a su aplicación, y que no convierta la aplicación del tratado en una injusticia.<sup>15</sup>

En lo que respecta a la interpretación de los tratados, *“un intérprete debe, en la medida de lo posible, interpretar un tratado de manera que no entre en conflicto con una norma de ius cogens”*<sup>16</sup>.

---

Con una posición interpretativa distinta, SHAW considera que *“está claro que sólo las reglas que se basan en la costumbre o los tratados pueden formar la base de normas de jus cogens, teniendo en consideración la actitud hostil de muchos Estados a aceptar los principios generales como fuente independiente de derecho internacional y la exigencia de la universalidad de la formación de las normas jus cogens”* Citado por Rohr: *“La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens / Aldana Rohr. - 1a ed. - Avellaneda : SGN Editora, 2015. Página 18.*

14 A/CN.4.714 Tercer informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) presentado por Dire Tladi, Relator Especial. Página 15.

15 A/CN.4.714 páginas 18 a 20.

16 A/CN.4.714 página 26.

En relación a los derechos y deberes de los Estados, existe un deber de no reconocer como lícita una situación creada por una violación de una norma imperativa de derecho internacional general y una obligación de abstenerse a prestar ayuda o asistencia para mantener una situación creada por una violación a una norma *ius cogens*<sup>17</sup>.

Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) establecen obligaciones *erga omnes* cuyo incumplimiento concierne a todos los Estados<sup>18</sup>.

Existe una discusión teórica sobre la relación entre las normas *ius cogens* y las llamadas obligaciones *erga omnes*<sup>19</sup>. Compartimos plenamente la deducción lógica que propone el Relator Especial Dire Tladi cuando afirma que “*los dos conceptos no son iguales, uno emana (obligación erga omnes) del otro*” (norma imperativa de derecho internacional general –*ius cogens*-). Los comentarios entre paréntesis nos pertenecen.

Como cualquier obligación, las obligaciones *erga omnes* también requieren un sustento normativo – o en otra palabra- derecho. Dicho sustento deberá estar a la altura, en el caso de las obligaciones *erga omnes*, de que sus supuestos creen situaciones jurídicas que impliquen un “deber ser” y que motiven el comportamiento de los sujetos de derecho internacional. Si bien la discusión teórica puede parecer trivial, es importante traerla a colación en el presente trabajo por lo que se verá más adelante.

El Relator Especial enumera otras consecuencias jurídicas de considerar una norma como *ius cogens*. Si bien son conclusiones excelentes, no son pertinentes para el objeto de estudio del presente trabajo, por lo que remitiremos a su lectura.<sup>20</sup>

## 5. ENUNCIACIÓN DE LAS PRINCIPALES NORMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.

No es adecuado para el alcance del presente trabajo realizar una lista exhaustiva de todas las normas internacionales de protección del medio ambiente. De acuerdo a lo establecido en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en

17 A/CN.4.714 página 43.

18 A/CN.4.714 página 46.

19 El Profesor Tladi resume parte de la discusión en los siguientes términos, cuyos fragmentos entendemos vale reproducir: “*La causa relativa a la Barcelona Traction fue, tal vez, el hito más importante en lo que respecta a la aparición de las obligaciones erga omnes y su relación con las normas ius cogens. En dicha causa, la Corte estableció una distinción entre las obligaciones contraídas por un Estado “respecto de otro Estado” y “las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto”... Es un hecho generalmente aceptado en la doctrina que, aunque todas las normas de ius cogens tienen efectos erga omnes, no puede afirmarse lo contrario, es decir, no todas las obligaciones erga omnes constituyen normas de ius cogens. Si bien esta idea está muy asentada, su rigor es, cuanto menos, dudoso. Plantea la cuestión de si existen obligaciones erga omnes que no se deriven de normas ius cogens.*”. A/CN.4.714 páginas 43 a 45.

Por su parte, la Dra. Aldana Rohr, explica que “*podemos reafirmar que no todas las obligaciones erga omnes son reaseguradas por normas imperativas de derecho internacional general, tal sería el caso del artículo 1 del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y la utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes o el artículo 136 de la Convención de Montego Bay sobre el Derecho del Mar*”. En: La responsabilidad internacional del Estado por violación al *ius cogens* / Aldana Rohr. - 1a ed. - Avellaneda : SGN Editora, 2015. Página 9.

20 Entre las consecuencias más interesantes: efecto de las normas *ius cogens* en la responsabilidad penal individual en el derecho penal internacional, en el ejercicio de la jurisdicción estatal, en la inmunidad de jurisdicción, en la competencia de la Corte Internacional de Justicia, en los actos unilaterales de los Estados o Resoluciones de organizaciones internacionales, incluidas las del Consejo de Seguridad.

adelante CIJ), las fuentes de normas de derecho internacional son tres: las “a. *convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas*”.

Entendemos más importante, enumerar una serie de principios de derecho internacional ambiental, ampliamente reconocidos por los Estados en distintos instrumentos jurídicos. Se han reconocido en instrumentos de tipo “soft law” (comúnmente bajo declaraciones internacionales al finalizar conferencias internacionales sobre distintas temáticas ambientales) y también en múltiples tratados bilaterales y multilaterales. El aporte de la comunidad internacional de estados en la descripción y jerarquización de estos principios ha sido muy importante.

En la descripción del Derecho Ambiental que realizaba MANTERO en 1995, establecía que es un derecho fundamentalmente preventivo, y sólo en menor grado represivo o indemnizatorio. “*Esto es consecuencia de que la eliminación del daño causado al ambiente no siempre es posible, ni el daño es siempre reparable. El carácter preventivo se manifiesta no solo en que el derecho debe orientarse a que no se produzca el daño, sino también a que la acción humana sobre el derecho ambiental no debe orientarse en consecuencia a la simple conservación del medio, sino también a su modificación favorable*”<sup>21</sup>.

En el momento de su emisión, las Declaraciones de Estocolmo y de Rio de Janeiro eran consideradas “Soft law”. Hoy en día, existen juristas que entienden que los principales principios enumerados en dichas declaraciones tienen rango de normas jurídicas de carácter obligatorio para los estados, siendo aceptadas como normas jurídicas internacionales cuya fuente es la costumbre internacional. El reconocimiento declarativo de dichos principios, la concepción de que son obligatorios y la práctica de los estados han hecho que, en el estadio actual, puedan ser considerados normas consuetudinarias.

En base a la investigación realizada, se explicitarán algunos de los principales principios de derecho ambiental<sup>22</sup>:

21 MANTERO SAN VICENTE, Osvaldo. Derecho Ambiental. Página 19. 1ª edición, setiembre 1995.

22 CANCADO TRINDADE nos enseña que “*Todo sistema jurídico tiene principios fundamentales, que inspiran, informan y conforman sus normas. Son los principios (derivados etimológicamente del latín principium) que, evocando las causas primeras, fuentes o orígenes de las normas y reglas, confieren cohesión, coherencia y legitimidad a las normas jurídicas y al sistema jurídico como un todo. Son los principios generales del derecho (prima principia) que confieren al ordenamiento jurídico (tanto nacional como internacional) su ineluctable dimensión axiológica; son ellos que, en última instancia, proveen sus propios fundamentos. Es así como concibo la presencia y la posición de los principios en cualquier ordenamiento jurídico, y su rol en el universo conceptual del Derecho. De los prima principia emanan las normas y reglas, que en ellos encuentran su sentido. Los principios encuéntrase así presentes en los orígenes del propio Derecho. Los principios nos muestran los fines legítimos que buscar: el bien común (de todos los seres humanos, y no de una colectividad abstracta), la realización de la justicia (en los planos tanto nacional como internacional), el necesario primado del derecho sobre la fuerza, la preservación de la paz. Al contrario de los que intentan –a mi juicio en vano– minimizarlos, entiendo que, si no hay principios, tampoco hay verdaderamente un sistema jurídico. Sin los principios, el “orden jurídico” simplemente no se realiza, y deja de existir como tal*”. En “La Ampliación del Contenido Material del *JUS COGENS*” página 6. Publicado en la recopilación del XXXIV Curso de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_xxxiv\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2007\\_antonio\\_augusto\\_cancado\\_trindade.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxiv_curso_derecho_internacional_2007_antonio_augusto_cancado_trindade.pdf)

1. **Principio de desarrollo sostenible.** GOROSITO<sup>23</sup> establece que es el “*principio de los principios*” y que “*sobre este principio se estructura hoy el paradigma dominante en el campo del Derecho Ambiental*”. El informe BRUNTLAND “*Nuestro futuro común*” establece que dicho principio es “*aquel que atiende las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de atender sus propias necesidades*”. Para la instrumentación del principio de desarrollo sostenible es necesaria la aplicación de otros conceptos como la equidad intergeneracional, la aplicación de la perspectiva precautoria y el mantenimiento y protección de la diversidad e integridad biológicas.
  
2. **Principio de prevención.** ORTEGA ÁLVAREZ, citado por GOROSITO establece que “*es fundamental en la actuación ambiental, debido al alto potencial de irreparabilidad de los daños ambientales*”. La evaluación de impacto ambiental sería una expresión práctica del principio de prevención. En la actualidad es notorio que la gran mayoría de Estados tienen previsiones normativas de derecho interno que establecen la obligatoriedad de una evaluación de impacto ambiental previa a la autorización de emprendimientos industriales o productivos que pudieran generar impactos al medio ambiente<sup>24</sup>. CAFFERATTA, citado por GOROSITO establece que el “*principio de prevención, por otra parte, expande su influencia conformadora al propio sistema de responsabilidad por daño ambiental al otorgar la pauta esencial, que es aquella que enfatiza el rol prioritario de la prevención frente a la reparación*”.<sup>25</sup>

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CORTE IDH) ha establecido que “*El principio de prevención de daños ambientales forma parte del derecho internacional consuetudinario*”<sup>26</sup>. La CORTE IDH profundiza estableciendo que se pueden precisar ciertas obligaciones mínimas que los Estados deben adoptar dentro de su obligación de tomar medidas apropiadas para prevenir violaciones a los derechos humanos como consecuencia de daños ambientales: (i) deber de regulación; (ii) Obligación de supervisar y fiscalizar; (iii) Obligación de requerir y aprobar estudios de impacto ambiental<sup>27</sup>; iv) Deber de establecer un plan de contingencia; v) Deber de mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental.

En el mismo sentido se ha pronunciado la CIJ “*La existencia de la obligación general de que los Estados velen por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no dañen el medio ambiente de otros Estados o zonas que estén fuera de su jurisdicción nacional forma parte ya del corpus de normas internacionales en materia de medio ambiente*”<sup>28</sup>. Posteriormente, la CIJ amplió su pronunciamiento en el caso de las

23 GOROSITO ZULUAGA, Ricardo. Los principios en el Derecho Ambiental. En: Revista de Derecho (UCU), no. 16 (2017), p. 101-136

24 Principio 21 de la Declaración de Estocolmo y Principio 2 de la Declaración de Río.

25 Gorosito, Ricardo. Los principios en el Derecho Ambiental. En: Revista de Derecho (UCU), no. 16 (2017), p. 101-136

26 Opinión Consultiva CORTE IDH OC-23/17 párrafo 129.

27 La CORTE IDH ha señalado que los estudios de impacto ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto: a. Llevarse a cabo antes de la realización de la actividad; b. Realizado por entidades independientes bajo la supervisión del Estado; c. Abarcar el impacto acumulado; d. Participación de las personas interesadas; e. Respetar tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; f. Contenido de los Estudios de Impacto Ambiental definido legalmente.

28 Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nu-

plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina Vs. Uruguay), Sentencia de 20 de abril de 2010, párrafo 101 *“The Court points out that the principle of prevention, as a customary rule, has its origins in the due diligence that is required of a State in its territory... A State is thus obliged to use all the means at its disposal in order to avoid activities which take place in its territory, or in any area under its jurisdiction, causing significant damage to the environment of another State. This Court has established that this obligation “is now part of the corpus of international law relating to the environment”<sup>29</sup>. En el caso Costa Rica vs Nicaragua, la CIJ reitera la necesidad de la evaluación de impacto ambiental al indicar: “Por las razones expuestas, la Corte concluye que Costa Rica no ha cumplido con la obligación que le incumbe en virtud del derecho internacional general de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental de la construcción de la carretera”<sup>30</sup>.*

3. **Principio precautorio.** La Declaración de Rio de Janeiro establece en su principio número 15 que *“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”*. La CIJ ha expresado que *“Court considers that while a precautionary approach may be relevant in the interpretation and application of the provisions of the Statute, it does not follow that it operates as a reversal of the burden of proof”<sup>31</sup>*. La interpretación de la Corte es importante ya que, a primera vista, parecería que el principio de precaución invierte la carga probatoria.<sup>32</sup>

---

cleares, párrafo 29.

29 Traducción libre: *“La Corte señala que el principio de prevención, como norma habitual, tiene su origen en la diligencia debida que se requiere de un Estado en su territorio... Por lo tanto, un Estado está obligado a utilizar todos los medios a su alcance para evitar actividades que tienen lugar en su territorio, o en cualquier área bajo su jurisdicción, que causan daños significativos al medio ambiente de otro Estado. Esta Corte ha establecido que esta obligación “ahora forma parte del corpus del derecho internacional relacionado con el medio ambiente”*.

30 Corte Internacional de Justicia. Ciertas actividades realizadas por Nicaragua en la zona de la frontera, Costa Rica vs Nicaragua; construcción de un camino en Costa Rica al borde del río San Juan, párrafo 154. Citado por el Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Yucatán, en el escrito de observaciones sobre la solicitud de Opinión Consultiva relativa a la interpretación de los artículos 1.1, 4.1 y 5.1 del Pacto de San José. Enero 2017 CARBALLO, CRUZ, GONZÁLEZ y RUBIO.

El **Secretario General de las Naciones Unidas** en el informe sobre “Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente” informaba que *“El principio de prevención está bien establecido como norma del derecho internacional consuetudinario, confirmada por la práctica pertinente en muchos tratados relativos al medio ambiente y los principales proyectos de codificación. En la práctica este principio se relaciona también con las obligaciones de diligencia debida, en particular la de realizar una evaluación del impacto ambiental antes de emprender actividades que entrañan un posible riesgo de daño transfronterizo”*. Documento A/73/419.

31 Traducción libre al español: *“La Corte considera que si bien un enfoque de precaución puede ser relevante en la interpretación y aplicación de las disposiciones del Estatuto, no se deduce que funcione como una inversión de la carga de la prueba”*.

32 La posición de la CIJ es, ciertamente, opinable. *“Una característica importante del principio precautorio es que incluye que se invierte la carga de la prueba, pues será quien pretende llevar a cabo una actividad cuestionada o incierta en cuanto a sus impactos sobre la naturaleza quien deberá demostrar con base en criterios técnicos y científicos que dicha actividad puede ser considerada sostenible”*. Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Yucatán: Escrito de observaciones sobre la solicitud de Opinión Consultiva relativa a la interpretación de los artículos 1.1, 4.1 y 5.1 del Pacto de San José.

Elaborado por: Arturo Carballo Madrigal; María de los Ángeles Cruz Rosel; Andrea González Sánchez; Guillermo Rubio Herrera. Enero 2017. Página 33. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/colombiaoc23/34\\_ua\\_yucatan.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/colombiaoc23/34_ua_yucatan.pdf)

La CORTE IDH, cita un fallo del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el cual señalan que el enfoque de precaución ha iniciado una tendencia a formar parte del derecho internacional consuetudinario<sup>33 34</sup>.

4. **Responsabilidades comunes pero diferenciadas.** Este principio ha sido el ítem conductor de las negociaciones internacionales en la materia, por ejemplo de cambio climático. *“Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional de desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen el medio ambiente y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen”*<sup>35</sup>.
5. **Subsidiariedad.** GOROSITO explica que este Principio apunta *“básicamente a la promoción de la eficacia de las acciones de protección y de cumplimiento de las normas, evitando la burocratización y centralización de decisiones que terminan impidiendo la concreción en los hechos de los objetivos de ordenación y protección”*<sup>36</sup>.
6. **Solidaridad.** La solidaridad constituye el punto de partida para la constatación del daño ambiental transfronterizo. SERVI nos enseña que *“no es posible el aislamiento ambiental”*. Esta imposibilidad hace que sea necesaria la solidaridad internacional para compartir herramientas con el objetivo de resolver los problemas derivados de la contaminación.
7. **No contaminar (o principio de contaminador pagador).** TORRES LÓPEZ y ARANA GARCÍA expresan que más allá de su apariencia sancionadora, no se trata de un principio de tal carácter sino de un principio que incide en la prevención *“Se trata de que contaminar no salga gratis, en el sentido de que no resulte, a priori, rentable (sino más bien lo contrario: que se presente como rentable no contaminar)”*. Por su parte SERVI se expresa en términos fuertes sobre la descripción que se realiza de este principio en la Declaración de Río (Principio 16) *“El principio no contaminar, surge como reacción a la increíble y a la vez paradójica recepción en la Declaración de Río del principio “el que contamina paga. Este error u horror jurídico, atribuido a la presión ejercida por el establishment en la Conferencia de Río 92, en realidad, ha servido para cristalizar en los instrumentos internacionales la cómoda y complaciente figura del “pagador-contaminador” extendida por toda la Tierra. La regla, la norma, debe ser no*

33 Opinión Consultiva CORTE IDH OC-23/17 párrafo 177.

34 Con respecto al principio precuatorio, los “Principios de Oslo sobre obligaciones globales respecto al Cambio Climático” establecen que “a) El principio de Precaución requiere que: 1) las emisiones de GEI (gases de efecto invernadero) se reduzcan en la medida y al ritmo necesarios para proteger contra las amenazas del cambio climático que aún se pueden evitar; y 2) el nivel de reducción de las emisiones de GEI requerido para conseguirlo debe basarse en la peor de las situaciones posible que sea verosímil y realista y esté aceptada por un número sustancial de eminentes expertos en cambio climático. b) Las medidas requeridas por el Principio de Precaución tendrán que ser adoptadas sin importar el coste, a no ser que el coste sea totalmente desproporcionado respecto a la reducción en emisiones que podría comportar.

Sobre los Principios de Oslo: <https://globaljustice.yale.edu/oslo-principles-global-climate-change-obligations>

35 GOROSITO ZULUAGA, Ricardo. Los principios en el Derecho Ambiental. En: Revista de Derecho (UCU), no. 16 (2017), p. 101-136 El preámbulo del Acuerdo de París establece que, las Partes *“Deseosas de hacer realidad el objetivo de la Convención y guiándose por sus principios, incluidos los principios de la equidad y de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y las capacidades respectivas, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales... han convenido lo siguiente:”*

36 GOROSITO ZULUAGA, Ricardo. Los principios en el Derecho Ambiental. En: Revista de Derecho (UCU), no. 16 (2017), p. 101-136.

*contaminar y la excepción que confirma la regla es la posibilidad de contaminar pero en determinadas condiciones perfectamente reguladas y bajo el control de gestión de la autoridad de aplicación responsable*<sup>37</sup>.

8. **Cooperación.** La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo establece que *“los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra”*. La CIJ concluye que el Principio de Cooperación se deriva del principio de buena fe *“the mechanism for co-operation between States is governed by the principle of good faith. Indeed, according to customary international law, as reflected in Article 26 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, “[e]very treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith”*<sup>38</sup>.

La CORTE IDH *“considera que los Estados tienen la obligación de cooperar, de buena fe, para la protección contra daños al medio ambiente”*<sup>39</sup>. La CORTE IDH establece que el derecho internacional ha precisado los siguientes deberes específicos que son exigibles a los Estados, en materia ambiental, para el cumplimiento de esta obligación: 1) el deber de notificación: *“Esta obligación ha sido reconocida por la jurisprudencia internacional como una obligación de derecho internacional consuetudinario... Esta Corte considera que los Estados deben notificar a otros Estados potencialmente afectados sobre posibles daños ambientales transfronterizos significativos al momento en que conozcan de la posibilidad de dicho riesgo. Esto, en algunos casos, será previo a la realización del estudio de impacto ambiental, por ejemplo, como resultado de un estudio inicial o por el tipo de actividad, y en otros casos solo surgirá luego de una determinación en este sentido por parte de un estudio de impacto ambiental.”*<sup>40</sup> 2) el deber de consultar y negociar con los Estados potencialmente afectados *“La obligación de negociar no implica la obligación de llegar a un acuerdo. Si las partes no llegan a un acuerdo, deben acudir a los mecanismos de solución pacífica de las controversias, sea por medios diplomáticos o judiciales”*<sup>41</sup>. Este deber dentro del Principio de Cooperación necesariamente exige una interpretación en conjunto con los Principios de Prevención y Precaución. 3) intercambio de información entre Estados de conocimientos científicos y tecnológicos (de acuerdo a la CORTE IDH, esta obligación no tiene carácter consuetudinario y estará sujeta al derecho convencional, si existiera un tratado que regulara el caso concreto).

9. **Principio de no regresión y progresividad.** El Secretario General de las Naciones Unidas define a este principio en los siguientes términos que compartimos *“El principio de no regresión es relativamente nuevo en el ámbito del derecho ambiental, si bien en los sistemas que protegen los derechos humanos y el derecho laboral se entiende*

37 SERVI, Aldo. El Derecho Ambiental Internacional. Revista de Relaciones Internacionales Nro 14.

38 Caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina Vs. Uruguay), Sentencia de 20 de abril de 2010, párrafo 145. *“El mecanismo de cooperación entre los Estados se rige por el principio de buena fe. De hecho, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, como se refleja en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, “todo tratado en vigor es vinculante para las partes y debe ser cumplido por ellos de buena fe”*. Traducción libre al español.

39 Opinión Consultiva CORTE IDH OC-23/17 párrafo 185.

40 Opinión Consultiva CORTE IDH OC-23/17 párrafos 188 y 193.

41 Opinión Consultiva CORTE IDH OC-23/17.

*bien la idea de no permitir retrocesos sobre la que se sustenta el principio. La idea de que, una vez que un derecho humano ha sido reconocido, este no puede ser coartado, destruido ni derogado es común a todos los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. El corolario del principio de no regresión es el principio de progresividad. La no regresión tiene por objeto garantizar que la protección ambiental no se ve debilitada, mientras que la progresividad aspira a mejorar la legislación ambiental, incluso mediante el incremento del nivel de protección, sobre la base de los conocimientos científicos más recientes. El Acuerdo de París es explícito a este respecto y dispone, en su artículo 4, párrafo 3, que cada contribución determinada a nivel nacional sucesiva “representará una progresión con respecto a la contribución determinada a nivel nacional que esté vigente para esa Parte y reflejará la mayor ambición posible de dicha Parte”<sup>42</sup>.*

ROHR, en opinión que compartimos, nos enseña que **“nada impide que un tratado derogue una norma consuetudinaria entre las partes ni que una regla consuetudinaria derogue un tratado**, siempre a condición que tengan el mismo ámbito de validez material y personal, por lo que no podrá aplicarse automáticamente cuando las partes en el tratado posterior no sean idénticas a las partes en el tratado anterior”<sup>43</sup>.

## **6. Pruebas relevadas a través de investigación sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos para considerar una norma internacional de protección del medio ambiente como una norma imperativa de derecho internacional (ius cogens).**

En el texto de proyecto de conclusiones y del proyecto de anexo aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en primera lectura, de fecha 24 de mayo de 2019, posteriormente adoptado por dicha Comisión<sup>44</sup>, se establecen ciertos mecanismos probatorios de la aceptación y el reconocimiento del carácter imperativo de una norma de derecho internacional general (ius cogens).

**6.1 Medios probatorios principales de aceptación y reconocimiento.** El “proyecto de conclusión 8” establece que:

1. La prueba de la aceptación y el reconocimiento de que una norma de derecho internacional general es una norma imperativa (ius cogens) puede adoptar una gran variedad de formas.
2. Esas formas de prueba comprenden, sin reducirse a ello:
  - a) las declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados;
  - b) las publicaciones oficiales;

42 “Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente” Documento A/73/419.

43 En: La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens / Aldana Rohr. - 1a ed. - Avellaneda : SGN Editora, 2015. Página 11.

44 Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.4/L.936>

- c) los dictámenes jurídicos gubernamentales;
- d) la correspondencia diplomática;
- e) los actos legislativos y administrativos;
- f) las decisiones de las cortes y tribunales nacionales;
- g) las disposiciones de los tratados;
- h) las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental.

A los efectos de claridad didáctica se separaron los medios probatorios en los literales a) a h). Es menester indicar que la comprobación del carácter de *ius cogens* de una norma es una tarea compleja, principalmente porque los principales actores que tienen la potestad de producir dichos medios probatorios, los Estados y las Organizaciones Internacionales, son renuentes a la hora de expresarse categóricamente sobre el carácter imperativo de una norma. Es más común, que, una vez declarada la existencia de una norma imperativa de derecho internacional, por ejemplo, por un órgano jurisdiccional internacional (en particular la CIJ) los Estados comiencen a realizar mayores manifestaciones sobre dichas normas, como normas *ius cogens*.

Por el alcance del presente trabajo, no se realizará un estudio sobre la pertinencia y eficacia de los medios probatorios que son sugeridos por la Comisión de Derecho Internacional, pero entendemos que es un punto que es necesario profundizar a nivel académico.

En el asunto que nos convoca, y durante el tiempo que se ha tenido para realizar el presente trabajo de investigación, se han podido recabar las siguientes pruebas:

1. En relación a los literales **a) las declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados;** y **b) las publicaciones oficiales;** se recabó la comunicación realizada por la Misión Permanente de la República Federal Alemana ante las Naciones Unidas, en ocasión a la respuesta enviada a la Comisión de Derecho Internacional en la sexagésima séptima sesión (año 2015). En dicha comunicación, Alemania incorpora oficialmente a través de su representación ante Naciones Unidas, las consideraciones realizadas por la Corte Constitucional Federal de Alemania donde expresamente se enumeran ciertas normas como *ius cogens*, entre ellas “*las normas centrales para la protección del medio ambiente*”<sup>45</sup>.
2. En relación al literal **f) las decisiones de las cortes y tribunales nacionales**<sup>46</sup>; se recabaron dos sentencias que mencionan a las normas de protección del medio ambiente como normas *ius cogens* (Alemania y Colombia).

45 Disponible en: [https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/68/pdfs/english/jc\\_germany.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/68/pdfs/english/jc_germany.pdf&lang=E) (ver página 2).

46 Sobre este punto, será interesante darle un seguimiento al estado del litigio en materia de cambio climático en los próximos años. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, realizó en mayo de 2017 un interesante relevamiento sobre “El estado del litigio en materia de Cambio Climático – una revisión global” en cooperación con el Sabin Center for Climate Change Law de la Columbia Law School.

## Alemania:

La Corte Constitucional Federal de Alemania, en una sentencia del año 2004 realizó unos comentarios sobre la característica y contenido del *ius cogens*:

*“In Article 1.2 and Article 25 sentence 1 the [German] Basic Law [“Grundgesetz”],[ ... ] also adopts the gradual recognition of the existence of mandatory provisions, that is, provisions that are in the individual case not open to disposition by the states (ius cogens). These are rules of law which are firmly rooted in the legal conviction of the community of states, which are indispensable to the existence of public international law, and the compliance with which all members of the community of states may require [ ... ]. This relates in particular to provisions on the international maintenance of peace, the right of self-determination, fundamental human rights and central norms for the protection of the environment [ ... ]. Such public international law may not be excluded by[ ... ] states either unilaterally or by agreement, but only altered by a later norm of general international law of the same legal nature[ ... ].”*<sup>47</sup> Los destacados nos pertenecen.

## Colombia:

La Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, en una sentencia del año 2018 estableció que *“11.3. La anterior realidad, además de transgredir las regulaciones atinentes a la Carta Ambiental patria, y los instrumentos internacionales que integran el orden público ecológico mundial, constituye un grave desconocimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado en la Convención Marco sobre Cambio Climático de París de 2015, en donde Colombia, entre otras responsabilidades, se comprometió a reducir la “deforestación en la Amazonía Colombiana”, cuyo objeto consistía en reducir a cero la deforestación en esa región para el año 2020, pues de lograrlo, según el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, “(...) 44 megatoneladas de gases de efecto invernadero no entrarían en la atmósfera, y 100 mil hectáreas agropecuarias en áreas de alta deforestación serían más amigables con el medio ambiente”*.<sup>48</sup> Los destacados nos pertenecen.

3. En relación al literal *g) las disposiciones de los tratados*, podremos mencionar que existen una gran cantidad de disposiciones en tratados multilaterales de protección del medio ambiente que declaran normas consuetudinarias. Excede ampliamente el objeto de estudio del presente trabajo analizar todas las disposiciones que podrían ingresar en este ítem. Se recomienda, por ejemplo, la enumeración de tratados que enumera Aldo SERVI en la publicación de Thomson Reuters *“Derecho ambiental: Responsabilidad ambiental internacional”* (punto número IX)<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Fragmentos de la referida sentencia pueden encontrarse en la comunicación realizada por la Misión Permanente de la República Federal Alemana ante las Naciones Unidas, en ocasión a la respuesta enviada a la Comisión de Derecho Internacional en la sexuagésima séptima sesión (año 2015), página 2. Disponible en [https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/68/pdfs/english/jc\\_germany.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/68/pdfs/english/jc_germany.pdf&lang=E) Traducción libre: *“En el Artículo 1.2 y en la primer oración del Artículo 25, la Ley Fundamental [alemana] [“Grundgesetz”], [ ... ] también adopta el reconocimiento gradual de la existencia de disposiciones obligatorias, es decir, disposiciones que, en el caso individual, no están a disposición de los estados (ius cogens). Estas son normas de derecho firmemente arraigadas en la convicción legal de la comunidad de estados, que son indispensables para la existencia del derecho internacional público y el cumplimiento que todos los miembros de la comunidad de estados pueden requerir [ ... ]. Esto se refiere en particular a las disposiciones sobre el mantenimiento internacional de la paz, el derecho a la libre determinación, los derechos humanos fundamentales y las normas centrales para la protección del medio ambiente [ ... ]. Este derecho internacional público no puede ser excluido por [ ... ] los estados, ya sea unilateralmente o por acuerdo, sino solo alterado por una norma posterior de derecho internacional general de la misma naturaleza legal [ ... ].”*

<sup>48</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala Casación Civil. STC4360-2018. Página 38. Disponible en: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf>

<sup>49</sup> Entre otros: Convenio sobre Responsabilidad civil en materia de energía termonuclear; Convención sobre la Respon-

**6.2 Medios probatorios auxiliares de aceptación y reconocimiento.** En el proyecto de conclusión 9 del texto de proyecto de conclusiones y del proyecto de anexo aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en primera lectura, de fecha 24 de mayo de 2019, posteriormente adoptado por dicha Comisión de Derecho Internacional<sup>50</sup>, se establecen los “*Medios auxiliares de determinación del carácter imperativo de las normas de derecho internacional general (ius cogens)*”. Dichos medios auxiliares son los siguientes:

1. Las decisiones de cortes y tribunales internacionales (en particular la Corte Internacional de Justicia).
2. La labor de:
  - a) Órganos de expertos establecidos por Estados o por organizaciones internacionales.
  - b) La doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones.

En el asunto que nos convoca, y durante el tiempo que se ha tenido para realizar el presente trabajo de investigación, se han podido recabar las siguientes pruebas de medios auxiliares de determinación:

1. Las *decisiones de cortes y tribunales internacionales* (en particular la Corte Internacional de Justicia).

Orgánicamente la CIJ no se ha pronunciado sobre si algunas de las normas de protección del medio ambiente poseen actualmente el carácter de *ius cogens*.

Sin embargo, en algunas oportunidades, Magistrados de la CIJ, en opiniones disidentes o coincidentes, sí han abordado la temática, por lo menos tangencialmente.

Por ejemplo, en el asunto “*Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) Compensation Owed by the Republic of Nicaragua to the Republic of Costa Rica*”, en opinión disidente, el Magistrado ad hoc Dugard estableció que “*La obligación de no proceder a una deforestación ilícita que provoque la liberación de carbono en la atmósfera y obstaculice el secuestro de gases es sin duda una obligación erga omnes*”.

En opinión separada, en el fallo del asunto Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), el Magistrado Weeramantry, ingresa a la temática a través de la protección

---

sabilidad de los explotadores de buques nucleares; Convención sobre Responsabilidad por daños nucleares; Convenio sobre Responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos; Convenio sobre Constitución de un fondo de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos; Convención de Viena sobre Responsabilidad civil en la esfera de transporte marítimo de sustancias nucleares; Convención Internacional para prevención de contaminación de buques; Convención sobre el Comercio Internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre; Convención sobre la Responsabilidad civil por daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos del fondo del mar; Convenio para la Protección de la capa de ozono; Convenio sobre Pronta notificación de accidentes nucleares; Convenio sobre Asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica; Protocolo al Tratado antártico sobre protección del ambiente marino; Protocolos sobre sustancias que afectan la capa de ozono; Convención Marco sobre Cambio Climático; Convención sobre diversidad biológica; Convención sobre Desertificación; Acuerdo de París etc.

50 Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.4/L.936>

del medio ambiente como derecho humano estableciendo que *“La protección del medio ambiente es también una parte esencial de la doctrina contemporánea de los derechos humanos, ya que es una condición sine qua non para la efectividad de numerosos derechos humanos como el derecho a la salud y el propio derecho a la vida. Apenas es necesario profundizar en esta cuestión, ya que los daños al medio ambiente pueden poner en peligro y socavar todos los derechos humanos enunciados en la Declaración Universal y en otros instrumentos de derechos humanos”*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expresado enumerando una serie de obligaciones internacionales de los Estados con relación a la protección medioambiental. En la opinión consultiva OC 23-17 se realizan una serie de conclusiones que nos parece relevante transcribir: *“Los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio”*; *“Con el propósito de cumplir la obligación de prevención los Estados deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente”*; *“Los Estados deben actuar conforme al principio de precaución... aún en ausencia de certeza científica”*; *“Los Estados tienen la obligación de cooperar, de buena fe, para la protección contra daños al medio ambiente”*; *“deben notificar a los demás Estados potencialmente afectados”*; *“obligación de garantizar el derecho al acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente”*; *“garantizar el derecho a la participación pública de las personas bajo su jurisdicción”*; *“garantizar el acceso a la justicia, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente que han sido enunciadas”*.

En el punto número 115 de la OC 23-17 se establece que *“Esta Corte ha sostenido que, en aplicación del artículo 1.1 de la Convención, los Estados poseen la obligación erga omnes de respetar y garantizar las normas de protección, así como de asegurar la efectividad de los derechos humanos”* posteriormente agrega que *“Estas obligaciones deben ser interpretadas tomando en cuenta las obligaciones y principios de derecho ambiental”*.

Es menester señalar que en toda la opinión consultiva OC 23-17 no se menciona el término *ius cogens*. Sí se trae a colación que en una oportunidad anterior la Corte IDH se pronunció estableciendo el carácter de norma imperativa de derecho internacional general, al derecho de acceso a la justicia. Con distintas integraciones la Corte IDH quizás haya sido mucho más abierta a denominar una norma como de *ius cogens*.

Consideramos que en la opinión consultiva OC 23-17, la CORTE IDH enumeró sustancialmente una serie de obligaciones de los Estados (cuyas fuentes enumeradas son los tratados, la costumbre e inclusive, al decir de la Corte, “el soft law”), asignándoles quizás una jerarquía superior a cualquier pacto en contrario, pero sin llegar a nombrar claramente dichas normas como imperativas de derecho internacional general. Entendemos que se perdió una oportunidad inmejorable de contribuir con el desarrollo progresivo del derecho internacional.

## 2. Con relación a la labor de *“órganos de expertos establecidos por Estados o por organismos internacionales”*, se ha recabado la siguiente prueba:

En 1976, la Comisión de Derecho Internacional en el tratamiento del estudio sobre el tema de la responsabilidad de los Estados, sostuvo que las normas de derecho interna-

cional general relativas a la protección del medio humano “sólo pueden presentarse en gran medida, para la comunidad internacional en su conjunto, como **normas imperativas**. Y parece no menos indiscutible que las obligaciones dimanantes de esas normas tienen por objeto la salvaguardia de intereses tan vitales para la comunidad internacional que una violación de tales obligaciones no puede por menos de ser considerada por todos los componentes de esa comunidad como un hecho internacionalmente ilícito particularmente grave, como un crimen internacional”<sup>51</sup>.

### 3. La doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones.

A continuación, transcribiremos opiniones de distintos juristas (en su mayoría latinoamericanos) quienes caracterizan a las normas de protección del medio ambiente como normas imperativas de derecho internacional general – ius cogens.

Manuel PEREZ GONZÁLEZ enseña que “Entre los **principios “sectoriales” con categoría de ius cogens** cabe citar, a título de ejemplo, algunos pertenecientes al ius in bello (principio de distinción, prohibición de causar daños superfluos a los combatientes, principios enunciados en el art. 3 común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949), a la responsabilidad penal internacional del individuo (algunos de los principios de Nuremberg y de los recogidos en la Parte III del Estatuto de la Corte Penal Internacional), al **Derecho del medio ambiente (principio de utilización no lesiva de territorio, principio de prevención)**, al Derecho de los diversos espacios (principio del patrimonio común de la humanidad, etcétera”<sup>52</sup>.

Por su parte, Mariana BLENGIO VALDÉS opina que “La preocupación por el medio ambiente. Jus Cogens. Del punto de vista del Derecho Internacional se ha sostenido que la preocupación por el medio ambiente y el deber de protección del mismo tal cual emana de las Conferencias de Estocolmo, Río y Johannesburgo antes referidas, **constituye uno de los casos de jus cogens, es decir de normas imperativas de Derecho Internacional general aceptadas por la Comunidad Internacional en su conjunto**”<sup>53</sup>.

Zlata DRNAS de CLÉMENT restringe la caracterización de ius cogens a la prohibición de una agresión deliberada al medio ambiente, explicando que “En relación a la **naturaleza de la norma protectora del medio ambiente** contra todo acto deliberado no justificado por necesidad militar ineludible, **entendemos constituye una norma consuetudinaria de carácter superior** (aún cuando pueda estar contenida en normas convencionales), **intransgredible, inderogable, perentoria, coactiva, de jus cogens**. Y, por tratarse de norma de tal tipo, es contraída frente a la comunidad internacional en su conjunto (erga omnes), cabiendo, en caso de violación, sanciones internacionales de carácter particular a través del ejercicio de distintas formas de jurisdicción penal internacional.”<sup>54</sup> Esta opinión es compartida por Luciano

51 Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976. Vol. II (segunda parte) Naciones Unidas, Nueva York 1977, página 108. Citado por Luciano Pezzano en “Responsabilidad Internacional Ambiental por conflicto Armado” página 12.

52 PEREZ GONZÁLEZ, Manuel “Apuntes sobre los principios generales del derecho en el Derecho internacional” artículo en “Soberanía del Estado y Derecho Internacional” Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, año 2005, página 1031.

53 BLENGIO VALDÉS, Mariana. “El derecho humano a un medio ambiente sano”. Revista de derecho de la Universidad de Montevideo, página 10.

54 DRNAS de CLÉMENT, Zlata “El daño deliberado y substancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra constituye violación de norma imperativa de derecho internacional general”, página 28. Disponible en: [https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/10\\_zlata.pdf](https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/10_zlata.pdf)

**PEZZANO** “Ello confirma nuestra apreciación, que compartimos con *Drnas de Clément* de que un **ataque dirigido contra el medio ambiente** en conflicto armado no justificado por la necesidad militar es **una violación del *ius cogens*** y, por lo tanto, un crimen internacional”.<sup>55</sup>

Dentro de los autores que de forma más contundente se han expresado, se encuentra Aldo **SERVI** quien opina que:

“Adherimos a la doctrina que postula **la existencia en el Derecho Internacional Ambiental de la vigencia de una norma de derecho internacional general (*ius cogens*)** que prohíbe a los Estados realizar o consentir la realización en su territorio por personas o entidades sometidas a su jurisdicción de **actos que puedan causar daños al territorio de otros Estados** o a sus nacionales”

“Donde no está legislado, es decir donde no haya acuerdo o convención, desde la óptica del derecho ambiental internacional y del paradigma del desarrollo sostenible, en casos de actividades peligrosas o ultrapeligrosas, **también habrá responsabilidad internacional de carácter ambiental, por el principio del derecho internacional público general *ius cogens***, ya mencionado, porque resulta imposible distinguir en materia de responsabilidad ambiental la contaminación operacional de la provocada con culpa o dolo. Y resulta imposible distinguir las porque nadie contamina por contaminar.”

“¿Existe en derecho internacional alguna norma no convencional, es decir consuetudinaria, que prohíba a los Estados realizar o consentir la realización en su territorio, por personas o entidades sometidas a su jurisdicción, de actos que puedan causar daños a otros Estados o a los nacionales de otros Estados? Sí, la respuesta es sí. Y la **norma es *ius cogens***.”<sup>56</sup>

“Además, la **norma ambiental internacional es “*ius cogens*” una norma imperativa de carácter internacional que no puede ser dejada de lado sino por otra norma de la misma naturaleza** (Agenda XXI y Declaración de Río).<sup>57</sup>

Andrés **TÉLLEZ-NÚÑEZ** en una muy interesante investigación expone que “Los hallazgos de la Comisión de Derecho Internacional específicamente y las connotaciones propias de la disciplina, muestran que en efecto **sí podría y debería hablarse hoy de normas imperativas referidas al cuidado del medio ambiente** que se evidencien en una asunción de responsabilidad internacional por parte de los Estados y que incluso, permitan más allá del artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 (*pacta sunt servanda*) exigir la implementación de acciones y mecanismos que garanticen el derecho a la vida de todos los seres humanos del planeta en un contexto, que de acuerdo con lo expuesto aquí, tendría al respeto por la más válida de las normas que es la naturaleza misma, como algo fundamental.”<sup>58</sup>

La recomendación número 4 del Centro Internacional de Derecho Comparado del Ambiente del año 2011, resolvió en la tercera Reunión Mundial de Juristas y Asocia-

55 PEZZANO, Luciano, en “Responsabilidad Internacional Ambiental por conflicto Armado” página 19.

56 SERVI, Aldo. “Derecho Ambiental: Responsabilidad Ambiental Internacional” Thomson Reuters.

57 SERVI Aldo, “El Derecho Internacional Ambiental” Revista de Relaciones Internacionales Nro. 14.

58 TÉLLEZ-NÚÑEZ, Andrés. “Lo justo ambiental en el contexto de normas imperativas de derecho internacional público”. Revista de la facultad de derecho y ciencias sociales. UPB. Página 356.

ciones de Derecho Ambiental que se recomienda *“Reconocer que el derecho al medio ambiente, de la misma manera que sus principios fundadores pertenecen al ius cogens internacional, entendido como una norma imperativa de Derecho Internacional general universalmente aceptada y reconocida por la sociedad internacional”*.

Kornicker UHLMAN *“llega a la conclusión de que, si bien la prohibición de infligir daños graves y deliberados al medio ambiente durante los conflictos armados es una norma de ius cogens, la prohibición general de causar o no prevenir daños ambientales que amenacen a la comunidad internacional en su conjunto aún no ha alcanzado plenamente el rango de ius cogens”*<sup>59</sup>

Por su parte, Ricardo GOROSITO expresa que *“La manifestación de voluntad que explicitó los Principios del Derecho Ambiental, desde Estocolmo, se tradujo en normas de Derecho Internacional, aunque originariamente normas de soft law, pero normas, que luego, por los mecanismos propios de su refrenda universal y aceptación en tratados y praxis, han adquirido la condición objetiva de normas de jus cogens.”*<sup>60</sup>

La opinión calificada de DIEZ DE VELASCO expresa que *“La función social primordial de este principio (solidaridad) es establecer restricciones objetivas a la voluntad particular de los Estados, esto es, al libre desenvolvimiento de la estructura relacional, mediante normas de derecho imperativo o perentorio (ius cogens) que pretenden reflejar la protección jurídica de intereses colectivos esenciales para la C.I. en su conjunto, centrados en la prohibición de la agresión y en la defensa del principio de libre determinación y de ciertos derechos y libertades fundamentales para la salvaguarda de la persona y el medio humano (prohibición del genocidio, la esclavitud, la discriminación racial y la contaminación masiva del medio ambiente)”*<sup>61</sup>.

Nuestro Profesor, Dr. Roberto PUCEIRO RIPOLL<sup>62</sup> realiza una clasificación de las normas ius cogens entre *“Normas que protegen los intereses y los valores de la comunidad como tal”*<sup>63</sup>, dentro de las cuales cabría incluir *“las que establecen que los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, así como sus recursos, son patrimonio común de la humanidad; el principio de que la exploración o utilización del espacio ultraterrestre o los cuerpos celestes deben ser realizados en provecho y en interés de la humanidad y pertenecen a toda ella, y la defensa del medio ambiente”*, *“Normas que protegen los derechos de los Estados como tales y en sus relaciones recíprocas, en tanto que miembros de la sociedad internacional”*<sup>64</sup> y *“Normas que protegen los derechos fundamentales de las personas en su proyección humanitaria y universal”*<sup>65</sup>.

59 La opinión de UHLMAN es interpretada por el Relator Especial para las normas ius cogens de la Comisión de Derecho Internacional. Documento A\_CN.4\_727 página 68 referencia a pie de página número 416.

60 GOROSITO ZULUAGA, Ricardo. Los principios en el Derecho Ambiental. En: Revista de Derecho (UCU), N°. 16 (2017), página 10. Disponible en <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/n16/2393-6193-rd-16-00101.pdf>

61 DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. Undécima edición, página 74.

62 PUCEIRO RIPOLL, Roberto. “Las normas de Jus Cogens en el campo del derecho internacional contemporáneo”. En “Derecho Internacional Público” Tomo 1, Jiménez de Aréchaga, Arbuét-Vignali y Puceiro Ripoll. Fundación de Cultura Universitaria. Primera edición, noviembre 2005. Páginas 378 y 379.

63 Incluye a las siguientes normas: interdicción del uso y la amenaza de la fuerza; el aseguramiento del mantenimiento de la paz; el derecho al desarrollo económico, social y cultural; represión de piratería; y la libertad de alta mar”.

64 Incluye a las siguientes normas: normas que establecen la soberanía y la libre determinación de los Estados; igual soberanía y el principio de la no intervención.

65 Incluye a las siguientes normas: normas que proscriben la discriminación racial; la supresión de la esclavitud, el genocidio, la trata de mujeres, niños y seres humanos.

Por último, es necesario mencionar el excelente trabajo realizado por el Dr. Jorge VIÑUALES en el año 2008, publicado en la Revista Colombiana de Derecho Internacional N°13. El Dr. Viñuales realiza un estudio sobre la protección del medio ambiente y su jerarquía internacional. La publicación de dicho trabajo es anterior a las últimas recomendaciones de la Comisión de Derecho Internacional sobre las normas imperativas de Derecho Internacional. En concreto, el Profesor Viñuales concluye, entre otros interesantes puntos que *“En el estado actual del derecho internacional, tanto los Estados como las jurisdicciones internacionales muestran cierta reticencia ante la posibilidad de calificar el principio de protección medioambiental como norma de jus cogens. Dicha reticencia es menor con respecto a la calificación de dicho principio como obligación erga omnes, sin duda a causa de las diversas implicancias de uno y otro concepto. Por último, la calificación como interés esencial no parece presentar inconveniente alguno, al menos luego de la decisión de la C.I.J. en el caso Gabcikovo-Nagymaros”*. Coincidimos plenamente con la apreciación del Dr. Viñuales en cuanto a que es necesario un *“esclarecimiento conceptual de las relaciones entre los tres conceptos”* (ius cogens, obligaciones erga omnes e intereses esenciales) y en cuanto a que *“la vieja idea de un orden público internacional posee actualmente los medios institucionales para afirmarse”*<sup>66</sup>.

## 7. COMENTARIOS Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.

En el presente capítulo se tomarán en cuenta los principales principios de derecho internacional ambiental que han sido reconocidos, al menos, como derecho internacional consuetudinario por una Corte Internacional (sea por ejemplo, la CIJ o CORTE IDH). Como se ha expresado más arriba, son fuentes de normas ius cogens el derecho consuetudinario y los principios generales de derecho<sup>67 68</sup>. Las normas convencionales no constituyen, en sí, normas de derecho internacional general capaces de ser fuente de normas de ius cogens, pero pueden reflejar normas de derecho internacional general que eventualmente pueden alcanzar el rango de ius cogens.

Ciertos principios han sido declarados judicialmente como derecho consuetudinario. De acuerdo a lo investigado en el presente estudio, hasta el momento hay pocos medios principales de comprobación en los cuales basarse para calificar a las normas de protección del medio ambiente como normas imperativas de derecho internacional general. Sí se ha logrado recabar prueba a través de medios auxiliares de comprobación (principalmente doctrina).

Los principios de prevención, precautorio y de cooperación internacional en temas de medio ambiente han sido declarados judicialmente como normas internacionales consuetudinarias.

66 VIÑUALES, Jorge. “La protección del medio ambiente y su jerarquía normativa en derecho internacional”. Revista Colombiana de Derecho Internacional N° 13, páginas 11 a 44. ISSN: 1692-8156.

67 *“Una norma de derecho internacional consuetudinario no surgirá si entra en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens). Una norma de derecho internacional consuetudinario que no tenga carácter de ius cogens dejará de existir si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens) que entre en conflicto con ella”*. A/CN.4.714 página 64.

