

**ANALES DE CIENCIAS JURÍDICAS**  
**JOURNAL OF JURIDICAL SCIENCES**  
**SCIENTIAE JURIDICAE DOCTOR**

**AÑO 2020, VOLUMEN 1, NÚMERO 1**

ISSN Electrónico: en trámite



**EDICIÓN CAMINO AL 50° ANIVERSARIO DEL HITO  
FUNDACIONAL DE UNLAR**

ANALES DE CIENCIAS JURÍDICAS DEL DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS  
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA RIOJA.

Av. Luis M. de la Fuente S/N. Ciudad Universitaria. Ciudad de La Rioja, Provincia La Rioja,  
Rep. Argentina. C. P. 5300. Dirección electrónica

Correo electrónico: [analesdecienciasjuridicas@unlar.edu.ar](mailto:analesdecienciasjuridicas@unlar.edu.ar).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución – No Comercial– Sin Obra  
Derivada 4.0 Internacional <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

*Journal of Juridical Sciences*, Doctorate in Juridical Science, (Scientiae Juridicae Doctor),  
National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, Zip Code 5300, 2020,  
Vol. 1, N°1, e-ISSN: in process

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA RIOJA**

**AUTORIDADES**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA RIOJA**

**RECTORADO**

**DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y  
ECONÓMICAS**

**DECANATO**

**DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**DRA. H. C. DRA. ROSA A. AVILA PAZ DE ROBLEDO**

**DIRECTORA**

**DR. DIEGO ROBLEDO**

**COORDINADOR ACADÉMICO**

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

**ANALES DE CIENCIAS JURÍDICAS  
DEL DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS DE UNLAR**

**DRA. H. C. DRA. ROSA A. AVILA PAZ DE ROBLEDO  
DIRECTORA**

**DR. DIEGO ROBLEDO  
COORDINADOR ACADÉMICO**

**EDICIÓN A CARGO DEL  
INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL DE UNLAR Y DEL  
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS DE UNLAR**

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

## **COMITÉ ACADÉMICO DE ANALES DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**PROF. DRA. H.C. DRA. ROSA A. AVILA PAZ DE ROBLEDO (UNLAR – UNC, ARGENTINA)**

**PROF. DRA. H.C. DRA. MARÍA DEL CARMEN CERUTTI (UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA, ARGENTINA)**

**PROF. DRA. MILAGROS OTERO PARGA (UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, ESPAÑA).**

**PROF. PH.D. DANIEL ERDMAN (UNIVERSIDAD EUCLID, GAMBIA, WMO - ALEMANIA)**

**PROF. EM. PH.D. JOSEPH FOLGER (UNIVERSIDAD DE TEMPLE, ESTADOS UNIDOS)**

**PROF. DR. VICENT GIMÉNEZ-CHORNET (UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA, ESPAÑA)**

**PROF. DR. RAÚL GRANILLO OCAMPO (UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO, ARGENTINA)**

**PROF. DR. MIGUEL GUALANO DE GODOY (UNIVERSIDAD FEDERAL DEL PARANÁ, BRASIL)**

**PROF. PH.D. MICHAEL HANNAHAN (UNIVERSIDAD DE MASSACHUSSETS, ESTADOS UNIDOS)**

**PROF. DR. TAKUYA HATTA (UNIVERSIDAD DE KÔBE, JAPÓN)**

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

**AGRADECIMIENTO ESPECIAL POR EL ASESORAMIENTO  
BIBLIOTECOLÓGICO EN EL PORTAL DE REVISTAS CIENTÍFICAS DE UNLAR**

**PROF. JUAN PABLO GOROSTIAGA**

**EDICIÓN Y DISEÑO A CARGO DEL  
INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL DE UNLAR Y DEL  
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS DE UNLAR**

**DR. DIEGO ROBLEDO**



*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

## **CIENCIAS JURÍDICAS ANTE LA PANDEMIA COVID-19**

### **“JURIDICAL SCIENCE AND THE PANDEMIC COVID-19”**

**POR DRA. H. C. DRA. ROSA A. AVILA PAZ DE ROBLEDO**

**(UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA RIOJA, ARGENTINA)**

El Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Rioja celebra este año con la publicación de los Anales de Ciencias Jurídicas que comienza en 2020 con el volumen 1, número 1 que se presenta en nuestra vida universitaria como una publicación que integra la celebración 50° aniversario del hito fundacional de UNLaR.

A través del portal de revistas científicas de la Universidad Nacional de La Rioja desde el Doctorado en Ciencias Jurídicas se abre un diálogo con la comunidad científica, académica, y comunidad local desde el Doctorado en Ciencias Jurídicas. Ello hace posible visibilizar resultados de investigaciones, innovaciones y transferencias de resultados, tesis y otras producciones de conocimiento.

La Carrera de Doctorado en Ciencias Jurídicas cuenta con dictamen de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU) C.N. N° 11647/2014 y a su vez el Ministerio de Educación de la República Argentina ha reconocido su validez nacional a través de la resolución N°1698/2016.

Desde que la Organización Mundial de la Salud declaró pandemia al COVID-19 el uso de las tecnologías de información y comunicación aumentó como respuesta a nuevas necesidades. Las videoconferencias por plataformas

sincrónicas, videollamadas, y la digitalización de tareas produjo un salto de innovación disruptiva en prácticamente todos los ámbitos de la vida. Habitar la pandemia pone frente a frente las vulnerabilidades a las que las personas se encuentran más expuestas al riesgo y expone las crisis de las certezas y de lo conocido hasta el momento.

La irrupción de la pandemia de un virus nanoscópico produce asombro por el carácter incierto, complejo y dinámico de esta realidad que se vive. Desde las ciencias jurídicas se describen realidades observables en un contexto concreto, así como los problemas que emergen. Con base en un método se plantean preguntas y se ensayan respuestas, en teorías, juicios, valoraciones y propuestas de mejora, de corrección, de innovación o de mantenimiento de un estado. Se trata de una tarea de alteridad que requiere de participación, intercambio y colaboración en comunidad y a la vez responsabilidad social sobre el proceso y los resultados. Se trata de una acción dialógica y relacional que produce una situación de encuentro y conexión.

Se trata de una oportunidad para producir conocimiento nuevo para tiempos nuevos. Como decía Edgar Morin<sup>1</sup>, de aprender a afrontar las incertidumbres del conocimiento, de la situación, de la acción. De comprender que el todo es mucho más que la suma de las partes al valorar la vinculación y la interconexión que permite superar la fragmentación y la reducción de la especialización del conocimiento. Se trata entonces de un diálogo de saberes, que revaloriza la interconexión en lugar de la parcialización del conocimiento.

---

<sup>1</sup> MORIN, EDGAR, *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO, Ed. Santillana, 1999, p. 43 y ss. (traducción de Mercedes Vallejo-Gomez, con la contribución de Nelson Vallejo-Gomez y Francois Girard), accedida en [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000117740\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000117740_spa) (consulta 20/06/2020).

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

El desafío actual consiste en abrir el diálogo epistemológico y metodológico a nuevos fenómenos y problemas, pero también a dialogar con todas las voces. El futuro se construye con actos presentes de personas concretas.

Por ello, agradecemos especialmente equipo de Anales de Ciencias Jurídicas, al comité académico, al comité de árbitros de doble ciego, y al equipo de edición y gestión del portal de revistas científicas de UNLaR.

Dra. H. C. Dra. Rosa A. Avila Paz de Robledo  
Directora de Anales de Ciencias Jurídicas  
Directora del Doctorado en Ciencias Jurídicas  
Doctora Honoris Causae, UNLaR  
Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, UNC  
Docente Investigadora Categoría 1, Ministerio de Educación de la Nación Argentina

# ÍNDICE / INDEX

## AUTORIDADES (*Authorities*), pp. 1.

### EDITORIAL

- “Ciencias Jurídicas ante la Pandemia COVID 19” (*Juridical Science at the Pandemic COVID-19*) por Prof. Dra. H.C. Dra. Rosa A. Avila Paz de Robledo pp. 3-9
- Normas editoriales (Editorial policy), pp. 10-13.

### ARTÍCULOS DE DOCTRINA DE DOCENTES E INVESTIGADORES

- “Manuel Belgrano: Ciencias Jurídicas y Humanización del Proceso” (*Manuel Belgrano: Juridical Science and Humanization of Process*) por la Prof. Dra. Rosa Avila Paz de Robledo y el Prof. Dr. Diego Robledo, pp. 15-43.
- “Maltrato filio-parental. Un problema en aumento como consecuencia de la pandemia” (*Philio-parental abuse. An increasing problem like a consequence of pandemic*) por la Prof. Dra. Milagros Otero Parga, pp. 44-73.

- “Amicus Curiae presentado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México): Opt in vs. Opt out, Cosa Juzgada, Notificación, Ejecución de la Condena, Gastos y Costas” (“Amicus curiae presented to the Mexican Supreme Court: opt in v. opt out, res judicata, notice, enforcement, costs and expenses”) por Prof. Dr. Antonio Gidi, pp. 74-90.
- “Overall structure of japanese civil procedure” por Prof. Tayuka Hatta, (en inglés) pp.91-100.
- “Estructura general del proceso civil en Japón” por Prof. Tayuka Hatta, traducción al español a cargo del Prof. Dr. Diego Robledo, pp. 101-108.
- “Educación para el Desarrollo y respeto al prójimo” (“Education for development and fraternity to respect the neighbour”) por el Prof. Dr. Lafayette Pozzoli, la Prof. Mgtr. Gilmar Siquiera y el Prof. Mgtr. Rogério Cangussu Dantas Cachichi, pp. 109-133.
- “Principio de Inscripción Registral” (“Principle of Registral Inscription”) por la Prof. Esp. Esc. Ana Gabriela Brizuela, pp. 134-156.
- “El Principio Uti Possidetis Iuris: Su Aplicación en Reclamos Diplomáticos y en Jurisprudencia Judicial y Arbitral” (“Principle Uti possidetis iuris: application in diplomatic claim and judicial and arbitral jurisprudence”) por el Prof. Esp. Luis Asís Damasco, pp. 157-200.

## **NORMAS EDITORIALES**

### **(EDITORIAL'S POLICY)**

#### **A) Temática**

Las Ciencias Jurídicas abarca el estudio de la Epistemología Jurídica, la Metodología de la Investigación, el Derecho Público, Derecho Privado, Derecho Procesal, Derecho Penal y Criminología, Derecho Nacional y Transnacional, Derecho Comparado, Derecho Internacional, Derecho de la Integración, Culturas Jurídicas, Deontología, Etiología y Teoría General del Derecho, Discursos Jurídicos y Lenguaje jurídico, Argumentación Jurídica, Sociología Jurídica, Filosofía del Derecho, Derecho Probatorio, Bioética jurídica, Derecho y Tecnologías, Métodos de Resolución de Conflictos, Enseñanza del Derecho e Investigación Jurídica, así como los estudios interdisciplinarios, transdisciplinarios y multidisciplinarios.

#### **B) Contenido**

En cada número se publican resúmenes de distintas investigaciones realizadas en la carrera del Doctorado en Ciencias Jurídicas y producciones científicas escritas del ámbito de las Ciencias Jurídicas.

Anales ofrece varias secciones brindando la oportunidad de publicar trabajos en diversos campos del saber:

- Artículos doctrinales de docentes e investigadores
- Artículos de Tesis
- Comentarios de Legislación y Jurisprudencia
- Reseñas bibliográficas

Anales de Ciencias Jurídicas no se hace responsable por los contenidos de los artículos publicados, ni por las opiniones emitidas por los/as autores.

#### **C) Lineamientos del manuscrito**

El manuscrito deberá seguir los siguientes lineamientos:

**Portada:** a) Título en español e inglés; b) Nombre del Autor o Autores acompañándose al pie con asterisco las referencias del o de los mismos relativas a la máxima titulación, filiación institucional o lugar de trabajo, correo electrónico; c) Resumen en español e inglés con un máximo de 200 palabras cada uno; d) Palabras clave (en español y en inglés key words) con máximo diez expresiones.

**Formato:** fuente a utilizar en el cuerpo del texto *Arial*, tamaño 12, con interlineado simple y márgenes de 3 centímetros.

El **título** tendrá tamaño 14 con negrita y en el centro.

Debajo del título y en el centro, en fuente tamaño 12 y sin negrita, se indicará **autor/a o autores** y entre paréntesis la filiación institucional.

Los **títulos de los epígrafes** son precedidos de números romanos utilizando fuente *Arial*, mayúscula, negrita. (Ejemplo: **I. INTRODUCCIÓN**). Y los **subepígrafes** usan fuente *Arial*, tamaño 12, en minúscula y negrita, precedidos de número arábigo (Ejemplo: **1. Principios procesales**). Los subsiguientes subepígrafes aparecerán en *Arial*, tamaño 12, en minúscula y cursiva, precedido de número arábigo sucesivo.

Todas las **abreviaturas** que se empleen deben ser explicadas la primera vez que se las utilice.

En caso de utilizar **tablas y gráficos** deben incluir entre paréntesis y fuente *Arial*, tamaño 10, la explicación de sus abreviaturas, así como la indicación de la fuente de los datos. Si utiliza más de una, debe numerar las tablas y figuras (ejemplo: Tabla N°1: ...)

Cuando se pongan, las **notas de pie de página** deben indicar:

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

- el apellido y nombre del autor con versalita;
- el título del trabajo en cursiva sin comillas, si es de un título de libro;
- el título del trabajo entre comillas y en letra de imprenta cuando se trata de una publicación periódica u obra conjunta. Cuando se trate de publicación periódica se indicará en cursiva el nombre de la publicación, completándose con letra de imprenta los datos de volumen, número, año de edición, página/páginas. Cuando se trata de obra conjunta, se indicará con letras versalita el nombre del responsable de la obra y en cursiva el título de la obra conjunta.
- Cuando se trata de una publicación electrónica además debe incluir la dirección de URL y su fecha de consulta.

Toda aclaración respecto al trabajo (colaboradores, agradecimientos, etc.) debe ponerse en una nota al pie, señalada con un asterisco y no con un número.

El escrito debe presentarse en hojas blancas, en papel tamaño A4, escrito de un solo lado y sin enmiendas, en 2 copias. El envío electrónico se recibe en formato en Word para Windows.

#### **D) Extensión de los originales**

Los originales sobre temas específicos se aconseja la cantidad de 15 páginas, tamaño A4, a simple espacio con márgenes de 3 cm. En esta extensión quedan comprendidas notas y referencias.

Cuando sea comentario de legislación o jurisprudencia, debe acompañar la misma en adjunto por correo electrónico debe dirigirse a [analescienciasjuridicas@unlar.edu.ar](mailto:analescienciasjuridicas@unlar.edu.ar), así como también debe indicar la fuente de donde ha sido obtenida.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

## **E) Material a presentar**

Deberá presentar una nota dirigida a la Directora del Doctorado en Ciencias Jurídicas, Departamento Académico de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas por, adjuntando:

- Nota dirigida a la Dirección del Doctorado en Ciencias Jurídicas Prof. Dra. H.C.Dra. Rosa Avila Paz de Robledo, solicitando la publicación del trabajo, acompañada de declaración jurada en la que el autor haga presente que ha respetado las normas vigentes en materia de propiedad intelectual y se hace responsable de cualquier violación a las mismas. Así como también la declaración jurada debe contener la cesión de derechos sobre la obra a Anales de Ciencias Jurídicas del Doctorado en Ciencias Jurídicas de UNLaR autorizando su divulgación por cualquier medio.
- Breve currículum vitae.

Asimismo, debe enviarse por correo electrónico debe dirigirse a [analescienciasjuridicas@unlar.edu.ar](mailto:analescienciasjuridicas@unlar.edu.ar) con el archivo adjunto del trabajo en cuestión, el *curriculum vitae* breve, y la declaración jurada escaneada con la firma.

Anales de Ciencias Jurídicas del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Rioja tiene por dirección: Av. Luis M. de la Fuente S/N. Ciudad Universitaria. La Rioja - Argentina. Código Postal: 5300. Y por dirección electrónica [analescienciasjuridicas@unlar.edu.ar](mailto:analescienciasjuridicas@unlar.edu.ar)

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

# **Artículos de Doctrina de Docentes e Investigadores, Investigadoras**

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

## **MANUEL BELGRANO: CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANIZACIÓN DEL PROCESO**

## **MANUEL BELGRANO: LEGAL SCIENCE AND HUMANIZATION OF PROCESS**

Prof. Dra. H.C. Dra. Rosa A. Ávila Paz de Robledo  
(*Universidad Nacional de La Rioja y Universidad Nacional de Córdoba,  
Argentina*)

Prof. Dr. Diego Robledo  
(*Universidad Nacional de La Rioja y Universidad Nacional de Córdoba,  
Argentina*)

### **Cómo citar este Artículo:**

AVILA PAZ DE ROBLEDOS, Rosa Angélica del Valle y Diego Robledo, "Manuel Belgrano: Ciencias Jurídicas y Humanización del Proceso" en *Anales de Ciencias Jurídicas*, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, pp. 15-43.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

## **Título: “Manuel Belgrano: Ciencias Jurídicas y Humanización del Proceso”**

### **Resumen:**

Este artículo acerca de Manuel Belgrano se escribe en su homenaje y se enfoca su relación con ciencias jurídicas a través de su formación universitaria en Salamanca y Valladolid. Se valora su ideario y obras desde una rama de la Filosofía del Derecho como es la Axiología Jurídica. Se analiza al valor justicia y

al bien común y su relación con la humanización del proceso como una instancia ética, doctrinaria y jurisprudencial que se realiza en el día a día. La evocación y compromiso de Belgrano proyecta al presente los principios y valores republicanos.

**Palabras clave:** Manuel Belgrano; Ciencias Jurídicas; Humanización del Proceso; Axiología Jurídica; Valor Justicia; Bien común

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

## **Title: Manuel Belgrano: Juridical Science and Humanization of Process**

### **Abstract:**

This article about Manuel Belgrano written as a memorial on his anniversary and presents the relation with juridical science at his formation in Salamanca and Valladolid. It's valued his ideals and work from Axiology of Law as a part of the Philosophy of Law. Justice as value

and welfare are studied as part of the humanization of process as an ethical, doctrinal and jurisprudence instance that it is developed every day. The evocation and commitment of Belgrano in the present remain as republican principles and values.

**Key words:** Manuel Belgrano; Legal Science; Humanization of Process; Axiology of Law; Justice as value; Welfare

### **How to quote this article:**

AVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa Angelica del Valle & Diego Robledo, "Manuel Belgrano: Juridical Science and Humanization of Process", *Journal of Juridical Science*, Doctorate in Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, pp. 15

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite

Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.

---

## MANUEL BELGRANO: CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANIZACIÓN DEL PROCESO

Rosa A. Ávila Paz de Robledo\* y Diego Robledo\*

### I. INTRODUCCION

El año 2020 en Argentina se declaró al año 2020 “*Año del General Manuel Belgrano*” evocan a modo de homenaje al conmemorarse 250 años de su nacimiento y 200 de su muerte, motivado además en evocar su persona como uno de los “*ejemplos más destacados de virtud cívica entre los hombres y mujeres que forjaron nuestra Nación*”<sup>1</sup>.

---

\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba-U.N.C. Doctora Honoris Causae, Universidad Nacional de La Rioja-UNLaR. Docente Investigadora U.N.C. Categoría 1-Ministerio de Educación de la Nación. Profesora Titular de Teoría General del Proceso y de Derecho Procesal Civil y Comercial y del Posgrado de la Facultad de Derecho U.N.C. Profesora Titular regular, Directora del Instituto de Derecho Procesal, Directora de la Maestría en Derecho Procesal y Directora del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Rioja. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Par Evaluadora de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria, C.O.N.E.A.U. E-mails: [ravila@unlar.edu.ar](mailto:ravila@unlar.edu.ar) y [rosaavilapaz@gmail.com](mailto:rosaavilapaz@gmail.com)

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, UNC. Docente Investigador, UNLaR. Categoría 3- Ministerio de Educación de la Nación. Profesor de Teoría General del Proceso y de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho. UNC. Profesor Adjunto regular, Coordinador Académico de la Maestría en Derecho Procesal y Coordinador Académico del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Rioja. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. E-mails: [drobledo@unlar.edu.ar](mailto:drobledo@unlar.edu.ar) y [drobledoavilapaz@gmail.com](mailto:drobledoavilapaz@gmail.com)

<sup>1</sup> PODER EJECUTIVO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, Decreto 02/2020, publicado en el Boletín Oficial el 3 de enero de 2020. En la Universidad Nacional de La Rioja, Argentina, por Resolución

El General Manuel Belgrano se encuentra en la memoria colectiva del pueblo argentino por su entrega y compromiso como héroe y padre de la Patria y creador de la Bandera Argentina. La historia argentina evoca un arquetipo de persona patria, y además de abogado, quien tuvo en su filosofía una visión procesal del Estado, pues entendió las etapas del proceso histórico y abogó por la unión de la Patria, la libertad y la dignidad del pueblo argentino<sup>2</sup>.

Este artículo reflexiona su relación con las Ciencias Jurídicas y el Arte del Derecho que se presentan en tres aspectos su formación, el valor justicia como una manifestación de la humanización jurídica presente en la realidad concreta de su obra, y una evocación y compromiso para los tiempos que corren. La humanización del proceso es entendida como *“una instancia ética, doctrinaria, legislativa, jurisprudencial, pedagógica y sociológica que debe ser elaborada y construida día a día, por cuanto siendo el proceso judicial una obra humana, necesita de su necesaria adecuación para dar una cabal respuesta a los requerimientos de cada época”*<sup>3</sup>.

En cuanto al método se emplea la hermenéutica y la axiología jurídica sobre la base documental y bibliográfica.

## II. BELGRANO Y SU FORMACIÓN JURÍDICA

---

Rectoral N° 232/2020 y Resolución del Honorable Consejo Superior N°1022/2020 el Anfiteatro “F” recibió el nombre “General Manuel Belgrano”.

<sup>2</sup> En este sentido, en el bicentenario de la Bandera Nacional Argentina, puede verse AVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA DEL VALLE Y DIEGO ROBLEDO “La Corte suprema de justicia de la Nación Argentina y los tribunales a 150 años de la ley federal N° 27 (1862-2012) en el bicentenario de la bandera nacional Argentina (1812-2012)” en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2012, p. 25-44.

<sup>3</sup> Avila Paz de Robledo, Rosa Angélica del Valle (Directora) *Manual de Teoría General del Proceso*, Córdoba, Argentina, Ed. Advocatus, 2005, T. I, p. 19.

La vida de D. Manuel José Joaquín del Corazón de Jesús Belgrano, hijo de D<sup>a</sup>. María Josefa González y D. Domingo Belgrano y Peri, transcurrió entre el 3 de junio de 1770<sup>4</sup> y el 20 de junio de 1820. Para contextualizar, su vida transcurrió entre revoluciones, nació en las postrimerías de la revolución agrícola, vivió la antesala de las revoluciones europeas - la Revolución Francesa de 1789, la Revolución Española de 1808- y la Revolución de Mayo de 1810, los debates por la Independencia de 1816 y falleció en los albores de la primera revolución industrial.

En su formación, inició en el Colegio de Santo Domingo de la Orden de los Predicadores. Luego desarrolló estudios en el Real Colegio de San Carlos - bajo la dirección del catedrático Luis Joseph Chorroarín- donde obtuvo su grado bachiller en Filosofía<sup>5</sup> y luego, con 16 años, en 1786 viajó junto a su hermano Francisco José María a España para estudiar en la Universidad<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> En 1770, en España por Cédula Real se prohíbe el uso de las lenguas indígenas en los virreinos de Virreinato de Nueva Granada y del Perú y . En Francia, en ese mismo año María Antonieta llega a la Corte francesa y se casaba con Luis quien luego será conocido como Luis XVI de Francia. En Alemania en ese mismo año nacían el filósofo Georg Wilhelm Friedrich Hegel y el compositor Ludwig van Beethoven.

<sup>5</sup> En primer año se estudiaba Lógica y Metafísica, y en el segundo Ética y Moral. El sistema educativo se enriquecía de las siete artes liberales: filosofía natural, lógica, derecho, matemáticas, literatura y teología. Además, oratoria y dialéctica. Este diploma lo obtuvo en 1787 y fue enviado por su padre a España para ser presentado ante la universidad.

<sup>6</sup> Su primo Juan José Castelli viajó a estudiar Derecho a la Universidad de Chuquisaca y en la Real Academia Carolina de Practicantes Juristas de Charcas, donde la enseñanza práctica se impartía por el estudio de casos.

Su padre había solicitado los permisos para que sus hijos viajen para estudiar ciencia mercantil al cuidado de su yerno José M. Calderón de la Barca; sin embargo, su madre aspiraba a que sea doctor en Derecho y Teología<sup>7</sup>.

Para ingresar a estudiar en la Universidad de Salamanca debió jurar obediencia *in licitis et honestis* al rector y abonar una suma, luego debió antes rendir un examen de Filosofía y Moral el 18 de junio de 1787 ante una mesa formada por los profesores de la materia fray Pedro de Madariaga y los doctores Gabriel de la Peña y Antonio Reirriand, obteniendo su matrícula universitaria el 4 de noviembre de 1786<sup>8</sup>. Se afirma que “Manuel Belgrano se matriculó en Leyes en la Universidad de Salamanca el 18 de junio de 1787. Es uno de los 183 alumnos que vemos matriculados en aquella Facultad desde el 4 de diciembre de 1786, fecha en que se abrió la matrícula en Leyes, al 25 de octubre de 1787, en que se da fin a la matrícula de aquél Curso académico”<sup>9</sup>.

En sus memorias Belgrano expresó:

Me proporcionó [su padre] la enseñanza de las primeras letras, la gramática latina, filosofía y algo de teología en el mismo Buenos Aires. Sucesivamente me mandó á España á seguir la carrera de las leyes, y allí estudié en Salamanca; me gradué en Valladolid; continué en Madrid y me

<sup>7</sup> Los títulos a los que se podía acceder en aquel entonces consistían en Bachiller, Licenciado y Doctor. El primero habilitaba para ejercer una profesión, la licenciatura autorizaba a enseñar y el título de doctor representa la autoridad intelectual.

<sup>8</sup> “Borrador de la Junta para examinar de Filosofía Moral a Manuel Belgrano celebrada el 18 de junio de 1787”, en ARCHIVO DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, España, documento manuscrito en 1 folio digitalizado, consultado en [https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/110048/AUSA\\_3720\\_64.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/110048/AUSA_3720_64.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

<sup>9</sup> ROBLES CARCEDO, LAUREANO, “Unamuno y los estudios del General Belgrano” en *Estudios de Historia Social y Económica de América*, España, 1992, N° 9, p. 317-342 (consultado en <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/6195/Unamuno%20y%20los%20Estudios%20del%20General%20Belgrano.pdf?sequence=1&isAllowed=y> 20/06/2020).

recibí de abogado en la Chancillería de Valladolid. Confieso que mi aplicación no la contraí tanto á la carrera que había ido á emprender, como al estudio de los idiomas vivos, de la economía política y al derecho público, y que en los primeros momentos en que tuve la suerte de encontrar hombres amantes al bien público que me manifestaron sus útiles ideas, se apoderó de mí el deseo de propender cuanto pudiese al provecho general, y adquirir renombre con mis trabajos hacia tan importante objeto, dirigiéndolos particularmente á favor de la patria<sup>10</sup>

D. Miguel de Unamuno al estudiar el archivo universitario explica que en los tiempos de Ilustración Española que estudió Manuel Belgrano la Universidad de Salamanca influyó en Belgrano inculcando en él ideales y valores de libertad<sup>11</sup>. Como explica el historiador Roberto Colimodio, la ilustración española a diferencia de la revolución francesa de 1789 -con los valores de libertad, igualdad y fraternidad -no descartaba la religión y el respeto a la figura del Rey<sup>12</sup>.

Vale señalar que la Universidad de Salamanca, fundada en 1218 por el Rey Alfonso IX de León en 2018 ha celebrado sus 800 años como *alma mater*, destacando entre sus ilustres alumnos a Manuel Belgrano<sup>13</sup>. Fue el primer

<sup>10</sup> BELGRANO, MANUEL, *Autobiografía comentada por Alejandro Morea*, Ministerio de Cultura de la República Argentina, Secretaría de Patrimonio Cultural, Dirección Nacional de Gestión Patrimonial, Buenos Aires, 2020, p. 11 (consulta en <https://compartir.cultura.gob.ar/wp-content/uploads/2020/06/AUTOBIOGRAFIA.pdf> 20/06/2020).

<sup>11</sup> UNAMUNO, MIGUEL, “Los estudios del general Belgrano: cursos que siguió en salamanca, sus maestros, sus diplomas” en *Fondo de Miguel de Unamuno, Archivo Personal*, Archivo Institucional, Gestión del Respositorio Institucional de la Universidad de Salamanca, España, (publicado originalmente en diario El Tiempo, Buenos Aires, con fecha 19/03/1903) consulta en <https://gredos.usal.es/handle/10366/80513> 20/06/2020.

<sup>12</sup> COLIMODIO, ROBERTO, “Evocación a 200 años de su muerte. Manuel Belgrano, un hombre de fe” en *Clarín*, Buenos Aires, edición del 10/06/2020.

<sup>13</sup> Al conmemorarse 150 de la Independencia Argentina, el 20 de junio de 1960 se rindió homenaje en Salamanca como un destacado antiguo alumno de la universidad. La Universidad de Salamanca instaló una placa conmemorativa que recuerda su paso por la ciudad situada en el claustro de la universidad.

presidente de la fue el primer presidente de la Academia de Derecho y Práctica Forense<sup>14</sup>. La antigua librería<sup>15</sup> de la Universidad de Salamanca resguarda un fondo documental de 1215 impresos, 346 incunables, 155 manuscritos y 6289 páginas escogidas. Durante su formación universitaria, Belgrano recibió del Papa Pio Sexto licencia para leer los libros prohibidos (salvo aquellos referidos a los Astrólogos Judiciarios)<sup>16</sup>. Gracias al dominio del castellano, italiano, inglés y francés aprendió de diversas fuentes.

Además, sus escritos y obra de vida dan cuenta de sus variadas lecturas. Pero también la librería (como se denominan a las bibliotecas en la época) que ha sido donada por Manuel Belgrano en 1810 y 1811 a Biblioteca Pública de Buenos Ayres y que en la actualidad llega hasta el presente bajo la denominación Biblioteca Nacional Mariano Moreno. La donación, como asegura Roberto Casazza, se hizo en dos remesas, con un lote de 87 títulos distribuidos en 167

---

<sup>14</sup> Como atestigua su chozno nieto, presidente del Instituto Manuel Belgrano del Ministerio de Cultura de la Nación Argentina y considera una distinción además por ser indiano el presidir la academia salmantina. Cfr. "Manuel Belgrano, según su chozno nieto" 20/06/2020 en disponible en [https://www.cultura.gob.ar/la-educacion-la-economia-el-rol-del-docente-y-el-rol-social-de-la-mujer-pilares-en-las-ideas-de-manuel-belgrano\\_7796/](https://www.cultura.gob.ar/la-educacion-la-economia-el-rol-del-docente-y-el-rol-social-de-la-mujer-pilares-en-las-ideas-de-manuel-belgrano_7796/)

<sup>15</sup> Cfr. <https://gredos.usal.es/handle/10366/2386>

<sup>16</sup> En el índice de los libros prohibidos en aquella época se entrarían obras como las Confesiones de Jean Jacques Rousseau, la Enciclopedia, o diccionario razonado de las ciencias, artes y oficios -dirigida por Denis Diderot iniciada en 1751 y que se completaría en 1772- entre otros. Cfr. PIGNA, FELIPE, *Manuel Belgrano el hombre del bicentenario*, Ed. Planeta, Buenos Aires, 2016, p. 18. Vale agregar que Belgrano también estudió en "la Academia de Economía presidida por Ramón de Salas y Cortés, el cual se volvió un espacio de socialización intelectual complementario del universitario, que permitió a Belgrano ampliar sus conocimientos eruditos. El director de la Academia fue promotor de la adquisición para la Universidad de obras modernas sobre el conocimiento filosófico, jurídico y económico, pertenecientes autores como Nicolás Malebranche; Cayetano Filangieri; Adam Smith; Tousseau y Etienne Bonnot de Condillac" cfr. EIRIS, ARIEL ALBERTO "Saberes y experiencia letrada al servicio de la revolución rioplatense. El caso de Pedro José Agrelo y su relación con Manuel Belgrano durante la década de 1810" en Investigaciones y Ensayos, Academia Nacional de Historia de la República Argentina, Buenos Aires, Vol. 70, 2020 consultado en <https://iye.anh.org.ar/index.php/iye/article/view/204/423>

tomos<sup>17</sup>. Entre sus lecturas se destacan las obras de Platón, de François Quesnay, Adam Smith, el Espíritu de las Leyes de Montesquieu, de Voltaire, Rousseau, Locke, George Washington y abreviar en fuentes humanistas como El cantar del Mío Cid y poesía de Lope de Vega. En síntesis, se puede afirmar que la lectura ilustrada de Belgrano abarca además de lectura jurídica de su formación universitaria, otras lecturas sobre economía política, ciencias, química, geografía y viajes, botánica, técnicas, agricultura y ganadería, filosofía, historia, artes, literatura e historia de la literatura<sup>18</sup>.

En aquella época Belgrano tradujo el libro “Los principios de la ciencia económico-política” con redactando incluso una introducción propia. Luego, tradujo la obra “Exposición de los principios de la nueva ciencia”, con la inspiración de la obra de Dupont de “*Nemours Origine et Progrès d’une Science Nouvelle*”<sup>19</sup>.

Resulta relevante señalar que en la Universidad de Salamanca se forjó durante el siglo XVI, un movimiento de humanismo jurídico que puede identificarse con la Escuela de Salamanca o Escuela Española de la Paz con las ideas de Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Juan de la Peña, Bartolomé de las Casas y Francisco Suárez. A través de esta escuela se defiende la doctrina sobre la soberanía popular, la naturaleza del poder y la justicia, los derechos de las personas y el Estado, la comunidad internacional y el derecho de gentes.

---

<sup>17</sup> Cfr. CASAZZA, ROBERTO, *Las Lecturas de Belgrano. La donación de Manuel Belgrano a la Biblioteca Pública de Buenos Ayres. Estudio preliminar, catálogo y notas histórico-bibliográficas*, Biblioteca Nacional, Argentina, 2020, p. 7. La Biblioteca Nacional atesora la librería de Belgrano como uno de sus tesoros, la cual ha sido confrontada entre el inventario de donación de la época y las obras que figuran en el catálogo.

<sup>18</sup> MAGGIO RAMÍREZ, MATÍAS, “Los libros que Belgrano nos legó. La donación de libros de Manuel Belgrano a la Biblioteca Pública de Buenos Aires, 1810-1811” en *Anales de la Educación Común*, Argentina, 2020, vol. 1, p. 188-201.

<sup>19</sup> REAL ACADEMIA DE HISTORIA DE ESPAÑA, “Manuel Belgrano Gonzalez” en <https://dbe.rah.es/biografias/12955/manuel-belgrano-gonzalez>

valioso aporte salmantino se comprende al contextualizar que en en el Siglo XVI: “La ciencia teológica y ciencia jurídica trabajan juntas en Salamanca, trabajan en equipo como diríamos hoy. (...) Las aulas salmantinas irradiaron normas humanitarias y cristianas para tratar a los indios”<sup>20</sup>.

En 1789 se matriculó en la Universidad de Valladolid dando su examen final y graduándose de bachiller. El paso de Belgrano por la Universidad de Valladolid se encuentra registrado en el Archivo de la Real Chancillería de Valladolid<sup>21</sup>. Se puede recuperar su expediente digitalizado<sup>22</sup> en forma íntegra que da cuenta de una copia de su partida de bautismo (4 de junio de 1767), dos certificados de su graduación en leyes por la Universidad de Valladolid en 1789, uno expedido en 1790 y otro en 1793, certificado de prestación de servicios legales a favor de Francisco Clemente, agente fiscal del consejo de Hacienda entre 1789 y 1792, certificado de prestación de servicios legales a favor de Gregorio María Rojo, entre octubre de 1792 y enero de 1793.

Obtuvo su diploma como abogado luego de rendir un examen práctico para demostrar su habilidad suficiente con un caso como para concederle la facultad de usar y ejercer el empleo "de tal abogado como los demás de esta Real Chancillería"<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ CRUZ, AGUEDA, *La Universidad de Salamanca en Hispanoamérica*, Ediciones Universidad, Salamanca, España, 2005, p.96.

<sup>21</sup> <https://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/areas/archivos/mc/archivos/acv/actividades/doc-destacados/belgrano.html>

<sup>22</sup> Cfr. Portal de Archivos Españoles, <http://pares.mcu.es/ParesBusquedas20/catalogo/description/12755327>

<sup>23</sup> Cfr. Portal de Archivos Españoles, <http://pares.mcu.es/ParesBusquedas20/catalogo/description/12755327>

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

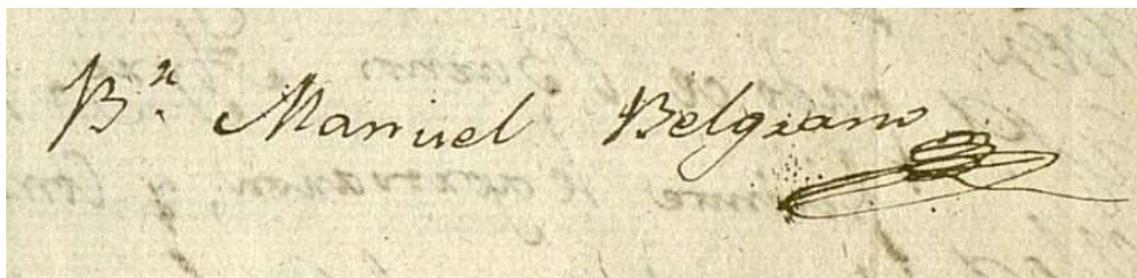


Figura N°1: Firma de Manuel Belgrano, extraída de la solicitud que presentó ante el Real Acuerdo (fuente: Archivo de la Real Cancillería de Valladolid consultado el 20/06/2020 en <http://pares.mcu.es/ParesBusquedas20/catalogo/autoridad/134240>)

Un año después de ser incorporado como abogado<sup>24</sup>, fue nombrado como secretario en el Consulado de Comercio de Buenos Aires tarea que desarrolló entre 1794 y 1810; vale señalar que, la Junta del Consulado de Comercio tuvo a su cargo la función de administración de justicia en los conflictos mercantiles. Parte de su actuación como secretario se encuentra documentada en el Archivo General de las Indias<sup>25</sup>. En aquel entonces escribió sus Memorias, en quince tomos, impulsando la industria, la agricultura, la educación, instrucción cívica.

Se desempeñó como Vocal en la Primera Junta de Gobierno, así como General del Ejército. Como relata María Gabriela Ábalos, mientras conformaba su ejército formándoles en el uso de las armas y combate “desarrollaba su promitente objetivo político de propagar los ideales revolucionarios, difusión y esclarecimiento de los principios de independencia, justicia y libertad, hallando

<sup>24</sup> GRAMUGLIA, Pablo Martínez. “Manuel Belgrano, del letrado colonial al moderno” en ULÚA, Revista de Historia, Sociedad y Cultura, Universidad Veracruzana, México, 2019, N° 33, <https://ulua.uv.mx/index.php/ulua/article/view/2632>

<sup>25</sup> ARCHIVO GENERAL DE LAS INDIAS, consultado en <http://pares.mcu.es/ParesBusquedas20/catalogo/find?idAut=134240&archivo=10&tipoAsocAut=1&nomAut=Belgrano%2C+Manuel+%281767-1820%29>

tiempo para dedicarse a la educación pública”<sup>26</sup>. En su gesta fundó pueblos de Nuestra Señora del Pilar de Curuzú Cuantiá y Mandisoví en 1810. La historia lo recuerda también como un pionero de la educación.

Se destacó como periodista publicando en *Telégrafo Mercantil*, el *Semanario de Agricultura, Industria y Comercio* y el *Correo de Comercio*, entre otros. Vale señalar que en esta obra de gran divulgación en la época intervino en debates jurídicos sobre las leyes agrícolas, las normas mercantiles, las condiciones del comercio exterior, el derecho laboral y el fomento de oficios, el derecho público y derechos humanos (siguiendo la denominación actual).

### III. BELGRANO: EL HUMANISMO JURIDICO Y LA JUSTICIA

Como protagonista de su tiempo es reconocido por su vida y obra que es un valiosísimo legado en valores para la Patria. Para afirmar ello, se sigue los postulados de la axiología jurídica de filósofa del derecho, Milagro Otero Parga<sup>27</sup>. Como destaca Pigna, Belgrano pudo haberse graduado de abogado y ejercer en Europa o continuar con los negocios de su padre; sin embargo, entregó su vida a forjar una Patria, la unidad de una Nación<sup>28</sup>.

