

# Revista de Derecho



# REVISTA DE DERECHO

*Publicación de la Facultad de Derecho  
de la Universidad Católica del Uruguay*

2.<sup>a</sup> época. Año 14 N.º 17 - JULIO 2018

ISSN 1510-3714

ISSN On line 2393-6193

<https://doi.org/10.22235/rd.v0i17>

Facultad de  
Derecho



Universidad  
Católica del  
Uruguay

REVISTA DE DERECHO, 2° época. ISBN 1510-3714. Publicación oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, ininterrumpida desde el año 2006. Semestral e internacional. Publica artículos originales e inéditos sometidos a estrictos procedimientos de arbitraje anónimo, de "doble ciego", basados en parámetros éticos claros, con plenas garantías en cuanto a la evaluación objetiva por motivos exclusivamente académicos de cada uno de los trabajos que se presentan.

REVISTA DE DERECHO, 2° época. ISBN 1510-3714. Official publication of the Faculty of law of the University Catholic of the Uruguay, uninterrupted since 2006. Biannually and international. It publishes original and unpublished articles subjected to strict anonymous arbitration, "double-blind" referee system, based on clear ethical parameters, with full guarantees in terms of the objective assessment for reasons exclusively academic of each of the works presented.

Las opiniones vertidas por los autores en sus artículos no reflejan necesariamente el parecer de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. El contenido de cada trabajo es responsabilidad exclusiva de sus autores.

*Revista de Derecho* está indexada en:

**SciELO Uruguay** en <http://www.scielo.edu.uy>

Catálogo **Latindex**

Base de datos **EBSCO**

AURA (Asociación Uruguaya de Revistas Académicas)

Tabla de contenidos, artículos, revista completa y norma editoriales en OJS  
(Open Journal Systems) <http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho>

Revista de Derecho is included in:

**SciELO Uruguay** en <http://www.scielo.edu.uy>

Catálogo **Latindex**

Base de datos **EBSCO**

AURA (Uruguayan Association of Academic Journals)

The table of contents, articles, journal and publication guidelines in OJS:

<http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho>

#### **De esta edición**

© 2018 UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DEL URUGUAY

#### **Dirección Postal**

8 de octubre 2738- CP 11.600,  
Montevideo, Uruguay.

Tel. (+598) 2487 2712- Fax. 2487 0323

Internet: <http://www.ucu.edu.uy>

#### **Correo electrónico**

[publicacionesderecho@ucu.edu.uy](mailto:publicacionesderecho@ucu.edu.uy)

[mhanna@ucu.edu.uy](mailto:mhanna@ucu.edu.uy)

Depósito legal 375.694- Comisión Del Papel

Edición amparada por el Decr. 218/96

ISSN 1510-3714

ISSN on line: 2393-6193

**Paginación:** Mariana López

**Corrección:** Cada autor se responsabiliza de la corrección de su propio artículo.

**Título-clave:** Revista de derecho

(Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga,  
Facultad de Derecho. En línea)

**Título-clave abreviado:** Rev. Derecho

(Univ. Catól. Dámaso A. Larrañaga, Fac. Derecho.  
En línea)

Impreso en Uruguay- Printed in Uruguay

**Todos los derechos reservados.**

**Por correspondencia y envío de material**

Facultad de Derecho de la Universidad Católica  
del Uruguay.

Av. 8 de Octubre 2738, CP 11600,

Montevideo, Uruguay.

Teléfonos (+598) 2487 2717. Fax 2487 5225.

[publicacionesderecho@ucu.edu.uy](mailto:publicacionesderecho@ucu.edu.uy)

**Por canje:** Biblioteca P. Manuel Gutiérrez

Semprún, s.j.: [canje@ucu.edu.uy](mailto:canje@ucu.edu.uy)

**Por suscripción:** [publicacionesderecho@ucu.edu.uy](mailto:publicacionesderecho@ucu.edu.uy)

## COMITÉ EDITORIAL

*Mario Spangenberg*

Decano  
(Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

*Carlos de Cores*

Director Departamento de Derecho Privado  
(Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

*Diego Gamarra*

Director Departamento de Derecho Público  
(Universidad Católica del Uruguay)

*Marta Hanna de Rosa*

Editora  
(Universidad Católica del Uruguay)

## COMITÉ CIENTÍFICO

Alberto **Tarsitano** (*Universidades Austral, Belgrano y San Andrés, Argentina*)

Alejandro **Abal Oliú** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Amadeo **Ottati** (*UCU, Uruguay*)

Ángel **Landoni** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Arnoldo **Wald** (*Universidad del Estado de Río de Janeiro, Brasil*)

Augusto **Durán Martínez** (*UCU, Uruguay*)

Carlos Antonio **Nedel** (*Unisinos Brasil*)

Carlos **Barbé** (*UCU, Uruguay*)

Cecilia **Fresnedo** (*UCU, Uruguay*)

Didier **Opertti** (*UCU, Uruguay*)

Domingo **García Belaunde** (*Universidad Católica de Perú., Perú.*)

Efraín Hugo **Richard** (*Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.*)

Francisco **Fernández Segado** (*Universidad Complutense, España*)

Giuseppe **Gandolfi** (*Universidad de Pavia, Italia*)

Graciela **Ruocco** (*UCU, Uruguay*)

Humberto **Nogueira Alcalá** (*Universidad de Talca, Chile*)

Ian **Woischnik** (*FKA, Alemania*)

Íñigo A. **Navarro Mendizábal** (*Universidad de Comillas, España*)

Jaime **Rodríguez-Arana Muñoz** (*Universidad de la Coruña, España*)

Jean **Stoufflet** (*Universidad Clermont Ferrand, Francia*)

Jesús **María Casal** (*Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela*)

José Luis **Cea Egaña** (*Universidad Católica de Chile, Chile*)

José María **Gamio** (*UCU, Uruguay*)

Juan **Blengio** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Juan Carlos **Cassagne** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina.*)

Juan Pablo **Cajarville** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Julio C. **Otaegui** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina.*)

Leslie **Van Rompaey** (*Investigador independiente, Uruguay*)

Luca **Mezzetti** (*Universidad de Bologna, Italia*)