68 El Relator Especial Dire Tladi, en opinión que compartimos, concluye que *“la objeción persistente a la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario no puede impedir la aparición de una norma de ius cogens”* A/CN.4.714 página 63. Comparte esta posición Rohr: *“Cuando se trate de una costumbre universal, que además sea de jus cogens, la regla del objeto persistente no es aplicable”*, La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens / Aldana Rohr. - 1a ed. - Avellaneda: SGN Editora, 2015. Página 19.

Estos tres principios han sido reflejados en normas convencionales, tanto bilaterales como multilaterales. Principalmente a través de las obligaciones contraídas en tratados multilaterales, en varios países han comenzado una serie de juicios accionados por ciudadanos contra sus propios Estados (en el fuero doméstico) donde solicitan a la Justicia que se pronuncie sobre las obligaciones que emanan de dichos acuerdos internacionales y, en definitiva, fallar, por ejemplo, a favor de que el Estado reduzca drásticamente la emisión de gases de efecto invernadero (en adelante GEI).

La cantidad de casos ha ido en aumento y recientemente, el Tribunal Supremo de los Países Bajos falló a favor de la organización no gubernamental URGENDA en su demanda contra el Estado neerlandés, con el objetivo de que se reduzcan en un 25% las emisiones de GEI para finales del año 2020<sup>69</sup>.

Aún a nivel internacional el nivel litigioso es muy bajo, las normas de protección del medio ambiente han estado presentes en distintos fallos de la CIJ, pero siempre insertos en la disyuntiva entre desarrollo económico y protección del medio ambiente, que inevitablemente permea la interpretación del derecho. Ante la poca casuística, me propongo imaginar un serie de hechos para testear el estado del derecho internacional al día de hoy.

Imaginemos por un momento que existen dos estados ficticios, sólo a los efectos de hacer este ejercicio interpretativo. Los gobiernos de los Estados “Alfa” y “Beta” son fervientes negadores del cambio climático. Tan es así, que, a pesar de que las anteriores administraciones habían firmado y ratificado el acuerdo de París del año 2015, ambos deciden denunciar dicho tratado aplicando el artículo 28<sup>70</sup>. Transcurrido un año desde que el Depositario recibió la notificación correspondiente, ambos estados ya no son parte del Acuerdo de París.

Ambos Estados saben que, al día de hoy, varios de los principios que fueron incorporados en el Acuerdo de París, a su vez han sido reconocidos como normas consuetudinarias y que existe una corriente doctrinaria importante y jurisprudencia incipiente que establece que las normas de protección del medio ambiente son normas imperativas de derecho internacional – *ius cogens*. Ante esta situación, rápidamente intentan bloquear cualquier posible injerencia sobre su potestad normativa. Firman y ratifican un tratado entre ambos estableciendo que, por ejemplo, para autorizar proyectos industriales de gran porte, no son necesarias ningún tipo de autorización administrativa ambiental o la realización de un estudio de impacto ambiental previo, independientemente de que dicha actividad sea potencialmente peligrosa en un punto fronterizo que los une. A su vez, el tratado autoriza el aumento de emisiones de gases de efecto invernadero sin limitaciones y establece que no le son aplicables los principios de prevención, precaución y cooperación en materia medioambiental.

69 Para mayor información: <https://www.urgenda.nl/en/themes/climate-case/climate-case-explained/>

70 Artículo 28 del Acuerdo de París establece: “1. Cualquier de las Partes podrá denunciar el presente Acuerdo mediante notificación por escrito al Depositario en cualquier momento después de que hayan transcurrido tres años a partir de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo para esa Parte. 2. La denuncia surtirá efecto al cabo de un año contado desde la fecha en que el Depositario haya recibido la notificación correspondiente o, posteriormente, en la fecha que se indique en la notificación. 3. Se considerará que la Parte que denuncia la Convención denuncia asimismo el presente Acuerdo.”

Tiempo después, en el Estado “Alfa” cambia la administración del gobierno. El nuevo gobierno está preocupado porque en “Beta” se está por comenzar la construcción de varios emprendimientos industriales, a saber: una planta industrial de gran porte, que prevé la quema de combustibles fósiles (derivados del petróleo y el carbón), la fabricación de elementos químicos que prevén la evacuación de efluentes en un río internacional y la posibilidad de instalar una central nuclear en la frontera, muy cerca de los principales centros poblados de “Alfa”. Ante esta situación, “Alfa” solicita información a “Beta”, quien se niega a remitir cualquier tipo de información fundándose en el tratado oportunamente firmado.

Ante la falta de cooperación, “Alfa” acude a la Corte Internacional de Justicia, órgano que tiene jurisdicción compulsoria de acuerdo al tratado firmado. La CIJ, ¿aplicará sin más el tratado, basándose en el principio de *pacta sunt servanda* y el respeto de las obligaciones de buena fe?

Esta interpretación parecería difícil de sostener en el estado actual de avance sobre las normas internacionales de protección del medio ambiente. Pero, si dichas normas fueran simplemente *ius dispositivum* la realidad es que no podrían hacerse valer por encima de un tratado válido. Como hemos visto más arriba, un tratado puede válidamente modificar la costumbre. Será necesario entonces acudir, a realizar una interpretación que establezca que las normas internacionales que protegen el medio ambiente, tienen una jerarquía superior, son imperativas y producirían la nulidad absoluta del tratado firmado entre “Alfa” y “Beta”.

Quizás la CIJ tome la postura de establecer, para darle jerarquía a dichas normas, y en definitiva desaplicar el tratado bilateral, la interpretación de que las obligaciones internacionales de protección del medio ambiente son “obligaciones *erga omnes*”. A nuestro modesto entender, ésta ha sido la técnica elegida por la CIJ para establecer una jerarquía normativa de ciertas obligaciones por sobre otras, sin ingresar a nombrar ciertas normas como imperativas de derecho internacional general *ius cogens*, pero indirectamente aplicándoles un efecto similar (la aplicación jerárquica de unas obligaciones por sobre otras). Desde un punto de vista meramente práctico, lo realmente importante es saber qué norma se aplicará a un asunto concreto, más allá de que la norma que sea desaplicada, eventualmente se declare como nula o inexistente.

¿Cuándo nace una norma *ius cogens*? Esta interrogante no es claramente abordada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Los medios probatorios ¿Tienen un efecto constitutivo de normas *ius cogens* o tienen un efecto simplemente declarativo? La respuesta a esta interrogante nos parece por demás importante en el estado actual del derecho internacional contemporáneo. En la práctica, las normas que, indiscutiblemente, han alcanzado la jerarquía de *ius cogens*, no han tenido una declaración por la “comunidad internacional de estados en su conjunto” sobre tal carácter.

Al contrario, la práctica ha sido que, quizás primero la doctrina especializada se ha pronunciado a favor de que ciertas normas tienen carácter de *ius cogens* y, posteriormente, la CIJ u otras cortes internacionales o nacionales, en respuesta a una solicitud en concreto, han fallado utilizando una norma imperativa como fundamento jurídico de

sus decisiones. En algunos casos, dichas cortes han inaplicando tratados multilaterales o bilaterales vigentes. En general, la prueba ofrecida por la CIJ para declarar una norma como *ius cogens* no se ha basado en declaraciones de los estados, o en tratados multilaterales (no conocemos ningún tratado bilateral o multilateral que en su texto establezca que sus normas son *ius cogens* – además de que, dicha declaración en un tratado, por sí sola, no sería suficiente para determinar el carácter imperativo de una norma internacional) sino más bien en opiniones jurídicas doctrinarias, que cómo hemos visto, son ampliamente válidas para establecer tal carácter.

## 8. CONCLUSIONES.

En Derecho Internacional existe una bifurcación normativa. Por un lado podemos mencionar el “*ius dispositivum*”, normas en las cuales los sujetos de derecho internacional tienen la más amplia potestad normativa, y por el otro, el “*ius cogens*”, normas imperativas de derecho internacional general.

Las características distintivas de las normas *ius cogens* son: imperatividad, generalidad, aceptación y reconocimiento universal, dinamismo y mutabilidad.

Los sujetos de derecho internacional se han mostrado reacios a expresarse con firmeza para catalogar a una norma de derecho internacional general como *ius cogens*.

Los criterios acumulativos para la determinación de las normas *ius cogens* están definidos en el artículo 53 de Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados: “debe ser una norma de derecho internacional general”, la cual debe ser aceptada y reconocida como una norma que no admite acuerdo en contrario.

Los principios generales de derecho, al igual que las normas de derecho internacional consuetudinario, son de aplicación general.

Las disposiciones de los tratados no constituyen, en sí, normas de derecho internacional general capaces de ser fuente de normas de *ius cogens*, pueden reflejar normas de derecho internacional general que pueden alcanzar el rango de *ius cogens*.

Algunas consecuencias de considerar una norma como “imperativa de derecho internacional general” son: la nulidad de los tratados cuyas normas contravienen el *ius cogens*; el deber de no reconocer como lícita una situación creada por una violación de una norma imperativa de derecho internacional general y una obligación de abstenerse a prestar ayuda o asistencia para mantener una situación creada por una violación a una norma *ius cogens*;

Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) establecen obligaciones *erga omnes* cuyo incumplimiento concierne a todos los Estados.

Es posible que un tratado derogue una norma consuetudinaria entre las partes y, es también posible que una norma consuetudinaria derogue un tratado.

El “proyecto de conclusión 8” adoptado por la Comisión de Derecho Internacional el 24 de mayo de 2019, establece mecanismos probatorios de aceptación y reconocimiento del carácter imperativo de una norma de derecho internacional general (*ius cogens*).

En el marco de la presente investigación, se han recabado los siguientes medios probatorios que establecen que las normas de protección del medio ambiente son normas imperativas de derecho internacional general – *ius cogens*: una declaración pública hecha en nombre de un Estado (Alemania); una publicación oficial (Alemania); dos decisiones de cortes y tribunales nacionales (Alemania y Colombia); innumerables disposiciones en tratados multilaterales que declaran derecho consuetudinario.

Puede concluirse que, en el marco de la presente investigación, la cantidad y calidad de los medios principales de comprobación es bajo.

El “proyecto de conclusión 9” adoptado por la Comisión de Derecho Internacional el 24 de mayo de 2019, establece “medios auxiliares” de determinación del carácter imperativo de las normas de derecho internacional general (*ius cogens*).

En el marco de la presente investigación, se han recabado los siguientes medios auxiliares de comprobación a los efectos de establecer que las normas de protección del medio ambiente son normas imperativas de derecho internacional general – *ius cogens*: una decisión de “cortes y tribunales internacionales” que califica como obligación *erga omnes* a la protección del medio ambiente (Corte IDH); una declaración de órganos de expertos establecidos por Estados o por organismos internacionales (Comisión de Derecho Internacional); diez opiniones de doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones (principalmente en el ámbito latinoamericano).

Puede concluirse que, en el marco de la presente investigación, la cantidad y calidad de los medios auxiliares de comprobación son aceptables.

En nuestra opinión, el sustento doctrinario actualmente es suficiente para que, en un futuro, y ante una solicitud en concreto en tal sentido, la CIJ se pronuncie declarando las normas que protegen el medio ambiente como normas *ius cogens*. Respetando el tracto lógico que ha primado hasta ahora en la declaración de normas *ius cogens*, una vez que la CIJ la invoque, más Estados y Organizaciones Internacionales comenzarán a replicar dicha invocación.

## BIBLIOGRAFÍA

### Informes y documentos:

Documento A/CN.4/L936 Comisión de Derecho Internacional 71er período de sesiones. Ginebra, 29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019. Fecha 24 de mayo de 2019. Texto del proyecto de conclusiones por el Comité de Redacción en primera lectura.

Documento A/CN.4/727 Cuarto informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) presentado por Dire Tladi, Relator Especial.

Documento A/CN.4/706 Segundo informe sobre ius cogens presentado por Dire Tladi, Relator Especial. 16 de marzo de 2017.

Documento A/CN.4.714 Tercer informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens) presentado por Dire Tladi, Relator Especial. 12 de febrero de 2018.

Opinión consultiva OC 23-17, sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos de la Corte Interamericana de Derecho Humanos.

Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares.

Sentencia del caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina Vs. Uruguay). 20 de abril de 2010.

Documento A/73/419 Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente. Secretario General de las Naciones Unidas.

Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Yucatán, en el escrito de observaciones sobre la solicitud de Opinión Consultiva relativa a la interpretación de los artículos 1.1, 4.1 y 5.1 del Pacto de San José. Enero 2017 CARBALLO, CRUZ, GONZÁLEZ y RUBIO.

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente en cooperación con el Sabin Center for Climate Change Law de la Columbia Law School. “El estado del litigio en materia de Cambio Climático – una revisión global”

### **Artículos y libros:**

AKEHURST, Michael “A Modern Introduction to International Law”. Séptima edición.

ROHR, Aldana “La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens” 1a ed. - Avellaneda : SGN Editora, 2015.

Jiménez de Aréchaga, Arbuet-Vignali y Puceiro Ripoll. “Derecho Internacional Público” Tomo 1. Fundación de Cultura Universitaria. Primera edición, noviembre 2005.

Lecciones de Derecho Internacional Público, González Napolitano, Silvina S. (coord.), Errepar, Buenos Aires, 2015.

GODIO, Leopoldo. Los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional público” Revista de derecho de la Universidad de Montevideo, número 30 – año 2016.

BLENGIO VALDÉS, Mariana  
Derecho humano a un medio ambiente sano

En: Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, año 2, no. 4 (2003), Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/>

Fecha de consulta: 07/10/2019

MANTERO SAN VICENTE, Osvaldo. Derecho Ambiental. Página 19. 1ª edición, setiembre 1995.

BRILMAN, Marina C.

Permanencia y cambio de la normatividad en el derecho internacional

En: Urueña, René. Derecho internacional: poder y límites del derecho en la sociedad global. Bogotá: Universidad de los Andes, 2015.

Acceso a biblioteca: vLex

Fecha de consulta: 07/10/2019

CANÇADO TRINDADE “La Ampliación del Contenido Material del *JUS COGENS*” página 6. Publicado en la recopilación del XXXIV Curso de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_xxxiv\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2007\\_antonio\\_agosto\\_cancado\\_trindade.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxiv_curso_derecho_internacional_2007_antonio_agosto_cancado_trindade.pdf)

DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. Undécima edición.

ECHAIDE, Javier

Demandas en el CIADI y el derecho humano al agua: ¿tratados de inversiones vs. derechos humanos?

En: Revista Colombiana de Derecho internacional, no. 31 (2017)

Acceso en biblioteca: vLex

LUCERO PANTOJA, Jairo Enrique

Función de utilidad. Entre el ambiente y el sostenimiento de la economía

En: Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental, no. 32 (2018)

Acceso en biblioteca: vLex

DRNAS de CLÉMENT, Zlata “El daño deliberado y substancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra constituye violación de norma imperativa de derecho internacional general”. Disponible en: [https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/10\\_zlata.pdf](https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/10_zlata.pdf)

PEZZANO, Luciano

Responsabilidad internacional ambiental por conflicto armado

En: RECORDIP, vol. 1, no. 2 (2015)

Disponible: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/13290>

Recomendación no. 4: La efectividad del derecho internacional del medio ambiente  
En: Revista Catalana de Dret Ambiental vol. 2, no. 2 (2011)

SERVI, aldo

Derecho ambiental: responsabilidad ambiental internacional

En: Jurisprudencia Argentina. La Ley Online, Argentina.

Cita Online: 0003/008054

SERVI, Aldo

El derecho internacional del medio ambiente.

En: Revista de Relaciones Internacionales, no. 14

Disponible en: [http://www.iri.edu.ar/revistas/revista\\_dvd/revistas/R14/R14-ESER.html](http://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/R14/R14-ESER.html)

TELLEZ-NUÑEZ, Adrés

Lo justo ambiental en el contexto de normas imperativas de derecho internacional público.

En: Revista de la Facultad de derecho y Ciencias Políticas (UPB), v. 47, no. 127 (2017).

Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v47n127/0120-3886-rfd-cp-47-127-335.pdf>

VALENCIA RESTREPO, Hernán

La definición de los principios en el Derecho internacional contemporáneo.

En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 37, no. 106 (2007) p. 69-124

Disponible en: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5520/5113>

VIÑUALES, Jorge E.

La protección del medio ambiente y su jerarquía normativa en derecho internacional

En: International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional, 6(13) (2008)

Disponible en:

<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13902>

GOROSITO ZULUAGA, Ricardo Los principios en el Derecho Ambiental

En: Revista de Derecho (UCU), no. 16 (2017), p. 101-136

Disponible en: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/n16/2393-6193-rd-16-00101.pdf>



REFLEXIONES SOBRE LA NUEVA CONVENCIÓN DE  
LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS ACUERDOS DE  
TRANSACCIÓN INTERNACIONALES RESULTANTES  
DE LA MEDIACIÓN  
("CONVENCIÓN DE SINGAPUR")

CONSIDERATIONS ABOUT THE NEW UNITED NATIONS  
CONVENTION ON INTERNATIONAL AGREEMENTS  
RESULTING FROM MEDIATION  
("SINGAPORE CONVENTION")

REFLEXÕES SOBRE A NOVA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES  
UNIDAS SOBRE OS ACORDOS INTERNACIONAIS  
RESULTANTES DA MEDIAÇÃO  
("CONVENÇÃO DE SINGAPURA")

*IGNACIO JORGE TASENDE ITURVIDE\**

**RESUMEN:** En el presente artículo se analizarán los motivos que justificaron la creación de la Convención de Singapur, y se concluirá positivamente sobre las consecuencias que esta puede tener. En particular, se abordará la naturaleza de los acuerdos, sus efectos, los requisitos para su validez, su ejecutabilidad, y las causales que ameritan la denegación de medidas contenidas en el acuerdo. Asimismo, se evaluará el vínculo que tiene con la Convención de Nueva York, y las relaciones entre los acuerdos de mediación y los tribunales estatales. En adición a ello, se concluirá sobre la repercusión que pueda tener el instrumento a nivel global, y su eventual incidencia en el campo de los métodos de resolución de disputa alternativos.

**PALABRAS CLAVE:** mediación, Singapur, acuerdos, conciliación, arbitraje.

---

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad de la República). Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Procesal (Universidad de la República). Asesoría Jurídica de la Contaduría General de la Nación. ORCID id: <https://orcid.org/0000-0002-3728-6394>. [i.tasende@hotmail.com](mailto:i.tasende@hotmail.com).

**ABSTRACT:** This article will analyze the reasons that justified the creation of the Singapore Convention and its positive consequences. In particular, it will address the nature of the agreements, their effects, the requirements for their validity, their enforceability, and the grounds for refusal of measures contained in the agreement. Furthermore, it will also assess the links with the New York Convention and the relationship between mediation agreements and State courts. Finally, it will conclude highlighting the impact that the instrument may have at the global level, and its possible repercussions in the field of alternative dispute resolution methods.

**KEYWORDS:** mediation, Singapore, agreements, conciliation, arbitration.

**RESUMO:** No presente artigo serão analisadas as razões que justificaram a criação da Convenção de Singapura e será concluída positivamente sobre as consequências que esta pode ter. Em especial, será abordada a natureza dos acordos, seus efeitos, os requisitos para sua validade, sua executabilidade e as causas que justificam a recusa das medidas previstas no acordo. Além disso, será avaliado o vínculo que tem com a Convenção de Nova Iorque e as relações entre os acordos de mediação e os tribunais estatais. Adicionalmente será feita uma conclusão sobre o impacto que o instrumento pode ter a nível global e o sua eventual incidência no campo dos métodos de resolução de disputas alternativas.

**PALAVRAS-CHAVE:** mediação, Singapura, acordos, conciliação, arbitragem.

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. Generalidades

La creación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, –en adelante “*Convención de Singapur*”–, se halla en el marco de la promoción de la coordinación y uniformización paulatina del derecho comercial internacional, objetivos cuya consecución se encomendó a la Comisión de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1996, por resolución 2205 (XXI)<sup>1</sup>. Fue preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –en adelante “*CNUDMI*”–, y aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2018, en Nueva York.

Como antecedente de la Convención de Singapur, es necesario mencionar a la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional del 19 de noviembre de 2002 (Nueva York), modificada en 2018, que junto con el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, del 04 de diciembre de 1980 (Nueva York), se constituyeron en instrumentos orientados a perseguir la determinación de un encuadre jurídico armónico para la justa y eficaz solución de conflictos.

En ese orden, se reconoce a la mediación como una forma de resolver los conflictos amistosamente, sin necesidad de judicializarlos. La adopción de una Convención que

<sup>1</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2018, disponible en: <https://undocs.org/es/A/res/73/198>.

abarque a la mayor cantidad posible de Estados, teniendo en cuenta la diversidad de sistemas jurídicos y socioeconómicos en dicha disciplina, aparece, entonces, como sumamente positiva, y como un factor de desarrollo de las relaciones comerciales en el ámbito internacional, en un ambiente de armonía, fruto de la unificación de las normas sobre ejecución internacional de acuerdos resultantes de la mediación.

En cuanto a su regulación, presenta grandes similitudes con las soluciones adoptadas por la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras<sup>2</sup> (Nueva York, 1958) –en adelante, Convención de Nueva York–, y garantiza “que un acuerdo alcanzado por las partes adquiera carácter vinculante y pueda ejecutarse siguiendo un procedimiento simplificado y sencillo”<sup>3</sup>.

A la fecha, 51 países han firmado la Convención de Singapur<sup>4</sup>. Belarús efectuó una reserva en cuanto a su aplicación, mientras que Irán dejó constancia de su interpretación sobre alguna de las disposiciones. Entre los países signatarios, se encuentran los Estados Unidos y China, siendo los países de la Unión Europea, los grandes ausentes.

## 1.2. Sobre la mediación en particular

La Convención de Singapur fue preparada por la CNUDMI, reconociendo que la mediación se constituyó en una práctica progresivamente habitual en las relaciones comerciales locales e internacionales.

La resolución amistosa de una controversia, sorteando los arduos efectos que importa la judicialización de un conflicto, se traduce en la reducción de la probabilidad de que el vínculo comercial entre las partes culmine. Mediar es sinónimo de flexibilidad, adaptabilidad a las necesidades y preocupaciones de las partes y economía de costos. Asimismo, se trata de un método que apareja celeridad<sup>5</sup>, en contradicción con la realidad de la práctica judicial en general, sobre todo en materia internacional, donde se suscitan múltiples conflictos de jurisdicción, abuso del *forum shopping*, problemas relativos a la obtención de pruebas, medidas cautelares, entre otros.

Las circunstancias reseñadas se hallan en contradicción, no obstante, con la realidad, que indica que la mediación es un recurso no muy utilizado en el ámbito internacional<sup>6</sup>, fruto, probablemente, de la ausencia de un marco regulatorio integral que garantice la vinculatoriedad de los acuerdos.

Se ha señalado que la existencia de un instrumento de aceptación cuasi universal como lo es la Convención de Nueva York, permitió que una institución como el ar-

2 Documento disponible en: [https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign\\_arbitral\\_awards](https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards).

3 Folleto informativo de la CNUDMI sobre la Convención de Singapur, disponible en: [https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements](https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements), p.2.

4 Lista actualizada de países firmantes, disponible en: [https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements/status](https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status).

5 WOLSKI, B., *Arb-Med-Arb (and MSAs): A Whole Which Is Less Than, Not Greater Than, the Sum of Its Parts*, Contemporary Asia Arbitration Journal, Vol. 6, núm. 2, 2013, pp. 249-274; PRIBETIC, A.I., *The “Third Option”: International Commercial Mediation*, World Arbitration & Mediation Review, Vol. 1, núm. 4, 2007, pp. 563-587.

6 STIPANOWICH, TH.J., LAMARE, J.R., *Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration, and Conflict Management in Fortune 1,000 Companies*, Harv. Negot. L.Rev., Vol. 19, 2014, pp. 1-68.

bitraje, predomine sobre otros métodos, como la mediación. Así, la adopción de un instrumento como la Convención de Singapur contribuiría a revertir, o al menos buscar equilibrar esa situación<sup>7</sup>.

El presente artículo no pretende constituirse en un análisis pormenorizado del instituto de la mediación en particular, sino que, por el contrario, se busca detallar las soluciones establecidas en la Convención de Singapur, con énfasis en cuestiones que pueden dar lugar a conflictos interpretativos por quienes buscan obtener títulos deslocalizados universalmente ejecutables (acuerdos de transacción).

## 2. MEDIACIÓN: TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO

En el 64° período de sesiones, el Grupo de Trabajo discutió si era conveniente utilizar el término “conciliación”, o sustituirse por el de “mediación”, teniéndose en cuenta, en este caso, eventuales consecuencias respecto de textos ya aprobados por la CNUDMI que se redactaron con la expresión “conciliación”. No obstante, en tanto en dichos instrumentos el término “conciliación” se empleó como intercambiable con el de “mediación”, no habría mayores inconvenientes. Se concluyó que era más apropiado hablar de “mediación”, en función de ser éste un vocablo más utilizado en la práctica. En ese sentido, se estableció que “mediación”, es un término “*que se utiliza ampliamente para hacer referencia a un proceso en que las partes solicitan a un tercero o terceros que les presten asistencia en su intento de llegar a un arreglo amistoso de una controversia derivada de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o vinculada a ellas*”<sup>8</sup>.

## 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE SINGAPUR

La Convención de Singapur establece cinco criterios para determinar su aplicabilidad: consensualidad, nexo causal, formalidad, finalidad e internacionalidad.

### 3.1. Consensualidad

El art. 1 comienza señalando que el instrumento será aplicable respecto de acuerdos. La noción de acuerdo da cuenta, por ende, de una relación contractual, *ergo* consensual, donde las partes tienen el interés de resolver una controversia, a través de dicho acuerdo.

El fundamento de exigir consenso entre las partes es que, naturalmente, una vez alcanzado un acuerdo de transacción, el mismo importará la renuncia de las partes a acudir a la justicia estatal para resolver esa controversia. Si un sujeto, *a posteriori* de lograr un acuerdo de transacción, acude a los tribunales de un determinado país, a efectos de judicializar el conflicto que fue objeto de acuerdo, el juez renunciará a pronunciarse sobre la cuestión, toda vez que constate que la misma fue resuelta por un acuerdo de

7 STRONG, S.I., *Realizing Rationality: An Empirical Assessment of International Commercial Mediation*, Wash. & Lee L. Rev., Vol. 73, 2016, pp. 1980-1981.

8 Trabajo preparatorio de la CNUDMI para la Convención de Singapur, Grupo de Trabajo II, 68° período de sesiones, disponible en: [https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements/travaux](https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/travaux), p.3.

transacción, en concordancia con la normativa aplicable, de forma similar con lo que ocurre en materia de arbitraje.

No obstante, a diferencia de lo ocurrido en el arbitraje, no se exige un acuerdo donde las partes consientan acudir a la mediación como proceso para la consecución de un acuerdo de transacción. Por el contrario, alcanza con el mero logro consensual de un acuerdo transaccional, aun en ausencia de acuerdo previo. Sin embargo, el acuerdo de someter una controversia a mediación podría servir en el proceso de ejecución del acuerdo transaccional, como prueba de que el mismo se alcanzó fruto de la mediación.

### 3.2. Nexo causal

Por su parte, la Convención de Singapur será aplicable a un acuerdo, en la medida en que el mismo haya sido “*resultante de la mediación*”.

Es decir, en la medida en que el acuerdo logrado no haya sido fruto de un proceso de resolución de controversias solicitado por las partes a un tercero, la Convención de Singapur no será aplicable.

Ello va de la mano con el requisito anterior, puesto que, si el consentimiento de una de las partes está viciado, no podremos hablar estrictamente de mediación.

No obstante, aun en hipótesis de acuerdos derivados del consentimiento libre y voluntario de las partes –como un simple contrato–, si las soluciones pactadas no se alcanzaron fruto de un proceso de mediación, no será aplicable la Convención de Singapur.

### 3.3. Formalidad

En función de la importancia de llegar a un acuerdo transaccional, dado que conlleva, como se mencionó, la imposibilidad *a posteriori* de resolver la controversia objeto del acuerdo a través de los tribunales estatales, se exige un requisito de formalidad, que es la prestación del consentimiento “por escrito”.

El significado de la expresión da lugar a múltiples discusiones en doctrina y jurisprudencia, en especial en materia arbitral, en la que también se exige que el consentimiento se materialice por escrito<sup>9</sup>. El requisito será analizado *in extenso* en el capítulo posterior.

Cabe, en principio, señalar que es entendible requerir ciertas formalidades respecto del concurso de voluntades, en virtud de las consecuencias que apareja la mediación.

### 3.4. Finalidad

La Convención de Singapur rige exclusivamente cuando las partes persiguen la solución de “controversias comerciales”.

El término “comercial” se emplea de forma amplia, excluyendo –como se hace posteriormente de forma expresa– a toda cuestión de naturaleza laboral, sucesoria o de familia.

<sup>9</sup> A tales efectos, consultar la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

En cuanto a la naturaleza de las obligaciones emergentes del acuerdo, en ausencia de disposición expresa, pueden ser tanto pecuniarias como no pecuniarias, e incluso condicionales.

### 3.5. Internacionalidad

Es menester, para que rijan la Convención de Singapur, que la controversia sea internacional.

A tales efectos, se establece un criterio de “temporalidad”, en función del cual, la naturaleza internacional de la controversia se evalúa únicamente al momento de celebrarse el acuerdo. Por tanto, si éste es internacional al celebrarse, pero luego las condiciones se alteran, el mismo no deviene, sin embargo, en un acuerdo nacional. Sería el caso, por ejemplo, de la celebración de un acuerdo transaccional entre dos partes que tienen sus establecimientos en Estados diferentes y, tiempo después de concluido, una de ellas muda su establecimiento al Estado de la otra parte. El acuerdo sigue siendo internacional, por ende, título con fuerza ejecutiva bajo la Convención de Singapur.

Por otra parte, no es trascendente que la relación jurídica entre las partes que da origen a la controversia fundante del acuerdo, sea internacional. En efecto, la misma puede carecer de “*componentes foráneos relevantes*”<sup>10</sup>, es decir, ser de naturaleza nacional, sin perjuicio de que el acuerdo transaccional será igualmente internacional, si se cumplen los requisitos establecidos por la Convención de Singapur.

En cuanto a la internacionalidad del acuerdo, ello ocurre, en primer lugar, si “al menos” dos de las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes. Por tanto, un acuerdo transaccional trilateral, será internacional en la medida en que al menos dos de las partes tengan sus establecimientos en distintos países.

Nada dice la Convención de Singapur en relación al concepto de “establecimiento”. En jurisprudencia sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) –en adelante CISG<sup>11</sup>–, se lo ha definido como “*el lugar desde el cual la actividad comercial se lleva a cabo de facto [...] ello exige una cierta duración y una cierta estabilidad así como un cierto grado de autonomía*”<sup>12</sup>. Asimismo, se señaló que una oficina de enlace no podía considerarse “establecimiento”<sup>13</sup>. Por su parte, se indicó que existe establecimiento toda vez que exista “*una organización permanente y estable y no solo en el lugar donde únicamente se han hecho preparativos para la celebración de un solo contrato*”<sup>14</sup>, y que “*basta con que exista una organización con cierta*

10 FRESNEDO, C., *Curso de Derecho Internacional Privado*, T. I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, p. 23.

11 Puede consultarse en: <https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods>.

12 Oberlandesgericht Stuttgart, Alemania, 28 de febrero de 2000, *Internationales Handelsrecht*, 2001, 66; y caso CLOUT Núm. 608 [Trib. Rimini, Italia, 26 de noviembre de 2002] De forma similar: caso CLOUT Núm. 106 [Oberster Gerichtshof, Austria, 10 de noviembre de 1994]. Por su parte, un fallo judicial, dispuso que el término “establecimiento” exige que las partes hagan negocios “realmente” desde éste (caso CLOUT Núm. 360 [Amtsgericht Duisburg, Alemania, 13 de abril de 2000]).

13 Caso CLOUT Núm. 158 [Cour d’appel, Paris, Francia, 22 de abril de 1992].

14 Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Francia, laudo del laudo núm. 9781 del 2000, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/009781i1.html>.

*continuidad*<sup>15</sup>. Se trata del establecimiento “real”<sup>16</sup>; “el solo lugar de celebración del contrato no constituye un establecimiento; tampoco lo es el lugar donde se hayan realizado las negociaciones”<sup>17</sup>. Si bien la CISG aplica respecto de contratos de compraventa internacional de mercaderías, algunos de sus conceptos son trasladables por analogía.

En definitiva, deben tenerse en cuenta elementos fácticos, de la realidad, para saber si se está ante un establecimiento, que será aquel emplazamiento desde el que se efectúan los negocios de la empresa de forma ciertamente duradera, estable, y autónoma. Dicho establecimiento podrá coincidir con el lugar donde se hicieron los preparativos para la celebración de un contrato, con el lugar donde se celebró, y con el lugar donde se realizaron las negociaciones. No obstante, dichos extremos no configuran *per se* un establecimiento, si no se cumplen los demás requisitos.

Siguiendo con la internacionalidad del acuerdo, dicho requisito también se cumple, en segundo lugar, si el Estado donde las partes tienen sus establecimientos, no es: *i. El Estado en que se cumple una parte sustancial de las obligaciones derivadas del acuerdo de transacción; o ii. El Estado que está más estrechamente vinculado al objeto del acuerdo de transacción* (art. 1.b).

En el primer caso, el acuerdo transaccional podrá considerarse internacional aunque las partes tengan sus establecimientos en el mismo Estado, siempre que una parte sustancial de las obligaciones emergentes del mismo, se cumplan en un Estado diverso. En la segunda hipótesis, si las partes tienen sus establecimientos en el mismo Estado, el acuerdo será internacional si otro Estado se encuentra “más estrechamente vinculado” a su objeto.

Nada indica la Convención de Singapur acerca del alcance de la expresión “parte sustancial” de las obligaciones. De acuerdo a un criterio cuantitativo, podría entenderse que se trata del Estado donde se cumplen la mayor cantidad de las obligaciones emergentes del acuerdo transaccional. No obstante, no parece ser ese el espíritu adoptado, en tanto la referencia parece ser a un Estado que presenta bastante importancia con la relación entre las partes, lo que no operaría en el caso donde, por ejemplo, pese a que la mayor cantidad de obligaciones emergentes del acuerdo se cumplen en un Estado, no se trata de obligaciones de importante magnitud, en relación con las otras.

Si se sigue un criterio normativo, podría pensarse que la Convención de Singapur alude al lugar de cumplimiento de la prestación “típica” o “característica” del contrato o relación jurídica objeto de la controversia fundante del acuerdo transaccional. Sin embargo, nada impide que controversias originadas en relaciones jurídicas independientes sean objeto de un mismo acuerdo, con lo cual, tendríamos más de una prestación “típica”, lo que dificultaría la determinación del Estado. Incluso, tratándose de una única relación, podría ocurrir que la prestación “típica” no sea objeto del acuerdo.

15 Tribunal cantonal du Valais, Suiza, 19 de agosto de 2003, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030819s1.html>.

16 Caso CLOUT Núm. 360 [Amtsgericht Duisburg, Alemania, 13 de abril de 2000].

17 Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Francia, laudo del laudo núm. 9781 del 2000, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/009781i1.html>.

La expresión “parte sustancial” también es recibida por la CISG, al disponer en su art. 12 que las partes pueden diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, “*después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones (...)*”.

En definitiva, si bien parecería que la letra alude a un criterio cuantitativo, ello debe combinarse con cuestiones tales como las negociaciones entre las partes y su comportamiento, y el análisis de la relación en su contexto, de forma integral, de modo de poder determinar objetivamente cuál sería la “parte sustancial” de las obligaciones.

Por su parte, la segunda hipótesis recoge el criterio de los “vínculos más estrechos”, recibido también por la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994) –en adelante *Convención de México*<sup>18</sup>–, aunque allí el concepto se establece a los efectos de determinar el derecho aplicable a la relación jurídica.

Recogiendo los conceptos allí vertidos, deberán tenerse en cuenta “*todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales*” (art. 9 de la Convención de México).

En definitiva, el *test* adecuado para determinar el Estado con los “vínculos más estrechos” implica acudir a un criterio funcional, reuniendo todos los elementos objetivos, subjetivos, fácticos y normativos vinculados al acuerdo, así como principios de la contratación comercial internacional –por ejemplo, los *Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales*<sup>19</sup> (Roma, 2016)–. Dado que el acuerdo tiene la naturaleza de un título ejecutivo deslocalizado, la sede o lugar de celebración del mismo, aisladamente, no es relevante, pero puede tenerse en cuenta, así como también la ley aplicable o la nacionalidad del mediador, entre otros aspectos.

Se reitera, finalmente, que tanto la “parte sustancial”, como “los vínculos más estrechos”, refieren al objeto del acuerdo, y no a la relación jurídica.

#### 4. ÁMBITO DE APLICACIÓN: EXCLUSIONES

No podrá invocarse la Convención de Singapur respecto de acuerdos concluidos para resolver “*controversias que surjan de operaciones en las que una de las partes (un consumidor) participe con fines personales, familiares o domésticos*” (art. 1.2.a).

Tampoco rige respecto de controversias relacionadas “*con el derecho de familia, el derecho de sucesiones o el derecho laboral*” (art. 1.2.b), disposición innecesaria, puesto que preliminarmente se establece que el alcance se limita a controversias comerciales.

18 Puede consultarse en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>.

19 Principios elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Pueden consultarse en: [www.unidroit.org/unidroit-principles-2016](http://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016).

De la lectura de las disposiciones, surge que la enumeración de las exclusiones es taxativa. En relación a los asuntos penales, podría plantearse un caso de comercio internacional en el que se realice una denuncia penal, lo que no impediría, sin embargo, que las partes lleguen a un acuerdo transaccional. Asimismo, no es discutible la recepción de los acuerdos transaccionales en los que haya sido parte un organismo estatal, en la medida en que si el art. 8.1.a, establece la posibilidad de que un Estado Parte declare que *“No aplicará la presente Convención a los acuerdos de transacción en los que sea parte, o en los que sea parte cualquier organismo del Estado, o cualquier persona que actúe en nombre de un organismo del Estado, en la medida que se establezca en la declaración”* (art. 8.1.a), por lógica, en ausencia de tal declaración, se admitirán los acuerdos transaccionales en los que un Estado haya sido parte.

El fundamento de las exclusiones es que se trata de cuestiones regidas por normas limitativas de la autonomía de la voluntad, o de orden público.

Asimismo, la Convención de Singapur no rige sobre acuerdos *“aprobados por un órgano judicial o concertados en el curso de un proceso ante un órgano judicial”* y *“que puedan ejecutarse como una sentencia en el Estado de ese órgano judicial”* (art. 1.3.a). Es decir, si el acuerdo fue aprobado por un órgano judicial, la Convención de Singapur no rige. Pero si el acuerdo no fue aprobado, pero fue concertado en el transcurso del proceso ante un órgano judicial, tampoco es aplicable. El término *“puedan”* da cuenta de que no se requiere que haya sido ejecutado en vía judicial, sino la mera potencialidad de que ocurra.

Finalmente, la Convención de Singapur tampoco aplica sobre acuerdos *“que hayan sido incorporados a un laudo arbitral y sean ejecutables como tal”* (art. 1.3.b). Nuevamente, no se requiere ejecución del laudo, sino ejecutoriedad. Si el laudo no es reconocido por los tribunales, o incluso es anulado, en tanto se requiere potencialidad de ejecución, el acuerdo allí incorporado tampoco sería susceptible de quedar abarcado por la Convención de Singapur. Por el contrario, debería celebrarse nuevamente.

## 5. PRECISIONES

### 5.1. Establecimiento

La Convención de Singapur establece que, en caso de que una parte tenga más de un establecimiento, *“prevalecerá el que guarde una relación más estrecha con la controversia (...) considerando las circunstancias conocidas o previstas por las partes en el momento de celebrar el acuerdo”* (art. 2.1.a). Similar solución establece la CISG, en su art. 10.

Sin perjuicio de remitir a los conceptos vertidos en el capítulo 3, corresponde señalar que, a diferencia del art. 1.1.b.ii, donde los vínculos más estrechos son con el *“objeto”* del acuerdo de transacción, aquí la referencia es a la *“controversia”*. Podría señalarse que el *“objeto del acuerdo”* no coincide necesariamente con *“la controversia”* (que puede abarcar múltiples elementos no contenidos en el acuerdo). No obstante, parecería que la diferencia es meramente semántica, y la solución similar.

A los efectos de la determinación, se considerarán las circunstancias *“conocidas o previstas”* únicamente por las partes. Se excluyen, así, las no conocidas, las imprevisi-

bles, o las previsibles no previstas. Asimismo, el conocimiento o la previsión se examinan al momento de celebrarse el acuerdo.

En subsidio, si la parte carece de establecimientos, se considerará, a los efectos de determinar la internacionalidad del acuerdo, el lugar de su residencia habitual, es decir, el “centro de vida” del sujeto, donde efectivamente vive, trabaja, y otros elementos fácticos a ponderar por el intérprete.

## 5.2. Escritura

Anteriormente se señaló que el acuerdo debe constar “por escrito”. La Convención de Singapur establece que dicho requisito se cumple si quedó constancia de su contenido “de alguna forma”, adoptando así, un criterio amplio para la admisión de los acuerdos transaccionales.

La noción de escritura da cuenta, en primer lugar, de un documento que recoja lo acordado por las partes por la vía de la mediación, firmado por ellas.

No obstante, dada la amplitud señalada, el acuerdo constará “por escrito” toda vez que conste en un intercambio de comunicaciones entre las partes –siempre que quede constancia de su contenido–, en similar sentido que el art. 2 de la Convención de Nueva York. Naturalmente, el requisito podría cumplirse a través de comunicaciones electrónicas<sup>20</sup>, de forma similar a lo establecido por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales<sup>21</sup> (Nueva York, 2005), como por ejemplo, el envío de un mensaje de *whatsapp* que recoja lo acordado por mediación, y el asentimiento de la contraparte. No es necesario que los medios coincidan, pues el asentimiento puede derivar también de un documento, un correo electrónico, de forma verbal, o mediante comportamientos que indiquen un consentimiento tácito o implícito. En relación a la admisión de un consentimiento tácito o implícito, se ha señalado que “*En este período de globalización de contratos transnacionales concluidos a distancia, mediante conversaciones telefónicas o mails, los tribunales se sentirían incómodos adoptando la posición del demandado, y alentando a las empresas a cerrar sus ojos al no leer los contratos, y luego tratando de beneficiarse de esta ceguera voluntaria*”<sup>22</sup>.

En definitiva, el requisito de escritura se cumple sin que sea menester una referencia expresa al acuerdo alcanzado, bastando con un conjunto de comunicaciones que den cuenta de la intención de resolver la controversia mediante las soluciones logradas por el acuerdo transaccional fruto de la mediación.

A modo de conclusión, se señala que en los trabajos preparatorios<sup>23</sup> de la Convención

20 Se adopta el criterio de la equivalencia funcional, que “*consiste en atribuirle la eficacia probatoria o mismo valor probatorio, a los mensajes y firmas electrónicas, que los que la ley consagra para los instrumentos escritos*”. LANDÁEZ, L., LANDÁEZ, N., *La equivalencia funcional, la neutralidad tecnológica y la libertad informática*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 3, Caracas, 2007, p. 15.

21 Disponible en: [https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/conventions/electronic\\_communications](https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications).

22 *Achilles (USA) v. Plastics Dura Plastics (1977) Itée/Ltd.*, 2006 QCCA 1523.

23 Trabajo preparatorio de la CNUDMI para la Convención de Singapur, Grupo de Trabajo II, sobre la labor realizada

de Singapur, se intentó eliminar el requisito de escritura, por considerarlo un obstáculo para que funcione el instrumento, además de contrario a la práctica comercial internacional. En ese sentido, se buscó establecer el requisito de escritura como un elemento *ad probationem*, y no *ad solemnitatem*. Se adujo, por el contrario, que la eliminación total del requisito no era positiva, puesto que, en aras de conseguir el fin primordial de la Convención de Singapur, es decir, la ejecutabilidad de los acuerdos transaccionales, la forma escrita contribuye sobremanera.

### 5.3. Mediación

Por último, se establece que se entenderá por “mediación”, *“cualquiera sea la expresión utilizada o la razón por la que se haya entablado, un procedimiento mediante el cual las partes traten de llegar a un arreglo amistoso de su controversia con la asistencia de uno o más terceros (“el mediador”) que carezcan de autoridad para imponerles una solución”* (art. 3).

Excedería el propósito del presente artículo desarrollar el instituto de la mediación. Cabe, sin embargo, resaltar que, con acierto, la Convención de Singapur ignora el término que se emplee por las partes. El acuerdo que las mismas alcancen será igualmente regido por la Convención de Singapur, en tanto dicho proceso, se adecúe a los conceptos allí establecidos.

En cuanto a la “carencia de autoridad para imponer una sanción” del mediador, podría plantearse el caso de que exista la expectativa de que el mediador pudiera actuar como árbitro si las partes no alcanzaren una solución amistosa (*“mediadores árbitros”*), culminada la mediación. En dicha hipótesis, dado que mientras se desarrolla la mediación, el tercero carece de dicha autoridad hasta tanto se inicie el procedimiento arbitral, no se configuran inconvenientes.

## 6. PRINCIPIOS GENERALES

En primer lugar, se establece que cada Estado ejecutará los acuerdos transaccionales de acuerdo con *“sus normas procesales”* y *“en las condiciones establecidas en la presente Convención”*. De esa forma, se establece un criterio mixto: la ejecución está gobernada por la *lex fori*, pero en las condiciones establecidas por una norma de jerarquía superior, que es la Convención de Singapur.

La solución responde a una de las teorías de la Estatutaria Italiana, en particular, de los glosadores. En concreto, Jacobo Balduino entendía que *“en materia de procedimientos (...) el juez debe aplicar su propia ley (ad litem ordinanda), pero referida solo a los procedimientos; sin embargo, en cuanto al fondo del asunto, y de manera específica en materia contractual (ad litem decidendam), será aplicable la ley del lugar donde el contrato se hubiese celebrado”*<sup>24</sup> (es decir, *lex fori* sobre los elementos “ordenatorios”, y *lex loci actus* sobre los elementos “decisorios”).

en el 65° período de sesiones, disponible en: [https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements/travaux](https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/travaux), p. 8.

24 PEREZNIETO, L., *Derecho internacional privado*, 10° ed., Oxford University Press, México, 2015, p. 281.

En segundo lugar, la Convención de Singapur dispone que “*Si surgiera una controversia acerca de una cuestión que una parte alegue que ya ha sido resuelta mediante un acuerdo de transacción, la Parte en la Convención deberá permitir a la parte invocar el acuerdo de transacción de conformidad con sus normas procesales y en las condiciones establecidas en la presente Convención, a fin de demostrar que la cuestión ya ha sido resuelta*” (art. 3).

Nuevamente, se establece el criterio de la *lex fori* para los asuntos “ordenatorios”. Asimismo, el acuerdo transaccional deberá, naturalmente, ser válido. De lo contrario, la controversia podrá dirimirse mediante el tribunal estatal.

Es menester resaltar, finalmente, que no se está ante una hipótesis de ejecución del acuerdo transaccional, sino, por el contrario, a la invocación del acuerdo como defensa en un proceso judicial.

## 7. REQUISITOS PARA HACER VALER EL ACUERDO TRANSACCIONAL

La Convención de Singapur se aparta de la estructura utilizada en la Convención de Nueva York, en tanto no refiere ni al “reconocimiento”, ni a la “ejecución” de los acuerdos transaccionales. Por el contrario, se hace alusión a términos como “hacer valer” (art. 4) u “otorgamiento de medidas” (art. 5).

Pareciera, en principio, que se da por sentada la máxima de que no puede haber ejecución sin reconocimiento previo<sup>25</sup>.

La expresión “hacer valer”, operaría, entonces, como sinónimo de “querer ejecutar”.

Cuando se quiera hacer valer el acuerdo de transacción en un Estado, la parte deberá presentarlo, firmado por las partes.

Asimismo, deberá acreditarse el nexo causal entre el proceso de mediación y el acuerdo transaccional, en una relación de medio a fin. La Convención de Singapur establece de forma enunciativa distintas formas para probar dicho extremo: la firma del mediador en el acuerdo, un documento firmado por éste donde se indique que la mediación fue realizada, un certificado otorgado por la institución que administró la mediación, o, en subsidio, “*cualquier otra prueba que la autoridad competente considere aceptable*” (art. 4.1.b.iv), es decir, elementos que a juicio del tribunal del Estado donde se soliciten medidas, acrediten que se alcanzó el acuerdo fruto de la mediación. Se adopta una postura no restrictiva en cuanto al recibo de pruebas, dada las expresiones “cualquier otra prueba”, o “considera aceptable”, gozando el juzgador de un gran margen de discrecionalidad en la admisión, conforme a su sistema jurídico. En cuanto a la firma del mediador, resulta acertado no exigirla como requisito formal –no obstante es útil como elemento probatorio–, puesto que en la práctica, los mediadores suelen rechazar firmar el acuerdo transaccional, por razones de confidencialidad, así como para soslayar eventuales responsabilidades, o ser llamados en futuras controversias como testigos del acuerdo.

25 GARCIMARTÍN ALFEREZ, F., *Derecho internacional privado*, 2º ed., Civitas, Cizur Menor, 2014, p. 259.

Como se señaló, la lista enumerada por la Convención de Singapur no es taxativa, ni constituye un orden jerárquico. No obstante, tampoco es prudente afirmar que por el mero hecho de que se configure una de las hipótesis allí establecidas –por ejemplo, la firma del mediador– queda absolutamente probada la relación mediación-acuerdo.