Desde muy temprano comprendió que la unión hace a la grandeza de una Nación. El 19 de mayo de 1810, Belgrano escribía sobre las causas de la

---

<sup>26</sup> ABALOS, MARÍA GABRIELA, “Belgrano y el programa de gobierno para los Pueblos de las Misiones” en *Actores y Testigos de la Revolución de Mayo*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Cruz Ediciones de Ex libris, Mendoza, 2010, p. 89.

<sup>27</sup> Desde una axiología jurídica, los observamos como valores constitucionales. Cfr. OTERO PARGA, MILAGROS, *Valores constitucionales: introducción a la filosofía del derecho: axiología jurídica*, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, España, 2000.

<sup>28</sup> PIGNA, FELIPE, *Manuel Belgrano el hombre del bicentenario*, Ed. Planeta, Buenos Aires, 2016, p. 16.

destrucción o de la conservación y engrandecimiento de las naciones y tras un examen concluía que la desunión es

capaz de traer a la imaginación los más horribles desastres que con ella puede sufrir la sociedad, sea cual fuere el gobierno que la dirija; basta la desunión para originar las guerras civiles, para dar entrada al enemigo por débil que sea, para arruinar el imperio más floreciente. (...) Por el contrario, la unión ha sostenido a las naciones contra los ataques más bien meditados del poder, y las ha elevado al grado de mayor engrandecimiento; hallando por su medio cuantos recursos han necesitado, en todas las circunstancias o para sobrellevar los infortunios, o para aprovecharse de las ventajas que el orden de los acontecimientos les ha presentado. (...Es así que) los políticos sabios de todas las naciones, siempre han aconsejado a las suyas, que sea perpetua la unión y que exista del mismo modo el afecto fraternal entre todos los ciudadanos. (...) La unión es un valor inestimable en una nación para su general y particular felicidad; todos sus individuos deben amarla de corazón y pensar y hablar de ella como de la égida de su seguridad; cualesquiera que así lo ejecute, no importa que le falten grandes recursos; con la unión se sostendrá, con la unión será respetable; con ella al fin se engrandecerá<sup>29</sup>.

En sus palabras se encuentra presente el valor de unión o cohesión social. Desde la axiología jurídica, dicha unión se manifiesta como la felicidad general y particular, se manifiesta en el bien común, o como reza el preámbulo de la Constitución Nacional el bienestar general. Federico J. Robledo enseñaba

---

<sup>29</sup> BELGRANO, MANUEL, "Causas de la destrucción o de la conservación y engrandecimiento de las naciones" en *El Correo de Comercio*, 19 de mayo de 1810 (reproducido en Gregorio Weinberg, Manuel Belgrano, escritos económicos. Buenos Aires, Ed. Raigal, 1954) accedido en el Archivo del Ministerio de Educación de la República Argentina, consultado en <https://www.educ.ar/recursos/128494/manuel-belgrano-sobre-la-importancia-de-unir-una-nacion/download/inline> (consulta 20/06/2020).

que el bien común “no debe entenderse como la sumatoria de los bienes individuales, sino que debe entenderse al Bien Común que permite que cada persona humana, en su singularidad se realice”<sup>30</sup>. En esta misma línea Peter Häberle expresa que las libertades fundamentales son contenidos constitucionales del bien común<sup>31</sup>.

Prueba de sus ideas se reflejan en la integración de la Primera Junta de Gobierno. Además, dicha unión se plasma en la creación del símbolo patrio de unión que Belgrano nos legó, la Bandera Argentina que además de evocar la unión bajo un mismo símbolo, nos recuerda las luchas por la libertad y la independencia que ha grabado el nombre de los próceres en la historia.

Por ello, el bien común también denominado en latín “*bonum commune*”, en inglés “*welfare*”, en alemán “*gemeinwohl*” se relaciona con el valor de la “*fraternité*”<sup>32</sup> y de la solidaridad. Se manifiesta como la buena vida de las personas, común al todo, a las partes y a sus relaciones lo que requiere una forma de convivencia cívica con base en la participación, la deliberación y la colaboración entre las personas que lo conforman.

El valor justicia orienta a Belgrano como pensador y operador de su época en el desarrolló ideas jurídicas, políticas, culturales, económicas que son de indudable valor. También este valor ha orientado a teorías filosóficas de la

---

<sup>30</sup> ROBLEDO, FEDERICO JUSTINIANO, “La persona humana y el bien común en el siglo XXI. Los desafíos actuales de la tutela jurídica en Argentina, con particular referencia a la provincia de Córdoba desde el humanismo de Jacques Maritain. Con relación al Derecho Público Provincial de Argentina, Globalización y Derecho Comparado” en Jorge H. Gentile (dir.) *La persona humana y el bien común en el siglo XXI*, Ed. Alveroni, Córdoba, 2011, p. 233 y ss.

<sup>31</sup> HÄBERLE, PETER, *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 1997, p. 24.

<sup>32</sup> Uno de los valores que integran el lema de la Revolución Francesa, Libertad, Igualdad y Fraternidad. Cfr. BAGGIO, ANTONIO MARÍA, *El principio olvidado: la fraternidad*, Ed. Ciudad Nueva, Argentina, 2009.

justicia contemporáneas como la de John Rawls<sup>33</sup> o la teoría de Amartya Sen<sup>34</sup> o la teoría científica del derecho natural de Francisco Puy Muñoz<sup>35</sup> y Werner Goldschmidt la llama Dikelogía a la Ciencia de la Justicia<sup>36</sup>.

Es reconocido como fundador del pensamiento económico de sur, aunque como se señala “Belgrano siempre luchó en desventaja: con sus ejércitos, con su salud, y también en la economía política. En absoluta soledad, tuvo que hacer cuadrar el orden ideal que había leído con el desorden real que veía. En todos los ámbitos tuvo el coraje necesario para dar pelea con lo que tenía. Así consiguió reinterpretar la economía política europea para dar inicio al pensamiento económico descolonizador en Sudamérica”<sup>37</sup>. También, se destaca que el análisis económico se puede aplicar al derecho, emplea los criterios económicos para explicar la problemática jurídica. Contemporáneamente, el análisis económico del derecho ofrece herramientas metodológicas de análisis en relación a normas y conductas.

El valor justicia se encuentra presente en su argumentación jurídica. Una realidad concreta lo ilustra, en ocasión de su Expedición al Paraguay, Belgrano redactó el “Reglamento Político y Administrativo y Reforma de los 30 Pueblos de

---

<sup>33</sup> De acuerdo con Rawls: “Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar [...] los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. Cfr. RAWLS, JOHN, *Teoría de la justicia*, 2ª ed., México, FCE, 1995, p. 17.

<sup>34</sup> Cfr. SEN, AMARTYA, *La idea de la justicia*, Taurus, Buenos Aires, 2011.

<sup>35</sup> El derecho natural se muestra desde un filosofar jurídico. Cfr. PUY MUÑOZ, FRANCISCO, *Teoría científica del derecho natural*, México, Ed. Porrúa, 2006.

<sup>36</sup> GOLDSCHMIDT, WERNER, *Ciencia de la justicia*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.

<sup>37</sup> LÓPEZ, RODRIGO “Una aproximación a la teoría económica belgraniana” en Rodrigo López (compilador) *Pensamiento económico de Manuel Belgrano*, Ed. Manuel Belgrano, Ministerio de Economía de la Nación Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020, p. 54.

las Misiones”<sup>38</sup> fechado 30 de diciembre de 1810 y que refleja la doctrina de la Escuela de Salamanca en cuanto a los derechos de los indígenas. El mismo fue escrito en español y traducido al guaraní<sup>39</sup> para facilitar su acceso. De acuerdo a Bárbara Caletti Garcíadiego, “se trataba de una herramienta jurídico-política que aspira a intervenir de manera concreta en su tiempo”<sup>40</sup>. María Gabriela Ábalos destaca que el Reglamento de Belgrano “supone un importantísimo antecedente no solo de norma constitucional sino de programa de gobierno. Además, aparece como el primer documento pensado y redactado fuera de Buenos Aires, antecedente de un incipiente derecho público provincial”<sup>41</sup>.

En este reglamento Belgrano proclama la restitución a todos los Pueblos de las Misiones de los “derechos de libertad, propiedad y seguridad, que por tantas generaciones han estado privados”, lo que refuerza estableciendo que gozarán y podrán disponer de sus propiedades (exceptuando de todo tributo por el plazo de diez años). Propicia un comercio franco, es decir con buena fe, y libre con todas las provincias del Río de la Plata, incluso del tabaco. Declara la igualdad en todo a los españoles a quienes “hemos tenido la gloria de nacer en el suelo de América”. Esta igualdad que declara Belgrano a los Pueblos de las Misiones se traduce también en el acceso a todos los empleos -civiles, militares,

---

<sup>38</sup> BELGRANO, MANUEL “Reglamento Político y Administrativo y Reforma de los 30 Pueblos de las Misiones” Ministerio de Cultura de la República Argentina, Buenos Aires, 2020, accedido en <https://compartir.cultura.gob.ar/wp-content/uploads/2020/06/REGLAMENTO.pdf>

<sup>39</sup> Vale recordar que existían misiones fundadas y administradas hasta 1768 por los jesuitas, situadas en territorios de lo que hoy conocemos como las provincias de Corrientes y Misiones, también parte de Paraguay y parte en el sur de Brasil.

<sup>40</sup> CALETTI GARCADIIEGO, BÁRBARA, “Comentario preliminar” en Manuel Belgrano “Reglamento Político y Administrativo y Reforma de los 30 Pueblos de las Misiones”, Ministerio de Cultura de la República Argentina, Buenos Aires, 2020, p. 5, accedido en <https://compartir.cultura.gob.ar/wp-content/uploads/2020/06/REGLAMENTO.pdf>

<sup>41</sup> ABALOS, MARÍA GABRIELA, “Belgrano y el programa de gobierno para los Pueblos de las Misiones” ob.cit., p. 82.

y eclesiásticos-. Dispone la organización de la sociedad con criterios de distribución de tierras y construcción de ciudades y procurando el establecimiento de escuelas de primeras letras, artes y oficios.

- En lo administrativo, se destaca que “Aunque no es mi ánimo desterrar el idioma nativo de éstos Pueblos; pero como es preciso que sea fácil una comunicación para el mejor orden, prevengo que la mayor parte de los Cabildos se ha de componer, de individuos que hablen el castellano y particular-mente el Corregidor, el Alcalde de 1er Voto, el Síndico Procurador y un secretario que haya de extender las actas en lengua castellana”. “El Corregidor será el Presidente del Cabildo, pero con un voto solamente, y entenderá en todo lo político siempre con dependencia del gobernador de los Treinta Pueblos”. Un valioso aspecto respecto a la interculturalidad que atiende prima la claridad como reza el principio “clare loqui” sobre el uso del lenguaje llano.
- En lo judicial, se destaca que “La administración de Justicia queda al cargo del Corregidor y Alcaldes conforme por ahora a la legislación, que nos gobierna, concediendo las apelaciones para ante el Gobernador de los Treinta Pueblos, y de este para ante el Superior Gobierno de la Provincia en todo lo concerniente a gobierno y a la Real Audiencia en lo contencioso”. La norma procesal organiza la función judicial de acuerdo a la legislación entonces vigente y se establece el derecho al recurso y su forma.
- En lo legislativo, propicia de se reúnan todos los pueblos y elijan a uno que les represente como diputado ante el Congreso Nacional, debiendo ser “bien entendido que ha de tener las cualidades de probidad y buena conducta, ha de saber hablar el castellano”. La norma refleja una ética de la función pública.

La justicia protectoria tiene en cuenta al medio ambiente y a los pueblos de las Misiones a quienes les llama naturales, como puede apreciarse:

- “por los beneficiadores de la hierva, no sólo talando los árboles que la traen sino también con los Naturales de cuyo trabajo se aprovechan sin pagárselos y además hacen padecer con castigos escandalosos, constituyéndose jueces en causa propia, prohíbo que se pueda cortar árbol alguno de la hierva so la pena de diez pesos por cada uno que se cortare, a beneficio la mitad del denunciante y para el fondo de la Escuela la otra”.
- “No se les será permitido imponer ningún castigo a los Naturales, como me consta lo han ejecutado con la mayor iniquidad, pues si tuvieren de que quejarse ocurrirán a los jueces para que se les administre justicia, so la pena que si continuaren en tan abominable conducta, y levantaren el palo para cualquier natural serán privados de todos sus bienes, que se han de aplicar en la forma arriba descrita, y si usaren el azote, serán penados hasta el último suplicio”.

Es una expresión de humanismo jurídico que se pone en evidencia ante la condición de vulnerabilidad que reconoce en las personas de los Pueblos de las Misiones. Es posible inferir que la influencia de las ideas jurídicas de la Escuela de Salamanca tenga directa relación. Más aún, se comprende que Belgrano tenía presente la dignidad de los pueblos de las Misiones y con ello, una regulación jurídica que les reconocía como sujetos de derecho con libertad e igualdad.

Haciendo una proyección al presente, las 100 Reglas de Brasilia para personas en condiciones de vulnerabilidad<sup>42</sup> que fueran aprobadas en la Cumbre

---

<sup>42</sup> CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, *100 Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad* -en 2008 en Brasilia y actualizadas en 2018 en Quito- en <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de->

Judicial Iberoamericana, en 2008 en Brasilia y actualizadas en 2018 en Quito como es verificable con su lectura:

(9) Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal.

Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante el sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen, identidad indígena o su condición económica.

Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los sistemas de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, idioma y tradiciones culturales.

Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas alternativas y restaurativas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con los sistemas de administración de justicia estatal.

Se entenderá que existe discriminación hacia las personas afrodescendientes o pertenecientes a otras diversidades étnicas o culturales, cuando se produzcan situaciones de exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional, étnico o cultural que anulen o menoscaben el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otro ámbito de la vida pública.

La dignidad de trato que Belgrano tenía de los pueblos respetando sus lenguas, su participación política, incluso le llevó a proponer una monarquía constitucional incaica ante una sesión especial al mismo Congreso Constituyente

que reunido en Tucumán en julio en 1816 declara la independencia de las Provincias Unidas del Sud de América; no obstante, Belgrano, como sostiene Ábalos, es partidario del sistema republicano como se manifiesta en la introducción a la traducción y comentario de la “Despedida de Washington al Pueblo de los Estados Unidos” donde valora la división de los poderes como garantía de los derechos individuales<sup>43</sup>.

Fue una persona multifacética como atestiguaba Guillermo Furlong “era un estudioso que se empeña en estar al día en materias económicas y sociales. Humanista de muy buena ley (...) nada le era indiferente si con ello le era dado ilustrar a sus conciudadanos y mejorar la suerte de las gentes, en estas regiones americanas”<sup>44</sup>. Belgrano es como dice Guillermo Tula, una de las columnas de la Patria<sup>45</sup>.

#### **IV. EVOCACION Y COMPROMISO**

Reflexionar acerca de Manuel Belgrano representa una evocación y compromiso en principios, valores jurídicos, y a los ideales republicanos con la división de poderes que inspiran a la Nación Argentina y las provincias que la integran.

---

<sup>43</sup> ABALOS, MARÍA GABRIELA “Belgrano y el programa de gobierno para los Pueblos de las Misiones”, ob.cit., p.85.

<sup>44</sup> FURLONG, GUILLERMO, “Manuel Belgrano 1770-1970” en Estudios, Buenos Aires, 1970, N° 611, p. 15 a 17 en [https://racimo.usal.edu.ar/3339/1/jun1970\\_manuel\\_belgrano.pdf](https://racimo.usal.edu.ar/3339/1/jun1970_manuel_belgrano.pdf) (consulta 20/06/2020).

<sup>45</sup> TULA, GUILLERMO, *Columnas de la Patria, semblanzas argentinas*, Ed. Sarmiento, Buenos Aires, 1943, p. 10 y ss.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---



Figura 2: Retrato del Gral. Manuel Belgrano en Museo de Bellas Artes, Argentina, fuente: <https://www.bellasartes.gob.ar/coleccion/obra/2778/>

Su formación en ciencias jurídicas imprimió una huella humanista en Belgrano. Sus estudios en Leyes en la Universidad de Salamanca le acercaron de primera mano al conocimiento ilustrado de la época. Aprendió de forma transdisciplinaria, valorando en su formación además del conocimiento jurídico otros conocimientos que estimaba valiosos. Su argumentación y discurso jurídico político reflejan su profunda formación. Además de aprender por la lectura y el estudio, la experiencia vivenciada por el mismo Belgrano nutrió su formación en tiempos revolucionarios.

Hay, sin embargo, un giro emancipatorio en el pensamiento de Belgrano quien tuvo en su formación acceso al mejor material de estudio, los libros, las clases salmantinas, el intercambio con sus compañeros de estudio, pero también la vivencia experimentar de cerca los debates y las nuevas corrientes en las ideas jurídico, políticas, económicas y sociales en sus viajes por Europa atravesadas por ideas de revolución, ilustración, reformas y contrarreformas.

No adaptó las ideas europeas monárquicas ni las ideas coloniales, sino que con esa materia prima ideó un programa original, emancipador, decolonial y transformador de la realidad local y concreta mientras se forjaba como República.

Como un operador jurídico, multifacético y protagonista en el tiempo, encontró en el valor justicia la dirección de su obrar, fijando la trayectoria para toma de decisiones sobre los conflictos que se le plantearon en un escenario de revoluciones y lucha por la independencia y la libertad. Propició el bienestar general y la unión del pueblo para la grandeza de la Nación con base en la cultura que genera la educación y la cultura del trabajo.

También de la Proclama y Reglamento de Belgrano refleja que el valor justicia es el puente que orienta a los hechos a la regla que los dirige, de esa manera, programa normas que reconocen la dignidad y la cultura de los Pueblos de las Misiones proclamando “sus derechos de libertad, propiedad y seguridad, que por tantas generaciones han estado privados”.

Una base de su argumentación se encuentra en el derecho natural que da preminencia al valor justicia por encima del régimen jurídico de la época. Además le guía el principio de *clare loqui*, referido al uso del lenguaje claro en la redacción de documentos estatales. Probidad y buena conducta son dos requisitos belgranianos éticos para el ejercicio de la función pública.

Su aporte a la humanización al proceso como una instancia ética<sup>46</sup> se evidencia a partir de la proclamación de la dignidad de las personas, integrantes de las comunidades indígenas de los Pueblos de las Misiones. Más aún, vale decir, la legislación monárquica que rigió por casi tres siglos en la América del Sur creó naturales o indios como categoría para referirse uniformemente a las personas que integraban diversas comunidades a lo largo y a lo ancho de Latinoamérica, defendidos de los castigos en su dignidad humana por religiosos como Bartolomé de las Casas sobre la base del derecho natural. Es valioso considerar que antes de que la Asamblea del año XIII declare la libertad de vientres, la idea de igualdad que proclamaba Belgrano en 1810 les reconocía en dignidad y garantizaba su seguridad que en la proclama prohíbe imponer castigo alguno de mano propia, y que si tuvieran algo que demandar que acudan a los tribunales. Proyectado a nuestros días en la humanización del proceso se anticipa al reconocimiento en los derechos humanos del principio pro persona, o al reconocimiento de reglas de acceso a la justicia de personas en condiciones

---

<sup>46</sup> Cfr. AVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa Angélica del Valle, *Manual de Teoría General del Proceso*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2005, tomo 1, p. 10 y ss.

de vulnerabilidad como lo hiciera la Cumbre Iberoamericana Judicial. En definitiva, el debido proceso es un instrumento de tutela de la dignidad humana.

Si se acepta la idea que el derecho debe realizar valores como lo manda la Constitución de la Nación Argentina, entonces es preciso construir un derecho con base en la justicia, que garantice la concreción de la dignidad, la igualdad, la libertad, la cohesión social y una forma de convivencia pacífica, así como formas civilizadas de gestión y resolución de conflictos. En pocas palabras, la justicia como causa del derecho.

En Belgrano se encuentra un jurista de la República, un humanista del derecho que con tuvo el valor de la justicia como guía en su polifacética trayectoria y entrega de vida al servicio de la Patria.

## V. Bibliografía

- ABALOS, MARÍA GABRIELA "Belgrano y el programa de gobierno para los Pueblos de las Misiones" en *Actores y Testigos de la Revolución de Mayo*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Cruz Ediciones de Ex libris, Mendoza, 2010.
- AVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA DEL VALLE, Manual de Teoría General del Proceso, Ed. Advocatus, Córdoba, 2005.
- AVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA Y DIEGO ROBLEDO "La Corte suprema de justicia de la Nación Argentina y los tribunales a 150 años de la ley federal N° 27 (1862-2012) en el bicentenario de la bandera nacional Argentina (1812-2012)" en Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2012.
- BAGGIO, ANTONIO MARÍA, *El principio olvidado: la fraternidad*, Ed. Ciudad Nueva, Argentina, 2009.
- BELGRANO, MANUEL "Causas de la destrucción o de la conservación y engrandecimiento de las naciones" en El Correo de Comercio, 19 de mayo de 1810 (reproducido en Gregorio Weinberg, Manuel Belgrano, escritos económicos. Buenos Aires, Editorial Raigal, 1954) accedido en el Archivo del Ministerio de Educación de la República

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

- Argentina, consultado en <https://www.educ.ar/recursos/128494/manuel-belgrano-sobre-la-importancia-de-unir-una-nacion/download/inline> (consulta 20/06/2020).
- BELGRANO, MANUEL “Reglamento Político y Administrativo y Reforma de los 30 Pueblos de las Misiones” en Ministerio de Cultura de la República Argentina, Buenos Aires, 2020, accedido en <https://compartir.cultura.gob.ar/wp-content/uploads/2020/06/REGLAMENTO.pdf> (consulta 20/06/2020).
  - BELGRANO, MANUEL, *Autobiografía comentada por Alejandro Morea*, Ministerio de Cultura de la República Argentina, Secretaría de Patrimonio Cultural, Dirección Nacional de Gestión Patrimonial, Buenos Aires, 2020, p.11 (consulta en <https://compartir.cultura.gob.ar/wp-content/uploads/2020/06/AUTOBIOGRAFIA.pdf> 20/06/2020)
  - CALETTI GARCADIAGO, BÁRBARA “Comentario preliminar” en MANUEL BELGRANO *Reglamento Político y Administrativo y Reforma de los 30 Pueblos de las Misiones*, Ministerio de Cultura de la República Argentina, Buenos Aires, 2020, accedido en <https://compartir.cultura.gob.ar/wp-content/uploads/2020/06/REGLAMENTO.pdf>
  - CASAZZA, ROBERTO, *Las Lecturas de Belgrano. La donación de Manuel Belgrano a la Biblioteca Pública de Buenos Ayres. Estudio preliminar, catálogo y notas histórico-bibliográficas*, Biblioteca Nacional, Argentina, 2020.
  - COLIMODIO, ROBERTO “Evocación a 200 años de su muerte. Manuel Belgrano, un hombre de fe” en Clarín, Buenos Aires, edición del 10/06/2020.
  - CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, 100 Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad -en 2008 en Brasilia y actualizadas en 2018 en Quito- en <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasil/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasil/item/817-cien-reglas-de-brasil-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito> (04-06-2020).
  - EIRIS, ARIEL ALBERTO “Saberes y experiencia letrada al servicio de la revolución rioplatense. El caso de Pedro José Agrelo y su relación con Manuel Belgrano durante la década de 1810” en *Investigaciones y Ensayos*, Academia Nacional de Historia de la República Argentina, Buenos Aires, Vol. 70, 2020 consultado en <https://iye.anh.org.ar/index.php/iye/article/view/204/423> (20/06/2020).
  - FURLONG, GUILLERMO, “Manuel Belgrano 1770-1970” en *Estudios*, Buenos Aires, 1970, N° 611, p. 15-17 en [https://racimo.usal.edu.ar/3339/1/jun1970\\_manuel\\_belgrano.pdf](https://racimo.usal.edu.ar/3339/1/jun1970_manuel_belgrano.pdf)
  - GOLDSCHMIDT, WERNER, *Ciencia de la justicia*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

- HÄBERLE, PETER, *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 1997.
- LOPEZ, RODRIGO “Una aproximación a la teoría económica belgraniana” en Rodrigo Lopez (compilador) *Pensamiento económico de Manuel Belgrano*, Editorial Manuel Belgrano, Ministerio de Economía de la Nación Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020.
- MAGGIO RAMIREZ, MATÍAS, “Los libros que Belgrano nos legó. La donación de libros de Manuel Belgrano a la Biblioteca Pública de Buenos Aires, 1810-1811” en *Anales de la Educación Común*, Argentina, 2020, vol. 1.
- MARTINEZ GRAMUGLIA, PABLO, “Manuel Belgrano, del letrado colonial al moderno” en *ULÚA, Revista de Historia, Sociedad y Cultura*, Universidad Veracruzana, México, 2019, N° 33, <https://ulua.uv.mx/index.php/ulua/article/view/2632>
- MINISTERIO DE CULTURA DE LA NACIÓN ARGENTINA, INSTITUTO MANUEL BELGRANO (2020) “Manuel Belgrano, según su chozno nieto” 20/06/2020 en disponible en [https://www.cultura.gob.ar/la-educacion-la-economia-el-rol-del-docente-y-el-rol-social-de-la-mujer-pilares-en-las-ideas-de-manuel-belgrano\\_7796/](https://www.cultura.gob.ar/la-educacion-la-economia-el-rol-del-docente-y-el-rol-social-de-la-mujer-pilares-en-las-ideas-de-manuel-belgrano_7796/)
- OTERO PARGA, MILAGROS, *Valores constitucionales: introducción a la filosofía del derecho: axiología jurídica*, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, España, 2000.
- PIGNA, FELIPE, *Manuel Belgrano el hombre del bicentenario*, Ed. Planeta, Buenos Aires, 2016.
- PODER EJECUTIVO DE LA NACIÓN, Decreto 02/2020, publicado en el Boletín Oficial el 3 de enero de 2020.
- PUY MUÑOZ, Francisco, *Teoría científica del derecho natural*, México, Ed. Porrúa, 2006.
- RAWLS, JOHN, *Teoría de la Justicia*, F.C.E., México, 2ª edición, 1995.
- REPÚBLICA ARGENTINA, CONGRESO DE LA NACIÓN, *Constitución de la Nación Argentina*.
- ROBLEDO, FEDERICO JUSTINIANO “La persona humana y el bien común en el siglo XXI. Los desafíos actuales de la tutela jurídica en Argentina, con particular referencia a la provincia de Córdoba desde el humanismo de Jacques Maritain. Con relación al Derecho Público Provincial de Argentina, Globalización y Derecho Comparado” en Jorge H. Gentile (dir. ) *La persona humana y el bien común en el siglo XXI*, Ed. Alveroni, Córdoba, 2011.
- ROBLES CARCEDO, LAUREANO “ Unamuno y los estudios del General Belgrano” en *Estudios de Historia Social y Económica de América*, España, 1992, N° 9, p. 317-342

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

- (consultado en <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/6195/Unamuno%20y%20los%20Estudios%20del%20General%20Belgrano.pdf?sequence=1&isAllowed=y> 20/06/2020)
- RODRIGUEZ CRUZ, AGUEDA La Universidad de Salamanca en Hispanoamérica, Ediciones Universidad, Salamanca, España, 2005.
  - SEN, AMARTYA, *La idea de la justicia*, Taurus, Buenos Aires, 2011.
  - TULA, GUILLERMO, *Columnas de la Patria, semblanzas argentinas*, Ed. Sarmiento, Buenos Aires, 1943.
  - UNAMUNO, MIGUEL “Los estudios del general Belgrano: cursos que siguió en Salamanca, sus maestros, sus diplomas” en Fondo de Miguel de Unamuno, Archivo Personal, Archivo Institucional, Gestion del Repositorio Institucional de la Universidad de Salamanca, España, (publicado originalmente en diario El Tiempo, Buenos Aires, con fecha 19/03/1903) consulta en <https://gredos.usal.es/handle/10366/80513> (20/06/2020).
  - UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA RIOJA, Resolución del Honorable Consejo Superior N°1022/2020.

#### Fuentes de Archivos y Centros de Información

- ACADEMIA NACIONAL DE HISTORIA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, Repositorio digital accedido en <https://repositorio.anh.org.ar/bitstream/anh/369/7/N29%20-%20Lamberto%20de%20Echeverr%C3%ADa%20y%20Florencio%20M.%20Rodr%C3%ADguez.pdf> (20/06/2020)
- ARCHIVO DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA “Borrador de la Junta para examinar de Filosofía Moral a Manuel Belgrano celebrada el 18 de junio de 1787”, en Archivo de la Universidad de Salamanca, España, documento manuscrito en 1 folio digitalizado, consultado en [https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/110048/AUSA\\_3720\\_64.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/110048/AUSA_3720_64.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (20/06/2020).
- GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO DE CULTURA Y DEPORTE, “Manuel Belgrano” en <https://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/areas/archivos/mc/archivos/acv/actividades/doc-destacados/belgrano.html> (20/06/2020).
- GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO DE CULTURA Y DEPORTE, Portal de Archivos Españoles “Manuel Belgrano” accedido en <http://pares.mcu.es/ParesBusquedas20/catalogo/description/12755327> (20/06/2020).

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

- GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO DE CULTURA Y DEPORTE, Portal de Archivos Españoles Archivo General de las Indias, “Manuel Belgrano” consultado en <http://pares.mcu.es/ParesBusquedas20/catalogo/find?idAut=134240&archivo=10&tipoA socAut=1&nomAut=Belgrano%2C+Manuel+%281767-1820%29> (20/06/2020).
- MINISTERIO DE CULTURA DE LA NACIÓN ARGENTINA, “Manuel Belgrano, según su choznio nieto” 20/06/2020 en disponible en [https://www.cultura.gob.ar/la-educacion-la-economia-el-rol-del-docente-y-el-rol-social-de-la-mujer-pilares-en-las-ideas-de-manuel-belgrano\\_7796/](https://www.cultura.gob.ar/la-educacion-la-economia-el-rol-del-docente-y-el-rol-social-de-la-mujer-pilares-en-las-ideas-de-manuel-belgrano_7796/) (20/06/2020).
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, Archivo “Manuel Belgrano sobre la importancia de unir una nación” accedido en <https://www.educ.ar/recursos/128494/manuel-belgrano-sobre-la-importancia-de-unir-una-nacion/download/inline> 20/06/2020. (20/06/2020).
- MUSEO DE BELLAS ARTES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, Retrato del Gral. Manuel Belgrano fuente: <https://www.bellasartes.gob.ar/coleccion/obra/2778/> (20/06/2020).
- Portal de Archivos Españoles, <http://pares.mcu.es/ParesBusquedas20/catalogo/description/12755327> (20/06/2020).
- Portal de Archivos Españoles, <http://pares.mcu.es/ParesBusquedas20/catalogo/description/12755327> (20/06/2020).
- REAL ACADEMIA DE HISTORIA DE ESPAÑA, “Manuel Belgrano Gonzalez” en <https://dbe.rah.es/biografias/12955/manuel-belgrano-gonzalez> (20/06/2020).

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

**MALTRATO FILIO-PARENTAL.  
UN PROBLEMA EN AUMENTO COMO CONSECUENCIA  
DE LA PANDEMIA**

**PHILIO-PARENTAL ABUSE.  
AN INCREASING PROBLEM LIKE CONSEQUENCE OF  
THE PANDEMIC**

Dr<sup>a</sup>. Milagros OTERO PARGA

*(Universidad de Santiago de Compostela, España)*

**Cómo citar este Artículo:**

OTERO PARGA, Milagros, "Maltrato filio-parental. Un problema en aumento como consecuencia de la pandemia" en *Anales de Ciencias Jurídicas*, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, pp. ....

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

## **Título: “Maltrato Filio-Parental. Un problema en aumento como consecuencia de la pandemia”**

### **Resumen:**

En la sociedad actual ha surgido un nuevo tipo de violencia que se ha recrudecido mucho en la situación de pandemia. Me refiero a la violencia filio-parental. Esta modalidad de maltrato consiste en el abuso constante en forma de violencia física o psicológica, ejercido por los hijos menores frente a sus padres. Es necesario evitar esta realidad que

se multiplica de forma exponencial y es necesario hacerlo además desde el primer momento en que se produce. Este artículo quiere analizar este problema desde la perspectiva de sus causas y de sus consecuencias. Al final ofreceré una propuesta de medidas jurídicas, no jurisdiccionales, para intentar corregirlo.

**Palabras clave: Violencia; Hijos; Padres; Maltrato; Abuso**

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

## **Title: “Philio-parental abuse. An increasing problem like a consequence of pandemic”**

### **Abstract:**

In today's society there has been a new type of violence that has become much worse in the pandemic situation. I am referring to child-to-parent violence. This type of mistreatment consists of constant abuse in the form of physical or psychological violence exerted by minor children in front of their parents. It is necessary to avoid this

reality that multiplies exponentially, and it is necessary to do so from the first moment it occurs. This article wants to analyze this problem from the perspective of its causes and consequences. At the end it will offer a proposal for legal but not jurisdictional measures to try to correct it.

**Key words: Violence; Children; Parents; Mistreatment; Abuse**

### **How to quote this article:**

OTERO PARGA, Milagros, “Philio-parental abuse. An increasing problem like a consequence of pandemic”, *Journal of Juridical Science*, Doctorate in Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, pp. 44-73.

## **MALTRATO FILIO-PARENTAL. UN PROBLEMA EN AUMENTO COMO CONSECUENCIA DE LA PANDEMIA<sup>1</sup>**

Dr<sup>a</sup>. Milagros OTERO PARGA<sup>2</sup>

### **I. INTRODUCCIÓN**

Vivimos tiempos difíciles. Momentos en los que se ponen a prueba nuestras capacidades individuales y colectivas. Los parámetros que regían nuestras conductas y que se habían mantenido por costumbre primero, y en muchos casos por leyes después, han dejado de funcionar. La escala de valores se ha invertido, e incluso por momentos parece haber desaparecido. La sociedad camina con un ritmo vertiginoso, generando unos movimientos de evolución cuya consecuencia es, entre otras, la aparición de opciones extremistas y extremadas, que en nada benefician el desarrollo social. Surgen los grupos antisistema, que más que construir algo, en realidad se oponen a todo lo construido, sin mostrar opciones que pudieran ser realmente puestas en marcha para evitar los defectos que desvelan o corregirlos.

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación “Respuesta jurídica y socioeducativa a la violencia de género ejercida por menores. Protección de la víctima e intervención con el menor agresor”, subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Proyectos de I+D+I» en el marco de los Programas Estatales de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+I orientada a los Retos de la Sociedad en la convocatoria de 2019, (Ref. PID2019-106700RB-I00).

<sup>2</sup> Catedrática de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Santiago de Compostela (España). Mail. milagros.otero@usc.es

Un amplio sector de la población, desde luego muy amplio, porque en este caso cualquier proporción nos parecería mucha, se ha instalado en la cultura del “todo vale”, el “fin justifica los medios”, “el más listo es el que es capaz de defraudar mejor y con impunidad los mandatos legislativos” etc.

Vivimos en lo que podríamos llamar un período de “jurisprudencia negativa”<sup>3</sup>. Los valores morales en el mejor de los casos han cambiado y en el peor están desapareciendo. Los parámetros educativos parecen ser “cosa del pasado” y las personas solo tienen derechos, olvidándose de que todo derecho lleva siempre aparejado un deber.

En esta situación ya de por sí decepcionante, poco a poco, de forma repentina pero muy rápida e imparable, el mundo entero se ha visto atacado por una pandemia: la del covid 19. Esta enfermedad que surgió en China hace aproximadamente un año, aunque en realidad ni siquiera de eso estamos seguros, se fue poco a poco extendiendo por todo el mundo. Al principio parecía que quedaba lejos. Que nunca llegaría. Pero de manera inexorable, los seres humanos de todos los países, incluso de los que se consideran más preparados y avanzados, asistieron con horror a la realidad de que no podían hacer nada para frenar los avances de una enfermedad que estaba contagiando sin control, que mataba a mucha gente, y que dejaba efectos secundarios, aún por definir, a otros muchos.

Los seres humanos de todos los países tuvieron que reconocerse prácticamente incapaces de parar el avance de la enfermedad. Entonces comenzaron a decretarse medidas de carácter excepcional. Una de ellas fue el confinamiento al que se llegó, en España al menos, previa declaración del Estado de alarma nacional.

---

<sup>3</sup> PUY MUÑOZ, F., “Hacia una Jurisprudencia afirmativa”. *Estudios Jurídicos. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, 4, 2007, pp. 33-54.

Tenía que ser así porque de otro modo era imposible restringir derechos fundamentales, como el de libertad de movimientos, por ejemplo, de una forma tan drástica.

Con esta cobertura legal, necesaria, vivimos casi tres meses de confinamiento. Palabras como covid 19, coronavirus y confinamiento, primero, y después desescalada o nueva normalidad, que nunca antes habíamos escuchado, se convirtieron en normales para todos nosotros<sup>4</sup>.

El confinamiento fue muy grave y trajo muchas consecuencias. Es cierto que logró frenar el avance de la pandemia, al menos en aquel momento, pero también lo es que destrozó económicamente a los países y afectó terriblemente a las personas que, sintiéndose encerradas y asustadas, experimentaron muchos problemas psicológicos de diversa envergadura.

Uno de los grupos más afectados fue el de los menores de edad, el de los jóvenes y niños que no entendían nada de lo que estaba pasando, y reaccionaban con miedo y frustración frente a estos acontecimientos.

Como consecuencia de esta realidad se agravaron de forma considerable las tensiones en las relaciones filio-parentales, y aumentaron los malos tratos de los hijos hacia sus padres<sup>5</sup>.

En este artículo que ahora comienza quiero estudiar esta realidad, describiéndola en primer lugar, valorándola en segundo término y proponiendo alguna mejora.

## II. ¿QUÉ ES EL MAL TRATO FILO-PARENTAL?

---

<sup>4</sup> El 24 del 11 de 2020, la Real Academia de la Lengua Española anunció que muchas de ellas se incluían con esa fecha dentro de su Diccionario.

<sup>5</sup> Vid. PEREIRA TERCERO, R., "Violencia filio-parental", *Revista mosaico*, 36, 2006, pp. 8-9.

Hace unos días los periódicos y los telediarios dieron una noticia<sup>6</sup> que nos dejó estupefactos. Unos padres que tuvieron que pagar 3001 euros de multa por una fiesta ilegal a la que asistieron sus hijos en plena pandemia<sup>7</sup>, piden a la Administración<sup>8</sup> un mayor castigo que les sirva de escarmiento para los 91 jóvenes que participaron en ella.

Los padres de estos jóvenes pedían que además de la multa, que ellos pagarían, pues sus hijos eran menores de edad y no disponían de ese dinero, la Administración les impusiese, como castigo adicional, algún tipo de trabajo social<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> La noticia es de 18 de noviembre de 2020.

<sup>7</sup> El artículo 1902 del código civil español (1/1889), impone a los padres de menores la obligación de responder y reparar el daño causado por acción u omisión de las personas sujetas a su cuidado. El 1903 añade que los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guardia. En realidad, estamos ante la figura legal de culpa propia de los progenitores por omisión de deber de vigilancia y control de sus hijos menores de edad. Responsabilidad que sólo podrá ser evitada a través de prueba fehaciente de que no incurrieron en esa falta de cuidado. Para que incurran en esa responsabilidad se deben dar las siguientes circunstancias: 1) que el hijo menor de edad produzca daños por culpa o negligencia, 2) que el menor viva con los padres o con aquél de los padres a quien se le impute responsabilidad, y 3) que el padre incurra en negligencia propia al no ejercer, diligencia, rigor, cuidado, educación, consejo etc., tal y como lo haría un buen padre de familia, y que dicha negligencia sea la causa del daño causado. Del mismo modo el padre no responde cuando: 1) no es el menor el que actúa personalmente, 2) cuando el menor ha abandonado el hogar paterno voluntariamente, o 3) cuando el daño no se haya causado con intención de hacerlo.

<sup>8</sup> El dato fue desvelado por la delegada territorial de la Junta de Castilla y León en Zamora. La Junta de Castilla y León es el máximo órgano de gobierno de esa Comunidad Autónoma (que equivale a un Estado en un sistema Federal).

<sup>9</sup> Surge así la idea de trabajos en beneficio de la comunidad que están recogidos en el art. 49 del código penal español, que dice así: “Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes: 1.<sup>a</sup> La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria,

La noticia es sorprendente porque no es habitual que los padres pidan para sus hijos, mayores castigos de los que eventualmente le hubieran podido ser impuestos, y mucho menos, que esos castigos consistan en trabajo social.