Luis **Aguiar De Luque** (*Universidad Carlos III, España*)

Luis **Fernández de la Gándara** (*Universidad Complutense, España*)

Luis Fernando **Álvarez** (*Universidad Javeriana, Colombia*)

Marc **Lacoursière** (*Universidad Laval, Canadá*)

María **Wonsiak** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Mariano **Negrón** (*Universidad Interamericana de Puerto Rico, Puerto Rico*)

Mariella **Saettone** (*UCU, Uruguay*)

Martín **Risso Ferrand** (*UCU, Uruguay*)

Milagros **Otero Parga** (*Universidad de Santiago de Compostela, España*)

Néstor **Sagüés** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina.*)

Oscar **Sarlo** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Paulo **De Barros Carvalho** (*Pontificia Universidad Católica de San Pablo, Brasil*)

Pierre **Lemieux** (*Universidad Laval, Canadá.*)

Rafael **Illescas Ortiz** (*Universidad Carlos III, España*)

Raúl **Cervini** (*UCU, Uruguay*)

Raúl A. **Etcheverry** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina.*)

Ricardo **Nissen** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina..*)

Romeu Felipe **Bacellar Filho** (*Universidad Federal de Paraná, Brasil*)

Siegbert **Rippe** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Silvio **Gambino** (*Universidad de Calabria, Italia*)

Walter **Guerra** (*UCU, Uruguay*)



Universidad  
Católica del  
Uruguay

## **AUTORIDADES**

### **UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY**

**CARDENAL DANIEL STURLA SDB**

*Gran Canciller*

**ALEJANDRO TILVE SJ**

*Vice Gran Canciller*

**JULIO FERNÁNDEZ SJ**

*Rector*

**DANIEL PERCIANTE**

*Vicerrector de Investigación e Innovación*

**OMAR PAGANINI**

*Vicerrector de Gestión Económica y  
Desarrollo*

**ÁLVARO PACHECO SJ**

*Vicerrector de la Comunidad  
Universitaria.*

**MÓNICA ARZUAGA**

*Vicerrectora de Programas Académicos*

**SANDRA SEGREDO**

*Secretaria General*

## **FACULTAD DE DERECHO**

**MARIO SPANGENBERG BOLÍVAR**

*Decano*

**CARLOS DE CORES**

*Director Departamento de Derecho  
Privado*

**DIEGO GAMARRA**

*Director Departamento de Derecho  
Público*

**ALICIA RODRIGUEZ G.**

*Coordinadora de Abogacía*

**BEATRIZ RAMOS**

*Coordinadora Académica  
de Notariado*

**MARIELLA SAETTONE**

*Coordinadora Académica  
de Investigaciones*

# Contenido

## **DOCTRINA**

UNA IDENTIDAD LATINOAMERICANA:  
EL DERECHO DEL NIÑO A SU VIDA PRIVADA  
Y FAMILIAR EN LA JURISPRUDENCIA  
DE LA CORTE INTERAMERICANA  
DE DERECHOS HUMANOS

A Latin American identity: the right of the child  
to his private and family life in the jurisprudence  
of the Inter-American Court of Human Rights

*Úrsula C. Basset* .....13

ALGUNAS CONCEPCIONES  
SOBRE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA  
Y SUS PROBLEMAS CON RELACIÓN  
AL DISFRUTE DEL DERECHO  
A LA EDUCACIÓN

Some conceptions about distributive justice  
and its problems about the enjoyment  
of the right to education

*Alfonso Henríquez Ramírez*.....49

FUENTES Y PROYECCIÓN  
DE LAS CAUSALES DE INCAPACIDAD

Sources and forecast of legal incompetence's causes

*Alejandro Laje,*

*Gabriel E. Lanzavechia* .....65

EL NUEVO ROL DE LA VÍCTIMA  
EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO  
EN MÉXICO

The new role of the victim in the accusatory  
penal system in Mexico

*Roberto Santacruz Fernández,*

*David Santacruz Morales*.....85

OBJETO DEL *USUS FRUCTUS*: EL DERECHO  
(REAL) DE USUFRUCTO DE CRÉDITO

Purpose of usus fructus: The (real) right  
of usufruct of credit

*José Fabián Villalba* .....113

## INVESTIGACIÓN

LA TENENCIA DE MASCOTAS  
EN EDIFICIOS DE PROPIEDAD HORIZONTAL  
Y SU PROHIBICIÓN POR REGLAMENTO  
DE COPROPIEDAD

Pets in buildings of horizontal property  
and their prohibition by coownership regulation

*Agustín Fascioli Mochetti* .....153

## RESEÑAS

Rogel Vide, Carlos, *Personas, animales y derechos*  
México D.F.-Madrid, Editorial Ubijus-Reus, 2018  
ISBN 978-84-290-2023-6.

*Ana Victoria Ortega Rivera*.....167

**Normativa para los autores** .....171

## COLABORADORES REVISTA DE DERECHO 17 (I- 2018)

**Úrsula Cristina Basset.** Abogada (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesora con Dedicación Especial a la Investigación, Pontificia Universidad Católica Argentina. Miembro del Comité Directivo de la International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family. Miembro electivo del Comité Ejecutivo de la International Society of Family Law. Miembro del Inst. de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Líneas de Investigación: Nuevos horizontes sociales y científicos e incidencia en el parentesco y relaciones jurídicas de familia. Autonomía de la voluntad en las relaciones de familia. Autonomía progresiva de la niñez en áreas biomédicas y relaciones de familia.

**Agustín Fascioli.** Abogado por la Universidad Católica del Uruguay. Cursos de posgrado en propiedad horizontal. Asesor jurídico de consorcios. Línea de investigación: Propiedad horizontal. Derechos y deberes de consorcio.

**Alfonso Henríquez Ramírez.** Abogado. Profesor Asistente Departamento Historia y Filosofía del Derecho, Universidad de Concepción, Chile. Líneas de Investigación: Teoría de la justicia, filosofía política, filosofía del derecho, derecho y moral, derecho y sexualidad, derechos humanos.