En cuanto a la firma de las partes, puede efectuarse a través de un apoderado. Ello no se estableció a texto expreso por las variantes conceptuales en las distintas Partes signatarias de la Convención de Singapur, acerca del término “apoderado” o “representante”. No obstante, la noción se halla implícita en el texto.

Por su parte, la Convención de Singapur vuelve a reiterar que el requisito de firma, tanto respecto de las partes como del mediador, se cumple con una comunicación electrónica.

No obstante, se exige la utilización de un método que permita “determinar la identidad de las partes o del mediador y para indicar la intención que tienen las partes o el mediador respecto de la información contenida en la comunicación electrónica” (art. 4.2.a). Es decir, además de la identidad en la comunicación, se debe acreditar el espíritu de la comunicación, lo que podrá desprenderse de la conversación o el conjunto de comunicaciones electrónicas en su contexto. En relación a la identidad, si la comunicación fue enviada desde el correo electrónico, *whatsapp* u otra red social de la que el sujeto es titular, la identidad quedaría acreditada. En caso de que el sujeto, no obstante, niegue haber emitido esas comunicaciones, se vuelve necesario recurrir a peritajes que aclaren dicho extremo. Naturalmente, se contempla la hipótesis de firma electrónica.

Luego, se establece que el requisito de firma también estará cumplido respecto de comunicaciones electrónicas, si el método empleado es “tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o transmitió la comunicación electrónica” (art. 4.2.b.i), o si se demostró en la práctica que “por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, dicho método ha cumplido las funciones enunciadas en el apartado a) supra” (art. 4.2.b.ii), es decir, permite identificar la identidad de los sujetos y su intención.

La Convención de Singapur reitera lo establecido por el art. 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, la que, asimismo, reitera las reglas contenidas en los arts. 6 a 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (Nueva York, 1996).

Entre los factores para calificar al método como apropiado y fiable, se establece: “a) el grado de complejidad técnica del equipo utilizado por cada una de las partes; b) la naturaleza de su actividad comercial; c) la frecuencia con la que tienen lugar operaciones comerciales entre las partes; d) el tipo de operación y su envergadura; e) la función de los requisitos de firma en un determinado ordenamiento legislativo y reglamentario; f) la capacidad de los sistemas de comunicación; g) el cumplimiento de los procedimientos de autenticación establecidos por los intermediarios; h) la gama de procedimientos de autenticación facilitados por cualquier intermediario; i) el cumplimiento de los usos y prácticas del comercio; j) la existencia de mecanismos de cobertura de seguros contra comunicaciones no autorizadas; k) la importancia y el valor de la información consignada en la comunicación electrónica; l) la existencia de otros métodos de identificación y el costo de ejecución; m) el grado de aceptación o de no aceptación del método de identificación en la

*industria o el campo pertinentes en el momento en que el método fue convenido y el momento en que la comunicación electrónica fue transmitida; y n) cualquier otro factor pertinente*<sup>26</sup>.

Por su parte, la Convención de Singapur aclara, de forma innecesaria, que si el acuerdo transaccional no está redactado en un idioma oficial del Estado Parte en el que se solicitan medidas, la autoridad competente podrá solicitar una traducción del mismo.

Asimismo, podrá exigir cualquier documento que estime pertinente para determinar que se cumplieron todos los requerimientos de la Convención de Singapur (por ejemplo, prueba sobre la internacionalidad del acuerdo, o de que los representantes signatarios del acuerdo contaban con autorización para ello).

Finalmente se establece, con acierto, un principio fundamental, que es el de celeridad de las actuaciones de las autoridades estatales al momento de examinar la solicitud de medidas. Naturalmente, no debe dejar de observarse con suma cautela el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Convención de Singapur. Sin embargo, se establece que ello no debe constituirse, de ninguna manera, en un pretexto para obstaculizar la aplicación del instrumento, frustrando sus fines.

## 8. CAUSALES PARA RECHAZAR LA SOLICITUD DE MEDIDAS

La Convención de Singapur refiere a los motivos que facultan al tribunal estatal del Estado Parte a no hacer lugar a la solicitud de medidas relativas al acuerdo transaccional.

### 8.1. Denegación a instancia de parte

En primer lugar, se enumeran circunstancias que configuran la facultad denegatoria del tribunal, sólo a instancia de la parte contra la que se pretende hacer valer las medidas derivadas del acuerdo transaccional.

La primera de las causales refiere a la constatación de que *“Una de las partes en el acuerdo de transacción tenía algún tipo de incapacidad”* (art. 5.1.a).

Se funda en el requisito esencial para la ejecutabilidad de todo título deslocalizado fruto de la mediación, es decir, el consentimiento.

Nada impide que la parte pretenda la denegación en función de la propia incapacidad de la parte que quiere hacer valer las medidas.

Sin perjuicio de que la Convención de Singapur no aclara el momento a partir del cual se debe analizar la capacidad de las partes en el acuerdo, es dable asumir que la misma se examina al momento de que el acuerdo transaccional sea celebrado. Puede que la parte haya sido incapaz durante el proceso de mediación, pero, si al momento de celebrarlo era capaz, existiría una suerte de ratificación de lo que se negoció en condiciones de incapacidad, pues el consentimiento ya no está viciado.

26 Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, disponible en: [https://uncitral.un.org/es/texts/e-commerce/conventions/electronic\\_communications](https://uncitral.un.org/es/texts/e-commerce/conventions/electronic_communications).

De igual forma, y en tanto la norma no lo prohíbe, si una de las partes o ambas celebran el acuerdo siendo incapaces, deviniendo éste, por tanto, en inejecutable, una vez que adquieran la capacidad, si las partes ratifican lo acordado, no habría razones para denegar las medidas solicitadas.

No obstante, tratándose el acuerdo de un título deslocalizado, el silencio de la norma plantea el problema de cuál es la ley conforme a la cual se deberá evaluar la capacidad de las partes. Si estas no designaron ley alguna, por lo pronto, parecería adecuado evaluar si la parte, conforme la legislación de alguno de los Estados con los que tenga algún vínculo objetivamente trascendente (domicilio, residencia habitual, núcleo negocial), adquirió la capacidad. Si así fue, a los efectos de establecer una solución justa en el caso concreto (como proponía CAVERS<sup>27</sup>), y de aplicar la máxima del “*look-before-you-leap*”<sup>28</sup>, debería entenderse que la persona es capaz, aunque en el Estado parte no lo sea.

El comportamiento del juez, asimismo, sería respetuoso de la teoría de los derechos adquiridos (“*vested rights*”) que implica, precisamente, “*el principio de Derecho natural de que los derechos bien adquiridos deben ser protegidos*”<sup>29</sup>.

La segunda causal alude a la circunstancia de que el acuerdo transaccional “*i) Es nulo, ineficaz o no puede cumplirse con arreglo a la ley a la que las partes lo hayan sometido válidamente o, si esta no se indicara en él, a la ley que considere aplicable la autoridad competente de la Parte en la Convención en que se soliciten medidas de conformidad con el artículo 4; ii) No es vinculante, o no es definitivo, según lo estipulado en el propio acuerdo; o iii) Fue modificado posteriormente*” (art. 5.1.b).

La nulidad o ineficacia del acuerdo puede derivar de la falta de capacidad de las partes, así como de otros requisitos comunes a todos los contratos, como el consentimiento, objeto y causa del acuerdo. En todo caso, deberá estarse a la ley designada por las partes en uso de su autonomía privada, o, en su defecto, a la que el tribunal, de acuerdo a todas las circunstancias del caso, estime más cercana al acuerdo. Se trata de requisitos que la ley aplicable exija en relación al acuerdo transaccional, y no requisitos adicionales que pueda exigirse bajo la *lex fori*, o incluso requisitos del Estado al que pertenece la ley aplicable pero que no refieren *per se* al acuerdo, tales como el registro de los mediadores, o requisitos formales relativos al documento.

El uso, en el punto *i)*, del término “*válidamente*”, es fundamental, puesto que aclara que la autonomía privada de las partes al elegir una ley, se tendrá en cuenta sólo en la medida en que el derecho aplicable lo permita, teniendo en cuenta las normas de orden público del foro.

27 CAVERS, D., *But lawyers are a rule-making sect*, Selected Readings on Conflict of Laws, Sto. Paul, Minn., 1956, p. 112.

28 Dicha máxima se ve reflejada en el art. 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, al establecer que “*Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto*”, disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-45.html>.

29 GOLDSCHMIDT, W., *Sistema y Filosofía del Derecho internacional privado*, T. I., Ediciones Jurídicas Europa-América, Madrid, 1952, pp. 369-370.

El punto *ii*) se diferencia de lo dispuesto bajo la Convención de Nueva York, en función de que la Convención de Singapur no establece a la *lex fori* a los efectos de evaluar la no obligatoriedad o el carácter no definitorio del acuerdo. Ello, por el contrario, debe surgir del propio acuerdo transaccional, es decir, en función de la voluntad de las partes, quienes no habrían querido que el acuerdo fuera un pacto final entre ellas. Ello puede surgir tanto de lo establecido expresamente en el acuerdo, como del espíritu allí manifestado, de forma implícita.

Finalmente, si luego de concluido el acuerdo, éste fue modificado, no podrá ser ejecutado. Naturalmente, toda vez que se pretenda la ejecución de las medidas derivadas del acuerdo, se presentará al tribunal la última versión del mismo. Por ello, es una causal que difícilmente se presente en la práctica.

La tercera causal se configura toda vez que las obligaciones pactadas en el acuerdo “*i) Se han cumplido; o ii) No son claras o comprensibles*” (art. 5.1.c).

Aquí, el tribunal deberá efectuar un análisis objetivo, conforme a la ley que resulte aplicable, a los efectos de determinar si efectivamente se han cumplido las obligaciones. En relación al punto *ii*), resultaría conveniente que el tribunal, previa denegación, solicite a las partes colaboración en el examen de las obligaciones pactadas. La falta de claridad o comprensibilidad puede derivar de la redacción del acuerdo, así como de la naturaleza de las obligaciones pactadas.

La cuarta causal opera si “*El otorgamiento de medidas sería contrario a los términos del acuerdo de transacción*” (art. 5.1.d).

Sería el caso de que una de las partes efectúe una solicitud inconciliable con el acuerdo transaccional, puesto que la naturaleza del petitorio sería discordante con las obligaciones pactadas entre las partes. Se vincula con la causal del art. 5.1.b.ii, puesto que, si las partes pactaron que el acuerdo no sea definitivo o vinculante, mal podrían solicitar medidas contrarias a esa calidad. A modo de ejemplo, la causal operaría si las partes pactaron que las medidas sean adoptadas por una determinada autoridad, y las solicitan frente a otra.

La quinta causal acaece cuando “*El mediador incurrió en un incumplimiento grave de las normas aplicables al mediador o a la mediación, sin el cual esa parte no habría concertado el acuerdo de transacción*” (art. 5.1.e).

El artículo remite al reglamento aplicable a la conducta del mediador, así como al proceso de mediación. No obstante, solamente en presencia de dos circunstancias, podrá rechazarse la solicitud. En primer lugar, se exige que el incumplimiento sea “grave”, lo que requiere una valoración subjetiva del tribunal acerca del *quantum* de gravedad en la conducta del mediador. En segundo lugar, aunque el comportamiento del mediador haya sido gravísimo, no podrá rechazarse la solicitud si se acredita que, en ausencia de dicha conducta, las partes igualmente hubieran acordado –a este respecto, el eventual acuerdo debería haber sido similar al alcanzado en virtud del incumplimiento del mediador–.

A tales efectos, deberá evaluarse, fruto de todas las circunstancias objetivas y subjetivas del caso, la importancia que le dieron las partes al comportamiento del mediador.

La dificultad se presenta en ausencia de normas objetivamente aplicables al comportamiento del mediador, máxime considerando la deslocalización del instituto. Similar conclusión no es aplicable al estándar de valoración de la gravedad de incumplimiento, puesto que, considerando a la valoración de la prueba como una cuestión netamente procesal, se aplicarían las reglas del foro. Así, en Uruguay, el tribunal debería examinar la gravedad de la conducta del mediador conforme a las reglas de la sana crítica (art. 140 del Código General del Proceso<sup>30</sup>).

Finalmente, la sexta causal es alegable si *“El mediador no reveló a las partes circunstancias que habrían suscitado dudas fundadas acerca de la imparcialidad o independencia del mediador y el hecho de no haberlas revelado repercutió de manera sustancial o ejerció una influencia indebida en una de las partes, la cual no habría concertado el acuerdo de transacción si el mediador las hubiera revelado”* (art. 5.1.f).

La mencionada causal se halla íntimamente relacionada con el deber de revelación (*“disclosure”*) que vasta normativa impone a los árbitros.

En particular, las Directrices de la International Bar Association sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional<sup>31</sup> –IBA– (Londres, 2014), establecen: *“Cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios”* (p. 5) y *“Si en opinión de las partes existieren hechos o circunstancias que pudieren generar dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, éste deberá poner de manifiesto tales hechos o circunstancias ante las partes, la institución arbitral o cualquier otra institución nominadora (si la hubiere y siempre que así lo prevea el reglamento de arbitraje aplicable) y los co-árbitros, de haberlos, antes de aceptar su designación o, si sobrevinieren tras la aceptación, tan pronto como tenga conocimiento de ellos”* (p. 8).

En ausencia de normativa aplicable, podrá tomarse como marco de referencia, a efectos de evaluar situaciones que podrían incidir en la imparcialidad o independencia del mediador, a los Listados establecidos por las mencionadas Directrices de la IBA.

Nuevamente, la configuración de la causal requiere de la conjunción objetiva que importa la no revelación del mediador, junto con la circunstancia, también objetiva, de que la ausencia de revelación haya sido respecto de hechos que al menos harían dudar a un tercero razonable, ajeno a la situación, acerca de la imparcialidad e independencia del mediador. Asimismo, se requiere, otra vez, el nexo causal entre dichas circunstancias y la actitud adoptada por las partes. Se exige que la no revelación de las circunstancias haya sido determinante en la concertación del acuerdo de transacción, sin lo cual, no puede rechazarse la solicitud.

30 Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-general-proceso/15982-1988/140>.

31 Disponibles en: [https://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx).

Si las partes no designaron normativa aplicable al respecto, y el tribunal entiende que las Directrices de la IBA no son aplicables, deberá aplicar la normativa que estime más adecuada siempre que detente una conexión razonable con el caso, o situarse desde la perspectiva de un tercero ajeno al caso, para evaluar el amplio y vago concepto de “dudas fundadas”. En efecto, se ha señalado que todos los reglamentos de arbitraje “*asumen un estándar objetivo en que la situación de conflicto debe ser analizada desde la perspectiva de un tercero razonable e informado. La jurisprudencia arbitral ha tendido a aplicar un test de parcialidad aparente (apparent bias test), según el cual la recusación resulta admisible cuando las circunstancias concretas del caso, analizadas objetivamente, dan lugar a un temor razonable (reasonable apprehension) de que la decisión del árbitro pueda verse afectada por consideraciones ajenas al mérito del caso*”<sup>32</sup>. La causal, podría haber quedado pacíficamente subsumida en la anterior.

## 8.2. Denegación de oficio

Finalmente, de oficio, se podrá rechazar la solicitud si: “*a) El otorgamiento de las medidas solicitadas sería contrario al orden público de esa Parte*” (art. 5.2.a); o “*b) El objeto de la controversia no es susceptible de resolverse por la vía de la mediación con arreglo a la ley de esa Parte*” (art. 5.2.b). Dichas causales coinciden exactamente con las establecidas por el art. V.2 de la Convención de Nueva York.

Sobre el punto *a)*, es fundamental destacar la ausencia de definición expresa sobre el contenido del “orden público”. Tampoco se indica si se está haciendo referencia al orden público interno de la *lex fori* de la Parte, o a su orden público internacional, más restringido<sup>33</sup>. En tanto se busca ofrecer a los Estados normas uniformes en relación a la ejecución transfronteriza de los acuerdos transaccionales internacionales fruto de la mediación, la única forma de no obstaculizar dicho fin sería entender hecha la referencia al orden público internacional de cada Estado, por su naturaleza más excepcional y aplicación restrictiva. El orden público “*puede ser el fundamento de una excepción a posteriori que, sin obstar al funcionamiento de la norma de derecho privado internacional, impide la aplicación del derecho extranjero si es violatorio de nuestro orden público*”<sup>34</sup>. Operará cuando los efectos del acuerdo transaccional atenten contra los principios fundamentales que hacen a la raíz del Estado.

El punto *b)*, por su parte, refiere a cuestiones que involucren derechos no transigibles, o a materias reservadas a los tribunales estatales según la *lex fori* de la Parte donde se solicitan las medidas.

32 BARROS, E., GERMAIN, A., *Los conflictos de interés en el arbitraje internacional*, Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, 2015, disponible en: [http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/internacional.html](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/internacional.html).

33 El Código Civil uruguayo establece, en el art. 2404: “*No se aplicarán en nuestro país, en ningún caso, las leyes extranjeras que contraríen manifiestamente los principios esenciales del orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica*”. El art. 525.5 del Código General del Proceso, por su parte, dispone que: “*Los tribunales sólo podrán declarar inaplicables los preceptos de la ley extranjera, cuando éstos contraríen manifiestamente los principios esenciales del orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica*”.

Cabe destacar que Uruguay formuló una Declaración, en 1979, estableciendo el alcance que el país le otorga al orden público internacional, el que no coincide necesariamente con el orden público interno de cada Estado, y que importa “*una autorización excepcional a los distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando estos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asienta su individualidad jurídica*”.

34 ALFONSÍN, Q., *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Ed. Idea, Montevideo, 1982, p. 561.

## 9. SOLICITUDES O RECLAMACIONES PARALELAS

El art. 6 establece: *“Si se presenta ante un órgano judicial, un tribunal arbitral o cualquier otra autoridad competente una solicitud o reclamación relativa a un acuerdo de transacción que pueda afectar a las medidas solicitadas de conformidad con el artículo 4, la autoridad competente de la Parte en la Convención en que se soliciten esas medidas podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión y también podrá, a instancia de una de las partes, ordenar a la otra que otorgue garantías apropiadas”*.

Se trata de una norma que analiza las repercusiones que puede tener un proceso judicial o arbitral vinculado a un acuerdo transaccional, en el procedimiento de ejecución del mismo. A los efectos de que la autoridad que entiende en la ejecución, respete adecuadamente las decisiones emitidas por un tribunal judicial o arbitral, se estableció esta norma, que le permite suspender el procedimiento de ejecución. Se trata de una norma de naturaleza facultativa, que otorga cierto grado de discrecionalidad al juez. El aplazamiento del procedimiento se realizará en consonancia con las normas procesales del foro en donde se solicite la ejecución.

A modo de ejemplo, alternativamente a la ejecución, podrían solicitarse en la misma o en otra jurisdicción, reclamos o solicitudes sobre el fondo –o contenido– del acuerdo, pretensiones de anulación, o nuevas solicitudes de ejecución del mismo acuerdo, así como también, una solicitud de otra parte en el acuerdo transaccional, para obtener la ejecución del mismo –“solicitud de ejecución paralela”–.

Asimismo, el tribunal puede solicitar a una parte que otorgue garantías en relación a las medidas objeto del acuerdo, únicamente a instancia de parte.

## 10. OTRAS LEYES O TRATADOS

Finalmente, la Convención de Singapur establece, en su art. 7, que: *“La presente Convención no privará a ninguna parte interesada del derecho que pudiera tener a acogerse a un acuerdo de transacción en la forma y en la medida permitidas por la ley o los tratados de la Parte en la Convención en que se pretenda hacer valer dicho acuerdo”*.

La disposición otorga a las Partes el beneficio de aplicar su legislación relativa a la ejecución de los acuerdos de transacción, en sustitución de las normas de la Convención de Singapur, siempre que se trate de disposiciones más favorables, precisamente, a la ejecución.

Naturalmente, las “normas más favorables” comprenden a la ley del foro, y a las normas de tratados aplicables.

La condición de “más favorable” estará dada por la existencia de requisitos menos exigentes de ejecución, sea en relación a cuestiones procedimentales, o a las causales para denegar la ejecución.

## 11. CONCLUSIONES

No sólo resultaba positivo adoptar un instrumento como la Convención de Singapur. Era, además, un hecho necesario.

Precisamente, era necesario porque viene a garantizar la ejecución transfronteriza de acuerdos transaccionales resultantes de la mediación, otorgando a los Estados un conjunto de normas uniformes a tales efectos.

Asimismo, la Convención de Singapur promueve la implementación de la mediación, como método alternativo de resolución de controversias, de forma amistosa, lo que, a su vez, incide positivamente en el vínculo comercial a largo plazo entre las partes.

De nada sirve utilizar la mediación, si el acuerdo resultante no es respetado por las partes. Dicha dificultad, a la hora de ejecutar los acuerdos, viene a sortearse con la adopción de este instrumento.

Se proporciona un marco uniforme, eficiente y garantista, dotando a los acuerdos de fuerza vinculante, y permitiendo, asimismo, suplir el procedimiento por uno más favorable a las partes, a efectos de no menoscabar sus derechos.

La Convención de Singapur es símbolo de una clara apuesta de la comunidad internacional para promover y fortalecer la mediación en disputas comerciales. Es probable que, dentro de las ADR (*Alternative Dispute Resolution*), en un futuro la mediación empiece a disputar un rol similar al que ocupa en la actualidad el arbitraje.

El tiempo determinará si la Convención de Singapur logró equiparar la recepción internacional que detenta la Convención de Singapur. Sin perjuicio de la gran ausencia, momentáneamente, de la Unión Europea, la presencia de China y Estados Unidos es, por su parte, sumamente alentadora.

## BIBLIOGRAFÍA

ALFONSÍN, Q., *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Ed. Idea, Montevideo, 1982.

BARROS, E., GERMAIN, A., *Los conflictos de interés en el arbitraje internacional*, Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, 2015, disponible en: [http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/internacional.html](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/internacional.html).

CAVERS, D., *But lawyers are a rule-making sect*, Selected Reading son Conflict of Laws, Sto. Paul, Minn., 1956.

ESPLUGUES, C., *La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva: una apuesta novedosa, y un mal relato*, Revista Española de Derecho Internacional, 2020/1.

FRESNEDO, C., *Curso de Derecho Internacional Privado*, T. I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

GARCIMARTÍN ALFEREZ, F., *Derecho internacional privado*, 2º ed., Civitas, Cizur Menor, 2014.

GOLDSCHMIDT, W., *Sistema y Filosofía del Derecho internacional privado*, T. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Madrid, 1952.

LANDÁEZ, L., LANDÁEZ, N., *La equivalencia funcional, la neutralidad tecnológica y la libertad informática*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 3, Caracas, 2007.

PEREZNIETO, L., *Derecho internacional privado*, 10º ed., Oxford University Press, México, 2015.

PRIBETIC, A.I., *The “Third Option”: International Commercial Mediation*, World Arbitration & Mediation Review, Vol. 1, núm. 4, 2007.

STIPANOWICH, TH.J., LAMARE, J.R., *Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration, and Conflict Management in Fortune 1,000 Companies*, Harv. Negot. L.Rev., Vol. 19, 2014.

STRONG, S.I., *Realizing Rationality: An Empirical Assessment of International Commercial Mediation*, Wash. & Lee L. Rev., Vol. 73, 2016.

WOLSKI, B., *Arb-Med-Arb (and MSAs): A Whole Which Is Less Than, Not Greater Than, the Sum of Its Parts*, Contemporary Asia Arbitration Journal, Vol. 6, núm. 2, 2013.





## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

*VELOSO GIRIBALDI, Natalia*

Responsabilidad médica en la emergencia sanitaria



# RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LA EMERGENCIA SANITARIA<sup>1</sup>

## MEDICAL LIABILITY IN HEALTH EMERGENCY

*DRA. NATALIA VELOSO GIRIBALDI\**

**Resumen:** El presente trabajo tiene como objetivo analizar el impacto de la emergencia sanitaria decretada a raíz de la expansión del COVID-19 en la responsabilidad médica.

**Palabras Clave:** responsabilidad médica, emergencia sanitaria, Covid-19

**Summary:** The purpose of this work is to analyze how medical liability is impacted by the health emergency declared as a result of the expansion of COVID-19.

**Key words:** Medical Liability, health emergency, Covid-19

## 1. NOCIONES GENERALES SOBRE RESPONSABILIDAD MÉDICA

### 1.1 Concepto general de responsabilidad médica

La responsabilidad médica no es otra cosa más que la imputación de las consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico le impone a los galenos por su actuar culpable en el ejercicio de su profesión.

Muchas veces, la responsabilidad médica es confundida o identificada con la responsabilidad civil médica. Sin embargo, la responsabilidad médica es mucho más amplia, ya que además de responsabilidad civil, el médico enfrenta consecuencias por su actuación en el ámbito penal, en el ámbito administrativo e inclusive en el plano ético.

Por tales razones, a continuación, se procederá a categorizar los distintos ámbitos en que puede verse comprometida la responsabilidad médica y las diferentes implicancias jurídicas que las mismas conllevan.

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Montevideo (2005), Máster en Derecho Administrativo Económico (2011), Diploma en Derecho de la Salud por la Universidad Austral de Buenos Aires (cursando), Profesor Agregado de Derecho Administrativo en la Universidad de Montevideo (2006-2019), Profesora de Derecho Público en el Posgrado de Gestión Financiera en Instituciones Públicas de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de la República (2017-2020), autora de varios libros y trabajos publicados en el país y en el extranjero. ORCID ID: 0000-0002-5340-2906. [natalia.veloso@delpiazzo.com](mailto:natalia.veloso@delpiazzo.com)

<sup>1</sup> Conferencia brindada el 8 de junio de 2020 vía webinar para la Universidad de Montevideo.

## 1.2 Responsabilidad Penal

La responsabilidad médica en el ámbito penal se verifica cuando se configuran los delitos de omisión de asistencia o los delitos de homicidio o de lesiones previstos por la legislación penal.

La omisión de asistencia se produce cuando por negligencia, se deja de prestar asistencia a un individuo cuya vida o integridad física corren peligro (art. 332 del Código Penal).

Por su parte, los delitos de homicidio o lesiones se producen cuando el galeno causa la muerte o lesiona al paciente como consecuencia de su obrar médico culpable (art. 310 y ss. y 316 y ss. del Código Penal). En efecto, nuestra más prestigiosa Doctrina ha señalado que la mala praxis que apareja responsabilidad penal es aquella en que: “el facultativo produce, con su conducta terapéutica o asistencial, un resultado que no previó, que no anticipó y que, sin embargo, era anticipable, representable y objetivamente previsible”<sup>2</sup>.

En estos casos, la responsabilidad penal se materializa a través de una sentencia de condena, recaída al cabo de un proceso judicial, en la cual se condena al médico a una pena que puede ser de prisión o de penitenciaría.

## 1.3 Responsabilidad Civil

La responsabilidad médica en el ámbito civil, o responsabilidad civil médica, es aquella que se produce cuando el médico con su actuar médico culpable, genera un daño al paciente susceptible ser indemnizado<sup>3</sup>.

En efecto, en el ámbito civil se reclama la reparación o indemnización de los daños y perjuicios producidos a causa del actuar médico, los cuales incluyen el daño moral padecido por la víctima o sus deudos, el daño material y el lucro cesante.

Dicho reclamo se procesa ante la justicia civil, en un juicio ordinario en el que, para probar la responsabilidad, tal como se desarrollará más adelante, se deberá probar la existencia de culpa médica, el daño y el nexo de causalidad entre la actuación médica culposa y dicho daño (1342 C.C.).

## 1.4 Responsabilidad Administrativa

La responsabilidad administrativa o también llamada disciplinaria es la que se configura cuando el médico comete una infracción administrativa en ejercicio de su función pública en una institución de asistencia médica del Estado.

---

2 Gonzalo FERNÁNDEZ – “El ejercicio ilegal de la medicina: Las hipótesis de responsabilidad penal”, en III Jornadas de Responsabilidad Médica (1998)”, S.M.U., pág. 54.

3 Ver: Alfredo ACHÁVAL – “Responsabilidad Civil del Médico”, Buenos Aires, 1992, Abeledo Perrot, Segunda Edición Ampliada y Actualizada, pág. 129 y ss.

En efecto, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 169 del Decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, “La falta susceptible de sanción disciplinaria, es todo acto u omisión del funcionario, intencional o culposo, que viole los deberes funcionales”.

Quiere decir que la norma exige para que se configure una falta la existencia de dos elementos: a) un elemento objetivo consistente en la violación de deberes funcionales; y b) un elemento subjetivo pautado por la presencia de intencionalidad o culpa.

En cuanto al elemento objetivo, entre los deberes funcionales del médico se encuentra el de actuar acorde a la *lex artis*, por lo que probado dicho apartamiento queda probado también el elemento objetivo de la infracción administrativa.

En cuanto al elemento subjetivo, para que se configure infracción administrativa deberá demostrarse la existencia de un actuar culposo, esto es, haber actuado con impericia, imprudencia o negligencia. Si dicho comportamiento no queda probado, entonces no habrá infracción administrativa y por tanto responsabilidad disciplinaria<sup>4</sup>.

Dicho procedimiento disciplinario se sustancia a través de un sumario administrativo, que es el procedimiento tendiente a determinar o comprobar la responsabilidad de los funcionarios imputados de la comisión de falta administrativa y a su esclarecimiento (art. 182 del Decreto 500/91).

Al cabo de dicho sumario puede recaer una sanción administrativa que puede ir, desde una observación sin anotación en el legajo, a una suspensión en el ejercicio de sus funciones por un máximo de seis meses o inclusive, hasta la destitución del funcionario.

Por último, en el ámbito administrativo tampoco puede desconocerse la función que cumple la **Comisión de Salud Pública** del Ministerio de Salud Pública creada por la Ley N° 9.202 de 12 de enero de 1934. En efecto, dicha Comisión tiene entre sus cometidos el de constituirse en “tribunal disciplinario, juzgar y reprimir las faltas cometidas por los médicos y los que ejercen profesiones anexas en el ejercicio de su profesión, cuando éstos se aparten del cumplimiento de las normas generales que determinen las Ordenanzas y Reglamentos” (art. 26 y ss.).

En ejercicio de dichas potestades, la Comisión de Salud Pública dictamina en vía administrativa sobre la responsabilidad del médico en su actuación funcional, pudiendo imponerle sanciones que van desde una mera observación hasta la suspensión de la habilitación para ejercer la medicina, la cual puede tener una duración máxima de 10 años<sup>5</sup>.

4 En este sentido, corresponde enfatizar con nuestra doctrina más prestigiosa que, en el orden disciplinario, no se admiten las infracciones objetivas. Ver: Mariano R. BRITO - “Régimen disciplinario. Principios fundamentales del procedimiento, infracción y sanción disciplinarios”, en Procedimiento administrativo, Acali. Montevideo, 1977, pág. 138; Augusto DURAN MARTINEZ - “Principios del procedimiento disciplinario”, en Procedimiento administrativo, UCUDAL, Montevideo, 1991, pág. 82 y Susana LORENZO - “Sanciones administrativas”, BDF, Montevideo, 1996, pág. 142.

5 Miguel A TOMA,- “Comisión de Salud Pública. Ley 9.202”. Revista de la Oficina Nacional del Servicio Civil. Año I-2006. N° 30. Pág. 156

Dichas sanciones constituyen actos administrativos y son, por tanto, recurribles mediante recursos administrativos y procesables por el afectado ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, una vez agotada la vía administrativa.

### 1.5 Responsabilidad Ética

La Ley N° 18.591 de 16 de octubre de 2009, creó el Colegio Médico del Uruguay como persona pública no estatal con el cometido de garantizar al médico y a la comunidad, el ejercicio de la profesión dentro del marco deontológico establecido.

La colegiación en dicha institución es obligatoria para el ejercicio de la medicina, por lo que todos los médicos que ejerzan la profesión deberán estar inscriptos en el Colegio Médico y quedarán por tanto sometidos a su regulación y a lo que disponga el **Tribunal de Ética Médica** del Colegio Médico.

Dicho Tribunal, es competente para entender en todos los casos de ética, deontología y diceología médicas que le sean requeridos por el Estado, personas físicas o jurídicas o por integrantes del Colegio Médico del Uruguay. Es decir, que el Tribunal tiene competencia para entender no solo en las denuncias que formulen los médicos contra otros médicos, sino en las denuncias que formule cualquier persona física o jurídica.

Una vez formulada la denuncia, el Tribunal de Ética Médica llevará adelante un procedimiento normado por la ley, al cabo del cual podrá imponer las siguientes sanciones, en orden de gravedad: a) advertencia; b) amonestación; c) sanción educativa: entendiendo por tal la realización de cursos de desarrollo profesional médico continuo y d) suspensión temporal del Registro por un plazo máximo de diez años (art. 28).

En este sentido, adviértase que la suspensión temporal del registro del Colegio Médico equivale a la suspensión de la habilitación para ejercer la medicina, ya que para poder ejercer la medicina es necesario estar inscripto en el Colegio Médico, y esta sanción justamente lo que hace es suspender dicha inscripción.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, para aprobar la suspensión del Registro de un miembro del Colegio, se requerirá una mayoría especial de votos, correspondiente a cuatro de los cinco miembros del Tribunal de Ética Médica (art. 29).

Dichas sanciones, no son actos administrativos en tanto emanan de una persona pública no estatal, por lo que no son recurribles mediante recursos administrativos ni tampoco procesables ante el TCA, por lo que habrá que estar al régimen impugnativo especial dispuesto por el art. 30 de la Ley N° 18.591.

En definitiva, la responsabilidad médica es mucho más amplia que la responsabilidad médica civil ya que puede configurarse tanto en el ámbito penal, como en el ámbito civil, administrativo o ético, siendo distintas las consecuencias jurídicas que se imputan dependiendo del ámbito de actuación. No obstante, siendo la responsabilidad médica civil la que más desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales ofrece, es necesario ahondar en su caracterización a los efectos de conocer los alcances de dicho instituto jurídico.

## 2. ESPECIFICIDADES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

### 2.1 La obligación de medios.

La responsabilidad civil médica se enmarca dentro de lo que es la responsabilidad civil general, y en especial, la responsabilidad subjetiva, en la cual se establece que el médico no se obliga a sanar al enfermo sino a dedicarle la atención cuidadosa, prudente y técnica, que corresponde al grado de evolución de la ciencia. El médico está obligado a realizar una actividad diligente en el ejercicio de su profesión, y si lo hace, no podrá ser responsabilizado, aunque la operación fracase y aunque el enfermo no se cure, se agrave o muera<sup>6</sup>.

En nuestro país “El galeno no responde por el riesgo creado, sino sólo en la medida en que su actuar infrinja el canon de la diligencia del profesional médico [...]. La obligación de la prestación de asistencia médica no es una obligación de resultado sino de medios, lo que influye en la carga de la prueba. La mutualista o el médico sólo responderá si el paciente, socio, y por ende parte en el contrato, prueba que fue mal asistido, con torpeza científica o con desatención o con negligencia”<sup>7</sup>.

En efecto, como acertadamente sostiene Gamarra, la ausencia de responsabilidad en estos casos deriva del principio general de la responsabilidad médica, por el cual no hay responsabilidad sin culpa o a las reglas que regulan la relación causal (eximentes de responsabilidad o causa extraña no imputable)<sup>8</sup>.

### 2.2 El apartamiento de la *lex artis*. La culpa médica.

Para que incumpla se requiere la culpa; ésta es el reverso negativo del obrar diligente, puesto que el art. 1344 del Código Civil la define como la “falta del debido cuidado o diligencia”<sup>9</sup>.

En puridad, la culpa médica, es un modo de denominar a la culpa civil, la que se verifica cuando el galeno se aparta del modelo o *standard* que impone el arte médico. La culpa se define como un acto médico ejercido contra la regla técnica y violatorio del *standard* consagrado por las reglas y prácticas de la Medicina. La culpa implica una violación de la ley del arte, de la llamada *lex artis ad hoc*.

Asimismo, en cuanto al **error de diagnóstico** se ha dicho concretamente que: “no todo error de diagnóstico equivale a culpa. O sea que algunos errores hacen incurrir al médico en responsabilidad, mientras que otros no son suficientes para condenarlo”. El error que hace incurrir en responsabilidad al médico es el **error inexcusable**. Esto

6 Así: Jorge GAMARRA -“Responsabilidad Civil Médica”, FCU, Montevideo, 1999, Tomo I, págs. 16.

7 Sentencia N° 729/96, de 22/07/94, SCJ, LJU, caso 13.188; ver también Sentencia N 45/2003, del 20/032/2003, TAC 6° Turno, LJU, tomo 128, suma 128022; Dora SZAFIR y Beatriz Venturini, “Responsabilidad médica en el MERCOSUR. Jurisprudencia sistematizada y anotada. Cuadernos del ADCU, tomo II, págs. 387 a 394.

8 Así: Jorge GAMARRA -“Responsabilidad Civil Médica, cit, Tomo I, págs. 16.

9 Así: Jorge GAMARRA -“Responsabilidad Civil Médica”, cit., Tomo I, págs. 9 y 10; ver también Ricardo RAVINOVICH “Responsabilidad del Médico”, Astrea, Buenos Aires, 1999, p.107 y 108.

es, aquel que deriva de un diagnóstico que no se habría emitido si el médico hubiera actuado con diligencia<sup>10</sup>.

A modo de ejemplo, se entiende que “es excusable el error cuando no se verifica sintomatología o los síntomas presentan variantes”<sup>11</sup>. Asimismo, se entiende también que el error de diagnóstico es excusable cuando el paciente presentaba síntomas comunes a varias enfermedades<sup>12</sup> y cuando existen discusiones científicas sobre el tema<sup>13</sup>.

Por el contrario, se entiende que sí existe error de diagnóstico inexcusable *cuando* “se rotuló al paciente con determinado diagnóstico sin practicarse los estudios para confirmarlo o descartarlo cuando existían signos que autorizaban a dudar del mismo, optándose por acudir a una tomografía, de resultados inciertos y descartando una mielografía, indispensable para asegurarlo”<sup>14</sup>.

La consecuencia de que el error de diagnóstico sea excusable es que el mismo no genera responsabilidad médica. Es decir, el médico no responde por el error excusable sino únicamente por aquel que se considera inexcusable.

Por último, para su apreciación también se ha señalado que no puede juzgarse al profesional “con el diario del lunes”, sino que, por el contrario, quien juzga el proceder médico debe ponerse en la misma situación en que estaba el médico al momento de efectuar el diagnóstico o al momento de tomar la decisión terapéutica. En este sentido, se ha señalado que: “El tribunal debe colocarse ante y no *ex post facto*” “quien pretende formarse un juicio debe colocarse en el día y la hora en que el profesional debió tomar una decisión”<sup>15</sup>.

### 2.3 El nexa causal

Para que exista responsabilidad médica, no basta con analizar si existió o no culpa del médico actuante. Además de ello, es necesario que ese comportamiento culposo sea el causante del daño sufrido por el paciente. Asimismo, tampoco alcanza con el comportamiento culpable por sí solo para responsabilizar al prestador del servicio asistencial; sino que debe existir una conexión o relación de causalidad entre ese comportamiento culpable y el daño<sup>16</sup>. Como consecuencia de ello, el damnificado va a tener que probar dicha relación de causalidad<sup>17</sup>.

Este extremo, es de fundamental importancia ya que no basta con un actuar culpable del médico, sino que debe probarse además que fue dicho actuar culposo el que generó el daño. Si el daño se hubiese producido de cualquier forma con independencia del actuar médico, entonces no podrá configurarse la responsabilidad médica.

10 Jorge GAMARRA – “Responsabilidad Civil Médica”, cit., Tomo 1, pág. 69

11 Ídem.

12 Ricardo Luis LORENZETTI – “Responsabilidad Civil de los médicos”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Tomo II, pág. 60 y sigtes.

13 Sentencia N° 164/2013 de 23 de octubre de 2013 del TAC 7°.

14 Ricardo Luis LORENZETTI – “Responsabilidad Civil de los médicos”, cit, pág. 61.

15 Sentencia N° 164/2013 de 23 de octubre de 2013 del TAC 7°.

16 Jorge Gamarra – “Responsabilidad Civil Médica”, FCU, Montevideo, 2001, Tomo II, pág. 258.

17 Ob. cit., pág. 258.

## 2.4 El daño

En cuanto al daño, el mismo debe ser probado y debe tratarse de un daño producido a raíz del actuar culposo del médico, que de haber actuado conforme al estándar de conducta medio, no se hubiese producido.

En definitiva, para que se configure responsabilidad civil médica es necesario que el galeno con su actuar negligente, imperito o imprudente (culpa médica) genere un daño a un tercero que no se habría producido de haberse obrado con el estándar medio de diligencia.

## 3. LA EMERGENCIA SANITARIA

En nuestro país, la Constitución mandata especialmente al Estado a legislar en materia de salud e higiene públicas<sup>18</sup>. Concretamente, en su artículo 44 establece que: “El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas”.

En cumplimiento de dicha disposición constitucional, el Parlamento dictó La Orgánica de Salud Pública N° 9.202, por la cual se le atribuye al Ministerio de Salud Pública la siguiente competencia en materia de higiene pública (art. 2°):

a) la adopción de todas las medidas que estime necesarias para mantener la salud colectiva y su ejecución por el personal a sus órdenes, dictando todos los reglamentos y disposiciones necesarios para este fin primordial;

b) en caso de epidemia o de serias amenazas de invasión de enfermedades infecto contagiosas, la inmediata adopción de medidas conducentes a mantener indemne al país o disminuir los estragos de la infección;

c) determinar el aislamiento y detención de las personas que, por sus condiciones de salud, pudieran constituir un peligro colectivo;

d) establecer las condiciones higiénicas que deben observarse en establecimientos públicos y privados;

e) difundir el uso de las vacunas y sueros preventivos como agentes de inmunización, imponer su uso en casos necesarios y vigilar el cumplimiento de las leyes que imponen la obligatoriedad de vacunación y revacunación antivariólica;

f) reglamentar y contralorear el ejercicio de la medicina, la farmacia y las profesiones derivadas;

g) ejercer la policía higiénica de los alimentos; y

h) propender por todos los medios a la educación sanitaria del pueblo.

Quiere decir, que al amparo de dicha ley, el Estado uruguayo cuenta con un marco normativo habilitante para poder disponer a modo de ejemplo, una cuarentena obligatoria o el aislamiento con fines preventivos de determinado sector de la población.

<sup>18</sup> Ver: Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo Especial” cit., volumen 1, tercera edición actualizada y ampliada, pág. 450 y sigtes.

Asimismo, la propia Ley establece que en caso de epidemia o de serias amenazas de invasión de enfermedades infecto-contagiosas, el Poder Ejecutivo dispondrá la intervención de la **fuerza pública**, para garantizar el fiel cumplimiento de las medidas dictadas (art. 2 lit. b. inc. 2). Con lo cual, la Ley N° 9.202 también ofrecía soluciones para el caso de necesidad de uso de la fuerza pública.

En este contexto normativo y ante la llegada del COVID-19 al Uruguay, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto N° 93/020 de 13 de marzo de 2020 por el cual dispuso “Declárase el estado de emergencia nacional sanitaria como consecuencia de la pandemia originada por el virus COVID-19” (art. 1°).

Entre las medidas adoptadas por dicho Decreto, no se dispuso el confinamiento o cuarentena general obligatoria, sino que se optó por un sistema de exhortación a la población a quedarse en sus hogares en la medida de que ello fuera posible<sup>19</sup>.

En definitiva, al momento de la llegada del COVID 19 a nuestro territorio, el Uruguay contaba, a través de la Ley N° 9.202, con un marco normativo suficiente como para poder disponer de una cuarentena general obligatoria, el asilamiento de personas, el uso de la fuerza pública para el cumplimiento de medidas sanitarias y la declaración de emergencia sanitaria. En este contexto, el Estado uruguayo optó por una exhortación a la población de quedarse en sus casas en la medida que fuera posible, decretando sí la Emergencia Sanitaria mediante el Decreto N° 93/020.

#### **4. SITUACIONES ASISTENCIALES ESPECIALES DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA**

El avance del COVID-19 en todo el mundo y la estrategia de prevención del mismo, determinó en el plano de los hechos, la existencia de situaciones asistenciales especiales tales como ser la carencia de recursos materiales, la necesidad de migrar las consultas en policlínica a la consulta telefónica, la obligación de subrogar especialidades diferentes a aquellas para las cuales se cuenta con título habilitante y la necesidad de conjugar el derecho del paciente a estar acompañado con la imposibilidad de disponer de equipos de protección e infraestructura para los acompañantes.

Todas dichas situaciones especiales, nos obligan a repensar la responsabilidad médica tradicional a la luz de situaciones absolutamente excepcionales.

##### **4.1 Insuficiencia de recursos materiales**

Tal vez el fenómeno asistencial más excepcional que ha desencadenado la Pandemia por COVID-19 ha sido la carencia de recursos materiales (respiradores artificiales, equipos de protección personal, camas de cuidados intensivos, hisopos, test reactivos, etc.).

En efecto, la velocidad de contagio de la enfermedad y la afección pulmonar grave que provoca en los casos más graves, determina que una importante cantidad de personas al mismo tiempo requieran de internación en cuidados moderados o intensivos con

---

<sup>19</sup> Carlos E. DELPIAZZO – “El Derecho Administrativo en Tiempos de Emergencia”, Ecuador, 2020 trabajo inédito de próxima aparición en Jaime VILLACRECES (Coordinador) – “Derecho Administrativo en época de emergencia” (C.E.P., Quito, 2020).

lo cual, se produce un colapso del sistema sanitario. Esto es, los recursos materiales y humanos dispuestos para la atención de los pacientes, no son suficientes.

En ese escenario de escasos recursos, el galeno debe resolver temas de suma relevancia práctica y de dimensión ética y humana como ¿a quién debe priorizarse?, ¿por qué? Y sobre todo ¿en base a qué criterios?

Al respecto, se ha señalado con acierto que resulta preocupante: “el surgimiento de guías para la distribución de recursos escasos, como ingresos a CTI, por ejemplo, donde más allá de los criterios habituales de severidad y utilidad del recurso para ese evento en particular, se cuegan criterios de valoración diferente de la vida humana, especialmente según la edad, como es el caso, por ejemplo, de las pautas de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias, que si bien indican que la edad cronológica “no debería ser el único elemento a considerar en las estrategias de asignación”, plantean el criterio de “maximización del número de años salvados”, que es justo lo contrario, lo que además plantea el problema de asegurar la supervivencia de los salvados frente a cualquier otra eventualidad de sus vidas, así como los años de vida libres de discapacidad para las personas ancianas. El criterio 23 de estas mismas pautas propone “tomar en consideración el valor social” de la persona para decidir su ingreso a CTI. ¿Quién decide cuál es el valor social de un ser humano? ¿Y por qué es mayor o menor que el de otro?”<sup>20</sup>.

En efecto, en las **Pautas de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias**<sup>21</sup>, se introdujeron criterios para la situación de desborde de las Unidades de Cuidados Intensivos durante la emergencia sanitaria en donde, entre otras cosas, se recomienda tener en cuenta:

- a) ante pacientes críticos con otras patologías críticas que no puedan estar en otras áreas asistenciales, como reanimación o semicríticos, diferentes a la infección respiratoria por COVID-19, se debe valorar ingresar prioritariamente a quien más se beneficie o tenga **mayor expectativa de vida**, en el momento del ingreso (pauta N° 15);
- b) ante dos pacientes similares, se debe priorizar a la persona **con más años de vida ajustados a la calidad** (AVAC) o QALY (Quality-Adjusted Life Year). Son un indicador combinado del estado de la salud que aúna cantidad y calidad de vida. Priorizar la mayor esperanza de vida con calidad (pauta N° 16);
- c) en personas mayores se debe tener en cuenta la **supervivencia libre de discapacidad** por encima de la supervivencia aislada (pauta N° 17);
- d) valorar cuidadosamente el beneficio de ingreso de pacientes con **una expectativa de vida inferior a 2 años**, establecida mediante herramienta NECPAL o similar (pauta N° 21);

20 Delia Sánchez – “Ética y salud pública en tiempos de Covid-19” en Revista Médica Uruguaya, Año 2020; Número 36(2), pág. 117-118

21 Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias – “Recomendaciones Éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por Pandemia COVID 19 EN LA unidades de Cuidados Intensivos en [https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica\\_SEMICYUC-COVID-19.pdf](https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica_SEMICYUC-COVID-19.pdf)

- e) tener en cuenta otros factores como, por ejemplo, **personas a cargo del paciente** para tomar decisiones maximizando el beneficio del máximo de personas (pauta N° 22);
- f) tener en cuenta el **valor social** de la persona enferma (pauta N° 23).

Tal como puede advertirse, en estas situaciones de desborde de los servicios de cuidados intensivos y escasez de recursos materiales, se postularon criterios específicos que el médico debió valorar en cada caso para determinar a modo de ejemplo, a qué ser humano le prestaba asistencia y a cuál, se lo dejaba morir.

En este sentido, adviértase que algunas pautas pueden ser consideradas objetivas, como el estado del paciente o la edad. No obstante, hay criterios que ponen en un verdadero dilema ético al médico en tanto ¿quién puede definir cuál es el “valor social” de un ser humano? Y cabe aún más cuestionarse, ¿corresponde dar prioridad a quién tenga más “valor social”?

Entiendo que la respuesta negativa se impone. No obstante, sin perjuicio de las respuestas que cada uno pueda darle a estas preguntas de carácter bioético que exceden ampliamente el objeto de este trabajo, corresponde analizar el impacto de dichas decisiones en la responsabilidad médica. Esto es, si el médico incurre en responsabilidad penal o civil en caso de que tenga que priorizar a un paciente sobre otro, privando a uno de ellos de asistencia.