---

que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios. 2.<sup>a</sup> No atentará a la dignidad del penado. 3.<sup>a</sup> El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin. 4.<sup>a</sup> Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social. 5.<sup>a</sup> No se supeditará al logro de intereses económicos. 6.<sup>a</sup> Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado:

a) Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena. b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.

c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de esta. d) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.

Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de esta en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena. En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468. 7.<sup>a</sup> Si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto.

Pero estos padres ya no podían más<sup>10</sup>. Bajo su petición se esconde la realidad de unos progenitores que son incapaces de controlar a sus hijos<sup>11</sup>. No pueden hacerlo porque la crianza de sus hijos se les ha ido de las manos<sup>12</sup>. Ya no saben cómo controlarlos, les tienen miedo. Y no es de extrañar, pues muchos de estos padres sufren violencia y malos tratos a manos de sus propios hijos.

Este problema, no es nuevo<sup>13</sup>, pero va en aumento<sup>14</sup>. La fiscalía de menores de España alerta de que actualmente (2020) se producen más de 4.000 denuncias de padres que se sienten impotentes ante unos hijos que les han perdido el respeto, que usan su casa como hotel, que en muchos casos les

---

<sup>10</sup> La impunidad de los menores es grande. Como nos recuerda el juez CALATAYUD que se ha hecho famoso por sus sentencias “la justicia no puede hacer nada contra ellos (pues los menores): son inimputables. En cuanto las fuerzas de seguridad constatan que el sospechoso tiene menos de 14 años, la investigación debe quedar inmediatamente interrumpida; ya hay voces que reclaman que los expedientes se concluyan, aunque no se acuse a nadie. Los infractores de estas edades tienen que quedar bajo la tutela de sus padres o, en su caso, de una institución de protección, CALATAYUD, Emilio, *Mis sentencias ejemplares*, La esfera de los libros, Madrid, 2008, p.159. Ahora bien, como recuerda JIMÉNEZ ARROYO, “Así pues, los menores de entre 14 y 17 años son imputables, y como tales, se le pueden reprochar jurídico-penalmente las conductas criminales que realizan, encontrándose sujetos a una responsabilidad penal peculiar y especialmente configurada para ellos”. Vid de este autor, “La violencia filio-parental y la medida de internamiento”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 13, 2017, pp.15-44 <https://doi.org/10.4995/reinad.2017.7325>.

<sup>11</sup> Vid. VILALTA, Ramón y WINBERG, NODAL, “Sobre el mito de la alienación parental (SAP) y el DSM-5”, *Papeles del Psicólogo*, 201, vol. 38 (3), pp. 224-231.

<sup>12</sup> BERTINO, Lorena y PEREIRA, Roberto, “Cuando los adolescentes toman el poder”, *Sistemas familiares y otros sistemas humanos*, 26 (1), pp. 93-115.

<sup>13</sup> Existen numerosos ejemplos en los que los padres han tenido que hacerse cargo de lesiones graves o quebrantamientos de derechos ajenos producidos por sus hijos menores. Algunos ejemplos son: Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante ST del TS) de 8 de marzo de 2002, (La ley 2997/2002; o ST de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 4 de abril de 2012 (La Ley 45749/2012), o ST del Juzgado de Primera Instancia 38 de Barcelona de 20 de septiembre de 2010 (La ley 322137/2010), o ST de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 3 de noviembre de 2016 (La ley 176644/2016) o, en fin, ST de la misma fecha y del mismo organismo (La ley 176647/2016), por citar algunas de ellas.

<sup>14</sup> AROCA MONTOLÍO, Concepción, LORENZO MOLEDO, Mar, “La violencia filio-parental: un análisis de sus claves”, *Anales de Psicología*, 30 (1), 2014, pp. 157-170.

roban, en otros les pegan, y en todos, viven en un mundo alternativo distinto de aquel que fue en su día un hogar familiar<sup>15</sup>.

Así las cosas, podemos afirmar que el maltrato familiar de los hijos hacia los padres, e incluso hacia los hermanos, es algo mucho más habitual de lo que socialmente se cree<sup>16</sup>. Los datos así lo abalan<sup>17</sup>. Pero sabemos que esos datos se quedan cortos, ya que todavía existe la cultura del miedo y de la vergüenza<sup>18</sup>, de modo que muchos padres no son capaces de denunciar la situación en la que se encuentran, con lo que el problema se va acrecentando cada día hasta hacerse del todo incontrolable<sup>19</sup>.

Los niños crecen sin control pues no se sienten vigilados por ninguna autoridad<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> La familia que según LEGAZ es “una realidad ético-social que no se basa en la voluntad, la cual sólo interviene en el momento de su constitución mediante la unión matrimonial o extramatrimonial, y constituye el más representativo de los grupos íntimos”, pierde así parte de su fuerza y de su función social. LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1979, parágrafo 2.8.1.1.

<sup>16</sup> AROCA MONTOLÍO, Concepción, “La violencia de los hijos adolescentes contra sus progenitores”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 5, 2013, pp. 12-30.

<sup>17</sup> Recientemente, el 25 de septiembre de 2020, se revelaba la cifra de que el 40% de los casos de violencia intrafamiliar detectados en Madrid es de hijos a padres. En la misma noticia afirmaba la directora general de la infancia, juventud y educación de la Comunidad de Madrid que el incremento era “espectacular”.

<sup>18</sup> Según datos de la Fundación Amigó, hay que tener en cuenta que la violencia filio-parental ha aumentado de manera muy significativa en todo el territorio nacional. En la última década se han multiplicado un 400 por ciento las denuncias de padres a hijos por haberlos maltratado. Y, aun así, estos datos sólo señalan las situaciones más graves, ya que existe una cifra negra que no se detecta porque no se llega a la denuncia.

<sup>19</sup> Esta agresividad está presente en toda España, aunque ofrece distinta incidencia en las distintas Comunidades Autónomas (Estados federales). Por ejemplo, los expedientes abiertos a jóvenes por agresiones a sus progenitores en la Comunidad de Castilla-León ha aumentado un 24,5% durante el último año, después de que en 2019 se registraron 168 procedimientos frente a los 135 del ejercicio anterior, según los datos del estudio “violencia filio-parental en España” realizado por la fundación Amigó.

<sup>20</sup> Y esta realidad la aleja de lo que debió ser siempre “comunidad y comunión de las personas”. Vid, JUAN PABLO II, *Familiaris consortio*, Exhortación de 22.11.1981, parágrafo 22.

Este problema aparece en todas las clases sociales, aunque actualmente se da más a menudo en la clase media y en las familias monoparentales<sup>21</sup>. En todo caso, la madre suele ser la más agredida<sup>22</sup>.

Antes de abordar las causas de esta situación y la incidencia real de la misma, para poder aportar alguna posible solución, conviene definir qué entendemos por violencia filio-parental.

No es fácil definir el concepto, pero conviene hacerlo a fin de poder identificar claramente, los casos en los que se produce. La fijación de dicho concepto, en este caso como en otros muchos, presenta dificultades, pues no hay una definición comúnmente aceptada y de uso generalizado<sup>23</sup>.

Esta realidad produce el efecto de que encontramos distintos resultados en estudios sobre este tema, producidos en gran medida por la respuesta que quienes los ofrecen tienen del concepto de violencia filio-parental.

De acuerdo con la Fundación Amigó, entendemos que se produce violencia de este tipo cuando: “nos encontramos ante conductas reiteradas de violencia física, psicológica o económica, dirigida de los hijos e hijas a sus progenitores, o a aquellos adultos que ocupan su lugar”<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> AROCA MONTOLÍO, C y otros, “Características de las familias que sufren violencia filio-parental: un estudio de revisión”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 3 (2), 2012, pp.231-254.

<sup>22</sup> La evolución en este sentido resulta clara. Recordemos que “un principio de derecho céltico otorgaba al padre el derecho de vida o muerte sobre los hijos”. Evidentemente esta solución no nos parece la correcta, pero es curioso observar cómo ahora parece que es al revés y que los hijos tienen casi derecho de maltrato sobre sus progenitores. JUBAINVILLE, H. D., *El ciclo mitológico irlandés*, Visión, Barcelona, 1981, parágrafo 5,7.

<sup>23</sup> Vid. PEREIRA, Roberto y otros, “Propuesta de definición de violencia filio-parental: Consenso en la sociedad española para el estudio de la violencia filio-parental (SEVIFIP)”, *Papeles del Psicólogo*, 38 (3),2001, pp. 216-223.

<sup>24</sup> Esta definición, que ha sido adoptada y aceptada por la Fundación Amigó, procede en realidad de la Sociedad Española contra la violencia Filio-parental (SEVIFIP), y se produjo en 2015.

La sociedad española para el estudio de la violencia filio-parental<sup>25</sup> se identifica con esta definición, aunque la completa un poco más en su explicación. Lo hace de este modo: La violencia filio-parental (VFP) es “el conjunto de conductas reiteradas de agresiones físicas (golpes, empujones, arrojar objetos), verbal (insultos repetidos o amenazas) o no verbal (gestos amenazadores, ruptura de objetos apreciados) de los hijos hacia los padres o a los adultos que ocupan su lugar”<sup>26</sup>.

Este tipo de violencia adopta diferentes formas. Las dos más conocidas son el maltrato infantil y la violencia de género, de las que ahora no podemos ocuparnos porque excedería con mucho el alcance de este trabajo.

La reiteración es un elemento esencial de este tipo de violencia. En realidad, es el elemento clave que la configura. De modo que sólo puede considerarse violencia filio-parental, la conducta reiterada. Eso no quiere decir que no deba ser censurado un acto violento, el primero incluso, que un hijo realice frente a un padre. Es realidad, es al revés. Es importante que sea analizada y en su caso reprimida, la primera manifestación de este tipo de conductas, ya que la experiencia nos muestra que la primera casi siempre lleva aparejada una segunda y una tercera, y con ellas la acción aislada se convierte en hábito. Pero en todo caso, una sola conducta no es suficiente para entender que un hijo que alza la mano contra su padre o su madre sea un maltratador.

De todos modos, este tipo de acciones violentas no deben ser permitidas. Pero quizá lo importante en este caso, y cuando se producen por primera vez, no sea analizar o determinar el tipo de castigo que merecen los hijos, sino el motivo que origina las conductas.

---

<sup>25</sup> Esta es la primera sociedad española creada para el estudio y contención de este tipo de violencia. Se creó, en 2015, en Bilbao (País-Vasco, España). Su principal objetivo es promover el estudio, la enseñanza, la investigación, la regulación deontológica y la intervención de y en la violencia filio-parental, así como la divulgación del conocimiento adquirido.

<sup>26</sup> Página web de la Sociedad Española para el estudio de la violencia filio-parental (SEVIFIP).

Así las cosas, nos preguntamos: ¿Por qué se produce esta situación? Algunos expertos señalan que es un problema que se manifiesta más habitualmente en los niños hijos únicos, o muy deseados, que han tenido una educación muy permisiva, o con carencias afectivas, criados normalmente con ausencia de figura paterna, bien porque el padre hubiese muerto, o simplemente porque no ha querido hacerse cargo de la familia, y ni siquiera participar de la educación del hijo<sup>27</sup>.

Por este motivo y otros similares surgen los hijos maltratadores, que son personas que presentan normalmente otro tipo de problemas, como bajo rendimiento en el colegio, alto grado de agresividad en general, y un fuerte componente de odio. Estas personas, estos niños o jóvenes, se suelen sentir fracasados y frustrados en su vida, de manera que descargan su irritabilidad con las personas que tienen más próximas.

Existen fundamentalmente tres tipos de maltratadores:

- 1) Los que sufren algún tipo de adicción o problema psíquico o psicológico
- 2) Los jóvenes educados en un sistema muy permisivo carente de reglas
- 3) Los que no aceptan las limitaciones económicas de su familia.

Técnicamente se los suele conocer como personas con el síndrome de *emperador*. Este síndrome se caracteriza por una agresividad de los hijos hacia los padres, y, en general, porque quienes lo padecen, suelen presentar una conducta de falta de empatía, de falta de compasión, de baja tolerancia a la

---

<sup>27</sup> Es habitual que en estos casos los hijos, aun sin saberlo, y desde luego de forma equivocada, adopten el rol del padre. Pero no de un padre afectivo que no han conocido, sino de un padre indiferente en el mejor de los casos, y maltratador en el peor de ellos.

frustración, de nula sensación de culpa o arrepentimiento, de falta de control, de depresión, de ansiedad, de irritabilidad etc.<sup>28</sup>

Los jóvenes que muestran este síndrome no padecen técnicamente ninguna enfermedad, ni han sido sujeto de abusos o de abandono, simplemente carecen de apego hacia sus padres, a quienes no les reconocen autoridad alguna para dirigir sus vidas<sup>29</sup>. Por eso los desprecian. Estos jóvenes suelen ser narcisistas, aunque se consideran poco queridos, y por lo mismo creen que tienen derecho a todo<sup>30</sup>, de modo que pueden maltratar a sus padres psicológica o físicamente sin que para ellos suponga ningún problema.

Los hijos maltratadores pueden surgir en cualquier momento de la vida de las personas, pero normalmente aparecen ligados a una serie de características.

Por lo que a la edad se refiere, estas conductas son más frecuentes en adolescentes. Es decir, en personas de 16 o 17 años<sup>31</sup>.

La edad de los progenitores maltratados suele estar en torno a los 46 años y medio. El 71,11% presenta problema cuando los hijos/as tienen entre 12 y 19 años. En el 63% de los casos, la violencia fue ejercida por los hijos varones y el 37% por las hijas. En el 30,53% de los casos los maltratadores son hijos únicos. En el 74,01% de los casos, los maltratadores disminuyen notablemente su rendimiento escolar. Además, en el 16,81% de los casos los maltratadores han

---

<sup>28</sup> Vid. FEINDLER, E., "Entrenamiento para el control de la cólera en grupo para jóvenes delincuentes de secundaria", *Revista Terapia cognitiva e investigación*, 1984.

<sup>29</sup> Los niños con el síndrome de emperador suelen ser de mayores maltratadores con su pareja y con sus hijos.

<sup>30</sup> Existe un estudio muy interesante elaborado entre otros por Esther CALVETE, investigadora de la Universidad de Deusto, (Pis Vasco-España) publicado en 2015 en la revista *Developmental Psychology*.

<sup>31</sup> Algunos estudios sugieren también que la edad en que los hijos empiezan a agredir a sus padres es de 15 años y medio. Vid. Fundación Amigó.

sufrido previamente acoso escolar. El 64,35% de los maltratadores sufren algún tipo de adicción y el 40,87% han sido testigos de algún tipo de violencia<sup>32</sup>.

Por lo que al sexo se refiere y, como ya he indicado, es más habitual que el joven maltratador sea varón, aunque últimamente han aparecido también muchas maltratadoras mujeres.

En cuanto a la clase social, originariamente los maltratadores solían pertenecer a clases altas, aunque ahora se ha corregido la tendencia de manera que aparece el maltrato especialmente en la clase media<sup>33</sup>.

Normalmente los jóvenes maltratadores han empezado su actitud conflictiva siendo niños, de ahí la importancia de tratar de prevenirla a tiempo, estableciendo límites desde edades tempranas.

El padre y la madre deben ser padres y no colegas de sus hijos, pues si lo son, a la larga esa relación puede terminar, especialmente en algún tipo de hijos, convirtiéndose en síndromes como los que estamos relatando.

Es necesario tratar de prevenir este tipo de comportamientos<sup>34</sup>. Y esa tarea no es fácil ya que la mayoría de los padres se enfrentan a la misión de educar a sus hijos con ilusión, pero sin conocimiento. Creen que dándoles todo lo que quieren muestran a sus hijos que los quieren más, pero eso no es cierto. Es necesario aprender a poner límites acordes con los distintos períodos

---

<sup>32</sup> Estos datos han sido ofrecidos por la Fundación Amigó y corresponden al año 2018. Pueden ser localizados con carácter oficial en su página Web.

<sup>33</sup> Uno de los efectos de la pandemia ha sido que los menores tuvieron que quedarse en casa y utilizaron con mucha mayor asiduidad si cabe, los medios electrónicos de comunicación. Fueron por tanto muy habituales las peleas con sus padres por no tener el teléfono último modelo, o la computadora o la tablet de última generación.

<sup>34</sup> La Fundación Amigó fue distinguida con el premio a la innovación social de la Asociación Española de Fundaciones. Una de sus preocupaciones es prevenir la violencia filio-parental y para ello propone tres pasos: 1) conocer, 2) analizar y 3) actuar. Avisa esta fundación del constante aumento de este problema. De hecho, ya en 2017 comunicaba el aumento del 86,25% de las agresiones de hijos a padres en Galicia. Esa tendencia lejos de disminuir se ha mantenido o continúa aumentando.

evolutivos por los que atraviesan los niños y los jóvenes. Es necesario también escuchar a los hijos y saber negociar con ellos<sup>35</sup>, cuando ello sea preciso.

Por otro lado, el establecimiento de límites no significa que los niños deban vivir en un ambiente opresivo ni con miedo. De ser así, el síndrome de maltrato podría bascular de ser filio-parental a ser de padres hacia sus hijos, que todavía es el más frecuente. Pero tratar a un niño con afecto y con paciencia, haciéndole sentirse querido y valorado, no implica consentirlo hasta el extremo de que no conozca límites.

En realidad, casi todos los niños pegan en algún momento de su vida. Y desde luego no parece aventurado decir que todos al menos, lo han pensado e intentado alguna vez. Las causas de ese comportamiento suelen ser diversas. Cuando son más pequeños, puede ser por ejemplo la frustración por no ser capaces de comunicarse, el enfado porque no obtienen lo que desean, la respuesta al cansancio, la angustia que produce la sensación de no ser comprendido, o simplemente porque no conoce otra forma de satisfacer sus necesidades.

Esas conductas deben ser controladas ya desde el mismo momento en que se producen por primera vez, pues si el niño crece con ellas, se acostumbra a ejercitarlas, y cuando llega a joven, es mucho más difícil revertirlas. El joven tiene más fuerza, mayor sensación de incompreensión y a la vez de percepción de que es él el que tiene razón. Su actitud lejos de mejorar al hacerse más maduro perpetúa conductas antes utilizadas, que daban el resultado perseguido, y que poco a poco se van afianzando casi como formas de comunicación, o incomunicación, mejor dicho. Los jóvenes utilizan muchas veces esas conductas violentas como forma de manipulación.

---

<sup>35</sup> Estos temas fueron propuestos por la Sociedad Española para el Estudio de la Violencia Filio-parental (SEVIFIP) que organizó el III Congreso Nacional de Violencia Filio-parental en mayo de 2020 en Valencia.

Por eso, todo ser humano, toda persona, debe ser educada en libertad, pero atendiendo también a la responsabilidad que implica tener ese derecho<sup>36</sup>.

Los niños deben ser conscientes de sus derechos, e igualmente de sus deberes. Y los padres deben educarlos haciéndolos responsables de ambas realidades. Si sólo atienden a una de ellas, el resultado será malo. Si sólo les conceden derechos tendrán hijos malcriados, egoístas e inútiles, o al menos poco útiles para la sociedad.

Si por el contrario sólo les inculcan la obligación de cumplir deberes, criarán a personas resentidas, débiles y frustradas, que no tendrán confianza en sí mismas, y, por lo mismo, tampoco serán felices.

La paternidad no suele venir con un manual debajo del brazo, de manera que muchos padres aprenden lo que es la educación de sus hijos precisamente educándolos<sup>37</sup>. El equilibrio entre la paciencia y la imposición es difícil. Por eso los padres deben comunicarse con sus hijos y dar únicamente las batallas que merece la pena dar.

Los hijos a su vez deben saber que existe una figura de autoridad, que es la de sus padres, pero esa autoridad no tiene que ejercerse con golpes o castigos excesivos o continuados. Los castigos y las posiciones de fuerza son necesarias, y lo serán en muchas ocasiones en la vida de los jóvenes y de los niños. Pero deben emplearse cuando sean realmente necesarios, sin amenazar constantemente con ellos, especialmente cuando no se van a cumplir, porque esa actitud conduce al chantaje y con él a la pérdida de autoridad.

Y todo ello, pasado un poco de tiempo lleva casi siempre a la agresión. El proceso se inicia poco a poco, primero con gritos, después con actitudes

---

<sup>36</sup> Vid. GOLDSTEIN, A., *Habilidades sociales y autocontrol en la adolescencia*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1999.

<sup>37</sup>De ese modo se producen problemas que proceden de modelos de educación y aprendizaje muy deficientes, con patrones educativos fracasados y defectuosos. Vid. Memoria de la Fiscalía General del Estado 2020, parágrafo 6.2.2.2.4.

desafiantes, desobediencia etc. Continúa en muchos casos con maltrato psicológico<sup>38</sup> y al final, irremediablemente conduce al maltrato físico. A nivel estatal los expedientes de agresiones filio-parentales aumentaron un 4.6% durante el año 2020, situándose en 5.055 los procedimientos incoados en menores acusados de la realización de este tipo de delitos.

Este número es superior al de 2018, año en el que se registraron 4.833, lo que supone además un 17,8 % del total de los expedientes abiertos a menores de edad en España.

La memoria de la Fiscalía General del Estado de España del año 2020 arroja muchos datos interesantes que fortalecen la opinión que estamos trasladando. Entre ellos el aumento de casos de maltrato que mencionamos, que sólo se rompió en 2011, cuando el número total de expedientes fue de 5.377. Este número es calificado por los fiscales como “problema delictivo enquistado en el tejido social<sup>39</sup> desde que comienzan a dispararse sus cifras a partir 2005”<sup>40</sup>.

### **III. LA VIOLENCIA FILIO-PARENTAL DURANTE LA PANDEMIA**

---

<sup>38</sup> El presidente de la Sociedad Española para el estudio de la Violencia afirmó en 2019 que el 12% de adolescentes entre 13 y 18 años, ha ejercido violencia psicológica hacia sus padres y un 3,2% también física.

<sup>39</sup> Los propios fiscales advierten de la gravedad de este asunto desde la perspectiva del encargo que le hace la Ley 14/2003 de “orientar su actuación hacia la satisfacción del interés superior del menor”. Desde esta óptica, la reforma de la LORPM realizada por LO 8/2006, regula el alejamiento o la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima. Vid. VARGAS GALLEGU, Ana Isabel, “Los jóvenes maltratadores ante la justicia. El papel de la fiscalía”, *Revista de estudios de juventud*, 86, 2009, pp, 121 ss.

<sup>40</sup> Datos extraídos de la Memoria General de la Fiscalía General del Estado 2020, parágrafo 6.2.2.4.

El coronavirus o covid 19, ha venido a alterar notablemente nuestras vidas. Sus efectos no han sido únicamente físicos, sino que además ha producido cambio de hábitos, temor, expectativas y, sustancialmente, ha alterado los derechos de la ciudadanía. Los españoles estábamos acostumbrados a vivir con un grado alto de seguridad en todos los niveles. Disfrutábamos de seguridad personal, incluyendo dentro de ella todas las pequeñas seguridades que nos ayudaban a construir un derecho, el derecho a la seguridad que se manifiesta como principio, como valor, como institución y como norma<sup>41</sup>.

Ese derecho ahora ha sido engullido por la necesidad de atajar la situación general de grave quebranto de la salud, primando el bien común sobre el individual. Por ello se han puesto en funcionamiento diversos mecanismos del Estado como la declaración del Estado de Alarma, bajo cuyo paraguas se puede albergar, legalmente, la reducción de muchos derechos fundamentales.

La consecuencia más dura de esta situación llevó al confinamiento, que supuso la prohibición de salir de casa, extendida a todas las personas. Únicamente estaba permitido salir, y eso con mucha precaución, para el abastecimiento de víveres, para ir a una farmacia o a un centro hospitalario. La situación fue realmente grave, y la limitación del derecho a la libre circulación muy agresiva.

A mayor abundamiento, las personas que por las razones antes expuestas salían de sus casas lo hacían con temor, con sensación casi de incumplimiento y de miedo al castigo. La policía, e incluso en algún momento, el ejército, patrullaba por las calles.

Todos los ciudadanos sufrimos grandemente esta situación, pero a algunas personas les afectó mucho más que a otras. Uno de estos grupos fue

---

<sup>41</sup> Sobre este asunto tuve oportunidad de escribir más a fondo en: OTERO PARGA, M. & PUY MUÑOZ, F., *Una concepción prudencial del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 223 ss.

sin duda el de los jóvenes, acostumbrados a vivir su vida fuera de sus casas. Es cierto que en la actualidad existen muchos medios de comunicación como los teléfonos móviles, ordenadores, tablets etc. y que los jóvenes están acostumbrados a usarlos. Pero una cosa es utilizarlos por gusto, y otra, verse constreñidos a tener que hacerlo.

Sin duda los jóvenes en general sufrieron<sup>42</sup> por esta circunstancia, pero lo pasaron mucho peor aquellos adolescentes y jóvenes que presentaban ya problemas de conducta. La violencia, se incrementó por la sensación de sentirse encerrados y de tener que convivir estrechamente con aquellas personas con las que ya “se llevaban mal”. No había escapatoria posible. No sólo tenían que convivir, sino que además debían hacerlo en un espacio reducido y con normas mucho más presentes, seguramente, que aquellas a las que se veían sometidos cuando podían desarrollar su vida con normalidad.

La convivencia estrecha exigía mucho más cuidado por ser mucho más próxima.

En esa situación se alteraron mucho los ánimos y, como consecuencia, surgió con mucha más fuerza la violencia larvada que otras veces podía, y de hecho solía liberarse fuera de casa.

Los jóvenes maltratadores fueron mucho más agresivos que antes.

Un estudio reciente<sup>43</sup> advierte de que los adolescentes triplicaron los insultos a sus padres en el confinamiento. En realidad, el encierro disparó los malos hábitos entre los jóvenes y, como consecuencia de ello, se causaron

---

<sup>42</sup> Me refiero a ellos por el hecho de que son el sujeto principal del artículo que ahora se presenta, pero yo creo que los mayores y sobre todo los ancianos estuvieron mucho más perjudicados, no solo por la falta de comunicación y el desconocimiento del empleo de todos estos medios, sino también por el miedo que experimentaron por su propia vida, ya que la enfermedad se cebó especialmente en ellos.

<sup>43</sup> Titulado “Adolescentes, familias y covid-19; ¿convivencia o supervivencia?”, elaborado por un grupo de expertos en salud mental juvenil denominado, Amalgama 7, en colaboración con la Fundación Portal.

graves daños que erosionaron aún más una convivencia familiar que ya estaba, en muchos casos, seriamente afectada y comprometida. Esa situación lamentablemente no fue esporádica, sino que subsiste, pues una vez desatada es difícil de reducir.

El director del estudio que estamos comentando, Jordi ROYO, informó de que la amplitud de éste se extendió a una muestra de 1.500 padres y madres con hijos con edades comprendidas entre los 14 y los 18 años, pertenecientes a todas las Comunidades Autónomas de España. El estudio concluyó que durante el confinamiento más del 50% de familias que conviven con adolescentes lo pasaron mal, pues el clima familiar empeoró considerablemente.

El empeoramiento se manifestó de muy diversas maneras como: reducción de la ayuda en las tareas domésticas, descuido de sus actividades escolares, empeoramiento de sus hábitos alimenticios y, sobre todo, falta de respeto y violencia verbal hacia sus padres, que en algunas ocasiones llegaron a convertirse en maltrato físico.

Los porcentajes exactos pueden ayudar un poco más a comprender esta situación ya que durante los casi tres meses de confinamiento el 58,3% de los padres fueron sujeto de malas contestaciones (28 puntos porcentuales más que antes del confinamiento), y el 11,9% directamente insultó a sus progenitores (el porcentaje de antes del confinamiento era del 3.8%).

Las agresiones físicas a los padres fueron afortunadamente mucho menores, el 0.9%, pero aun así aumentaron el 0.6%.

Esta situación se produce en gran medida porque el 60% de los hijos se aíslan de sus familias, el 35% se retrasan en sus estudios y muchos de ellos comienzan a consumir alcohol y drogas<sup>44</sup>, sustancias que alteran aún más su ya sensible capacidad de relación y de sujeción a un orden familiar preestablecido.

---

<sup>44</sup> Bien es cierto que durante el confinamiento al no poder salir se dificultó el consumo de esas drogas, consumo que sin embargo repuntó cuando se produjo la llamada “nueva normalidad”.

En efecto, durante los meses de confinamiento muchos padres descubrieron que sus hijos consumían sustancias estupefacientes, entre las que destaca la marihuana<sup>45</sup>, droga mucho más peligrosa hoy en día, ya que no se suele vender de forma natural, sino preparada químicamente, con lo cual resulta mucho más dañina y aditiva. El consumo de esta droga de forma permanente cambia la mentalidad de sus consumidores que poco a poco se vuelven irritables y pierden interés por todo, además de estar permanentemente de mal humor y cansados por la falta de sueño<sup>46</sup>.

Todos estos comportamientos, lejos de manifestarse de forma aislada como una manera propia de relación del momento del confinamiento, persisten en el tiempo, convirtiéndose, hoy en día, en hábitos de conducta de muchos jóvenes.

De hecho, el 23,2% de los adolescentes que antes del encierro no mostraban conductas disruptivas con sus padres, ahora lo hacen, y la vuelta a una cierta normalidad no ha variado los malos hábitos adquiridos.

Como ejemplo vemos que, en la actualidad, el 9,7% de los casos, mantienen el uso de la violencia verbal con sus padres, mientras que antes del confinamiento la cifra del 3,8% era notablemente inferior. Y para qué hablar del aislamiento de los padres y del resto de la familia. Antes del confinamiento era del 49,4%, y ahora se ha multiplicado hasta el 62,4% después del encierro.

La situación es sin duda preocupante y no parece ir en descenso. Ni siquiera está controlado su ascenso, de modo que urge adoptar algunas medidas

---

Con todo, los padres fueron conscientes de que sus hijos eran adictos, circunstancia ésta que desconocían y frente a la cual no fueron capaces de luchar.

<sup>45</sup> Conocemos este dato gracias a los estudios realizados por gabinetes de psicólogos. Entre ellos el ofrecido por María Dolores OÑATE, especialista en adicciones y directora de Matrix Salud, que es el primer centro en España que trata exclusivamente a jóvenes con este problema.

<sup>46</sup> El consumo de alcohol y drogas son “un factor predictor o precipitante de la presencia de conductas agresivas por parte de los menores”. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, M., y otros, “Violencia de hijos a padres”, *Psicopatología clínica legal y forense*, vol. 11, 2011, pp. 104-105.

que logren al menos frenar su escalada. Es preciso hacerlo pues sólo en España se calcula que unos 550.000 chicos y chicas entre 14 y 18 años han adquirido y mantienen el mal hábito de contestar de forma grosera a sus padres.

Hay que tener en cuenta que estas cifras son enormes pues en España se contabilizan aproximadamente 2.34 millones de jóvenes con edades que oscilan entre los 14 y 18 años. Estas personas viven aproximadamente en 2 millones de hogares. En esos hogares están protegidos por una intimidad personal y familiar, que debe ser respetada en todo caso, pues en ellos, suceden a diario muchas cosas que quedan selladas, precisamente por el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El resultado es que todas estas conductas, que no suelen ser conocidas, van en aumento de forma exponencial y deben ser atajadas, porque de otro modo, se convertirán más pronto que tarde en imposibles de controlar. De hecho, como advierte la policía de forma reiterada, el confinamiento brinda a los maltratadores, sean cuales fueren, un escenario ideal pues sus víctimas están aisladas y con este aislamiento se reducen considerablemente las posibilidades de que puedan entrar en el escenario una tercera persona que denuncie la situación rompiendo con ello el círculo de poder y miedo en el que suele estar inmerso el maltratado.

En suma, la cuarentena ha puesto a los progenitores en una situación más vulnerable, pues se les dificulta mucho la posibilidad de pedir ayuda, y con el tiempo, conductas que eran esporádicas se hacen habituales, y en cambio las reacciones de los ofendidos se ralentizan, porque de alguna manera acaban acostumbrándose, o incluso sintiéndose culpables, avergonzados e incapaces de romper el círculo<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> El Instituto Catalán de las mujeres (Institut Català de les Dones), a través de su presidenta Laura MARTÍNEZ, ha explicado que durante el confinamiento han aumentado considerablemente el número de llamadas por violencia intrafamiliar, tanto machista como filio-parental. Frente a estos datos, la presidenta ha mostrado su gran preocupación puesto que este tipo de violencia está muy invisibilizado al ser imposible entrar dentro de las casas.

No podemos adentrarnos más en esta situación pues excedería con mucho los límites propuestos para este trabajo, pero no debemos dejar de mencionar el hecho de que los jóvenes maltratadores suelen convertirse en maridos y padres igualmente maltratadores, e incluso en hijos que causan graves daños y crueles injusticias a sus padres ya ancianos. Un dato que avala esta afirmación es que durante la pandemia se ha producido en España un incremento del 500% de peticiones de los padres que quieren borrar del testamento a sus hijos. Alegan los que eso pretenden, no haber recibido ni siquiera una visita o una llamada durante el confinamiento. Esto es, afirman que sus hijos no se pusieron en contacto con ellos ni siquiera para saber si estaban sanos o enfermos o incluso si seguían vivos.

La solicitud de desheredar, según informa la asociación cultural de mayores (ACUMAFU), la formulan generalmente hombres<sup>48</sup> en una proporción del 78%, frente al 22% de mujeres<sup>49</sup>. El procedimiento es difícil de completar por la complejidad que entraña la prueba. Lo que hace que sólo aproximadamente un 18% de los interesados en hacerlo logran culminar con éxito todo el procedimiento.

Como puede apreciarse la situación es complicada y va empeorando. No parece aventurado calificarla como mala para la sociedad. El “niño emperador” es muy difícil de destronar, y lo que comienza con insultos como “tío no me

---

<sup>48</sup> Hemos observado que, si bien es verdad que, en la situación previa al confinamiento por la pandemia, los hombres solían dar peores contestaciones e incluso insultos a sus padres, lo cierto es que en la actualidad esta situación al menos se ha equilibrado, las mujeres o chicas adolescentes han aumentado mucho en su número, llegando a multiplicarse hasta por cinco el número de mujeres maltratadoras.

<sup>49</sup> Para poder dejar a los hijos sin el tercio de la herencia que normalmente les corresponde por la legítima, los testadores deben antes que nada acreditar ante el notario pruebas de que han vivido alguna de las cuatro excepciones que contempla el código civil en su art 853, para dejar sin herencia a los descendientes. Estas excepciones son: 1) haberles negado el pan, 2) haberles agredido físicamente, 3) haber realizado actividades de carácter inmoral y 4) haber cumplido condena en prisión. A estas cuatro causas se añade, merced a una interpretación extensiva avalada por el Tribunal Supremo, el mal trato psicológico.

taladres”, “payaso”, “gilipollas” etc., pasa muy pronto a “ojalá te mueras” y de ahí pronto llega la violencia física y psíquica.

Ante esta situación nos preguntamos ¿qué hacer?

#### **IV. ALGUNAS RESPUESTAS NO JURISDICCIONALES PARA FRENAR LA VIOLENCIA FILIO-PARENTAL**

La violencia filio-parental como cualquier otro tipo de violencia puede experimentar lo que técnicamente se conoce como “escalada”, si no se ataja desde el primer momento en el que se produce. Se trata de un principio elemental en clave educativa.

Por eso, si queremos evitar la necesaria intervención judicial o fiscal, la respuesta de los padres y educadores debe ser firme desde que se produce el primer insulto. Y, por el contrario, es un error que suele acarrear consecuencias fatales, pensar que se trató sólo de una conducta aislada, que el chico está sufriendo, que la situación lo ha superado etc., etc. En resumen, no se debe disculpar o justificar la inoperancia pues, lejos de trasladar al menor el mensaje de tolerancia y cariño con el que los padres en algunas ocasiones quieren actuar, lo invita a avanzar un poco más en su actitud, hasta el punto de que, en poco tiempo, no es fácil conseguir ningún tipo de retroceso.

El objetivo de la reacción inmediata del padre o educador frente al hijo o discípulo es evitar, con carácter inmediato, que el incipiente maltratador siga “subiendo peldaños”, pues la escalera de la violencia suele tener solo un sentido, el de subida.

Consciente de ello, el presidente de la Sociedad Española para el Estudio de la Violencia Filio-parental advierte que los jóvenes ven a sus padres desde la verticalidad y no desde la horizontalidad. La relación entre ambos es asimétrica, y por lo mismo, los padres no deben confundir a sus hijos ofreciéndoles una

relación de colegas o compañeros, pues no son iguales, siendo obligación de los padres educar a sus hijos y no ser amigo de ellos. Eso no quiere decir, desde luego, que los padres tengan que educar desde el miedo, o desde los golpes. Eso sería de nuevo un error que podría propiciar y hasta legitimar en alguna medida la respuesta violenta de los hijos.

En efecto, los padres deben educar en un clima de tranquilidad y buen entendimiento, tratando de evitar la orden por que sí. Pero eso no debe confundirse con la falta de autoridad, ni con la obligación moral y hasta jurídica de los padres de educar a sus hijos convirtiéndolos en seres humanos moralmente responsables, humanamente confiables y honrados y académicamente valiosos en la medida de lo posible.

La educación se perfila así, como uno de los elementos esenciales para controlar o evitar la violencia familiar<sup>50</sup> en general, y sustancialmente la filio-parental. Una educación que debe ser lo más comprensiva posible. Los padres deben, desde luego, educar a sus hijos en la concordia y en el respeto hacia ellos, pero también hacia sus padres y hacia las personas en general.

Para conseguirlo, es necesario que esas enseñanzas estén acompañadas también del ejemplo. No es razonable que unos padres maltratadores de sus parejas, o incluso de sus propios padres, exijan de sus hijos un trato distinto al que siempre han visto en sus casas y en su entorno.

Un hogar sin violencia no se consigue en un día, sino que es el fruto de una forma de actuar permanente en la que los padres deben exigir de sus hijos aquello mismo que ellos practican. Las escuelas y colegios también tienen un papel muy importante pues en ellas los niños y jóvenes pasan una parte muy

---

<sup>50</sup> A los efectos de este trabajo y de acuerdo con la Ley de violencia Familiar 9283 de 1 de marzo de 2006, se considera violencia familiar “toda acción u omisión o abuso dirigido a dominar, someter, controlar o agredir la integridad física, psíquica, moral, psicoemocional, sexual y/o la libertad de una persona en el ámbito del grupo familiar, aunque esa actitud no configure delito”. Art 3 de la ley.

importante de tiempo<sup>51</sup>. Los colegios deben formar y no sólo informar, y por lo mismo deben enseñar a sus alumnos ciertas escalas de valores entendidas como las mejores posibles.

En esta enseñanza también está dando buen resultado el empleo de terapias de contacto con la naturaleza<sup>52</sup>, deporte y ocio saludable<sup>53</sup>. En este tipo de soluciones se insiste en resaltar la necesidad de que el maltratador incipiente no esté encerrado, sino que trate de hacer una vida normal. Que vaya al gimnasio, a hacer la compra, a la autoescuela... en fin, que tengan contacto con una sociedad sana que le dé alternativas.

También es importante la colaboración de los medios de comunicación y demás *mass media*, que deben trasladar al público en general, y a los jóvenes en particular, imágenes que huyan de la presentación de jóvenes infractores como héroes, como personas modernas y dignas de admiración.

Los maltratadores, los abusones, los violentos no deben en ningún caso convertirse en los “*influencers*” sino que deben ser desechados como modelos nocivos para la sociedad y para sí mismos<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> En este sentido es interesante la labor que está realizando el centro HOBETZEN especializado en violencia filio-parental con hijos menores y mayores de edad entre 10 y 21 años. La evolución de familias atendidas va en ascenso desde las 20 atendidas en 2009, hasta las 100 atendidas en 2018.

<sup>52</sup> Una de las medidas judiciales más curiosas fue la impuesta por una jueza de Las Palmas de Gran Canaria, a varios jóvenes a los que condenó a recorrer el Camino de Santiago con sus padres. La medida dio un resultado excepcional de modo que será repetida en más ocasiones. Existe en la actualidad una asociación denominada Up2U Proyect que está dando buen resultado al intentar trabajar con menores con estos problemas.

<sup>53</sup> El programa Matrix salud ha conseguido resultados muy esperanzadores en tratamientos de solo cuatro meses de duración. La directora de este programa lo define como una especie de “turismo de salud”, supervisado por monitores y psicólogos especializados en este tipo de problemas.