**Alejandro Laje.** Abogado (Universidad de Córdoba), máster en Administración de Empresas (Universidad Austral, Arg.), doctor en Derecho con pos-doctorado en la Regensburg Universität (Alemania). Vice-decano de la Facultad de Derecho, Universidad Abierta Iberoamericana. Líneas de investigación: Derecho de familia y de las personas. Sucesiones.

**Gabriel Lanzavecchia.** Abogado (Universidad de La Plata). Profesor e investigador Universidad Abierta Iberoamericana. Líneas de investigación: Derecho de Familia. Incapacidad.

**David Santacruz Morales.** Abogado y Maestro en Derecho. Profesor de Dogmática Jurídica Penal y director del Doctorado en Derecho, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Línea de investigación: Dogmática Penal. Sistema acusatorio.

**Roberto Santacruz Fernández.** Abogado. Maestro en Derecho. Director de la Facultad de Derecho de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Línea de investigación: Derecho Penal. Sistema acusatorio.

**José Fabián Villalba.** Abogado y notario, Universidad Católica de Córdoba, Argentina. Profesor de Derecho Romano, Universidad Católica de Córdoba. Miembro del programa de Responsabilidad Social Universitaria de Servicio Social Jurídico – Notarial Gratuito “Pedro Arrupe S.J.” de la Universidad Católica de Córdoba. Líneas de investigación: Derecho histórico, dogmático y comparado. Derecho romano. Derechos reales.



# DOCTRINA

---



# Una identidad latinoamericana: el derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A Latin American identity: the right of the child  
to his private and family life in the jurisprudence  
of the Inter-American Court of Human Rights

*Úrsula C. Basset*

Universidad Austral, Pontificia Universidad Católica Argentina  
ubasset@austral.edu.ar

<https://doi.org/10.22235/rd.v0i17.1517>

**RESUMEN:** El artículo aborda la aplicación del derecho a la vida privada y familiar a la niñez en el marco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La autora sugiere discernir aquellos rasgos culturales distintivos del sistema interamericano en comparación con otros sistemas regionales de derechos humanos. Sostiene que la identidad latinoamericana en materia de derechos humanos es una gramática única que recontextualiza al individuo en un rico plexo de relaciones familiares, sociales, comunitarias y transgeneracionales; se trata, entonces, de una narrativa valiosa a la hora de abordar los derechos de la niñez, especialmente de la niñez en situación de vulnerabilidad o desamparo.

---

Recibido: 30/01/2018. Evaluado y observado: 20/03/18. Corregido y aceptado: 19/04/18

**PALABRAS CLAVES:** niñez, vida familiar, derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos

**ABSTRACT:** The article addresses the application of the right to respect for private and family life to children within the case-law of the Inter-American Court of Human Rights. The author proposes discerning the Inter-American system's cultural features that distinguish it from other regional human rights systems. She argues that Latin American identity within the field of human rights is a unique grammar, which recontextualizes the individual in a rich plexus of family, social, community and transgenerational relations; and constitutes, thus, a valuable narrative in dealing with children's rights, especially in the case of vulnerable children.

**KEY WORDS:** children - family life - human rights - Inter-American Court of Human Rights

**SUMARIO:** 1. Propósito, metodología y estructura de este estudio. 2. Hipótesis de trabajo: una fisonomía singular del concepto de "vida familiar" en el sistema interamericano. 3. La gramática de la vida privada familiar en el sistema interamericano de derechos humanos: las fuentes convencionales y derivadas. 4. La vida privada familiar en la jurisprudencia y en instrumentos derivados. a) La vida privada familiar como obligación de tomar medidas negativas (no interferencia) y positivas (protección) de la vida privada y familiar. b) La niñez con familia y sin familia: las implicancias. c) La obligación positiva de promover el disfrute de la mutua convivencia entre padres e hijos. d) La separación del entorno familiar como causal de vulnerabilización. e) Obligaciones positivas preventivas del Estado respecto de la separación de la familia. f) Separación de la familia y afectación al ejercicio de los demás derechos fundamentales. g) Separación de la familia y derecho a la vida. h) Separación de la familia y derecho a la integridad personal. i) Vida privada familiar entendida como fortalecimiento familiar. 5. Hacia un concepto de vida familiar: elementos que la conforman. 6. El concepto de identidad familiar, una parte de la vida privada. 7. La diversidad de familias como telón de fondo. 8. Derechos de la niñez y vida privada familiar en Latinoamérica. 9. Balance: Una mirada latinoamericana sobre la vida privada y familiar. Bibliografía.

## 1.

---

### **PROPÓSITO, METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA DE ESTE ESTUDIO**

El estudio que sigue, procura explorar la aplicación del estándar de la vida privada y familiar a la niñez, en el marco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es un buen punto de partida recordar, desde el comienzo, cuál es el marco normativo que inspira la jurisprudencia de la Corte, que es netamente diferenciado de otros sistemas regionales de derechos humanos, notablemente, el europeo.

Nuestra aspiración es meramente descriptiva. A saber: recabar la manera en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos articula en diferentes declinaciones y contextos la noción de privacidad familiar (vida privada familiar). Por ello, la metodología de trabajo será tópica e inductiva. Tópica, porque argumentaremos a partir de extractos de fallos que han sido un lugar común doctrinal que irán jalonando el texto, la construcción latinoamericana del concepto de vida privada, con sus notas propias. Inductivo, porque el lector no encontrará una definición de vida privada y familiar al principio del texto, sino que ese concepto irá perfilándose a través de la integración de sus diferentes facetas. Así, para quién quiera comenzar con una definición del concepto, puede iniciarse la lectura en la sección 5 y siguientes. A lo largo del proceso inductivo, el lector podrá advertir la interrelación de la vida familiar con un plexo de derechos que quedan condicionados por su existencia o carencia (vida, integridad personal, dignidad).

## 2.

### HIPÓTESIS DE TRABAJO: UNA FISONOMÍA SINGULAR DEL CONCEPTO DE “VIDA FAMILIAR” EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Nuestra hipótesis es que el sistema interamericano ofrece una fisonomía singular y de enorme riqueza, si se compara con otros sistemas regionales de derechos humanos.