Al respecto, entendemos que la respuesta es que, en esos casos, el médico no incurre en responsabilidad en tanto “*Impossibilium nulla obligatio*”, esto es, nadie está obligado a lo imposible. Si el médico tiene dos pacientes que requieren un respirador y únicamente cuenta con un equipo, entonces escapa a la lógica y a la razón que se le pueda imputar responsabilidad por no haber salvado a ambos. En efecto, podrá caberle un reproche jurídico si la opción es arbitraria o interesada pero no le cabrá responsabilidad alguna por no haber podido salvar ambas vidas cuando no estaban dadas las condiciones materiales para hacerlo.

A más ahondamiento, entendemos que la responsabilidad tampoco podría nacer en tanto en estos casos habría operado una **causa de justificación** que excluye la ilicitud. En este sentido, si bien las causas de justificación están previstas expresamente para la responsabilidad penal y no para la responsabilidad civil, la doctrina entiende pacíficamente que son de aplicación también en este ámbito<sup>22</sup>.

---

22 Jorge GAMARRA – “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, F.C.U., Montevideo, 1981, pág. 221 y ss.

Concretamente, si bien puede resultar discutible<sup>23</sup>, entendemos que podría operar como causal de justificación el **estado de necesidad**, en tanto se cumplirían los requisitos exigidos para que pueda invocarse: existencia de dos bienes contrapuestos, inmediatez e inevitabilidad; que la situación de necesidad no la haya generado quien la va a invocar; que deba recurrir a un comportamiento que lesiona a un tercero debido a dicha situación de necesidad y que el mal causado deba ser de igual o menor jerarquía que el amenazado.

En primer lugar, existen dos bienes opuestos, en tanto el galeno debe elegir entre brindarle asistencia a una u a otra persona, siendo claro que el ordenamiento tutela la vida como bien jurídico con independencia de los criterios o pautas que obligan al médico a decidir sobre un caso u otro.

En segundo lugar, la situación es inmediata ya que la opción no puede postergarse so pena de perjudicar a ambos pacientes y en cuanto la atención debe brindarse cuanto antes. Asimismo, también es inevitable ya que ningún sistema de salud del mundo podía prever que se requiriera una cantidad de camas tan importantes de CTI al mismo tiempo.

En tercer lugar, está claro que la situación de necesidad no se generó por el galeno ya que no responde a su actuación profesional sino a un fenómeno absolutamente ajeno a él como es el avance de la Pandemia por COVID 19.

En cuarto lugar, también se configura un comportamiento que lesiona un derecho de un tercero en tanto al no ingresar a un paciente que necesita cuidados intensivos, se lo está privando de su derecho a la salud e incluso, se lo puede estar privando de su derecho a vivir.

En quinto lugar, también se podría decir que el mal causado es de igual o menor jerarquía que el amenazado ya que al aplicarse la pauta para seleccionar a los pacientes se opta por evitar la pérdida de la mayor cantidad de años/calidad de vida por paciente. Esto es, si bien se debe optar por dos bienes jurídicos tutelados de la misma jerarquía (vida) se opta por causar la menor cantidad de daño priorizando a aquel, cuya no asistencia determinaría una mayor cantidad de años perdidos.

Por último, debe señalarse que en caso de que las pautas de *triage* para la selección de pacientes a ingresar a CTI proviniera de la institución de asistencia o de la propia autoridad sanitaria, también podría invocarse que ha operado como causa de justificación respecto del médico, la **obediencia debida** (art. 29 del Código Penal) en tanto estaría cumpliendo con la orden de una autoridad con competencia para darla.

---

23 En función de lo establecido por el inciso 2° del art. 27 del Código Penal, y entendiendo que los requisitos de la causa de justificación a nivel penal se trasladan íntegramente a su aplicación civil, alguien podría llegar a señalar que el estado de necesidad no puede ser aplicado a quien intenta prevenir un daño que le ocurre a un tercero, en tanto el tercero no es un pariente consanguíneo de la línea recta o colateral hasta el segundo grado inclusive, ni el cónyuge, ni los padres o hijos naturales reconocidos o adoptivos. Frente a esta crítica, alguien podría señalar que el paciente no es cualquier tercero para el médico, sino uno respecto del cual, tiene la obligación de brindar asistencia por lo que trasladando la causal al ámbito civil ello permitiría excluir la ilicitud,

En definitiva, entendemos que, si a causa de la escasez de recursos materiales, un médico debe optar entre brindarle asistencia a un paciente o a otro en base a pautas objetivas y evitando el mal mayor y con ello causa un daño a otro paciente no priorizado, no incurre en responsabilidad médica de ningún tipo ya que opera en el caso una causa de justificación que excluye la ilicitud y que, en este caso, y dependiendo de las circunstancias, podría ser el estado de necesidad o la obediencia debida.

#### 4.2 Consulta médica telefónica

Durante la pandemia, otra situación asistencial especial que se ha planteado es que, a solicitud de varias instituciones de asistencia médica, los médicos se han visto obligados a realizar la consulta en policlínica de forma remota. Esto es, a través de llamados telefónicos, pudiendo únicamente citar en forma presencial al paciente cuando de la consulta telefónica quedara una duda razonable sobre el diagnóstico o tratamiento a seguir.

Como puede advertirse, dicha modalidad de excepción se contrapone con normas elementales que indican que la asistencia y el proceso de diagnóstico son **necesariamente presenciales**.

En efecto, el art. 24 de la Ley N° 19.286 publicada el 17 de octubre de 2014 que aprueba el Código de Ética Médica establece que: “El ejercicio clínico de la medicina requiere el **vínculo directo con el paciente**. La complementación de la asistencia médica a distancia a través de los medios de comunicación como telemedicina, seguirá los principios de este Código” (destacado nuestro).

En este sentido, se ha definido el diagnóstico como un proceso que cuenta con diferentes etapas y que “comienza con el **examen corporal** del paciente y su interrogatorio por parte del médico, quien de esta manera busca obtener los primeros y más elementales signos de la enfermedad que deberán complementar, como sucede frecuentemente, los análisis y exámenes clínicos, la historia del paciente y antecedentes...”<sup>24</sup>.

Es por ello, que la consulta telefónica como mecanismo para diagnosticar e indicar un tratamiento o incluso para repetir medicación<sup>25</sup>, parte de un problema de base que es la ausencia de la primera parte del proceso diagnóstico sin la cual, resulta imposible cumplir con lo dispuesto por la ley.

Por otra parte, tampoco puede confundirse este tipo de prácticas con la telemedicina ya que el factor esencial en este tipo de prestación es la complementariedad. En efecto, el art. 3 lit. F de la Ley de Telemedicina N° 19.869 de 15 de abril de 2020, bajo el *nomen iuris* “Complementariedad” establece que: “El ejercicio clínico de la medicina requiere el vínculo directo con el paciente. La telemedicina es un **complemento** a la asistencia brindada por el médico tratante (artículo 24 de la Ley N° 19.286, de 25 de setiembre de 2014)” (destacado nuestro).

24 Jorge GAMARRA - “Responsabilidad Médica”, cit., Tomo I, pág. 68.

25 Ver: Baltasar Aguilar Fleitas - “Historias Clínicas” en Revista Uruguaya de Cardiología, Montevideo, Vol.34, N°2, Agosto de 2019.

Sin embargo, la consulta telefónica tal como fue instaurada de ninguna forma puede considerarse un complemento, sino que es verdaderamente sustitutiva de la consulta presencial y en consecuencia, se encuentra reñida con la ley y debe cesar cuanto antes, resultando ilegítimo su mantenimiento.

Asimismo, dicha ilegitimidad no se salva con la posibilidad de citar al paciente si existe una “duda razonable”, ya que el surgimiento de la duda estará también condicionado por la ausencia de examen físico. Esto es, las dudas que tal vez se habrían generado con un examen físico pueden no generarse sin el examen presencial.

Sin perjuicio de ello, en caso de incurrirse en un error o demora de diagnóstico, que se podría haber evitado de haberse podido realizar el examen presencial, entiendo que el médico no sería responsable ya que esta modalidad de atención le fue impuesta por el centro asistencial debiendo el médico acatarla para poder seguir prestando atención.

Con independencia de ello, ante este tipo de modalidades de atención entendemos que resulta imprescindible recabar el consentimiento informado del paciente para acceder a esta modalidad de consulta, y además, consignar debidamente en la Historia Clínica que a raíz de la Pandemia y por pedido del Centro asistencial, se está atendiendo bajo esta modalidad telefónica.

En definitiva, la consulta telefónica omite el vínculo presencial que necesariamente debe existir para realizar un diagnóstico o para indicar un tratamiento y no reviste el carácter complementario propio de la telemedicina, sino que es verdaderamente sustitutiva de la consulta presencial. Dicho extremo no se salva por la posibilidad de citar al paciente en caso de duda razonable ya que todo el procedimiento del cual podría surgir la duda, se encuentra viciado por la falta de vínculo directo con el paciente. Sin perjuicio de ello, en caso de producirse una mala praxis producto de esta modalidad de atención, la responsabilidad no será atribuible al médico a quien se le impusieron estas condiciones laborales.

#### **4.3 Necesidad de subrogación de otras especialidades**

Sumado a la escasez de recursos materiales, la Pandemia también ha demostrado que en los picos de contagio se presenta escasez de trabajadores médicos capacitados para ejercer la medicina intensiva. Asimismo, el contagio del propio personal sanitario, lleva a que rápidamente mermen los recursos humanos que están en condiciones sanitarias de seguir prestando asistencia médica.

Es por ello, que en varios países del mundo fue necesario que médicos de otras especialidades, ajenas a las de los cuidados intensivos, asuman asistencia en este tipo de unidades y hagan las veces de médicos intensivistas aun, cuando no contaran con la especialidad para ello.

Dicho escenario, plantea la problemática de si es posible en nuestro país, ejercer una especialidad médica sin el título habilitante registrado para ello o si por el contrario, se incurre en algún tipo de responsabilidad médica por hacerlo.

Al respecto, la regla general es que el título de doctor en medicina habilita el ejercicio en general de las diferentes especialidades, salvo aquellas que expresamente excluye la ley. En efecto, la Ley N° 9.202 establece en su art. 13 que: “Nadie podrá ejercer la profesión de médico cirujano, farmacéutico, odontólogo y obstétrico, sin inscribir previamente el título que lo habilite para ello, en las oficinas del Ministerio de Salud Pública”.

Por su parte, el Decreto N° 346/972 de 16 de mayo de 1927 dispone que “Para ser considerado especialista en cualquier disciplina médica, será imprescindible la inscripción en el Ministerio de Salud Pública del título o certificado correspondiente expedido o revalidado por la Universidad de la República”. Asimismo, agrega que “El título será obligatorio para desempeñar cualquier cargo –en la orientación que corresponda– en la actividad oficial, mutual o privada (...)”.

Por su parte, el art. 18 de la Ley N° 18.335 de 26 de agosto de 2008 en su lit. c, establece que todo paciente tiene derecho a: “Conocer quién o quiénes intervienen en el proceso de asistencia de su enfermedad, con especificación de nombre, cargo y función”.

Por último, conforme al art. 26 del Decreto N° 399/088 se dispuso que: “Se exigirá el título de Médico Intensivista homologado por el Ministerio de Salud Pública, para ocupar cargos Médicos en todos los niveles de Escalafón de cada Unidad de Medicina Intensiva”.

En consecuencia, cuando el médico debe desempeñarse en una especialidad que no requiere de título habilitante para su ejercicio, no se plantea problema de ningún tipo y podrá hacerlo sin perjuicio de que deberá informar al paciente de su nivel de formación, tal como lo indica el art. 18 de la Ley N° 18.335.

Sin embargo, el problema se plantearía en el caso de que fuese necesario subrogar especialidades para cuyo caso se requiere de título habilitante (cirujano, farmacéutico, odontólogo, obstétrico e intensivista). En esos casos, corresponde preguntarse si el médico puede asumir en caso de emergencia dichas actividades o si por el contrario, debe abstenerse de hacerlo. Asimismo, en caso de que se entienda que debe hacerlo, también debemos cuestionarnos acerca de cuál es el estándar de diligencia que podría requerirse al médico en el ejercicio de esa especialidad para la cual no tiene título.

Respecto de la primera pregunta, entendemos que en caso de suscitarse un colapso de los servicios sanitarios y una escasez de recursos humanos que ponga en peligro la asistencia a la población, el médico que es llamado a brindar asistencia, sea cual sea su especialidad, no puede negarse a hacerlo invocando que carece de título habilitante para ello y por el contrario, tiene el deber de asistir en lo que esté a su alcance al paciente en situación de riesgo de vida so pena de correr peligro de incurrir, según las circunstancias, en lo dispuesto por el art. 332 del Código Penal (omisión de asistencia).

Respecto de la segunda pregunta, resulta claro que el estándar de diligencia que se le puede exigir a ese médico no es el de la especialidad que no tiene, sino que dicho estándar debe ser medido conforme a su nivel de formación en ese momento dado<sup>26</sup> y conforme a las circunstancias asistenciales en las que le tocó brindar asistencia.

26 Natalia VELOSO GIRIBALDI – “Estatuto de Residentes e Internos” en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) – “Régimen de Asistencia a la Salud”, F.C.U., Montevideo, 2018, Segunda Edición ampliada y actualizada, pág. 258.

Sin perjuicio de lo anterior, y en caso de que la emergencia sanitaria hiciera necesaria la subrogación de especialidades, sería conveniente que el Ministerio de Salud Pública emitiera una Resolución estableciendo el orden de prelación en la subrogación de las distintas especialidades, así como la autorización genérica para desempeñar por razones de emergencia, incluso aquellas especialidades para las cuales el ordenamiento exige título habilitante.

En definitiva, en caso de suscitarse un colapso de los servicios sanitarios el médico que es llamado a brindar asistencia, sea cual sea su especialidad, no puede negarse a hacerlo invocando que carece de título habilitante para ello y en ese caso, el estándar de diligencia que se le exigirá no podrá ser el de la especialidad que no tiene, sino el correspondiente a su nivel de formación para la atención de los casos concretos que le haya tocado atender.

#### 4.4 Vulneración del Derecho a estar acompañado

Otra situación asistencia atípica que se ha planteado durante la Pandemia, incluso en nuestro país, es la imposibilidad para los pacientes internados por COVID 19 de estar acompañado durante el período de hospitalización. Dicha situación obedece a las más diversas razones logísticas y epidemiológicas, pero, sobre todo, a la incapacidad de poder brindar a cada uno de los acompañantes un equipo completo para protegerse del contagio. Esto ha llevado a situaciones humanamente dramáticas que han impedido a los familiares despedirse de sus seres queridos y en algunos casos, han determinado la muerte en soledad de los pacientes.

Desde el punto de vista jurídico, cabe cuestionarnos como se compatibiliza dicha situación asistencial con el derecho a estar acompañado que, en varias disposiciones, consagra nuestro ordenamiento.

En efecto, el artículo 17 lit. c de la Ley N° 18.335 establece que todo paciente tiene derecho a: “Estar acompañado por sus seres queridos o representantes de su confesión en todo momento de peligro o proximidad de la muerte, en la medida que esta presencia no interfiera con los derechos de otros pacientes internados y de procedimientos médicos imprescindibles”. Por su parte, el art. 26 lit. b) del Código de Ética establece que el médico tiene el deber de: “Facilitar que el paciente logre el diálogo a solas con sus seres queridos”.

Sin embargo, si ahondamos en las competencias extraordinarias que la Ley N° 9.202 le otorga en su art. 2 num. 3 al MSP, advertimos que compete a la autoridad sanitaria: “Determinar, cuando fuere necesario, por intermedio de sus oficinas técnicas, el **aislamiento** y detención de las personas que por sus condiciones de salud pudieran constituir un peligro colectivo”.

En función de ello, resulta evidente que hay dos situaciones jurídicamente protegidas en contraposición. Por un lado, el derecho del paciente a estar acompañado y por otro, las facultades epidemiológicas para disponer el aislamiento de un paciente en caso de epidemia.

En definitiva, del ejercicio de las facultades exorbitantes conferidas a la autoridad sanitaria en materia de higiene pública<sup>27</sup>, pueden resultar limitados algunos derechos fundamentales por razones de interés general. En este sentido, entendemos que a pesar de que el aislamiento limita derechos fundamentales de los pacientes, la Ley N° 9.202 otorga habilitación legal para hacerlo en casos de epidemia donde la falta de aislamiento de un individuo pueda repercutir en la salud colectiva.

## 5. CONCLUSIONES

En función de los desarrollos procedentes podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- a) la responsabilidad médica es mucho más amplia que la responsabilidad médica civil ya que puede configurarse tanto en el ámbito penal, como en el ámbito civil, administrativo o ético, siendo distintas las consecuencias jurídicas que se imputan dependiendo del ámbito de actuación;
- b) para que se configure responsabilidad civil médica es necesario que el galeno con su actuar negligente, imperito o imprudente (culpa médica) genere un daño a un tercero que no se habría producido de haberse obrado con el estándar medio de diligencia;
- c) al momento de la llegada del COVID 19 a nuestro territorio, el Uruguay contaba, a través de la Ley N° 9.202, con un marco normativo suficiente como para poder disponer de una cuarentena general obligatoria, el aislamiento de personas, el uso de la fuerza pública para el cumplimiento de medidas sanitarias y la declaración de emergencia sanitaria. En este contexto, el Estado uruguayo optó por una exhortación a la población de quedarse en sus casas en la medida que fuera posible, decretando sí la Emergencia Sanitaria mediante el Decreto N° 93/020;
- d) la existencia de situaciones asistenciales especiales provocadas por la expansión del COVID 19 tales como ser la carencia de recursos materiales, la necesidad de migrar las consultas en policlínica a la consulta telefónica, la necesidad de subrogar especialidades diferentes a aquellas para las cuales se cuenta con título habilitante y la limitación del derecho del paciente a estar acompañado, nos obligan a repensar la responsabilidad médica tradicional a la luz de situaciones absolutamente excepcionales;
- e) si a causa de la escasez de recursos materiales un médico debe optar entre brindarle asistencia a un paciente y no a otro en base a pautas objetivas y evitando el mal mayor y con ello causa un daño a otro paciente no priorizado, no incurre en responsabilidad médica de ningún tipo ya que opera en el caso una causa de justificación que excluye la ilicitud y que, en este caso, y dependiendo de las circunstancias, podría ser el estado de necesidad o la obediencia debida;

<sup>27</sup> Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo Especial” A.M.F., Montevideo, 2015, Volumen I, Tercera Edición, pág. 443

- f) la consulta telefónica omite el vínculo presencial que necesariamente debe existir para realizar un diagnóstico o para indicar un tratamiento y no reviste el carácter complementario propio de la telemedicina, sino que es verdaderamente sustitutiva de la consulta presencial. Dicho extremo no se salva por la posibilidad de citar al paciente en caso de duda razonable ya que todo el procedimiento del cual podría surgir la duda, se encuentra viciado por la falta de vínculo directo con el paciente. Sin perjuicio de ello, en caso de producirse una mala praxis producto de esta modalidad de atención, la responsabilidad no será atribuible al médico a quien se le impusieron estas condiciones laborales;
- g) en caso de suscitarse un colapso de los servicios sanitarios el médico que es llamado a brindar asistencia, sea cual sea su especialidad, no puede negarse a hacerlo invocando que carece de título habilitante para ello y en ese caso, el estándar de diligencia que se le exigirá no podrá ser el de la especialidad que no tiene, sino el correspondiente a su nivel de formación para la atención de los casos concretos que le haya tocado asistir; y
- h) las potestades en materia de higiene pública conferidas a la autoridad sanitaria por la Ley N° 9.202 habilitan a limitar el derecho del paciente a estar acompañado por razones de interés general como puede ser la contención de la propagación del virus o la imposibilidad de disponer de equipos de protección personal para todos los acompañantes.

## BIBLIOGRAFÍA

ACHÁVAL, Alfredo – “Responsabilidad Civil del Médico”, Buenos Aires, 1992, Abeledo Perrot, Segunda Edición Ampliada y Actualizada, pág. 129 y ss.

Aguilar Fleitas, Baltasar – “Historias Clínicas” en Revista Uruguaya de Cardiología, Montevideo, Vol.34, N°2, Agosto de 2019.

BRITO, Mariano R. - “Régimen disciplinario. Principios fundamentales del procedimiento, infracción y sanción disciplinarios”, en Procedimiento administrativo, Acali, Montevideo, 1977, pág. 138.

DELPIAZZO, Carlos E. – “El Derecho Administrativo en Tiempos de Emergencia”, Ecuador, 2020 en Jaime VILLACRECES (Coordinador) – “Derecho Administrativo en época de emergencia” (C.E.P., Quito, 2020).

DELPIAZZO, Carlos E. – “Derecho Administrativo Especial” A.M.F., Montevideo, 2015, Volumen I, Tercera Edición, pág. 443

DURAN MARTINEZ, Augusto – “Principios del procedimiento disciplinario”, en Procedimiento administrativo, UCUDAL, Montevideo, 1991, pág. 82.

FERNÁNDEZ, Gonzalo – “El ejercicio ilegal de la medicina: Las hipótesis de responsabilidad penal”, en “III Jornadas de Responsabilidad Médica” (1998)”, S.M.U., pág. 54.

GAMARRA, Jorge – “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, F.C.U., Montevideo, 1991, Tomo XIX, pág. 221 y ss.

GAMARRA, Jorge - “Responsabilidad Civil Médica”, FCU, Montevideo, 1999, Tomo I, págs. 16.

LORENZETTI, Ricardo Luis – “Responsabilidad Civil de los médicos”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Tomo II, pág. 60 y sigtes.

LORENZO, Susana – “ Sanciones administrativas”, BDF, Montevideo, 1996, pág. 142.

RAVINOVICH, Ricardo - “Responsabilidad del Médico”, Astrea, Buenos Aires, 1999, p.107 y 108.

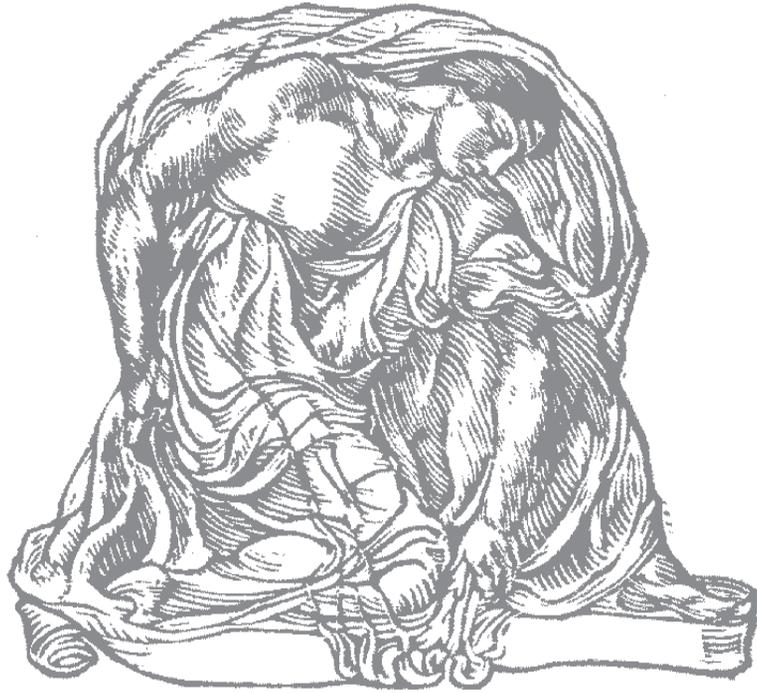
Sánchez, Delia – “Ética y salud pública en tiempos de Covid-19” en Revista Médica Uruguaya, Año 2020; Número 36(2), pág. 117-118

Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias – “Recomendaciones Éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por Pandemia COVID 19 EN LA unidades de Cuidados Intensivos en [https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica\\_SEMICYUC-COVID-19.pdf](https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica_SEMICYUC-COVID-19.pdf)

Szafir, dora y Venturini, Beatriz - “Responsabilidad médica en el MERCOSUR. Jurisprudencia sistematizada y anotada. Cuadernos del ADCU, tomo II, págs. 387 a 394.

TOMA, Miguel A- “Comisión de Salud Pública. Ley 9.202”. Revista de la Oficina Nacional del Servicio Civil. Año I-2006. N° 30. Pág. 156.

VELOSO GIRIBALDI, Natalia – “Estatuto de Residentes e Internos” en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) – “Régimen de Asistencia a la Salud”, F.C.U., Montevideo, 2018, Segunda Edición ampliada y actualizada, pág. 258.



## JURISPRUDENCIA COMENTADA

*MARURI ARMAND-UGÓN, Sofia*

**Sawhoyamaxa Community v Paraguay: a good example of effective strategic litigation and advocacy**



# SAWHOYAMAXA COMMUNITY V PARAGUAY: A GOOD EXAMPLE OF EFFECTIVE STRATEGIC LITIGATION AND ADVOCACY<sup>1</sup>

SOFÍA MARURI ARMAND-UGÓN\*

"Without our land, we are dead.  
We want to return to our land"  
**Aparicia González**

## Introduction

Over the last decades, the rights of indigenous peoples have gained significant visibility and recognition in international and regional instruments and institutions. For instance, the International Labor Organization approved the Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries in 1989<sup>2</sup>; the United Nations established the UN Permanent Forum on Indigenous Issues in 2000 as a high-level advisory body to the Economic and Social Council and also adopted the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in 2007<sup>3</sup>, which deals with aspects of strengthening the distinctiveness of indigenous societies within the institutional frameworks of existing States<sup>4</sup>; and American states approved the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in 2006<sup>5</sup>.

Furthermore, national, regional, and international courts have received numerous cases concerning the rights of indigenous peoples. Rights to land and natural resources have been among the most litigated and contentious issues for indigenous peoples across the globe<sup>6</sup>. They serve the purpose of protecting indigenous identity as defined by the cultural and spiritual attachment of a community to its traditional lands<sup>7</sup>. One case regarding these issues is that of *Sawhoyamaxa Community v Paraguay*, litigated before the Inter-American Court of Human Rights. It represents a proper example of effective strategic litigation and advocacy as it made social, political, and legal contributions to the advancement of land rights in the region and worldwide.

---

\* Abogada. Mst (c) in International Human Rights Law, University of Oxford. Profesora aspirante de "Derechos Humanos" en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (Uruguay). ORCID id: <http://orcid.org/0000-0002-9745-7191>. [m.maruri@um.edu.uy](mailto:m.maruri@um.edu.uy)

1 El siguiente artículo fue presentado como ensayo dentro de la materia "Fundamentals of International Human Rights Law" en la Maestría de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Oxford, en Marzo de 2020.

2 Adopted on 27 June 1989, C169, available at: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C169](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169) (accessed March 22, 2020)

3 UN Doc. A/Res/61/295. Adopted on 13 Sept. 2007 by a vote of 143 in favour, 4 against (Australia, Canada, New Zealand, and US), and 11 abstentions.

4 Daes, p. 38.

5 OAS AG/RES.2888 (XLVI-O/16): adopted at the thirds plenary session, held on June 15, 2016).

6 Strategic Impact 2018, p. 23.

7 Pentassuglia 2011, p. 167.

## About the case

The Sawhoyamaxa Community has historically lived in the Paraguayan Chaco. In 1991, the community initiated domestic claims for land restitution after being forced to leave their land. The process turned ineffective so they filed for legal expropriation of the land, by making an expropriation request in 1997, that did not succeed.

The community petitioned the Inter-American Commission of Human Rights in 2001 and then their case was filed before the IACtHR on February 2005. In March 2006, the Court found various violations of the American Convention on Human Rights<sup>8</sup>, specifically art. 8 and 25 (right to a fair trial and judicial protection), art. 21 (right to property), art. 4(1) (right to life) and art. 3 (right to recognition as a Person before the Law), all of them in relation to art 1(1) (the obligation to respect rights)<sup>9</sup>.

The IACtHR ordered very specific remedies<sup>10</sup>: to return the ancestral lands to the community; to create a development fund for the community; and to pay compensation for non-pecuniary damages, costs, and expenses within one year. It called on the state to deliver basic goods and services and implement an emergency communication system as long as the community remained without land.

Although the decision of the IACtHR ordered the restitution of the disputed land to the community within three years, the authorities did not adopt an order of expropriation for the cattle ranchers living on their land until 2014. It was in this year when the Congress passed and the President signed a bill expropriating the land and officially returning it to the Sawhoyamaxa.

## The case as a good example of strategic litigation and advocacy

The Executive Summary on “Strategic Litigation Impact: Indigenous Peoples’ Land Rights” published by Open Society Foundations purposes that strategic litigation is the one that positively affects persons beyond the individual complainants before the court. It is one of many social-change tools, and is often used in concert with public protests, lobbying, legal aid, and other forms of advocacy<sup>11</sup>: as happened with the case that is being analyzed in this essay.

*Sawhoyamaxa Community v Paraguay* represents a good example of effective strategic litigation and advocacy due to various reasons: a) the indigenous community won the case, b) it set legal precedents for future litigations on matters of land rights, c) it signified changes in attitudes and behaviors towards this issue and d) it effectuated political reforms. The four reasons will be studied bellow.

8 IACtH, *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of March 29, 2006, para. 248.

9 “Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay”, available at <https://www.eschr-net.org/case-law/2013/case-sawhoyamaxa-indigenous-community-v-paraguay> (accessed March 21, 2020).

10 IACtH, *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, para. 204-247.

11 Strategic Litigation 2017, p. 24

### a) The indigenous community won the case

Although the Sawhoyamaxa Community won the case before the IACtHR, they did not get their land back rapidly and easily. However, the case was a helpful tool for the community seeking to defend its culture and traditional lands. The legal win inspired confidence and set into motion to the advocacy tools through media campaigns and non governmental bodies which brought wider societal change in attitude and behaviors.

In this case, the “win” was not the end event of litigation. A robust post ruling strategy and a long-term involvement of litigators was vital. The change sought and its enforcement was initiated by the win, as “*a court’s decision is in many ways the beginning of the battle, rather than the end of a process*”<sup>12</sup>.

### b) The case set legal precedents for future litigations on matters of land rights

The case had a significant repercussion on jurisprudence as it set strong legal precedent which was cited in future similar cases involving land rights for the indigenous people.

As Pentassuglia states “*the jurisprudence generated in this context reaches out to a significant sector of the international community which has undertaken obligations under those regimes, and empowered judicial or quasi-judicial bodies to interpret and apply them. Such treaties, ranging from the ICCPR, to the ACHR, to the AfrCH, provide a wide context of rights within which indigenous land considerations can be diffused*”<sup>13</sup>.

One of the cases that cited *Sawhoyamaxa Community v Paraguay* in its judgement was *Xákmok Kásek Indigenous Community v Paraguay* in 2010, also before the IACtHR, which obtained a favorable ruling on similar grounds<sup>14</sup>. Another one was that of *Endorois v. Kenya* in 2009<sup>15</sup>, were the African Commission of Human Rights, using its Article 60 of the African Charter to draw on non-African sources of international law, cited the Sawhoyamaxa case jurisprudence to assist in more clearly articulating the concept of collective rights and rights to property over the land, natural resources and development. Recent ACHPR jurisprudence indicates a progressive alignment with international jurisprudence, most notably from the Inter-American system<sup>16</sup>, and this concrete case is an example of it.

It had also an impact on the legal profession as both judges and lawyers may now learn about land rights cases from this case and from “*cases in other jurisdictions, and use cases from across the globe to support their legal reasoning. Evidence shows that precedents can affect not only judges, but also lawyers and potential plaintiffs*”<sup>17</sup>.

12 Strategic Litigation 2017, p. 77.

13 Pentassuglia 2011, p. 199

14 IACtH, Case of the Xákmok Kásek Indigenous Community v Paraguay, judgment of August 24, 2010, para. 110 and 137.

15 ACHPR, *Minority Rights Dev. v Kenya*, Nov. 2009, para. 197 and 208. See also reference in Pentassuglia 2011, p. 187.

16 Pentassuglia 2010, p. 154.

17 Strategic litigation 2017, p. 53.

**a) It signified changes in attitudes and behaviors toward indigenous peoples and their land rights issues**

*Sawhoyamaxa Community v Paraguay* was a collective case, which sought remedies for a larger community rather than an individual or a family. It concerned collective land claims, which play a very important role in the collective identity of indigenous peoples.

After the ruling, the Sawhoyamaxa Community received greater exposure, nationally and internationally. It supposed a change in the public opinion regarding indigenous peoples' rights and helped to build awareness among indigenous communities. This can be appreciated in the creation of an indigenous organization in Paraguay: The Coordinator of Indigenous Leaders from Lower Chaco, which represents over 50 indigenous communities in the region.

This pan-indigenous organization supports other indigenous groups in their efforts to promote implementation of their received rulings. They assist them by letting them know that the IACtHR exists and can support indigenous rights; that there are rulings which have been made as a means of admonishing the state; that indigenous peoples have avenues to gain support for their claims. This shows how the impacts of strategic litigation can affect even also groups not directly involved in the case<sup>18</sup>.

**b) It effectuated political reforms: institutions, legislation and policies**

The case had considerable influence on the institutional makeup of the state, as the government of Paraguay established a special institution in charge of supporting the implementation of international rulings: The Inter-institutional Commission Responsible for the Execution of Necessary Actions for Compliance with International Rulings and Recommendations or CICSI (in its Spanish acronym). Since its establishment, CICSI has been in charge of reporting progress regarding implementation of the judgments of the IACtHR. The creation of CICSI was significant and reflected a change in the government's attitude toward complying with international rulings<sup>19</sup>.

What is more, there was a Presidential Decree 4367 of 2015, which restructured CICSI making it drawn under the control of the Ministry of Exterior. The first sentence of the body of the Decree begins stating "*In light of the international rulings from the Inter-American Court of Human Rights and the recommendations from the Inter-American Commission on Human Rights*": explicit language which reflects that CICSI was formed in large part due to this ruling, among others against Paraguay from the IACtHR<sup>20</sup>.

Paraguay's President Cartes signed into law an Expropriation Bill to return the lands to the Sawhoyamaxa people on June 11, 2014<sup>21</sup> after it passed through the House and Se-

18 Strategic Litigation 2017, p. 66

19 Strategic Litigation 2017, p. 57.

20 Such rulings are: *Yakye Axa Community v Paraguay* and *Xákmok Kásek Community v Paraguay*.

21 Paraguayan Law N° 5194.

nate after months of protests alleging that the IACHR order had remained unfulfilled<sup>22</sup>. This marked the end of a long journey that the community had to fight for over 20 years.

### Implementation of judgments are the weak arm of the judicial system

Hafner-Burton and Tsutsui understand that “*human rights treaties are most effective when ratified by states with democratic systems of government or strong civil society advocates*”<sup>23</sup>. Although Paraguay is a democratic state, it needed a strong group of people to advocate for the implementation of this case. Paraguay’s delay in putting into practice the IACtHR’s decision reflects that the implementation of judgements tend to be the weak arm of the judicial system. Also that monitoring, reporting and follow up procedures are needed to ensure that the government does fulfill its duties.

The litigation of this case and its victory at the regional level function as a reminder that, until the domestic legal system is improved, the country will continue to face cases on land rights in international forums and will encourage other communities to do so.

### Conclusion

The case began as a land claim and after reaching the Inter-American System became “strategic” in the sense of serving as a vehicle for broader social change beyond the claimant community and also other communities.

The decision and its post judicial procedure demonstrated that “strategic human rights litigation” is a process, not a single legal intervention, even not just winning the case before an international court. “*More than a final judgment, strategic litigation is in fact a series of phased actions, from case development, to hearings and ruling, to post-judgment implementation (or its absence)*”<sup>24</sup>. In this case, the ruling of the IACtHR was the initial kick-off.

While litigators were required and vital so as to get the “win”, strategic litigation is most effective when carried out principally for, and together with, non-litigators<sup>25</sup>. Although its delay implementation, *Sawhoyamaxa Community v Paraguay* is a landmark decision which confirms the importance and effectiveness of advocacy work, which includes protests, research, media campaigns, legislative and administrative lobbying, strategic alliances, and even the arts. All prove to be useful tools for social change and to fix state responsibilities to ensure non-repetition and development of laws and policies.

---

22 News regarding this issue can be found at: <https://www.americasquarterly.org/content/paraguayan-supreme-court-issue-ruling-expropriation-law> (accessed March 25, 2020); <https://www.theguardian.com/environment/andes-to-the-amazon/2014/oct/07/paraguay-supreme-court-historic-land-ruling> (accessed March 25, 2020); [https://www.bbc.com/mundo/ultimas\\_noticias/2014/05/140522\\_ultnot\\_paraguay\\_expropiacion\\_indigenas\\_vs](https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/05/140522_ultnot_paraguay_expropiacion_indigenas_vs) (accessed March 25, 2020).

23 Hafner-Burton and Tsutsui, p. 418.

24 Strategic litigation 2018, p. 19.

25 Strategic litigation 2018, p. 33.

## Bibliography

Daes, Erica-Irene, "The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Background and Appraisal. Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", Ed. Stephen Allen and Alexandra Xanthaki. London: Hart Publishing, 2011. 11–40.

Dersso, Solomon, "Perspectives on the rights of minorities and indigenous peoples in Africa", Pretoria University Law Press (PULP), 2010.

Executive Summary on "Strategic Litigation Impact: Indigenous Peoples' Land Rights" published by Open Society Foundations, april 2017. Available at: <https://www.justiceinitiative.org/publications/strategic-litigation-impacts-indigenous-peoples-land-rights> (acceded March 17, 2020).

Executive Summary on "Strategic Litigation Impacts: Insights from Global Experience" published by Open Society Foundations, february 2018. Available at: <https://www.justiceinitiative.org/uploads/fd7809e2-bd2b-4f5b-964f-522c7c70e747/strategic-litigation-impacts-insights-20181023.pdf> (acceded March 22, 2020).

Hafner-Burton, Emilie M. and Tsutsui, Kiyoteru, "Justice Lost! The Failure of International Human Rights Law to Matter Where Needed", *Journal of Peace Research*, Vol. 44, No. 4, Special Issue on Protecting Human Rights (Jul., 2007), pp. 407-425

Núñez Poblete, Manuel A., "The constitution of indigenous property as a goal of expropriation by national interest", *Rev. Derecho (Valdivia)*, vol.30 no.,1 Valdivia jun. 2017.

Pentassuglia, Gaetano, "Indigenous Groups and the Developing Jurisprudence of the African Commission on Human and Peoples' Rights: Some Reflections." *UCL Human Rights Review*, 3, 2010, p. 150-163.

Pentassuglia, Gaetano, "Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights". *European Journal of International Law*, Volume 22, Issue 1, February 2011, Pages 165–202.

Tauli-Corpuz, Victoria, "Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples: The Situation of Indigenous Peoples in Paraguay", 2015.

### Legislation:

UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, G.A. Res. 61/295, U.N. Doc. A/RES/47/1 (2007). Available at: <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/declaration.html> (last visit March 23, 2020).

American Declaration On The Rights Of Indigenous Peoples, adopted at the third plenary session of the Gral. Assembly of the OAS, held on June 15, 2016. Available at: <https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND.pdf> (last visit March 22, 2020).

Convention No. 169, International Labor Organization, adopted on 27 June 1989, available at: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C169](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169) (accessed March 22, 2020)

Paraguayan Law N° 5194, available at: <http://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/4640/declara-de-interes-social-y-expropiacion-a-favor-del-instituto-paraguayo-del-indigena-indi-para-su-posterior-adjudicacion-a-la-comunidad-indigena-sawhoyamaxa-del-pueblo-enxet-la-finca-n-16786-padron-n-12935-con-una-superficie-de-9105-hectareas-con-2978-metros-cuadrados-y-la-finca-n-16784-padron-n-12936-con-una-extension-de-5299-hectareas-con-4720-metros-cuadrados-ambas-del-distrito-de-villa-hayes-pozo-colorado-del-departamento-presidente-hayes-chaco-pertenecientes-a-las-firmas-kansol-sa-y-roswell-y-cia> (accessed March 25, 2020).

### **Jurisprudence:**

Inter-American Court of Human Rights, Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay, Judgment of March 29, 2006. Available at: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_146\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf) (accessed March 21, 2020).

Inter-American Court of Human Rights, Case of the Xákmok Kásek Indigenous Community v Paraguay, Judgment of August 24, 2010. Available at: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_ing.pdf) (accessed March 21, 2020).

ACHPR, *Minority Rights Dev. v Kenya*, Comm. 276/2003, 27th ACHPR AAR Annex (Jun 2009 - Nov 2009), para. 197 and 208. Available at: [http://www.worldcourts.com/achpr/eng/decisions/2009.11\\_CMRD\\_v\\_Kenya.htm](http://www.worldcourts.com/achpr/eng/decisions/2009.11_CMRD_v_Kenya.htm) (accessed March 24, 2020).





## **INFORMACION DE LA FACULTAD**

*Noticias de grado y postgrados*



---

## NOTICIAS DE GRADO

### La FDER firmó convenio con la Fundación Pro Bono Uruguay

El convenio convierte a la Facultad de Derecho de la UM en la primera *clearing house* del trabajo Pro Bono en Uruguay.



La Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (FDER) firmó un convenio con la Fundación Pro Bono Uruguay el 13 de marzo, convirtiéndose así en la primera *clearing house* del trabajo Pro Bono en Uruguay. Este rol tiene como fin ser un nexo entre aquellas personas que no pueden acceder a un servicio legal y los estudios jurídicos que con su trabajo pro bono pueden asumirlo.

Los casos pueden provenir de personas individuales o de entidades sociales sin recursos suficientes para contratar asistencia jurídica paga. Una vez que llegan a la UM, son derivados a los estudios. Esto implica que la Uni cumplirá la función de distribución, asignación, coordinación y seguimiento del trabajo de los abogados que participen en este proyecto de promover desinteresadamente que todas las personas tengan acceso eficiente a la justicia, y que la falta de recursos económicos no sea un obstáculo insalvable. Además, los alumnos de FDER participarán ayudando a los abogados. De esta manera, aprenderán a trabajar junto a prestigiosos profesionales, al tiempo que adquirirán la cultura de servicio a la sociedad que está en la base de la profesión del abogado.

Las tres áreas más específicas en las que dicha asistencia se puede ofrecer son: Derechos Humanos, Derecho Ambiental, y Políticas Anti-corrupción y de Gobernanza. Desde el Pro Bono Uruguay se busca contribuir con el país dándole herramientas a quienes no pueden costear servicios legales, para que luego tengan la posibilidad de reclamar que se respeten sus derechos.

En la firma del Convenio estuvieron presentes el rector de la UM Dr. Juan Manuel Gutiérrez carrau, el decano de FDER Dr. Nicolás Etcheverry, la abogada y profesora de Derechos Humanos Sofía Maruri, y representantes de los estudios jurídicos firmantes del Convenio: Ferrere, Guyer & Regules, Hughes & Hughes, De Posadas & Vecino y Jiménez de Aréchaga, Viana & Brause.

## Graduada de FDER es la nueva presidenta de URSEC

**La Dra. Mercedes Aramendia Falco fue recientemente nombrada como presidenta del organismo.**



La Dra. Mercedes Aramendia Falco, graduada y docente de la Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo, ha sido nombrada presidenta de la Unidad Reguladora de Servicio de Comunicaciones (URSEC) a inicios de abril. La URSEC tiene entre sus cometidos la regulación y el control de los servicios de telecomunicaciones y postales, los cuales tienen un rol clave para facilitar el acceso a los servicios digitales, así como para el adecuado desarrollo de la economía digital.

“Sin duda el nombramiento es un gran orgullo, y una gran oportunidad de poder aportar al país, así como de sumarme a un gran equipo. Es un lindo desafío, un nuevo rol, para el cual considero esencial escuchar, dialogar, aprender constantemente y trabajar con todo el ecosistema”, expresó la Dra. Aramendia Falco.

Desde el 2017, Aramendia se desempeña como profesora de la FDER en diversas áreas vinculadas con las telecomunicaciones, la transformación digital y el Derecho. Además, desde 2019, la docente está a cargo de la dirección del postgrado de Transformación digital y el Derecho.

La Dra. Mercedes Aramendia Falco es abogada y magíster en Derecho Administrativo (U. de Montevideo), con grado en Derecho y Máster en acceso a la Abogacía (U. Antonio de Nebrija, España). Posee un MBA (U. Camilo José Cela-EAE Business School, Madrid) y es candidata a doctora en Ciencias Jurídicas en la Universidad de Granada y candidata a LLM en Derecho, Tecnología y Emprendimiento en la Universidad de Cornell. Ha desarrollado su carrera profesional en el ejercicio privado del Derecho (Estudio Mercedes Aramendía, Estudio Scaglia, KPMG, entre otros), desde donde ha colaborado con distintas organizaciones del sector telecomunicaciones, mundo digital y emprendedurismo. También, en el ámbito de la regulación y las relaciones institucionales en el sector telecomunicaciones del Uruguay (Cámara de Telecomunicaciones y Telefónica y Móviles Uruguay) y en el ejercicio de la docencia, en particular, en temas vinculados al impacto de la transformación digital y el Derecho en la Universidad de Montevideo (UM).

Fuchs y Pinilla, quienes trabajan en el área jurídica de la Fundación que tiene sed

## Nuevo escenario penal post LUC

FDER organizó webinars a cargo del Dr. Pedro Montano y el Dr. Jorge Barrera para alumnos y graduados de las Maestrías y Postgrados en Derecho.



Las Maestrías y Postgrados en Derecho de la Facultad de Derecho (FDER) organizaron dos webinars titulados “El nuevo escenario penal post Ley de Urgente Consideración”, el martes 26 y jueves 28 de mayo. Los encuentros estuvieron a cargo de del Dr. Pedro Montano y el Dr. Jorge Barrera, y se realizaron a través de la plataforma Microsoft Teams.

El temario de los webinars incluyó el análisis del impacto de las reformas penales que contiene la nueva normativa propuesta. Montano y Barrera presentaron las normas penales contenidas en la Ley de Urgente Consideración (LUC) y brindaron la posibilidad de que los participantes pudieran intercambiar ideas al respecto.

“Hay normas buenas y oportunas, y hay otras que son mejorables, o que ya están en el Código Penal. Además, debería preverse por parte de los legisladores, tomar en cuenta el proyecto de Código Penal que tienen a estudio desde hace diez años”, expresó el Dr. Montano. Y añadió que “agregando disposiciones penales cada tanto, deja de ser un sistema penal para pasar a ser un collage, del cual resultan dificultades en su interpretación y -a veces- hasta verdaderas contradicciones”.

Del intercambio de ideas entre los expertos y los participantes, surgieron hipótesis sobre lo que creen que pasará en un futuro si se llega a aprobar tal cual está redactada la Ley.

## Graduado y profesor de FDER expuso en conferencia internacional

Sebastián Ramos habló en un evento de la International Bar Association sobre el impacto de la emergencia sanitaria en la enseñanza del Derecho. Afirmó que “lo importante es la actitud”.



¿Cómo reaccionaron las facultades de Derecho en el mundo y cómo se proyecta su futuro? Ese fue el tema que se propuso abordar la International Bar Association (IBA) en una conferencia *online* en la que participaron como disertantes cuatro profesores de Derecho de Madrid, Londres, Akungba (Nigeria) y Montevideo. El docente uruguayo invitado para exponer fue Sebastián Ramos, graduado y actual profesor de la Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo (UM).

Durante su exposición, Ramos planteó el desafío que supuso para muchos profesores mayores la relación con la tecnología. Contó que, luego de los cursos de capacitación que ofreció la Universidad, pudieron desenvolverse sin problemas. Relató también que algunos profesores compartieron sus experiencias positivas en la enseñanza remota y mencionó al holandés Mattijn Heijne, docente de cursos del área “Managing cultural diversity” de la UM, quien además le facilitó materiales para la preparación del *webinar* de IBA.

Como él mismo afirma, el primer rol de Ramos es de esposo y padre. Es abogado y socio en el estudio Ferrere y en FDER está a cargo de cinco materias en español e inglés en la carrera de grado y dos asignaturas de posgrado. En IBA es Co-Vice Chair del Academic and Professional Development Committee. Explicó que la misión de esta organización “es actuar de interlace entre las instituciones académicas, los abogados y firmas”.

**Luego de escuchar las otras exposiciones durante el *webinar*, ¿qué conclusión sacás sobre el proceso de adaptación a esta nueva forma de enseñar a distancia a nivel mundial y, en concreto, desde tu rol como docente?**

Lo importante es la actitud. Frente a esta crisis podías tomar dos posturas: (i) quejarte de lo difícil que son las cosas y de que no es posible dar clase/estudiar así; o (ii) entender la oportunidad y desafío que esta pandemia representa. Todos tuvimos que salir de nuestra zona de confort (la Universidad, los profesores y los alumnos) para sacar esto adelante. Desde el punto de vista de la docencia, preparar y dar clases en forma remota es muy distinto a hacerlo en forma presencial. Implicó buscarle la vuelta y dedicar más horas para preparar clases que ya tenía prontas. Lo mismo con el seguimiento de los alumnos: antes podías verles la cara, sus reacciones o hablar con ellos antes de clase, en el recreo y luego de finalizada. Ahora, el seguimiento tiene que ser más intenso y hay que hacerlo a través de las distintas herramientas: Moodle, *email* y Microsoft Teams. Y finalmente con la evaluaciones: en la clase se puede tener un control de qué están haciendo los alumnos. Al evaluar a la distancia, ese control no es posible, por lo que fue necesario buscar otras formas de evaluación para preservar la transparencia.