<sup>54</sup> Conviene que los jóvenes maltratadores acepten estas premisas: “(1) la violencia nunca es aceptable; (2) la única persona responsable de la violencia es la persona que la ejerce; (3) las familias quieren acabar con la violencia, pero no con la relación familiar; (4) las familias pueden ayudar al joven agresor a asumir su responsabilidad; (5) la violencia es una elección; (6) la

Por último, me gustaría resaltar la importancia que cobran cada vez con mayor intensidad los medios extrajudiciales de resolución de conflictos como la mediación. Este medio bien entendido y bien practicado, con mediadores bien formados en su profesión, podría aligerar el problema, aportar soluciones rápidas y eficaces, descongestionar el sistema judicial ya demasiado saturado y, en resumen, aportar una solución justa para un problema de gran envergadura personal y social<sup>55</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTINA, J. R. y otros, “Análisis criminológico de la violencia filio-parental”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 9, 2013.
- AROCA MONTOLÍO, C y otros, “Características de las familias que sufren violencia filio-parental: un estudio de revisión”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 3 (2), 2012.
- AROCA MONTOLÍO, Concepción, “La violencia de los hijos adolescentes contra sus progenitores”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 5, 2013.
- AROCA MONTOLÍO, Concepción, LORENZO MOLEDO, Mar, “La violencia filio-parental: un análisis de sus claves”, *Anales de Psicología*, 30 (1), 2014.
- BERTINO, Lorena y PEREIRA, Roberto, “Cuando los adolescentes toman el poder”, *Sistemas familiares y otros sistemas humanos*, 26 (1).

violencia no se identifica con el temperamento; (7) las madres no son responsables de las conductas violentas de sus hijos, pero sí adquieren un papel importante en su solución. AGUSTINA, J. R. y otros, “Análisis criminológico de la violencia filio-parental”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 9, 2013, p. 261.

<sup>55</sup> En cualquier caso, y como advierte la memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020, es preciso tener en cuenta que “en ocasiones, las soluciones extrajudiciales pueden no dar el resultado apetecido ante la gravedad del problema familiar detectado”, parágrafo 6.2.2.4.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

- CALATAYUD, Emilio, “La violencia filio-parental y la medida de internamiento”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 13, 2017, <https://doi.org/10.4995/reinad.2017.7325>.
- CALATAYUD, Emilio, *Mis sentencias ejemplares*, La esfera de los libros, Madrid, 2008.
- España, Memoria de la Fiscalía General del Estado, España, 2020.
- FEINDLER, E., “Entrenamiento para el control de la cólera en grupo para jóvenes delincuentes de secundaria”, *Revista Terapia cognitiva e investigación*, 1984.
- Fundación Amigó, página web.
- GOLDSTEIN, A., *Habilidades sociales y autocontrol en la adolescencia*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1999.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, M., y otros, “Violencia de hijos a padres”, *Psicopatología clínica legal y forense*, vol. 11, 2011.
- JUAN PABLO II, *Familiaris consortio*, Exhortación de 22.11.1981.
- JUBAINVILLE, H. D., *El ciclo mitológico irlandés*, Visión, Barcelona, 1981, parágrafo 5,7.
- LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1979, parágrafo 2.8.1.1.
- OTERO PARGA, M. & PUY MUÑOZ, F., *Una concepción prudencial del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2013.
- PEREIRA TERCERO, R., “Violencia filio-parental”, *Revista mosaico*, 36, 2006.
- PEREIRA, Roberto y otros, “Propuesta de definición de violencia filio-parental: Consenso en la sociedad española para el estudio de la violencia filio-parental (SEVIFIP)”, *Papeles del Psicólogo*, 38 (3),2001.
- PUY MUÑOZ, F., “Hacia una Jurisprudencia afirmativa”. *Estudios Jurídicos. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, 4, 2007.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

- Sociedad Española para el estudio de la violencia filio-parental (SEVIFIP), página web.
- VARGAS GALLEGU, Ana Isabel, “Los jóvenes maltratadores ante la justicia. El papel de la fiscalía”, *Revista de estudios de juventud*, 86, 2009.
- VILALTA, Ramón y WINBERG, NODAL, “Sobre el mito de la alienación parental (SAP) y el DSM-5”, *Papeles del Psicólogo*, 201, vol. 38 (3).

### **Normas**

- Código civil español (1/1889)
- España, Ley de violencia Familiar 9283 de 1 de marzo de 2006.

### **Sentencias de España**

- Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante ST del TS) de 8 de marzo de 2002, (La ley 2997/2002;
- ST de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 4 de abril de 2012 (La Ley 45749/2012),
- ST del Juzgado de Primera Instancia 38 de Barcelona de 20 de septiembre de 2010 (La ley 322137/2010),
- ST de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 3 de noviembre de 2016 (La ley 176644/2016)
- ST de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 3 de noviembre de 2016 (La ley 176647/2016)

**AMICUS CURIAE PRESENTADO A LA  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (MÉXICO):  
OPT IN VS. OPT OUT, COSA JUZGADA, NOTIFICACIÓN,  
EJECUCIÓN DE LA CONDENA, GASTOS Y COSTAS**

**“AMICUS CURIAE PRESENTED TO THE MEXICAN SUPREME  
COURT: OPT IN V. OPT OUT, RES JUDICATA, NOTICE,  
ENFORCEMENT, COSTS AND EXPENSES”**

**AUTOR: PROF. PH.D. DR. ANTONIO GIDI**

**(SIRACUSE UNIVERSITY, ESTADOS UNIDOS)**

**Cómo citar este Artículo:**

GIDI, Antonio, “Amicus Curiae presentado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México): Opt in vs. Opt out, Cosa Juzgada, Notificación, Ejecución de la Condena, Gastos y Costas” en *Anales de Ciencias Jurídicas*, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, pp. 74-90.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

**Título: “Amicus Curiae presentado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México): Opt in vs. Opt out, Cosa Juzgada, Notificación, Ejecución de la Condena, Gastos y Costas”**

**Resumen:**

Este artículo reproduce el amicus curia presentado por Antonio Gidi a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México. Los principales temas tratados son las reglas sobre el opt in vs. opt out, la cosa juzgada,

la notificación del grupo, la ejecución de la condena y los gastos y costas. El amicus es precedido de un resumen del caso para contextualizarlo.

**Palabras clave:** Acciones de Clase; Acciones colectivas; Amicus Curiae; Opt out; Mexico

**Amicus curiae apresentado na Suprema Corte mexicana: opt in v. opt out, coisa julgada, notificação, execução, gastos e custas**

**Resumo:**

Este artigo reproduz o amicus curiae apresentado por Antonio Gidi na Suprema Corte mexicana. Os principais temas tratados são as regras sobre opt in v. opt out, a coisa

julgada, a notificação do grupo, a execução, os gastos e custas. O amicus é precedido de um resumo do caso para contextualizá-lo.

**Palavras chave:** ações coletivas; amicus curiae; opt out; México

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

**Title: “Amicus curiae presented to the Mexican Supreme Court: opt in v. opt out, res judicata, notice, enforcement, costs and expenses”**

**Abstract:**

This article reproduce the amicus curiae presented by Antonio Gidi to the Mexican Supreme Court. The main topic discussed are the rules on opt in and opt out, res judicata, class notice, enforcement, and costs and expenses. It is preceded by a summary of the case to provide context.

**Key words:** Class action; Amicus Curiae; Opt out; Mexico

**How to quote this article:**

GIDI, Antonio “Amicus curiae presented to the Mexican Supreme Court: opt in v. opt out, res judicata, notice, enforcement, costs and expenses”, *Journal of Juridical Science*, Doctorate in Juridical Science Master in Procedural Law, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, pp. 74-90.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

***Amicus Curiae presentado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México): opt in vs. opt out, cosa juzgada, notificación, ejecución de la condena, gastos y costas***

***“Amicus Curiae presented at supreme court of justice (Mexico): opt in vs opt out, Res Iudicata, Notice, Execution of sentence, cost and Fees”***

***“Amicus curiae apresentado na Suprema Corte mexicana: opt in v. opt out, coisa julgada, notificação, execução, gastos e custas”***

**Por Prof. Antonio Gidi \***

## **I. RESUMEN DEL CASO**

Este texto no es parte del amicus; es meramente un resumen del caso para contextualizarlo.

Cuando Nextel llegó a México, comenzó a proporcionar un servicio eficiente y útil, diferente a las demás compañías: además de la Telefonía, tenía un radio con el cual se podía conectar con cualquier persona de todo América, desde Nueva York hasta Argentina. Ese servicio era especialmente valioso para los que vivían en la frontera y para los que tenían amigos o trabajo en otros países. En aquella época, el roaming era muy caro y esas comunicaciones por radio estaban incluidas en el pago mensual.

En 2012, el despacho Krasovsky Abogados, propuso una acción colectiva en protección a derechos individuales homogéneos de todos los 4 millones de

---

\* Profesor del College of Law de la Universidad Syracuse, Estados Unidos. Email: gidi@gidi.com.br

consumidores en 800 ciudades en todo México. Alegaba que Nextel cayó en problemas financieros y dejó de invertir en infraestructura. Por eso, los servicios de internet y telefonía se volvieron malos y ya no era posible hablar con fluidez y claridad por radio. El grupo demandó el cumplimiento forzoso del contrato. Quería que Nextel diera a los consumidores los servicios que los ofrecieron de radio, telefonía e internet en forma óptima y eficiente, como expresamente se obligaron en el contrato y a través de publicidad y página de internet.

La principal prestación reclamada por los consumidores fue que Nextel realizara las inversiones necesarias en infraestructura de telecomunicaciones para ofrecer el servicio de calidad que se había comprometido con los consumidores. Peritos estimaron que, para eso era necesario que Nextel invirtiera aproximadamente 3.000 millones de dólares en infraestructura de telecomunicaciones. Los consumidores también reclamaron reembolso por la parte del servicio que Nextel no venía prestando. Se basaron en la ley de la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco) que establece que, cuando un proveedor de bienes o servicios no entrega el 100% de lo que se comprometió, el consumidor tiene derecho a un reembolso de esa parte no entregada. Establece la ley que el mínimo reembolso será del 20% de lo pagado. También se reclamaron los daños y perjuicios a cada miembro de la colectividad que había causado el incumplimiento, como por ejemplo el roaming que continuaban pagando por no poder utilizar el radio en Estados Unidos, la pérdida de algún negocio por la mala comunicación etc.

Nextel no ofreció pruebas; se limitó a negar el incumplimiento y a exigir que el grupo cumpla la carga de la prueba. Sin embargo, dos años después de iniciado el juicio la Suprema Corte determinó que la carga de la prueba también era de la demandada. El grupo presentó prueba pericial, declaraciones en la prensa y hechos notorios. AT&T ha comprado Nextel durante el litigio y ha declarado que iba a invertir 3000 millones de dólares para mejorar los servicios

y volverse una compañía de telecomunicaciones confiable en México. A la fecha, AT&T ha invertido más de 7000 millones de dólares.

En 2015, la sentencia de primer grado aceptó la vía de acción colectiva, pero en el mérito absolvió a la demandada de todas las prestaciones reclamadas. La apelación (en tribunal unitario compuesto de un solo magistrado) confirmó la sentencia de mérito. En 2019, después de más de 7 años de litigio, con motivo de un amparo ganado anteriormente, el grupo ganó una sentencia favorable al grupo que condena la demandada al pago del reembolso del 20% de los que la colectividad había pagado durante el periodo de la demanda, así como el pago de danos y perjuicios.

El grupo tiene actualmente un Amparo en Revisión ante la Suprema Corte, solicitando se declare la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley de Acciones Colectivas que impiden que la colectividad se pueda beneficiar de la sentencia, para el efecto de procurar hacer más eficiente la ejecución de la sentencia y para que la sentencia incluya el nombre y cantidad líquida de los 4 millones de personas que son parte de la colectividad. Es en este amparo que ha sido presentado este amicus.

Los alegatos principales de este litigio están disponibles en el sitio del despacho del abogado del grupo: <http://krasovsky.com.mx/nextel/>.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

## II. AMICUS CURIAE

Syracuse a 12 de octubre del 2020

### **Ministros integrantes de la Primera Sala de la Suprema**

#### **Corte de Justicia de la Nación.**

Av. Pino Suárez número 2 Colonia Centro,  
Delegación Cuauhtémoc,  
Ciudad de México

Ref.: Comparecencia como Amigo  
de la Curia en el Amparo Directo  
en Revisión número 726/2020  
(*colectividad vs. ATT*)

#### **Estimados Ministros:**

Mi nombre es **Antonio Gidi**, comparezco en forma desinteresada, sin recibir ningún tipo de retribución económica y en mi calidad de ***amicus curiae***, a formular consideraciones legales en materia de acciones colectivas que estimo relevantes para la resolución del asunto de referencia y, más importante, para el buen curso de las Acciones Colectivas en México.

#### **Antecedentes y justificación del Amigo de la Curia**

En términos del artículo 598 párrafos segundo y tercero del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC), solicito a esta H. Autoridad, me tenga por compareciendo en calidad de ***amicus curiae*** a la presente instancia judicial que resolverá planteamientos de inconstitucionalidad sobre acciones colectivas.

Una vez reconocida la calidad de *amicus curiae*, solicito a esta H. Sala se me tenga con tal carácter por exponiendo mi percepción acerca del trasfondo histórico-legislativo mediante el cual se engendró el actual marco jurídico de los procedimientos de acciones colectivas en México.

He dedicado mi vida profesional al estudio y tutela de los Derechos de Grupo y he tenido la gran fortuna de poder de una forma u otra, haber influido en el mejoramiento de su tutela en algunos de los Países del continente americano.

En 2010, México dio un gran paso en la tutela de derechos humanos al incorporar al sistema jurídico Mexicano las Acciones Colectivas mediante la incorporación de un tercer párrafo al artículo 17 Constitucional.

No obstante la iniciativa ya incorporaba altos estándares internacionales de protección de los Derechos de Grupo en su exposición de motivos (anexo 1), ellos fueron ampliamente discutidos e incluso mejorados por los legisladores, habida cuenta que, en la misma época, un diputado presentó otra iniciativa de ley la cual denominó Ley Reglamentaria del tercer párrafo del artículo tercero Constitucional. Ante dicha disyuntiva los legisladores, para decidir cuál de ambas iniciativas protegerían mejor los Derechos de Grupo, mandaron hacer un estudio comparativo de ambas iniciativas de ley que incluyó un trabajo de derecho comparado sobre las Acciones Colectivas (anexo 2) lo que enriqueció aún más la protección de los Derechos de Grupo.

Conforme al mandato Constitucional, algunos meses después, el Senado de la República Mexicana inició el proceso de crear la ley reglamentaria. Para ejecutarla, el Senado formó una Comisión de Juristas y contrató a tres investigadores y académicos: el Maestro Alberto Benítez Tiburcio, el Doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor y al suscrito, a quienes se encomendó la creación de un proyecto del Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles buscando la máxima tutela jurisdiccional de los Derechos de Grupo que incluyan los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.

Como consecuencia de lo anterior, durante 2011, viajé por varios meses de manera semanal a la Ciudad de México, y en la sede del Senado nos reuníamos los juristas señalados con diversos senadores. En dichas reuniones también participaban los abogados de varias de las principales empresas de México, quienes, más que buscar contribuir a la protección de los Derechos de Grupo, pretendían incluir obstáculos en la Ley. Sin embargo, la Comisión del Senado pudo evitar la incorporación de esos obstáculos.

Como resultado de nuestro trabajo, entregamos al Senador Jesús Murillo Karam un proyecto de ley procesal colectiva, el cual contenía las reglas adecuadas que respetaban la naturaleza de los procedimientos colectivos y era congruente con el espíritu de la reforma al tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sin embargo, en el proceso legislativo que se llevó a cabo ante el Congreso de la Unión, se hicieron diversas modificaciones al proyecto de ley procesal preparado por la Comisión; modificaciones que resultaron curiosamente muy similares a las que proponían aquellos abogados de las grandes empresas, y que buscaban obstaculizar el éxito de las acciones colectivas.

Esta es la percepción que obtuve de la experiencia que viví de primera mano al haber formado parte del equipo de académicos a quien el Senado encomendó la creación del proyecto de ley de acciones colectivas. Experiencia de la cual me llevé las conclusiones que ahora comparto a esta H. Sala.

Mi esperanza desde entonces, ha sido que algún día algún procedimiento colectivo llegue a esta Suprema Corte de Justicia de México, y plantee la inconstitucionalidad de aquellos artículos que fueron modificados por el Congreso mexicano y que le quitaron la fuerza y éxito que el proyecto original ofrecía a las acciones colectivas.

Dentro de las modificaciones hechas al proyecto originalmente presentado al Senador Murillo Karam, destaco las siguientes por ser las que son materia de discusión constitucional en el asunto de referencia.

### **Sistemas *opt in* vs. *opt out***

El Proyecto de Ley preparado por la Comisión del Senado contenía un sistema para organizar a la colectividad conocido internacionalmente como *opt out*. Sin embargo, el legislador mexicano adoptó el sistema *opt in* en el artículo 594 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

En la técnica del *opt in* será considerado presente en juicio solamente aquel miembro del grupo que solicite expresamente su inclusión en el proceso colectivo. Con esta técnica, se corre el riesgo de excluir del beneficio ofrecido por la tutela colectiva a un gran número de miembros que, por falta de conocimiento de los hechos, del derecho o de la proposición de la acción, por temor a represalias o por otro motivo, no soliciten o no puedan solicitar su inclusión al grupo. Existe una natural inercia de la situación que hace que el grupo, y consecuentemente el valor de la causa, tiendan a ser reducidos. Con el grupo reducido, la acción colectiva pierde su fuerza y la contraparte (proveedor) sale fortalecida. La impropiedad de este sistema como una regla general es manifiesta. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ya admitió que el *opt in* destruye la eficacia de la acción colectiva (*class action*), principalmente en las acciones que involucran pretensiones individuales de pequeño valor. Está claro que el objetivo de esta norma es perjudicar los miembros del grupo en violación al marco constitucional.

Por el contrario, a través de la técnica de *opt out*, se presume que los miembros del grupo desean formar parte del litigio y se condiciona su exclusión a una manifestación expresa en ese sentido. Sobre todo en los casos donde el valor de la pretensión individual es reducido, la presunción de que el miembro del grupo perjudicado tiene interés en participar de la acción colectiva es mucho más realista. Al final, en esos casos, la tutela colectiva es la única forma de tutela jurisdiccional de su derecho.

En el sistema *opt out*, la inercia opera para ampliar el número de personas abarcadas por el proceso colectivo, en la medida que los perjudicados con la acción del demandado permanecen como miembros del grupo en la ausencia de acto en contrario. La ventaja mayor es para el grupo, sobre todo en las causas de pequeño valor, cuyos titulares son personas sencillas que, por ignorancia, timidez, acomodo, miedo o simple inercia, jamás tomarán conocimiento o posición activa para intervenir en el proceso. No hay ninguna duda respecto a los efectos de la inercia en los sistemas *opt in* y *opt out*, pues la experiencia así lo demuestra.

Como el sistema *opt out* opera para aumentar el tamaño del grupo, este método es siempre ventajoso para la parte que tiene la razón, sea ella el grupo o la parte contraria. Si el grupo fue efectivamente perjudicado por el demandado, es de su interés que todos los miembros sean beneficiados. Si es el demandado quien tiene la razón, estará interesado en que la sentencia de improcedencia de la acción colectiva vincule el mayor número posible de personas, cerrando definitivamente la controversia. Un sistema procesal que adopte el sistema *opt in* en las causas de pequeño valor económico se muestra no sólo ineficiente, como moralmente discutible.

La acción colectiva que se discute en el presente juicio es de consumidores en contra de la compañía telefónica que da servicio a millones de personas en todo el país. Sin pretender llevar a cabo un ejercicio de análisis constitucional de la norma secundaria mexicana, lo cual corresponde a tan respetable órgano jurisdiccional, me resulta relevante destacar el contenido del tercer párrafo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece:

Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos... La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses...

Atendiendo a lo anterior, sin ser un experto en derecho constitucional mexicano, sino más bien apelando a mis conocimientos en la materia de procedimientos colectivos, entiendo que una ley secundaria que tiene por objeto proteger a los consumidores y propiciar su organización para el mejor cuidado de sus intereses colectivos, es precisamente aquella que utiliza la técnica más favorable para la organización de la clase. Muchas legislaciones del continente americano establecieron en sus legislaciones la técnica del *opt out* respecto de las acciones colectivas de consumidores, por ser ésta la que mejor protege y organiza a la colectividad.

### **Cosa Juzgada**

El Proyecto de Ley procesal colectiva preparado por la Comisión del Senado, en congruencia con la técnica *opt out*, contemplaba que la cosa juzgada vincularía a todos los miembros del grupo, pero no operando en el caso de que un legitimado colectivo presentara nuevos elementos probatorios o comprobara una inadecuada representación de los derechos e intereses del grupo de que se trate en el procedimiento anterior.

En cambio, la ley colectiva modificada por el Congreso de la Unión, es decir, el Código Federal de Procedimientos Civiles, en su artículo 588 fracción V, al regular la cosa juzgada, establece como causales de improcedencia que la materia de la litis no haya sido objeto de cosa juzgada en procesos colectivos previos, sin la posibilidad de reclamar nuevamente prestaciones similares en un nuevo proceso colectivo.

Una acción es colectiva si resuelve los intereses de los miembros presentes y ausentes de un grupo. La sentencia debe tener efectos obligatorios *ultra partes*, más allá de las partes. El carácter *erga omnes* (contra todos) de la cosa juzgada es un elemento esencial del procedimiento colectivo. Una sentencia que limita la condena de la demandada únicamente en beneficio de las partes presentes en el tribunal (incluyendo terceros intervinientes) destruye

la esencia fundamental del proceso colectivo. Así, la doctrina de la cosa juzgada es probablemente el elemento más importante de cualquier legislación sobre acción colectiva.

Por ello, resulta inconcebible que, en un proceso colectivo de millones de consumidores, se pretenda aplicar la cosa juzgada *erga omnes* a miembros presentes y ausentes de la colectividad para efectos de que no puedan volver a presentar el mismo reclamo en vía colectiva. Y, por otro lado, se condicionen, en perjuicio de los miembros ausentes del grupo, los efectos *erga omnes* del fallo a los requisitos (obstáculos) de enterarse de la existencia de la acción colectiva y el de presentar un escrito de adhesión a satisfacción del juzgador (*opt in*). Está claro que el objetivo de esta norma es perjudicar los miembros del grupo en violación al marco constitucional.

### **Notificación de la sentencia colectiva**

El Proyecto de Ley procesal colectiva preparado por la Comisión del Senado establecía que la sentencia se tenía que notificar a toda la clase. Sin embargo, los legisladores se limitaron a ordenar la notificación de la sentencia únicamente al representante de la colectividad. Esto constituye un grave perjuicio para la colectividad, sobre todo para aquella en la que el proceso colectivo utiliza el sistema *opt in*. Como se ha dicho, en el sistema *opt in*, la inercia opera para que el grupo se mantenga pequeño, por lo que una sentencia que se ordene notificar solamente al representante pulveriza aún más la clase. Está claro que el objetivo de esta norma es perjudicar los miembros del grupo en violación al dictamen constitucional.

Aún que no haya previsión legal específica, en congruencia con preceptos constitucionales y morales, el Magistrado debe promover una notificación amplia de su sentencia, para informar a toda la clase.

### **Ejecución de la condena**

Otro aspecto inconcebible y por demás perverso, es el que la ley exija a cada miembro de la colectividad promover su propio incidente de liquidación, en lugar de continuar con la promoción colectiva de liquidación y ejecución en un solo incidente promovido por el representante del grupo.

El Proyecto de Ley procesal colectiva preparado por la Comisión del Senado, en congruencia con el artículo 17 Constitucional y con los principios de concentración y economía procesal que rigen la materia de los procesos colectivos, contemplaba una ejecución colectiva de la condena. El Proyecto establecía que cuando el valor de los daños individuales sufridos por los miembros del grupo fuera de fácil determinación o pudiera ser reducido a una fórmula matemática, la sentencia colectiva indicaría el valor o la fórmula para calcular la indemnización individual y la sentencia se ejecutaría en forma colectiva.

En cambio, la ley colectiva modificada por el Congreso de la Unión, omitió regular la ejecución colectiva de la sentencia, estableciendo en el artículo 605 del Código Federal de Procedimientos Civiles una redacción incompleta, que únicamente regula la ejecución individual del fallo. Esta omisión legislativa no significa que la liquidación y ejecución colectiva sea prohibida.

La liquidación de la sentencia por cada miembro de la colectividad mediante la presentación de incidentes individuales es la manera en la que el Congreso mexicano decidió liquidar las sentencias colectivas. Ello, no obstante de haberse propuesto originalmente el Congreso la posibilidad de que la ejecución se cumpla de modo colectivo, con la cual el representante del grupo podrá buscar la ejecución o el cumplimiento del fallo en nombre de todos los representantes. Está claro que el objetivo de esta norma es perjudicar los miembros del grupo en violación al marco constitucional.

Hacerlo así, como dice la ley mexicana, es desconocer el objetivo principal de las acciones colectivas: permitir la solución de los conflictos de manera

efectiva y con economía procesal, ahorrando tiempo y dinero, al evitar una multiplicidad de acciones individuales que podrían derivar para resolver una misma controversia.

La ejecución colectiva tiene la ventaja de que el demandado deberá pagar el valor total de lo perjuicio que ha causado a la totalidad de los miembros del grupo. Esto es esencial para la eficacia de las acciones de condena colectivas. A través de la ejecución individual, el demandado solamente pagará a aquellos pocos miembros del grupo que intervengan en el proceso colectivo (*opt in*) y propongan su ejecución individual. Esto es particularmente improbable en los casos en que el crédito individual sea de pequeño valor.

No hay sentido iniciar una acción colectiva en un único procedimiento en representación de la colectividad para después atomizarlo en millones de procedimientos individuales de liquidación y ejecución. Si al final de lo juzgado, en la sentencia colectiva, cualquier miembro acreedor tuviera que discutir nuevamente la controversia en otro proceso individual para obtener la tutela de su derecho, de nada hubiera servido la propuesta de la acción colectiva.

Por eso, el Magistrado que dicte la sentencia debe cumplir con su obligación de acatar el art. 17 Constitucional y ejercer las facultades que le otorga el art 599 del CFPC para solicitar al demandado la presentación del listado de todos los clientes a los cuales ha hecho el cobro ilegal, con sus nombres, número de teléfonos y valores ilegalmente cobrados. Con esta información, el juez debe en su sentencia colectiva hacer una condena genérica para el demandado reembolsar el valor ilegal a todos los consumidores. Esto puede ser hecho muy sencillamente a través de créditos directos en las cuentas de cada consumidor. Además, debe condenarlo a pagar el valor correspondiente a todos aquellos que ya no son más sus clientes, bajo presentación de identificación oficial. Aquí me permito destacar lo que nos dijo desde los años 90s el gran Maestro Mauro Cappelletti quien insistió en varios de sus ensayos que el juzgador debe de tener una posición más activa en el proceso colectivo.

### **Gastos y Costas**

Por último, el Proyecto de la Comisión del Senado contemplaba el beneficio de los gastos y costas para la colectividad, bajo ciertos supuestos normativos.

Sin embargo, dicho beneficio fue omitido en el contenido del artículo 617 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Este cambio al proyecto perjudica solamente a la colectividad de consumidores. Desincentiva tanto el acercamiento de abogados interesados en representar los intereses de los consumidores (la mayoría ausente) con reclamos de poco valor económico, como a los consumidores para invertir dinero en un asunto que puede exigir más gastos que dinero a recuperar. Está claro que el objetivo de esta norma es perjudicar los miembros del grupo en violación al marco constitucional.

Si los abogados que patrocinan el asunto no tienen garantizado que, de obtener una sentencia favorable, les serán resarcidos sus costos, es difícil pensar que alguien lo hará por el placer de trabajar muchos años en favor de los intereses colectivos y en contra de demandados poderosos. Esto ha traído en México una muy escasa práctica de Acciones Colectivas, y le ha quitado la oportunidad a los jueces y magistrados del País y a este mismo órgano Supremo, de corregir el rumbo de las acciones colectivas.

### **Conclusión**

Por violar los artículos 17, tercer párrafo y 28 Constitucional y corromper los principios generales de las acciones colectivas, las acciones colectivas mexicanas nacieron para ser letra muerta. Este amparo es quizás la única oportunidad de esta Suprema Corte para resucitarlas, en fidelidad a la Constitución, observancia a los principios jurídicos y en beneficio de la sociedad mexicana.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

Por lo anteriormente expuesto y fundado ante esta H. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, solicito:

PRIMERO: Se me tenga por reconocida la calidad de *Amicus Curiae*.

SEGUNDO: Se me tengan por exponiendo los argumentos contenidos en el presente escrito.

**Atentamente,**

**Dr. Antonio Gidi**

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

## **ESTRUCTURA GENERAL DEL PROCESO CIVIL EN JAPON**

### **“OVERALL STRUCTURE OF JAPANESE CIVIL PROCEDURE”**

**AUTOR: PROF. TAKUYA HATTA**

**(UNIVERSIDAD DE KOBE, JAPÓN)**

#### **Cómo citar este Artículo:**

HATTA, Takuya, “Estructura general del proceso civil en Japón” en *Anales de Ciencias Jurídicas*, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, (traducido por Diego Robledo) La Rioja, Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, pp. 91-108.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

### **Título: “Estructura general del proceso civil en Japón”**

**Resumen:** Este artículo presenta una estructura general del proceso civil japonés: a) jurisdicción de la Corte, b) características del Poder Judicial, c) historia del Código Procesal Civil de Japón, d) perfil del proceso civil japonés y sus características.

**Palabras clave:** Proceso Civil; Derecho Procesal Civil; Poder Judicial; Japón

### **Title: “Overall structure of Japanese Civil Procedure”**

**Abstract:** This article presents the overall structure of Japanese civil procedure: a) Jurisdiction of the Courts, b) characteristics of the Judiciary, c) history of the Japanese Civil Procedure Code, d) outline our civil procedure and explain the features of the procedure.

**Key words:** Civil Procedure; Procedural Law; Judiciary; Japan

#### **How to quote this article:**

HATTA, Takuya “Overall structure of Japanese civil procedure”, *Journal of Juridical Science*, Doctorate in Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, (Translation in Spanish Dr. Diego Robledo), Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, pp. 91-108.

## **OVERALL STRUCTURE OF JAPANESE CIVIL PROCEDURE**

**PROF. TAKUYA HATTA \***

### **I. OVERVIEW**

The title of my presentation is overall picture of Japanese Civil Procedure. It is going to be a short explanation of the outline of Japanese Civil Procedure. First, I am going to talk about the Jurisdiction of the Courts, and then move on to the explanation about the characteristics of the Judiciary, and then I will explain the history of the Japanese Civil Procedure Code, and then I will outline our civil procedure and explain the features of the procedure.

### **II. JURISDICTION OF THE COURTS REGARDING CIVIL CASES IN JAPAN**

The judicial structure is very simple in Japan. We have one Supreme Court, below which 8 High Courts, below which 50 District Courts and Family Courts, and below District Courts we have 438 Summary Courts.

When we focus on civil procedure, family matters (matters such as divorce) are dealt with by the Family Courts as the first instance, the appeal of which goes to the High Courts as the second instance, and the Supreme Court will be the third and the last instance. As for matters that are not related to family, which can be called as ordinary matters, such as return of loans, payment of a purchase, etc., we divide between cases up to 1.4 million yen and cases above

---

\* Professor of Law at Kobe University, Japan. The conference "Overall structure of the Japanese Civil Procedure" was presented in Argentina in June of 2020 by videoconference. Translation of Prof. Dr. Diego Robledo.

1.4 million yen (1 US\$ is about 110 yen, so 1.4 million yen is about 14,000 US\$). Cases whose value is above 1.4-million-yen are dealt with by the District Courts as the first instance, High courts as the second instance, Supreme Courts as the third instance. As for cases whose value is up to 1.4-million-yen, Summary Courts are the first instance, with the District Courts being the second and the High Court's being the third instance.

### **III. CHARACTERISTICS OF THE JUDICIARY**

To name the characteristics of the Japanese Judiciary, firstly, its structure is very simple. No special courts for commerce, labor, or administration, etc., except for family courts. We have family courts as the special courts for matters related to families but beside that we don't have any special courts.

The next feature is about the judges. Professional judges get to decide the cases. No involvement of laymen such as in the case of jury system in the U.S.

Thirdly, representation by the lawyers is not compulsory. Self-representation by the party themselves is allowed. So, you can go to court on your own. But if you want to hire someone to represent you, he/she must be a lawyer in Courts in and above the level of District courts and Family courts. In relation to that we don't have any loser-pay-rule for the lawyers' fee. Even when you win, you have to pay for your own lawyers' fee.

To show some data, firstly, the number of cases received in the District courts are 170.578 in year 2016 and 157.398 in year 2018. If you compare this number with that of U.S. (15.670.573), England (2.338.145), Germany (2.109.251) and France (1.114.344), you will see that we have very low number of civil cases.

Next is the number of lawyers, judges and prosecutors. As for lawyers, you will see the number drastically increases after 2004. We almost have doubled the number of lawyers in 13 years from 2004, with the figure in 2004 being 20.240 and 38.027 in 2017. This is the result of the introduction of the law school system in 2004, a new education system for lawyers, judges, and prosecutors, which is intended to increase the number of lawyers. But if you compare the number of population per each lawyers (how many people each lawyers represent) in Japan (=3.334) with that of the U.S. (261), England (401), Germany (499) and France (1.045), you can see that still we have very few lawyers in Japan in comparison to these countries.

Last data is about the duration time of the civil procedure in the first instance (in the district courts). When you see the figure in the year 2006, 2008, 2014 you will see that it is about 6 to 8 months and the number drastically decreased in comparison to the year 1990 (about 13 months), which is the result of the reform of the Civil Procedure Code in Japan, which will be explained shortly hereafter.

#### **IV. HISTORY**

Here I will explain about the history of the Japanese Civil Procedure Code.

In 1868, in late 19th Century, we modernized our society, and we westernized our society. This is called the “Meiji Restoration”.

Right after that in 1890, we established the first Code of Civil Procedure, which was almost a literal translation of the German Code of Civil Procedure. We had the German Civil Procedure as the model, and we introduced the German model into Japan in 1890.

Then we slightly begin to deviate from our German origin. This first happened in 1926, in which we had a big amendment of the Civil Procedure Code, which introduced some original provisions that don't have their models in our German mother (such as Independent Party Intervention in article 71).

In 1945 we experienced the loss of World War II, which brought about many new changes in the structure of our society, economy, and politics, literally almost everything including the constitution, which was entirely changed. In 1947 we implemented a new Constitution under the supervision of the U.S. But our Civil Procedure Code didn't change so much. The Criminal Procedure Code changed a lot. Huge amendment was made there. But not so much in the Civil Procedure. In 1948 we had small amendment which introduced some U.S. schemes such as cross examination system of witnesses replacing the inquisitory system by the judges. But this introduction of U.S. schemes was very limited, and our Civil Procedure system basically didn't change after the World War II.

The biggest change came in 1996, almost 70 years after the first big amendment in 1926. The amendment of the Civil Procedure Code in 1996 was a full amendment intended to introduce measures to expedite the procedure such as the distinction of stages, which I will explain shortly on. As I explained shortly before, this amendment was successful, and we were able to cut the duration period of the first instance in the district courts.

## **V. OUTLINE OF THE PROCEDURE**

To explain the outline of the current procedure after the 1996 amendment, the procedure is now divided in 4 stages. In the first stage, the parties make allegation of facts. The parties will state what they think took place in the incident. In the second stage, the parties and the judge collaborate in sorting out the issues

to be clarified, the points in which parties disagree as facts. The parties and the judge also work to sort out the evidence to be examined in the next stage here, except for document evidence, which is examined at the second stage because it is easy to examine and also helpful in sorting out the issues. The third stage is the stage in which the evidence that is selected in Stage 2 is examined: witness, parties themselves, etc. When the examination of evidence is over, case will be closed and the judge(s) will ponder upon the facts and the laws to be applied, and when he/she/they come up with the decision, he/she/they will give the sentence.

## **VI. FEATURES OF THE PROCEDURE**

Lastly, I would like to explain about the features of our procedure.

The first feature is the use of non-sanction schemes to direct the procedure. To take an example, in Japan, presentation of new facts is still possible after the 2<sup>nd</sup> stage (which is about sorting out the issues to be clarified, after the presentation of allegations of facts by both parties) is over. This means that even after the issues are sorted out and the points to be clarified from the evidence are decided, the parties are still allowed to bring in new facts and new issues to the case. But this is as long as the party explained why he/she couldn't state the fact before the 2<sup>nd</sup> stage is over. As another scheme of controlling the presentation of facts from the parties, you could make a rule in which the presentation of new facts after the 2<sup>nd</sup> stage is prohibited. But Japan didn't take this approach but decided that the presentation of new facts is OK and that the parties are just required to explain the reason. The reason can be anything. The quality or the content of the reason is not an issue. As long as you explain why you are allowed to present new facts even after the 2<sup>nd</sup> stage is over. So the Japanese law doesn't use sanction in preventing the parties from bring in new

facts after the 2<sup>nd</sup> stage but uses the scheme to ask for explanation. Japanese law does have points in which it uses sanction, but compared with other countries, our law is said to tend to use non-sanction schemes.

The second feature is the gap between the principle that the law takes and the reality which is actually happening. The principle that the Japanese Code of Civil Procedure applies is party disposition, party autonomy. Parties are given the autonomy as to the resolution of the case: 1) the court can only decide over what it is asked to; 2) the court can't base it's judgement on the facts that are not alleged by the parties; 3) the court must base it's judgement on the facts that both parties agree on; 4) the court can only examine the evidence provided by the parties (no ex-officio examination of evidence). But in reality, the parties depend highly on the judges in resolving the cases.

This dependence firstly appears in the acquisition of information and evidence from the other parties. The parties depend on the judge to collect information and evidence from the other party. The parties ask the judge to ask the other party to present information and evidence. This dependence has a lot to do with the fact that the Japanese law provides the parties with very limited means to collect information and evidence from the other party by themselves. As for information, the law gives each party the right to ask for information to the opponent, but there is no sanction if the opponent resists to give it, which is another example of non-sanction scheme that I explained earlier. As the result of this, the party's right to ask for information directly from the other party is not used, not exercised. As for evidence, there is no discovery or disclosure system like in the U.S. We do have the scheme for the parties to force the other party to present the evidence that they need. This scheme has sanction. If you don't comply with the order to present the evidence, you get sanction. But there is a limitation in this scheme in that the demanding party has to specify what evidence it needs when it asks for the evidence. This often presents a huge obstacle in

gaining the evidence, since sometimes or on many occasions the parties don't have a clue as to what evidence the other party has concretely and because they have to specify nonetheless what evidence they want it is in many cases impossible for them to use the scheme to collect evidence from the other party. So, all in all, the means that the Japanese law gives to the parties to collect information and evidence from the other party are insufficient, and this incurs that the parties depend on the judge's authority to make the other party to come up with their demand for evidence and information.

Another dependence appears in the form of strong intervention by the judges in the clarification of the case. This has a lot to do with the first dependence that I explained just before, but intervention by the judge happens even without the request from the parties. Even without the request from the parties judges are keen on intervening in the clarification of the case, trying to dig out and find out what really happened. They want to find out the truth and decide the case on the truth that they've found.

So, in reality the parties are highly dependent on the judge and the judge plays an extremely important role in resolving the case in Japanese judiciary.

## **VII. CLOSING REMARK**

Although I was also asked to explain about the use of I.T. technology in Japanese courts, but I am afraid Japanese courts are at the moment extremely low tech. We have just begun the process of trying to introduce the system in which the use of I.T. is developed, such as on-line filing of the case, on-line management of the case, but we are still at the beginning stage. So, I can't talk much about it.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

With this I would like to end my presentation of how our system of civil procedure is all in all.

## **ESTRUCTURA GENERAL DEL PROCESO CIVIL EN JAPON**

**PROF. TAKUYA HATTA \***

### **I. INTRODUCCION**

El título de la presentación es la estructura general del proceso civil en Japón. A modo de breve explicación del Proceso Civil en Japón se habla en primer lugar de la jurisdicción de las Cortes y luego una explicación acerca del Poder Judicial. Seguidamente, se explica sobre la historia del Código Procesal Civil Japonés y sobre el perfil del proceso civil con sus características.

### **II. JURISDICCION DE LOS TRIBUNALES EN MATERIA CIVIL**

La organización judicial en Japón es muy simple. Tenemos una Corte Suprema, debajo 8 Tribunales Superiores, debajo 50 Tribunales de Distrito y Tribunales de Familia, debajo hay 438 Tribunales de Sumario.