El sistema interamericano de derechos humanos contiene una pluralidad de referencias a la familia y la niñez, que no tiene parangón alguno con el sistema europeo, revelando así posiblemente una matriz cultural latinoamericana muy distinta entre uno y otro continente<sup>1</sup>. Mientras que el sistema europeo prevé en su art. 8.1. de la *Convención Europea de Derechos Humanos* (CEDH) un derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, derecho que originariamente se formuló como deber de abstención de injerencia arbitraria por parte del Estado en la vida privada, que es el marco conceptual del artículo 8 CEDH, la Corte rápidamente evolucionó a una interpretación positiva del estándar, que fue progresivamente entendida como un deber de protección y promoción de las elecciones de vida familiar que permitieran establecer una familia<sup>2</sup>. La evolución de la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en torno a dicho estándar, fluyó entonces acompañando una diversificación de elecciones individuales de la que emergen diversos estándares de protección.<sup>3</sup> El filtro obligado de la privacidad coloca a la familia en el marco de las elecciones individuales, y se transforma en un prisma que fragmenta la vida familiar en una diversidad de manifestaciones según la autonomía privada. Esa autonomía admite restringidas limitaciones: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el

<sup>1</sup> Se refiere al “particularismo” de la Corte Interamericana Ludovic Hennebel, en su obra *La Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme: entre particularisme et universalisme* (Pedone, Paris, 2009). Ver al respecto también la tesis de Marie Rota, *L’interprétation des Conventions américaine et européenne des droits de l’homme* (2013), que concluye un diálogo de fuentes, que termina, empero, en un cierto sincretismo. Otro estudio que se enfoca sobre el diálogo entre Cortes, es la tesis de Jeanne Robert, *Le dialogue entre la Cour européenne des droits de l’homme et la Cour interaméricaine des droits de l’homme*, para optar a la maestría en derecho de la Universidad de Montréal en 2014. Se advierte que en todos los casos se trata de líneas de investigación que comienzan a prosperar. La diferencia identitaria, demográfica y sociocultural de ambos continentes aparece sistemáticamente problematizada.

<sup>2</sup> Bien que, según surge de los debates previos a la aprobación de la CEDH, la apertura a la interpretación positiva de la obligación de protección estaba implícita. Cfr. William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary* (OUP, 2015), 1814 y ss.

<sup>3</sup> Hugues Fulchiron, “Del derecho de familia a los derechos del individuo. Reflexiones sobre la emergencia de un modelo familiar europeo”, *La Ley* (2014), B, 875.

bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. (Art. 8,2 CEDH)<sup>4</sup>

Si se compara este abordaje de la vida privada y familiar con el del sistema interamericano, las diferencias saltan rápidamente a la vista. En primer lugar, “familia” es un concepto que en el contexto del sistema europeo aparece sólo una vez, y precisamente, encerrada en el marco de la “privacidad” que protege el Art. 8 de la CEDH, cuyo sentido prístino es, precisamente, negativo. En tanto, la *Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”* (CADH) ofrece un panorama diametralmente distinto. La palabra “familia”, de entrada, aparece mencionada seis veces en el texto de la Convención y bajo un signo muy distinto. Si bien es verdad que la primera mención de la vida privada y familiar se enmarca en un contexto semejante al Art. 8 CEDH (vida privada y familiar), la acuñación latinoamericana, especialmente la versión en español transmuta el significado. Ya no se trata de la protección a la vida privada y familiar, sino que se trata más bien de la “Protección de la Honra y de la Dignidad” (Art. 11, CADH). Simbólicamente, el encuadrar el mismo estándar bajo una óptica tan distinta dice mucho sobre la vivencia latinoamericana de dicho estándar (al menos a la época de su formulación)<sup>5</sup>. El ataque a la privacidad familiar (Art. 11.2-3, CADH) es el reverso del deber de tutela de la honra y la dignidad (Art. 11.1, CADH). No tutelar la privacidad familiar, es así presentado, en la narrativa de los derechos humanos en el marco de la convención, como un ataque a la dignidad humana. Se explica también por eso, que las excepciones que justificarían una interferencia en dichos derechos sean mucho más limitadas en el sistema interamericano que en el europeo: para el Art. 11 CADH ningún ataque abusivo so arbitrario es admisible. Si se compara esta formulación con la europea, salta a la vista el carácter más restrictivo de la regulación interamericana.

Se perfila una verdadera identidad latinoamericana en materia familiar, que, a nuestro juicio, no acaba de ser suficientemente puesta en valor por la jurisprudencia de la Corte IDH, pronta a veces a recurrir a estándares de interpretación europeos, sin advertir suficientemente la riqueza profunda de la identidad latinoamericana en materia de derechos humanos en contexto de familia y niñez.

<sup>4</sup> Omitimos aquí el desarrollo del articulado de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. El respeto a la vida privada y familiar aparece enunciado en el Art. 7, mientras que el art. 9 contiene el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia sin hacer referencia al sexo de los contrayentes. En tanto, el Art. 33 propone una protección de la familia en los “planos jurídico, económico y social”, así como medidas referidas a la conciliación de la vida familiar y vida profesional, protección de la maternidad o permisos parentales por nacimiento de un hijo o adopción.

<sup>5</sup> Es notable. La traducción inglesa de ese mismo artículo está titulada “Right of Privacy”, confirmando entre otras cuestiones la hipótesis de Paolo Carozza, cuando postula que hay una grieta no sólo lingüística, sino también cultural entre la perspectiva inglesa y la perspectiva latinoamericana de los derechos humanos enunciados en el sistema regional interamericano. Ver Paolo Carozza, “The Anglo-Latin Divide and the Future of the Inter-American System of Human Rights”, *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, Vol. 5, Issue 1, p. 154 and ff.

### 3.

## LA GRAMÁTICA DE LA VIDA PRIVADA FAMILIAR EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: LAS FUENTES CONVENCIONALES Y DERIVADAS

Las fuentes convencionales y derivadas de la “vida familiar” son múltiples. Aquí nos referiremos específicamente a la Convención Americana de Derechos Humanos,

### A) LA VIDA FAMILIAR EN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En primer lugar, indudablemente, la fuente principal a la que corresponde referirse es la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en dónde, como se indicó más arriba, hay una referencia repetida a la familia bajo distintos ángulos.