**Además de los desafíos propios de esta forma de enseñar, ¿te parece que esta situación presenta alguna ventaja que tenga consecuencias incluso en la forma posterior de dar clases?**

Sin duda. En todos los países de primer mundo hay numerosos cursos y hasta maestrías que se dan *online*. Ello permite a quienes no puedan viajar para tomar clases presenciales (por el motivo que sea), acceder a cursos de primer nivel. Creo que en Uruguay todavía había una especie de preconcepción en contra de los cursos *online*, pero esta pandemia logró tirarlos abajo y demostrar que es posible dar educación de excelente calidad en forma remota, y eso hará la educación más accesible para muchas más personas.

Respecto del trabajo, espero que este sea el comienzo del fin de los formalismos y burocracias innecesarias, como tener que hacer un trámite presencialmente o que se requiera la firma ológrafa para todo, cuando hace años que existe una ley que da a la firma digital el mismo valor que la manuscrita. También quedó probado que es posible trabajar desde la casa igual de eficientemente, y que ello tiene grandes ventajas, como evitar el traslado innecesario de muchas personas, permitiendo que puedan dedicar esas horas de viaje para otra cosa (estar con tus hijos, practicar deporte o incluso trabajar más), y contribuyendo con el medio ambiente y con el estado de la infraestructura (menos vehículos circulando).

La docencia es mi tercer trabajo. Primero soy padre y marido, luego, abogado y socio de Ferrere, y en tercer lugar soy profesor. El primer semestre doy “Contratos I” y “Contracts I” a los alumnos de tercero. En el segundo semestre, “Contracts II” también a tercero, y “Fusiones y adquisiciones” y “Redacción de contratos” a los estudiantes de quinto. También doy “Redacción de contratos” y “Promesa de compraventa” a alumnos de posgrado de la UM.

## **Alumni organizó webinars de análisis de LUC**

**Tres profesionales egresados de la UM realizaron un análisis de la Ley de Urgente Consideración.**



El viernes 8 de mayo, a través de una sucesión de webinars, se llevó a cabo el ciclo de charlas sobre Ley de Urgente Consideración (LUC), realizado gracias al aporte de tres graduados de la Universidad de Montevideo.

La primera parte del ciclo trató los cambios en las contrataciones del Estado, con los comentarios de la Dra. Natalia Veloso, alumni de Facultad de Derecho de la generación 2001, socia del Estudio Delpiazzo y profesora en la UM. Habló de los cambios sustanciales que propone la LUC en materia de contratación de las sociedades anónimas del Estado, la reducción de las excepciones a los procedimientos competitivos; el establecimiento de una serie de consecuencias en caso de que se vulneren los planes anuales de contratación; los precios máximos de adquisición; el hecho de que podrán ocupar el cargo de Contadores delegados los profesionales egresados de cualquier institución universitaria del territorio nacional (de carreras aprobadas por el MEC) y no solo graduados de UdelaR; y, por último, comentó algunos aspectos de la creación de la Agencia reguladora de compras estatales.

La segunda exposición titulada “El impacto de la LUC en la inclusión financiera”, estuvo a cargo del Cr. Joaquín Pérez, alumni de la Maestría en Finanzas (generación 2018), docente de la UM y asociado de Grant Thornton. En la charla realizó un repaso de la disposición de la Ley de Inclusión Financiera, luego ahondó en las características que tiene un proyecto de ley catalogado como de "

urgente consideración" y, por último, mencionó los cambios que propone el proyecto de ley: las modificaciones, los agregados y las derogaciones que establece la LUC, los comentarios a favor y en contra que cada uno de ellos desató en la opinión pública. Pérez comentó la modificación del artículo 10, 11, 12, 35 y 42 que propone la LUC a la Ley de Inclusión Financiera, y la derogación de los artículos 17, 36 al 44 y artículo 46. Por otro lado, mencionó la eliminación de un artículo que sí existía en la versión de la LUC de febrero (referida a pagos electrónicos de partidas de alimentación), y sobre el agregado de un artículo a la ley 19.574 (Ley de lavado de activos) que no formó parte del borrador de la LUC y sí se incluyó en esta instancia.

Finalmente, la Prof. Roxana María Del Luján Taño, egresada de la Especialización en Liderazgo, gestión e innovación educativa de la Facultad de Humanidades y Educación de la UM (FHUMyE), expuso sobre las repercusiones del proyecto de la LUC en la educación, en la que consideró algunos puntos principales como las modificaciones en la formación docente y el rol del MEC. La docente destacó artículos que hablan de un procedimiento voluntario de reconocimiento del nivel universitario de carreras de formación docente, impartidas por entidades públicas no universitarias; del Programa Nacional de Fortalecimiento de la Formación en Educación, que apunta a “promover y apoyar el desarrollo de programas universitarios de formación en la educación”; y las dinámicas de apoyo entre los organismos de educación, la autoridad de la ANEP y como continuará su rol en la formación y la evaluación docente, entre otras cosas. Más adelante, comentó el rol del MEC y cómo potenciará su presencia en la educación

pública a través de propuestas en presupuestos y elaboración de políticas educativas y de desarrollo humano, respetando la autonomía de ANEP. Seguidamente, habló de los Estatutos docentes, la coordinación del Sistema Nacional de Educación y la estructura orgánica de ANEP.

La serie de webinars de Alumni continuará, en su próxima edición, con la participación del Ec. Ignacio Munyo (PhD) en la charla “Quién paga la cuenta X COVID-19”, en la que hablará de la situación y perspectivas económicas de Uruguay el martes 19 de mayo por la plataforma MS Teams.

## Residencia migratoria y fiscal en Uruguay

**FDER organizó un webinar en el que expusieron el Dr. Federico Formento y Dra. Isabel Laventure**



La Facultad de Derecho (FDER) de la UM organizó un webinar sobre residencia migratoria y fiscal en Uruguay a cargo del Dr. Federico Formento y la Dra. Isabel Laventure, el 4 de junio.

Esta actividad realizada para alumnos de las Maestrías y Postgrados de Derecho contó con un enfoque práctico, en el que se abordaron temas relacionados a la obtención de la ciudadanía, residencia migratoria y fiscal en Uruguay, el régimen tributario aplicable a los residentes fiscales y las consideraciones que deben tenerse en cuenta al momento de contratar personal extranjero, dentro o fuera de las zonas francas.

## Derecho y COVID-19

La FDER organizó dos webinars. Uno sobre responsabilidad médica en la emergencia sanitaria y otro sobre insolvencia empresarial en tiempos de pandemia.



La Facultad de Derecho de la UM brindó dos *webinars* para alumnos y graduados de la FDER relacionados a cuestiones legales relevantes en tiempos de Emergencia Sanitaria. Los encuentros se realizaron los días 8 y 10 de junio a través de la plataforma Microsoft Teams.

El lunes 8 de junio, la Dra. Natalia Veloso, profesora de Derecho Administrativo de la Universidad, expuso sobre la responsabilidad médica en la emergencia sanitaria. Las condiciones de asistencia médica en medio de la emergencia sanitaria por la expansión del COVID-19 se han visto drásticamente modificadas en todo el mundo, explicó la experta. A la vez, la Dra. Veloso hizo referencia a la ausencia de recursos materiales suficientes y la merma de personal calificado que vivieron muchos países durante la pandemia. Indicó que estas situaciones obligan a pensar en soluciones y afectan sensiblemente el ámbito de la responsabilidad médica.

En la sesión del miércoles 10 de junio se abordó la cuestión de la insolvencia empresarial en tiempos de pandemia. Quienes estuvieron a cargo del *webinar* fueron el Dr. Camilo Martínez Blanco, Dr. Daniel Martínez Vigil, Dr. Francisco Cobas y la Dra. Valeria Motta, integrantes de la Cátedra de Derecho Concursal de la UM. Hablaron sobre el impacto de la pandemia en las crisis empresariales, poniendo foco en las diversas opciones que hoy enfrenta un deudor en dificultades para cumplir con sus acreedores. Además, refirieron a las herramientas concursales, sus posibilidades de utilización y las obligaciones de los titulares de las empresas en crisis, y de las propuestas legislativas que se encuentran actualmente en análisis en el Parlamento.

## Facultades de Derecho y el Programa de Modernización Legislativa

El Dr. Etcheverry participó de la presentación de los avances y resultados de la Fase 1 del PROMOLE.



El Dr. Nicolás Etcheverry, decano de la Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo, participó de una reunión con el presidente de la Cámara de Diputados, Dr. Martín Lema y con la Dra. Ximena Pinto en el Palacio Legislativo, a la que asistieron los cuatro decanos de las facultades de Derecho de gestión privada del país y la decana de Derecho de la Universidad de la República.

El propósito de la reunión fue informar a las cinco facultades acerca de los avances y resultados de la Fase 1 del Programa de Modernización Legislativa (PROMOLE) así como agradecer a todos, mediante la entrega de un certificado, los aportes que realizaron desde todas las cátedras, con sugerencias de diversa índole. Entre sus objetivos, el Programa de Modernización Legislativa propone derogar en forma expresa leyes obsoletas, en desuso, que generen dificultades interpretativas e identificar aquellas que resultan inaplicables en la práctica por falta de reglamentación.

La Fase 2 comenzará en breve y apunta a definir cuáles áreas temático-jurídicas serán consideradas prioritarias para analizar, discutir y plantear sugerencias de mejora. Todo esto en el marco de cooperación y colaboración académica que pueden y están dispuestas a brindar las cinco facultades en carácter consultivo.



## Geopolítica y Riesgo Político en el Comercio Internacional

El Profesor e investigador John Moor dictó el seminario “Geopolítica y Riesgo Político en el Comercio Internacional”, en el marco del Máster en Integración y Comercio Internacional. Estuvo dirigido a un público variado y contó con numerosa concurrencia. El mismo tuvo como principal objetivo el aportar a los cursantes un marco de referencia teórico y práctico como fundamentos para entender a la geopolítica y el concepto de riesgo político, así como identificar aquellos factores políticos mundiales que impactan al comercio internacional y al ambiente de los negocios. Asimismo, permitió que los participantes asimilaran un conjunto de conceptos relacionados a las dinámicas contemporáneas de la política internacional, aplicables a su campo profesional, tanto para la interpretación de los diversos fenómenos y procesos globales en sus complejidades como para un mejor manejo de la información de los negocios internacionales.

## Webinar: Primeras reflexiones sobre la Ley de Telemedicina en Uruguay



El miércoles 20 de mayo, el Profesor de la Facultad de Derecho de la UM, Dr. Pablo Schiavi, expuso sobre los impactos de la nueva Ley N° 19.869. Se reflexionó sobre el impacto en la relación médico – paciente, sobre el consentimiento informado y sobre la confidencialidad.

## Proyectos de Inversión y Startups

En el marco del “Postgrado en Transformación Digital y Derecho”, la Cra. Michelle Dovat dictó el seminario “Proyectos de Inversión y Startups”, orientado al desarrollo en los cursantes de la capacidad de enfrentar teóricamente las dimensiones que implican un proyecto de inversión, en cuanto a su parte técnica y eficacia económica. Entre los principales aspectos desarrollados se destacan: visión integradora de la Gestión de Proyectos y la Planificación; Business Model Canvas; el estudio de mercado; desarrollo del concepto clientes y su relación con los productos y servicios; precio, plaza y promoción; diseño técnico del Proyecto; tipos de inversiones; viabilidad económica y evaluación del Proyecto; y metodología Lean Startup. Fue destacada por los cursantes la metodología esencialmente práctica empleada por la Prof. Dovat que culminó con una presentación de diferentes modelos de proyectos de inversión desarrollados por los participantes.

## **Defensa de Tesis a través de Microsoft Teams**

El martes 2 de junio se llevó a cabo, a través de la plataforma digital, la defensa de Tesis de los Dres. Santiago Madalena, Juan Orticochea y Daniela Risso. Los alumnos presentaron su trabajo de investigación sobre la incidencia de la ley de responsabilidad penal del empleador (Ley N° 19.196) en el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud ocupacional y siniestralidad laboral.

El Tribunal de defensa estuvo compuesto por los Dres. Santiago Pérez del Castillo, Gustavo Gauthier y Jorge Rosenbaum.

Los alumnos aprobaron con A-.

## **Webinar: Residencia migratoria y fiscal en Uruguay**

# **Residencia migratoria y fiscal en Uruguay**

El jueves 4 de junio tuvo lugar el webinar sobre residencia migratoria y fiscal en nuestro país. Con un enfoque práctico, el Dr. Federico Formento y la Dra. Isabel Laventure, abordaron temas relacionados a la obtención de la ciudadanía, residencia migratoria y fiscal, el régimen tributario aplicable a los residentes fiscales, así como las consideraciones que deben tenerse al momento de contratar personal extranjero.

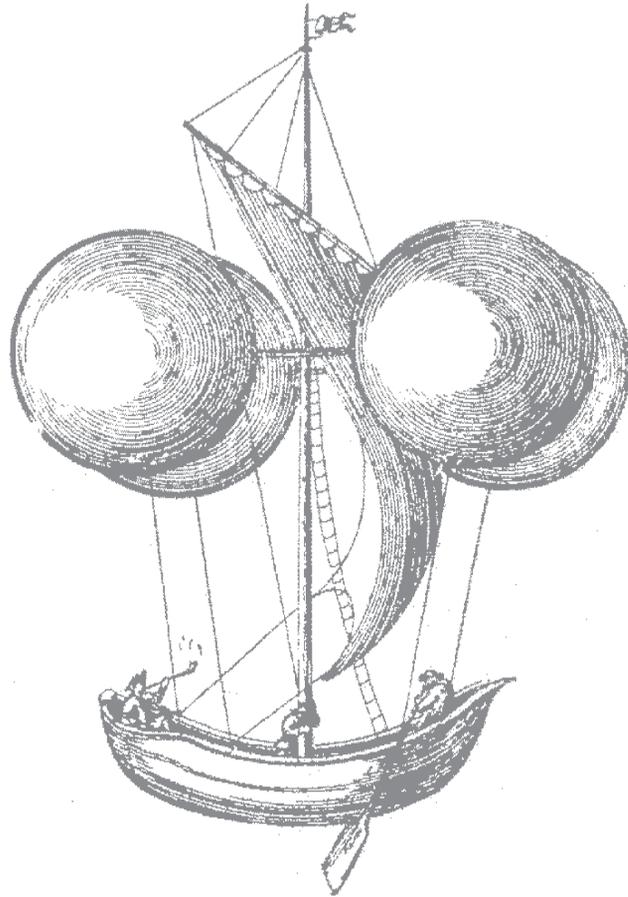
## **Webinar: La insolvencia empresarial en tiempos de pandemia**

El miércoles 10 de junio, los Dres. Camilo Martínez Blanco, Daniel Martínez Vigil, Francisco Cobas y Valeria Motta, integrantes de la Cátedra de Derecho Concursal de la FDER, nos informaron sobre el impacto de la pandemia en las crisis empresariales, habiendo puesto el foco en:

- Las diversas opciones que hoy enfrenta un deudor en dificultades para cumplir con sus acreedores.
- Las herramientas concursales, sus posibilidades de utilización y las obligaciones de los titulares de las empresas en crisis.

Las propuestas legislativas que se encuentran actualmente en análisis en el Parlamento.





## TESINAS DE MASTERS

*BARREIRO, María Virginia*

**Impacto de las nuevas tecnologías en la prueba judicial civil**



UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO  
CENTRO DE POSTGRADOS DE LA  
FACULTAD DE DERECHO

TESIS CORRESPONDIENTE  
A LA MAESTRIA EN DERECHO (L.L.M)

IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS  
EN LA PRUEBA JUDICIAL CIVIL

*MARÍA VIRGINIA BARREIRO*  
*FECHA DE PRESENTACIÓN: OCTUBRE DE 2019*

**Tutor Académico: Leonardo Bruzzone**

**Montevideo, 29 de octubre de 2019**

## ÍNDICE

1. Introducción
2. Planteamiento del problema de investigación
  - 2.1 Objetivos de Investigación
    - 2.1.1 Objetivos Generales
    - 2.1.2 Objetivos Específicos.
  - 2.2. Preguntas de Investigación
    - 2.2.1 Preguntas generales.
    - 2.2.2 Preguntas específicas
  - 2.3 Justificación de la Investigación
  - 2.4 Viabilidad de la Investigación
  - 2.5 Antecedentes hallados
3. Marco Teórico
  - 3.1 Los medios de prueba.
  - 3.2. La denominada prueba digital o informática.
    - 3.2.1 Marco legislativo
    - 3.2.2 El documento digital o electrónico escrito – Concepto – Forma de agregación al proceso.
    - 3.2.3 Otras pruebas digitales – Forma de agregación – Producción y control de admisibilidad.
  - 3.3. Licitud de la prueba digital y derechos constitucionales.
  - 3.4. Admisibilidad de la prueba digital. Panorama jurisprudencial
  - 3.5 Valoración de la prueba digital.
4. Conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN

La nueva era digital ha determinado que la sociedad actual esté signada por la utilización permanente de las nuevas tecnologías, especialmente en el área de las comunicaciones y en el almacenamiento de información.

Actualmente las relaciones interpersonales se encuentran invadidas por la presencia de los dispositivos electrónicos, siendo éstos un intermediario constante en los vínculos interpersonales.

La comunicación escrita que, hasta hace menos de una década, se producía en forma “*epistolar*”, actualmente se efectiviza a través de múltiples modalidades, vía correo electrónico, a través de aplicaciones de mensajería instantánea, como los mensajes de texto (SMS), “*Whatsapp*”, “*Twiter*”, las comunicaciones “*on line*” que comparten imagen y audio como “*Skype*”, “*Facetime*”, “*Viber*”, etc., y seguramente en poco tiempo afrontaremos nuevas modalidades de comunicación.

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICS) han cobrado una magnitud tal que hoy no podemos concebir nuestra vida diaria sin la utilización de medios electrónicos y digitales.

Los avances tecnológicos han incidido también en el almacenamiento de la información, la cual se ha digitalizado tanto a nivel público como privado.

El almacenamiento de información en soportes electrónicos o plataformas es una constante. Los centros de salud han incorporado la historia clínica electrónica, a nivel comercial se introdujo la factura electrónica, la Dirección Nacional de Registros brinda la información de manera digital, las entidades de intermediación financiera registran todas sus operaciones en sistemas informáticos y gran parte de la Administración Pública ha incorporado sistemas de gestión de trámites “*on line*”.

La tecnología es también protagonista en la celebración de negocios jurídicos, posibilitando la realización de contratos “*on line*” y a distancia.

Asimismo es posible plasmar y registrar hechos, de manera muy accesible, a través de diversos medios digitales, en dispositivos electrónicos, grabaciones de imagen y sonido con dispositivos móviles o a través de cámaras instaladas en espacios públicos o recintos privados.

Los avances tecnológicos además, modificaron sustancialmente la manera de comunicarse, de relacionarse, de transmitir ideas o información mediante la creación de las llamadas “*redes sociales*” como “*Facebook*”, “*Instagram*” o “*Snapchat*”.

La irrupción de la tecnología se ha proyectado en el proceso judicial convirtiéndose en una constante el ofrecimiento de prueba electrónica, informática o también llamada “*e prueba*”.

En nuestro país, el desembarco de las nuevas tecnologías como medios de prueba se plantea en el marco de un proceso judicial civil regulado por el Código General del Proceso, cuerpo normativo que entró en vigencia hace casi treinta años por lo cual, naturalmente, no cuenta con disposiciones que contemplen las mismas<sup>1</sup>.

A ello se agrega que, pese a los importantes avances logrados por el sistema de justicia en cuanto a la incorporación de las nuevas tecnologías en lo que hace a la gestión, la tramitación de los expedientes continua realizándose en formato papel siendo por tanto incompatible con la agregación de prueba en formatos digital.

En el ejercicio de la profesión, advertimos, en los últimos tiempos, un crecimiento exponencial del ofrecimiento de prueba digital, lo cual nos plantea el desafío diario de encontrar los mecanismos legales que amparen la incorporación de esta clase de prueba al proceso, no siendo un camino fácil para los operadores del sistema lograr compatibilizar el avance de estas tecnologías con la normativa procesal vigente, situación que ha dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales disímiles en cuanto al ofrecimiento, admisibilidad y valoración de las “e pruebas”.

Como expresa la procesalista mexicana CARINA GOMEZ FRODE<sup>2</sup>: *“La prueba electrónica constituye uno de los mayores retos del Derecho Probatorio. Las comunicaciones habituales a través de las redes sociales, correos electrónicos, o teléfonos móviles ocasionan diariamente nuevos conflictos, los cuales han dado lugar a la creciente producción de leyes y jurisprudencia, no siempre uniforme, para interpretar y resolver los casos que se plantean ante los tribunales”*.

En el estado actual de desarrollo de la tecnología y con las proyecciones que se advierten, nos planteamos varias interrogantes respecto a la prueba digital a la luz de las normas procesales vigentes; especialmente si éstas resultan admisibles, en su caso, qué criterios debemos seguir para determinar su admisibilidad, cómo se compatibiliza con los conceptos tradicionales de prueba ilícita, cómo se incorporan al proceso y qué criterios de valoración de la prueba se aplican.

GUIMARAES<sup>3</sup> analizando el fenómeno de la irrupción de los medios tecnológicos en el proceso judicial señala que: *“(…) no puede el jurista quedarse inerte y desapercibido, como si la realidad cotidiana no formara parte de su día a día, pues el derecho es, como todos saben, un continuo proceso de adaptación social que no puede obstaculizar el avance de la so-*

1 En 1989, contando con el apoyo de todo el sistema a político nacional, y ante el deterioro de la imagen del sistema de justicia que representaba un riesgo para la estabilidad del sistema democrático, se sancionó el Código General del Proceso (CGP), cuya fuente principal fue el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, y el cual recogió todos sus principios y estructuras fundamentales, con algunas otras incorporaciones que se introdujeron con la finalidad de adaptar dicho marco normativo a la realidad nacional.

2 CARINA GOMEZ FRODE (2018). *“La prueba electrónica. Problemas del presente y retos del futuro. El uso de los recursos tecnológicos y electrónicos durante la tramitación de los procesos jurisdiccionales”*. La Prueba en el Proceso, II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, International Association of Procedural Law, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, pp. 370 - 371.

3 GUIMARAES RIBEIRO, DARCI (2019). *“La prueba digital”*. La prueba: teoría y práctica. Sello Editorial Universidad de Medellín, Colombia, pp. 528.

*ciudad sino facilitar la vida de las personas, una vez que él fue creado por el hombre, presenta y sirve exclusivamente al hombre”.*

Lo expuesto lleva a plantearme el siguiente tema de investigación: impacto de las nuevas tecnológicas en la prueba judicial civil.

## **2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

### **2.1. Objetivos de Investigación**

#### **2.1.1. Objetivos Generales**

Determinar qué incidencia han tenido las pruebas digitales o informáticas en el proceso judicial civil.

Establecer si resultan aplicables los criterios de ofrecimiento, admisibilidad y valoración de la prueba regulados en la legislación vigente a la prueba digital o informática.

Identificar cuáles son los criterios de la jurisprudencia y qué soluciones se le está dando a esta problemática.

Determinar si resulta necesaria una modificación legislativa que regule la prueba digital o informática.

#### **2.1.2. Objetivos Específicos.**

Para los objetivos previos se plantean los siguientes objetivos específicos:

1. Analizar si la legislación vigente prevé la incorporación de nuevas tecnologías como medios de prueba.

2. Identificar de qué manera se ha venido ofreciendo y admitiendo esta clase de prueba en el proceso judicial civil.

3. Descubrir cuáles han sido las soluciones que la doctrina ha propuesto para incorporar la prueba digital al proceso civil.

4. Investigar cómo se ha pronunciado la jurisprudencia al respecto y especialmente en cuanto a la licitud de la prueba digital.

5. Examinar cuáles han sido los criterios de valoración de la prueba aplicados a la prueba digital.

### **2.2. Preguntas de Investigación**

#### **2.2.1 Preguntas Generales:**

A.- ¿Se encuentra regulada la prueba digital en el ordenamiento jurídico nacional?

B. - ¿La prueba digital es admisible en los procesos civiles?

C- ¿Qué pautas debemos seguir para admitir la prueba digital en el proceso civil?

2.2.2. Preguntas específicas:

A.- ¿Resulta aplicable a la prueba digital la regulación procesal vigente?

B- ¿En qué casos la prueba digital puede considerarse ilícita?

C- ¿Qué requisitos deben seguirse para la incorporación y diligenciamiento de la prueba digital?

D- ¿Cómo se valora la prueba digital?

### **2.3. Justificación de la Investigación**

La investigación reviste interés en cuanto existen discrepancias a nivel doctrinario y jurisprudencial acerca de la admisibilidad de los medios de prueba digitales, la forma en que deben incorporarse al proceso, cuándo estamos ante una prueba digital ilícita y cómo deben valorarse.

Es un tema de suma actualidad que nos interpela a todos los operadores del derecho y nos desafía a investigar para encontrar los mecanismos que faciliten el acceso a la prueba, garantía esencial del debido proceso.

### **2.4. Viabilidad de la Investigación.**

En mi condición de abogada litigante cuento con una importante experiencia en litigios especialmente en procesos civiles, de derecho comercial, laboral y de familia, estando en contacto permanente con los temas planteados en esta investigación.

Asimismo el hecho de pertenecer a la Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Montevideo me ha llevado a profundizar en el conocimiento de la prueba judicial, y especialmente a investigar el impacto que han tenido y tienen las nuevas tecnologías en el proceso civil procurando encontrar soluciones a las situaciones problemáticas planteadas.

### **2.5. Antecedentes hallados:**

La incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso judicial y en todo el sistema de justicia está siendo objeto de análisis en los últimos Congresos internacionales de Derecho Procesal y Civil. En octubre de 2018 la temática fue tratada en la II Conferencia

Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, organizadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal e International Association of Procedural Law, en Salamanca, España. En noviembre de este año (2019) se trabajará al respecto en el 16th WorldCongress of the International Association of Procedural Law en Kobe, Japón. A nivel de doctrina nacional y extranjera el tema ha comenzado a ser objeto de estudio producto de la imperiosa necesidad de encontrar mecanismos adecuados para resolver un tema de suma actualidad en el ámbito jurisdiccional.

### 3. MARCO TEÓRICO.

#### 3.1 Los medios de prueba.

En palabras del Maestro COUTURE<sup>4</sup> la prueba, en su sentido procesal, es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en juicio.

Siguiendo al Maestro y centrándonos en la prueba civil como punto de partida para esta investigación, señalamos que el análisis de los medios de prueba dice relación con el procedimiento probatorio, etapa del proceso civil que responde a la interrogante planteada por Couture de “cómo se prueba”<sup>5</sup>.

En cuanto al concepto de medio de prueba, destacamos la precisión de los términos utilizados por CHIOVENDA<sup>6</sup> al decir que: “Son medios de prueba las fuentes de que el juez extrae los motivos de prueba (así en los ejemplos que acabamos de poner, la persona del testigo, los lugares inspeccionados)”.

Por su parte TARIGO<sup>7</sup> define al medio de prueba como: “(...) todo elemento – y por elemento cabe entender, con absoluta generalidad, toda cosa, hecho o persona- capaz de provocar la convicción del tribunal acerca de la existencia o la inexistencia y en caso afirmativo, de sus caracteres, de un hecho determinado que ha adquirido naturaleza procesal por estar precisamente, referido al objeto del proceso y haber sido alegado por las partes”.

VIERA<sup>8</sup> expresa: “La noción de prueba no puede separarse, tampoco, de la de los medios por las que se obtienen los datos (hechos probatorios) que permiten determinar el hecho a probar. Por eso también se denominan pruebas a estos medios (...)”.

Nuestro ordenamiento procesal civil regula los medios de prueba en el art. 146 del Código General del Proceso<sup>9</sup>, el cual enumera como medios de prueba a los documentos,

4 COUTURE, Eduardo J. (1981), “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Ediciones de Palma, Buenos Aires, pp.217

5 COUTURE, E. J., ob cit pp. 216.

6 CHIOVENDA, (1954) Giuseppe, (1954) “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, tomo III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pp. 225.

7 TARIGO, Enrique E, (1998) “Lecciones de Derecho Procesal Civil”, según el nuevo Código, Tomo II, 2ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pp. 32 - 33.

8 VIERA, Luis A. (1987) “La Prueba”, Curso de Derecho Procesal, Tomo II, 2ª edición actualizada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pp. 67

9 Código General del Proceso. Art. 146. Medios de Prueba: 146.1. Son medios de prueba los documentos, la declaración de parte, la de testigos, el dictamen pericial, el examen judicial y las reproducciones de hechos. 146.2. También podrán

la declaración de parte, la declaración de testigos, el dictamen pericial, el examen judicial y las reproducciones de hechos<sup>10</sup>.

Sin perjuicio de esta enumeración, el ordinal segundo del mismo artículo dispone que: *“También podrán utilizarse otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a las expresamente previstas por la ley”*<sup>11</sup>.

La doctrina procesal<sup>12</sup> ha postulado que este ordinal segundo del art. 146 refiere a los medios de prueba no previstos en el texto legal justamente para permitir ingresar al proceso cualquier medio que sirva para demostrar la existencia de un hecho determinado, aun cuando éste no se encuentre expresamente previsto.

VESCOVI y coautores<sup>13</sup> expresan: *“(…) como el avance de la tecnología y de la ciencia es incesante y, por tanto, es natural que siempre que aparezca alguna nueva invención que pueda servir como medio de prueba, seguramente la norma que se reitera será siempre de aplicación”*.

COUTURE<sup>14</sup>, con su admirable sabiduría, -analizando los códigos procesales de vigentes en la primera mitad del siglo XX-, señalaba que la disponibilidad o indisponibilidad de los medios de prueba, que no han sido objeto de previsión especial, es uno de esos problemas en que aparecen con más claridad ciertos contrastes del derecho con la vida. Teniendo en cuenta que nuestro derecho la prueba se encuentra reglamentada otorgando tan solo valor a aquellos elementos de convicción que lleguen al juicio mediante un procedimiento ajustado al régimen legal, el tema del procedimiento de la prueba consiste en saber cuáles son las formas que es necesario respetar para que la prueba producida se considere válida.

En palabras de COUTURE<sup>15</sup>: *“Los textos legales enumeran habitualmente los medios de prueba: instrumentos, testigos, confesión, juramento, inspección judicial, dictamen pericial y presunciones. El problema consiste en saber si esas pruebas pueden ser ampliadas con otras que no han sido objeto de previsión especial, pero que, respondiendo a conquistas de la ciencia, brindan*

---

utilizarse otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a las expresamente previstas por la ley.146.2. También podrán utilizarse otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a las expresamente previstas por la ley.

10 ABAL, Alejandro, (2017). *“El CGP de Uruguay y los medios de prueba no previstos”* Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture, Tomo I, La Prueba en el proceso, Coordinadores Angel Landoni Sosa y Santiago Pereira Campos, La Ley Uruguay, pp. 789. Abal distingue entre medio y fuente de prueba, expresando que: *“(…) ‘fuente de prueba’ es todo objeto o persona susceptible de llegar a provocar en el tribunal una razonable convicción acerca de la verdad o la falsedad de la existencia de un hecho, en tanto ‘medio de prueba’ es todo procedimiento dirigido a introducir en el proceso una de esas fuentes de prueba.”*

11 El art. 299 nral. 2 de la LEC 2000 establece un concepto amplio de medio de prueba. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.

12 VESCOVI, Enrique (Dirección), DE HEGEDUS, Margarita, KLETT, Selva, CARDINAL, Fernando, SIMÓN, Luis M., PEREIRA, Santiago. (1998) *“Código General del Proceso, Comentado, anotado y concordado”* Tomo 4, Editorial Abaco, Buenos Aires, pp. 313.

13 VESCOVI, Enrique y coautores, ob cit pp. 313

14 COUTURE, E.J. ob cit pp. 248 - 249

15 COUTURE, E.J ob cit pp. 260 - 263.

día a día nuevas posibilidades de investigación frente a los hechos controvertidos. La disponibilidad o indisponibilidad de los medios de prueba que no han sido objeto de previsión especial, es uno de esos problemas en que aparecen con más claridad ciertos contrastes del derecho con la vida. Por un lado, se ha sostenido que la institución de los medios de prueba es un atributo exclusivo del legislador, y que fuera de él, nadie puede introducir dentro del sistema otros medios de demostración de la verdad. Pero frente a esa conclusión, no apoyada en razones convincentes, se puede comprobar que los repertorios de jurisprudencia se llenan día a día con antecedentes que reflejan la admisión de pruebas no previstas especialmente en las disposiciones de la ley civil o procesal. La impresión dactiloscópica para suscribir documentos de analfabetos, el análisis de la sangre en la investigación de la paternidad, la radiografía en materia de accidentes en general y del trabajo en particular, la autopsia en los casos de envenenamiento o muerte violenta, el registro de la voz en los actos de transmisión radiotelefónica, la fotografía, la autopsia, etc. son otros tantos medios de prueba no previstos y algunos ni siquiera previsibles en el período de nuestra codificación procesal. Y todos ellos han sido acogidos por la jurisprudencia porque su valor de convicción es excepcional, justamente en los casos en que los otros medios de prueba ofrecen muy exiguos resultados”.

“Cuando los jueces dan ingreso a medios de prueba no previstos, a pesar del supuesto principio de indisponibilidad de ellos, es porque razones más fuertes instan a su aceptación. Ninguna regla positiva ni ningún principio de lógica jurídica, brindan apoyo a la afirmación de que el juez no puede contar con más elementos de convicción que los que pudo conocer el legislador en el tiempo y en el lugar en que redactó sus textos. Por el contrario, lo jurídico, lo lógico y hasta lo humano es lo contrario: que el juez no cierre los ojos a las nuevas formas de observación que la ciencia pone, con imaginación siempre renovada ante él. El progreso de la ciencia, negarlo, significa negar el fin de la ciencia y el fin del derecho”.

“Puede admitirse, pues, en conclusión, que la enumeración de los medios de prueba no es taxativa, sino enunciativa, y que nada prohíbe al juez ni a las partes acudir a medios de prueba no especialmente previstos siempre que los sometan a las garantías generales que son características del sistema probatorio”.

Siguiendo entonces esta línea de pensamiento sería posible admitir el ingreso de medios de prueba no previstos por el ordenamiento procesal aun a falta de regulación específica.

Ahora bien, el ordinal 2 del art. 146 del Código General del Proceso (en adelante CGP) establece que los medios de prueba admisibles requieren no estar “prohibidos por la regla de derecho”.

Por lo cual para determinar si un medio de prueba no previsto resulta admisible, tenemos que analizar qué se entiende por medios de prueba prohibidos por la regla de derecho.

Refiriéndose a este concepto VESCOVI<sup>16</sup> y coautores del Código General del Proceso Comentado han dicho que: “En punto a su admisibilidad, el texto legal permite el ingreso al proceso de cualquier medio probatorio, con la única limitación de que los mismos no resulten prohibidos por la regla de derecho”.

Los autores de la obra se plantean: “¿Qué se entiende bajo la expresión regla de derecho a los efectos de la admisibilidad de un medio probatorio?”.

16 VESCOVI y coautores, Código General del Proceso Comentado..., pp. 313.

Y responden: *“En los antecedentes y discusión de este artículo ante la Comisión de Constitución y Legislación del Senado, el codificador Torello, interrogado sobre el alcance de dicha expresión, señaló que la misma tiene un contenido jurídico en los derechos constitucional, público y procesal ya conocido, y que refiere a cualquier norma que prohíba algo. Pone, como ejemplo que la Constitución prohíbe la interceptación de correspondencia, por lo que esta sería la regla de derecho que no admite la prueba respectiva”*.

Por su parte TARIGO<sup>17</sup> señala que la prueba prohibida por la regla de derecho incluye tanto la prueba ilícita como a la prueba inadmisibles, esto es, aquella incompatible con el ordenamiento jurídico.

En el mismo sentido dicen VESCOVI<sup>18</sup> y coautores que: *“Como sostuvimos al tratar el art. 24, la prueba inadmisibles desde un punto de vista, es aquella contraria a la ley, en clara referencia a la prueba ilícita, aquella prohibida por la ley, ya por razones especiales (cartas misivas dirigidas a un tercero) o porque, en su producción, se atenta contra principios fundamentales (obtenida por medios ilícitos, violación de domicilio, interceptación de comunicaciones, violencia. En realidad, como la prueba es un quehacer jurídico tiene que estar reglamentada jurídicamente y por ello no se admitirán los medios que la ley prohíbe”*.

*“De esto no debe concluirse que el concepto se limita a la existencia de una norma de derecho expresa que prohíba determinada conducta, sino que la expresión ‘regla de derecho, en este artículo, debe entenderse en forma amplia, comprensiva además de todo aquello que naturalmente se halla prohibido, como ser todo lo que atente contra los derechos de la persona, a su libertad a la privacidad, etcétera. Como ya se señalaba además de las disposiciones prohibitorias, existentes y las que se puedan incorporar en el futuro, debe también considerarse la prohibición que deriva de principios constitucionales”*.

El análisis que venimos de realizar respecto al concepto de medio de prueba elaborado por la doctrina así como la regulación establecida en el art. 146 del CGP nos permite ir dando respuesta afirmativa a una de las preguntas que nos planteábamos al inicio. Esto es, que es posible introducir medios de prueba no previstos en el proceso judicial civil.

### **3.2. La denominada prueba digital o informática.**

¿A qué nos referimos cuando hablamos de pruebas electrónicas o digitales?

GOMEZ FRODE<sup>19</sup> define a la prueba electrónica conocida también como prueba digital, tecnológica, informática o e- Prueba como: *“un elemento cuya información se encuentra codificada en forma digital sobre un soporte lógico o físico en el cual se usan métodos electrónicos, totalitográficos, ópticos o similares que se constituyen en la representación de actos, hechos o datos. Es un medio de prueba presentada informáticamente y está compuesta de dos elementos, uno material que depende de un hardware, la parte física y visible de la prueba por ejemplo la carcasa de un Smartphone o una memoria UBS, y por otro lado, un elemento intangible representado por*

17 TARIGO, Enrique E., (1998) *“Lecciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código”*, Segunda Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pp. 26.

18 VESCOVI y coautores, ob cit, Tomo 4, pp. 314.

19 GOMEZ FRODE, Carina, ob cit, pp. 370 y 371.

*un software consistente en los metadatos y archivos electrónicos modulados a través de las interfaces informáticas”.*

*“En muchos países se reconoce como prueba, toda aquella información generada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. Se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza, en forma electrónica archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado, es decir, tanto las imágenes como los textos base de datos y otros archivos pueden ser considerados pruebas electrónicas. A la prueba electrónica se le puede concebir como una prueba documental privada o pública, todo dependerá del origen de la misma. Para que la información almacenada de forma digital en un soporte electrónico tenga carácter de documento electrónico se exige que la información contenida pueda ser identificada de forma autónoma, constado tanto la fecha de su creación como la identidad del autor”.*

PAGES LLOVERAS<sup>20</sup> conceptualiza a la prueba digital como: *“la información obtenida a través de un dispositivo informático, electrónico o medio digital que sirve para adquirir convencimiento de la certeza de un hecho controvertido en un proceso judicial. Es un tipo de prueba física donde sus datos pueden ser recolectados, almacenados y analizados con herramientas forenses y técnicas especiales”.*

De las definiciones transcritas se advierte que en el concepto de prueba digital se engloba una variedad de formas de registro y almacenamiento de información, que van desde el documento electrónico hasta la registraciones de imágenes por cámaras web.

Por lo cual se plantea si la prueba digital o electrónica es un medio de prueba no previsto por el ordenamiento procesal o si se trata de una especie dentro del género prueba documental.

### **3.2.1 Marco legislativo.**

En cuanto al marco legislativo nacional que regula las formas de registro y transmisión de información digital, a la fecha contamos con el siguiente:

En enero de 1996 se sancionó la **Ley 16.736** la cual en los arts. 694, 695 y 696 reguló el uso de los medios informáticos y su validez jurídica en la administración pública.

Posteriormente, la **Ley 18.237** de diciembre de 2007, que consta de un único artículo, autorizó el uso del expediente electrónico, del documento electrónico, de la firma digital, de las comunicaciones electrónicas y del domicilio electrónico constituido en todos los procesos judiciales y administrativos que tramiten ante el Poder Judicial

En septiembre de 2009 se sancionó la **Ley 18.600** (posteriormente modificada por la Ley 18.996 del 7 de noviembre de 2012 y Ley 19.535 del 25 de septiembre de 2017) que estableció el marco jurídico aplicable al documento electrónico y la firma electrónica.

<sup>20</sup> PAGES LLOVERAS, (2017). Roberto M. *“La prueba digital en la era digital”*, Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture, Tomo I, La Prueba en el proceso, Coordinadores Angel Landoni Sosa y Santiago Pereira Campos, La Ley Uruguay, pp. 542.

Esta ley y sus modificativas regulan la admisibilidad, validez y eficacia jurídica del documento electrónico y de la firma electrónica. A su vez en el art. 2 literal H, se define al documento electrónico o digital como: la “*representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación almacenamiento o archivo.*” Y el art. 4 establece que los documentos electrónicos satisfacen el requerimiento de escritura y tendrán el mismo valor y efectos jurídicos que los documentos escritos, salvo las excepciones legalmente consagradas.

En diciembre de 2012, se dictó la **Ley 18.627** que regula el Mercado de Valores. Los artículos 44 y 45 de dicha ley establecen que las entidades registrantes e intermediarios de valores podrán utilizar, para organizar archivos y demás documentos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, así como para recibir y enviar información de todos los sujetos participantes en el mercados de valores, medios electrónicos y magnéticos, sin perjuicio de otros que autorice el Banco Central. En dicha ley se prevé también que las entidades registrantes y los intermediarios de valores deberán organizar sus registros con un sistema tecnológico, informático, electrónico o de cualquier naturaleza que reúna las condiciones de seguridad, disponibilidad, auditabilidad e integridad, a cuyos efectos deberán contar con los elementos mínimos que fije la reglamentación y que todo registro relativo a valores escriturales en medio electrónico proveniente de emisiones públicas o privadas de oferta pública o privada, constituye documentación auténtica y como tal será válida y admisible como medio de prueba haciendo plena fe a todos los efectos, de acuerdo con el artículo 4° de la Ley N° 18.600, de 21 de setiembre de 2009, siempre que esté debidamente autenticada. El art. 48 dispone que se considerará debidamente autenticado todo documento en medio electrónico relacionado con valores escriturales de emisores públicos o privados, de oferta pública o privada, cuyo contenido esté validado por una o más firmas electrónicas o digitales mediante códigos u otras técnicas seguras, de conformidad con el artículo 6° de la Ley N° 18.600, de 21 de setiembre de 2009. Y por último, el art. 49 establece que la firma digital establecida en la ley 18.600 es de aplicación a todo registro electrónico de valores escriturales de emisores públicos o privados, de oferta pública o privada para la certificación electrónica.

En diciembre de 2015 se dictó la **Ley 19.355** (Ley de Presupuesto Nacional), la cual en su art. 75 estableció que las entidades públicas deberán constituir domicilio electrónico a los efectos del relacionamiento electrónico entre sí y con las personas, conforme a la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo. Asimismo se establece la obligatoriedad de constituir domicilio electrónico por parte de las personas que se relacionen con el Poder Ejecutivo, los Organismos de los artículos 220 y 221 de la Constitución de la República y los Gobiernos Departamentales previo asesoramiento de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC).

En el mes de octubre de 2018 se sancionó la **Ley 19.671** que modifica el art. 353 numerales 3 y 5 del C.G.P. incluyendo dentro de la enumeración de títulos ejecutivos a los documentos electrónicos privados y a las facturas electrónicas y remitos electrónicos que hubieren sido firmados con firma electrónica avanzada conforme lo dispuesto por la Ley 18.600. De esta forma, por primera vez, se incorpora al Código General del Proceso la noción de documento o instrumento electrónico<sup>21</sup>.

21 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° turno, sentencia 14/2019 “Desde el punto de vista de su valoración pro-

### 3.2.2 El documento digital o electrónico escrito – Concepto – Forma de agregación al proceso.

El Código General del Proceso, siguiendo los lineamientos de la doctrina y jurisprudencia consagra un concepto amplio de documento, concibiéndolo 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<sup>22</sup>.

VESCOVI<sup>23</sup> y coautores (1998) señalan como elementos que definen al documento los siguientes: a) que se trate de un objeto, de una cosa o entidad material; b) que esté dotado de aptitud representativa y c) que sea preexistente a su incorporación como prueba al proceso.

En cuanto a la entidad material expresan que: *“La materialidad del documento consiste en definitiva en un soporte físico de la idea o contenido representado. Antiguamente, ese soporte era la piedra, donde el hombre grababa las imágenes que deseaba transmitir, desde la pintura rupestre hasta los documentos pétreos como las pirámides, decorados de tumbas, etcétera. (...) Pero el desarrollo de la ciencia y de la tecnología ha proporcionado a la humanidad múltiples formas a través de las cuales elaborar documentos: fotografías, planimetría, cintas magnetofónicas y de video, microfilmes, impresos de fax, disquetes, etc. Que han devenido en soportes harto idóneos y frecuentemente utilizados”*.

Concluyen: *“Cualquiera sea el objeto para construir un documento, lo esencial es su utilidad para plasmar en él la memoria de algún suceso, reflejar distintos aspectos de la vida social y jurídica o comunicar ideas, pensamientos o sensaciones”*.

DELPIAZZO<sup>24</sup> señala que la única diferencia entre el documento escrito tradicional y el electrónico es que el medio utilizado para su confección material, para darle corporeidad, es un medio magnético.

A nivel de derecho comparado se han elaborado distintas definiciones de documento digital.

GUIMARAES<sup>25</sup> analiza el documento digital desde dos ángulos diferentes. Expresa

---

batoria, entendemos que la e- factura puede ser aceptada en el proceso, inscribiéndose dentro del medio de prueba documental (documentos, art. 146.1 C.G.P.). No se trata de un medio de prueba prohibido por la ley y si se entendiera que no reúne las calidades suficientes para erigirse en instrumento o documento, estaría comprendida en el art. 146.2 C.G.P., aplicándosele, por analogía, las disposiciones sobre prueba documental”. La misma posición sostuvo el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno en sentencia SEF-0009-000080/2015. Disponibles en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>

22 VESCOVI, E. y coautores, ob cit , Tomo 5, pp 134

23 VESCOVI, E y coautores, ob cit, Tomo 5, pp 134 -135.

24 DELPIAZZO, Carlos, (2002) *“El documento y la firma ante las N.T.I. en Uruguay”*, XI Jornadas Nacionales y XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pp. 726. En el mismo sentido se pronuncia GONZÁLEZ, MARÍA EUGENIA (2017), *Documento digital ¿Cómo se incorpora un documento digital al proceso?* Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Eduardo J. Couture, Tomo I, La prueba en el Proceso, La Ley Uruguay, pp. 521.

25 GUIMARAES, Darci ob cit pp. 530. El autor brasileño distingue entre documentos digitales, electrónicos y virtuales, entiende que si bien los dos conceptos son empleados como sinónimos, no deben ser confundidos. Expresa que todo documento digital es un documento electrónico, pero no todo documento electrónico es digital, porque el electrónico puede ser accedido e interpretado por medio de un equipo electrónico que registra en formato analógico o en dígitos

que, en sentido amplio, puede ser comprendido como una secuencia de “bits” que traducida por medio de un determinado programa de computación sea representativa de un hecho. Y en sentido estricto, el documento digital, -en posición que adopta la legislación española-, sería la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.

Por su parte, PAGES LLOVERAS<sup>26</sup> expresa: “... el concepto de documento electrónico o digital queda incluido en la noción de documento en sentido amplio, como referido a todo objeto susceptible de representar una determinada manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esta representación se exterioriza”.

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<sup>27</sup> podemos afirmar que el documento electrónico es una especie dentro del género prueba documental.

La referida ley consagra la admisibilidad, en sentido amplio de los instrumentos electrónicos públicos y privados en formato digital<sup>28</sup>.

El artículo 8 se pronuncia expresamente sobre la posibilidad de confeccionar instrumentos electrónicos públicos y privados, que tendrán análoga tasa legal que los instrumentos públicos o privados autenticados en soporte papel cuando tengan “*firma electrónica avanzada*”<sup>29</sup>.

Para que el documento además haga fe respecto de su fecha, ésta debe estar inserta en el documento a través de un fechado electrónico otorgado por un prestador de servicios de certificación acreditado.

La firma electrónica avanzada es una firma creada por un sistema técnico de creación de firmas emitido por un Prestador de Servicios de Certificación acreditado ante la Unidad de Certificación Electrónica (art. 2 inc. K de la ley)<sup>30</sup>.

---

binarios, mientras que en el documento digital su codificación es siempre binaria y será accedido y descifrado por medio de un sistema computacional. También distingue el documento digital del virtual, ya que entiende que el digital es una tecnología contraria a analógica, mientras que virtual es un concepto en el que una situación real es simulada a través de una computadora.

26 PAGES LLOVERAS, ob cit pp. 544

27 El art. 2 de la ley 18.600 establece que: “...se entenderá por firma electrónica los datos en forma electrónica anexos a un documento electrónico o asociados de manera lógica con el mismo, utilizado por el firmante como medio de identificación, y por firma electrónica avanzada: “la firma electrónica que cumple los siguientes requisitos: 1) Requerir información de exclusivo conocimiento del firmante, permitiendo su identificación unívoca, 2) ser creada por medios que el firmante pueda mantener bajo su exclusivo control, 3) ser susceptible de verificación por terceros, 4) estar vinculada a un documento electrónico de tal modo que cualquier alteración subsiguiente en el mismo sea detectable; y 5) haber sido creada utilizando un dispositivo de creación de firma técnicamente seguro y confiable y estar basada en un certificado reconocido válido al momento de la firma”.