Cuando nos enfocamos en el proceso civil en materia de familias (como por ejemplo el divorcio) se atiende en los Tribunales de Familia en primera instancia, luego ante la impugnación se atiende en los Tribunales Superiores como segunda instancia y luego se acude a la Corte Suprema. Para aquella materia que no es de familias, que puede ser denominada materia ordinaria (como por ejemplo solicitar que la devolución de un préstamo, el pago de una compra, etc. se dividen los casos por el monto, casos hasta 1.4 millón de yen y

---

\* Profesor of Law at Kobe University, Japan. The conference "Overall structure of the Japanese Civil Procedure" was presented in Argentina on June 2020 by videoconference. Translation of Professor Diego Robledo.

casos por encima de 1.4 millón de yen (si un dólar son 110 yen, luego 1.4 millón de yen son 14.000 dólares). Los casos por encima de 1.4 millón de yen son escuchados por el Tribunal de Distrito en primera instancia, el Tribunal Superior como segunda instancia y la Corte Suprema como tercera instancia. Los casos hasta 1.4 millón de yen son escuchados por los Tribunales de Sumario como primera instancia, luego los Tribunales de Distrito en segunda instancia y el Tribunal Superior como tercera instancia.

### **III. CARACTERÍSTICAS DEL PODER JUDICIAL**

Para caracterizar al Poder Judicial en Japón, en primer lugar, su organización es muy simple. No existen Tribunales con competencia especial en materia de comercio ni de trabajo ni contencioso administrativa, excepto por la materia de familias. Existen tribunales de familias como cortes especializadas para la materia referida a familia, y fuera de esta materia no hay otra competencia especial.

La siguiente característica es acerca de los jueces/zas. Jueces/zas profesionales son quienes deciden los casos. No se involucra a personas legas como es en el caso de juicio por jurados en el sistema de los Estados Unidos.

En tercer lugar, ser representado por un abogado/a no es compulsorio. La representación en nombre propio hecha por una parte es permitida. Entonces, se puede ir a la corte por sí mismo. Pero si se decide contratar alguien que le represente, el/la abogado/a en ejercicio admitido por el Tribunal, así como también en los niveles de Tribunales de Distrito y Tribunales de Familia. No existe la regla de que quien pierde el caso paga los honorarios de la contraparte. Incluso cuando una parte gana, también paga los honorarios de su propio abogado/a.

Para reflejar con algunos datos, en primer lugar, el número de casos que reciben los Tribunales de Distrito son de 170.578 en el año 2016 y 157.398 en el año 2018. Si se compara con el número de casos que recibe Estados Unidos (15.670.573), Inglaterra (2.338.145), Alemania (2.109.251) y Francia (1.114.344), se observa que existe un número bajo de casos civiles.

Luego el número de abogados/as, jueces/as y fiscales. En cuanto a los abogados/as, la cantidad aumenta drásticamente luego de 2004 y se ha duplicado el número de abogados/as en 13 años de 20240 en 2004 a 38.027 en 2017. Esto es el resultado de la introducción del Sistema de Facultades de Derecho en 2004, una nueva educación para abogados/as, jueces/zas y fiscales, que tenía por objetivo aumentar el número de abogados/as. Pero si se compara el número de la población por abogado/a (cuántos personas representan los abogados/as) en Japón (=3.334) mientras que en Estados Unidos (261), en Inglaterra (401), en Alemania (499) y en Francia (1.045), se puede observar que aun existen pocos abogados/as en Japón en comparación con estos países.

En cuanto a la duración del proceso civil en primera instancia (en los Tribunales de Distrito) se puede observar que, en los años 2006, 2008, 2014 se observa que dura entre 6 a 8 meses y esa cifra decreció drásticamente en comparación a cuánto duraba en 1990 (aproximadamente 13 meses), lo que es el resultado de la reforma del Código Procesal Civil de Japón, que se explica a continuación.

#### **IV. HISTORIA**

Se explica la historia del Código Procesal Civil de Japón. En 1868, a finales del Siglo XIX, se modernizó la sociedad y se occidentaliza la sociedad. Esto se denomina la "Restauración Meiji".

Justo después de 1890, se estableció el primer Código Procesal Civil, que era casi una traducción literal del Código Procesal Civil de Alemania. Se tomó como modelo al Código Procesal Civil de Alemania y se tomó al proceso civil alemán como modelo, lo que se introduce en Japón en 1890.

Luego se comenzó a desviar del origen alemán. La primera reforma sucede en 1926, que fue una gran reforma al Código Procesal Civil, que introdujo algunas normas originales que no siguen al modelo materno alemán de origen (como por ejemplo el artículo 71 que prevé la intervención independiente de la parte).

En 1945, cuando se pierde en la Segunda Guerra Mundial, ello trajo muchos nuevos cambios en la estructura de la sociedad, en la economía y en la política, literalmente todo incluso la constitución que fue completamente reformada. En 1947 se implementó la nueva Constitución bajo la supervisión de los Estados Unidos pero el Código Procesal Civil no cambió mucho. El Código Procesal Penal cambio bastante. Se hicieron reformas grandes, pero no tanto en el proceso civil. En 1948, hubo una pequeña reforma que introdujo algunos de los esquemas de Estados Unidos como por ejemplo el sistema de contrainterrogatorio de testigos reemplazando al sistema inquisitivo a cargo de los jueces. Pero la introducción de esquemas de Estados Unidos fue muy limitada y el sistema procesal civil básicamente no cambió luego de la Segunda Guerra Mundial.

El mayor cambio vino en 1996, casi 70 años después de la primera gran reforma de 1926. La reforma al Código Procesal Civil en 1996 fue una reforma integral que introdujo medidas para que el proceso civil sea expedito como por ejemplo la distinción de etapas. Como se explicó la reforma fue un éxito y fue posible disminuir la duración los procesos en primera instancia en los Tribunales de Distrito.

## **V. PERFIL DEL PROCESO CIVIL**

Para explicar el perfil del proceso civil luego de la reforma de 1996, el proceso se divide en cuatro etapas.

En la primera etapa, las partes hacen su alegación de los hechos. Las partes argumentarán de acuerdo a cómo considera que sucedieron los incidentes.

En la segunda etapa, las partes y el juez/a colaboran en clarificar algunas cuestiones, las partes sobre las que hay desacuerdo de los hechos. Las partes y el juez/a también trabajarán desarrollando la prueba que será examinada en la siguiente etapa, a excepción de la prueba documental que será examinada en la segunda etapa porque es sencilla de examinar y además es útil para sortear algunas cuestiones.

La tercer etapa en la que se examina la prueba que las partes y el juez/a han seleccionado en la etapa anterior: testimonios de testigos, de las partes mismas, etc. Cuando se concluye de examinar la prueba, el caso se Cierra y el tribunal ponderando los hechos y el derecho cuando el juez, jueza o jueces lleguen a una decisión, se dictará sentencia.

## **VI. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO**

La primera característica es que usa un esquema no sancionatorio para dirigir el proceso. Para tomar como ejemplo, en Japón, la presentación de nuevos hechos es posible aún luego de que concluya la segunda etapa del proceso civil (que es para clarificar los hechos que sirven de base para la traba de la litis incluso luego de efectuado el alegato por las partes). Esto significa que incluso

luego de que se esclareció cuestiones fácticas en base a la prueba, las partes aún tienen permitido traer nuevos hechos y nuevas cuestiones al caso. Pero esto es siempre y cuando la parte explique por qué no presentó los hechos antes que cierre la segunda etapa del proceso. Sigue otro esquema de control de las partes sobre la presentación de los hechos, incluso se podría crear una regla que prohíba presentar nuevos hechos una vez concluida la segunda etapa. Pero Japón no sigue ese enfoque y decidió que la presentación de nuevos hechos está permitida y que las partes tienen que explicar la razón. Esa razón puede ser cualquier razón. La calidad del contenido de la razón no es la cuestión, siempre y cuando se explique el por qué está permitido presentar nuevos hechos aun cuando concluyera la segunda etapa. Entonces, el Derecho de Japón no usa el sistema de la sanción para prevenir que las partes traigan al caso nuevos hechos luego que concluyera la segunda etapa de la presentación de las pruebas, sino que usa el sistema de explicación. La ley japonesa no sigue un Sistema sancionatorio y en comparación con los sistemas de otros estados, el Sistema japonés es no sancionatorio.

La segunda característica es la diferencia entre el principio que la ley toma y la realidad que efectivamente sucede. El Código Procesal Civil de Japón aplica el principio dispositivo, a disposición de parte y autonomía de parte. Las partes tienen autonomía sobre la resolución del caso: 1) el Tribunal puede decidir solo sobre lo que es requerido; 2) el Tribunal no puede basar su juicio en hechos que no han sido alegados por las partes; 3) el Tribunal debe basar su juicio en hechos reconocidos por ambas partes; 4) el tribunal puede examinar solo aquella prueba provista por las partes (no tiene facultad de examinar la prueba de oficio). Pero en la realidad, las partes dependen mucho de los tribunales en la resolución de los casos.

La dependencia surgió a partir de la obtención de información y de la prueba de la contraparte. Las partes dependen del magistrado/a en la

recolección de la información y prueba de la contraparte. Las partes solicitan al juez/a/ces que presenten información y evidencia. Esta dependencia tiene mucho que ver con las provisiones legales del derecho japonés hacia las partes con facultades limitadas para requerir por sí mismos información y evidencia de la contraparte. La ley concede a cada parte el derecho de pedir información a la contraparte, pero no hay sanción si la contraparte se resiste a entregarla, que es otro ejemplo del Sistema no sancionatorio que sigue el derecho japonés. Como resultado el derecho de las partes de pedir información directamente a la contraparte no es ejercido.

En cuanto a la prueba no sigue el Sistema de “discovery or disclosure system” de Estados Unidos. El proceso civil japonés no sigue el esquema sancionatorio por el cual las partes tenga la facultad de forzar a la contraparte a presentar la evidencia que necesitan. El esquema sancionatorio diría que si no se cumple con entregar la información que la parte demanda hay sanción.

Hay un límite en el esquema, que la parte demande específicamente qué evidencia requiere cuando se la pide como prueba. Esto a menudo se presenta como un obstáculo en obtener evidencia, ya que en algunas ocasiones o en muchas ocasiones, las partes no saben qué evidencia tiene concretamente la contraparte y porque tienen que especificar cuál evidencia en muchas ocasiones se vuelve casi imposible usar este esquema de coleccionar evidencia de la contraparte. Entonces, esto significa que el derecho japonés le da a las partes la facultad de coleccionar información y evidencia de la contraparte es insuficiente y de ello resulta que las partes dependen de la autoridad judicial para hacer que la contraparte diga la información y la prueba que tiene cuando presente su contestación o reconvención.

Otra dependencia surge de la forma de intervenir de los jueces/zas en el esclarecimiento del caso. Esto tiene mucho que ver con la dependencia expuesta

en primer lugar, ya que la intervención del juez/a sucede incluso sin que las partes lo soliciten. Incluso sin que lo pidan las partes, los jueces/zas están facultados a intervenir en el esclarecimiento del caso, tratando de indagar y descubrir qué pasó realmente. Quieren descubrir la verdad y decidir el caso sobre la verdad que descubrieron.

Entonces, se da un alto grado de dependencia de las partes hacia el tribunal y la magistratura juega un rol importante en resolver los casos en el Poder Judicial.

## **VII. REFLEXIÓN FINAL**

Ante la consulta acerca del uso de la Inteligencia Artificial en los Tribunales de Japón, se señala que, por el momento, usan poca tecnología. Recientemente comienza un proceso de introducir tecnologías inteligentes al sistema judicial como por ejemplo con “on-line filing of the case”, “on-line management of the case”, pero aún está en los comienzos.

Con esto termina la presentación de la estructura general del proceso civil en Japón.

**EDUCACIÓN PARA EL DESARROLLO Y FRATERNIDAD PARA  
EL RESPETO AL PRÓJIMO**

**EDUCATION FOR DEVELOPMENT AND FRATERNITY FOR  
RESPECT TO THE NEIGHBOR**

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, São Paulo, SP)

Mgtr. Gilmar Siqueira

(Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Marília, SP)

Mgtr. Rogério Cangussu Dantas Cachichi

(Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Marília, SP)

**Cómo citar este artículo:**

POZZOLI, Lafayette, Gilmar Siquiera y Rogério Cangussu Dantas Cachichi,  
“Educación para el Desarrollo y respeto al prójimo” en *Anales de Ciencias  
Jurídicas*, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja,  
La Rioja, Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, pp. 109-133.

## **EDUCACIÓN PARA EL DESARROLLO Y FRATERNIDAD PARA EL RESPETO AL PRÓJIMO**

### **Resumen:**

El objetivo de este artículo es investigar cómo la educación para el pleno desarrollo de la persona humana implica la aceptación – o reabsorción – de la circunstancia como fundamental para la madurez de la vida. La educación para el desarrollo de la persona abarca su proyecto vital y, por esa razón, se verá cómo ella necesita tender hacia la libertad interior con el fin de que pueda desplegarse, futuramente, en las relaciones comunitarias. Un elemento importante para la

educación es también la fraternidad, que será vista en la segunda sección del artículo. Su papel en la educación es el de estimular la persona en la búsqueda por el bien común. Esta investigación fue llevada a cabo utilizando el método de abordaje hipotético-deductivo, el procedimiento comparativo, la técnica de documentación indirecta, la pesquisa bibliográfica: en libros y periódicos jurídicos; documental; en legislaciones y en páginas electrónicas.

**Palabras clave:** Educación; Derecho; Fraternidad; Desarrollo y Fraternidad.

## **EDUCATION FOR DEVELOPMENT AND FRATERNITY FOR RESPECT TO THE NEIGHBOR**

### **Abstract:**

The purpose of this article is to investigate how education for the full development of the human person involves the acceptance – or reabsorption – of the circumstance as fundamental to the maturity of life. Education for the development of the person covers his vital project and, for that reason, it will be seen how the education needs to tend towards inner freedom so that he can unfold, then, in the community relationship. An important element for education is

fraternity, which will be seen in the second section of the article. Its role in education is to stimulate the person in the search for the common good. The research was developed using the hypothetical-deductive approach method, the comparative procedure, the indirect documentation technique, the bibliographic research: in books and legal journals; documentary; legislation and on electronic websites.

**Keywords:** Education; Law; Fraternity; Development and Fraternity.

### **How to quote this article:**

POZZOLI, Lafayette, Gilmar Siquiera y Rogério Cangussu Dantas Cachichi, “Education for development and fraternity to respect the neighbour” *Journal of Juridical Science*, Juridical Science Doctorate, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, pp. 109-133.

## **EDUCACIÓN PARA EL DESARROLLO Y FRATERNIDAD PARA EL RESPETO AL PRÓJIMO**

Lafayette Pozzoli \*

Gilmar Siqueira \*\*\*

Rogério Cangussu Dantas Cachichi \*\*\*\*

### **I. INTRODUCCIÓN**

Este artículo buscará mostrar cómo la educación para el pleno desarrollo de la persona humana implica la aceptación – o reabsorción – de la circunstancia como fundamental para la madurez de la vida. La persona necesita ser

---

\* Professor na Faculdade de Direito e foi Chefe de Gabinete na PUC-SP. Foi Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão, Coordenador do Mestrado em Direito e professor no UNIVEM. Possui graduação, Mestrado e Doutorado em Filosofia do Direito pela PUC-SP. Pós-Doutorado pela Universidade La Sapienza, Roma. Advogado. Foi líder do Grupo de Pesquisa: GEP Grupo de Estudos e Pesquisas - Direito e Fraternidade - Univem. Membro do Conselho Editorial da Revista EM TEMPO, da Revista de Direito Brasileira - RDBras, do CONPEDI, da Editora Letras Jurídica e Editora Instituto Memória. Avaliador para cursos de direito INEP/MEC. Foi membro da Comissão de Ensino Jurídico, do Tribunal de Ética - TED-1 e da Comissão da Pessoa com Deficiência da OAB/SP. Foi sócio efetivo do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo. Membro da UJUCASP. Temas de pesquisa: dignidade da pessoa humana, ética, direito e fraternidade, direito como função promocional da pessoa humana.

\*\*\* Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, já qualificado. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2017). Temas de pesquisa: Filosofia do Direito; Método APAC; Ética; Humanismo Cristão; Direito e Literatura; Direito e Fraternidade; Dignidade da pessoa humana.

\*\*\*\* Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (2019) sob a orientação do Prof. Dr. Lafayette Pozzoli e coorientação do Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa. Graduado em Filosofia pela Universidade Estadual de Londrina (2011). Ex-Procurador do Município de Cubatão/SP (1999). Ex-Procurador da Fazenda Nacional (2000). Magistrado federal (2002)- Justiça Federal da Seção Judiciária do Paraná. Membro honorário de E-Justicia Latinoamérica (2013). Membro Efetivo da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (2020). Membro do Comitê Editorial da Sapiencia & Iustitia - Revista virtual de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae - UCSS (Peru). Membro do Conselho Consultivo da Revista lusTech Revista de Derecho & Tecnología - IUSTECH (Peru).

consciente de su propia historia para que también conozca su proyecto vital y tenga así los medios para llevarlo a cabo.

La educación para el desarrollo humano debe considerar todas las dimensiones de la persona y, por tanto, también su relación con los demás. En este sentido, las habilidades de comunicación son esenciales para la realización exitosa de la sociabilidad. Por eso, en el primer apartado de este artículo se verá cuál es el sentido de libertad – eminentemente interior – que proporciona la educación y cómo esta libertad puede contribuir a que la persona pueda llevar a cabo su proyecto vital.

El concepto de reabsorción de la circunstancia, discutido por José Ortega y Gasset, será analizado en el contexto de la educación junto a la idea de aceptación que propugna Víctor García Hoz.

Una consecuencia de la educación es la conciencia de las propias limitaciones, que, reconocidas y aceptadas con humildad, nos abren a la relación con los demás y al amor por los demás. Así, en la segunda sección del artículo, se considerará el principio de fraternidad en la educación.

La fraternidad, vista como amistad cívica, promueve la conciencia de las personas y el contacto con los demás. La consecuencia de la consideración de la fraternidad en la educación, como se discutirá en este artículo, es el fortalecimiento de los lazos entre las personas y un mayor respeto por la dignidad humana, con el fin último de promover el amor a los demás.

El artículo concluye con una consideración positiva de las limitaciones humanas que, percibidas a la luz del principio de la fraternidad, ponen de relieve la sociabilidad y la personalidad de cada persona al mismo tiempo para promover la dignidad humana.

La investigación se desarrolló utilizando el método de enfoque hipotético-deductivo, el procedimiento comparativo, la técnica de documentación indirecta, la investigación bibliográfica: en libros y revistas jurídicas; documental; legislación y en sitios web electrónicos.

## II. EDUCACION, PROYECTO VITAL Y DESARROLLO HUMANO

La Constitución Federal de Brasil de 1988 ubica la educación entre los derechos sociales mencionados en su artículo 6. En el artículo 206, más específicamente, establece que:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho<sup>1</sup>.

La familia, como primera célula social, se encuentra junto al Estado como titular del deber de la educación. Cabe señalar que el primer objetivo asignado por el legislador constitucional para la educación es el pleno desarrollo de la persona, a partir del cual se pueden considerar las consecuencias del buen ejercicio de la ciudadanía y la calificación para el trabajo, es decir, la ciudadanía y el trabajo son algunas (pero no las únicas) emanaciones del desarrollo de la persona. Buscando una mejor comprensión del concepto de educación, Jacques Maritain (1968, p. 26) indica tres significados de la palabra educación.

Tenhamos presente no decorrer desta leitura, que a palavra educação pode ser tomada em três acepções diversas, ainda que se entrelaçando mutuamente com frequência. Num sentido lato, refere-se a todo processo pelo qual um homem se forma e é conduzido à sua realização. No sentido estrito, entende-se a tarefa especial das escolas e universidades; e num terceiro sentido, a obra de formação que os adultos empreendem junto à juventude<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La educación, derecho de todos y deber del Estado y de la familia, se promoverá y estimulará con la colaboración de la sociedad, buscando el pleno desarrollo de la persona, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía y su calificación para el trabajo. (Traducción libre).

<sup>2</sup> Tengamos en cuenta durante esta lectura, que la palabra educación puede tomarse en tres significados diferentes, aunque a menudo se entrelazan mutuamente. En un sentido amplio, se refiere a todo el proceso mediante el cual un hombre se forma y conduce a su realización. En

Conforme ha explicado el autor, los tres significados se entrecruzan porque son complementarios: el proceso de formación humana – en el que consiste la vida misma – se da en varias dimensiones, especialmente en las universidades, escuelas y en la formación de los más jóvenes llevada a cabo por quienes antes de ellos siguieron el camino formativo. La educación, por tanto, debe considerar a la persona y su naturaleza. En este sentido, John de Salisbury (2017, p. 269) ya en el siglo XII, enfatizó que “The first task of man aspiring to wisdom is the consideration of what he himself is: what is within him, what without, what below, what above, what opposite, what before, and what after”<sup>3</sup>. Esta afirmación del escolástico inglés se puede comparar con la del filósofo español José Ortega y Gasset (2016, p. 18), del siglo XX, para quien:

Yo soy yo y mi circunstancia, y si no salvo a ella no me salvo yo.  
*Benefac loco illi quo natus est*, leemos en la Biblia. Y en la escuela platónica se nos da como empresa de toda cultura, esta: «salvar las apariencias», los fenómenos. Es decir, buscar el sentido de lo que nos rodea.

La circunstancia es parte de la persona ya que compone su contenido autobiográfico, es decir, le permite a la persona poder comprender su propia historia y así actuar por su desarrollo, es decir, por su madurez (o incluso: por su sabiduría, conforme a la cita de John de Salisbury reproducida en el párrafo anterior). Antes de escribir la conocida frase replicada en la cita anterior, José Ortega y Gasset (2016, p. 17) escribió que “[...] la reabsorción de la circunstancia es el destino del hombre”. Porque la persona no está completamente inventada, sino que madura al considerar los elementos concretos de su vida. El desarrollo

sentido estricto, se entiende la tarea especial de las escuelas y universidades; y en un tercer sentido, el trabajo de formación que los adultos emprenden con los jóvenes. (Traducción libre).

<sup>3</sup> La primera tarea del hombre que aspira a la sabiduría es la consideración acerca de qué es él mismo: lo que esté dentro de él, lo que está fuera, lo que está abajo, lo que está, arriba, lo que se le opone, lo que está antes y lo que está después. (Traducción libre).

que promueve la educación debe ser el de la reabsorción de la circunstancia, con todas las dificultades que esto puede conllevar. Es en este sentido que Julián Marías afirma:

Y creo que si la palabra educación tiene un sentido, es precisamente este: la mostración de la realidad con sus virtualidades, la participación en ella, la pluralidad de perspectivas, que invierte a la inveterada tendencia a la simplificación y el esquematismo, o el trato apresurado y utilitario con las cosas, resbalando sobre ellas . (MARÍAS, 1993, p. 178-179).

La pluralidad de perspectivas a la que se refiere Julián Marías viene como para promover un mayor contacto de la persona con la realidad en toda su complejidad, sin reducciones que impidan que la persona vea los problemas y los afronte, tengan o no solución. Por eso es tan necesario relacionar educación y madurez humana. Así, Víctor García Hoz presenta una contribución única:

A educação personalizada responde ao intento de estimular um sujeito para que aperfeiçoe sua capacidade de dirigir sua própria vida, ou, dito de outro modo, desenvolver sua capacidade de tornar efetiva a liberdade pessoal, participando, com suas características peculiares, da vida comunitária<sup>4</sup>. (HOZ, 2018, p. 34).

La libertad que brinda la educación – que conduce al desarrollo descrito por la Constitución Federal de Brasil – no es una libertad irrestricta, mucho menos demiúrgica, sino la consecuencia de una libertad interior que hace a las personas humildes y les enseña a comprender mejor su propia realidad. La consecuencia de esta humildad es el contacto con el prójimo, ya sea que ese prójimo sea otra persona o incluso el entorno en el que está inserta la persona que poco a poco madura. A menudo el impacto de los grandes problemas de la

---

<sup>4</sup> La educación personalizada responde a la intención de estimular a un sujeto para que mejore su capacidad para dirigir su propia vida o, dicho de otra manera, para desarrollar su capacidad para hacer efectiva la libertad personal, participando, con sus peculiaridades, en la vida comunitaria. (Traducción libre).

vida llama la atención de las personas desde el momento en que se dan cuenta de los problemas más cercanos e inmediatos. Por otro lado, “Para quien lo pequeño no es nada, no es grande lo grande” (ORTEGA Y GASSET, 2016, p. 17).

La educación promueve la libertad interior que es tan necesaria para considerar lo que rodea a la persona, incluidas sus limitaciones.

O homem é um ser livre, mas encontra-se rodeado de realidades que nem sempre pode dominar. O mundo material, obediente a leis necessárias, independentes da vontade humana, de fato constitui, em muitas situações, uma limitação à liberdade do homem. Mesmo nessas situações, a liberdade humana tem uma possibilidade de se exercer: aceitar ou não aceitar internamente a situação em que se encontra. De certo modo, a aceitação é também uma escolha; mas, por seu matiz peculiar, creio que valha a pena levá-la em conta e pensar que, na educação da liberdade, deve-se considerar como objetivo fundamental o desenvolvimento da capacidade de escolha, acrescentando, como consequência, o desenvolvimento da capacidade de aceitar ou rechaçar<sup>5</sup>. (HOZ, 2018, p. 47).

Lo que García Hoz llama aceptación podría, en un principio, confundirse con mera pasividad, con una postura derrotista contraria al conocimiento y la libertad que propugna la educación. Sin embargo, el concepto de aceptación consiste en todo lo contrario: la aceptación hace que el ser humano reabsorba su circunstancia, se acepte a sí mismo y conozca sus propios

---

<sup>5</sup> El hombre es un ser libre, pero está rodeado de realidades que no siempre puede dominar. El mundo material, obediente a las leyes necesarias, independiente de la voluntad humana, constituye de hecho, en muchas situaciones, una limitación a la libertad del hombre. Incluso en estas situaciones, la libertad humana tiene la posibilidad de ser ejercida: aceptar o no aceptar la situación en la que se encuentra internamente. En cierto modo, la aceptación también es una elección; pero, por su peculiar tonalidad, creo que vale la pena tener en cuenta y pensar que, en la educación de la libertad, el desarrollo de la capacidad de elección debe ser considerado como un objetivo fundamental, agregando, como consecuencia, el desarrollo de la capacidad de elección. aceptar o rechazar. (Traducción libre).

límites para luego actuar; su actuación será en la conquista de la sabiduría, las virtudes, en la mejoría de las condiciones de vida de otras personas, etc. La libertad interior que sigue a la aceptación de la realidad es el camino de madurez que la educación le da a la persona.

Jacques Maritain, en un libro en que analiza en profundidad el tema de la finalidad de la educación como conquista de una libertad interior, dice:

As principais aspirações da pessoa são aspirações à liberdade, – não nos referimos aqui ao livre arbítrio, dom da natureza em cada um, mas dessa liberdade que é espontaneidade, expansão ou autonomia que devemos alcançar através de um esforço constante e combate contínuo. E qual a forma mais essencial de uma tal aspiração? É o desejo da liberdade interior e espiritual. Nesse sentido a filosofia grega, Aristóteles em particular, via na independência que o homem adquire pela inteligência e sabedoria, a perfeição do ser humano. E o Evangelho devia elevar a perfeição humana a um nível superior – verdadeiramente divino – afirmando que ela consiste na perfeição do amor e, como diz São Paulo, na liberdade daqueles que são movidos pelo Espírito Divino. [...]. Assim, a primeira finalidade da educação é a conquista da liberdade interior e espiritual pela pessoa individual, ou, em outros termos, a libertação desta através do conhecimento, da sabedoria, da boa vontade e do amor<sup>6</sup>. (MARITAIN, 1968, p. 37-38).

---

<sup>6</sup> Las principales aspiraciones de la persona son las aspiraciones de libertad, no nos referimos aquí al libre albedrío, el don de la naturaleza en cada uno, sino a esa libertad que es espontaneidad, expansión o autonomía que debemos alcanzar mediante el esfuerzo constante y el combate continuo. ¿Y cuál es la forma más esencial de tal aspiración? Es el deseo de libertad interior y espiritual. En este sentido, la filosofía griega, Aristóteles en particular, vio en la independencia que el hombre adquiere a través de la inteligencia y la sabiduría, la perfección del ser humano. Y el Evangelio debe elevar la perfección humana a un nivel superior, verdaderamente divino, afirmando que consiste en la perfección del amor y, como dice san Pablo, en la libertad de quienes son movidos por el Espíritu divino. [...]. Así, el primer propósito de la educación es la conquista de la libertad interior y espiritual por parte del individuo o, en otras

El amor no es un sentimiento, sino una expresión de la aceptación de la que se habla en este artículo. Cuando el ser humano acepta a su prójimo y la realidad como un todo, comienza a amarlos, a confirmarlos en el ser: “In every conceivable cases love signifies much the same as approval”<sup>7</sup> (PIEPER, 1989, p. 28). La educación, por lo tanto, saca a una persona del egoísmo malsano y le hace levantar sus ojos hacia para aquello – y aquél – que está fuera de ella. Este proceso de madurez es lento y doloroso, pero es lo que permite el auténtico desarrollo y realización de la persona.

Sin abandonar las lecciones de los dos autores inmediatamente anteriores, Víctor García Hoz establece una importante relación entre vivir humanamente y vivir en libertad:

Trata-se de que, através do ensino e por meio da relação pessoal que as atividades orientadoras implicam, o aluno realize o importante e lento aprendizado do viver humano: trabalhar, que é se comunicar com as coisas, e conviver, que é se comunicar com as pessoas. Não se pode viver humanamente a não ser partindo da capacidade de critério próprio para apreciar as pessoas, coisas e situações, escolher o caminho adequado entre várias possibilidades e ater-se às consequências dessa escolha. Viver humanamente é o mesmo que viver com liberdade. E a liberdade implica, recordemo-lo, capacidade de escolher, mas também capacidade de aceitar a responsabilidade pelos atos livres<sup>8</sup>. (HOZ, 2018, p. 51).

---

palabras, la liberación de este último a través del conocimiento, la sabiduría, la buena voluntad y el amor. (Traducción libre).

<sup>7</sup> El cualquier circunstancia que imaginarse pueda el amor significa lo mismo que aprobación. (Traducción libre).

<sup>8</sup> Es que, a través de la docencia y a través de la relación personal que implican las actividades orientadoras, el alumno realiza el importante y lento aprendizaje del vivir humano: trabajar, que es comunicarse con las cosas, y conviver, que es comunicar con las personas. No puedes vivir humanamente a menos que partas de la capacidad de tu propio criterio para apreciar

La libertad interior, es necesario insistir, consiste en el conocimiento de las propias limitaciones y, a partir de ahí, en los medios imaginados para superar esas limitaciones. Para que esto sea posible, es menester que la persona pueda elaborar imaginativamente su proyecto vital. “A educação personalizada se justifica como estímulo e ajuda a um sujeito para a formulação de seu projeto pessoal de vida e para o desenvolvimento da capacidade de concretizá-lo”<sup>9</sup> (HOZ, 2018, p. 54). Tanto la elaboración como la realización del proyecto son eminentemente personales: la educación permite a la persona disponer de los medios adecuados para ello, pero depende de la libertad humana aceptar o rechazar su propia realización.

Es cierto que la persona desarrolla su proyecto vital gracias a la expresión que le proporcionan la educación y la convivencia con los demás. La palabra es el medio por el cual el ser humano es capaz de expresar lo que comprendió de la realidad, lo que también tomó para sí mismo. En cuanto a la importancia del concepto, Ortega y Gasset (2016, p. 47) afirma que “Solo la visión mediante el concepto es una visión completa; la sensación nos da solo la materia difusa y plasmable de cada objeto; nos da la impresión de las cosas, no las cosas”. El concepto es propiamente la palabra: la capacidad de comunicar una experiencia – buena o mala – permite que la persona sea más libre, porque participa mejor de su experiencia y entonces se le abre la opción de aceptarla o no.

No próprio fato de às vezes não podemos expressar adequadamente nossas vivências está oculto um novo valor da educação fundamentada na atividade expressiva. Porque,

---

a las personas, las cosas y las situaciones, elijas el camino correcto entre varias posibilidades y te ciñas a las consecuencias de esa elección. Vivir humanamente es lo mismo que vivir en libertad. Y la libertad implica, recordemos, la capacidad de elegir, pero también la capacidad de aceptar la responsabilidad de los actos libres. (Traducción libre).

<sup>9</sup> La educación personalizada se justifica como un estímulo y ayuda al sujeto a formular su proyecto de vida personal y a desarrollar la capacidad para lograrlo. (Traducción libre).

entendida a expressão em toda a sua amplitude, nela se encontra o signo que pode representar adequadamente a realidade; mas às vezes a realidade não se deixa apreender num signo, e então a própria incapacidade de expressão é um fator da consciência da limitação humana, é uma constante referência não só ao desconhecido, mas à possibilidade do mistério. A insuficiência da linguagem impede o homem de satisfazer-se consigo mesmo. A insatisfação é a origem da tendência permanente pela perfeição pessoal, é o ponto de partida para o progresso humano e é também abertura para uma realidade transcendental superior ao próprio homem<sup>10</sup>. (HOZ, 2018, p. 67).

En la aparente paradoja que señala Víctor García Hoz en la cita anterior se encuentra uno de los fundamentos de la educación para el desarrollo humano: no puede ser una mera acumulación de información, sino un ejercicio que la persona tiene que hacer por la necesidad que se le presenta de comunicar las propias experiencias. La realidad de la vida humana aparece entonces ante la persona como si pidiera una respuesta. Sin embargo, debido a la complejidad de las experiencias, no todas se pueden comunicar. Este, por ejemplo, es el desafío inagotable al que se enfrentan los artistas. Aun así, el intento de comunicar las experiencias de forma imperfecta requiere un esfuerzo de memoria, superación y también humildad de cada uno.

---

<sup>10</sup> En el mismo hecho de que a veces no podemos expresar adecuadamente nuestras vivencias, se esconde un nuevo valor de la educación basada en la actividad expresiva. Porque, cuando la expresión se entiende en toda su amplitud, contiene el signo que puede representar adecuadamente la realidad; pero a veces la realidad no se deja aprehender en un signo, por lo que la incapacidad de expresión misma es un factor en la conciencia de la limitación humana, es una referencia constante no sólo a lo desconocido, sino a la posibilidad del misterio. El lenguaje insuficiente impide que el hombre se satisfaga a sí mismo. La insatisfacción es el origen de la tendencia permanente hacia la perfección personal, es el punto de partida del progreso humano y es también una apertura a una realidad transcendental superior al hombre mismo. (Traducción libre).

Finalmente, no se pierda de vista que lo que decimos de los otros se aplica sobre todo a nosotros mismos. Al tomar nuestra medida, al hacer el balance de lo que hemos hecho y podemos hacer, sentimos un grado mayor o menor de estimación; si somos discretos y medianamente inteligentes, nunca será muy alto, porque las deficiencias, ignorancias, tentaciones y flaquezas, aun en los ejemplos más admirables de la especie humana, son considerables. (MARÍAS, 1994, p. 123).

El desarrollo de la persona, por lo tanto, también comprende la conciencia de las propias limitaciones. La capacidad expresiva, cuando se persigue con sinceridad, no anula ni exagera tal conciencia, sino que la aclara para la persona. La importancia de esta conciencia y el desarrollo humano que busca la educación se puede ver en la relación de cada persona con su prójimo, como se verá en la segunda parte de este artículo.

### **III. EDUCACIÓN PARA EL DESARROLLO HUMANO: LA FRATERNIDAD, LA DIGNIDAD HUMANA Y LATENCIA AL BIEN COMÚN COMO MEDIO DE PROMOVERLA**

La persona no está sola en su vida y, debido a la naturaleza humana, tal soledad no sería posible. La consideración de una persona abstracta, aislada de comunidades humanas concretas, es en la práctica algo inimaginable. El momento vivido por la humanidad está demostrando exactamente esto, es decir, la necesidad de la sociabilidad humana. Gran parte de la circunstancia que menciona Ortega y Gasset, en una cita ya presentada en este artículo, se compone de la relación de la persona con su prójimo. La comunidad humana impone ciertos límites a quienes la componen, pero al mismo tiempo es el medio para su desarrollo y libertad.

I spoke earlier of the agent as not only an actor, but an author. Now I must emphasize that what the agent is able to do and say

intelligibly as an actor is deeply affected by the fact that we are never more (and sometimes less) than the co-authors of our own narratives. Only in phantasy do we live what we please. In life, as both Aristotle and Engels noted, we are always under certain constraints. We enter upon a stage which we did not design, and we find ourselves part of an action that was not of our making. Each of us being a main character in his own drama plays subordinate parts in the drama of others, and each drama constrains the others<sup>11</sup>. (MACINTYRE, 2007, p. 213).

El drama mencionado por Alasdair MacIntyre es el proyecto vital de todas las personas que, por la sociabilidad humana, tienen una relación íntima con los demás; esta relación puede ser más cercana o alejada, según el contexto, pero no deja de existir. Los dramas humanos, por lo tanto, se mantienen en contacto entre sí, lo que hace que la persona, para desarrollarse, necesite tener esta visión amplia de que otras personas importan en sus vidas.

Se o homem é animal naturalmente político, isto significa que a sociedade, exigida pela natureza, se constitui por livre consentimento e que a pessoa humana reclame comunicações da vida social em razão da abertura e generosidade próprias à inteligência e ao amor, como também das necessidades de um indivíduo que nasce privado de tudo. É assim que a vida social tende a emancipar o homem do jugo da natureza material. Subordina o indivíduo ao bem comum, mas de modo tal que este recaia sobre as pessoas individuais e que estas gozam dessa

<sup>11</sup> Hablé antes del agente no solo como actor, sino como autor. Ahora necesito enfatizar que lo que el agente es capaz de hacer y decir inteligentemente como actor se ve profundamente afectado por el hecho de que nunca somos más (y a veces menos) que los coautores de nuestras propias narrativas. Solo en la fantasía vivimos lo que queremos. En la vida, como han señalado tanto Aristóteles como Engels, siempre estamos bajo ciertas limitaciones. Subimos a un escenario que no diseñamos y nos encontramos como parte de una acción que no hicimos. Cada uno de nosotros, siendo el personaje principal de nuestro propio drama, desempeña papeles secundarios en el drama de los demás, y cada drama influye en los demás. (Traducción libre).

liberdade de expansão ou de independência que são asseguradas pelas garantias econômicas do trabalho e propriedade, direitos políticos, virtudes cívicas e cultura do espírito<sup>12</sup>. (MARITAIN, 1968, p. 42).

Así, se entiende que no se puede hablar de educación para el desarrollo humano sin cultivar a la persona en su relación con los demás y con el bien común. Las relaciones sociales exigen de la persona tal madurez que, para su pleno desarrollo, no se puede olvidar la comunidad concreta en la que vive y en la que opera. A pesar de esta necesidad, vale la pena hacer hincapié en que la sociabilidad que brinda la educación no puede confundirse con el colectivismo.

É, pois, evidente que a educação do homem deve preocupar-se com o grupo social e preparar a criança para desempenhar nele seu papel. Formar o homem para uma vida normal, útil e devotada na comunidade, ou orientar o desenvolvimento da pessoa humana na esfera social, despertando e fortificando o senso de sua liberdade como o de suas obrigações e responsabilidades, constitui o objetivo essencial da educação. Mas esse não é o fim último, é o segundo de seus fins essenciais. O fim último da educação refere-se à pessoa humana na sua vida pessoal e progresso espiritual, não nas suas relações com o meio social. Tratando-se da finalidade secundária de que estamos falando, não devemos jamais esquecer que a própria liberdade pessoal está no centro da vida social, e que uma sociedade humana é, na verdade, um agrupamento de

---

<sup>12</sup> Si el hombre es un animal naturalmente político, esto significa que la sociedad, requerida por la naturaleza, está constituida por el libre consentimiento y que la persona humana reclama comunicaciones de la vida social por la apertura y generosidad propia de la inteligencia y el amor, así como de las necesidades de un individuo que nace privado de todo. Es así como la vida social tiende a emancipar al hombre del yugo de la naturaleza material. El individuo se subordina al bien común, pero de tal manera que recae sobre las personas individuales y que gozan de esa libertad de expansión o independencia que le aseguran las garantías económicas del trabajo y la propiedad, los derechos políticos, las virtudes cívicas y la cultura del espíritu. (Traducción libre).

liberdades humanas que se submetem à obediência, ao sacrifício e a uma lei comum em benefício do bem comum, de modo a tornar essas liberdades pessoais capazes de atingir, em cada um, a plena e verdadeira realização humana<sup>13</sup>. (MARITAIN, 1968, p. 42-43).

Tal cita de Maritain puede parecer a primera vista contradecir su propio concepto de sociabilidad humana y hacerle caer en la misma posición contractualista, según la cual los individuos abdican de parte de su libertad en favor de la comunidad política a cambio de protección y beneficios. Sin embargo, la aparente contradicción no resiste un análisis más detenido: la resignación y las limitaciones impuestas a las personas por las leyes de la comunidad política en la que se insertan no resultan necesariamente en la restricción de su libertad, sino que constituyen instrumentos capaces de contribuir para el desarrollo humano. Las limitaciones ayudan que cada persona, educada en la libertad de aceptación, pueda considerar a los demás como iguales y buscar su desarrollo con en el apoyo del prójimo. La educación para la libertad humana, por lo tanto, busca respetar a la persona en su relación cercana con los demás.