Esta pluralidad de ángulos que propone la Convención Americana obliga a distinguir entre “vida privada y familiar”, privacidad familiar (Art. 11.2), “protección a la familia” (Art. 17, 27, 32), y “derechos del niño” en tanto que inserto en un contexto familiar (Art. 19). La Corte suele tratar en conjunto el estándar de la protección a la familia y la protección a la vida privada y familiar del Art. 11.2. Sin embargo, no escapa el matiz diferencial: el primer estándar percibe a la familia en tanto que un sujeto que merece protección y de su subjetividad nacen derechos subjetivos para sus miembros (derecho a casarse, igualdad de derechos de los cónyuges, protección del niño en la hipótesis de la ruptura, derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales). En cambio, la “vida privada y familiar” es un derecho subjetivo individual. Este matiz aún no se perfila en la jurisprudencia de la Corte IDH, en la que resulta manifiesta una interrelación entre derechos y deberes de los individuos, la sociedad y el Estado con la familia (Art. 32). Generalizando, tanto los derechos emanados del estándar de protección a la familia, como el derivado de la vida privada y familiar pueden, a los efectos de este trabajo, subsumirse en el concepto de vida familiar, dejando a resguardo la ambigüedad que este concepto encierra, que motivaría muy bien otro trabajo que ahondara en mayores precisiones.

Ingresando directamente en la fuente convencional, el primer abordaje de la vida familiar aparece inmediatamente el Art. 11.2., al que, como nos referimos a él más arriba, omitiremos en este segmento. Recordemos que, desde su formulación, la vida privada y familiar entraña tanto obligaciones negativas como positivas.

Aun con esa fuerte inherencia mutua de la dignidad y la privacidad familiar que plantea la CADH (en su texto en español), el texto consagra, además, un artículo específico a la protección a la familia. Se trata de una neta presentación positiva, que ya no se enmarca bajo el techo de la privacidad como terreno de exclusión de injerencias arbitrarias. La familia se presenta como una entidad merecedora de derechos y protección por parte del Estado, en una afirmación llamativa, si se la contrasta con el sistema europeo<sup>6</sup>. La densidad que cobra así la familia es completamente otra en el sistema interamericano. El Art. 17 sostiene que:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución de este. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Es verdad que la Convención enmarca el derecho a contraer matrimonio dentro de la protección de la familia, a diferencia del sistema europeo que secciona ese derecho y lo trata separadamente en el Art. 12 CEDH, sin mención alguna, por otra parte, a la noción de familia. También en este abordaje, en la opción de contextualización “familiar” del derecho a casarse se respira una idea de protección de la vida familiar que es diferente -en término de valores y cultura- a la que ofrece el sistema europeo.

La protección de la niñez en el contexto familiar aparece doblemente consagrada, tanto en el Art. 17,4 como en el Art. 19 CADH. El Art. 17,4 contenga lo que tal vez sea la

---

<sup>6</sup> La Carta de Derechos Humanos y de los Pueblos (adoptada en 1981 y entrada en vigor en 1986 por la Organización de Estados Africanos) tiene una formulación semejante en este sentido a la Latinoamericana. El acento en la protección de los niños es menor, y en cambio se da más espacio a la protección de los valores tradicionales de cada comunidad. Adquieren también una relevancia especial los ancianos y las personas con discapacidad. En materia de protección de la familia, establece en su artículo 18 que: “Article 18: 1. The family shall be the natural unit and basis of society. It shall be protected by the State, which shall take care of its physical health and moral. 2. The State shall have the duty to assist the family, which is the custodian of its physical health and moral. 3. The State shall ensure the elimination of every discrimination against women and also ensure the protection of the rights of the woman and the child as stipulated in international declarations and conventions. 4. The aged and the disabled shall also have the right to special measures of protection in keeping with their physical or moral needs.”

formulación más tajante en materia de protección de los derechos individuales de los niños en el marco de la ruptura familiar en cualquier sistema internacional o regional de derechos humanos. La Convención dice que “en caso de disolución” del matrimonio, se adoptarán las disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos “sobre la base única” del interés y conveniencia de los hijos (no es mejor interés, ni siquiera interés superior del niño, sino la “única base” de determinación a considerar). El Art. 19 obliga no sólo al Estado, sino a la familia y a la sociedad toda a proveer las medidas de protección necesarias para el niño.

El Art. 32 provee una gramática muy valiosa: el individuo pasa de acreedor a la vida familiar a ser deudor de ella. La matriz individualista de análisis que provee el Art. 11 CEDH se revierte completamente. La familia no sólo resulta acreedora de protección, en tanto que institución, sino que además el individuo -que en el sistema europeo es quien tiene los derechos subjetivos a la vida familiar- pasa de acreedor a deudor:

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

En este sentido, conviene remarcar que el sistema africano de derechos humanos resalta aún más la noción de deberes del individuo hacia la familia. La regla en dos artículos, en los que pone en cabeza del individuo, deberes hacia sus prójimos y hacia la sociedad<sup>7</sup>.

El Art. 32 CADH ofrece la gramática de la correlación entre deberes y derechos, e inscribe en ella la dimensión social y familiar del individuo. El individuo está obligado hacia su comunidad, su familia, a la humanidad en general, en una presentación que hace de la protección de la familia también una obligación de los niños<sup>8</sup>.

Finalmente, el marco conceptual del derecho a la vida familiar se proyecta sobre la prohibición de suspensión de dicha garantía en las hipótesis de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la seguridad o independencia del Estado parte (Art. 27,2, CADH).

---

<sup>7</sup> La Carta de Banjul establece: “Article 27. 1. Every individual shall have duties towards his family and society, the State and other legally recognized communities and the international community. (...)”. Ver también: “Article 29. The individual shall also have the duty: 1. To preserve the harmonious development of the family and to work for the cohesion and respect of the family; to respect his parents at all times, to maintain them in case of need; (...)”