28 El art. 1 de la Ley 18.600 dispone que: “Queda reconocida la admisibilidad, validez y eficacia jurídicas del documento electrónico y de la firma electrónica.

29 El artículo 1574 del Código Civil dispone que todo instrumento público hace plena fe mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad. En el mismo sentido, el art. 170 del CGP establece que el documento público se presume auténtico mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad.

30 Ley 18600, art. 2 literal k, establece que la firma electrónica debe reunir los siguientes requisitos: requerir información

Los prestadores de servicios acreditados pueden ser personas físicas o jurídicas constituidas y domiciliadas en Uruguay, que presenten garantía económica y solvencia suficiente para la prestación de los servicios, debiendo contar con personal calificado tanto en lo que hace a la prestación de servicios, seguridad y gestión, así como utilizar las herramientas y los estándares indicados por la UCE.

De esta manera la ley está regulando una nueva forma de autenticación de los documentos, mediante la certificación de firmas, que atendiendo a la naturaleza digital del documento, en lugar de ser realizadas por un profesional escribano, es realizada por prestadores de servicios de certificación acreditados.

En opinión de DE HEGEDUS Y SEINES<sup>31</sup> existen amplias garantías en cuanto a la seguridad digital y a la identidad del otorgante, reuniendo los estándares técnicos necesarios para garantizar la seguridad, calidad y plena validez de la firma electrónica avanzada. Destacan las autoras que: *“En la criptografía asimétrica existen dos claves, una es pública y la otra es privada. La clave pública es conocida por todos mientras que la clave privada es conocida únicamente por el titular. La clave privada es utilizada únicamente por el firmante para suscribir un documento. El receptor del documento accede a él mediante la clave pública correspondiente y puede identificar al firmante. Adicionalmente, la clave pública es la clave que permite acceder a los documentos firmados electrónicamente.”* Y concluyen: *“(…) un documento electrónico firmado con un certificado garantiza: - La autenticidad de las personas y entidades que intervienen en el intercambio de información. - La integridad de la información intercambiada, asegurando que no se produce ninguna manipulación de datos. - El no repudio, que garantiza al titular del certificado que nadie más que él puede generar una firma vinculada a su certificado y le imposibilita a negar su titularidad en los documentos o mensajes que haya firmado”*.

El documento electrónico con firma electrónica no avanzada o común, se equipara en cuanto a su valor probatorio al documento privado. De acuerdo a lo que establece el art. 5 de la Ley 18.600, la firma electrónica tendrá eficacia jurídica cuando fuese admitida como válida por las partes que la utilizan o haya sido aceptada por la persona ante quien se oponga el documento firmado electrónicamente. Se respetará la libertad de las partes para concertar de común acuerdo las condiciones en que aceptarán las firmas electrónicas, conforme a la presente normativa. Y en caso de ser desconocida la firma electrónica por una de las partes, corresponde a la otra parte probar su validez.

En función de las previsiones legales y atendiendo a los conceptos brindados por la doctrina se entiende que el documento electrónico es una especie dentro del género *“prueba documental”*, por lo cual resultarían aplicables a dichos documentos – siempre que cumplan los requisitos establecidos en la ley- las disposiciones sobre prueba documental establecidas en el Código General del Proceso.

---

de exclusivo conocimiento del firmante, permitiendo su identificación unívoca; ser creada por medios que el firmante pueda mantener bajo su exclusivo control; ser susceptible de verificación por terceros; estar vinculada a un documento electrónico de creación de firma técnicamente seguro y confiable y estar basada en un certificado reconocido válido al momento de la firma.

31 DE HEGEDUS, Margarita y SEINES, Valeria, (2018) Informe Nacional para la II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y International Association of Procedural Law, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, pp. 383 - 385.

Ahora bien, 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.

La primera gran diferencia es que el documento digital es incorpóreo, no está plasmado en un formato papel, lo cual nos plantea el problema relativo a su forma de agregación. La legislación extraprocesal que regula estos documentos no hace una sola referencia a la manera en que se incorporan materialmente al proceso jurisdiccional.

Por lo cual nos planteamos: ¿cómo se adjunta el documento digital al expediente? ¿se archiva y agrega en un pen drive? ¿puede ser enviado por correo electrónico de la oficina pública o privada donde se encuentra archivado a una casilla del Poder Judicial identificando el expediente donde se agregará?

Como dijimos anteriormente, la única norma de carácter procesal referida a la prueba digital es La Ley 19.671, que habilita el ingreso como título ejecutivo a los documentos electrónicos privados y a las facturas electrónicas y remitos electrónicos que hubieren sido firmados con firma electrónica avanzada<sup>32</sup>. En este caso, el legislador refiere a la agregación de la impresión en papel de los documentos digitales, lo cual podría aplicarse por analogía a toda clase de documento electrónico.

Ahora bien, en la solución brindada por el legislador para el título ejecutivo electrónico, el documento no se agregaría en su formato original lo que lógicamente lo desnaturaliza.

Seguramente la solución adoptada responde al hecho de que nuestro sistema judicial no cuenta aún con un expediente electrónico por lo cual no resulta posible incorporar la prueba en formato digital y determina la necesidad de reproducir los documentos en formato papel<sup>33</sup>.

Por lo cual, a los efectos de determinar la forma en que incorporamos un documento digital al proceso debemos recurrir a las disposiciones que regulan la prueba documental, esto es, artículos 72 y 165 del C.G.P.

32 La Ley 19.671 en su único artículo dispone que: *También se encuentran comprendidos las representaciones impresas en papel de dichas facturas o remitos electrónicos, firmados de manera autógrafa*".

33 LANDEIRA, Raquel, (2011), *La Modernización de la Gestión de la Justicia Civil en Uruguay, Modernización de la Justicia Civil*, Montevideo, Universidad de Montevideo, pp. 691 – 705.

Pese a los importantes avances realizados por el Poder Judicial en la incorporación de las nuevas tecnologías en el proceso, aun no se ha regulado la tramitación del expediente electrónico. No obstante se han incorporado al sistema judicial soluciones muy positivas a nivel electrónico o informático. Así, la Ley 18.237 autorizó el uso del expediente electrónico, documento electrónico, firma electrónica, firma digital, comunicaciones electrónicas, domicilio electrónico constituido en todos los procesos judiciales y administrativos que tramitan ante el Poder Judicial, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales. La Suprema de Corte de Justicia reglamentó y luego se comenzaron a utilizar el domicilio electrónico, las comunicaciones electrónicas, las firmas electrónicas en la gestión interna expediente por las oficinas judiciales estando pendiente la reglamentación e incorporación del expediente electrónico. También se creó una Oficina de Recepción y Distribución de Asuntos (ORDA), que centraliza el ingreso de expedientes judiciales en Montevideo a fin de asignar tribunales y fiscalías, a través de un sistema aleatorio, que opera por medios informáticos y proporciona el número de identificación única de expediente (Acordada 7.707 de la SCJ). Otro importante avance fue la habilitación de la Consulta vía web de la tramitación de los procesos que permite al usuario del sistema de justicia acceder a través de un servicio de consulta en línea, a los movimientos que registra el expediente desde su inicio mediante el número de identificación única del expediente. Se han instalado terminales de autoconsulta en diversas sedes judiciales, a fin de que los usuarios puedan acceder de forma gratuita a la información necesaria, contribuyendo a la transparencia de la gestión, descongestionando las oficinas judiciales.

En primer lugar, quien desee servirse de un documento como prueba, tiene la carga de acompañarlo materialmente en los actos de proposición o en las otras oportunidades que la ley admite. La previsión legal responde naturalmente a la naturaleza material del documento escrito el cual permite la agregación física del mismo adjuntándolo a los respectivos escritos.

En segundo lugar, de conformidad con el art. 72 del CGP la parte tiene la carga de agregar el documento original o facsímil legalmente autenticado, por vía notarial, legalizado o traducido si correspondiere, sin perjuicio de la facultad que tiene el tribunal de solicitar la agregación del original, glosándose el documento con anterioridad al escrito que contiene el ofrecimiento de su incorporación<sup>34</sup>.

En el caso del documento digital, en función de que no se encuentra registrado en soporte papel, 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 deberían 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 aportarlo en un sobre cerrado y lacrado e intervenido por Escribano Público y que se una por cordón al expediente<sup>35</sup>.

En derecho comparado se han sancionado normas que especialmente contemplan la admisibilidad y la forma de agregación de las pruebas electrónicas o digitales.

Así, en España la LEC 2000 en su art. 382 dispone que: *“Las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Al proponer esta prueba, la parte podrá acompañar en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso. La parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido”*.

En Ecuador, el artículo 202 del Código Orgánico General de Procesos, además de reconocer la validez de los documentos digitales y la admisibilidad de todo contenido digital, dispone que serán considerados originales para todos los efectos legales, señalando que los documentos originales escaneados, serán conservados por la o el titular y presentados en la audiencia de juicio o cuando la o el juzgador lo solicite y que las reproducciones digitalizadas o escaneadas que se agreguen al expediente electrónico tienen la misma fuerza probatoria del original.

34 VESCOVI y coautores, Código General del Proceso... Tomo 5, pp. 154

35 VESCOVI y coautores, Código General del Proceso... Tomo 5, pp. 155.

La LEC 2000 vigente en España establece en el artículo 383 un sistema para garantizar la inmaculación de la prueba agregada en soporte digital. Así dispone que: *“1. De los actos que se realicen en aplicación del artículo anterior se levantará la oportuna acta, donde se consignará cuanto sea necesario para la identificación de las filmaciones, grabaciones y reproducciones llevadas a cabo, así como, en su caso, las justificaciones y dictámenes aportados o las pruebas practicadas. El tribunal podrá acordar mediante providencia que se realice una transcripción literal de las palabras y voces filmadas o grabadas, siempre que sea de relevancia para el caso, la cual se unirá al acta. 2. El material que contenga la palabra, la imagen o el sonido reproducidos habrá de conservarse por el Secretario judicial, con referencia a los autos del juicio, de modo que no sufra alteraciones. Concordancias legales: Artículo 146, en relación con la documentación de las actuaciones”*.

### 3.2.3 Otras pruebas digitales – Forma de agregación – Producción y control de admisibilidad.

Los medios electrónicos han evolucionado a formas multimedia que exorbitan el concepto de documento electrónico que venimos de analizar.

La mayor parte de la prueba en formato digital no reúne los requisitos establecidos por las leyes que regulan los documentos electrónicos por lo que se plantea si podrían ser admitidos como prueba documental o como medios de prueba no previstos

Entre las pruebas digitales más comunes encontramos los registros o datos creados digitalmente, comunicaciones digitales y mensajería instantánea como “e – mails”, “SMS”, “whatsapp”, imágenes digitales como fotos y videos, archivos de “software” especializados o bases de datos, entre otros, todos ellos almacenados de manera intangible.

Por ejemplo, en el caso del correo electrónico el original será el que se encuentre en el disco duro del procesador o en la memoria “RAM” del “PC” en el que se registró el documento, por lo cual los correos resultan indisponibles físicamente, salvo a través de su impresión<sup>36</sup>.

¿Qué régimen procesal resulta aplicable a estas pruebas digitales o electrónicas?

COUTURE<sup>37</sup> expresaba que: “Cuando se trata de fijar el régimen procesal de los diversos medios de prueba no especialmente previstos, se hace necesario asimilarlos a los especialmente previstos. Así, la impresión dactiloscópica, la fotografía, la radiografía, se rigen por los principios de prueba documental, es, asimismo, un documento en sentido amplio, el disco sensible en que se ha grabado una voz, un ruido o un período musical, la prueba hematológica, la autopsia y la misma radiografía (en cuanto representaciones a interpretar), caen dentro del campo de la prueba pericial, etc.”.

El pensamiento de Couture, fue el seguido por los codificadores al establecer en el art. 146.2 del CGP que ante medios de prueba no previstos (siempre que no resulten prohibidos por la regla de derecho) se aplicarán analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos.

También se ha postulado por la doctrina que la prueba digital no escrita, en sus múltiples presentaciones, audios, imágenes, filmaciones, queda comprendida en el concepto de prueba documental en función de la alocución “otros similares” establecida en el art. 175.1 del CGP.

A nuestro entender ambas posiciones arriban prácticamente a la misma solución, ya que si consideramos que la prueba digital está comprendida en la documental, aplica-

36 GUIMARAES, Darci, ob cit pp 531- 532. El autor entiende que existen dos modalidades básicas para analizar las especies de documentos digitales. Por un lado estarían:“(…) los datos o informaciones almacenados en un dispositivo electrónico” y por otro “(…)los que son trasmitidos por cualesquiera redes de comunicación abiertas o restringidas como Internet, telefonía fija y móvil u otras”. Agrega: “Dentro de esta perspectiva destaco el correo electrónico, la pagina web, el documento informático y el SMS. El documento informático, al mismo tiempo que es una especie de la categoría general del documento electrónico, sí constituye un género del correo electrónico, la página web y el SMS. Inicialmente cumple esclarecer que el documento no puede ser confundido con su soporte, que es uno de sus elementos integrantes entre los cuales son más conocidos el pen drive, el CD-ROM y los discos DVD.”

37 COUTURE, E. J, ob cit pp. 263

remos en forma directa las normas que regulan dicho medio de prueba; en cambio, si la consideramos un medio de prueba no previsto aplicaremos por analogía las disposiciones que regulan la prueba documental por ser el medio de prueba con el cual tienen mayor similitud<sup>38</sup>.

Por lo cual, sea que lo consideremos un medio de prueba no previsto -de acuerdo al art. 146.2.- o, sea que se entienda que estarían incluidos en el inciso 1 del art. 175 como documentos no manuscritos, quedando comprendidos en la expresión “*otros similares*”, llegamos a la misma conclusión: que la prueba digital se regula por el régimen de la prueba documental<sup>39</sup>.

Ahora bien, estas pruebas digitales plantean varios problemas adicionales.

Por un lado, su intangibilidad, que como ya vimos dificulta determinar de qué manera se incorporan a un expediente que tramita en soporte papel.

Otra dificultad surge del hecho de que pueden ser guardadas en soportes de distintas clases y estar al mismo tiempo almacenadas en diversos formatos, lo que pone en jaque la noción de documento original.

Si apliquemos a la prueba digital el estatuto de la prueba documental, en función de las normas que regulan la forma de agregación (arts. 165 y 72.1) deberíamos agregar el documento original.

Al respecto señala PAGÉS LLOVERAS<sup>40</sup> como característica de la información contenida en el documento digital, su intangibilidad e inmaterialidad; la posibilidad de que la información contenida en formato electrónico es reproducible fácilmente ya que se pueden realizar múltiples copias prácticamente idénticas, lo cual diluye la diferencia entre originales y copias.

Por su parte, CARINA GOMEZ FRODE<sup>41</sup> destaca la volatilidad y la facilidad para la manipulación de la prueba digital, lo que la hace vulnerable, además de intangible, lo que determina que las modificaciones que se produzcan sean fácilmente detectables.

Estas características particulares de la prueba digital nos interpelan en cuanto a la forma en que sería conveniente incorporarlas al proceso para conservar su legitimidad como documento digital y al mismo tiempo asegurar su autenticidad e inmaculación.

38 ABAL, Alejandro. (2014) *Derecho Procesal*, tomo IV, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 46. GARÍN, Sandra (2016) “*Reflexiones sobre la incorporación de prueba electrónica al proceso civil*”, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal N° 1/2016, Fundación de Cultura Universitaria (2017), p. 94. Los autores parten de distinguir los conceptos de fuente y medio de prueba, criterio que no entendemos no ha sido recogido por el Código General del Proceso.

39 Esta posición fue adoptada por la Dra. Doris Morales integrante del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er Turno, en su discordia a la sentencia número 398/2017 “...si bien ha sido objeto de discusión doctrinaria, determinar si la prueba emergente de medios tecnológicos, entre los que podemos incluir una filmación como la de autos, ingresa al proceso al amparo del artículo 146.2 CGP o directamente como prueba documental y según la descripción del artículo 175 CGP, parecería que finalmente la discusión sería ociosa en algunos, en la medida que de estar a ambas disposiciones, la solución final sería la misma en cuanto a las normas que serían aplicables, en tanto el artículo 146.2 CGP, dice que, de tratarse de un medio no prohibido por la ley, se aplicarán las normas que disciplinan a los expresamente previstos por la ley, por lo que la búsqueda de esas normas, necesariamente llevará a la posibilidad de que se atienda a aquellas que regulan la prueba documental”. Disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>

40 PAGÉS LLOVERAS, ob cit pp. 543

41 GOMEZ FRODE, ob cit pp. 371

En la práctica forense advertimos que la prueba digital se ofrece y agrega en un formato que no puede ser considerado original. Así se agregan impresos o transcritos los correos electrónicos, los audios, las conversaciones enviadas por mensajes de texto o “whatsapp”. De esta forma se modifica la prueba digital a un formato no original, en un documento privado desvirtuando su naturaleza y facilitando la posibilidad de pensar en la posibilidad de adulteraciones o modificaciones.

En lo que refiere al ofrecimiento y aportación al proceso, la procesalista mexicana GOMEZ FRODE<sup>42</sup> propone diversas soluciones. Así expresa: *“Los documentos digitales deben de ofrecerse o aportarse en forma electrónica, es decir, es un formato original como lo es un USB, un CD, indicando el ordenador o computadora de dónde proceden. Existe además la posibilidad de certificar electrónicamente la prueba por un prestador de servicios de certificación, con lo cual se garantiza la autenticidad e integridad del documento. La firma electrónica está vinculada al firmante de manera única, se crea utilizando medios que aquel puede mantener bajo su control exclusivo. La firma digital garantiza la autenticidad e integridad del documento, así como posibilidad de detectar cualquier cambio o alteración del documento digital. Los sellos de tiempo son otra de las actividades relacionadas con la prueba digital. El sellado de tiempo Timestamping de acuerdo a estándares internacionales, es un mecanismo on line que permite demostrar que una serie de datos han existido y no han sido alterados desde un instancia específico en el tiempo. Será recomendable para el que ofrezca la prueba presentarla en original o mediante una copia autenticada por fedatario público, obtener el certificado electrónico por un prestador de servicios de certificación, designar el equipo en donde se encuentra facilitando los datos para su identificación”*.

*“(…) Si bien es admisible la transcripción y presentación de una prueba digital, la exhibición de esa prueba debería limitarse a facilitar la lectura y valoración, sin embargo para otorgarle mayor valor probatorio sería recomendarla acompañarla en su caso con el dispositivo electrónico correspondiente”*.

Analizando la legislación argentina PAGÉS LLOVERAS<sup>43</sup> expresa: *“Con relación a su ofrecimiento, se debe tener en cuenta que –por ejemplo – el original de un mensaje de SMS, Was-sap, Facebook, Skype e-mail, o de cualquier registro telemático, es el que circula en la red y puede ser leído en una computadora, Smartphone (teléfono inteligente) iPad, o Tablet”*.

*“Por ende, lo que se acompaña en la demanda, contestación de demanda, o reconvenición, si el documento electrónico se encuentra en poder de la parte que lo ofrece, es –por lo general – un documento archivado en un dispositivo de almacenamiento electrónico (disquete, disco rígido, pendrive, CD Rom, DVD, etc.) y/o su impresión en soporte papel aun cuando la impresión de un e-mail no acredita –en principio– su envío desde la cuenta de correo de la parte contraria puesto que podría ser manipulado”*.

*“Tratándose de documento electrónico, lo adecuado sería presentarlo en la misma forma en que fue creado. No sería admisible por tanto la copia impresa en papel ya que se entiende que ésta es la simple reproducción de otro documento que fue creado y almacenado electrónicamente. La forma como se extraiga la copia del documento dependerá de la habilidad y el conocimiento de la persona que realice la copia del documento”*.

42 GOMEZ FRODE, ob cit pp. 371

43 PAGÉS LLOVERAS, ob cit, pp. 544 - 545

*“Debe garantizar la inmaculación y el almacenamiento utilizado; el cual, en todo caso, debe ser de aquellos que no permitan su reescribación posterior. La confiabilidad hace referencia a tres aspectos fundamentales de la prueba electrónica documental como son: i) la forma como se generó; ii) la forma en que el documento es conservado; y iii) la identificación de quien generó el documento. La inalterabilidad del documento electrónico se garantiza mediante la aplicación de protocolos de extracción y copia, y mediante adecuado manejo de las reglas de cadena de custodia. La rastreabilidad significa la posibilidad de acudir a la fuente original de creación o almacenamiento del documento electrónico con fines de verificación de su originalidad y su autenticidad”.*

El procesalista argentino propone como solución para la agregación de la prueba digital: *“Para adjuntar al proceso un documento electrónico en su forma original, debe ser incorporado en un contenedor apto para su transporte y posterior acceso, como puede ser un disco compacto no regrabable, o cualquier medio idóneo que no permita su modificación y así garantizar los principios de inalterabilidad e idoneidad, para permitir la asunción y posterior valoración del mismo. Debe ser extraído del ordenado o del medio que lo contenga utilizando técnicas y tecnologías apropiadas para el aseguramiento de la prueba digital y el respeto de la cadena de custodia. Si se adjunta su texto impreso, es conveniente aportar los correos electrónicos completos, es decir, aportando el texto junto con su encabezamiento, en el que conste el destinatario, remitente, asunto, hora, fecha, etc.”.*

En la doctrina nacional GONZÁLEZ<sup>44</sup> (2017) destaca que: *“En la práctica se observa la agregación al proceso de una impresión del documento digital que se acompaña con el acto escrito de su proposición o en la propia audiencia cuando se lo ofrece, se realiza su presentación en ese formato. En materia de correos electrónicos es frecuente la agregación de una copia impresa del e-mail recibido cuya autoría se atribuye a la contraria, lo cual si no es objeto de desconocimiento o impugnación de ésta —que en general no ocurre— se incorpora al proceso. Asimismo, los tribunales han demostrado flexibilidad a la hora de admitir estos documentos cuyo procedimiento de incorporación no surge regulado a texto expreso, y con carácter general, no se han registrado observaciones formuladas de oficio referentes a esta forma de presentación del documento digital, aún en supuestos que no refieren a documentos emanados de las partes, por ejemplo, la copia impresa de un boleto electrónico para acreditar la inasistencia de un testigo a una audiencia”.*

VALENTIN y PINTOS<sup>45</sup> han sido críticos con los mecanismos usuales de la práctica forense para la agregación de estas pruebas postulando dos vías para la incorporación

44 GONZÁLEZ, M. E., ob cit pp. 528.

45 PINTOS, Alejandro y VALENTÍN, Gabriel, (2002) *La prueba documental frente a las nuevas tecnologías*, XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, XI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, pp. 820. HERNÁNDEZ, Yanina (2017), *“Los e-mails como fuente de prueba y medio de prueba para su incorporación al proceso”*, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N° 2/2016, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pp. 98. La autora sostiene que: *“... el e-mail (o correo electrónico) es una variedad del documento electrónico por lo que se encuentra amparado en la Ley N° 18.600; dado entonces que se trata en fin de un documento se rige a su vez por las disposiciones establecidas en el C.G.P. por cuanto se pretende integrar al proceso un documento como medio probatorio. Pues de ello surge que, el mismo debe ser presentado como lo establece el art. 72, en su original o facsímil, requisito que no es cumplido por la mayoría de quienes invocan este medio prueba, dado que habitualmente el e-mail es incorporado al proceso en soporte papel. Para que dicha incorporación sea totalmente efectiva debe llevarse a cabo por cualquiera de los siguientes supuestos: a través de la protocolización de un Escribano, a través de una inspección judicial o por medio de un peritaje. Ellas son las maneras más visibles para cumplir con la admisibilidad del documento”.* GARÍN, Sandra (2016) *“Reflexiones sobre la incorporación de prueba electrónica al proceso civil”*, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1/2016, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pp. 106. La autora postula la agregación de las impresiones de los correos electrónicos ya que no es posible agregar los originales de los documentos electrónicos y tampoco *“copias fieles en los términos establecidos por el CGP —artículo 72.1—(porque el escribano no puede dar fe de la integridad de un documento electrónico)”.*

al proceso de estos documentos: a través de una intervención notarial, en la que el escribano o notario realiza una constatación y a través de una inspección judicial.

Entendemos que la modalidad propuesta es discutible, por un lado, porque desnaturaliza la prueba al llevarla a formato papel, y por otro, porque atendiendo a la utilización masiva de las nuevas tecnologías, resultaría poco práctico la realización de permanentes inspecciones judiciales en computadoras u ordenadores.

Otra de las dificultades que se plantea en torno a la prueba digital refiere a determinar cuándo el tribunal está en condiciones de pronunciarse acerca de la admisibilidad, situación que no se presenta respecto a la prueba documental en soporte papel dado que por su propia naturaleza permite vislumbrar su contenido mediante una simple lectura.

En el caso de los documentos digitales su agregación en el soporte electrónico implica que para poder conocer su contenido nos tengamos que valer de un medio tecnológico auxiliar, sin perjuicio de las transcripciones que de las mismas se hagan por los litigantes en los escritos correspondientes.

De acuerdo a nuestro ordenamiento procesal el control de admisibilidad de la prueba por el tribunal se realiza en Audiencia (art. 341 nral. 6 del CGP), en aplicación de los principios de oralidad e intermediación, consagrados en el art. 8 del CGP. En el caso de la prueba digital, para poder pronunciarse acerca de su admisibilidad, el tribunal deberá necesariamente producir o diligenciar la prueba. Esto es, en la Audiencia deberá reproducir la filmación o video o escuchar la grabación.

Resulta sumamente relevante la determinación de la oportunidad en que el tribunal se pronunciará sobre la admisibilidad de la prueba digital, porque una vez que ésta se incorpora jurídicamente al proceso, nace la carga para las partes de pronunciarse o desconocer su autenticidad, contenido o autoría.

Por lo cual entendemos que para garantizar el derecho de las partes a controlar el contenido de la prueba y para permitir que el tribunal analice su admisibilidad la prueba tiene que ser producida o diligenciada en forma previa a que el tribunal disponga su incorporación jurídica al proceso.

Se ha planteado también la posibilidad de que para producir la prueba sea necesario proporcionar al tribunal las herramientas que posibiliten el diligenciamiento así como proponer colaboración de asesores técnicos informáticos a efectos de acceder a datos adicionales ocultos a simple vista pero accesibles con conocimientos técnicos, que pueden determinar el emisor de la información y su ruta<sup>46</sup>.

En este sentido expresa GOMEZ FRODE<sup>47</sup>: *“En mucho países son aplicables las reglas procesales generales sobre la actividad probatoria, entre ellas, la consistente en aperecibir al oferente a proporcionar los medios de producción de instrumentos de filmación, grabación o semejantes ante el tribunal, a efecto de que las imágenes y sonidos sean captados directamente por el juez.”*

46 PAGES LLOVERAS, Roberto, ob cit pp. 552

47 GOMEZ FRODE, Carina, ob cit pp. 373

En este sentido nuestro Código General del Proceso establece en el art. 142 que las partes tienen el deber de prestar la colaboración del buen litigante para la efectiva y adecuada producción de la prueba, y que cualquier incumplimiento injustificado generará una presunción simple en contra, por lo cual se constituye en una carga para la parte que ofrece la prueba digital dotar al tribunal de los elementos necesarios para lograr un adecuado diligenciamiento de la misma.

En lo que refiere a la producción o diligenciamiento pues, las pruebas digitales, de acuerdo a lo establecido en el art. 142.1 del CGP, deberán ser producidas en audiencia y ante la presencia del tribunal, respetando los principios de oralidad, contradicción, concentración, publicidad e inmediación, así como los principios de integridad, autenticidad, confidencialidad y claridad<sup>48</sup>.

### 3.3. Licitud de la prueba digital y derechos constitucionales.

La irrupción de las nuevas tecnologías ha producido sin duda una invasión en la esfera íntima de las personas. En la actualidad, tanto en espacios públicos como privados, se instalan cámaras de filmación que registran hechos y acontecimientos sin conocimiento y consentimiento de los involucrados.

Asimismo, la sofisticación de los dispositivos electrónicos permite registrar de manera muy simple imágenes y diálogos entre los interlocutores sin que éstos se percaten de que sus dichos o actos están siendo registrados.

La incorporación de grabaciones o filmaciones al proceso ha llevado a la doctrina a plantearse si resultan admisibles en aplicación del derecho al debido proceso y su corolario de derecho a la prueba, ó si por el contrario, serían inadmisibles en función de los principios constitucionales que garantizan la intimidad y privacidad de las personas.

Ya decía VESCOVI<sup>49</sup> que: “(...)las modernas técnicas científicas ponen al servicio del descubrimiento de la verdad en el proceso diversos instrumentos (análisis, radiografías, grabaciones, computadoras, etc.) que permiten una mayor aproximación hacia la verdad real que la moderna ciencia procesal con su tendencia publicística procura. (...) esas modernas técnicas para poner al descubierto los hechos, para penetrar más en las esfera reservada y hasta en la propia alma humana, ponen en mayor peligro uno de los más preciados derechos, el de la intimidad, sobre cuya defensa nuestra sociedad moderna ha debido llamar la atención, y las Constituciones y hasta las normas internacionales consagran y garantizan”.

Analizando esta problemática señala ARMENTA DEU<sup>50</sup>: “La ilicitud probatoria provocada a raíz de las actividades de búsqueda y obtención de fuentes de prueba encuentra un nuevo foco de interés en aquellas derivadas del uso de las nuevas tecnologías (...) La existencia de cámaras de filmación en el ámbito público y privado puede entrar en colisión con el derecho a la intimidad y a la propia imagen y con otros contemplados en leyes especiales”.

48 GOMEZ FRODE, Carina ob cit pp. 370

49 VESCOVI, Enrique, “Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita”, La Justicia Uruguaya Tomo LXX, sección doctrina, Montevideo.

50 ARMENTA DEU, Teresa (2011) “La Prueba ilícita.(Un estudio comparado)”. Marcial Pons, Segunda edición, Madrid, pp. 90 y 91.

El derecho al debido proceso se encuentra consagrado en los arts. 12, 66 y 72 de la Constitución de la República, constituye una garantía inherente a la personalidad humana, y además forma parte del bloque de los derechos humanos, siendo el derecho a probar una expresión y concreción del debido proceso<sup>51</sup>.

COUTURE<sup>52</sup> señala como una de las inconstitucionalidades más significativas la inconstitucionalidad por privación de prueba.

En el mismo sentido expresa DEVIS ECHANDIA<sup>53</sup> que el derecho a probar es un derecho subjetivo procesal que es indispensable para el derecho de defensa, por lo cual su desconocimiento sería inconstitucional.

Al mismo tiempo la Constitución nacional en el art. 28, siguiendo los principios franceses y norteamericanos, consagra el derecho de intimidad de los papeles y comunicaciones particulares, derecho que ha sido también reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>54</sup>.

Al respecto señala PAGÉS LLOVERAS<sup>55</sup> que: *“Se deben respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre los que es frecuente encontrar menciones al respeto de las normas sobre protección de datos personales y los derechos de los trabajadores. La fiabilidad de la prueba y su pertinencia, constituyen también requisitos que el juez debe examinar para decidir sobre la admisibilidad de la prueba electrónica determinada. Otras exigencias a considerar, cuyo respeto marcará admisibilidad o no de la prueba electrónica, son la proporcionalidad y efectividad de la misma, entendiendo a la efectividad como la capacidad para probar la alegación realidad por la parte que la ofrece”*.

Como ya lo hemos analizado, nuestro ordenamiento procesal no establece un numerus clausus de los medios de prueba y en función de lo establecido en el art. 146.2 resultan admisibles todos los medios de prueba siempre que no estén prohibidos por la norma de derecho.

Comentando esta disposición expresan VESCOVI y coautores<sup>56</sup> que debe interpretarse en forma amplia comprensiva de todo aquello que naturalmente se encuentra prohibido, como ser todo lo que atente contra los derechos de la persona, a su libertad, a la privacidad, etcétera, además de las disposiciones prohibitivas, existentes y las que se puedan incorporar en el futuro, debe también considerarse la prohibición que deriva de principios constitucionales.

51 RISSO FERRAND, Martín, *“El debido proceso en la Constitución uruguaya”*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano año XVII, Montevideo, pp. 117-138, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27646.pdf>

52 COUTURE, Eduardo J., (2010) *“Fundamentos de Derecho Procesal Civil”*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, pp.139.

53 DEVIS ECHANDIA, Hernando, (2012) *“Teoría general de la prueba judicial”*, tomo I, Temis, Bogotá, pp. 26 y ss.

54 Constitución de la República artículo 28: *“Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, dictamen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.”* Declaración de Derechos Humanos, aprobada en 1948 por la Asamblea de las Naciones Unidas, art. 12: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”*

55 PAGÉS LLOVERAS, Roberto, ob cit pp. 552

56 VESCOVI y coautores, ob cit, tomo 4, pp. 313.

En el mismo sentido MARINONI<sup>57</sup> sostiene que: “(...) la admisibilidad y la producción de prueba tiene relación con el plano de los derechos materiales y procesales. Una prueba puede ser indebidamente –ilícitamente- admitida en el proceso- en violación al derecho procesal- y una prueba ilícita en el plano del derecho material puede ser indebidamente- y mas que ilícitamente –admitida en el proceso. De otra parte, una prueba puede ser producida mediante violación del derecho material o en desprecio al derecho procesal”.

Este aspecto tiene vinculación con la exclusión probatoria que fue objeto de desarrollo hace ya varias décadas en la jurisprudencia del “common law” y en la estadounidense. El origen de la exclusión de las pruebas obtenidas infringiendo derechos o libertades fundamentales lo encontramos en la denominada “Exclusionary Rule”, aplicada en Estados Unidos, que constituye una regla jurisprudencial elaborada por la Corte Suprema de Justicia de ese país, en virtud de la cual se resolvió que las fuentes de prueba obtenidas por las fuerzas de orden público en el curso de una investigación Penal que violenten derechos y garantías procesales reconocidos en las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta de la Constitución Federal, no podrán aportarse ni ser valoradas por el juez en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado<sup>58</sup>.

En el derecho iberoamericano la exclusión de la prueba se ha vinculado al concepto de prueba ilícita, la cual ha sido conceptualizada por los más prestigiosos procesalistas en términos similares.

Así, DENTI<sup>59</sup> expresa que: “(...) las Pruebas que se definen como ilícitas son tales en realidad, no porque violen las normas procesales, o porque choquen con la exigencia de la declaración de certeza de los hechos en el proceso, sino porque fueron obtenidas en violación de derechos protegidos por diversas normas y en primer lugar por normas constitucionales”.

DEVIS ECHANDIA<sup>60</sup> las define como: “Aquellas que están expresa o tácitamente prohibidas por la Ley, en cuanto al medio mismo o al procedimiento para obtenerlo o que atentan contra la moral y las buenas costumbres al respectivo medio social o contra la dignidad y la libertad de la persona humana o que violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan”.

JOAN PICÓ I. JUNOY<sup>61</sup> define a la prueba ilícita como: “(...) aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental”.

KIELMANOVICH<sup>62</sup> analiza el principio de ineficacia de la prueba ilícita y destaca

57 MARINONI GUILHERME, Luiz y CRUZ ARENHART, Sérgio, (2015) “La Prueba”, traducido por Nuñez Avila, René Luis, Thomson Reuters, Chile, pp. 282 - 283.

58 EYNER ISAZA, Henry. “La Prueba Ilícita y Sistema Iberoamericano (2014), Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, pp 25 y ss.

59 DENTI, Vittorio. (1974) “Estudios de Derecho Probatorio”, traducción de Santiago Sentis Melendo y Tomas A Banzhaf (1974), Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, pp. 271

60 DEVIS ECHANDIA, H. Pruebas Judiciales (1984), Editorial ABC, Bogotá, Colombia, pp. 26

61 PICO I JUNOY, Joan. “El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil”(1996), JM Bosch Editor, Barcelona.

62 KIELMANOVICH, Jorge. “Teoría de la prueba y medios probatorios”, (1996)Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 56 y 57.

que: “No cabe admitir la prueba prohibida expresa o implícitamente por la ley (...) o válida de por sí, pero adquirida en forma ilícita (v.gr. la confesión obtenida a través de una grabación clandestina o subrepticia, o por el tormento)”.

En el mismo sentido, analizando el régimen legal español, ORTELLS RAMOS<sup>63</sup> refiere específicamente a la ilicitud por violación de derechos fundamentales (absolutos, como la vida o integridad física; pasibles de límites normativos, como los derechos a la intimidad y secreto de comunicaciones), tanto en la práctica o producción, como en la búsqueda o recolección; para concluir en la inadmisibilidad e imposibilidad de producir el efecto de la prueba, que es contribuir a formar la convicción judicial.

En la doctrina nacional VESCOVI<sup>64</sup> señala que: “Es prueba ilícita la que se obtiene violando derechos fundamentales de las personas. La violación se puede haber causado para la lograr la fuente de prueba o el medio probatorio”.

Y define como pruebas ilegales “(...) aquellas obtenidas con vulneración de una norma que no tiene rango constitucional, es decir de una Ley o la vulneración de un Trámite contemplado en una Norma Jurídica y las pruebas prohibidas son aquellas que están expresamente excluidas como tal por alguna disposición jurídica, no importa el rango de la norma”.

Siguiendo esta línea de pensamiento y atendiendo a lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 146.2 del CGP, en cuanto a que no podrán utilizarse medios probatorios prohibidos por la regla de derecho, no sería admisible la prueba digital, como grabaciones o filmaciones que, en su producción, se hayan infringido los principios fundamentales por haber sido obtenida por medios ilícitos, violación de domicilio, interceptación de comunicaciones o violencia.

Y ello además porque el concepto no se limita a la existencia de una norma de derecho expresa que prohíba determinada conducta, sino que la expresión “regla de derecho”, debe entenderse, en forma amplia, comprensiva de todo aquello que naturalmente se halla prohibido, como ser todo lo que atente contra los derechos de la persona, a su libertad, la privacidad, etcétera<sup>65</sup>.

Esta ha sido en general la posición adoptada por nuestra jurisprudencia.

Así, nuestros tribunales han entendido que la prueba obtenida con la participación de quien, y contra quien se hará valer dicha prueba, sin su conocimiento ni consentimiento, debe reputarse ilícita; violatoria de derechos inherentes a la personalidad humana, tales como los derechos a la intimidad, privacidad, etc. (art. 72 de la Constitución de la República) así como vulneratoria de la moral y buenas costumbres<sup>66</sup>.

63 ORTELLS RAMOS, Manuel. “Derecho Procesal Civil” (2004), Editorial Aranzadi S.A., España, 5ª edición, pp. 352 -354

64 VESCOVI, E, Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita (1960), La Justicia Uruguaya, Sección Doctrina, Tomo LXX, pp. 35 – 47.

65 VESCOVI y coautores, ob cit. Tomo 4, pp. 146-147

66 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno, sentencia No. 0005-000218/2012, disponible en <http://bjn.poderju->

En diversos fallos se afirma que una prueba obtenida por este medio resulta carente de eficacia probatoria en el plano jurídico. Esa prueba ilícita así como su efecto más próximo, conocido como la “doctrina del fruto del árbol envenenado” o “*fruit of the poisonous tree doctrine*”, configuran medios de prueba inválidos, ineficaces, totalmente improductivos a la hora de poder ser valorados por el órgano jurisdiccional para fundar una decisión, incumbiendo al Tribunal el poder-deber de impedir su incorporación al proceso, por inadmisibilidad<sup>67</sup>.

En lo que refiere al correo electrónico la doctrina es ya unánime en cuanto a que se trata de una especie dentro del género correspondencia, una comunicación o declaración de voluntad consignada en un soporte documental que se trasmite mediante la utilización de un instrumento no tradicional de escritura y de lectura.

En la medida en que el correo electrónico se ha asimilado conceptualmente a la correspondencia, se ha planteado si a su respecto se aplicaría la prohibición de agregar un correo dirigido por una de las partes a un tercero, en función de lo dispuesto por el art. 175.2.

Los arts. 175.2 CGP y 1590 del Código Civil establecen que es prueba inadmisibile la carta misiva dirigida a un tercero, salvo las hipótesis previstas en el mismo artículo, por ejemplo en materia de estado civil de las personas, quiebras, concursos, o juicios contra el Estado y demás personas públicas.

El fundamento de esta prohibición radica en evitar la preconstitución de prueba y proteger la inviolabilidad de la correspondencia.

VESCOVI y coautores<sup>68</sup> señalan que por razones de política legislativa la norma excluyó como documentos admisibles las cartas misivas dirigidas a terceros, salvo las excepciones taxativamente establecidas. En su opinión la exclusión no refiere a toda carta o misiva, sino únicamente a aquella que cualquier sujeto dirige a un tercero. Agregan que tratándose de una excepción al régimen general de la prueba su interpretación debe ser estricta y no extensible por analogía mas allá del concreto supuesto contemplado por el legislador. Por lo cual, si la misiva se origina en una parte y se dirige a la otra, resulta perfectamente admisible y también lo será una carta enviada por un tercero a cualquiera de las partes. Concluyen: “(...) no será admisible una misiva enviada por una parte a otro sujeto que no lo es, ni la nota remitida entre terceros, porque en ambos casos la calidad del destinatario excluye la admisibilidad al ingresar en el específico supuesto contemplado por la norma (...)”.

En la jurisprudencia relevada encontramos una aplicación sistemática de la prohibición contenida en el apartado 2 del artículo 175 a los correos electrónicos. En virtud de lo cual se consideran ilícitos aquellos correos enviados por una de las partes a terceros ajenos al proceso o así como los correos electrónicos enviados entre terceros<sup>69</sup>.

---

dicial.gub.uy/

67 Suprema Corte de Justicia, sentencia No. 496/2014 y Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno, disponibles en: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>

68 VESCOVI, Enrique, *obcit*, tomo 5, pp. 262 - 262

69 En función de la asimilación entre la carta misiva y el correo electrónico, la jurisprudencia mayoritaria entiende que

VESCOVI<sup>70</sup> es concluyente en cuanto a la inadmisibilidad de la prueba ilegítimamente obtenida, cuando dicha ilegitimidad se funda en una norma positiva, sea o no procesal y su obtención se haya realizado con violación de esas normas, en perjuicio de las partes o de terceras personas.

Ahora bien, el tema de la exclusión probatoria y su vinculación con la prueba ilícita, ha sido considerado desde una perspectiva diferente por el procesalista peruano Giovanni PRIORI<sup>71</sup>.

El autor plantea la problemática vinculada a la prueba ilícita enfocado desde la afectación plural de derechos fundamentales. Señala que: *“La previsión de las reglas de exclusión probatoria o de reglas para resolver los problemas derivados de la prueba ilícita deben, por tanto, partir de establecer el nivel de protección que el ordenamiento jurídico brinda a cada uno de los derechos fundamentales involucrados, para arribar a una solución que brinde una adecuada protección a todos ellos. Las soluciones absolutas, es decir, todo o nada, donde una de las dos posiciones en conflicto se sacrifica en aras de dar protección a la otra considero que nos son adecuadas para resolver los problemas que implican el conflicto de dos o más derechos fundamentales.”*

Agrega: *“La forma de resolver los conflictos de dos o más derechos fundamentales parte de un dilema difícil de comprender (...) cada uno de los derechos fundamentales individualmente considerados desea alcanzar su máximo grado de protección o satisfacción, sin embargo-y en ello consiste la paradoja- el establecimiento en términos absolutos del mayor grado de satisfacción de uno de los valores constitucionales elimina, de inmediato, la posibilidad que los demás derechos constitucionales puedan alcanzar protección. Dicho de otro modo, la mayor satisfacción de un derecho fundamental afecta la posibilidad de satisfacción del otro, por ello, el reto está en hacer que todos los valores constitucionales alcancen el máximo grado de satisfacción posible. Es decir, se trata de obtener la maximización de los derechos fundamentales involucrados.”*

El planteo parte de la base de que cada uno de los derechos fundamentales tiene que obtener el máximo grado de protección posible, sin que ello suponga la anulación de la protección de otro derecho fundamental por lo cual sería perfectamente posible conciliar la mayor protección de varios derechos fundamentales a la vez, proscribiendo cualquier opción conforme a la cual se obstaculice la protección de solo un derecho en un caso concreto.<sup>72</sup>

Se propone de este modo realizar una adecuada ponderación entre el derecho fundamental a la prueba y el derecho fundamental que en un proceso específico se quiere proteger, y que está siendo vulnerado con la actividad ilícita.

---

resulta inadmisibile el correo electrónico enviado por una de las partes a un tercero o enviada entre terceros. Ver en cuadro jurisprudencia destacada.

70 VESCOVI, Enrique, Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita (1960), La Justicia Uruguaya, Sección Doctrina, Tomo LXX, pp. 35 – 47.

71 PRIORI POSADA, Giovanni F. (2018). *“Reglas de exclusión probatoria y prueba ilícita en Iberoamérica: un reporte desde el derecho fundamental a probar”*, II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y International Association of Procedural Law, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, pp. 153 a 174.

72 PRIORI POSADA, Giovanni F. ob cit pp. 154-155

Del análisis de la jurisprudencia relevada se advierte que los Tribunales a la hora de pronunciarse acerca de la admisibilidad de una prueba, que podría ser considerada ilícita, -al tener que optar entre los derechos constitucionales en pugna-, dan prioridad a los derechos de intimidad y privacidad frente al derecho a la prueba<sup>73</sup>.

Ahora bien, nos preguntamos si a la luz de las nuevas tecnologías es posible flexibilizar esa postura y, siguiendo las pautas propuestas por PRIORI, resulta factible analizar en cada caso la admisibilidad de la prueba ponderando todos los derechos fundamentales involucrados sin anular ninguno de ellos.

Y ello fundamentalmente porque la prueba digital pone en jaque el derecho constitucional a la intimidad y privacidad.

En forma permanente advertimos la colocación de cámaras que filman, graban o toman imágenes en espacios públicos o privados registrando lo que allí sucede, contraponiéndose al paradigma del derecho a la intimidad.

Similar situación se puede plantear respecto a los sistemas de comunicación que permiten que un mensaje enviado a una persona, (texto, o imagen o incluso imagen y sonido), a través de sistemas electrónicos (“whatsapp”, “SMS”, correos electrónicos) sea reenviados a otras personas, circulando a muy diversos destinatarios.

En estos supuestos, podría entenderse que el sujeto emisor de la comunicación, al incluirla en un sistema de comunicación o red que posibilita la emisión a una cantidad indeterminada de sujetos, es consciente y asume el riesgo de la probabilidad cierta de que ese mensaje será difundido y llegará a personas distintas a su destinatario<sup>74</sup>.

En esta posición se ha situado ARMENTA DEU<sup>75</sup> quien expresa: *“Cabe incluso grabaciones subrepticias, siempre que quien grabe y difunda sea uno de los interlocutores de la comunicación, por no entenderse vulnerado en tal caso el derecho al secreto de las comunicaciones. La ilicitud en este tipo de fuentes de prueba derivará del quebranto de alguno de los presupuestos señalados como justificativos de la limitación del derecho a la intimidad, a la propia imagen o a la inviolabilidad del domicilio, del resultado del juicio de proporcionalidad y del resultado obtenido de la violación”*.

73 Ver cuadro relevamiento jurisprudencial realizado en este trabajo. Entre otras se destaca la sentencia No. 77/2018 dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° Turno disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>. Esta sentencia fue dictada en el marco de un proceso de restitución internacional de menores, en el cual el actor, padre de las menores, agregó como prueba una grabación de una conversación telefónica mantenida con la demandada (madre de las menores) en la cual, se dice por parte del actor que la demandada anunciaba que no regresaría a su país de residencia con las niñas y que las retendría consigo aun contra la voluntad de su padre. El Tribunal de Apelaciones de Familia rechazó la prueba ofrecida argumentando que la grabación había sido obtenida sin consentimiento de quien participó en la misma, pues no conocía el proceder de la contraria ni que sería aprovechado en juicio posterior. El Tribunal entendió que se configuraba una violación a los derechos inherentes de la personalidad humana, tales como la intimidad y la privacidad invocando en su apoyo los artículos 72 de la Constitución de la República, y 144.1 del CGP

74 En sentencia interlocutoria No. 884/2109 dictada por el Juez Letrado de lo Contencioso Administrativo 6° Turno se sostuvo que *“la irrupción de las denominadas redes sociales posibilitan el reenvío de cada mensaje, por lo cual un individuo que emite una comunicación oral, visual o escrita por esas vías (ej. whatsapp) asume que pueda “circular” y llegar a destinatarios a quienes originalmente no les remitió el mensaje.”*

75 ARMENTA DEU, Teresa. (2010). *“La Prueba Ilícita. (Un estudio comparado)”*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, pp. 90-91

Un reciente fallo de la Suprema Corte de Justicia, desmarcándose de la jurisprudencia dominante, adoptó esta posición al descartar la ilicitud, basada en la violación del derecho a la intimidad, de una grabación realizada sin el consentimiento de uno de los interlocutores, ambos funcionarios públicos en ejercicio de su función, citando en su apoyo el criterio seguido por la jurisprudencia española en sentencia, del Tribunal Supremo Español del 3 de mayo de 2006, conforme al cual son admisibles las grabaciones subrepticias, siempre que quien grave y difunda sea uno de los interlocutores en la comunicación, por no entenderse vulnerado en tal caso el secreto de las comunicaciones<sup>76</sup>.