E, agindo de acordo com a lei, o bom cidadão há de se acostumar com isso e, por meio do hábito decorrente da reiterada prática de atos virtuosos por força da lei, pode vir a se tornar também um bom homem, praticando tais atos não mais por força da lei, mas por vontade própria. Então a lei humana, além de regular as minúcias

---

<sup>13</sup> Es evidente, por lo tanto, que la educación del hombre debe preocuparse por el grupo social y preparar al niño para desempeñar su papel en él. Formar al hombre para una vida normal, útil y dedicada en la comunidad, u orientar el desarrollo de la persona humana en el ámbito social, despertando y fortaleciendo el sentido de su libertad, así como el de sus obligaciones y responsabilidades, es el objetivo esencial de la educación. Pero este no es el fin último, es el segundo de sus fines esenciales. El fin último de la educación concierne a la persona humana en su vida personal y progreso espiritual, no en sus relaciones con el medio social. En cuanto al propósito secundario del que estamos hablando, nunca debemos olvidar que la libertad personal en sí misma está en el centro de la vida social, y que una sociedad humana es, de hecho, un conjunto de libertades humanas que se someten a la obediencia, al sacrificio y una ley común en beneficio del bien común, para que estas libertades personales sean capaces de lograr, en cada uno, la plena y verdadera realización humana. (Traducción libre).

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

das relações entre os homens, serve também para lhes impor disciplina<sup>14</sup>. (CACHICHI, 2019, p. 142).

La palabra disciplina suena a constricción; tiene un sentido negativo cuando se piensa en un concepto de libertad que abarca la mera satisfacción de impulsos. Sin embargo, la disciplina es un instrumento de libertad porque le permite a la persona alcanzar la virtud, es decir, el hábito. Y cualquier hábito sólo puede ganarse cuando la voluntad acepta libremente la disciplina. En este sentido, la educación para el pleno desarrollo humano – la persona como tal y también insertada en una comunidad política – no solo impone una disciplina, sino que busca enseñar la razón de la existencia de cada disciplina para que la persona pueda optar por cumplirla.

La educación es también una educación para el bien común, como correctamente afirma Lafayette Pozzoli:

Vale a pena ressaltar dos escritos de Maritain, que o bem comum de determinado grupo humano, é uma comunhão no bem-viver. Comum ao todo e às partes, sob pena de ir contra a própria natureza, o bem comum exige o reconhecimento dos direitos fundamentais das pessoas, e detém como o valor principal a maior possibilidade de acesso das pessoas à liberdade intrínseca de cada um de se expandir e evoluir, bem como às manifestações do bem que por sua vez daí prossegue e se comunica<sup>15</sup>. (POZZOLI, 2001, p. 88).

---

<sup>14</sup> Y, actuando conforme a la ley, el buen ciudadano se acostumbrará y, por el hábito que resulta de la práctica reiterada de actos virtuosos bajo la ley, podrá llegar a ser también un buen hombre, practicando tales actos no más por la ley, pero por su propia voluntad. De modo que la ley humana, además de regular las minucias de las relaciones entre los hombres, también sirve para imponerles disciplina. (Traducción libre).

<sup>15</sup> Vale la pena señalar de los escritos de Maritain que el bien común de un grupo humano dado es una comunión en el bienestar. Común al todo y a las partes, bajo pena de ir contra la propia naturaleza, el bien común exige el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, y tiene como valor principal la mayor posibilidad de acceso de las personas a la libertad

De manera que el bien común no restringe a cada persona que forma la comunidad, sino que es una de las condiciones para su pleno desarrollo. La libertad intrínseca a la naturaleza humana y su necesidad de mantener relaciones con los demás encuentran en el bien común la mejoría que necesitan para su realización. El vínculo que une a las personas en la comunidad, por lo tanto, debe basarse en la amistad cívica más que en el colectivismo o el individualismo.

As experiências históricas de realização de igualdade à custa da liberdade (totalitarismo) ou do sacrifício da igualdade (de oportunidades, inclusive) em nome da liberdade (sentido especialmente econômico: mercado) revelam o desastre de uma tentativa de transformação social não alicerçada na fraternidade<sup>16</sup>. (FONSECA, 2018, p. 166).

Porque fraternidad es el nombre de esta amistad cívica capaz de unir a las personas no para restringir cada personalidad específica, sino para promover el desarrollo que demanda la propia naturaleza social del ser humano.

A fraternidade, por mais que esteja em nossas culturas, sua relação com a religião, aqui, fica claramente apresentada como o grande objetivo da organização jurídica. A ordem jurídica, fundada no princípio da igualdade e da paz, voltada para a dignidade da pessoa humana, é o ordenamento da fraternidade. O ser humano não deve ser visto apenas como um ser que existe, mas deve ser visto

---

intrínseca de cada uno para expandirse y evolucionar, así como a las manifestaciones del bien que a su vez avanzan y comunican. (Traducción libre).

<sup>16</sup> Las experiencias históricas de lograr la igualdad a expensas de la libertad (totalitarismo) o el sacrificio de la igualdad (de oportunidades, inclusivas) en nombre de la libertad (en especial sentido económico: mercado) revelan el desastre de un intento de transformación social no fundado en la fraternidad. (Traducción libre).

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

essencialmente como um ser que vive em sociedade<sup>17</sup>. (POZZOLI; MUNHOZ; SIQUEIRA, 2019, p. 185).

Siguiendo la línea de los autores antes mencionados, la sociedad no es extrínseca al ser humano, sino que forma parte de su propia naturaleza y así es absolutamente necesaria para su desarrollo. La educación que no promueve la integración de la persona con los demás (desde la familia a las instituciones de la comunidad política, pasando por la comunidad inmediata) no logra la meta del desarrollo humano. La percepción de la fraternidad, tanto jurídica como personalmente, permite la integración que la persona necesita.

Insistimos sobre o fato de que a educação deve ser orientada para o desenvolvimento e a libertação da pessoa individual. O que criticamos é essa forma errônea de apreciação da pessoa individual que, tendo em vista a individualidade, em lugar da personalidade, reduz a educação ao progresso do homem à simples libertação do ego material. Os educadores que caem nesse erro acreditam dar ao homem a liberdade de expansão e de autonomia à qual aspira a pessoa, enquanto ao mesmo tempo, negam o valor de toda disciplina e de toda ascese, assim como a necessidade de esforçar-se para a perfeição pessoal. Como consequência, em lugar de realizar-se, o homem se dispersa e se desintegra<sup>18</sup>. (MARITAIN, 1968, p. 69).

---

<sup>17</sup> La fraternidad, por mucho que esté en nuestras culturas, su relación con la religión, aquí, se presenta claramente como el gran objetivo de la organización jurídica. El orden jurídico, basado en el principio de igualdad y paz, orientado a la dignidad de la persona humana, es el orden de la fraternidad. El ser humano no debe ser visto solo como un ser que existe, sino que debe ser visto esencialmente como un ser que vive en sociedad. (Traducción libre).

<sup>18</sup> Insistimos en que la educación debe estar orientada al desarrollo y liberación de la persona individual. Lo que criticamos es esta manera errónea de apreciar al individuo que, en vista de la individualidad, en lugar de la personalidad, reduce la educación para el progreso del hombre a la simple liberación del ego material. Los educadores que caen en este error creen que le dan al hombre la libertad de expansión y autonomía a la que aspira, mientras que, al mismo tiempo, niegan el valor de toda disciplina y todo ascetismo, así como la necesidad de luchar por

Una vez comprendida la fraternidad en los órdenes educativo y jurídico – que son complementarios y aquí se dividieron sólo con fines didácticos – se puede ver que este principio es eminentemente integrador y, considerado en la educación de la persona, contribuye a su desarrollo; no la disuelve en la comunidad, sino que la impulsa a participar activamente en su comunidad para realizar mejor su propia personalidad. El principio de la fraternidad se puede aplicar considerando las siguientes características:

- (i) compreensão da fraternidade como experiência possível, (ii) o estudo e a interpretação da história a luz da fraternidade, (iii) a colaboração entre teoria e prática da fraternidade na esfera pública, (iv) a interdisciplinaridade dos estudos e (v) o diálogo entre culturas<sup>19</sup>. (FONSECA, 2019, p. 54).

De estas características metodológicas derivadas del principio de la fraternidad, se pueden señalar algunos puntos importantes relacionados con la educación y el desarrollo personal. Este artículo trata de uno de ellos: la dignidad humana, corolario de la educación para el desarrollo y manifestación de un concepto educativo que considera a la persona en su centro.

- Tendo como referência a dignidade do ser humano é fácil identificar seu critério subjetivo, já que cada ser humano possui sua própria dignidade, não perante o Estado, mas perante sua sociedade, o que assim, passa a ter, a dignidade humana, valor em ‘pé de igualdade’ à vida do homem, vez que, um não tem sentido sem o outro<sup>20</sup>. (POZZOLI; TOLEDO, 2017, p. 181).

---

la perfección personal. Como consecuencia, en lugar de realizarse, el hombre se dispersa y se desintegra. (Traducción libre).

<sup>19</sup> (i) la comprensión de la fraternidad como experiencia posible, (ii) el estudio y la interpretación de la historia a la luz de la fraternidad, (iii) la colaboración entre teoría y práctica de la fraternidad en la esfera pública, (iv) la interdisciplinariedad de los estudios y (v) diálogo entre culturas. (Traducción libre).

<sup>20</sup> Teniendo como referencia la dignidad del ser humano, es fácil identificar su criterio subjetivo, ya que cada ser humano tiene su propia dignidad, no ante el Estado, sino ante su

La dignidad humana es encumbrada cuando la educación se centra en el desarrollo de la persona en todas sus dimensiones: física, social y espiritual. Sólo considerando la fraternidad como amistad cívica y contacto con los demás, la dignidad humana puede llegar al extremo heroico del sacrificio por el otro.

Precisamente en esta relativización del propio yo finito, de los propios deseos, intereses y objetivos, se dilata la persona y se hace algo absoluto. Se hace inconmensurable. Puede ponerse a sí mismo en servicio de algo distinto de sí, hasta el sacrificio de sí mismo. Es capaz del *amor Dei usque ad contemptum sui*, por decirlo con Agustín. Y precisamente sobre la base de esta posibilidad, la persona – no como ser natural, sino como ser potencialmente moral – se convierte en un fin absoluto. Debido a que puede relativizar sus propios intereses, puede pretender que se respete su status absoluto de sujeto. Debido a que puede asumir libremente obligaciones, nadie tiene el derecho de hacerle esclavo, pues – como vio Kant correctamente – no puede tener ninguna obligación frente a su señor. Porque el hombre es, como ser moral, una representación de lo absoluto, por eso y sólo por eso, le corresponde aquello que llamamos ‘dignidad humana’. (SPAEMANN, 1988, p. 22-23).

Aquí es menester recordar la lección maritainiana que consistió en afirmar la verdad en la libertad, teniendo la dignidad de la persona humana como mayor apoyo. Una justificación racional de los derechos humanos solo es posible, según Maritain, por el descubrimiento de la ley natural, entendida en sus connotaciones realmente metafísicas y en su dinamismo realista, es decir, una noción de ley natural connotada simultáneamente con la naturaleza y con la

---

sociedad, entonces la dignidad humana pasa a estar en igualdad de condiciones a la vida del hombre, ya que uno no tiene sentido sin el otro. (Traducción libre).

experiencia. Por otro lado, es necesario considerar al ser humano como persona: esos derechos son los derechos de la persona humana.

Finalmente, de esta manera, la dignidad humana se percibe como el centro de la educación orientada a la persona y, al mismo tiempo, como la realización del amor al prójimo que solo el ser humano es capaz de tener mientras trabaje dentro de los límites de su proyecto vital. En este sentido, la fraternidad es uno de los medios para ejercer el amor al prójimo en la comunidad política.

#### **IV. CONSIDERACIONES FINALES**

Este artículo buscó mostrar cómo la educación para el pleno desarrollo de la persona llega a su fin cuando se considera a la persona en todas sus dimensiones: física, social y espiritual. Para que tal consideración, que debe provenir de educadores y estudiantes, sea posible, es menester comprender las posibilidades de cada vida humana y sus limitaciones.

Las limitaciones son, en realidad, medios que la tiene para realizarse, siempre que las acepte libremente. Por eso fue que Ortega y Gasset, como se ha visto, consideró de suma importancia la reabsorción de la circunstancia por parte de la persona.

El mismo filósofo español también se ha ocupado de la capacidad de expresión – la elaboración del concepto – de las experiencias como necesarias para la buena vida humana. Así se pudo comprobar que la educación para la comunicación, el aprendizaje de nuevos medios de expresión dota a la persona de mayor capacidad y libertad. La sociabilidad de la naturaleza humana exige una comunicación integral con otras personas.

En este sentido, la fraternidad, como amistad cívica, ayuda a promover la educación para el pleno desarrollo de la dignidad de la persona. La fraternidad no obstaculiza la personalidad individual, sino que se la considera totalmente.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

Además, la fraternidad nos permite comprender la dignidad humana, que, a su vez, debe conducir al amor al prójimo.

## V. REFERENCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 jun. 2020.
- CACHICHI, R., C., DANTAS. *Lex e iustitia em Santo Tomás*. In: BANNWART JÚNIOR, C., J. (org.); FUGA, B., A., S. *Filosofia do direito*. 3ªed. Londrina: Editora Thoth, 2019. Pp. 139-145.
- FONSECA, R., S. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- FONSECA, R., S. O princípio jurídico da fraternidade na jurisprudência do STF e do STJ. In: MACHADO, C., A., A.; JABORANDY, C., C., M; BARZOTTO, L., C. (orgs.). *Direito e fraternidade: em busca de concretização*. Sergipe: Edunit, 2018. Pp. 159-204.
- HOZ, V., G. *Educação Personalizada*. Tradução de Felipe Denardi. Campinas: Kírion, 2018.
- LÓPEZ, E.; T. POZZOLI, L.; MONTEMOR, S., V. *Humanismo e Fraternidade Direito Ambiental*. Curitiba, Instituto Memória, 2020.
- MACINTYRE, A. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. 3ª ed. Indiana: University of Notre Dame Press, 2007.
- MARÍAS, J. *La Educación Sentimental*. Barcelona: Círculo de Lectores, 1993.
- MARÍAS, J. *Mapa del Mundo Personal*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.
- MARITAIN, J. *Rumos da Educação*. 5ª ed. Tradução da Abadia de Nossa Senhora das Graças. Rio de Janeiro: Agir, 1968.
- ORTEGA Y GASSET, J. *Meditaciones del Quijote*. Campinas: Livre, 2016.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

- PIEPER, J. *An Anthology*. San Francisco: Ignatius Press, 1989.
- POZZOLI, L. *Maritain e o Direito*. São Paulo: Loyola, 2001.
- POZZOLI, L.; MUNHOZ, C., M., C.; SIQUEIRA, G. A. Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fraternal –Percurso do Direito como Função Promocional. *In: GUNTHER, L., E.; FISCHER, O., C. (coords.); LEAHY, É.; CACHICHI, R., C., D. (orgs.). Constitucionalismo e direitos fundamentais*. Curitiba: Instituto Memória, 2019. Pp.179-193.
- SALISBURY, J. Policraticus. *In: GAMBLE, R., M. (ed.). The Great Tradition: Classic Readings on what it means to be an Educated Human Being*. Wilmington: ISI Books, 2017. Pp. 268-280.
- SANTOS, I. POZZOLI, L. (Org.). *Direito e educação. fraternidade em ação: uma abordagem interdisciplinar*. 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.
- SPAEMANN, R. Sobre el Concepto de la Dignidad Humana. *Revista Persona y Derecho*, Navarra, n.19, 1988.
- TOLEDO, I. R. POZZOLI, L. Análise do princípio constitucional da dignidade humana face a dimensão da afetividade e o direito fraternal. *In: Problemata. Revista Internacional de Filosofia*, v. 8, p. 178-190, 2017. DOI: <https://doi.org/10.7443/problemata.v8i1.27851>.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

## **PRINCIPIO DE INSCRIPCION REGISTRAL**

## **PRINCIPLE OF REGISTRAL INSCRIPTION**

**Prof. Esp. Esc Ana Gabriela Brizuela**

**(Universidad Nacional de La Rioja, Argentina)**

### **Cómo citar este Artículo:**

BRIZUELA, Ana Gabriela, "Principio de inscripción registral" en *Anales de Ciencias Jurídicas*, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, pp. 134-156.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

## **Título: Principio de Inscripción registral**

### **Resumen:**

Con el presente trabajo procuro realizar un recorrido desde la gestación del negocio jurídico hasta la inscripción definitiva del documento registrable.

Para ello se debe considerar algunos postulados que el Código Civil y Comercial de la Nación traen al respecto como lo que establece la Ley 17.801.

**Palabras claves:** Principio de Inscripción; Ley 17.801; título y modo; asientos registrales; folio real.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

**Title:** Principle of Registral Inscription

**Abstract:**

With this work I try to make a journey from the gestation of the legal business to the final registration of the registrable document. For this, it is necessary to consider some

postulates that the Civil and Commercial Code of the Nation bring in this regard, such as what is established by Law 17.801.

**Key words:**

Principle of Enrollment; Law 17.801; title and mode; register seats; folio real

**Cómo citar este Artículo:**

BRIZUELA, Ana Gabriela, "Principle of Registral Inscription" *Journal of Juridical Science*, Doctorate in Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, pp. 134-156.

---

## PRINCIPIO DE INSCRIPCION REGISTRAL

Por Prof Esp Esc Ana Gabriela Brizuela\*

### I. INTRODUCCIÓN

Para poder determinar en forma precisa cómo opera el principio de inscripción, es necesario avanzar sobre algunos pasos previos, estos son el documento inscribible y el negocio jurídico.

Ha sostenido María T. Acquarone que *no hay en el derecho argentino, a diferencia de otros sistemas, una categoría especial denominada “negocio jurídico” y hay coincidencia en que esta se refiere a actos jurídicos bilaterales*<sup>1</sup>.

---

\*Abogada (UNLaR), Escribana Pública Nacional (UNLaR), Estudiante del Doctorado en Ciencias Jurídicas (UNLaR). Diplomada en Resolución de Conflictos (UNLaR), Especialista en Docencia Universitaria (UNCUYO). Profesora de Derecho Notarial I, Practica Notarial y Ética Profesional y Práctica Notarial de la carrera de Escribanía de la UNLaR. Directora de la Carrera de Escribanía de la Universidad Nacional de La Rioja. Vice Directora del Instituto de Análisis de Políticas Públicas de la Universidad Nacional de La Rioja. Integrante del Equipo del Protocolo de intervención ante situaciones de violencia de género, el acoso sexual y la discriminación de género” en el ámbito de la Universidad Nacional de La Rioja. Directora del proyecto de investigación “El principio de Inscripción Inmobiliario” aprobado por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de La Rioja mediante Resolución CICyT N° 044 de fecha 16 de septiembre de 2019 con código 27/A777.

<sup>1</sup> ACQUARONE, MARÍA T. “La conexidad contractual en el Código Civil y Comercial. Su aplicación en los negocios jurídicos inmobiliarios” en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Argentina, 2016, N° 924 (abr - jun 2016), Fecha de publicación: 01/11/2016, acceso en <http://www.revista-notariado.org.ar/2016/11/la-conexidad-contractual-en-el-codigo-civil-y-comercial-su-aplicacion-en-los-negocios-juridicos-inmobiliarios/> (consulta 15/10/2020)

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

En este sentido el concepto de “negocio” es amplio y su adjetivo jurídico lo es en idéntico sentido.

En merito a ello debemos partir de la idea que las personas, partes para este negocio, determinan sus relaciones en pleno uso de la libertad contractual que consagra el código de fondo.

A pesar de ello, el código civil y comercial establece normas que protegen a la “parte más débil” o que puede resultar desfavorecida en la contratación.

En esta oportunidad me interesa ahondar aquellos negocios jurídicos, o actos jurídicos que deben responder a la forma notarial o como bien lo establece dicho código los de “*forma impuesta*”.

## **II. LA FORMA DE LOS ACTOS JURÍDICOS**

El Código Civil y Comercial ha definido al acto jurídico en el artículo Art. 259 “*Acto jurídico. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas*”.

La doctrina ha cuestionado que esta definición del acto jurídico resulta incompleta en razón que parecería que se trata de una acción individual, cuando en realidad, y en la mayoría de los casos en un acto jurídico confluyen distintas voluntades, como personas o partes.

Superada esta aclaración podemos acordar que el acto jurídico implica diferentes finalidades. Sobre este tema la doctrina es fructífera y hay muchos ejemplos estudiados en la formación jurídica-notarial.

Por otra parte, el artículo 284 del citado cuerpo normativo reza: “*Libertad de formas. Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley*”.

Este artículo consagra el principio de la libertad de formas y se encuentra legislado en el capítulo 5, título IV “Hechos y Actos Jurídicos” del Libro Primero - Parte General.

La forma de los actos jurídicos es un elemento esencial de los mismos.

Este principio general ha dado lugar a que algunos doctrinarios hablen del “*triunfo del consensualismo*” en la sanción del Código Civil y Comercial. Pero también debemos recordar que al margen de este espacio de libertad y de acuerdo de voluntades hay determinados actos jurídicos, negocios jurídicos que prevén una forma determinada, bajo pena de nulidad. Así ha recogido el Código Civil y Comercial esta premisa: “*Art 285.— Forma impuesta. El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad*”.

A los efectos de este trabajo, analizaré la forma como un elemento del acto y no como prueba de los mismos. Son estos actos, cuya forma es impuesta, los que en general acceden al Registro de la Propiedad Inmueble.

### **III. LOS DERECHOS REALES Y LA REGISTRACIÓN**

El Código Civil y Comercial de la Nación ha tomado una crítica que la doctrina nacional planteaba respecto de la regulación de los derechos reales en

el código velezano. En este sentido el nuevo cuerpo normativo dedica a los Derechos Reales el Libro Cuarto. Posteriormente se incluye en el Título I las Disposiciones Generales. Esta técnica legislativa implica establecer principios generales aplicables a todos los derechos reales y evita reiteraciones inútiles tales como: exigir escritura pública para la transmisión de derechos reales, medios de constitución, de extinción, etc.

A efectos de poder realizar un análisis progresivo del tema, debo recordar en primero orden el concepto de derecho real que trae el código en el artículo 1882 **“Concepto. El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código”**.

En este sentido el nuevo ordenamiento trae una definición que el antiguo código velezano no preveía.

Posteriormente en el artículo 1890 establece **“Derechos reales sobre cosas registrables y no registrables. Los derechos reales recaen sobre cosas registrables cuando la ley requiere la inscripción de los títulos en el respectivo registro a los efectos que correspondan. Recaen sobre cosas no registrables, cuando los documentos portantes de derechos sobre su objeto no acceden a un registro a los fines de su inscripción”**.

La norma traída a este análisis tampoco encuentra una correlativa en el Código Civil derogado.

Así este artículo, es la única referencia dentro de las disposiciones generales, sobre la registración.

Respecto de las cosas muebles, el principio es que no son registrables, salvo los casos de excepción que la normativa establece.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

Sobre las cosas inmuebles se establece el requisito legal de la inscripción.

Entiendo que hubiese sido de muy buena técnica notarial regular, de manera armónica y en el capítulo de disposiciones comunes, las normas de carácter registral. Esta postura la plasman en sus escritos muchos autores.

Se ha dicho que “... de la lectura de los arts. 1890, 1892 y especialmente el 1893, referido a la adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad, se consagra el carácter declarativo de la inscripción registral”<sup>2</sup>.

Debemos tener presente que en el anteproyecto de Código Civil y Comercial se consagraba que debía sustituirse a la tradición como modo por la inscripción en el registro. De ello devendría como consecuencia natural que estaríamos ante la presencia de un registro constitutivo en materia de inmuebles registrables.

Así el Proyecto elevado para su tratamiento legislativo establecía en el Capítulo 2 - Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad – y precisamente en el artículo 1892

“Título y modos suficientes. La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. 368 ARTS. 1893 - 1895 Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real. La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. No es necesaria, cuando la

---

<sup>2</sup> CURA GRASSI, DOMINGO C., “Aspectos registrales de los derechos reales” en *Revista Código Civil y Comercial*, RCCyC, Thomson Reuters, Argentina, Año 3, N° 1, febrero de 2017, p. 24. Cita Online: AR/DOC/3939/2016

cosa es tenuta a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente. La inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos; y sobre cosas no registrables, cuando el tipo del derecho así lo requiera. El primer uso es modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva. Para que el título y el modo sean suficientes para adquirir un derecho real, sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto. A la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del Libro Quinto”.

De este artículo propuesto por la Comisión redactora surgía el cambio radical del sistema declarativo al constitutivo. No obstante, el Código Civil y Comercial aprobado y vigente establece en su artículo 1892

Título y modos suficientes. La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes.

Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real.

La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. No es necesaria, cuando la cosa es tenuta a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el

poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente.

La inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos; y sobre cosas no registrables, cuando el tipo del derecho así lo requiera.

El primer uso es modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva.

Para que el título y el modo sean suficientes para adquirir un derecho real, sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto.

A la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del Libro Quinto.

De todo lo expresado se puede concluir que el nuevo código de fondo continúa en materia de inmuebles el sistema declarativo que ya había fijado Dalmacio Vélez Sarsfield.

Por último, respecto de todo ello se puede resumir que en este sistema la inscripción de la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad Inmueble es no constitutivo. Pero también podemos agregar que es no convalidante.

#### **IV. LA LEY 17.801**

La ley 17.801 - Registro de la Propiedad Inmueble – fue sancionada el 28 de junio de 1968, y tuvo diferentes modificaciones posteriores. No fue sustituida por la Ley 26.994 – Código Civil y Comercial de la Nación, pero fueron modificados los artículos 2 y 17.

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite

Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.

---

Una de las primeras cuestiones que surge para discutir respecto de la ley 17.801 es si la inscripción es obligatoria o no.

Ventura<sup>3</sup> sostiene “*el legislador debió poner de resalto en la norma el carácter obligatorio de la registración, de manera clara y directa. En nuestro caso debemos acudir a interpretaciones doctrinarias*”.

En España, por ejemplo, la inscripción es voluntaria. Esto implica que un titular de un derecho real no está obligado a inscribirlo.

Algunos autores como Miguel Falbo entienden que la inscripción en nuestro derecho es “necesaria”. Así avanzan sobre las características que hacen a la necesidad.

Es preciso realizar ciertas aclaraciones al respecto de la obligatoriedad de la inscripción, así “*una cosa es proponer la inscripción como un requisito indispensable para que tenga lugar la transferencia o constitución de un derecho real, y otra muy distinta sancionar la falta de inscripción, aun admitiendo la validez del acto no inscripto: por lo tanto, castigar al que no lleva al registro, porque con ello realiza una omisión antijurídica y administrativamente punible*”<sup>4</sup>.

Otra cuestión diferente a esto serán los efectos que el legislador le otorga a la registración.

Los siguientes artículos del Código Civil y Comercial establecen cierta claridad sobre los efectos de la registración:

---

<sup>3</sup> VENTURA, GABRIEL B., *Ley 17801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 32.

<sup>4</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Elementos de Derecho Civil*. [Tomo II bis Derecho Inmobiliario registral] Ed. Dykinson, 2ª ed., Colombia, 2010, p.96.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

Art. 1886.— Persecución y preferencia. El derecho real atribuye a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentra, y de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente.

Art. 1893.— Inoponibilidad. La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente.

Surge así con meridiana claridad el efecto declarativo que tiene la inscripción en nuestro sistema registral.

## V. LOS PRINCIPIOS REGISTRALES

Moisset de Espanés nos recuerda que la Ley 17.801 como así también la 17.711, se funda sobre la base de los principios básicos de la publicidad registral. Cita a Lacruz Berdejo y con él sostiene que "*son una especie de ideas fuerza*" que inspiraron la ley y surgen de la doctrina que interpreta la normativa registral.

La inscripción es uno de los principios registrales que podemos analizar y determinar en esta ley nacional. Los principios registrales han sido definidos por distintos autores, así Vitali<sup>5</sup> nos dice "*Cuando se habla de principios registrales, en realidad no se está ante un planteo de tipo filosófico, sino, una vez más, ante una necesidad de tipo pedagógica*".

---

<sup>5</sup> VITALI, HÉCTOR HORACIO, *Derecho Registral Inmobiliario*. Di Lalla Ediciones, Buenos Aires, 2015. P. 157.

Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite

Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.

---

Jerónimo González y Martínez<sup>6</sup> define los principios registrales como *"orientaciones generales o direcciones fundamentales que, jugando a modo de principios, informan la disciplina estudiada y sirven para resolver problemas concretos"*.

Un interesante aporte en materia de definiciones nos lo trae López de Zavalía<sup>7</sup> quien afirma *"en el sentido del Derecho Registral argentino, comparándolo con el de otros países y con el Derecho que debe ser desde el punto de vista del perfeccionamiento de las instituciones, se entiende por principios registrales la versión sintética y abreviada de las normas mas generales que, en su armónica conjunción, dan fisonomía propia a cada uno de los ordenes jurídicos puestos en términos de comparación"*.

Pérez Fernández del Castillo<sup>8</sup> dice *"Los principios registrales explican el contenido y función del Registro Público de la Propiedad. Asimismo, están totalmente entrelazados unos de otros de tal manera que no existen en forma independiente. Su nombre no se deriva del término filosófico inmutable, sino que se refiere a la constitución de una técnica y elaboración del estudio del Registro Público de la Propiedad: sirve de explicación teórica y práctica de la función del Registro."*

---

<sup>6</sup> TRANCHINI, MARCELA H, "Sobre las distintas acepciones del vocablo "inscripción"" en *Derecho Registral Inmobiliario. A propósito de los excesos del especialismo en el estudio y enseñanza del Derecho*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Argentina, Año 2012 N° II, fascículo 11. Cita Online: 0003/014104.

<sup>7</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO J. *Curso introductorio al Derecho Registral*. Ed. Víctor P de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1983. p. 289.

<sup>8</sup> PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO, *Derecho Registral*, Porrúa, S.A., México, 1990, Capítulo III, p. 71-114.

*Roca Sastre, dice que "Son los principios las orientaciones capitales, las líneas directrices del sistema, la serie sistemática de bases fundamentales, y el resultado de la sintetización del ordenamiento jurídico registral".*

Estas no han sido las únicas definiciones o conceptualizaciones que establecen los autores sobre los principios registrales. Ya que al respecto la doctrina es abundante.

Así, también es posible citar a Andorno<sup>9</sup> quien se ha expresado de la siguiente manera: "De los conceptos expresados por los maestros españoles, los Dres. Víctor C. Martínez y Raúl A. Quaglia extraen una doble observación en torno a los referidos principios registrales, a saber: a) su directa relación con cada ordenamiento positivo; y b) la importancia que las normas o grupos de normas de donde se obtienen dichos principios tienen en cada sistema registral a punto tal de considerarlo como pautas fundamentales en torno a las cuales se organiza la protección del tráfico jurídico. Además, dichos principios se obtienen por inducción de cada sistema, no siendo por tanto normas previamente definidas y aceptadas, sino verdades a posteriori, por inducción. De esta manera tales principios registrales hallan su sustento en normas jurídicas que les son preexistentes. Mas debe aclararse que si bien en muchos casos no están consignados o explicitados en la ley, han sido no obstante elaborados y extraídos pacientemente del ordenamiento vigente por parte de los doctrinarios".

Respecto del número y denominación de estos principios la doctrina no es uniforme. Pero a los efectos de este trabajo consideramos solo el principio de inscripción.

---

<sup>9</sup> ANDORNO, LUIS O., "El principio registral de inscripción" en Gaceta del Notariado, Rosario, 1981, N°86, Cita Online: 0003/1001441.

Ahora bien, resulta imperioso determinar previamente, qué documentos son los que ingresan al Registro de la Propiedad Inmueble. En este sentido, la ley 17.801 en su artículo 2 reza

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1890, 1892, 1893 y concordantes del CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos:

- a) Los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles;
- b) Los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares;
- c) Los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales.

(Artículo sustituido por punto 1.2 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014).

Este artículo, es uno de los pocos, que ha sido reformado por el Código Civil y Comercial de la Nación.

El artículo 3 nos dice

Para que los documentos mencionados en el artículo anterior puedan ser inscriptos o anotados, deberán reunir los siguientes requisitos:

- a) Estar constituidos por escritura notarial o resolución judicial o administrativa, según legalmente corresponda;

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

b) Tener las formalidades establecidas por las leyes y estar autorizados sus originales o copias por quien esté facultado para hacerlo;

c) Revestir el carácter de auténticos y hacer fe por sí mismo o con otros complementarios en cuanto al contenido que sea objeto de la registración, sirviendo inmediatamente de título al dominio, derecho real o asiento practicable.

Para los casos de excepción que establezcan las leyes, podrán ser inscriptos o anotados los instrumentos privados, siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público, juez de paz o funcionario competente.

Los documentos del artículo 2 inc. a son los documentos notariales propiamente dichos, en cambio los del inc. b y c son los que emanan del juez u otras autoridades administrativas.

En tanto que el artículo 3 nos recuerda las formalidades que deben reunir aquellos documentos.

## **VI. EL PRINCIPIO DE INSCRIPCIÓN: CONCEPTO**

En el plano de la doctrina Andorno<sup>10</sup> recuerda que este principio registral de inscripción ya fue definido por Roca Sastre en su aspecto formal como el asiento principal, definitivo y de carácter positivo que se practica en el libro de

---

<sup>10</sup> ANDORNO, LUIS O., "El principio registral de inscripción" en *Gaceta del Notariado*, Rosario, 1981, N°86, Cita Online: 0003/1001441.

inscripciones y en que se hace constar de un modo completo la constitución, modificación o transmisión de un derecho real inmobiliario. Ello significa, por tanto, que por ser un asiento principal se diferencia de la nota marginal; dado su carácter de definitivo, se diferenciará de las anotaciones preventivas; y por ser positivo, se distingue de la cancelación.

Lacruz Berdejo<sup>11</sup> nos recuerda que, en sentido amplio, *inscripción equivale a asiento registral*. El mismo sigue en su definición a Sanz Fernández quien indica que la inscripción es la constatación o expresión formal y solemne, hecha en los libros del Registro, de los hechos, actos y contratos que por su naturaleza puedan tener acceso al mismo.

López de Zavalía<sup>12</sup> denomina a este principio como “principio de registración”. Así nos recuerda que la inscripción es una palabra que tiene muchos sentidos. Para ello, recuerda que Fontbona agrega a la conocida definición de Lacruz Berdejo lo siguiente “en su acepción específica es todo asiento principal, positivo y definitivo, que se realiza en el registro y en los que consta la constitución, transmisión o modificación de un derecho real.

Pero este autor reconocido y respetado, establece una crítica al respecto, por cuanto entiende que hace equivaler inscripción a asiento registral. Allí profundiza y dice que no puede confundirse la forma documental (asiento registral) con lo documentado en la forma.

---

<sup>11</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Elementos de Derecho Civil*. [Tomo II bis Derecho Inmobiliario registral] Ed. Dykinson, 2ª ed., Colombia, 2010, p..91.

<sup>12</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO J. *Curso introductorio al Derecho Registral*. Ed. Víctor P de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1983, p. 295.

## **VII. LOS ASIENTOS: CONCEPTO, TIPOS DE ASIENTOS**

Una cuestión imperiosa antes de entrar a tratar los asientos es poder hablar del folio real que es donde mayormente vamos a visualizarlos. Así la ley 17.801 en su artículo 11 establece “La matriculación se efectuará destinando a cada inmueble un folio especial con una característica de ordenamiento que servirá para designarlo”. En tanto que el artículo 12 reza

El asiento de matriculación llevará la firma del registrador responsable. Se redactará sobre la base de breves notas que indicarán la ubicación y descripción del inmueble, sus medidas, superficie y linderos y cuantas especificaciones resulten necesarias para su completa individualización. Además, cuando existan, se tomará razón de su nomenclatura catastral, se identificará el plano de mensura correspondiente y se hará mención de las constancias de trascendencia real que resulten. Expresará el nombre del o de los titulares del dominio, con los datos personales que se requieran para las escrituras públicas. Respecto de las sociedades o personas jurídicas se consignará su nombre o razón social, clase de sociedad y domicilio. Se hará mención de la proporción en la copropiedad o en el monto del gravamen, el título de adquisición, su clase, lugar y fecha de otorgamiento y funcionario autorizante, estableciéndose el encadenamiento del dominio que exista al momento de la matriculación. Se expresará, además, el número y fecha de presentación del documento en el Registro.

Recordemos que la matrícula es el elemento que mejor identifica a un inmueble en el aspecto jurídico registral.

El asiento de matriculación también ha sido definido en demasía por la doctrina. Cornejo<sup>13</sup> en su manual de derecho registral dice “*el asiento de matriculación se refiere a las anotaciones que se practican en el folio real en el momento de proceder a la operación de matriculación, sea por el primer ingreso a la del inmueble al registro, o bien por la matriculación a consecuencia del vuelco al sistema de folio real de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 44 de la ley 17.801*”.

Además, los autores avanzan sobre clasificaciones de los asientos. Lacruz Berdejo nos habla de un asiento de presentación, en el libro Diario (art. 40 Ley 17.801). Este asiento es el que prepara a los asientos posteriores destinados a producir publicidad.

La ley 17.801 en su artículo 14 establece

Matriculado un inmueble, en los lugares correspondientes al folio se registrarán:

- a) Las posteriores transmisiones de dominio;
- b) Las hipotecas, otros derechos reales y demás limitaciones que se relacionen con el dominio;
- c) Las cancelaciones o extinciones que correspondan;
- d) Las constancias de las certificaciones expedidas de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 22, 24 y concordantes.

Los asientos mencionados en los incisos precedentes se llevarán por estricto orden cronológico que impida intercalaciones entre los de su misma especie y en la forma que expresa el artículo 12, en cuanto fuere compatible, con la debida especificación de las circunstancias particulares que resulten de los respectivos documentos, especialmente con relación al derecho que se inscriba.

---

<sup>13</sup> CORNEJO, AMÉRICO ATILIO, *Derecho registral*. Ed. Astrea. Buenos Aires, 2001, p. 95.

La doctrina llama a éstos “asientos posteriores”.

Ventura nos recuerda que el registro inmobiliario argentino, además de ser un registro real, es también un registro “de encadenamiento dominial”.

Posteriormente este autor<sup>14</sup> retoma a Diez Picazo quien resume a Roca Sastre quien establece la siguiente clasificación de los asientos:

- a. **Asientos principales y accesorios:** son principales los que tienen autonomía y función propia dentro del campo de la publicidad. Ej. inscripciones y anotaciones preventivas. Son accesorios cuando ejercen una función instrumental y están al servicio de otros asientos. Ej. Notas marginales.
- b. **Asientos definitivos y asientos provisionales:** los asientos definitivos tienen una duración y cumplen su función dentro de la publicidad durante todo su periodo de vigencia. Los asientos provisionales tienen una duración temporal o una vigencia limitada, por estar destinados a convertirse en otros asientos o a extinguirse por caducidad, pasado un plazo determinado de tiempo. Ej. Asientos de anotación preventiva.
- c. **Asientos de carácter positivo y de carácter negativo:** los asientos positivos exteriorizan el nacimiento o la aparición de un derecho o este mismo derecho en la plenitud de su existencia o de vida. Los asientos negativos constatan la extinción de un derecho o la pérdida de vigencia de un asiento anteriormente practicado. Ej. Asientos de cancelación.

Consideramos a estas clasificaciones como de didáctica suprema a los fines de lograr distinguir diferentes posibilidades de asientos en el folio real.

---

<sup>14</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, ob.cit., p. 92.

## VIII. CONCLUSIONES

Con la intención de realizar una breve síntesis de lo planteado, partimos de la teoría receptada en el Código Civil y Comercial de la Nación del título suficiente y modo suficiente para la adquisición de los derechos reales.

Así a la fecha, podemos decir que el sistema registral inmobiliario es declarativo, no convalidante.

El principio de inscripción o registración es uno de los principios que está contemplado en la ley 17.801. Se discute en la doctrina su denominación. Asimismo, la ley establece cuáles son los documentos que podrán ingresar al registro para su inscripción como también los requisitos que deben reunir en su faz formal.

El sistema registral argentino tomó como base el folio real, que será el instrumento donde se podrán realizar distintos tipos de asientos.

Con respecto a la sanción del Código Civil y Comercial se han fijado o regulado nuevos derechos reales y se ampliaron otros.