<sup>8</sup> Los niños en tanto que personas, quedan obligados hacia la familia en la medida de sus posibilidades y protección. A la inversa, la familia, la sociedad y el Estado están obligados a proteger los niños, cfr. Karlos Castilla, “La protección de los derechos humanos de niñas y niños en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables* (DHES, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2014. Disponible en [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv\\_pdf/DHGV\\_Manual.43-72.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.43-72.pdf)), p. 43 y ss.

Interesa aún señalar la gramática relacional de los derechos a la vida familiar<sup>9</sup>. El niño no es concebido en el sistema interamericano como un sujeto recortado de sus relaciones familiares, sino precisamente inserto en un contexto familiar, más allá de reconocer su condición de titular de derechos subjetivos que puede hacer valer respecto de otros miembros de la familia o el Estado. La jurisprudencia de la Corte IDH confirmará esta hermenéutica de la niñez.

## B) EL “PROTOCOLO DE SAN SALVADOR”

Para completar el cuadro, se hace indispensable agregar el articulado del *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, “Protocolo de San Salvador”. Fue ratificado por la mayoría de los países firmantes, entre ellos, Argentina, en el año 2003 y Uruguay en el año 1996. Se trata de un texto más moderno que la Convención, que por ello ofrece una enunciación de derechos de gran actualidad. La familia está profusamente referida, especialmente en los siguientes ítems:

- *Derecho al trabajo*: “Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminadas a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer su derecho al trabajo (Art. 6)
- *Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo*: “dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...) a) una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de una subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual...” (Art. 7).
- *Derecho a la salud*: “(...) Los Estados partes se comprometen a (...) “la atención primaria de la salud, entendiendo como tal asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad” (Art. 10, 2, a).
- *Derecho a la Constitución y Protección de la familia*: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien de-

---

<sup>9</sup> Al respecto ver Beloff, Mary, “Comentario al Art. 17. Protección a la familia”, en Steiner, Christian y Patricia Uribe, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. (Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014), p. 376 y ss. Especialmente, p. 405: “De esta forma, la protección debida por parte del Estado a la familia y al niño están íntimamente relacionadas”. También: O’ Donnell, Daniel. *Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*; (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Primera Edición, Bogotá, 2004), p. 794-795.

berá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. 2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna. 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto; b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral; d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.” (Art. 15)

- *Derecho de la niñez*: “Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.” (Art. 16)
- *Protección de los ancianos y minusválidos*. Los Arts. 17 y 18. Respecto de los derechos de los ancianos, el texto no hace mención de su contexto familiar. Cabría pensar que en la medida en que el Estado se compromete a garantizar sus derechos, podría hacerlo indirectamente, a través de la estructura de protección inmediata que ofrece la familia. De hecho, esa es la hermenéutica que proporciona el Art. 18, b: “Proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos”. Paradójicamente, mientras que la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad no se refiere específicamente a la familia, la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, sí lo hace.

## C) OTROS INSTRUMENTOS RELEVANTES

Existen una serie de instrumentos destinados a favorecer la cooperación internacional y a abordar cuestiones relativas a la potencial colisión de derechos. Así, la *Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias* (a la que Argentina adhirió, y que ratificaron Belize, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay y Uruguay); la *Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores* (ratificada por Antigua y Barbuda, Argentina, Belize, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela), la *Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores* (ratificada por Belize, Brasil, Chile, Colombia, México, Panamá, República Dominicana y Uruguay); y, la *Convención Interamericana sobre tráfico de menores* (a la que Argentina apenas adhiere, pero ratifican Belize, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Paraguay y Uruguay).

Este cuadro no estaría completo sin mencionar la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para”*<sup>10</sup> y la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores.

Respecto de la primera, se entiende que la protección de la mujer víctima de violencia, exige también la protección de su familia (Art. 4, inc. e). Paralelamente, se prevé la obligación del Estado parte de proveer “servicios de orientación para toda la familia, cuando sea el caso, y cuidado y custodia de los menores afectados” (Art. 8, d).

La *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores*, entre otras previsiones, establece la obligación del Estado parte de adoptar programas, políticas o acciones para facilitar y promover “el fortalecimiento de todas las familias, de sus lazos familiares y sociales, y de sus relaciones afectivas” (Art- 7, segundo párr.), el derecho a la participación activa dentro de su familia (Art. 8), el desarrollo de programas de capacitación dirigidos a los “familiares y personas que ejerzan tareas de cuidado domiciliario” (Art. 9, g y Art. 19, inc. o), diseñar “medidas de apoyo a las familias y cuidadores mediante la introducción de servicios para quienes realizan la actividad de cuidado de la persona mayor, teniendo en cuenta las necesidades de todas las familias y otras formas de cuidado” (Art. 12, tercer párrafo), promover la interacción familiar (Art. 12, c, iii),

---

<sup>10</sup> Ratificada por Argentina y Brasil en el año 1986.

Queda así presentado el soporte de derecho regional en el que se funda la jurisprudencia. Vayamos ahora a la interpretación o corporeización que hace la Corte IDH del derecho regional.

A continuación, analizaremos los distintos sentidos de la vida familiar, así como fue tratada en la jurisprudencia de la Corte IDH y en instrumentos derivados en el cuadro interamericana.

#### 4.

### LA VIDA PRIVADA FAMILIAR EN LA JURISPRUDENCIA Y EN INSTRUMENTOS DERIVADOS

A partir de los diversos sentidos que ofrece las fuentes-marco de la vida familiar, avanzamos ahora sobre la riqueza interpretativa de la jurisprudencia de la Corte IDH, así como el vuelo que toma el concepto en diversos instrumentos derivados. Partimos de la

#### **A) LA VIDA PRIVADA FAMILIAR COMO OBLIGACIÓN DE TOMAR MEDIDAS NEGATIVAS (NO INTERFERENCIA) Y POSITIVAS (PROTECCIÓN) DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR**

Al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la Corte IDH ha entendido que la vida privada familiar se conjuga en términos de no interferencia en la privacidad, pero también de protección y promoción del desarrollo de la vida familiar. Así, en el caso “Rochac Hernández vs. El Salvador”, ha sostenido que:

Así, puede notarse que, de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, las cuales integran el corpus iuris de los derechos de la niñez, se desprende que el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares de la niña y del niño, sino también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos. Esto exige que el Estado, como responsable del bien común, resguarde el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y preste asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Corte IDH, Caso “Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador”, 14/10/2014, párr. 107. En el mismo sentido: Caso “De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala”, 24/11/2009, párr. 188. Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs.