### 3.4. Admisibilidad de la prueba digital. Panorama jurisprudencial

Del relevamiento jurisprudencial realizado se advierte que, en general, la jurisprudencia se ha pronunciado en sentido favorable en cuanto a la admisión de la prueba digital o informática, en consideración a la amplitud de la regulación de los medios de prueba que surge de los arts. 146 numeral 2 y 175 numeral 1 del CGP y fundamentalmente en función del que el art. 146 admite la utilización de otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos por la ley.

En lo que refiere al correo electrónico, se advierte, que su ofrecimiento como medio de prueba es muy frecuente para acreditar la existencia de múltiples hechos o vínculos de naturaleza contractual, como ser la celebración de un contrato de arrendamiento de obra, la comunicación del consentimiento para la contratación de adicionales de obra en contrato de construcción, acreditar el pago de honorarios profesionales, perfeccionar una compraventa, emitir el consentimiento para la celebración de un contrato de corretaje, acreditar la notoria mala conducta en el ámbito laboral, entre muchos otros. De esta forma, el correo electrónico, queda incluido como una especie dentro del género correspondencia, esto es, una comunicación o declaración de voluntad consignada en un soporte documental, que se expresa a través de un medio de escritura<sup>77</sup>.

En la jurisprudencia consultada se advierte que a medida que este modo de comunicación se fue haciendo cada vez más masivo y a que el propio avance tecnológico asegura la fidelidad de su contenido, los requisitos formales para admitir su agregación fueron reduciéndose sensiblemente.

Por lo cual cada vez con mayor frecuencia se incorpora al expediente la impresión en papel de correos electrónicos como prueba documental, sin perjuicio de la posibilidad de que sea impugnado por la parte a quien se le imputa la autoría, y sin perjuicio de la valoración que realiza el tribunal al dictar sentencia<sup>78</sup>.

76 Sentencia No. 1.153/2019 dictada el 30 de mayo de 2019 por la Suprema Corte de Justicia disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>

77 El Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 6° Turno en sentencia No. 63/2013 se pronunció admitiendo que en el área de consentimiento de contratos a distancia realizado por medios electrónicos no hay una alteración fundamental de las grandes líneas del negocio jurídico y de los marcos positivos nacionales “Simplemente se presenta una nueva forma de almacenar signos representativos de manifestaciones volitivas negociales” disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>.

78 Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 6° Turno, sentencia No. 63/2013. “El correo electrónico privado, como medio de prueba resulta admisible conforme a lo preceptuado por el art.175 del C.G.P., como surge del giro utilizado ‘y otros similares...’.El documento privado prevé mecanismos para su autenticación, los que rigen respecto también del correo electrónico, en

Como ya lo analizamos, en la medida en que el correo electrónico se ha asimilado conceptualmente a la correspondencia, en aplicación de los arts. 175.2 del CGP y 1590 del Código Civil la jurisprudencia ha sostenido que resulta prueba inadmisibles el correo electrónico dirigido a un tercero, salvo las hipótesis previstas en el mismo artículo, por ejemplo en materia de estado civil de las personas, quiebras, concursos, o juicios contra el Estado y demás personas públicas<sup>79</sup>.

La jurisprudencia también se ha mostrado proclive a admitir la agregación de documentos o grabaciones que registran el envío de mensajes de texto expedidos a través de teléfonos celulares o mensajes whatsapp. La información enviada a través de este medio de comunicación es ofrecida de manera frecuente en procesos laborales y de familia como manera de acreditar la existencia de acoso laboral, notoria mala conducta, violencia familiar o de género<sup>80</sup>.

En cuanto a la manera de agregar los mensajes de texto o SMS enviados por whatsapp, almacenados en un dispositivo móvil, también se advierten diversas formas que van desde la simple impresión en papel hasta la intervención notarial a través de la protocolización y expedición de un acta de comprobación a fin de preservar la fecha y autenticidad de la información, dejando constancia el escribano del texto que surge del dispositivo, su transcripción, número del cual emanan y número al cual van dirigidos.

En lo que refiere a la página web, si bien se encuentran fallos jurisprudenciales que rechazan su agregación en forma impresa por no poder verificarse su autenticidad sin la intervención de un perito, en general, la jurisprudencia ha postulado un criterio amplio en cuanto al modo de su incorporación admitiendo que se proceda de esa forma, sin perjuicio de su valoración en caso de que se cuestione su autenticidad<sup>81</sup>.

*cuanto considerado como documento (arts.170 a 174 del C.G.P.). Pero la incorporación de correos electrónicos al proceso impresos, presenta problemas prácticos en cuanto a la agregación del original, por la intangibilidad del soporte, y es así que se ha observado en el devenir forense, que las partes han acudido a la intervención notarial y la inspección judicial de la casilla de correo, que han resultado como las técnicas más apropiadas a sus efectos. No obstante ello, cuando se trata de los emanados de la contraria, el no desconocimiento en plazo, de su impresión, podrá permitir considerarlos auténticos (Cfm. "El correo electrónico como prueba documental" - Lucía Berro, Ileana Borbonet, Romina Romero, en Revista de Derecho y Tribunales, págs.175-187)."*

79 El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, en sentencia No. 81/2011, en un caso en el cual se solicitó la agregación de un correo enviado entre dos personas distintas a las partes del proceso, que fueron citadas como testigos y reconocieron dichos documentos y no formularon objeción a su agregación, entendió procedente su incorporación en la medida en que no se afectó ni el derecho de propiedad, ni el derecho intelectual del autor, ni el secreto seguridad e inviolabilidad de la correspondencia. Entendió el Tribunal que no se trata de prueba generada por la actora para su conveniencia, preconstituida, sino elaborada y dirigida entre personas distintas al proceso y su reconocimiento en audiencia descarta cualquier inviolabilidad.

El Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er Turno en sentencia No. 216/2003 y sentencia No. 267/2005 sostuvo que la obtención de registros de llamadas telefónicas en el propio hogar por parte de un cónyuge y sin autorización ni conocimiento del otro son prueba ilícita y por tanto inadmisibles en el proceso, por cuanto se vulnera el derecho a la intimidad de la cónyuge que mantuvo una conversación telefónica desde su casa con un tercero. En ese sentido, la Constitución establece que los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar o telegráfica o de cualquier otra especie son inviolables y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general. Disponibles en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/bjnpublica>.

80 Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2° turno, sentencias No. 158/2013 y 116/2016; Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7°, sentencia No. 182/2011, Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er Turno sentencia 220/2010, disponibles en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>.

81 Ver cuadro jurisprudencial pp. 40 de este trabajo.

En lo que refiere a filmaciones y grabaciones, la mayoría de los fallos jurisprudenciales relevados, vinculan su admisibilidad al conocimiento y/o consentimiento de los sujetos involucrados en la misma. Así en diversos fallos se ha considerado inadmisibile la incorporación de pruebas de este tipo cuando fueron realizadas sin el conocimiento de una de las partes, en virtud de que la forma en que se obtuvo la prueba contradice normas o principios constitucionales, como los que garantizan la protección de derechos humanos como la vida, la integridad física, la dignidad, la intimidad<sup>82</sup>.

Sin perjuicio de ello, destacamos el reciente fallo de la Suprema Corte de Justicia, al que ya nos referimos, que admitió como prueba la grabación de una conversación telefónica realizada por uno de los interlocutores fundándose en que no se violaba el derecho de intimidad, ni el secreto de las comunicaciones<sup>83</sup>.

En cuanto a la forma de agregación de archivos de imagen y sonido, obtenidos por ejemplo a través de grabación de las cámaras de seguridad, la jurisprudencia se ha mostrado abierta a su incorporación a través de un “CD” con la copia correspondiente para la parte. En cuanto a su ofrecimiento y agregación, la práctica forense aporta diversos mecanismos, entre ellas acompañar un “CD” que contenga la filmación o grabación con la demanda o la contestación y completar esta prueba, por ejemplo, acompañando un informe de la empresa de seguridad o monitoreo que realizó la filmación. También se ha reforzado esta prueba mediante la citación como testigo de un representante o técnico de la empresa encargada de la grabación a fin de que declare acerca de la fidelidad o autenticidad de la prueba, o ilustre a la sede acerca de la cadena de custodia o el grado de probabilidad o no de su adulteración.

Estas filmaciones, muchas veces son realizadas por empresas de seguridad y son conservadas durante determinado tiempo por las mismas. En la medida en que como vimos tratándose de la representación de un hecho plasmada en un documento digital estaríamos ante una clase de prueba documental, resultaría aplicable lo dispuesto por los arts. 167 y siguiente del CGP. En el caso pues estaríamos frente a una prueba documental en poder de un tercero por lo que correspondería reseñar en el acto de proposición su contenido y solicitar al tercero su agregación.

---

82 El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno, en sentencia No. 214/2001 sostuvo que los documentos cuando los confecciona una parte los realiza con conciencia y voluntad. En el caso de la grabación sin consentimiento, la persona grabada desconoce que lo está haciendo, de esta manera se están violentando principios constitucionales como la intimidad, y los derechos protegidos bajo el nomen iuris “derecho a la personalidad”, especialmente cuando la grabación no se dio en forma natural sino que fue premeditada para cumplir un fin determinado por lo cual la prueba resulta inadmisibile en atención a su ilicitud, disponibles en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>.

83 Sentencia No. 1.153/2019 dictada el 30 de mayo de 2019 por la Suprema Corte de Justicia disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>

**RELEVAMIENTO JURISPRUDENCIAL: ADMISIBILIDAD PRUEBA DIGITAL**

<b>ORGANO PODER JUDICIAL</b>	<b>NÚMERO DE SENTENCIA</b>	<b>BREVE REFERENCIA AL CASO</b>
Letrado Contencioso Administrativo	884/2019	Admitió mensajes de whatsapp reenviados entre las partes y terceros
Tribunal Apelaciones Trabajo 3o	88/2018	Rechazó impresión de captura de pantalla agregada con intervención notarial por carecer de requisitos para determinar su procedencia
Tribunal Apelaciones Trabajo 1º	152/2018	Rechazó impresión de pantallas de monitoreo. Debió agregarse en formato electrónico y ofrecer medios para su reproducción.
Tribunal Apelaciones Civil 3º	7-17/2017	Inadmisibles correos electrónicos enviados por una parte a terceros. Asimilación con cartas misivas.
Tribunal Apelaciones Trabajo 2º	0013-000116/2016	Admitió impresión mensajes whastapp, acoso laboral
Tribunal Apelaciones Trabajo 2º	76/2015	Admitió impresión página web emanada de 3º
Tribunal Apelaciones Civil 4º	0009-000080/2015	Admitió impresión correos electrónicos por no haber sido desconocidos
Tribunal Apelaciones Trabajo 3º	0014-000088/2015	Rechazó impresión mensajes de texto. Omisión de la parte, debió solicitar peritaje e informe del proveedor del servicio de telefonía
Tribunal Apelaciones Trabajo 2º	0013-000158/2013	Rechazó mensajes de texto como medio hábil para probar intimación a reintegro en caso de abandono del cargo
Tribunal Apelaciones 2º Turno	0005-000170/2013	Rechazó impresión correos electrónicos. Exige intervención notarial, pericial o inspección judicial
Tribunal Apelaciones 6º Turno	63/2013	Admitió validez de contrato celebrado por medios electrónicos
Tribunal Apelaciones 6º Turno	81/2011	Admitió ingreso de correos electrónicos intercambiados entre terceros ajenos al proceso
Tribunal Apelaciones 7º Turno	182/2011	Admitió mensajes impresos whatsapp en acoso laboral
Tribunal Apelaciones Familia 1º	220/2010	Admitió mensajes impresos whastapp en violencia doméstica

**RELEVAMIENTO JURISPRUDENCIA: PRUEBA ILÍCITA**

<b>ORGANO</b>	<b>NÚMERO DE SENTENCIA</b>	<b>BREVE REFERENCIA AL CASO</b>
Suprema Corte de Justicia	1.153/2019	Admitió grabación, no es subrepticia si la agrega uno de los interlocutores
Tribunal Apelaciones Familia 2°	77/2018	Rechazó grabación entre cónyuges por ser realizada sin consentimiento de uno de ellos
Tribunal Apelaciones Trabajo 1°	398/2017	Admitió filmación realizada con cámara instalada en lugar de trabajo, implica conocimiento del empleado
Tribunal Apelaciones Trabajo 2°	0013-000016/2014	Admitió agregación CD con filmación en lugar de trabajo, acredita notoria mala conducta
Tribunal Apelaciones Civil 4°	009-000210/2013	Rechazó grabación en pen drive, no se citó como testigos a los participantes. Inadmisible por clandestina
Tribunal Apelaciones Familia 1°	216/2013	Rechazó grabación telefónica entre cónyuges sin conocimiento de uno de ellos
Tribunal Apelaciones Trabajo 1°	439/2012	Rechazó filmación realizada sin conocimiento de la parte
Tribunal Apelaciones Civil 5°	204/2011	Rechazó grabación telefónica por ilícita
Tribunal de lo Contencioso Administrativo	591/2011	Admitió la grabación realizada por el deudor demandado de reunión con contadores del ente recaudador actor en el proceso.
Tribunal Apelaciones Familia 1°	267/2005	Rechazó por ilícita, grabación realizada sin consentimiento, proceso divorcio por adulterio.
Tribunal Apelaciones 6° Turno	63/2013	Admitió validez de contrato celebrado por medios electrónicos
Tribunal Apelaciones 6° Turno	81/2011	Admitió ingreso de correos electrónicos intercambiados entre terceros ajenos al proceso
Tribunal Apelaciones 7° Turno	182/2011	Admitió mensajes impresos whatsapp en acoso laboral
Tribunal Apelaciones Familia 1°	220/2010	Admitió mensajes impresos whastapp en violencia doméstica

**3.5 Valoración de la prueba digital.**

En lo que refiere a la valoración de la prueba digital tenemos que distinguir distintas hipótesis en función de la regulación normativa vigente.

En cuanto al documento electrónico, tanto privado como público, con firma digital avanzada, conforme lo establecido en el art. 6 de la Ley 18.600 "(...) *tendrá idéntico valor probatorio al documento público o al documento privado con firmas certificadas en soporte papel*".

Por lo cual para la valoración de este medio de prueba se aplica el criterio denominado prueba legal o tasada previsto en los arts. 1574 y siguientes del Código Civil y art. 170 del CGP, que implica que es la ley quien determina la eficacia probatoria.

Si, además, en el documento consta un fechado electrónico otorgado por un prestador de servicios de certificación acreditado hará fe respecto de su fecha<sup>84</sup>.

Distinto valor probatorio tiene el documento electrónico con firma electrónica no avanzada o común. En este caso, según lo establece el art. 5 de la Ley 18.600 se equipara en cuanto a su valor probatorio al documento privado<sup>85</sup>.

Por lo cual a fin de determinar el valor probatorio de este documento corresponde aplicar el art. 170.2 del CGP en cuanto establece que si el documento privado emana de las partes se tendrá por auténtico, salvo que se desconozca su firma, si está suscripto, o la autoría si no lo están, o se impugne mediante tacha de falsedad.

En consonancia con lo dispuesto por la norma procesal, la Ley 18.600 prevé que en caso de ser desconocida la firma electrónica por una de las partes, corresponde a la otra parte probar su validez.

De la jurisprudencia relevada se extrae que esta misma regla de apreciación probatoria rige para todos los medios de prueba digitales emanados de las partes en aplicación del art. 170.2 del CGP, por tanto se presumen auténticos si no se desconoce su autoría o solicita su tacha por falsedad (art. 172 del CGP) en las oportunidades procesales correspondientes, por lo cual adquieren autenticidad ante la falta de oposición<sup>86</sup>.

En el caso de los correos electrónicos se relevan en jurisprudencia casos donde se exige la existencia de firma digital para que sean valorados como documentos privados<sup>87</sup> y en otros se sostiene que la firma es un elemento de autenticidad o certificación, por lo cual ante su ausencia el correo carece de la calidad de documento privado<sup>88</sup>.

En cuanto a la oportunidad para impugnar el documento, ésta dependerá de etapa en que el mismo se incorpore jurídicamente al proceso. Así, si es agregado con la demanda o reconvenición deberá ser impugnado al contestarlas (Art.171 inc. 1, 130.2 y 136.2 CGP).

84 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º, SEF-0009-000210/2014 No puede negarse que el documento es un documento público, ya que proviene del sistema informático de la División Recursos Humanos del MSP – ASSE, ajustándose al art. 1574 del Código Civil. No es quien ofrece el documento electrónico público quien tiene la carga de probar su autenticidad, sino el demandado de probar su falsedad. Disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>.

85 El art. 5 de la Ley 18.600 establece que la firma electrónica tendrá eficacia jurídica cuando fuese admitida como válida por las partes que la utilizan o haya sido aceptada por la persona ante quien se oponga el documento firmado electrónicamente. Se respetará la libertad de las partes para concertar de común acuerdo las condiciones en que aceptarán las firmas electrónicas, conforme a la presente normativa.

86 Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º turno, sentencia 143/2018 disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>. En este sentido se pronunció el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno en sentencia 80/2015. Sostuvo el tribunal que el no desconocimiento en plazo, de su impresión determina que se consideren auténticos Los agravios propuestos al impugnar la sentencia definitiva respecto de la valoración de dicho medio probatorio, además de ser extemporáneos, resultan de franco rechazo. Asimismo la respuestas evasivas dada por el representante de la parte demandada, quien no desconoció en forma expresa el envío de dicho mail, sino que brindó respuestas evasivas ante las preguntas de la Sede en relación al mail enviado confirman su envío.

87 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º turno, sentencia 0005-000048/2014. Sostuvo que el correo electrónico carente de firma digital, es evidente que no puede otorgársele valor de convicción preeminente puesto que el elemento de autenticación o certificaciones un requisito esencial de autenticidad, pero no existe impedimento para que se los tome en cuenta como medio de prueba, considerándoselos principio de prueba por escrito". El hecho de que no estén firmados no les permite alcanzar la categoría de documento privado, pero es admisible su presentación en juicio, siendo relevante el emanar de la contraparte y la ausencia de puntual impugnación o desconocimiento.

88 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º turno, sentencia 7-17/2017.

Si el documento se agrega con la contestación de la demanda o de la reconvencción o en cualquiera otra oportunidad admisible (118.3 CGP), debe ser desconocido dentro de los seis días a contar de la notificación de la providencia que ordena agregación (87 numeral. 4 y art. 171 inc. 2 CGP) o en la audiencia, si se agregó en dicha oportunidad.

En el caso de los documentos digitales, a diferencia de los documentos escritos, se plantea la dificultad para determinar la oportunidad en que deben impugnarse cuando son agregados en soporte digital y ello porque no resulta posible conocer su contenido hasta que se produzca su diligenciamiento. La parte, puede no estar en condiciones de conocer el documento hasta que se produzca en audiencia, por ejemplo la reproducción de una grabación o filmación que requiere necesariamente su exhibición por el medio técnico en audiencia.

En el Proceso Ordinario la oportunidad procesal para producir la prueba es en la Audiencia Complementaria, no obstante, el tribunal se pronuncia sobre su admisibilidad, con anterioridad, en la Audiencia Preliminar, conforme lo establece el art. 341 numeral 6 del CGP.

Por lo cual, tanto el tribunal como las partes deberían poder conocer el contenido del documento digital agregado como original (filmación o grabación) para pronunciarse sobre su admisibilidad y en su caso, tener la oportunidad de manifestar su desconocimiento o alegar su falta de autenticidad, siendo necesario para ello su producción en la Audiencia Preliminar<sup>89</sup>.

En el caso de que la prueba digital emane de un tercero, aplicando analógicamente el art. 170.3 del CGP quedarán sujetos en su apreciación a las reglas de la sana crítica<sup>90</sup>. Sin perjuicio de ello, se observa que la jurisprudencia ha considerado que el valor probatorio se puede ver reforzado citando como testigo al autor del documento.

En síntesis fuera de la hipótesis prevista por la Ley 18.600 para los documentos electrónicos públicos o privados con firma avanzada, la prueba digital será valorada siguiendo las reglas de la sana crítica conforme lo establecido por el art. 140 del CGP<sup>91</sup>.

Nuestra doctrina y jurisprudencia han expuesto que las reglas de la sana crítica forman un estándar jurídico que abarca todo el campo de la prueba. Su valor como tal radica en que consisten en una parte suficientemente precisa (las reglas de la lógica formal) y en torna lo suficientemente plástica (las máximas o advertencias de la experiencia del

---

89 Una dificultad adicional se plantea en el proceso extraordinario (art. 346 y 347 CGP) y en el proceso laboral (art. 13 Ley 18.572 en la redacción dada por la Ley 18.847) en los cuales el juez se pronuncia sobre la admisibilidad de los medios probatorios fuera de audiencia.

90 El Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2º Turno, en sentencia No. 76/2015 admitió la impresión en soporte papel de una página web emanada de un tercero en función de que la parte no había cuestionado la existencia de la página sino su contenido por lo cual la eficacia convictiva queda librada a la sana crítica de acuerdo al sistema general de valoración de la prueba.

La autenticidad se resuelve en la sentencia definitiva junto a los restantes elementos de prueba

91 El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º Turno, en sentencia No. 182/2011 en proceso referido a un acoso sexual laboral mediante mensajes de texto enviados por whatsapp por un jerarca a su dependiente, sostuvo que éstos debían ser valorados por las reglas de la sana crítica, en conjunto con restantes elementos probatorios, entre ellos los testimonios brindados en el expediente.

juez) como para procurar la justicia de las situaciones especiales. La sana crítica configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última<sup>92</sup>.

A nivel de jurisprudencia extranjera se han establecido diversas pautas para la valoración de la prueba electrónica.

Así los tribunales españoles han dicho que una captura de pantalla puede constituirse como prueba digital, como una conversación de whatsapp en el proceso laboral cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la conversación; cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido; cuando se comprueba su realidad mediante cotejo con el otro terminal implicado (exhibición); cuando se practique una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores<sup>93</sup>.

GÓMEZ FRODE<sup>94</sup> analizando el sistema de valoración de la prueba electrónica en el sistema iberoamericano destaca que: *“(...) en muchos países de tradición hispánica es el de la libre valoración de la prueba bajo las reglas de la sana crítica y adminiculación de las pruebas. El juez además puede contar con el apoyo del perito informático que acredita la existencia o no de manipulación del medio de prueba y con el apoyo de un prestador de servicios de certificación, determina la integridad de los datos y la corrección del origen de los mismos. Es decir, el valor probatorio de la evidencia digital dependerá del procedimiento elegido para su aportación en el juicio, así como las garantías ofrecidas para la verificación judicial de su autenticidad de integridad de la evidencia. Si del cotejo no se dedujera la autenticidad de una prueba electrónica el tribunal debería valorarla conforme a los principios de la sana crítica sin perjuicio de utilizar también testimoniales, interrogatorios a las partes y reconocimientos judiciales”*.

#### 4. CONCLUSIONES

Del análisis realizado, podemos concluir que las nuevas tecnologías han impactado de la siguiente manera en el proceso judicial civil:

1. La regulación legal de la prueba digital resulta insuficiente, especialmente en lo que refiere a los aspectos procesales vinculados a la forma de agregación, control de admisibilidad y valoración. No obstante, ello no ha sido un impedimento para su incorporación al proceso.

2. La ausencia de un régimen procesal que regule la prueba digital ha provocado la adopción de criterios jurisprudenciales disímiles, especialmente en cuanto a la forma de su agregación al proceso, así como respecto a su admisibilidad y valoración.

3. Estimamos que resulta necesario establecer un marco normativo que regule la prueba digital, de manera de garantizar el derecho a la prueba.

92 VESCOVI y coautores, ob cit tomo 4, pp. 114-115

93 GOMEZ FRODE, Carina, ob cit pp. 375

94 GOMEZ FRODE, Carina, ob cit pp. 376.

4. La incorporación del expediente digital u otra modalidad de registro fehaciente permitirá adecuar la tramitación del proceso a los avances tecnológicos, facilitando la agregación de la prueba almacenada en dispositivos electrónicos, o comunicaciones transmitidas por medios electrónicos, informáticos o telemáticos producidos a partir de las nuevas tecnologías.

5. Nos inclinamos a favor de flexibilizar los criterios dominantes en jurisprudencia en cuanto a la exclusión de la prueba digital por razones de violación de la intimidad o privacidad de manera de lograr una real ponderación de todos los derechos fundamentales involucrados en el proceso, sin anular ninguno de ellos.

6. Mientras no se legisle, entendemos que deberían aplicarse las normas vigentes priorizando el derecho a probar, ínsito en el debido proceso, a fin de lograr que el proceso sea el medio de realización de la justicia.

## BIBLIOGRAFÍA

ABAL, Alejandro(2017). *“El CGP de Uruguay y los medios de prueba no previstos en Estudios de Derecho Procesal”*. Estudios en homenaje a Eduardo J. Couture, Tomo I, La Prueba en el proceso, Coordinadores AngelLandoni Sosa y Santiago Pereira Campos, La Ley Uruguay.

ARMENTA DEU, Teresa, *“La Prueba ilícita. (Un estudio comparado)”*. Marcial Pons, Segunda edición, Madrid (2011)

CHIOVENDA, (1954) Giuseppe, *“Instituciones de Derecho Procesal Civil”*, tomo III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

COUTURE, Eduardo J. (1981), *“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”*, Ediciones de Palma, Buenos Aires.

DE HEGEDUS, Margarita y SEINES, Valeria, (2018) Informe Nacional Uruguay, II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y International Association of Procedural Law, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona.

DELPIAZZO, Carlos, (2002). *El documento y la firma ante las N.T.I. en Uruguay*, XI Jornadas Nacionales y XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

DENTI, Vittorio. (1974) *“Estudios de Derecho Probatorio”*, traducción de Santiago SentisMelendo y Tomas A Banzhaf (1974), Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, pp. 271

DEVIS ECHANDÍA (1981) *“Teoría General de la prueba judicial”* (1981), tomo I, 5ª. Edición, Víctor P. de Zabalía, Buenos Aires.

EYNER ISAZA, Henry (2014) *“La Prueba Ilícita y Sistema Iberoamericano (2014), Ediciones Nueva Jurídica, Colombia.*

GONZÁLEZ, MARÍA EUGENIA (2017), *Documento digital ¿Cómo se incorpora un documento digital al proceso? Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Eduardo J. Couture, Tomo I, La prueba en el Proceso, La Ley Uruguay.*

GUIMARAES RIBEIRO, DARCI (2019) , *“La prueba digital”*. La prueba: teoría y práctica. Sello Editorial Universidad de Medellín, Colombia, pp. 528.

KIELMANOVICH, Jorge (1996). *“Teoría de la prueba y medios probatorios”*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 56 y 57.

LANDEIRA, Raquel, (2011), *La Modernización de la Gestión de la Justicia Civil en Uruguay*, Modernización de la Justicia Civil, Montevideo, Universidad de Montevideo.

MARINONI GUILHERME, Luiz y CRUZ ARENHART, Sérgio, (2015) *“La Prueba”*, traducido por NuñezAvila, René Luis, Thomson Reuters, Chile.

ORTELLS RAMOS, Manuel. (2004) *“Derecho Procesal Civil”*, 5ª edición Editorial Aranzadi S.A., España.

PAGES LLOVERAS, Roberto M. (2017) *“La prueba digital en la era digital”*. Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture, Tomo I, La Prueba en el proceso, Coordinadores AngelLandoni Sosa y Santiago Pereira Campos, La Ley Uruguay,

PICO I JUNOY, Joan.(1996) *“El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil”* (1996), JM Bosch Editor, Barcelona.

PRIORI POSADA, Giovanni F. (2018). *“Reglas de exclusión probatoria y prueba ilícita en Iberoamérica: un reporte desde el derecho fundamental a probar”*, II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y International Association of Procedural Law, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona.

TARIGO, Enrique E, (1998) *“Lecciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código”*, Tomo II, 2ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

VESCOVI, Enrique (Dirección), DE HEGEDUS, Margarita, KLETT, Selva, CARDINAL, Fernando, SIMÓN, Luis M. , PEREIRA, Santiago. (1998) *Código General del Proceso, Comentado, anotado y concordado, Tomo 4, Editorial Abaco, Buenos Aires, pp. 313.*

VESCOVI, Enrique (1960) *“Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita”* La Justicia Uruguaya, Sección Doctrina, Tomo LXX, Montevideo.

VIERA, Luis A. (1987) *La Prueba disponible en Curso de Derecho Procesal, Tomo II, 2ª edición actualizada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.*



## MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

*BAEZA, María Manuela;*  
*BERRIOLO ÁLVAREZ, Joaquín;*  
*PEREIRA BRAUSE, Pablo*

**La sospecha del incumplimiento. Análisis bajo la convención de naciones unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías**



# LA SOSPECHA DEL INCUMPLIMIENTO. ANÁLISIS BAJO LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.

MARÍA MANUELA BAEZA\*, JOAQUÍN BERRIOLO ÁLVAREZ\*\*  
Y PABLO PEREIRA BRAUSE\*\*\*

**RESUMEN:** En el presente trabajo, se analiza la sospecha de no conformidad de los bienes entregados como causal de incumplimiento bajo la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Partiendo de una exégesis de la Convención y de su aplicación a nivel local, se analiza la obligación del vendedor de entregar bienes conformes. Posteriormente se estudia la evolución de doctrina y jurisprudencia a nivel comparado, que primero bajo determinados supuestos pero cada vez más ampliamente acepta a la sospecha de defectuosidad de los bienes como invirtiendo la carga probatoria -debiendo el vendedor disiparla- o, en su defecto, posibilitando la resolución del contrato. Se concluye que se trata de un instrumento aún discutido, pero cuya existencia presenta una evidente utilidad práctica que debe ser tenida en cuenta por los operadores jurídicos locales.

**PALABRAS CLAVE:** Sospecha, incumplimiento, compraventa internacional de mercaderías, conformidad, 16.879, CNUCCIM

**SUMARIO.** 1. La CNUCCIM. 1.1 Introducción a la Convención. 1.2 Antecedentes generales. 1.3 Estructura de la Convención. 1.4 Importancia de la CNUCCIM. 1.5 La Convención en Uruguay. 2. La sospecha como causal de incumplimiento. 2.1 Obligación del vendedor de entregar bienes conformes. 2.2 El riesgo a la salud pública y el potencial de reventa. 2.3 Sospecha basada en hechos. Primeros desarrollos. 2.4 Consecuencias de la sospecha. Teorías divergentes. 3. Quántum del riesgo aceptable en jurisprudencia internacional. 3.1 Argentinean Rabbit Meat Case. 3.2 Austrian Wine Case. 3.3 Mussels Case. 3.4 Granulated Plastic or PVC Case. 3.5 Consideraciones generales. 4. Conclusión.

---

\* Estudiante de quinto año de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1058-8330>. [mmbaeza@correo.um.edu.uy](mailto:mmbaeza@correo.um.edu.uy)

\*\* Estudiante de cuarto año de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3225-3526>. [jberriolo@correo.um.edu.uy](mailto:jberriolo@correo.um.edu.uy)

\*\*\* Estudiante de cuarto año de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9947-5636>. [ppereira2@correo.um.edu.uy](mailto:ppereira2@correo.um.edu.uy)

# 1. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (CNUCCIM O LA CONVENCIÓN)

## 1.1 Introducción de la Convención

En aras de unificar la legislación aplicable a los contratos internacionales se adopta en el año 1980 la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. En vigor a la fecha para 93 Estados<sup>1</sup>, gobernando así para una proporción significativa del comercio mundial, cubriendo más del 80 por ciento del comercio global<sup>2</sup>.

El caleidoscopio de tradiciones jurídicas que caracteriza a los países que han suscrito y ratificado la Convención, es uno de los factores más valiosos de la misma. Sin distinción de posición económica y política, la CNUCCIM ha sido ratificada por países de corte civil romanista, países del *common law* y de tradiciones islámicas, así como por países con economías centralizadas y planificadas, pero también por aquellos de corte capitalista liberal, por países industrializados y exportadores de bienes con alto componente tecnológico, como también por países menos desarrollados cuya economía depende de la exportación de materias primas<sup>3</sup>.

El comercio internacional puede verse obstaculizado por la diversidad de criterios legislativos de cada Estado, enlenteciendo las operaciones de intercambio y dificultando la solución de controversias. De este modo, la Convención resulta un punto de unión de las diferentes escuelas jurídicas, permitiendo hablar un lenguaje común, introduciendo conceptos universales y minimizando así el conflicto de leyes.

## 1.2 Antecedentes generales

Como antecedente inmediato a la Convención podemos señalar la labor del Instituto para la Unificación del Derecho Privado, (*UNIDROIT*)<sup>4</sup> creado con la finalidad de unificar la legislación del Derecho privado internacional. En el año 1964 en la Conferencia de La Haya, se aprueba la Ley uniforme sobre la formación de los contratos de venta internacional de objetos muebles corporales (*ULIS* por sus siglas en inglés) y la Ley uniforme sobre formación de contratos de venta internacional de objetos muebles corporales.<sup>5</sup>

Ambas leyes uniformes innovaron en el sentido de alejarse de la legislación interna de los países, buscando universalizar conceptos. Sin embargo, la poca representación de países distintos a los europeos llevó al fracaso de ambos proyectos ya que sólo fueron ratificadas por nueve Estados. No obstante, a pesar de dicha frustración, conforman la “piedra angular sobre la que se erige la Convención de Viena”<sup>6</sup>.

1 Página oficial de las Naciones Unidas, disponible en:

[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=X-10&chapter=10&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-10&chapter=10&clang=_en)

2 SCHMIDT-AHRENDTS, Nils, *CISG and Arbitration*, Belgrade L. Rev., 2011, pp. 211-220.

3 GARRO Alejandro M. y ZUPPI Alberto L., *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, *Pace Law of International Commercial Law*, 1997

4 International Institute for the Unification of Private Law

5 J.H. BRUNNER Christoph, 'Introduction', en Christoph J.H. Brunner and Benjamin Gottlieb (eds), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Kluwer Law International 2019, pág. 3 y 4,

6 OVIEDO ALBÁN Jorge, *La Convención sobre compraventa internacional de mercaderías*, pág. 9. Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.pdf>

El 11 de abril de 1980 se aprobó la Convención en la ciudad de Viena, con la presencia de 62 Estados y de organizaciones internacionales como el Banco Mundial, la Cámara de Comercio Internacional y el Instituto UNIDROIT. Los textos auténticos están en idioma inglés, francés, español, ruso, árabe y chino. En conformidad a lo dispuesto en su artículo 99, la Convención entró en vigor el 1° de enero de 1988.<sup>7</sup>

La contraparte más cercana a un comentario oficial sobre la CNUCCIM lo encontramos en el *Secretariat Commentary*, que, si bien no tiene carácter oficial es quizás uno de los elementos más prestigiosos entre los *travaux préparatoires* y más importantes en la historia legislativa de la CNUCCIM. Al estudiar la *Secretariat Commentary* se debe tener en cuenta que trata sobre el borrador de 1978 de la Convención por lo que los artículos a los que referencia pueden cambiar de numeración o incluso puede variar levemente su contenido<sup>8</sup>. A pesar de haberse escrito hace más de 40 años, es sin lugar a duda el instrumento interpretativo de mayor relevancia esgrimido por la jurisprudencia y la doctrina.<sup>9</sup>

### 1.3 Estructura de la Convención

La CNUCCIM se estructura en cuatro partes: la Parte I establece la esfera de aplicación de la Convención y previsiones generales; la Parte II rige acerca de la formación de los contratos, la Parte III establece normas legales sustantivas sobre la venta de mercadería y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador, por último, la Parte IV incluye las previsiones finales.

La Convención se aplica, según su artículo 1, cuando las partes en un contrato de compraventa de mercaderías tengan sus establecimientos en Estados contratantes diferentes o cuando las reglas de derecho internacional privado contemplen la aplicación de la ley nacional de uno de los Estados contratantes.

La Convención no regula todos los aspectos relativos a los contratos de compraventa de mercadería, a modo de ejemplo, no existen previsiones en ella acerca de la validez o de la transmisión de la propiedad, ni sobre la responsabilidad del vendedor por la muerte o lesiones físicas causadas por las mercaderías; tampoco existe una solución en blanco y negro, como adelantamos, sobre la sospecha como causal del incumplimiento en las compraventas internacionales de mercaderías.

### 1.4 Importancia de la CNUCCIM

Debido a su amplio reconocimiento internacional, las normas de la CNUCCIM pueden considerarse evidencia *prima facie* de principios generales de derecho sobre los contratos de compraventa internacional o incluso sobre otro tipo de contratos cuando corresponda<sup>10</sup>.

7 J.H. BRUNNER Christoph, 'Introduction', en Christoph J.H. Brunner and Benjamin Gottlieb (eds), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Kluwer Law International 2019, págs. 10 -11

8 JANSSEN Andre y MEYER Olaf, *CISG Methodology*, 2009. pág. 102.

9 JANSSEN Andre y MEYER Olaf, *op.cit.* pág. 102.

10 ICC Case No. 9474 of Feb. 1999 (*ICC Bull.* 2001, 60-61; UNILEX),

A su vez, la extensa jurisprudencia y doctrina que se ha pronunciado sobre la aplicación e interpretación de la CNUCCIM le otorga una previsibilidad razonable<sup>11</sup>, lo que conduce a facilitar la labor del tribunal y garantizar mayor certeza jurídica.

La aplicación de la CNUCCIM como un instrumento regulador de los contratos de compraventa internacional de mercaderías, ha permitido a empresas que comercializan con diferentes países del globo unificar el marco legal aplicable a sus contratos; lo cual posibilita partir de una estructura clara y enfocada especialmente al comercio internacional cuya perspectiva puede difuminarse en el derecho doméstico.<sup>12</sup>

### 1.5 La Convención en Uruguay

En noviembre de 1997 Uruguay aprueba por Ley N° 16.879<sup>13</sup> la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Tal como enseña Fresno los Estados que ratifican la Convención aceptan el principio de aplicación implícita de los usos comerciales en los contratos previsto en el artículo 9.2 de la Convención; los límites a esta aplicación será el derecho interno según las normas de derecho internacional privado<sup>14</sup>.

Siguiendo a dicha autora, cuando la Convención no ofrece una respuesta exacta debemos acudir a los principios comprendidos en ella. A modo de ejemplo, menciona el artículo 7.1 de la Convención el cual vela por aplicar la misma siempre teniendo en cuenta su internacionalidad y promoviendo su uniformidad.<sup>15</sup>

Adicionalmente menciona, como principios rectores de la Convención el principio de buena fe y de intercambio de información. El principio de buena fe, como explica Fresno, es un principio primordial por tanto ofrece a los jueces la suficiente flexibilidad para evitar resultados injustos<sup>16</sup>.

Puede suceder, que una compraventa internacional quede fuera del ámbito de aplicación de la Convención, por lo que se deberá recurrir a las normas internas del Estado donde se plantea la cuestión. En Uruguay, dentro de la fuente interna encontramos el artículo 2399 del Código Civil y dentro de la fuente internacional será de aplicación el artículo 33 y siguientes del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 o de 1940 en el artículo 37 y siguientes. Bajo esta normativa, la existencia, validez, naturaleza y efectos de los contratos se rigen por la ley del lugar de cumplimiento.<sup>17</sup>

11 J.H. BRUNNER Christoph, 'Introduction', en Christoph J.H. Brunner and Benjamin Gottlieb (eds), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Kluwer Law International 2019, págs. 10 -11

12 J.H. BRUNNER Christoph, 'Introduction', en Christoph J.H. Brunner and Benjamin Gottlieb (eds), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Kluwer Law International 2019, págs. 10 -11

13 Uruguay, Poder Legislativo, *Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería*, Ley N° 16.879, publicada en el Diario Oficial el 3 de noviembre de 1997.

14 FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Tomo II, Volumen 2. (2009). FCU, Montevideo Uruguay. Pág. 223

15 FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, op., cit., p. 224

16 FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. op., cit., p. 225

17 FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. op. cit., p. 227

El hecho de que Uruguay haya ratificado la Convención, aprobando una ley que expresamente reconoce la vigencia de la misma, deja poco margen a discusiones sobre su aplicabilidad. Sin embargo, lo que termina sucediendo es que la aplicación de la CNUC-CIM dependerá de la casuística del contrato. La sentencia más reciente que se ha pronunciado sobre la aplicabilidad de la Convención emana del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º turno el cual establece y cito: “Pues entonces, ubicados los domicilios de las partes contratantes en diversos Estados (Uruguay y Argentina), ratificantes de la Convención citada y no excluida por las partes su aplicación; se impone la calificación negocial de los contratos celebrados entre ambas como contratos de compraventa internacional de mercadería”<sup>18</sup>. Reconoce no solamente su vigencia, sino que interpreta el artículo 1 de la misma para concluir su aplicabilidad.

Asimismo, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º<sup>19</sup> turno ha confirmado la decisión del tribunal *a quo* que resolvió la rescisión del contrato de compraventa de mercaderías celebrado entre las partes conforme a los artículos 9, 13, 45 a 52 de la CNUCCIM sobre la base de que la parte demandada incumplió el contrato al no haber entregado la mercadería ni en tiempo ni en forma. Se aplica la Convención para resolver sobre el derecho de fondo remarcando la materialidad de las normas de la Convención.

Carlos Álvarez Cozzi<sup>20</sup> destaca la aplicabilidad de la Convención en nuestro país deteniendo su estudio en el artículo 6 de la Convención, el cual consagra la validez de la autonomía de la voluntad de las partes concluyendo que se trata de un “valioso instrumento internacional”. Agrega que esta característica es, al decir de Goldschmidt, “un traje a medida” para las partes, permitiendo ajustar la regulación de acuerdo a sus necesidades.

Ruben Santos Belandro estudia el ámbito de aplicación de la Convención en razón del espacio y lo explica desde el punto de vista de la internacionalidad. Entiende que un contrato de compraventa internacional de mercaderías debe ser calificado como internacional cuando existan elementos de extranjería suficiente<sup>21</sup>. Desarrolla una serie de criterios a los cuales denomina objetivos, subjetivos y mixtos; sin embargo concluye que el artículo 11 de la Convención de Viena adopta una solución “rígida, tajante, que tiene a su favor la claridad en su inteligencia y en su aplicación” ya que la internacionalidad será evaluada exclusivamente en función del lugar en el que las partes estén establecidas, es decir, la Convención aplica cuando los establecimientos de los sujetos estén ubicados en Estados contratantes diferentes.<sup>22</sup>

La Convención, sin embargo, amplía su radio de acción al establecer en su artículo 1.b que ésta se aplicara igualmente “cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante”.<sup>23</sup>

18 Uruguay, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º turno, Sentencia Nº 33/2020, 26 de febrero de 2020.

19 Uruguay, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7ª turno, Sentencia Nº 78/2015, 30 de abril de 2015.

20 ÁLVAREZ COZZI, Carlos, “Compraventa Internacional de Mercaderías”, UY/DOC/414/2010. Disponible en: la Ley Online.

21 SANTOS BELANDRO, Ruben, “Uruguay ratifica la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Nº 3, 1999, p. 13.

22 SANTOS BELANDRO, Ruben, op., cit., p. 30 y 31.

23 SANTOS BELANDRO, Ruben, op., cit., p. 34.

Cabe mencionar el hecho de que Uruguay no ha formulado ninguna de las reservas que la Convención de Viena reconoce. La posibilidad de interponer reservas se encuentra “severamente limitada”, al decir de Santos Belandro<sup>24</sup>, por el artículo 98 de la misma.

## 2. LA SOSPECHA COMO CAUSAL DE INCUMPLIMIENTO

### 2.1 Obligación del vendedor de entregar bienes conformes

Como se dijera, y siguiendo a Santos Belandro, la CNUCCIM fue concebida con la aspiración de “adoptar normas uniformes” para así “eliminar los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional.”<sup>25</sup> Sin embargo, no aborda todos los aspectos concernientes a los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Es por ello que se hace necesaria una aplicación uniforme a través de la multiplicidad de ordenamientos y sistemas judiciales que diariamente aplican sus disposiciones, como la misma Convención lo reconoce en su séptimo artículo. Eso implica una necesaria observancia del derecho comparado y de las evoluciones doctrinarias y jurisprudenciales que se suceden en el tiempo, a las que el Uruguay no puede ser ajeno.

Stefan Kroll, catedrático de Resolución Internacional de Conflictos en la Universidad Bucerius de Hamburgo, ha afirmado que en la práctica, “las disputas sobre la conformidad de los bienes son probablemente la causa más frecuente de las acciones legales.”<sup>26</sup> Por tanto, no es de sorprender que gran parte de sus disposiciones estén abocadas a esa materia.

Uno de los aspectos medulares de los que se ocupa la Convención radica en las obligaciones del vendedor de entregar la cosa junto con la documentación pertinente y transferir la propiedad (arts. 30 y ss.).

El artículo 35.1 precisamente preceptúa que el vendedor debe “entregar mercaderías cuya calidad, cantidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato.”

El artículo 35.2 establece directrices para interpretar los términos algo genéricos del numeral precedente. Así, dispone que, salvo pacto en contrario, las mercaderías no se reputarán conformes a menos que: A) sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo; B) sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato; C) posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador; o D) que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías.

Pilar Perales-Viscasillas, catedrática de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid, afirma que esta cláusula es de gran relevancia práctica, dado que “a falta de acuerdo entre las partes, lo que no es infrecuente, ya que las partes realizan descripciones generales o no proporcionan la suficiente información (...) la Convención vuelve a establecer sus pro-

24 SANTOS BELANDRO, Ruben, op., cit., p. 14

25 SANTOS BELANDRO, Ruben, op., cit., p. 39

26 KROLL, Stefan, “The Burden of Proof for the Non-Conformity of Goods under Art. 35 CISG”, en *Belgrade Law Review*, Nº 3, 2011, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kroll2.html>.

*pias reglas dispositivas, ya que el principio es que aun cuando nada se haya pactado, el comprador tiene derecho a recibir mercaderías que correspondan a una determinada calidad.*"<sup>27</sup>

Por su parte, el artículo 36, que será importante al analizar supuestos de sospecha de incumplimiento infra, establece que *"el vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento."*

Sobre este punto, Schlechtriem comenta que *"la mercadería debe ser de conformidad al tiempo en el que el riesgo se transfiere al comprador. En caso contrario, el vendedor es responsable sin importar cuándo se descubra dicha deficiencia."*<sup>28</sup>

Las obligaciones del vendedor deben ser contrarrestadas con el deber del comprador, establecido en el artículo 38.1, de *"examinar o hacer examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias."* Sin perjuicio de ello, y como fuera visto, incluso habiendo realizado un examen de los bienes, el comprador conserva el derecho de reclamar por faltas de conformidad preexistentes a la transferencia del riesgo.

El estándar requerido para el examen antedicho fue reseñado por Lookofsky, profesor emérito de la Universidad de Copenhague, Dinamarca. El catedrático definió dicho estudio como aquel *"razonable dadas las circunstancias, no uno que pudiera revelar todo defecto posible"*, razonando que *"no se puede pretender que un comprador que no tenga habilidad técnica ni equipamiento especializado pueda realizar una pericia en busca de vicios ocultos solo descubribles por dichos medios técnicos."*<sup>29</sup>

Completando el análisis, tanto doctrina como la jurisprudencia que señalamos más abajo han aceptado que el comprador tiene la carga de probar la alegación de la falta de conformidad del bien. Así, Kroll sostiene que se debe aplicar el principio de *actori incumbit probatio*, y que *"cada parte debe probar los requisitos fácticos subyacentes en su pretensión."*<sup>30</sup>

27 PERALES-VISCASILLAS, Pilar, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías*, Madrid, 2001, ¶ 161, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>. Para Ziegel, *"desde el punto de vista práctico, el artículo 35 es uno de los más importantes de la Convención"*, ya que se establecen, además de las obligaciones explícitamente asumidas, *"las obligaciones implícitas del vendedor con respecto a la aptitud general y particular de las mercaderías."* Honnold secunda esta afirmación, expresando que el artículo 35 *"representa una de las ideas más claras que se han desarrollado para definir la responsabilidad del vendedor."*

ZIEGEL, Jacob, *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/articles/english2.html>. HONNOLD, John, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, ¶ 225, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>.

28 SCHLECHTRIEM, Peter, *The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* ¶ 6.03, disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem10.html>

Peter Schlechtriem (1933-2007) fue profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Friburgo, Alemania, y formó parte de la delegación alemana que concurrió a Viena en 1980 a redactar la CNUCCIM. Escribió múltiples obras de la materia y es uno de los autores más consultados a nivel mundial.