Estos nuevos derechos representan nuevas posibilidades de inscripciones en el Registro de la Propiedad Inmueble.

## II. BIBLIOGRAFIA

- ACQUARONE, MARÍA T. "La conexidad contractual en el Código Civil y Comercial. Su aplicación en los negocios jurídicos inmobiliarios" en Revista del Notariado, Buenos Aires, Argentina, 2016, N° 924 (abr - jun 2016), Fecha de publicación: 01/11/2016, acceso en <http://www.revista-notariado.org.ar/2016/11/la-conexidad-contractual-en-el-codigo-civil-y-comercial-su-aplicacion-en-los-negocios-juridicos-inmobiliarios/> (consulta 15/10/2020)
- ANDORNO, LUIS O., "El principio registral de inscripción" en Gaceta del Notariado, Rosario, 1981, N°86, Cita Online: 0003/1001441.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

- CORNEJO, AMÉRICO ATILIO, *Derecho registral*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2001.
- CURA GRASSI, DOMINGO C., “Aspectos registrales de los derechos reales” en *Revista Código Civil y Comercial*, RCCyC, Thomson Reuters, Argentina, Año 3, N° 1, febrero de 2017, p. 24. Cita Online: AR/DOC/3939/2016
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Elementos de Derecho Civil*. [Tomo II bis Derecho Inmobiliario registral] Ed. Dykinson, 2ª ed., Colombia, 2010.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Elementos de Derecho Civil*. [Tomo II bis Derecho Inmobiliario registral] Ed. Dykinson, 2ª ed., Colombia, 2010.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO J. *Curso introductorio al Derecho Registral*. Editorial Víctor P de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1983.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO J. *Curso introductorio al Derecho Registral*. Editorial Víctor P de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1983.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO, *Derecho Registral*, Porrúa, S.A., México, 1990.
- TRANCHINI, MARCELA H, “Sobre las distintas acepciones del vocablo "inscripción"” en *Derecho Registral Inmobiliario. A propósito de los excesos del especialismo en el estudio y enseñanza del Derecho*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Argentina, Año 2012 N° II, fascículo 11. Cita Online: 0003/014104.
- VENTURA, GABRIEL B., *Ley 17801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- VITALI, HÉCTOR HORACIO, *Derecho Registral Inmobiliario*. Di Lalla Ediciones, Buenos Aires, 2015.
- VILLARO, FELIPE PEDRO. *Elementos de Derecho Registral Inmobiliario*. Ed. Scoti, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, 2003.

### **Fuentes virtuales**

- Academia Nacional de Derecho y ciencias Sociales de Córdoba.  
<https://www.acaderc.org.ar/> (20/06/2020)

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

- Thomson Reuters  
<https://signon.thomsonreuters.com/?productid=EREAD&viewproductid=EREAD&returnto=http%3A%2F%2Fproview.thomsonreuters.com%2Flibrary.html&culture=es-ES&lr=0&bhcp=1> (20/06/2020)
- Consejo Federal del Notariado. <http://www.cfna.org.ar/> (20/06/2020)
- Información Legislativa y Documental. <http://www.infoleg.gob.ar/> (20/06/2020)

**EL PRINCIPIO UTI POSSIDETIS IURIS: SU APLICACIÓN EN  
RECLAMOS DIPLOMÁTICOS Y EN JURISPRUDENCIA JUDICIAL  
Y ARBITRAL**

**PRINCIPLE UTI POSSIDETIS IURIS: APPLICATION IN  
DIPLOMATIC CLAIM AND JUDICIAL AND ARBITRAL  
JURISPRUDENCE**

Por Prof. Luis Asís Damasco  
(Universidad Nacional de La Rioja, Argentina)

**Cómo citar este Artículo:**

ASIS DAMASCO, Luis, "El principio uti possidetis iuris: su aplicación en reclamos diplomáticos y en la jurisprudencia judicial y arbitral " en *Anales de Ciencias Jurídicas*, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, pp. 157-200.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

**Título:** “El principio uti possidetis iuris: su aplicación en reclamos diplomáticos y en la jurisprudencia judicial y arbitral”

**Resumen:**

En este artículo se analiza el territorio como uno de los elementos del Estado en base a un principio de raíz en el Derecho Romano, principio uti possidetis iuris. Se presenta un

análisis en base al Derecho Internacional Americano y su aplicación en reclamos diplomáticos a través del estudio de casos en la jurisprudencia judicial y arbitral.

**Palabras clave:** Integridad territorial; Inviolabilidad de las Fronteras; Terrae Nullius; Arbitraje; Bulas Papales; Medio Ambiente.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

**Title:** Principle Uti Possidetis Iuris: application in diplomatic claims and judicial and arbitral jurisprudence”

**Abstract:**

This article analyze the territory as an element of the State. It has origin in Roman Law and it has been developed as a principle of the American International Law.

Principle uti possidetis iuris is analyzed in diplomatic claim cases under the judicial and arbitral jurisprudence.

**Keywords:** Territorial Integrity; Terrae Nullus; Frontier’s Inviolability; Diplomatic Claims; Papal bull; Arbitration; Environment

**How to quote this article:**

ASIS DAMASCO, Luis, “Principle Uti Possidetis Iuris: application in diplomatic claims and judicial and arbitral jurisprudence”, *Journal of Juridical Science*, Doctorate in Juridical Science, Universidad Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, pp. 157-200.

---

## EL PRINCIPIO UTI POSSIDETIS IURIS: SU APLICACIÓN EN RECLAMOS DIPLOMÁTICOS Y EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y ARBITRAL

Luis Asís Damasco\*

### I. INTRODUCCIÓN

El territorio es uno de los elementos esenciales del Estado, incluido como tal por la Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados, adoptada por unanimidad en la Séptima Conferencia Interamericana de Montevideo el 26 de diciembre de 1933<sup>1</sup>, junto a la población permanente; el gobierno y la capacidad de entrar en relaciones con otros Estados.

No obstante los otros elementos esenciales, es el territorio, como sustrato físico, la base fáctica de los otros, ya que la población, requerirá imperiosamente el suelo para desarrollar su vida, porque *“el hombre es un ser terrícola... cuando la tierra domina el mar, ella reconoce su poder y, en ella, el hombre. El dominio aéreo es la síntesis que restablece la contigüidad de la tierra y del mar”*<sup>2</sup>. Por ello, el territorio como tal, condiciona todo el ámbito espacial de dominio de un Estado. Pero siempre, será el Elemento Humano, sea como individuo, o como Pueblo, que con su actividad dotará de razón de ser al suelo,

---

\*Abogado (UNLaR), Especialista en Docencia Universitaria (UNLP), Estudiante del Doctorado en Ciencias Jurídicas (UNLaR), Profesor de Derecho Internacional Público (UNLaR).

<sup>1</sup> DIEZ DE VELAZCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Ed. Tecnos 16° edición, España 2007, pp. 273-274.

<sup>2</sup> BAQUERO LAZCANO E., *Tratado de Derecho Internacional Público*, Tomo V. Ed. Marcos Lerner, Córdoba 1998, p. 467.

porque *“ningún hecho geográfico tiene importancia política con independencia del obrar humano”*<sup>3</sup>.

El Principio “Uti Possidetis Juris” tomado del derecho romano, su aplicación por analogía a la posesión territorial, se origina en la Bula del Papa Alejandro VI, cuando atribuyó los territorios del continente americano, fijando una línea divisoria, otorgando los territorios ubicados al oeste de la misma a España y los del este a Portugal. Si bien esas Bulas no fueron reconocidas por las otras monarquías europeas, e incluso, la potestad del Sumo Pontífice para realizar tal concesión fue controvertida por el teólogo y doctrinario Francisco de Vittoria, ello no ha impedido que sea esgrimido como título jurídico para sustentar sus pretensiones territoriales complementándolo con las antiguas divisiones político-administrativas fijadas en América por la metrópoli española.

No obstante su real entidad, se ha consagrado como un principio típico del Derecho Internacional Americano, sin perjuicio de haber sido utilizado también para solucionar conflictos territoriales entre estados africanos, además, por supuesto fue utilizado por primera vez en los considerandos del decreto que creó la Comandancia Política y Militar de las Islas Malvinas y como argumento jurídico de la protesta diplomática ante la ocupación del Estrecho de Magallanes por parte de Chile.

## **II. DESARROLLO**

### **1. ANTECEDENTES DEL UTI POSSIDETIS**

---

<sup>3</sup> HELLER, H., *Teoría del Estado*. Ed. Fondo de Cultura Económica, Quinta Reimpresión FCE Argentina 1992, p. 163.

### 1.1. SU APLICACIÓN EN EL TERRITORIO AMERICANO

Numerosas fueron las Bulas Papales reconociendo territorios a España y a Portugal. El Papa Clemente XI, adjudicó las islas Canarias al infante Don Luis de Cerda en 1344. El Papa Martín V concedió a Portugal las tierras que descubriera en Africa en 1420, confirmado por el Papa Eugenio IV en 1436. Por su parte, el Papa Eugenio IV en 1436. Por su parte el Papa Nicolás V, concedió por Bula del 8 de enero de 1454, a la Corona de Portugal el derecho sobre las tierras que descubriera desde los cabos de Bajador y Nadir hasta toda la Guinea<sup>4</sup>.

La Bula Pontificia “Breve Inter Caetera” del Papa Alejandro VI, del 3 de mayo de 1493, se concedía a la Corona de España las tierras descubiertas y a descubrir en América; Por la Bula Pontificia Menor “Inter Caetera II” del 4 de mayo de 1493; traza una línea divisoria imaginaria entre polo y polo de la tierra que pasaría 100 leguas al oeste de las Islas Azores y del Cabo Verde, reservando a España las regiones situadas al oeste y a Portugal las situadas al oriente.

Producto de la disconformidad por el trazado de la Bula Papal, Portugal y España negociaron una nueva demarcación a través del Tratado de Tordesillas, suscripto entre el Rey Juan II de Portugal y los Reyes Católicos de España, el 7 de junio de 1494, por el cual se aceptó la Bula del Papa Alejandro VI, pero la línea divisoria se correría a 370 leguas al oeste de las Islas Azores y del Cabo Verde<sup>5</sup>.

De todos modos, a pesar de la trascendencia política e histórica que dichas Bulas podía tener no constituían en si mismas títulos jurídicos sobre

---

<sup>4</sup> Silioni, R. *La Diplomacia Luso-brasileña en la cuenca del Plata*. Ed. Círculo Militar, Buenos Aires 1964, p. 83.

<sup>5</sup> Silioni, R., ob. cit, p.s 84-85.

territorios, además de no gozar del reconocimiento de otras coronas europeas excluidas.

El célebre teólogo, y padre del Derecho Internacional, Francisco de Vittoria se ocupa del particular, quien afirma que “*el Papa no es señor del orbe*”<sup>6</sup>, fundamentándolo con pasajes bíblicos del Antiguo y Nuevo Testamento, además de jurídicos y de lógica; por ende, el Sumo Pontífice como tal, a través de las Bulas antedichas, no concedió ni transfirió nada, si implicó un reconocimiento de quien, si bien, es Jefe de la Iglesia Católica Apostólica y Romana, también era en ese entonces autoridad temporal de los Estados Pontificios desde el año 728 hasta 1870<sup>7</sup>.

Entre los múltiples tratados que firmaron España y Portugal en el siglo XVIII, siglo que tomamos como referencia puesto que durante el cual se produjeron las mayores transformaciones territoriales de los dominios de ambas monarquías en el continente americano. EL Tratado de Madrid de 1750, se consideró por primera vez el “*uti possidetis*”, para la delimitación en los territorios americanos<sup>8</sup>, y tanto dichos tratados como los posteriores, del Pardo de 1761, San Idelfonso de 1777 y de Badajoz de 1801, consolidó la expansión portuguesa a expensas de España, primando la posesión *in actu*<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> VITTORIA, F. *Derecho Natural y de Gentes*. Emecé Editores, Buenos Aires 1946, p. 85.

<sup>7</sup> OSMAÑCZYK E. J., *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1976, p. 534.

<sup>8</sup> SILIONI, R., ob. cit., p. 101.

<sup>9</sup> MORENO QUINTANA, L., . *Elementos de Política Internacional*. Escuela Superior de Guerra, Buenos Aires 1955, p.s 159-160.

### 1.1.1. LA CREACIÓN DEL VIRREYNATO DEL RÍO DE LA PLATA

Por Real Cédula del Rey Carlos III del 1 de agosto de 1776 se creó en forma transitoria el Virreynato de las Provincias Unidas del Río de la Plata, con jurisdicción sobre las provincias de Buenos Aires, Paraguay, Tucumán, Potosí, Santa Cruz de la Sierra, Charcas y todos los corregimientos y pueblos dependientes de la Audiencia de Charcas.

Por Real Cédula del 27 de octubre de 1777 se estableció el carácter permanente del Virreynato.

La Real Ordenanza del 28 de enero de 1782, subdividió el territorio en 8 provincias-intendencias: Buenos Aires, Paraguay, Mendoza, San Miguel de Tucumán, Santa Cruz de la Sierra, La Paz, La Plata (es la ciudad de los “4 nombres”: La Plata, Charcas, Chuquisaca y Sucre) y Potosí; y en simple calidad de provincias: Mojos, Chiquitos y los treinta pueblos de las misiones jesuíticas. Subsistían la gobernación político-militar de Montevideo, tal como había sido creada en 1749.

El 5 de agosto de 1783 se introdujo una modificación: se disolvieron las Intendencias de Mendoza y San Miguel de Tucumán, en su reemplazo se erigieron: Córdoba del Tucumán (Mendoza, San Juan del Pico, San Luis de Loyola, Córdoba y La Rioja); y la de Salta del Tucumán (Jujuy, Salta, Santiago del Estero, Catamarca y San Miguel del Tucumán)<sup>10</sup>.

La superficie del Virreynato de las Provincias Unidas del Río de la Plata totalizaba 7.200.000 km<sup>2</sup><sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> LÓPEZ, N. A., *El Pleito de la Patria*. Ed. Círculo Militar, Buenos Aires 1976, pp. 11-12.

<sup>11</sup> GONZÁLEZ, J., *Asalto a la Argentina*. Ed. Docencia, Buenos Aires 2011, p. 57.

## 2. EL PRINCIPIO UTI POSSIDETIS IURIS

Según Juan Agustín García, es el típico principio de Derecho Internacional Americano, sólo admitido en los países hispanoamericanos<sup>12</sup>, aunque veremos otros casos en Europa y África

Se lo define como:

Es un principio que consagra la posesión de derecho existente en el momento de la emancipación, como equivalente de la posesión efectiva para los estados que se independizaron de la metrópoli española, en razón de que sus respectivos territorios fueron los que correspondían a las demarcaciones administrativas hechas durante el coloniaje por el gobierno de España. Los nuevos estados heredaron los territorios de los Virreynatos, Capitanías Generales, Audiencias. De ello resultaba que para fijar las fronteras entre los países de origen hispánico se invocaban los límites que separaban a esas grandes divisiones administrativas. (Dr. César Díaz Cisneros)<sup>13</sup>.

Este principio, además de resguardar el territorio de las nacientes repúblicas, también implicaba la inexistencia de *“terra nullius”* (tierra sin dueño) en esta parte del continente, pues toda la América Hispana había sido dividida en Virreynatos y Capitanías Generales. Ahora bien, respecto a su vez a las divisiones administrativas dentro de los virreynatos y capitanías generales, no era el poder judicial ni el poder eclesiástico que se emancipaba, sino el poder político, muchas veces, estos órdenes poseían demarcaciones diferentes, por

---

<sup>12</sup> LÓPEZ, N. A., , ob. cit., pp. 12-13.

<sup>13</sup> Ibidem.

ello, se debía tener en cuenta el poder político-administrativo, no las Audiencias ni las religiosas<sup>14</sup>.

Durante el conflicto de Bolivia y Paraguay que derivó en la guerra del Chaco, el argumento de Bolivia era la sucesión de la jurisdicción de la Audiencia de Charcas (*uti possidetis juris* de 1810); en cambio, Paraguay alegaba el derecho de descubrimiento y conquista y posesión continuada desde los inicios de la dominación española, *uti possidetis de facto*<sup>15</sup>.

Como bien señalamos *ut supra*, el principio “*Uti Possidetis Juris*” ha sido, por excelencia, de aplicación en la América Hispánica. Los flamantes estados nacidos de la independencia han tenido el sano criterio de establecer expresamente cuál era su extensión territorial señalándolo en sus constituciones: Ecuador (artículo 6°); Costa Rica (artículo 7°); Venezuela, Chile, Colombia y México<sup>16</sup>. La República de Colombia ha sido una de las primeras, cuya Carta Magna expresó:

Artículo 1°: Las Repúblicas de Venezuela y la Nueva Granada quedan desde este día reunidas en una sola, bajo el título glorioso de la República de Colombia;

Artículo 2°: Su territorio será el que comprendían la antigua Capitanía General de Venezuela y el Virreinato del Nuevo Reino de Granada, abrazando una extensión de 115 mil leguas cuadradas, cuyos términos precisos se fijarán en mejores circunstancias;

Artículo 5°: La República de Colombia se dividirá en tres grandes Departamentos, Venezuela, Quito y Cundinamarca, que

<sup>14</sup> PELLIZA, M., *La Cuestión del Estrecho de Magallanes*. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1969, p. 58.

<sup>15</sup> ZOOK, D., *La Conducción de la Guerra del Chaco*, Volumen 517. Círculo Militar, Buenos Aires 1962, pp. 43-44.

<sup>16</sup> HALAJCZUK B. M.T. MOYA DOMÍNGUEZ, *Derecho Internacional Público*. Ed. Ediar, 3° edición, Buenos Aires, 1998, p. 295.

comprenderá las Provincias de la Nueva Granada, cuyo nombre queda desde hoy suprimido. Las capitales de estos Departamentos serán las ciudades de Caracas, Quito y Bogotá, quitada la adición de Santa Fe<sup>17</sup>.

La República Argentina no ha sido ajena a ello, si bien su extensión territorial no había sido delineada en ningún texto de tipo constitucional (Constitución, Estatuto, etc), uno de los cuatro proyectos de Constitución presentados en la Asamblea Constituyente de 1813, señalaba en el Capítulo II, artículo 4: *“El territorio del Estado comprende (sic) las provincias de Buenos Ayres (sic), Paraguay, Córdoba (sic), Salta, Potosi, Charcas, Cochabamba, La Paz, Cuyo y Vanda Oriental (sic)”*<sup>18</sup>. La otra Constitución que hacía referencia al territorio, si bien no a su conformación, pero si a su valor cualitativo, fue la del año 1819, que en la sección III sobre el Poder Ejecutivo, en el Capítulo I, artículo LIX, establecía el juramento para el cargo de Director del Estado que finalizaba diciendo: *“.....y conservaré la integridad e independencia del territorio de la Unión”*<sup>19</sup>.

En el Congreso de Panamá, convocado por Simón Bolívar en 1824, que pretendía reunir a representantes de las flamantes repúblicas americanas, sesionó del 22/6 al 15/7 de 1826; sólo asistieron representantes de América Central, Colombia, México y Perú, no asistieron el Imperio del Brasil ni las Provincias Unidas del Rio de la Plata, en ese entonces en guerra<sup>20</sup>. Se firmó un

<sup>17</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, *Ley Fundamental de 1819*, consulta en [http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/ley-fundamental-de-colombia-1819--0/html/ff6c28b0-82b1-11df-acc7-002185ce6064\\_2.html](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/ley-fundamental-de-colombia-1819--0/html/ff6c28b0-82b1-11df-acc7-002185ce6064_2.html). (20/06/2020)

<sup>18</sup> REPÚBLICA ARGENTINA, *Documentos de la Conformación Institucional Argentina 1782-1972*. Ed. Poder Ejecutivo Nacional, Buenos Aires 1974, p. 93.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 226.

<sup>20</sup> MORENO QUINTANA, L., . *Derecho Internacional Público*. Ed. Sudamericana, Buenos Aires 1963, tomo II, pp. 436-437.

Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua, además de establecer una alianza ofensiva-defensiva a los fines de proteger su soberanía, y marcó la periodicidad de 2 años para las reuniones de la Asamblea de Plenipotenciarios<sup>21</sup>. En el proyecto de Unión Latinoamericana, no aprobado, pero cuyo artículo 27 tiene gran valor doctrinal, el mismo expresaba: “*Las partes contratantes se garantizan mutuamente la integridad de sus territorios, luego que en virtud de las convenciones particulares que celebraren entre si se hayan demarcado y fijado sus límites respectivos, cuya conservación se pondrá entonces bajo la protección de la Confederación*”<sup>22</sup>.

El Congreso reunido en Lima en 1848 estableció la inexistencia en América de “*res nullius*” o territorios sin dueño (si bien la Doctrina de Monroe de 1823 también lo había establecido, el del Congreso de Lima era una consecuencia del Principio Uti Possidetis Juris)<sup>23</sup>. También la Conferencia Protocolizada del 14 de agosto de 1883 celebrada en Caracas, Venezuela, se suscribió un protocolo de arbitraje y reconoció al Principio Uti Possidetis<sup>24</sup>.

Si bien, tal como vimos, el Principio Uti Possidetis comenzó a aplicarse en América, se señala un lejano caso, el de la Paz de Breda, firmada entre Holanda y Gran Bretaña en 1667<sup>25</sup>. Dicho Tratado de Breda, reconocía el *status quo* del día 20 de mayo de 1667, respecto de las conquistas que las partes contratantes se hubieran podido hacer durante la guerra. En virtud de ello,

---

<sup>21</sup> MORENO QUINTANA, L., . *El Sistema Internacional Americano*. Ed. Jurídica, Buenos Aires 1927, p. 135.

<sup>22</sup> PELLIZA, M., ob. cit., pp. 57-58.

<sup>23</sup> RIZZO ROMANO ALFREDO. *Derecho Internacional Público*. Ed. Plus Ultra 3° edición, Buenos Aires 1994, p. 150.

<sup>24</sup> MORENO QUINTANA, ob. cit., p. 440.

<sup>25</sup> RIZZO ROMANO, ob. cit., p. 150.

Inglaterra conservaba los Nuevos Países Bajos (Nueva York) y Holanda el Surinam<sup>26</sup>.

El Principio Uti Possidetis también se utilizó para cuestiones limítrofes entre provincias, como la disputa entre las provincias de Mendoza y San Luis, por el río Desaguadero; en este caso la aplicación del Principio que nos ocupa se fundamentó en una Real Provisión de 1603, que fijaba al citado río como límite<sup>27</sup>. El límite interprovincial fue fijado por ley nacional 18.498/70, recordemos que en virtud del artículo 75 inciso 15 corresponde al Congreso de la Nación *“Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias.....”*<sup>28</sup>.

También se recurrió al Uti Possidetis en la controversia entre las provincias de San Juan y La Rioja, entre los argumentos de San Juan, señalados por el Profesor Horacio Videla, se amparan en principio de marras, por lo que *“son íntegramente sanjuaninos Peña Negra, San Guillermo, Fandango, Leoncito y La Plaseta, los cordones de Pastos Amarillos y de la Punilla, las juntas del Bermejo, la sierra Morada, Sañogasta, Baldecitos, Ischigualasto o Valle de la Luna, Aguango y los Barriales”*<sup>29</sup>. El argumento de la provincia de La Rioja es la inconstitucionalidad de la ley nacional 18004 del año 1968, por haber sido dictada durante un gobierno de facto, por ser atribución del Congreso de la Nación, y por revestir las autoridades provinciales el mismo carácter, sostenido en la primer gobernación del Dr. Carlos Menem (1973-76) y repetido en un proyecto de ley presentado en el año 2006 por el ex presidente, senador de la Nación, solicitando la derogación de dicha ley, finalmente ese proyecto fue archivado en 2008. Muy similar proyecto había presentado el entonces senador

<sup>26</sup> Consulta en [http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1020014337/1020014337\\_068.pdf](http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1020014337/1020014337_068.pdf) (20/06/2020).

<sup>27</sup> HALAJCZUK B. Y M.T. MOYA DOMINGUEZ, ob. cit, p. 296.

<sup>28</sup> CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. Ed. Betina, Buenos Aires 2002, pp. 14-15.

<sup>29</sup> Revista *“Gente y la actualidad”*, Año 8 N° 430, 18 octubre 1973, pp. 116-117.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

Raúl Galván en 1996, solicitando también la derogación de la ley (de la misma época) que fijaba los límites con la provincia de Catamarca<sup>30</sup>.

Si bien fue resonante la controversia sobre la pertenencia del “Valle de la Luna”, la cuestión se reavivó en años recientes por la demarcación en el glaciar y cerro “El Potro”.

En 2013 se crea un Proyecto de Ley, para la Creación de una Comisión Bicameral encargada de dictaminar sobre el conflicto de límites existentes entre la provincia de La Rioja y San Juan en torno al Glaciar El Potro en el ámbito del Congreso Nacional. Se determinó que la misma debía estar integrada por 5 (cinco) Diputados y 5 (cinco) Senadores...<sup>31</sup>.

## **2.1. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO EN LA EX YUGOSLAVIA: LA COMISIÓN BADINTER**

El 27 de agosto de 1991, la Conferencia de Paz convocada por la Comunidad Económica Europea y sus estados miembros, crearon un Comité de Arbitraje presidida por Robert Badinter, Presidente del Consejo Constitucional francés, e integrada también por los Presidentes de las Cortes Constitucionales de Alemania e Italia, de la Corte de Arbitraje belga y del Tribunal Constitucional español<sup>32</sup>. La función de la misma era dictaminar acerca de la desmembración de la República de Yugoslavia, y la situación de los estados que la conformaron (Bosnia Herzegovina, Croacia, Macedonia, Montenegro, Eslovenia, Serbia),

---

<sup>30</sup> Consulta en [ftp://ftp.unsj.edu.ar/agrimensura/Trabajo%20Final/Trabajo%20Final-L%C3%8DMITES-Castilla\\_Guzm%C3%A1n\\_Maldonado-FI\\_UNSJ.pdf](ftp://ftp.unsj.edu.ar/agrimensura/Trabajo%20Final/Trabajo%20Final-L%C3%8DMITES-Castilla_Guzm%C3%A1n_Maldonado-FI_UNSJ.pdf), pp. 94-98. (20/06/2020).

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> <http://ejil.org/pdfs/3/1/1175.pdf>, pp. 178-185. (consulta 20/06/2020).

especialmente en orden al Principio de Autodeterminación de los Pueblos y en materia de sucesión de estados.

Esta Comisión emitió diez opiniones, particularmente nos interesa la N°3, referida a los límites entre los estados de Croacia, Serbia y Bosnia Herzegovina, pues hace expresa mención al principio Uti Possidetis Juris: *“Tercero.- A falta de un acuerdo en contrario, los límites anteriores adquieren el carácter de fronteras protegidas por el derecho internacional. Tal es la condición a la que conduce el principio del respeto del statu quo territorial y particularmente el del uti possidetis juris que, aunque inicialmente reconocido para la solución de problemas de descolonización en América y en África, constituye hoy día un principio de carácter general como lo ha declarado la Corte Internacional de Justicia (Burkina Faso c/ República de Malí)...”*<sup>33</sup>.

## 2.2. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

### 2.2.1. CASO BURKINA FASO C/ REPÚBLICA DE MALÍ – 22/XII/1986

En este fallo la Corte se refiere al Uti Possidetis:

Aunque ese principio fue invocado por primera vez en la América hispana, no es una norma que pertenezca solamente a un sistema particular del derecho internacional. Se trata de un principio de alcance general, conectado lógicamente al fenómeno de la obtención de la independencia, dondequiera que ocurra. Su finalidad obvia es impedir que la independencia y la estabilidad de los nuevos Estados sean amenazadas por luchas fratricidas provocadas por controversias fronterizas, tras la retirada de la

---

<sup>33</sup> *Ibíd.*

Potencia administradora....El principio de uti possidetis juris concede precedencia al título jurídico sobre la posesión efectiva como base de la soberanía. Su principal propósito es garantizar el respeto de los límites territoriales que existían en el momento en que se logró la independencia. Cuando esos límites no eran más que delimitaciones entre diferentes divisiones administrativas o colonias, sujetas todas ellas al mismo soberano, la aplicación de ese principio dio como resultado su transformación en fronteras internacionales, y eso es lo que ocurrió con los Estados partes en el presente litigio, ya que ambos tomaron forma dentro de los territorios del África Occidental Francesa. Cuando esos límites tenían ya el carácter de fronteras internacionales en el momento de la descolonización, la obligación de respetar las fronteras internacionales preexistentes deriva de una norma general de derecho internacional relativa a la sucesión de los Estados.<sup>34</sup>

Podemos apreciar, cómo en el fallo vinculan el Uti Possidetis con la Inviolabilidad de las fronteras y la Sucesión de Estados.

### *2.2.2. EL SALVADOR C/ HONDURAS: INTERVENCIÓN DE NICARAGUA – 11/IX/1992*

En este caso podemos apreciar la relevancia que las mismas partes de la controversia asignan al principio Uti Possidetis, además, la Corte también tiene en cuenta el principio de efectividad, mas precisamente las “effectivites coloniales” (actos que prueben el ejercicio de una autoridad en relación a un determinado territorio): “Las partes convienen en que el principio fundamental para determinar la frontera terrestre es el de uti possidetis juris. La Sala señala

---

<sup>34</sup> Consulta en <https://www.dipublico.org/cij/doc/80.pdf> (20/06/2020).

que la esencia del principio convenido es su objetivo primario de garantizar el respeto a los límites territoriales existentes en el momento de la independencia, y que su aplicación ha dado como resultado que los límites administrativos coloniales se transformaran en fronteras internacionales”<sup>35</sup>.

### 2.3. EL PRIMER CONFLICTO TERRITORIAL CON CHILE

Sólo analizaremos en el presente acápite lo referido a la argumentación jurídica basada en el Uti Possidetis en la primer protesta diplomática argentina por la ocupación por parte de Chile del Estrecho de Magallanes, excluyendo el resto de las cuestiones limítrofes que se suscitaron entre Chile y Argentina, por exceder el objeto de este trabajo.

Tanto Chile como Argentina asumen el territorio tanto de la Capitanía General de Chile y del Virreynato del Río de la Plata respectivamente, siendo de *“rigurosa aplicación el principio uti possidetis juris”*<sup>36</sup>.

En 1685 en ocasión de crearse una Audiencia en Chile, se le delimitó la competencia a la misma: *“tenga por distrito todo el Reyno de Chile, con las ciudades, etc, que se incluyen en el gobierno de aquéllas provincias, así lo que ahora está poblado y pacificado como que se reduxere (sic) y pacificare, dentro y fuera del Estrecho de Magallanes y la tierra adentro hasta la provincia de*

---

<sup>35</sup> <https://www.dipublico.org/cij/doc/93.pdf>

<sup>36</sup> BAQUERO LAZCANO EMILIO. Tratado de Derecho Internacional, Tomo IV. Ed. Marcos Lerner, Córdoba 1998, p. 308.

Cuyo”<sup>37</sup>. Dicha ley establecía claramente esas condiciones que nunca cumplieron las autoridades de esa Audiencia (reducir, pacificar y poblar).

En abril de 1708 una Real Cédula prevenía al gobernador de Buenos Aires contra los navegantes ingleses, encomendándole la vigilancia de los puertos patagónicos.

El 29 de diciembre de 1766 se expide una Real Orden dirigida al gobernador de Buenos Aires, Francisco de Paula Bucarelli, delimitándole su competencia: *“Esa costa (la patagónica) hasta el Estrecho de Magallanes y sucesivamente hasta el Cabo de Hornos han de ser de la inspección de V.E.”*<sup>38</sup>.

Bien fundadas estaban las prevenciones de España respecto de sus dominios en la América Meridional, de ataques y/o incursiones inglesas en los mismos. El 6 de enero de 1763 es atacada Colonia (Río de la Plata) por una flota anglo-portuguesa, valientemente repelido por el gobernador Pedro de Ceballos; y el gobernador Francisco de Paula Bucarelli haría lo propio en 1770 cuando expulsó a los ingleses que habían fundado Puerto Egmont en la isla Saunders (Gran Malvina)<sup>39</sup>.

En el año 1778, España subdividió a la Capitanía General de Chile en dos intendencias: la de Santiago, comprendida entre el desierto de Atacama hasta el Maule y cuya capital era Santiago; y la otra intendencia, Concepción, desde el Maule hasta el río Bío Bío, y cuya capital era Concepción; también dentro de la jurisdicción de la Capitanía General se encontraban Valdivia y las

---

<sup>37</sup> ORNSTEIN, L., “Problemas Fronterizos entre Argentina y Chile” *Revista E.S.G.*, Buenos Aires 1967, p. 13.

<sup>38</sup> ORNSTEIN, L., ob. cit., p. 15.

<sup>39</sup> ASIS DAMASCO, L. “Los conflictos Internacionales por el comercio” en *Revista In Iure*, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Argentina acceso en <https://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/iniure/article/view/364> (consulta 01/06/2020).

islas Juan Fernández; y el archipiélago de Chiloé, dependía del Virreynato de Lima, pero cuya vigilancia estaba a cargo del intendente de Concepción<sup>40</sup>.

Ya estaban perfectamente delimitados, tanto el Reino de Chile o Capitanía General y el Virreynato del Rio de la Plata o de Buenos Aires.

Numerosos son los reconocimientos de las máximas autoridades de la Capitanía General de Chile de la exclusiva jurisdicción del Virreynato del Rio de la Plata sobre la Patagonia y el Estrecho de Magallanes, así como también lo son los actos de ocupación efectiva por parte de las autoridades rioplatenses como la fundación de poblaciones como Santa Elena, San Gregorio, San Julián, Puerto Deseado, todas establecidas en 1780.

El virrey de Buenos Aires por Real Orden del 9 de septiembre de 1781, designa a Don Francisco de Viedma, gobernador de Armas, cuya jurisdicción abarcaría desde Cabo San Antonio hasta el Puerto Santa Elena; desde dicho puerto hasta el Estrecho de Magallanes, la jurisdicción pertenecía al Comisario Superintendente de San Julián<sup>41</sup>.

Estos actos jurídicos de gobierno, de desenvolvimiento de imperium dotaron de un contundente contenido al principio Uti Possidetis. España, a través de la división política del Virreynato de Buenos Aires, ejerció todos atributos inherentes a su dominio, que pudieran ser sucedidos a la flamantes Provincias Unidas del Rio de la Plata, después por vía del uti possidetis. No sucedió lo mismo en el caso de la isla de Palmas (1928), en donde España (que por medio del Tratado de París de 1898 había cedido las islas Filipinas a Estados Unidos) “no otorgó a favor de los Estados Unidos ningún título de soberanía que

---

<sup>40</sup> LÓPEZ, N. A., . *El Pleito de la Patria*. Ed. Círculo Militar, Buenos Aires, 1975, p. 162.

<sup>41</sup> LÓPEZ, N. A., , ob. cit., p. 162.

*no hubiera tenido España anteriormente*<sup>42</sup>. Esto es la mas clara expresión de otro principio, también de raigambre romanista: *nemo plus iuris transferre potest quam ipso habet* (nadie puede transferir mayores derechos de los que posee)<sup>43</sup>.

Análoga situación es el caso de la isla de Clipperton, sometida al arbitraje del Rey de Italia, Víctor Manuel III, cuyo laudo fue pronunciado el 28 de enero de 1931, en dicho caso, que enfrentó a México y a Francia, por la citada isla, el país azteca esgrimió el *uti possidetis*, como sucesora de España, pero *“la prueba de un derecho histórico de México no es apoyada por ninguna manifestación de su soberanía sobre la isla, soberanía que nunca ha sido ejercida hasta la expedición de 1897”*<sup>44</sup>, muy posterior a la proclamación de soberanía por parte de Francia el 18 de noviembre de 1858 (acto notificado al consulado francés en Honolulu y también al gobierno de Hawaii, que todavía no pertenecía a Estados Unidos), y que si bien la ocupación no había sido continuada *“no hay ningún motivo para estimar que Francia hubiera ulteriormente perdido su derecho por derelictio, ya que ella no ha tenido jamás animus de abandonar la isla, y el hecho de no haber ejercido su autoridad de una manera positiva no implica la caducidad de una adquisición ya definitivamente consumada”*<sup>45</sup>.

Estos laudos nos demuestran que el *uti possidetis* por si sólo no alcanza, se lo debe complementar con la ocupación efectiva, requisitos que siempre cumplió la Argentina.

Con la Revolución de Mayo de 1810, quedaba Carmen de Patagones en la desembocadura del río Negro, si bien no era fácil la ocupación permanente de tan vasto territorio por las difíciles condiciones climáticas y su costo, los límites

---

<sup>42</sup> CASANOVAS O. Y A. RODRIGO, *Casos y Textos del Derecho Internacional Público*. Ed. Tecnos, 6° edición 2010. Madrid, España, p. 308.

<sup>43</sup> RIZZO ROMANO, ob. cit. p. 72.

<sup>44</sup> Consultado en <https://datadipuy.com/caso-isla-clipperton-fallo-arbitral-1931/> (01/06/2020).

<sup>45</sup> Ibidem.

del Virreynato se mantuvieron inalterables; ejerciendo el gobierno patrio su imperium en la totalidad del territorio hasta el Cabo de Hornos<sup>46</sup>.

### 2.3.1. PRIMER TRATADO CON CHILE

Se firma entre ambos estados el 20 de noviembre de 1826, el **Tratado de Amistad, Alianza, Comercio y Navegación** establecía el artículo 3° que ambos estados se garantizan mutuamente *“la integridad de su territorio, y a obrar contra todo poder extranjero que intente mudar por violencia los límites de dichas repúblicas reconocidos antes de su emancipación, o posteriormente, en virtud de tratados especiales”*<sup>47</sup>.

Del texto del tratado se infiere un mutuo reconocimiento de los respectivos límites de ambos estados, consagrando así el principio Uti Possidetis Juris, así como también el principio de Inviolabilidad de las Fronteras.

Es destacable que en la constitución chilena de 1818, en el Título IV, Capítulo I que trata sobre “De la elección y facultades del Poder Ejecutivo”, en el artículo 8° enuncia una clara directiva de vinculación internacional con la Argentina, en ese entonces, “Provincias Unidas”, dicho artículo expresaba: *“Procurará mantener la más estrecha alianza con el Gobierno Supremo de las Provincias Unidas del Rio de la Plata, a que concurrirá eficazmente el Senado por la importancia de nuestra recíproca unión”*<sup>48</sup>. En su Capítulo IV, “De los Gobernadores de provincia y sus Tenientes”, en su artículo 1° establecía: *“El*

<sup>46</sup> PELLIZA, M., ob. cit., pp. 53-54.

<sup>47</sup> ORNSTEIN, L., ob. cit., p. 19.

<sup>48</sup> REPÚBLICA DE CHILE, *Constituciones Políticas de la República de Chile 1810-2015*. Diario Oficial de Chile – 2° Edición, Santiago de Chile, Chile 2015, p. 95.

*Estado de Chile se halla dividido por ahora en tres provincias: la Capital, Concepción y Coquimbo*<sup>49</sup>.

En la constitución de 1822, en el artículo 3° se detalla el territorio: *“El territorio de Chile conoce por límites naturales: al sur, el Cabo de Hornos; al norte, el despoblado de Atacama; al oriente, los Andes; al occidente, el mar Pacífico. Le pertenecen las islas del Archipiélago de Chiloé, las de la Mocha, las de Juan Fernández, la de Santa María y demás adyacentes”*<sup>50</sup>. Similares normas contenían constituciones posteriores.

### 2.3.2. EL DECRETO DEL 10 DE JUNIO DE 1829: SU TRASCENDENCIA JURÍDICA

El Decreto del 10 de junio de 1829 emitido por el gobernador de la provincia de Buenos Aires, General Martín Rodríguez, como gobernador delegado, creó la “Comandancia Política y Militar de las Islas Malvinas”. Su gran trascendencia radica en tres aspectos fundamentales:

- La antigua gobernación-intendencia de Buenos Aires, luego provincia de Buenos Aires, siguió poseyendo el mismo territorio, es decir, parte de las actuales provincias de Buenos Aires, La Pampa, sur de San Luis, y toda la región patagónica, islas Malvinas e incluso la Antártida, hasta que se dictó la ley 1532 del año 1884, que organizó los Territorios Nacionales<sup>51</sup>, por lo tanto, la decisión del gobernador era una continuación político-

<sup>49</sup> *Ibídem*, p. 99.

<sup>50</sup> *Ibídem*, p. 107.