## B) LA NIÑEZ CON FAMILIA Y SIN FAMILIA: LAS IMPLICANCIAS

Curiosamente, el primer precedente trascendente en materia de aplicación del estándar de “vida privada familiar” a la niñez es precisamente el caso de niños en los que la vida familiar se encuentra menguada, probablemente reducida a su mínima expresión. Se trata del caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”<sup>12</sup>. Se trata de niños en situación de calle, entre los cuáles había un mayor de edad y tres adolescentes, que, en virtud de una enemistad, son torturados y asesinados. En el crimen interviene un oficial miembro de las fuerzas de seguridad.

Merece la pena encabezar este estudio con el fallo “Niños de la Calle”, no sólo por ser el primer fallo relevante en materia de niñez emitido por la Corte IDH, sino también porque refleja el reverso del derecho estudiado: vale decir, la privación de la vida familiar. Estar “en la calle” es lo contrario del hogar. La Corte entiende que:

Quando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” (Conv. Derechos del Niño, preámbulo, párr. 6), a pesar de que todos niños tienen derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta con su propia vida<sup>13</sup>.

La Corte IDH refiere la necesidad de precisar los alcances de lo que se denomina “medida de protección” en el Art. 19 de la Convención Americana, que es el que garantiza los derechos de la niñez, entendiendo que entre las medidas que el Estado está obligado a tomar en beneficio de la niñez deben resaltarse en especial las de “asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de supervivencia y desarrollo del niño, al derecho a un nivel adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación”<sup>14</sup>.

Es así que el punto de partida de este recorrido empieza forzosamente con un bemol. Niños y adolescentes tienen necesidad de una familia para desarrollarse plena y armonio-

---

El Salvador.” 31 /8/ 2011, párr. 106. Corte IDH, Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, 27/4/2012, párr. 46. Corte IDH, Caso “Atala Riffo vs. Chile, 24/12/2012, par. 169”

<sup>12</sup> Corte IDH, “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, 19/11/1999.

<sup>13</sup> Ibid., par. 191.

<sup>14</sup> Ibid., par. 196.

samente, y el Estado, en caso de falta de cuidados parentales, debe redoblar su acompañamiento y asistencias especiales para procurar un ámbito digno al niño y correspondiente a las necesidades.

En el año 2013, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) produjo el informe *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*<sup>15</sup>.

Así, en el prólogo, se señala que “La CDN y la Declaración y Convención Americanas, atribuyen a la familia un papel preponderante en la garantía del cuidado y bienestar y protección de los niños, por ser el espacio natural para su crecimiento y desarrollo, particularmente en las primeras etapas de la vida”. Es así que el Estado queda obligado a propiciar y promover un apoyo adecuado a las familias. Para eso, se entiende necesario fortalecer el entorno familiar y comunitario del niño. El informe se refiere, como en general, a la familia biológica.

En este sentido, en ese mismo informe (*El derecho del niño...*, citado más arriba) se apunta el informe *Hacia un mundo sin violencia*, basado en una encuesta mundial sobre la violencia contra los niños, presentado en 2006 por el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños<sup>16</sup> y las *Directrices de las Naciones Unidas sobre Modalidades Alternativas de Cuidados de los Niños* del año 2009<sup>17</sup>, se propone el desarrollo de una estrategia preventiva, a fin de garantizar el derecho de que los niños puedan ser cuidados y criados en un entorno familiar, lo que se asocia con una vida libre de violencia.

Detengámonos un instante en las *Directrices*, aunque se enmarquen en el sistema ONU, para luego pasar al informe temático regional. Las directrices reclaman:

- a) *Apoyar esfuerzos para que la familia biológica* pueda ejercer la guarda y, en caso de ser imposible, sus familiares cercanos (en su defecto, adopción o kafala)<sup>18</sup>. La separación de la familia debe ser una decisión de última razón (“principio de necesidad”<sup>19</sup>). Nunca la pobreza puede constituir un motivo de separación de los padres o en su caso que se mantengan las relaciones fraternas. En todos los casos

---

<sup>15</sup> CIDH, UNICEF, *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas* (Washington: 2013), v

<sup>16</sup> Puede consultarse en: [http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/hacia\\_un\\_mundo\\_sin\\_violencia\\_booklet.pdf](http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/hacia_un_mundo_sin_violencia_booklet.pdf)

<sup>17</sup> Accesible en: [https://www.crin.org/en/docs/Espanol\\_Directrices\\_aprobadas\\_CDDHH.pdf](https://www.crin.org/en/docs/Espanol_Directrices_aprobadas_CDDHH.pdf)

<sup>18</sup> Directriz 3.

<sup>19</sup> Según el documento Centre for Excellence for Looked After Children in Scotland, Servicio Social Internacional, Oak Foundation, Aldeas Infantiles SOS Internacional y UNICEF, *Moving Forward. Implementing the Guidelines*, 2012, <http://www.alternativecareguidelines.org/Portals/46/Moving-forward/Moving-Forward-implementing-the-guidelines-for-web1.pdf> (Consultada 24 de agosto de 2017)