29 LOOKOFSKY, Joseph, *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2000, disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/loo38.html>

En la misma tónica, Kennedy ha entendido que *"el comprador debe llevar a cabo una inspección razonable dadas las circunstancias. No se puede exigir del comprador llevar adelante una inspección que revele cada defecto posible. La inspección razonable debe considerarse en el caso concreto, teniendo en cuenta los usos y costumbres del ramo, el tipo de bienes y la naturaleza de las partes."*

KENNEDY, Andrew, "Recent Developments: Nonconforming Goods Under the CISG - What's a Buyer to Do?", en *Penn State International Law Review*, Vol. 16, N° 2, 1998, p. 328, disponible en: <https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1431&context=psilr>

30 KROLL, Stefan, op. cit. El autor fundamenta su afirmación ejemplificando que *"el comprador; siendo la parte que invoca la*

Por ejemplo, en un pleito resuelto por el Tribunal de Apelaciones de Múnich, un comprador alemán de artículos de cuero italianos pretendió abonar un precio menor al pactado alegando -entre otras cosas- que los bienes entregados eran defectuosos. El vendedor procedió a demandar exigiendo el precio total de los bienes, y el Tribunal hizo lugar a su reclamo, fundando la sentencia en que *“el comprador ni probó la falta de conformidad en el caso ni haber notificado dicha falta de conformidad de manera apropiada.”*<sup>31</sup>

Por su parte, se ha aceptado como prueba suficiente de la falta de conformidad de mercaderías la confesión pura y simple del vendedor. Así, el Tribunal de Apelaciones de Rennes falló, en un litigio sobre una compraventa de sujetadores para la fabricación de trajes de baño femeninos, que *“la obligación de entregar mercaderías conformes bajo el artículo 35 de la CNUCCIM fue infringida, dado que el propio vendedor reconoció su incumplimiento.”*<sup>32</sup>

Todas estas consideraciones, naturalmente, quedan permeadas por la necesidad de buena fe en la ejecución del contrato, principio ineludible al que la CNUCCIM se remite. En efecto, el artículo 7 de la Convención establece que en su interpretación se deberá tener en cuenta la necesidad *“de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.”* Esto tiene especial relevancia, por ejemplo, al momento de examinar los bienes, o de accionar por un supuesto incumplimiento. Schlechtriem considera que es *“uno de los principios generales que deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar e integrar la Convención.”*<sup>33</sup>

Asimismo, Perales-Viscasillas ha afirmado que *“el papel de la buena fe no queda confinado a la interpretación de la Convención, sino que se está aplicando por los tribunales como estándar de comportamiento exigible a las partes.”*<sup>34</sup> En nuestra opinión, este estándar de comportamiento puede y debe ser exigido por los Tribunales a la hora de relevar los hechos del caso.

## 2.2 El riesgo a la salud pública y el potencial de reventa

En paralelo al desarrollo doctrinario y jurisprudencial de las reglas referidas a la carga probatoria y la alegación de falta de conformidad, se desarrolló cierta corriente que, en determinados casos estrictamente delimitados, comenzó a aceptar la sospecha como suficiente para probar el incumplimiento contractual.

---

*responsabilidad del vendedor por la entrega de bienes no conformes, tiene la carga de probar que dicha falta de conformidad existía al momento del pasaje del riesgo.”*

31 Alemania, Tribunal de Apelaciones de Múnich, 9 de julio de 1997, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970709g1.html>.

El Tribunal Supremo Federal de Suiza arribó a una conclusión similar en 2004 en una compraventa de bobinas de cables: sentenció que *“es el comprador quien debe probar que los bienes son defectuosos, y no el vendedor probar lo contrario.”* 7 de julio de 2004, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040707s1.html>.

32 Francia, Tribunal de Apelaciones de Rennes, 27 de mayo de 2008, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080527f1.html>.

33 SCHLECHTRIEM, Peter, *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Viena, 1986 ¶ IV.A, disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>.

34 PERALES-VISCASILLAS, Pilar, op. cit., ¶ 142. Citando un caso entre muchos posibles, la Audiencia Provincial de Girona, España entendió en un pleito entre un vendedor griego de frutos de mar y un comprador español. El comprador se negó a abonar el precio alegando que los productos no eran aptos para el consumo humano. Dos años después de concluido el contrato, el vendedor accionó solicitando el pago íntegro más intereses. El Tribunal falló que de acuerdo con principio de buena fe enunciado en el art. 7 de la Convención, el actor no podía exigir intereses por el período entre la emisión de las facturas y la primera reclamación. 21 de enero de 2016, disponible en: <http://www.unilex.info/cisg/case/1977>.

Así, en un célebre caso de 2005 conocido como *Frozen Pork Case*, el Tribunal Federal de Justicia de Alemania fue llamado a fallar sobre un litigio entablado por un proveedor belga de cerdo congelado, que reclamaba el pago a su contraparte alemana. La cuestión radicaba en que en el ínterin entre que se firmó el contrato y el último de los envíos de cerdo llegó a destino, se instaló a nivel europeo la sospecha de que la carne de cerdo belga contenía dioxina, un compuesto químico dañino para la salud humana. Ello llevó a que las aduanas alemanas comenzaron a exigir un certificado especial para su entrada, certificado que el proveedor en este caso particular no estaba obligado contractualmente a remitir. Por consiguiente, los productos fueron retenidos por Aduanas. Frente a la negativa del vendedor de producir el certificado requerido, el cerdo fue decomisado y destruido, sin nunca haberse comprobado la existencia de dichos químicos tóxicos.

La Corte al momento de fallar tuvo en cuenta dos elementos singulares que de allí en más fueron tomados en consideración en casos similares que involucraran a la Convención. Entendió, en primer término -aludiendo al artículo 35.2.A analizado supra- que en el comercio internacional “una parte importante de estar apto para el consumo ordinario es su capacidad de reventa”, y más precisamente en el caso de alimentos para consumo humano, “los productos deben ser inobjetablemente salubres.”<sup>35</sup> De esta manera, llegó a la conclusión que el riesgo de ser perjudicial a la salud pública impidió su reventa, tornando al cerdo defectuoso.

Schlechtriem, comentando este fallo, afirmó que “la sospecha de ingredientes posiblemente perjudiciales a la salud humana y su resultante incapacidad de reventa puede constituir una falta de conformidad, más allá de si la sospecha termine siendo probada o no.”<sup>36</sup>

### 2.3 Sospecha basada en hechos. Primeros desarrollos

Una vez trascendido el punto fundamental y afirmado que la sospecha de incumplimiento era suficiente, en determinados casos, para considerar a la mercadería como defectuosa, el asunto comenzó a ser desarrollado por doctrina y jurisprudencia.

Ciertos pronunciamientos doctrinarios recientes han postulado la teoría de que la sospecha de que un bien sería defectuoso de por sí causa efectos nocivos en el mismo, teniendo como consecuencia la inversión de la carga probatoria o incluso la resolución del contrato.

Los autores Schwenzer y Tebel, en un artículo publicado en la *Uniform Law Review* de la Universidad de Oxford, analizaron la sospecha de bienes defectuosos como causal de incumplimiento. La definieron como “el hecho de que en el momento relevante no se pueda establecer si los bienes poseen las características perjudiciales sospechadas o si ellas se manifestarán en el futuro.”<sup>37</sup> Los autores se preguntan si “la sospecha en sí es suficiente para tornar a los

35 Alemania, Suprema Corte Federal, 2 de marzo de 2005, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html>

36 SCHLECHTRIEM, Peter, *Compliance with local law; seller's obligations and liability*, 2005, disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem7.html#4>

37 Todas las citas extraídas de SCHWENZER, Ingeborg, y TEBEL, David, “Suspicion, mere suspicion: non-conformity of the goods?”, en *Uniform Law Review*, Vol. 19, 2014, disponible en: [https://edoc.unibas.ch/32419/4/20140401143242\\_533ab1ea2e7eaPD-FA10.pdf](https://edoc.unibas.ch/32419/4/20140401143242_533ab1ea2e7eaPD-FA10.pdf)

Ingeborg Schwenzer es ex catedrática de Derecho Privado de la Universidad de Basilea, Suiza y actual decana de la Swiss International Law School. David Tebel se desempeñó en su cátedra y actualmente se dedica al arbitraje comercial.

*bienes defectuosos*”, señalando que en ciertos mercados -como los alimenticios discutidos supra- la mera sospecha ya impacta en la valoración que de los productos hacen sus destinatarios finales.

Descartando de plano que *“la mera sospecha de una faceta negativa no pueda tornar a los bienes defectuosos”*, afirman que *“hoy en día, se acepta ampliamente que la falta de conformidad no se puede basar simplemente en características físicas sino en las relaciones de hecho y de derecho de los bienes con su entorno.”*

Abonando este punto, el Tribunal de Apelaciones de Múnich sentenció que un vendedor alemán de cebada había incumplido el contrato al entregarle a su comprador belga mercadería defectuosa (en los términos del artículo 35.1 de la CNUCCIM) ya que la cebada, en apariencia plenamente conforme, no era de producción orgánica.<sup>38</sup>

Retornando a Schwenger y Tebel, afirman que *“no cualquier sospecha torna a la mercadería defectuosa”*, estableciendo que *“lo decisivo es que la sospecha afecte la evaluación que de los bienes realiza el mercado, impidiéndole así al comprador disponer de las mercaderías según su intención original.”*

En este punto su teoría se acerca a la de Kroll, que en una reciente versión comentada de la CNUCCIM afirmó que *“en situaciones excepcionales, la mera sospecha de un defecto, basada en hechos, constituye una falta de conformidad.”*<sup>39</sup>

La sospecha, para ser admitida, debe ser probada por el comprador y estar basada en hechos. Sin embargo, Schwenger precisa que lo que se debe probar no es el hecho en sí sino *“que la usabilidad de los bienes se encuentra restringida por la sospecha de factores negativos”*, asimismo aclarando que ulteriormente *“es irrelevante que dicha sospecha sea probada o no.”*<sup>40</sup>

## 2.4 Consecuencias de la sospecha. Teorías divergentes

Acreditada la aceptación de la sospecha -en atención a los perjuicios por ella suscitados- como causal de incumplimiento de las obligaciones, resta dilucidar qué valoración debe ser dada a la misma.

Kroll ha postulado que su efecto es una inversión de la carga probatoria, que normalmente correspondería al vendedor conforme el principio *actori incumbit probatio*. Así, *“un comprador que ha notificado la defectuosidad de los bienes dentro de un periodo de tiempo razonable debe ser considerado como habiendo presentado evidencia prima facie de su falta de conformidad al tiempo del pasaje del riesgo. La carga de ofrecer prueba debe ahora virar al vendedor para destruir esta impresión.”*<sup>41</sup>

38 Alemania, Tribunal de Apelaciones de Múnich, 13 de noviembre de 2002, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021113g1.html>

39 KROLL, Stefan, en Kroll, Mistellis y Perales Viscasillas, *CISG Commentary*, 2018, Art. 35, ¶ 105.

40 Lo que es considerado como una sospecha que afecte la usabilidad de un bien difiere territorial y temporalmente. Por ejemplo, Schwenger y Tebel mencionan que mercaderías que sean sospechadas de no ser kosher o halal se venderían sin problemas en países cristianos, pero su capacidad de reventa en Israel o países musulmanes se vería comprometida. Asimismo, desde la óptica de la temporalidad, y conforme lo dispuesto por el artículo 36.1 de la CNUCCIM, el vendedor solamente es responsable por faltas de conformidad que existan al tiempo de la transferencia del riesgo. Por tanto, Schwenger y Tebel concluyen que *“el riesgo de un cambio de los requerimientos del mercado debe ser soportado por el comprador.”*

41 KROLL, Stefan, “The Burden of Proof for the Non-Conformity of Goods under Art. 35 CISG”, en *Belgrade Law Review*, N° 3, 2011, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kroll2.html>.

Dos casos de resolución divergente apoyan la hipótesis antedicha. Por un lado, encontramos un litigio entre un vendedor alemán de computadoras y su comprador, resuelto por la Corte de Distrito de Tübingen, Alemania. El vendedor accionó contra el comprador reclamando el pago total del precio, que el comprador se negaba a otorgar aduciendo que se habían entregado menos computadoras de las pactadas. Frente a ello, el actor proporcionó facturas de dichos bienes firmadas por un empleado del demandado. El Tribunal falló en favor del vendedor, razonando que *“dado que las mercaderías fueron entregadas en un contenedor cerrado y que el vendedor es un hombre de negocios, se puede sostener prima facie que los bienes listados en las facturas fueron entregados en los contenedores”*, concluyendo, en línea con la cita antedicha de Kroll, que *“es entonces de carga del comprador repudiar la evidencia presentada por el vendedor. Sin embargo, no lo hizo.”*<sup>42</sup>

El mismo razonamiento fue puesto en práctica por el Tribunal de Apelaciones de Grenoble, Francia. Una empresa norteamericana vendió un refrigerador industrial a una importadora francesa, que procedió a revenderlo a una empresa transportista. El refrigerador falló al poco tiempo y malogró un envío, por lo que el comprador accionó contra el fabricante. El Tribunal avaló la legitimación pasiva del demandado<sup>43</sup>, y en lo sustancial entendió que *“en caso de defecto de la mercadería, corresponde al vendedor, presunto responsable, demostrar la causa de la falta de conformidad.”*<sup>44</sup> Dado que el fabricante no logró derribar la presunción, fue condenado al pago íntegro de los montos reclamados por la parte actora.

Por otra parte, y como fuera analizado previamente, Schwenger y Tebel entienden que la sospecha, de causar efectos perjudiciales en las mercaderías, abre directamente al comprador acceso al catálogo reparatorio.<sup>45</sup> Para ello, postulan dos opciones posibles. En primer término, la resolución del contrato, para lo cual el accionante deberá probar que la sospecha *“causó un impacto esencial en la usabilidad del bien”*, ya que el artículo 49 de la CNUCCIM exige un incumplimiento ‘esencial’ para resolver el contrato. Las sospechas pueden causar impactos esenciales en, por ejemplo, alimentos, medicamentos u obras de arte, entre otros.

Cuando una sospecha afecte la usabilidad del bien antes de su entrega, los autores consideran que el comprador puede ampararse en los artículos 71 y ss. de la Convención, alegando que habrá un incumplimiento previsible por parte del vendedor. Sin embargo, conceden de antemano que constituiría una hipótesis *“posible, pero bastante improbable.”*

Finalmente, se discute si procede una reclamación por daños. Para ello, Schwenger y Tebel destacan como de *“especial relevancia”* la exención de responsabilidad prevista por el artículo 79 de la CNUCCIM, que prevé que *“una parte no será responsable de la falta de*

42 Alemania, Corte de Distrito de Tübingen, 18 de junio de 2003, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030618g1.html>

43 El Tribunal de Apelaciones de Grenoble entendió que el fabricante podía ser demandado directamente, a pesar de no haber contratado con el actor, en virtud de que, conforme lo dispuesto por el artículo 36.1 de la CNUCCIM, el vendedor es responsable por cualquier falta de conformidad que exista al momento del pasaje del riesgo, aún si fuera descubierta luego de ese momento.

44 Francia, Tribunal de Apelaciones de Grenoble, 15 de mayo de 1996, disponible en: [https://www.uncitral.org/clout/clout/data/fr/clout\\_case\\_204\\_leg-1427.html](https://www.uncitral.org/clout/clout/data/fr/clout_case_204_leg-1427.html)

45 Ello sin perjuicio de lo que describen como el *“deber del vendedor de asistir al comprador en disipar la sospecha y devolver las mercaderías a su estado original”* junto con el de informar preventivamente sobre posibles fraudes, basado en el deber general de buena fe, discutido anteriormente.

*cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato.”* Los autores consideran que *“mientras que sea posible para el vendedor entregar bienes insospechados dentro de su riesgo de suministro, es irrelevante la influencia que haya tenido o no en la sospecha.”*

Son tres los supuestos bajo los cuales Schwenzer y Tebel consideran que el riesgo de suministro trasciende al vendedor, permitiéndole ampararse en la causal de fuerza mayor prevista por el artículo 79: en caso de que no existan bienes insospechados, en caso de que dichos bienes existan pero procurarlos sea excesivamente oneroso para el vendedor, o en caso de que la obligación de suministro asumida por el vendedor se limite a cierta clase de bienes, todos los cuales estén afectados por la sospecha.<sup>46</sup> En caso contrario, de acuerdo con este postulado, deberá abonar daños al vendedor.

### 3. QUÁNTUM DEL RIESGO ACEPTABLE EN JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Para poner en práctica los elementos teóricos referidos en el numeral precedente, es menester analizar la aplicación de los mismos por los distintos tribunales internacionales, siempre bajo la lupa de la Convención.

#### 3.1 Argentinean Rabbit Meat Case

Para comenzar, un caso distinguido en el ámbito internacional y que merece análisis en el presente trabajo, involucró la venta de carne de conejo de origen argentino, la cual se presumía estaba contaminada con salmonela<sup>47</sup>. Este caso fue resuelto en 1993, y reafirma la noción de que no es necesario comprobar la falta de calidad de un producto en sí, para que el mismo viole el contrato, ya que otros elementos fácticos que rodean a dicho bien afectan su conformidad bajo la Convención. Estos elementos fácticos a los que referimos son el riesgo o sospecha de la existencia de incumplimiento, y la reacción del mercado ante dicha preocupación.

En el caso, carne de conejo de origen argentino fue vendida, y en el momento de su comercialización no existían sospechas de su posible contaminación. Es decir, en principio, los bienes eran perfectamente utilizables, tanto para su posterior reventa como para su consumo por personas.

Sin embargo, luego de su entrega surgió la sospecha de que la carne de conejo de origen argentino podría estar contaminada por salmonela. A raíz de dicho riesgo, el cual salió a la luz cuando los bienes ya estaban en manos del comprador, el mercado reaccionó, imposibilitando la reventa de dichos productos. Parte de la doctrina entendió que, si la sospecha de salmonela en carne de conejo argentina aparecía, entonces el mero hecho

<sup>46</sup> En otra publicación, abocada al estudio en general de la Convención, Schwenzer postuló como ejemplo que si *“un granjero firma un contrato a futuro sobre ciertos productos, el riesgo se limita a su propia producción y, si su cosecha se viera afectada por un impedimento, no estará obligado a obtener dichos bienes de otra fuente.”* SCHWENZER, Ingeborg, en Schelchtrien y Schwenzer, *CISG Commentary*, 2010, p. 1074

<sup>47</sup> Argentina, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 14 de octubre de 1993, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/931014a1.html>

de entregar este tipo de producto implica un incumplimiento contractual, por lo que el vendedor sería responsable. En cambio, autores como Schwenger y Tebel<sup>48</sup> consideraron que el comprador debía sufrir los riesgos, ya que al momento de entrega, no existía sospecha alguna de que la carne estuviera afectada por salmonela, sino que dicho temor surgió con posterioridad. Esta falta de consenso viene a demostrar que no existe una solución unívoca al problema de los riesgos en doctrina internacional.

### 3.2 Austrian Wine Case

También merece mención un célebre caso de 1985, que involucró vino austríaco adulterado con dietilenglicol, sustancia comúnmente encontrada en los anticongelantes, como los utilizados en los motores de automóviles<sup>49</sup>. Varios productores de vino de dicho país agregaron esta sustancia tóxica a sus productos, con el fin de que el vino tuviera más cuerpo y un sabor más dulce. Parte de esta producción fue exportada a Alemania Occidental, donde se mezcló ilegalmente con vinos alemanes, por lo que el dietilenglicol terminó afectando a los vinos de este país también. Esta sustancia es sumamente peligrosa, y puede causar daño cerebral y en los riñones, por lo que la situación de alarma fue de gran magnitud cuando información de la adulteración salió a la luz.

Al descubrirse la contaminación de los productos, todos los vinos afectados fueron retirados del mercado, y la consecuencia directa fue la pérdida del mercado de exportación para los productores vitivinícolas. En ese momento, dos tercios de la producción de vino de Austria se exportaba hacia Alemania. A su vez, la reputación de esta rama del mercado austríaco fue destruida internacionalmente, y tardaría más de quince años en recuperar el caudal de ventas perdido a raíz de dicho escándalo. Es relevante mencionar que, aunque la mezcla del vino austríaco con el alemán fue responsabilidad de los importadores alemanes, el mercado más afectado fue el de Austria, sin perjuicio de que hubiera procesamientos en ambos países.

En esta situación, la sospecha sobre la contaminación del vino austríaco con dietilenglicol llevó a una reacción del mercado mundial, el cual dejó de consumir vino proveniente de Austria. Más aún, muchos gobiernos decretaron medidas sanitarias con el fin de salvaguardar la salud de su población ante situaciones como esta. A su vez, algunos países decomisaron todos los vinos cuya trazabilidad pareciera conectarlos con el escándalo, y otros países incluso prohibieron la importación de tales productos por largos períodos.

Se desconocía cuándo había comenzado la adulteración de los vinos, pero existía una fuerte sospecha de que era de larga data a la fecha de su comunicación al público. Ello por cuanto muchos productores de vino austríacos habían firmado contratos de proveeduría de sus productos con compradores alemanes, por plazos superiores a diez años. Pero, en palabras de Friedrich Huemer, integrante del Fondo de la Industria del Vino en Viena, "*donde la naturaleza no aportó, lo hicieron los productores*"<sup>50</sup>. Si se compara la calidad de las cosechas con los litros de vino que se exportaron hacia Alemania, era imposible que los productores austríacos mantuvieran la misma calidad por un período de diez

48 SCHWENZER, Ingeborg, y TEBEL, David, op. cit., pp. 160-161

49 Alemania, Suprema Corte Federal, 23 de noviembre de 1998 / BGH, NJW 1989, 218-20m

50 TAGLIABUE, John, "*Scandal over poisoned wine embitters village in Austria*", The New York Times, 2 de agosto de 1985

años. Incluso en cosechas de gran porte, las uvas eran ácidas, y el vino no podría haber tenido naturalmente el sabor dulce que tanto disfrutaban los alemanes, sin agregarle una sustancia ajena al producto.

A raíz de este escándalo, el gobierno austríaco, fuertemente criticado por haber tenido información crucial y no haberla comunicado al público oportunamente, dictó una serie de medidas, las cuales regulaban la trazabilidad de los vinos, su calidad, entre otros elementos. Se anunció que las medidas dictadas serían las más duras de Europa.

Sin embargo, el daño a la reputación de los vinos austríacos ya era irreparable, y el mercado mundial reaccionó duramente. Además de las medidas adoptadas por otros Estados, las cuales ya fueron mencionadas precedentemente, el miedo de la propia población a sufrir daños en su salud a raíz de una sustancia tóxica, hizo caer las ventas de vinos provenientes de Austria. A pesar de que solo parte de la producción vinícola de dicho país había sido adulterada, y que se crearon nuevos controles de calidad, los consumidores abandonaron voluntariamente los vinos de austríacos, causando profundos daños a esta industria.

### 3.3 Mussels Case

Ahora, como tercer elemento a citar, hablaremos del caso de los mejillones neozelandeses, resuelto en 1995<sup>51</sup>. En el caso en cuestión, un vendedor suizo entregó mejillones de origen neozelandés a su comprador alemán. Dichos mejillones contenían una concentración de cadmio superior a la recomendada por las autoridades sanitarias alemanas, es decir, del país donde se comercializarían los productos. El cadmio es un metal tóxico que suele ser encontrado en productos alimenticios marinos, como los calamares o, en este caso, mejillones. De ser consumido en ciertas dosis, puede ser letal para el ser humano.

El problema en el caso citado no era la concentración de cadmio en sí, sino las distintas regulaciones que a su respecto existían entre ambos países. Mientras que la regulación sanitaria del país de origen del vendedor toleraba la concentración de esos mejillones en particular, éstos eran considerados ilegales bajo la normativa alemana. Al ser demandado por el vendedor, quien exigía el pago del precio pactado, el comprador intentó excepcionarse, alegando que los productos no eran conformes a lo pactado, y por ende se estaba violando la Convención.

Sin embargo, la Corte entendió que el comprador no tenía derecho a excusarse del pago, y que los mejillones cumplían con lo acordado. Uno de los argumentos del fallo fue el siguiente: la Convención no obliga al vendedor a proveer productos que cumplan con la normativa del país del comprador, siempre y cuando no existiera la misma regulación en el país del vendedor, el comprador hubiera informado al vendedor de dicha normativa, o el vendedor tuviera conocimiento de la misma por las circunstancias especiales. El otro argumento central era el hecho de que los mejillones eran comestibles, y no representaban un peligro a la salud humana, por lo que la sospecha o riesgo de incumplimiento de parte del comprador, no era fundada.

51 Alemania, Suprema Corte Federal, VIII ZR 159/94, 8 de marzo de 1995, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html>

Estimamos que la postura y criterio de la Corte es adecuada. Ello por cuanto, ante la falta de previsión expresa en la Convención acerca de la existencia de una obligación de este tipo a cargo del vendedor, el tribunal se limitó a lo pactado por las partes. Juzgando la situación en concreto, determinó que no podía esperarse que el vendedor conociera las disposiciones de orden público de otro Estado, por lo que, a falta de notificación expresa de las mismas por el comprador, ya sea a modo de información o como cláusula contractual, éste no puede reclamar incumplimiento contractual.

### 3.4 Granulated Plastic or PVC Case

A continuación, haremos referencia a un caso de 1996, que involucró la venta de PVC el cual sería utilizado para la fabricación de persianas enrollables<sup>52</sup>. Aquí, un vendedor de origen francés, demanda el pago del precio pactado a su comprador alemán. El vendedor entregó plástico al comprador, el cual fue utilizado por este último para la producción de varas, las cuales fueron vendidas a un tercero que fabricó persianas para instalarlas en proyectos de construcción.

Las partes habían pactado que los gránulos del plástico abastecido por el vendedor, debían ser de la misma calidad que aquellos de un proveedor anterior del comprador. Sin embargo, el material no era de la calidad acordada, ya que el plástico de color blanco entregado no poseía la cantidad de dióxido de titanio requerida. Debido a esto, las varas fabricadas por el comprador no bloqueaban completamente la luz, y las persianas elaboradas por el tercero, que habían sido instaladas en distintos proyectos, debieron ser removidas. Éste tercero reclamó contra su proveedor (el fabricante de varas alemán), exigiendo el pago de los costos que involucró la remoción de las persianas, y a su vez devolvió las varas que no cumplían lo establecido.

El demandado se opuso al reclamo del proveedor de plástico francés que exigía el pago el precio, y contrademandó al mismo, pidiendo se le ordene al actor el pago de una serie de costos incurridos a raíz de su incumplimiento. Por ejemplo, el comprador solicita el reembolso de los gastos derivados del transporte de las varas vendidas al tercero contratante. A su vez, reclama el pago de los costos adicionales que debió efectuar, para comprar plástico de un proveedor diferente, cuyo precio por kilo de plástico era mayor al que se pactó en el contrato incumplido por el demandante.

El vendedor demandante respondió que el porcentaje de dióxido de titanio presente en el plástico (seis por ciento) era suficiente para impedir el pasaje de luz, y que era en cambio la fabricación de las varas la causa del problema, alegando que no eran del grosor adecuado.

En la sentencia, el tribunal desestimó el reclamo por el pago del precio del demandante. Uno de los principales argumentos del actor era que existía una promesa de pago verbal, emitida por un empleado del demandado. Sin embargo, la Corte consideró que la misma fue emitida bajo la presunción de que el plástico cumplía con lo acordado, y dado que las circunstancias cambiaron al descubrirse su falta de calidad, dicha promesa

52 Alemania, Corte de Distrito de Paderborn, 7 O 147/94, 25 de junio de 1996, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960625g1.html>

perdió validez. A su vez, estimó el tribunal que la promesa de pago no obsta a la posibilidad de todo comprador, de entablar objeciones contra un reclamo de su vendedor, por hechos surgidos con posterioridad.

Un elemento central en el cual el tribunal basó su fallo fue un peritaje, que reveló un error en los argumentos del demandante. Un experto tomó muestras del plástico, y determinó que el mismo no tenía el porcentaje de seis por ciento de dióxido de titanio como había alegado el vendedor, sino un número algo menor. Esa diferencia era suficiente para que la luz pudiera pasar por las persianas. También opinó este experto que, aunque el grosor de las persianas fabricadas en este caso (1,3 milímetros) fuera menor al de las elaboradas por otros productores (1,6 milímetros), la luz no hubiera podido pasar a través de las mismas si el porcentaje de dióxido de titanio hubiera sido el del seis por ciento pactado, y no menos. Es decir, aunque el grosor de las varas era menor al habitual en el mercado, el daño podría haberse evitado de tener el plástico las cualidades correctas.

Ahora, otro elemento que fue sujeto a consideración del tribunal fue el previsto en el artículo 38 de la Convención, según el cual el comprador debe examinar los bienes dentro de un período razonable, a fin de verificar su conformidad con el acuerdo. El vendedor, en virtud a esta disposición, alegó que el comprador había perdido su derecho a reclamar la falta de conformidad de los mismos. Sin embargo, y he aquí un elemento de gran importancia dentro del fallo, el experto que intervino en el caso advirtió que la detección del porcentaje de dióxido de titanio hubiera requerido de análisis químicos extensivos y complejos. En atención a ello, el tribunal estimó que no era razonable requerir del comprador una examinación del plástico en el corto período que lo tuvo en su poder, antes de transformarlo y venderlo a un tercero.

La sentencia finalmente desestimó el reclamo del vendedor, e hizo lugar a lo solicitado por el comprador, es decir, éste último tendría el derecho a exigirle el pago de los daños al primero, por la diferencia entre el precio original pactado y el pagado a un nuevo proveedor.

### 3.5 Consideraciones generales

A modo de resumen de lo expuesto precedentemente, cabe resaltar algunos elementos:

Primero y ante todo, no existe un criterio uniforme sobre el cuántum del riesgo aceptable en jurisprudencia internacional. Existe diversidad de opiniones en la materia, por lo que la mayoría de los casos que tratan este tema suelen resolverse atendiendo a sus circunstancias particulares, sin recurrir a principios generales asentados o doctrinas más recibidas.

Segundo, los criterios para determinar si una mera sospecha constituye incumplimiento contractual son variados. En los casos presentados, podemos ver que de la sospecha podrían derivarse daños a bienes jurídicos muy diferentes, como ser, la salud en el caso de los mejillones contaminados con cadmio, o un menoscabo meramente patrimonial en el caso del plástico. Habida cuenta de ello, las precauciones que toman los tribunales son de diversa índole, y sus fallos son fundamentados con multiplicidad de argumentos.

Tercero, las consecuencias que puede generar una sospecha en el terreno de la compraventa internacional de mercaderías, pueden ir de un extremo al otro. Ejemplo de ello son los casos del cerdo congelado belga y del vino austríaco adulterado, en comparación con los casos de los mejillones y del plástico. En los primeros, los mercados respectivos sufrieron un fuerte deterioro en sus exportaciones, el cual se prolongó por un largo período de tiempo, mientras que, en los últimos, no hubo una reacción categórica del mercado en relación a los bienes allí involucrados, y el daño fue de menor magnitud.

#### 4. CONCLUSIÓN

A lo largo del presente trabajo, se han reseñado en profundidad las obligaciones del vendedor recogidas en la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Las consideramos oportunas dado que si bien este cuerpo normativo integra nuestro ordenamiento desde hace más de dos décadas y es de creciente aplicación a nivel mundial, en nuestro país existen pocas investigaciones al respecto.

Un valor adicional es aquel que acertadamente recoge Santos Belandro en uno de los escasos trabajos en la materia a nivel local. Refiriéndose al artículo séptimo de la Convención, destaca que uno de sus objetivos es *“la necesidad de promover la uniformidad en la aplicación de las normas convencionales”*. Esto no hace otra cosa que imponer a los tribunales *“una carga particularmente gravosa de investigación de la doctrina y de la legislación extranjera, con exámenes de derecho comparado.”*<sup>53</sup>

Justamente ello es lo que se intentó hacer a lo largo de este artículo: tomar un aspecto controvertido de la Convención y reseñar los desarrollos e interpretaciones que de él están surgiendo internacionalmente de forma constante.

Hemos estudiado, primero, la génesis de la Convención y su relevancia práctica como facilitadora del comercio. Posteriormente, se analizó cómo el concepto de la conformidad fue evolucionando a lo largo del tiempo según se sofisticaba la compraventa internacional de mercaderías. Se pasó de una noción de conformidad estricta a una más laxa, atendiendo, en palabras de Schwenzler, no sólo a las *“características físicas”* del bien dado, sino también *“a las relaciones de hecho y de derecho de los bienes con su entorno.”*<sup>54</sup>

A ello se suma el concepto de que la sospecha de riesgo a la salud pública y al potencial de reventa es suficiente para, al menos, obligar al vendedor a disiparla, o, en su defecto, resolver el contrato. Esto se debe a que, citando a la Corte Suprema Federal alemana, determinados productos *“deben ser inobjetablemente salubres”*<sup>55</sup>. Creemos que esta noción amplia de falta de conformidad debe ser tenida en especial consideración en un país como el nuestro, que se dedica en buena medida a la exportación de alimentos.

Es solamente teniendo presente esta evolución doctrinaria y jurisprudencial que se puede comprender el último paso, dado principalmente por cortes alemanas. Consistió en aceptar la sospecha de defectuosidad como causal de incumplimiento de las obligaciones,

53 SANTOS BELANDRO, Ruben, op. cit., p. 37.

54 SCHWENZLER, Ingeborg y TEBEL, David, op. cit., p. 155.

55 Alemania, Suprema Corte Federal, 2 de marzo de 2005, op. cit.

en atención a los perjuicios por ella causados, siendo irrelevante que la sospecha a la postre sea confirmada o no. Naturalmente, no se trata de una posición unánime, y debe ser aplicada con cautela, pero no deja de ser un notable desarrollo de la noción de conformidad.

La última sección de este trabajo se dedica a reseñar casos de diversa índole en que se aplicó este razonamiento, que creemos pueden resultar de utilidad práctica. Es importante resaltar que no existe una solución unívoca a este tipo de problemas complejos, y que su tratamiento y valoración a nivel judicial depende en gran medida de las circunstancias del caso concreto.

Para concluir, y citando al Dr. Edgardo Ettlin, ministro redactor de una sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º Turno que versaba sobre una compraventa internacional de mercadería, la importancia de estudios de esta naturaleza radica en que *“nuestro país debe ser muy celoso con respecto a la protección del cumplimiento de los contratos internacionales, porque hace a su imagen y a su moral.”*<sup>56</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. Curso de Derecho Internacional Privado. Tomo II, Volumen 2. (2009). FCU, Montevideo Uruguay.

GARRO Alejandro M. y ZUPPI Alberto L., La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Pace Law of International Commercial Law, 1997

J.H. BRUNNER Christoph, 'Introduction', en Christoph J.H. Brunner and Benjamin Gottlieb (eds), Commentary on the UN Sales Law (CISG), Kluwer Law International 2019

JANSSEN Andre y MEYER Olaf, CISG Methodology, 2009.

KROLL, Stefan, "The Burden of Proof for the Non-Conformity of Goods under Art. 35 CISG", en Belgrade Law Review, N° 3, 2011.

KROLL, Stefan, en Kroll, Mistellis y Perales Viscasillas, CISG Commentary, 2018

LOOKOFSKY, Joseph, The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2000.

OVIEDO ALBÁN Jorge, La Convención sobre compraventa internacional de mercaderías.

PERALES-VISCASILLAS, Pilar, El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías, Madrid, 2011.

SANTOS BELANDRO, Ruben, "Uruguay ratifica la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías", Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado, N° 3, 1999.

<sup>56</sup> Uruguay, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º Turno, Sentencia N° 78/2015, 30 de abril de 2015.

---

SCHLECHTRIEM, Peter, Compliance with local law; seller's obligations and liability, 2005.

SCHLECHTRIEM, Peter, The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

SCHLECHTRIEM, Peter, Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Viena, 1986.

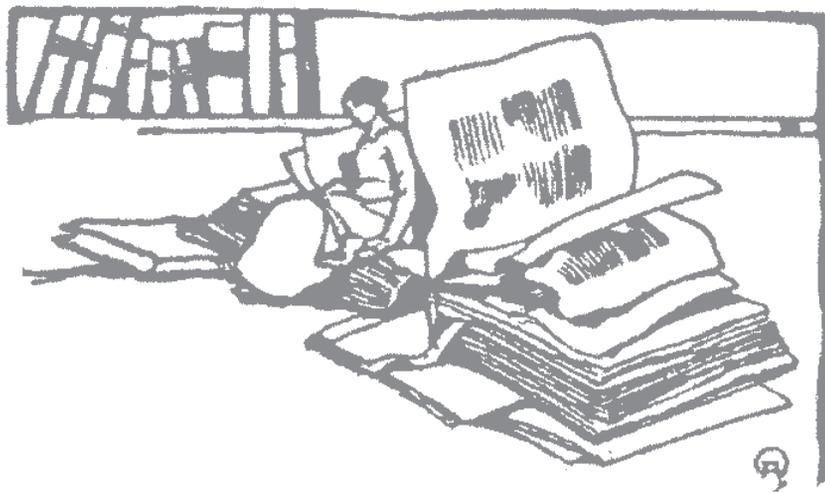
SCHMIDT-AHRENDTS, Nils, CISG and Arbitration, *Belgrade L. Rev.*, 2011.

SCHWENZER, Ingeborg, en Schelchtriem y Schwenzler, *CISG Commentary*, 2010.

SCHWENZER, Ingeborg, y TEBEL, David, "Suspicious, mere suspicions: non-conformity of the goods?", en *Uniform Law Review*, Vol. 19, 2014.

TAGLIABUE, John, "Scandal over poisoned wine embitters village in Austria", *The New York Times*, 2 de agosto de 1985.





## **NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS**

**MANUAL DE SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS**  
de Pedro Bellocq.  
Por Miguel Casanova



## “MANUAL DE SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS”<sup>1</sup>

**Pedro Bellocq**

La aprobación de la Ley de Promoción de Emprendimientos N° 19.820 (LPE), que crea y regula las sociedades por acciones simplificadas (SAS), representa la reforma legislativa societaria más relevante desde la sanción de Ley de Sociedades Comerciales N° 16.060 de 1989.

La SAS era una cuenta pendiente para Uruguay. Los operadores reclamaban muchas de las innovaciones previstas en su regulación, que nos acerca a los países de vanguardia en esta temática.

El Manual de SAS es el primer libro publicado en el país que hace un análisis integral del régimen jurídico –legal y tributario– aplicable a esta nueva forma para desarrollar emprendimientos.

El libro tiene la particularidad de haber sido escrito por un abogado y por un contador público, con amplia experiencia en materia tributaria.

Fue prologado por Francisco Reyes Villamizar, referente internacional en reformas legislativas societarias. En efecto, además de la amplia actividad académica, el distinguido profesor colombiano fue el autor de la Ley sobre SAS de Colombia N° 1.258 y de la Ley Modelo sobre SAS de la OEA, que constituyeron la fuente principal de la regulación uruguaya.

El texto incluye el estudio del régimen legal aplicable a las SAS, contenido en el Título II de la LPE, el Decreto reglamentario N° 399/019, la Consulta Tributaria expedida por la DGI N° 6.306 y el Comunicado R 4/2020 dictado por la Asesoría Tributaria y Recaudación del BPS.

El libro se organiza en ocho capítulos, que sustancialmente acompañan la estructura temática de la ley. El primer capítulo, está dedicado a los antecedentes de la ley y al proceso legislativo. El segundo, contiene una caracterización general de esta forma jurídica. El tercero, se centra en el proceso de constitución de las SAS. El cuarto, tiene un análisis preliminar de las normas relativas al capital y acciones. El quinto, refiere a la estructuración orgánica de la sociedad. El sexto, trata sobre las reformas estatutarias, las operaciones de reorganización, la disolución y liquidación de una SAS. El séptimo, está dedicado al derecho de receso, la exclusión de accionistas y la resolución de conflictos societarios. En el octavo y último capítulo, analiza el régimen tributario, las normas de contabilidad y el control estatal.

---

<sup>1</sup> Esta reseña contiene extractos extraídos de la propia presentación del libro. Cfr. BELLOCQ, Pedro y GRILLI, Alejandro, *Manual de Sociedades por Acciones Simplificadas*, FCU, 2ª Ed., Montevideo, 2020, pg. 13-14.

Al final del libro se incluye un apéndice que contiene: un cuadro comparativo entre las SRL, las SA y las SAS, que resulta útil para constatar las diferencias entre las formas más utilizadas por los operadores. También contiene una quía práctica para la redacción de estatutos de SAS, que tiene por objetivo facilitar esta labor. El apéndice culmina con los textos normativos que regulan las SAS: el Título II de la LPE, el Decreto N° 399/019 y la Consulta Tributaria N° 6.306.

El trabajo está dirigido a los colegas abogados, escribanos y contadores que deseen conocer el régimen jurídico aplicable a las SAS desde una perspectiva práctica. De todas formas, los autores procuraron que el texto sea accesible para los propios emprendedores, que son los verdaderos protagonistas.

Miguel Casanova

## REGLAMENTO EDITORIAL

La **Revista de Derecho** es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Desde el año 2002 ha aparecido regularmente, incluyendo las siguientes secciones:

- Mensaje del Decano o del Director
- Doctrina
- Conferencias y clases magistrales
- Jurisprudencia comentada
- Información de la Facultad
- Tesinas de Masters
- Monografías de estudiantes
- Notas de libros y revistas

Desde el punto de vista sustancial, la valoración científica preliminar de los trabajos a publicar se realiza por un calificado Consejo Editorial integrado por Catedráticos de distintas disciplinas. Posteriormente, los trabajos preseleccionados son revisados por pares externos (peer review) quienes evalúan los trabajos recibidos y hacen recomendaciones para su eventual publicación. Cumplido el proceso, el Consejo Editorial elige los trabajos a ser publicados en cada sección de la revista.

El envío de trabajos a la Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo implica la autorización para que los mismos sean publicados y reproducidos en cualquier medio de difusión aplicado por la Revista. Las expresiones y opiniones vertidas por los autores de cada obra publicada en esta Revista, son de su exclusiva responsabilidad.

### **Normas Formales de publicación de trabajos de doctrina**

1) Los trabajos deben ser enviados por correo electrónico a [redaccionfder@um.edu.uy](mailto:redaccionfder@um.edu.uy). Las fechas límite para recepción de trabajos son 30 de abril y 30 de octubre.

2) Deben ser inéditos, originales y podrán ser enviados en español o en inglés.

3) Aunque no existe una limitación estricta de la extensión de los trabajos, se recomienda que no excedan las 10.000 palabras.

4) Los trabajos deben ser remitidos en formato Word, Times New Roman, Tamaño 12, interlineado sencillo.

5) El trabajo debe ir acompañado de una presentación que incluya la siguiente información:

- i) Título en español y en inglés.
- ii) Datos del autor o los autores: nombre completo, identificador único de investigador ORCID (se puede obtener en el siguiente enlace: [ORCID](https://orcid.org/)), cargo e institución académica a la que pertenece, dirección de correo electrónico para la correspondencia con la revista.
- iv) Abstract del trabajo en español y en inglés (entre 100 y 200 palabras)
- v) Establecer entre 3 y 5 palabras claves (key words) del trabajo en inglés y en español.

6) Los diferentes apartados del trabajo deben estructurarse según la numeración arábica: 1., 1.1., 1.1.2. y sucesivamente.

7) Las siglas que se incluyan deben acompañarse por su significado, entre paréntesis, la primera vez que se utilicen. Ejemplo: CC (Código Civil).

8) Las referencias bibliográficas deben ser realizadas al pie del texto (formato: Times New Roman, Tamaño 10, interlineado sencillo) siguiendo la siguiente estructura:

- Libros: AUTOR, Título, Editorial, Ciudad, Año.

Ejemplo: GAGLIARDO, M., Sociedades Anónimas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

- Revistas: AUTOR, "Título", Revista, Volumen, Número, Año y Páginas.

Ejemplo: HAYEK, F., "The use of Knowledge in society", en The American Economic Review, vol. 35, n° 4, 1945, pp. 51 y ss.

9) Las referencias de Jurisprudencia deben establecer: país de origen, órgano judicial que dictó, número y fecha de la sentencia.

10) Las referencias de Derecho positivo deben incluir: país de origen, órgano que dictó la norma, nombre (en caso de corresponder), número y fecha.

## EDITORIAL GUIDELINES

The **Law School Journal** is published twice a year by the School of Law of University of Montevideo.

Since the year 2002, it has been regularly published and includes the following sections:

- Message from the Dean or Editor-in-chief
- Academic papers
- Conferences and lectures
- Annotated case law
- News of the School of Law
- MA Thesis
- Papers of law school undergraduate students
- Reviews of Books and Journals

From a material standpoint, a qualified Editorial Board comprised of Professors from the different fields carries out the preliminary scientific review of the manuscripts. Subsequently, the manuscripts are peer reviewed. Once this process is completed, the Editorial Board selects the manuscripts that will be published in the different sections of the journal.

Sending manuscripts to the Law School Journal of University of Montevideo implies acceptance of their publication and reproduction in any publishing means applied by the Journal. Expressions and opinions arising from the articles published in the Journal are the responsibility of the authors alone.

### **Guidelines for the publication of academic papers**

1) Manuscripts must be sent by e-mail to [redaccionfder@um.edu.uy](mailto:redaccionfder@um.edu.uy). Deadlines for the reception of manuscripts are April 30 and October 30.

2) Manuscripts must be unpublished, original and may be sent either in Spanish or in English.

3) Although there is no strict word-length limitation, we suggest that manuscripts do not exceed 10,000 words.

4) Manuscripts must be sent in Word format, font Times New Roman, size 12, single-spaced.

5) Together with the manuscript, authors must submit a presentation including:

- i) Title in Spanish and in English.
- ii) Information on the author or authors: complete name, open researcher and contributor ID - ORCID (which may be obtained at the following link: [ORCID](https://orcid.org/)), position and academic institution, contact e-mail address.
- iii) An abstract of the manuscript in English and in Spanish (between 100 and 200 words).
- iv) Between 3 and 5 keywords of the manuscript in English and in Spanish.

6) The different sections must be structured following Arabic numbering: 1, 1.1., 1.1.2. and so forth.

7) Acronyms must be followed by their extended form, between brackets, the first time they appear Example: CC (Civil Code).

8) Bibliographical references must appear as footnotes (Font: Times New Roman, Size 10, single-spaced) in accordance with the following structure:

- Books: AUTHOR, Title, Publisher, City, Year.

Example: GAGLIARDO, M., *Sociedades Anónimas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

- Journals: AUTHOR, "Title", Journal, Volume, Number, Year and Pages.

Example: HAYEK, F., "The use of Knowledge in society", *The American Economic Review*, vol. 35, n° 4, 1945, p. 51 et seq.

9) References to case law must indicate: country of origin, court issuing the judgment, number and date.

10) References to statutory law must include country of origin, enacting body, name (if appropriate), number and date.

## REGULAMENTO EDITORIAL

A **Revista de Direito** é uma publicação semestral da Faculdade de Direito da Universidade de Montevideú.

Desde 2002 está sendo publicada regularmente, incluindo as seguintes secciones:

Mensagem do Decano ou do Diretor

- Doutrina
- Conferências e aulas magistrais
- Jurisprudência comentada
- Informação da Universidade
- Teses de Mestrados
- Monografias de Estudantes
- Notas de livros e revistas

Desde o ponto de vista substancial, a valorização científica preliminar dos trabalhos a serem publicados se realiza por um qualificado Conselho Editorial integrado por Catedráticos de distintas disciplinas. Posteriormente, os trabalhos pré-selecionados serão revisados por pares (peer review) que são os que avaliam os trabalhos recebidos e fazem recomendações para sua eventual publicação. Finalizado o processo, o Conselho Editorial elege os trabalhos que serão publicados em cada seção da revista.

O envio de trabalhos à Revista de Direito da Universidade de Montevideú, implica a autorização para que os mesmos sejam publicados e reproduzidos em qualquer meio de difusão da Revista. As expressões e opiniões expostas pelos autores de cada obra publicada nesta Revista são de sua exclusiva responsabilidade.

### **Normas Formais de publicação de trabalhos de doutrina**

1) Os trabalhos devem ser enviados por correio eletrônico a [redaccionfder@um.edu.uy](mailto:redaccionfder@um.edu.uy). As datas-limite para recepção de trabalhos são 30 de abril e 30 de outubro.

2) Devem ser inéditos, originais e poderão ser enviados em espanhol ou em inglês.

3) Embora não exista uma limitação escrita da extensão dos trabalhos, se recomenda que não excedam as 10.000 palavras.

4) Os trabalhos devem ser remetidos em formato Word, Times New Roman, Tamanho 12, espaçamento entre linhas simples.

5) O trabalho deve ir acompanhado de uma apresentação que inclua a seguinte informação:

- i) Título em espanhol e em inglês.
- ii) Dados do autor ou dos autores: nome completo, identificador único de investigador ORCID (se pode obter no seguinte enlace: [ORCID](https://orcid.org/)), cargo e instituição acadêmica a que pertence, direção de correio eletrônico para a correspondência com a revista.
- iv) Abstract do trabalho em espanhol e em inglês (entre 100 e 200 palavras)
- v) Estabelecer entre 3 e 5 palavras chaves (key words) do trabalho em inglês e em espanhol.

6) As diferentes seções do trabalho devem ser estruturadas de acordo com a numeração arábica: 1., 1.1., 1.1.2. e sucessivamente.

7) As siglas incluídas devem ser acompanhadas de seus significados, entre parênteses, na primeira vez que forem usadas. Exemplo: CC (Código Civil).

8) As referências bibliográficas devem ser feitas no final do texto (formato: Times New Roman, Tamanho 10, espaçamento entre linhas simples) seguindo a seguinte estrutura:

- Livros: AUTOR, Título, Editorial, Cidade, Ano.

Exemplo: GAGLIARDO, M., *Sociedades Anónimas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

- Revistas: AUTOR, "Título", Revista, Volumen, Número, Año y Páginas.

Exemplo: HAYEK, F., "The use of Knowledge in society", en *The American Economic Review*, vol. 35, n° 4, 1945, pp. 51 y ss.

9) As referências de Jurisprudência devem estabelecer: país de origem, órgão judicial que ditou, número e data da sentença.

10) As referências de Direito positivo devem incluir: país de origem, órgão que ditou a norma, nome (em caso de corresponder), número e data.