<sup>51</sup> Consulta en [https://cdn.educ.ar/repositorio/Download/file?file\\_id=e5672da9-20b4-4d23-8dcc-96170fa12c48](https://cdn.educ.ar/repositorio/Download/file?file_id=e5672da9-20b4-4d23-8dcc-96170fa12c48) (01/06/2020).

institucional de una larga serie de actos de desenvolvimiento de *imperium*, primero de España, luego de las Provincias Unidas del Río de la Plata;

- La segunda razón que reviste de trascendencia a dicho decreto, es que, al ser el gobernador de la provincia de Buenos Aires, encargado de las relaciones exteriores por expresa delegación de las provincias, tal como lo estableció la Ley Fundamental del 23 de enero de 1825 cuyo artículo 7° expresaba: *“Por ahora y hasta la elección del poder ejecutivo nacional queda este provisoriamente encomendado al gobierno de Buenos Aires con las facultades siguientes: 1°: Desempeñar todo lo concerniente a los negocios extranjeros, nombramiento y recepción de ministros y autorización de los nombrados; 2°: Celebrar tratados, los que no podrá ratificar sin obtener previamente especial autorización del congreso.....”*<sup>52</sup>;
- La tercera razón, es que el decreto sirve de argumentación jurídica para respaldar el dominio argentino sobre todo el Atlántico Sur, incluyendo las Islas Malvinas y la parte más austral del territorio nacional. Salvo el interregno de la presidencia de Bernardino Rivadavia, la Argentina tuvo como máxima figura institucional del Poder Ejecutivo Nacional a los sucesivos gobernadores de la provincia de Buenos Aires hasta el 3 de febrero de 1852, por lo tanto, el decreto de creación de la Comandancia de Malvinas, emanó de quien, en ese entonces, encarnó la “presidencia” de la Nación Argentina.

Rizzo Romano puntualiza que en los considerandos de dicho decreto se halla también el Principio Bioceánico, cuando precisa *“Islas Malvinas y las*

<sup>52</sup> ETCHART MARTHA – DOUZON MARTHA. Documentos de Historia Argentina. Ed. Cesarini Hnos., Buenos Aires 1972, p. 56.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

*adyacentes al Cabo de Hornos, en el Mar Atlántico”*, que luego se incluiría en el Protocolo de 1893 firmado entre Chile y Argentina<sup>53</sup>.

El decreto de 10 de junio de 1829 prescribía:

Cuando por la gloriosa Revolución de Mayo del 25 de Mayo de 1810, se separaron estas provincias de la dominación de la Metrópoli, España, **la España tenía una posesión material en las Islas Malvinas y de todas las demás islas que las rodean hasta el Cabo de Hornos; incluso, la que se conoce como la Tierra del Fuego; hallándose justificada y documentada aquella posesión por el derecho del primer ocupante, por el consentimiento de las primeras potencias marítimas de Europa, y por la adyacencia de estas islas al continente que formaba el Virreinato de Buenos Aires, de cuyo gobierno dependían por esta razón habiendo entrado al gobierno de la República Argentina en la sucesión de todos los derechos que tenía sobre todas las provincias la antigua Metrópoli, España, y de que gozaban sus virreyes;** habiendo seguido ejerciendo actos de soberanía y dominio en dichas islas, sus puertos y costas; a pesar de que aquellas circunstancias no han permitido hasta ahora dar a aquella parte del territorio de la República Argentina, la atención y cuidados que su importancia exigen; pero siendo necesario no demorar por más tiempo las medidas que puedan poner a cubierto los derechos de la República Argentina, haciéndose al mismo tiempo, gozar de las ventajas que puedan dar los productos de aquellas islas, y que, asegurando la protección debida a su población; el gobierno de la República Argentina, en mi representación, ha acordado y decreta:

---

<sup>53</sup> RIZZO ROMANO ALFREDO. Derecho Internacional Público. Ed. Plus Ultra, Buenos Aires 1994, pp. 833-834.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

**Art. 1: Las Islas Malvinas y las adyacentes al Cabo de Hornos, en el Mar Atlántico, serán regidas por un comandante político y militar, nombrado inmediatamente por el gobierno de la República Argentina.**

Art. 2: La residencia del comandante político y militar será en la Isla de la Soledad, y en ella se establecerá una batería bajo nuestro pabellón.

Art. 3: El comandante político y militar hará observar por la población de dichas islas, las leyes de la República Argentina, y cuidará en sus costas de la ejecución de los reglamentos sobre la pesca de anfibios.

Art. 4: Comuníquese y publíquese.

Firmado: Martín Rodríguez - (Gobernador) - S.M. Del Carril - (Secretario)<sup>54</sup>

### 2.3.3. EL ESTRECHO DE MAGALLANES

En 1833 se organizó la expedición al “desierto” (tal como se califica entonces al oeste de la provincia de Buenos Aires, La Pampa y la Patagonia) cuyo jefe fue el General Juan Facundo Quiroga, dividida en tres divisiones: la derecha, al mando del General José Félix Aldao; la centro, a órdenes del General José Ruiz Huidobro; y la izquierda, al mando de Juan Manuel de Rosas<sup>55</sup>. Su objetivo principal era combatir a los indios (tal la denominación de los pueblos

<sup>54</sup> PEREYRA, E. F., *Las Islas Malvinas – Soberanía Argentina, Antecedentes, Gestiones Diplomáticas*, Secretaría de Estado de Cultura y Educación. Ediciones Culturales Argentinas, Buenos Aires 1969, pp. 17-18.

<sup>55</sup> WALTHER, J.C., *La Conquista del Desierto*. Ed. Círculo Militar – Volumen 545-46, Buenos Aires 1964, pp. 266-269.

originarios) que eran hostiles. En su proyección original, incluía la participación de Chile, cuya división hubiera estado a cargo del General Bulnes, quien años después enviaría la expedición al Estrecho de Magallanes<sup>56</sup>.

Si bien no concordamos con esa manera de encarar la vinculación con el aborigen, de verlo como un obstáculo por su condición de “salvaje”, recordemos que en esa época tal era la concepción que se tenía de quien o quienes no se adaptaban al esquema político-económico de corte europeo; décadas después, caerían en la misma categoría los gauchos, caudillos y pueblos del interior que se alzaban contra la guerra de la Triple Alianza llevada al pueblo hermano del Paraguay.

El gobierno de Chile del General Bulnes envió una expedición al Estrecho de Magallanes al mando del Capitán de Fragata John Williams, a bordo de la fragata “Ancud”, quien fundó el 21 de septiembre de 1843 el Fuerte Bulnes, en Puerto del Hambre, en la península de Brunswick, situado en el margen oeste del Estrecho, en territorio argentino<sup>57</sup>.

El gobierno del General Juan Manuel de Rosas, gobernador de la provincia de Buenos Aires, en representación de las relaciones exteriores de la Confederación Argentina, toma conocimiento del hecho en 1847.

Se consultó al Coronel José Arenales, ingeniero principal del Departamento Topográfico sobre la situación exacta de la colonia chilena “Fuerte Bulnes” y si la misma había sido fundada en territorio argentino. Su dictamen experto determinó que: “ha sido siempre una inteligencia común y tradicional, que la jurisdicción de Chile y del Rio de la Plata eran de derecho deslindados por la cumbre de la cordillera de los Andes, corriendo de norte hacia el sur hasta el

---

<sup>56</sup> WALTHER, J.C., ob. cit., p. 265.

<sup>57</sup> LÓPEZ, N., ob. cit., p. 165.

Estrecho de Magallanes”<sup>58</sup>; en función que la cordillera continuaba en dicho estrecho, el criterio delimitatorio permanecía inmutable; por ello, proseguía Arenales, que “es legal...la suposición de la autoridad chilena, de pertenecerle toda la costa y archipiélagos del mar Pacífico hasta el Estrecho de Magallanes, así como la opuesta es legal la suposición de la autoridad argentina de pertenecerle toda la costa, archipiélagos y adyacencias desde el Rio de la Plata hasta el Estrecho de Magallanes en el mar Atlántico”<sup>59</sup>.

Por lo tanto, el Fuerte Bulnes, había sido fundado en territorio argentino.

Las circunstancias históricas no eran las mejores, pues la Argentina venía de sufrir el bloqueo francés (1837-40) y el bloqueo anglo-francés (1845-49), además de los conflictos internos, por lo que antes, durante y después de la fundación del Fuerte Bulnes, el gobierno de la Confederación Argentina tenía serias urgencias que atender motivadas por las agresiones militares antedichas. No obstante ello, se procedió con diligencia y patriotismo a cumplir el deber que imponían las circunstancias.

La nota de protesta fue enviada al gobierno de Chile el 15 de diciembre de 1847, firmada por el canciller argentino, el Dr. Felipe Arana. Esta nota, es una valiosa síntesis de los fundamentos de la Argentina, que por segunda vez, se recurría al Principio “Uti Possidetis Juris” como argumento diplomático, la primera fue en la protesta por la usurpación de las Islas Malvinas en 1833.

La protesta comienza puntualizando la localización del Fuerte Bulnes en territorio argentino, recuerda que lo que se denominaba “Puerto del Hambre”, en tiempos de la monarquía española se llamaba “Puerto de San Felipe”; remarca que la competencia, cuando se pertenecía a España, de vigilancia y policía del Estrecho de Magallanes, así como para Tierra del Fuego e islas adyacentes,

---

<sup>58</sup> PELLIZA, M., ob. cit., p. 82.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

siempre fue de los virreyes y gobernadores de Buenos Aires. Define el canciller Arana, el Principio “Uti Possidetis”: *“Las repúblicas de la América del Sur al desligarse de los vínculos que las unían a la metrópoli y al constituirse en estados soberanos e independientes, adoptaron por base de su división territorial la misma demarcación que existía entre los varios virreinos que la constituían”*<sup>60</sup>.

Recibió una lacónica respuesta, aprovechando Chile en la misma, introducir una reclamación sobre potreros y valles situados en la cordillera de los Andes, que supuestamente habían sido usurpados por la provincia de Mendoza.

Arana vuelve a enviar una nota el 16 de noviembre de 1848, en la que expresa que enviará un ministro plenipotenciario a Chile con todos los documentos y antecedentes necesarios, para una discusión prolija de los derechos<sup>61</sup>.

Efectivamente, el argumento legal para dicha defensa fue encargado al Señor Don Pedro Angelis, distinguido publicista, cuyo trabajo finalizó el 1 de enero de 1849, que a su vez el mismo fue revisado por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield<sup>62</sup>.

En la Memoria elaborada por Angelis, se esgrimen no sólo argumentos históricos jurídicos, sino también de la más elemental lógica. Enfatiza que el Estrecho de Magallanes no era “terrae nullius”; puesto que *“desde su descubrimiento ha pertenecido a España por el derecho de descubridor y de primer ocupante; y su gobierno, usando de este derecho, agregó esas tierras a la jurisdicción territorial del de Buenos Aires, como más próximo y en contacto con ellas...son infinitos los testimonios del cielo con que fue desempeñada por los gobernadores y virreyes de estas provincias. Expediciones, reconocimientos,*

---

<sup>60</sup> PELLIZA, M., ob. cit., p. 82-85.

<sup>61</sup> *Ibidem*, pp. 88-90.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

*fundaciones de colonias, trabajos científicos, sacrificios imponderables, todo, en fin, lo que acredita miras de conservación y no intención de abandonar*<sup>63</sup>.

El gobierno de Chile encargó al Señor Miguel Luis Amunátegui la tarea de refutar la Memoria presentada por Angelis, la misma careció de fundamentos sólidos.

El aporte del Dr. Vélez Sarsfield hizo hincapié en la posesión, primero de España, luego de la Argentina, puesto que la base de la pretensión chilena era la inexistencia de posesión, así razonaba quien décadas después sería el coautor del Código de Comercio y autor del Código Civil: “...cuando la posesión está fundada sobre un título a toda una cosa o un territorio determinado, la posesión de solo una parte de él, abraza toda la extensión del título”<sup>64</sup>.

Dicho razonamiento está contenido en el laudo sobre la isla de Palmas:

Las manifestaciones de soberanía territorial asumen, es verdad, diferentes formas, de acuerdo con las condiciones de tiempo y lugar. La soberanía, aunque en principio (es) continua, de hecho no puede ejercitarse en todo momento sobre todos los puntos de un territorio. La intermitencia y discontinuidad compatibles con el mantenimiento del derecho difieren necesariamente según se trate de regiones habitadas o deshabitadas, o regiones situadas entre territorios en los que la soberanía es ejercida incuestionablemente, o regiones accesibles, por ejemplo, desde el alta mar...<sup>65</sup>

Los títulos presentados por la Argentina eran de incontestable contundencia y la solvencia intelectual de la Memoria de Angelis y Vélez Sarsfield, irrefutables. Sumado a ello, con un gobierno dotado de la prudencia

---

<sup>63</sup> Ibídem, pp. 94-95.

<sup>64</sup> Ibídem, p. 105.

<sup>65</sup> Consulta <https://datadipuy.com/caso-isla-de-palmas-fallo-arbitral-1928/> (02/06/2020).

necesaria para saber instrumentar los medios políticos necesarios para defender jurídicamente en forma idónea y eficaz los derechos argentinos.

#### 2.3.4. TRATADO DE PAZ, AMISTAD, COMERCIO Y NAVEGACIÓN CON CHILE – 30-VIII-1855

Firmado en Santiago el 30 de agosto de 1855 (ratificado por Argentina en 1856), cuyo artículo 39° expresaba:

Ambas partes contratantes reconocen como límites de sus respectivos territorios, los que poseían como tales al tiempo de separarse de la dominación española en el año 1810, y convienen en aplazar las cuestiones que han podido o puedan suscitarse sobre esta materia, para discutir las después, pacífica y amigablemente sin recurrir jamás a medidas violentas y en caso de no arribar a un completo arreglo someterla a discusión de una nación amiga<sup>66</sup>.

Por el artículo 40°, establecía la vigencia del Tratado en 12 años. En 1867, el presidente de Chile, Pérez Mascayano manifestó al congreso de su país, la voluntad de dejar expirar el plazo, que vencía el 29 de abril de 1868. El Jefe de Estado chileno afirmó que el mismo no consultaba la necesaria reciprocidad, al no aceptar la Argentina la mediación de los aliados del Pacífico por la guerra de la Triple Alianza (guerra que enfrentó a Argentina, Uruguay, Brasil contra Paraguay 1865-1870<sup>67</sup>); y que también nuestro país había rechazado la alianza cuando Chile era agredido por España (Caso Islas Chinchas, 1865<sup>68</sup>). No

---

<sup>66</sup> ORNSTEIN, L., ob. cit., p. 25.

<sup>67</sup> MORENO QUINTANA, L., . *El Sistema Internacional Americano*. Ed. Jurídica, Buenos Aires, p. 39.

<sup>68</sup> MORENO QUINTANA, L., , ob. cit., p. 26.

obstante de ser denunciado dicho Tratado, ese artículo 39° sería considerado como base para solucionar las cuestiones limítrofes.

Mientras los vaivenes diplomáticos se desarrollaban, el Capitán Luis Piedrabuena, afianzaba los derechos argentinos en la Patagonia austral y en el Atlántico Sur; construye en 1859 un refugio para náufragos en la Isla de los Estados<sup>69</sup>.

Le sucedieron negociaciones y proyectos de Tratados como el de 1865, 1872, 1877 (Yrigoyen-Barros Arana) y el del 18 de enero de 1878 (Elizalde-Barros Arana). El proyecto de Tratado de Arbitraje en sus tres primeros artículos se establecen conceptos interesantes: El Artículo 1°, repetía lo que ya no estaba en discusión, que la cordillera de los Andes era el límite entre ambos estados corriendo la línea divisoria por sobre los puntos mas encumbrados de ella, pasando por entre los manantiales de las vertientes que desprenden a un lado y al otro, agregándose que si hubiese dificultades en donde no sea clara la línea divisoria de las aguas, se resolvería amistosamente por medio de peritos. En el artículo 2°, luego de aceptar lo estipulado en el artículo 39° del Tratado de 1855, fija el objeto del eventual arbitraje: *“¿Cuál era el uti possidetis de 1810 en los territorios que se disputan: es decir, los territorios disputados pertenecían en 1810 al virreinato de Buenos Aires o a la Capitanía General de Chile?”*<sup>70</sup>. El artículo 3°, ordena que el árbitro deberá tener en cuenta la regla de Derecho Público Americano, aceptada por los Estados, dicha regla era que no había en América res nullius, consecuencia de haber sucedido a la Corona Española en sus dominios americanos.

Frustrado dicho proyecto, se iniciaron en abril de 1879, las conferencias diplomáticas, finalizaron firmando ambos representantes, Montes de Oca y

---

<sup>69</sup> Cfr. BALLESTER, H., *Revista del Círculo Militar* N° 698, Diciembre 1975, Buenos Aires, pp. 43-44.

<sup>70</sup> PELLIZA, M., ob. cit., pp. 224-225.

Balmaceda. Si bien se reiteró la intención de someter la cuestión al arbitraje, en el artículo 6° se dejaron asentadas las bases y puntos de partida que en el fallo debería tener en cuenta el árbitro: “1°, Aceptación del Uti Possidetis de 1810 por ambos Estados; 2°, los actos y documentos emanados del Rey de España y de sus Agentes en América; 3°, El principio de Derecho Público Americano según el cual no hay no había en América en la época de la emancipación de las dos Repúblicas, territorios que puedan llamarse *res nullius*”<sup>71</sup>.

### 2.3.5. TRATADO DEFINITIVO DE LÍMITES DE 1881

El 23 de julio de 1881 se suscribió en Buenos Aires el Tratado Definitivo de Límites que en su artículo 1° establece como principio delimitatorio entre ambos estados “la cordillera de los Andes” y de ésta la que sigue a “las cumbres más elevadas de dichas cordilleras que dividan las aguas y pasará por entre las vertientes que se desprenden a un lado y otro”. Este límite comprende desde el norte hasta el paralelo 52° de latitud.

En caso de dificultad se designarán un perito por cada parte; si la cuestión subsistiera se designará un tercer perito.

Se comprobó que a partir del paralelo 41° de latitud sur la cordillera se abría en diversos ramales y con vuelcos imprevistos de los cursos de agua. El perito chileno Barros Arana sostenía el *divortium aquarum*, mientras que el perito argentino afirmaba la fórmula geográfica de las altas cumbres.

**Protocolo Adicional de 1893 (Principio Bioceánico):** Se estableció en el artículo 2°, el principio bioceánico y determina que Chile no puede

---

<sup>71</sup> *Ibidem*, ob. cit., pp. 281-282.

pretender punto alguno hacia el Atlántico, ni Argentina hacia el Pacífico. Aclara que la división de aguas no es de cuencas, sino de vertientes<sup>72</sup>.

### **3. ISLAS MALVINAS**

#### **3.1. SU DESCUBRIMIENTO**

España tiene la prioridad del descubrimiento; en las cartas marinas españolas ya figuraban como “Islas Sansón” en 1522; y fueron registradas en el islarío general de Don Alonso de Santa Cruz en 1541.

En cuanto a este tema hay dos tesis: la primera señala que fueron descubiertas por marinos españoles en 1520, por Esteban Gómez piloto del buque San Antonio que formaba parte de la expedición de Magallanes; la segunda tesis le atribuye el descubrimiento a John Davis en 1592, marino inglés que realiza exploraciones por los mares patagónicos. Esto último se debe descartar totalmente ya que no figuraban en la cartografía británica, siendo la misma la más avanzada de la época, además de ser extraño que Gran Bretaña no asentara ese acontecimiento. Una variante sostiene que fue Hawkins en 1594, aunque la debilidad del mismo es como el anterior, sumado a que sus referencias geográficas están plagadas de inexactitudes.

#### **3.2. OCUPACIÓN**

La primera ocupación efectiva se realizó en el 17 de marzo de 1764, mediante la fundación de una colonia llamada “Fort Louis”, luego “Puerto Louis” en la isla oriental de Malvinas, Isla Soledad (luego denominado “Puerto Soledad”,

---

<sup>72</sup> RIZZO ROMANO, A., ob. cit., pp. 213-214.

se encuentra en la bahía de la Anunciación, al norte de la península de Freycinet donde está Puerto Argentino), por parte de marinos franceses, comandados por el Conde Luis de Bougainville que procedían de Saint Maló, en honor a ello, denominaron a las islas “Malowines”, de donde deriva el nombre actual de Malvinas.

España reclamó ante el gobierno francés, alegando sus derechos, a lo que el monarca francés se allanó.

En efecto en 1767, Bougainville efectuó la formal entrega al Sr. Ruiz Puente gobernador designado por España, pagando España a Francia una indemnización por los gastos efectuados.

En 1765, los ingleses comandados por el Capitán Byron desembarcaron en la parte occidental del archipiélago, isla Saunders, y fundaron Puerto Egmont. Fueron quienes llamaron “Falklands” a las islas.

En carta del 20 de julio de 1765, Lord Egmont, primer lord del Almirantazgo (el puerto de su nombre fundado en la isla Saunders fue en su honor), describió la importancia estratégica que tenían las islas para Gran Bretaña: *“ Este establecimiento es indiscutiblemente la llave de todo el Océano Pacífico. Esta isla puede controlar los puertos y comercio de Chile, Perú, Panamá, Acapulco, y en una palabra, todos los territorios españoles sobre ese mar”*<sup>73</sup>.

España encomendó al gobernador de Buenos Aires (jurisdicción que comprendía las Malvinas) terminar con esa ocupación ilegítima; para ello envió una expedición comandada por Madariaga que en 1770 expulsó violentamente a los ocupantes. Hecho que generó tensión entre ambas potencias hasta que actuó Francia como mediador, llegando al acuerdo del 22 de enero de 1771.

Este entendimiento está integrado por un acuerdo público y una promesa secreta. Por el acuerdo público, España, consentía que Inglaterra se reinstalara

---

<sup>73</sup> PEREYRA, F. E., ob. cit., p. 15.

en Puerto Egmont pero con la salvedad que ello no implicaba reconocerle ningún derecho. Por la “promesa secreta”, oralmente formulada, Inglaterra se comprometió a desalojar la isla después de algún tiempo de su reinstalación en Puerto Egmont, retirándose de ella a fin de que España pudiera ocuparla. La promesa fue ratificada verbalmente en audiencia especial al Príncipe de Masserano, representante de España, por el Rey Jorge III. Al ser oralmente formulada han surgido cuestionamientos acerca de su existencia. Fue negada por Lord Palmerston en 1834 ante el reclamo argentino.

La prueba que la promesa secreta existió, fue que Inglaterra se retiró en 1774 (años después de la reinstalación en Puerto Egmont). Cuando se retiraron dejaron una placa de plomo donde dejaban asentados sus pretendidos derechos y una bandera. Para el Derecho Internacional eso no tiene ninguna validez<sup>74</sup>.

En 1788 ocupan la isla de los Estados (este de Tierra del Fuego), siendo desalojados en 1791.

**Convención de Nootka – 1790 (San Lorenzo):** Por medio de esta Convención, Inglaterra y España zanjaron muchas cuestiones que había entre ellas; en el art. 6 de la Convención establece acerca de las costas orientales y occidentales de la América meridional y a las islas adyacentes, “que los súbditos respectivos no formarán en lo venidero ningún establecimiento en las partes de estas costas, situadas al sur de las partes de las mismas costas y de las islas adyacentes ya ocupadas por España”. Creado el Virreynato del Río de la Plata en 1776, las islas Malvinas integraban la gobernación de Buenos Aires; designándose autoridades para dichas dependencias en forma sostenida y regular<sup>75</sup>.

Desde 1774 hasta 1810, se sucedieron diecinueve gobernadores españoles; luego de la Revolución de Mayo, las islas siguieron perteneciendo a

---

<sup>74</sup> BAQUERO LAZACANO, E., ob. cit., Tomo IV, p. 381-395.

<sup>75</sup> ASIS DAMASCO, L., ob.cit.

la gobernación de Buenos Aires. La continuidad jurídica en los derechos sobre las islas es muy importante, lo demuestra un documento que autoriza el pago de emolumentos a un ex gobernador de las islas, Teniente de Navío Gerardo Bordas, firmado por el Presidente de la Junta, Cornelio Saavedra y el Secretario de la misma, Juan José Paso. El 6 de noviembre de 1820, el Teniente Coronel David Jewit al mando de la fragata “Heroína”, tomó posesión formalmente de las Islas Malvinas en nombre del gobierno de Buenos Aires<sup>76</sup>.

Ya hemos descripto *ut supra* el decreto del 10 de junio de 1829, y su trascendencia jurídico-política.

Dicho decreto originó la primer protesta por parte de Gran Bretaña, que a través de su Encargado de Negocios, Parish, sosteniendo que el gobierno argentino se había arrogado una autoridad que era incompatible con la soberanía británica sobre las islas, recordando que el retiro inglés en 1774 no debía entenderse como abandono, sino sólo por cuestiones financieras<sup>77</sup> (algo que estaba mencionado en la placa de plomo que dejaron en Puerto Egmont).

El primer incidente de consideración en muchos años, fue protagonizado por Estados Unidos, pescadores de ese país fueron apresados en agosto de 1831 por infringir la prohibición de pesca y caza de anfibios<sup>78</sup>.

El gobierno argentino reclamó al Encargado de Negocios de EE.UU., Mr. Slacum, quien rechazó la protesta, negando la soberanía de argentina, pues tampoco habían pertenecido a España, y por ende, la Argentina no tenía la facultad de reglamentar la pesca, y que pertenecían a Inglaterra.

A fines de diciembre de 1831 arribó a las islas la fragata “Lexington” al mando de Silas Duncan, buque de guerra norteamericano, desembarcó tropas,

---

<sup>76</sup> PEREYRA, F. E., ob. cit., pp. 16-17.

<sup>77</sup> RUIZ MORENO, I. *Historia de las Relaciones Exteriores Argentinas 1810-1955*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1961, p. 342.

<sup>78</sup> LÓPEZ, N. A., ob. cit., p. 356.

apresó a quienes habían defendido las islas, se inutilizó piezas de artillería, destruyeron y saquearon casas y liberaron por la fuerza a los infractores<sup>79</sup>, todo un acto de piratería.

En febrero de 1832, el gobierno argentino toma conocimiento de estos hechos, formulando el gobernador Juan Manuel de Rosas (gobernador de la provincia de Buenos Aires encargado de las relaciones exteriores) la correspondiente protesta ante el gobierno estadounidense, presentada por el canciller, Dr. Manuel Vicente Maza. El 14 de febrero, Rosas publica los agravios a la soberanía argentina sobre las islas Malvinas.

El 2 de enero de 1833, la corbeta “Clío”, al mando del capitán John James Onslow, llegó a Puerto Soledad y notificó a las autoridades argentinas “que venía a hacer efectiva la soberanía de su Majestad británica”, intimando al entonces Comandante Político y Militar de las islas, Teniente Coronel José María Pinedo, a arriar en el término de veinticuatro horas el pabellón nacional, a lo que el Comandante se negó y protestó enérgicamente<sup>80</sup>.

Toda la guarnición es obligada a embarcar en la goleta “Sarandí” rumbo a Buenos Aires. Ante la usurpación de las Malvinas, el gobernador de la provincia de Buenos Aires, a cargo de las relaciones exteriores de la Confederación Argentina, Juan Ramón Balcarce, reclama por el hecho ante el Encargado de Negocios Británico, Phillip Gore, extendiéndola a todas las naciones con las que la Argentina mantenía relaciones diplomáticas. También instruyó Balcarce al ministro plenipotenciario argentino en Londres, Dr. Manuel Moreno (hermano de Mariano Moreno), a los fines que presente la protesta al gobierno británico.

La primer protesta diplomática por la usurpación de las islas Malvinas, se realizó el 17 de junio de 1833, ante el titular del Foreign Office, Lord

---

<sup>79</sup> *Ibídem.*

<sup>80</sup> *Ibídem*, p. 364.

Palmerston<sup>81</sup>. La misma tiene un alto valor político y diplomático, pues demuestra la eficaz protesta ante el ataque a la soberanía argentina, no prestando nunca la Argentina, aquiescencia a la ocupación británica de las islas Malvinas.

El Memorial del Dr. Moreno, comienza relatando todos los antecedentes históricos, el descubrimiento, la ocupación francesa, la británica, el reconocimiento francés a la soberanía española, el Tratado de 1771 entre España y Gran Bretaña, y por último enuncia el principio “Uti Possidetis Juris”:

Es notorio á todo el mundo, que por la revolución que tuvo lugar en 25 de Mayo de 1810, y la declaración solemne de independencia de 9 de Julio de 1816, se constituyó en la jurisdicción de Buenos Aires una comunidad política bajo el título de Provincias Unidas del Rio do la Plata, que ha sido reconocida por la Gran Bretaña, y otras naciones principales. Esta comunidad política no podía existir sin territorio, pues donde no hay independencia de territorio, no puede haber estado soberano; y así como adquirió el derecho de los tratados, el de comercio, y el derecho de las negociaciones con las Potencias Extranjeras, adquirió también el derecho de propiedad del Estado (*juri in patrimonium republica*). **Las Provincias Unidas sucedieron por consiguiente á la España en los derechos que esta nación, de que se separaban, había tenido en aquella jurisdicción. Las Islas Malvinas habían sido siempre una parte de aquel país ó de aquel distrito; y en tal calidad compusieron una parte del dominio, ó propiedad pública del nuevo Estado (*patrimonium republica publicum*) y fueron reclamadas y habitadas por sus súbditos. La soberanía de las Islas que cesaba en el Gobierno Español por la independencia americana, no podía pasar en sucesión á Inglaterra, ni revivir una cuestión y pretensiones estinguidas. Apoyado en tantos y**

---

<sup>81</sup> *Ibídem.*

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

tan sólidos fundamentos; fuerte, en la justicia de su causa y en la conciencia de sus derechos, el Gobierno de la República protestó en 22 de Enero de 1833 ante la legación Británica en Buenos Aires contra la expulsión de su guarnición y establecimiento en Malvinas, y contra la asump- cion de soberanía que se ha hecho en ellas á nombre de la Gran Bretaña etc., mandando al infrascripto que reproduzca aquella protesta al Gobierno de S. M.<sup>82</sup>.

El Memorial fue respondido, sosteniendo los británicos que las Provincias Unidas habían abandonado las islas, y que la pretensión de soberanía de S.M.B. abarcaba todo el archipiélago.

El 21 de noviembre de 1838, el canciller Arana envía instrucciones secretas a Moreno, que “*explore con sagacidad*” la posibilidad de una transacción pecuniaria por la ocupación de las Malvinas a cambio de la cancelación del préstamo otorgado por la Baring Brothers<sup>83</sup>. Gran habilidad había demostrado Rosas, según Moreno Quintana<sup>84</sup>, en ese ofrecimiento, pues intentaba obtener un reconocimiento de la soberanía argentina.

A fines de 1841, Moreno publica un folleto titulado: “Reclamación del gobierno de las Provincias Unidas del Río de la Plata contra el de su Majestad británica sobre la soberanía y posesión de las islas Malvinas”, el mismo es rechazado.

### III. LA PROTECCIÓN AL TERRITORIO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y SUS LÍMITES

<sup>82</sup>

Consulta

en

[https://docs.google.com/document/d/1MzM1sUg7AV\\_hLzCy8MFrXLaMXkXmW9o\\_y\\_9hdkmplfY/edit](https://docs.google.com/document/d/1MzM1sUg7AV_hLzCy8MFrXLaMXkXmW9o_y_9hdkmplfY/edit) (02/06/2020).

<sup>83</sup> RUIZ MORENO, I, ob. cit., p. 345.

<sup>84</sup> MORENO QUINTANA, L., , ob. cit. Tomo II, p. 81.

En la Convención de Montevideo mencionada *ut supra*, además de señalarlo como uno de los elementos principales del Estado, consagra también su inviolabilidad en su artículo 11 *in fine*. Las Naciones Unidas también han dado tutela a la integridad territorial, por ejemplo, en las Resoluciones 1514 (“Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales” – 1960); 2625 (“Principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” – 1970); 3281 (“Declaración de derechos y obligaciones de los Estados” – 1974); 3314 (“Definición de la Agresión” – 1974); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976); y en el ámbito regional, el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (1948).

Una concepción inescindible al territorio, es la protección del medio ambiente, incluyéndose la misma al concepto de integridad territorial, pues mientras ésta hace a su *extensión*, la tutela medioambiental en sentido amplio haría a la *composición* del territorio<sup>85</sup>.

Concordando con la **Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano**, reunida en Estocolmo (1972), cuyo **Principio 21** establece:

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo

---

<sup>85</sup> DROMI ROBERTO – MENEM EDUARDO. La Constitución Reformada. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1994, p. 140.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional<sup>86</sup>.

Así como el Orden Jurídico Internacional tutela la integridad territorial de los Estados, también limita el uso abusivo, perjudicial y/o peligroso del territorio por parte de los mismos, como el Tratado de Moscú para la prohibición de los ensayos con armas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua (1963); Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina (Tlatelolco, 1967); Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (TNP – 1970), etc.

## VI. CONCLUSION

Pudimos apreciar que el Principio “Uti Possidetis Juris” es la piedra angular de la integridad territorial de la Argentina, sostenido como principal argumento en la disputa por la soberanía de las islas Malvinas, así como fue la base en los conflictos limítrofes con Chile.

El “Uti Possidetis” si bien ha sido típico de la América Hispánica, vimos cómo se aplicó en otras partes de Europa; incluye la premisa que no existían en las nobles Repúblicas Americanas “terrae nullius”, es decir, territorios sin dominio que pudieran ser susceptibles de ser ocupados por cualquier potencia; también incluye el Principio de “Inviolabilidad de Fronteras”<sup>87</sup> e Integridad Territorial, lo que no excluye el cambio pacífico de los límites entre Estados. Como Principio internacionalmente reconocido, queda ampliamente

---

<sup>86</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Compendio de Normas Internacionales. Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*. Ediciones La Ley, Buenos Aires 2005, pp. 866-867.

<sup>87</sup> OSMAŃCZYK EDMUND JAN, ob. cit., p. 578.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

comprendido en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuando se refiere al orden de prelación con el cual la Corte deberá aplicar para decidir sobre las controversias que le sean sometidas: “c) *Los Principios Generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas*”<sup>88</sup>.

Los gobiernos de los Estados deben utilizar su territorio conforme al Derecho Internacional, procurando utilizar el mismo para proveer al Bien Común de sus Pueblos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ASIS DAMASCO L. “Los Conflictos Internacionales por el Comercio” en *Revista In Iure*, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Argentina acceso en <https://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/iniure/article/view/364> (20/06/2020)
- BALLESTER H. *Revista del Círculo Militar* N° 698, Diciembre 1975, Buenos Aires.
- BAQUERO LAZCANO E. *Tratado de Derecho Internacional Público*, Tomos IV y V. Editorial Marcos Lerner, Córdoba 1998.
- CASANOVAS O., RODRIGO A. *Casos y Textos del Derecho Internacional Público*. Editorial Tecnos 6° edición 2010. Madrid, España.
- DIEZ DE VELAZCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Editorial Tecnos 16° edición, España 2007, páginas 273-274.
- DROMI R. Y E. MENEM, *La Constitución Reformada*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1994.
- ETCHART M Y M. DOUZON, *Documentos de Historia Argentina*. Editorial Cesarini Hnos., Buenos Aires, 1972.
- GONZÁLEZ, J., *Asalto a la Argentina*. Editorial Docencia, Buenos Aires, 2011.

<sup>88</sup> *Compendio de Normas Internacionales. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. Ediciones La Ley, Buenos Aires 2005, p. 22.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

- HALAJCZUK B. Y M. MOYA DOMINGUEZ, *Derecho Internacional Público*. Editorial Ediar, 3° edición, Buenos Aires 1998.
- HELLER, H., *Teoría del Estado*. Editorial Fondo de Cultura Económica, Quinta Reimpresión FCE Argentina, 1992.
- LÓPEZ, N. *El Pleito de la Patria*. Editorial Círculo Militar, Buenos Aires 1976.
- MORENO QUINTANA L. *Derecho Internacional Público*. Tomos I y II. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1963.
- MORENO QUINTANA L. *Elementos de Política Internacional*. Escuela Superior de Guerra, Buenos Aires 1955.
- MORENO QUINTANA L. *El Sistema Internacional Americano*. Editorial Jurídica, Buenos Aires 1927.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Compendio de Normas Internacionales*. Ediciones La Ley, Buenos Aires, 2005
- ORNSTEIN L. *Problemas Fronterizos entre Argentina y Chile*. Revista E.S.G., Buenos Aires 1967.
- OSMAÑCZYK E. *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1976.
- PELLIZA M. *La Cuestión del Estrecho de Magallanes*. Editorial Eudeba 1969.
- PEREYRA EZEQUIEL F. *Las Islas Malvinas – Soberanía Argentina, Antecedentes, Gestiones Diplomáticas*, Secretaría de Estado de Cultura y Educación. Ediciones Culturales Argentinas, Buenos Aires 1969.
- REPÚBLICA ARGENTINA, *Constitución de la Nación Argentina*.
- República Argentina, *Documentos de la Conformación Institucional Argentina 1782-1972*. Editorial Poder Ejecutivo Nacional, Buenos Aires 1974.
- REPÚBLICA DE CHILE, *Constituciones Políticas de la República de Chile 1810-2015*. Diario Oficial de Chile – 2° Edición, Santiago de Chile, Chile 2015.
- Revista “Gente y la actualidad”. Año 8 N° 430. 18 octubre 1973.
- RIZZO ROMANO, A., *Derecho Internacional Público*. Editorial Plus Ultra 3° edición, Buenos Aires 1994.

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

- RUIZ MORENO, I., *Historia de las Relaciones Exteriores Argentinas 1810-1955*. Editorial Perrot, Buenos Aires 1961.
- SILIONI, S. R., *La Diplomacia Luso-brasileña en la cuenca del Plata*. Editorial Círculo Militar, Buenos Aires 1964.
- VITTORIA, F., *Derecho Natural y de Gentes*. Emecé Editores, Buenos Aires 1946.
- WALTHER, J.C. *La Conquista del Desierto*. Editorial Círculo Militar – Volumen 545-46, Buenos Aires, 1964.
- ZOOK, D. *La Conducción de la Guerra del Chaco*, Volumen 517. Círculo Militar, Buenos Aires, 1962.

#### **OTRAS FUENTES VIRTUALES**

- [http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/ley-fundamental-de-colombia-1819--0/html/ff6c28b0-82b1-11df-acc7-002185ce6064\\_2.html](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/ley-fundamental-de-colombia-1819--0/html/ff6c28b0-82b1-11df-acc7-002185ce6064_2.html). (consulta 20/06/2020)
- [ftp://ftp.unsj.edu.ar/agrimensura/Trabajo%20Final/Trabajo%20Final-L%C3%8DMITES-Castilla\\_Guzm%C3%A1n\\_Maldonado-FI\\_UNSJ.pdf](ftp://ftp.unsj.edu.ar/agrimensura/Trabajo%20Final/Trabajo%20Final-L%C3%8DMITES-Castilla_Guzm%C3%A1n_Maldonado-FI_UNSJ.pdf). (consulta 20/06/2020)
- <http://ejil.org/pdfs/3/1/1175.pdf> (consulta 20/06/2020)
- <https://www.dipublico.org/cij/doc/80.pdf> (consulta 20/06/2020)
- <https://www.dipublico.org/cij/doc/93.pdf> (consulta 20/06/2020)
- [https://docs.google.com/document/d/1MzM1sUg7AV\\_hLzCy8MFrXLaMXkXmW9o\\_y\\_9hdkmplfY/edit](https://docs.google.com/document/d/1MzM1sUg7AV_hLzCy8MFrXLaMXkXmW9o_y_9hdkmplfY/edit) (consulta 20/06/2020)
- <https://www.interior.gob.cl/media/2014/04/Constituciones1810-2015.pdf>. (consulta 20/06/2020)
- [https://cdn.educ.ar/repositorio/Download/file?file\\_id=e5672da9-20b4-4d23-8dcc-96170fa12c48](https://cdn.educ.ar/repositorio/Download/file?file_id=e5672da9-20b4-4d23-8dcc-96170fa12c48) (consulta 20/06/2020)

*Anales de Ciencias Jurídicas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Rioja, La Rioja, Año 2020, Vol. 1, N°1, ISSN Electrónico en trámite*

*Journal of Science of Law, Doctorate Science of Law, National University of La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, 2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in process.*

---

ANALES DE CIENCIAS JURÍDICAS, DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS  
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA RIOJA

ISSN ELECTRÓNICO EN TRÁMITE.

Av. Luis M. de la Fuente S/N. Ciudad Universitaria. Ciudad de La Rioja,  
Provincia La Rioja, Rep. Argentina. C. P. 5300. Dirección electrónica

<https://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/anales>

E-mail: [analescienciasjuridicas@unlar.edu.ar](mailto:analescienciasjuridicas@unlar.edu.ar).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución – No  
Comercial– Sin Obra Derivada 4.0 Internacional

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

*Journal of Juridical Science, Doctorate in Juridical Science, Universidad  
Nacional de La Rioja, Province of La Rioja, Republic Argentina, Zip Code 5300,  
2020, Vol. 1, N°1, e-ISSN in progress.*