- debería velarse por el principio de no separación de hermanos<sup>20</sup>. Las separaciones de la guarda deberían ser revisadas periódicamente.
- b) Velar por que, en el *entretiempo hacia soluciones permanentes*, los niños puedan continuar su desarrollo integral y armonioso en formas de acogimiento alternativo (no institucionalizado).
  - c) Alentar a los gobiernos a asumir obligaciones relativas al fortalecimiento y apoyo familiar<sup>21</sup>
  - d) Especialmente, debe fortalecerse el *apoyo a hogares de riesgo*, como los que presentan algún tipo de discapacidad, droga-dependencia, alcoholismo, familias indígenas que pueden padecer discriminación, minorías y familias en zonas de conflicto armado u ocupación extranjera.
  - e) Especialmente, atender la *situación de niños que han sido víctimas* de abusos y explotación, abandonados, en situación de calle, nacidos fuera del matrimonio, no acompañados y separados, desplazados, refugiados, hijos de trabajadores migrantes, solicitantes de asilo y con VIH/SIDA.
  - f) Trabajar con la sociedad civil y ONG's
  - g) Los acogimientos alternativos<sup>22</sup> deberían mantener *cercanía con la residencia habitual*, a fin de facilitar contacto con la familia y minimizar el trastorno ocasionado a su vida educativa, cultural y social<sup>23</sup>
  - h) Debe propenderse a la *estabilidad* del hogar alternativo, con vínculo continuo y seguro<sup>24</sup>.
  - i) Debe evitarse que las instituciones alternativas de acogimiento tengan finalidades de promoción política, religiosa o económica<sup>25</sup>.
  - j) Sin embargo, la modalidad religiosa y cultural puede ser de interés para proteger una continuidad de las prácticas religiosas y culturales del niño<sup>26</sup>.
  - k) El acogimiento residencial debe ser excepcional. Sobre todo, tratándose de niños de corta edad (menos de tres años<sup>27</sup>). En todos los casos deben preverse estrategias de acogimiento de emergencia, a corto y a largo plazo<sup>28</sup>. Se exhorta a realizar un

---

<sup>20</sup> Directriz 16.

<sup>21</sup> Directriz 3.

<sup>22</sup> Por acogimiento alternativo se entiende el hecho por familiares, en hogares de guarda, en formas de acogida familiar o similar o residencial no familiar (centros de tránsito, hogares).

<sup>23</sup> Directriz 10.

<sup>24</sup> Directriz 11.

<sup>25</sup> Directriz 19.

<sup>26</sup> Directriz 74.

<sup>27</sup> Directriz 21.

<sup>28</sup> Directriz 53.

*triage* (“principio de idoneidad”<sup>29</sup>) y un plan del acogimiento. Luego, revisiones periódicas.

- l) Deberían *diseñarse dispositivos adecuados para la toma de decisiones en relación a niños en acogimientos alternativos*.
- m) Debe tenderse a una *estrategia global de desinstitucionalización*<sup>30</sup>.

Las *Directrices* instan a los Estados a afrontar las causas fundamentales del abandono de niños, la renuncia a la guarda y la separación del niño de su familia. Los Estados “deberían elaborar y aplicar políticas coherentes y mutuamente complementarias orientadas a la familia con objeto de promover y reforzar la capacidad de los padres para cumplir sus deberes de cuidado de los hijos”<sup>31</sup>. Entre ellos se sugieren:

- a) Servicios de mejora del medio familiar (educación parental, técnicas de solución de conflicto y en general, empleo e ingresos genuinos)
- b) Servicios de apoyo social como guardería, mediación, servicios para padres e hijos con discapacidad, con combinación de recursos entre comunidad y cuidador
- c) Políticas de acompañamiento a jóvenes.

Deben promoverse acompañamientos a adolescentes embarazadas y progenitores adolescentes, métodos y técnicas complementarios de apoyo familiar, como visitas domiciliarias, asunción de compromisos, grupos con otras familias, fortalecimiento de vínculos intrafamiliares, etc.

Sobre la base de estos antecedentes, y a fin de prevenir y evitar la violencia, la trata y otras formas de vulnerabilización de la niñez, la CIDH entiende, entre otras cosas, que es prioritario el “fortalecimiento de las familias en sus funciones parentales”<sup>32</sup>. Resulta indispensable un marco jurídico adecuado para “fortalecer las capacidades de la familia como ámbito primario de protección”. En ese sentido resulta indispensable diseñar e implementar políticas públicas, programas y servicios para la familia para “ser cuidado y criado por su familia de origen”. Se insta a los Estados partes a “identificar y considerar adecuadamente los factores sociales, culturales y económicos que subyacen a las limitaciones de las capacidades de las familias para la crianza y cuidado de los hijos”. Se sugiere crear programas y servicios de asesoría y apoyo a los futuros padres y madres, sobre todo si son adolescentes, para que “ejerzan sus funciones parentales en condiciones de dignidad”, sobre todo, facilitando las

---

<sup>29</sup> Según *Moving forward...*, cit. p. 67 ys s.

<sup>30</sup> Directriz 22.

<sup>31</sup> Directriz 32.

<sup>32</sup> CIDH, *El derecho del niño y la niña...*, p. 264.

condiciones de las adolescentes embarazadas para que tengan el apoyo necesario para continuar sus estudios. El eje familia-trabajo es uno de los asuntos primordiales a atender<sup>33</sup>.

### **C) LA OBLIGACIÓN POSITIVA DE PROMOVER EL DISFRUTE DE LA MUTUA CONVIVENCIA ENTRE PADRES E HIJOS**

La Corte ha entendido en numerosa jurisprudencia que el disfrute de la mutua convivencia entre padres e hijos forma parte de la vida familiar y debe ser garantizado por el Estado. Es de esta noción que surge el deber de reunificar a las familias<sup>34</sup> y de evitar la separación del entorno familiar<sup>35</sup>.

Así, en el caso “Vélez Restrepo” la Corte afirmó:

La Corte también ha reconocido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. El Tribunal también ha establecido que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana.<sup>36</sup>

### **D) LA SEPARACIÓN DEL ENTORNO FAMILIAR COMO CAUSAL DE VULNERABILIZACIÓN**

La separación del niño de su familia implica, para la Corte, una violación del Art. 17 de protección de la familia, lo que constituye un derecho para los niños. Así ha dicho que: “En relación con el derecho a la familia la Corte ya ha establecido en su jurisprudencia que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana”<sup>37</sup>.

La Corte IDH advierte que los niños privados del entorno familiar están sujetos a una vulnerabilidad agravada. En este sentido, junto con la problemática de los niños de la calle,

<sup>33</sup> CADH, *El derecho del niño y la niña...*, p. 255.

<sup>34</sup> “Esto requiere que el Estado, como responsable del bien común, debe resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar.”, Corte IDH, Caso “De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala”, 24/11/2009, párr. 190.

<sup>35</sup> “En conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.”, Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Decisión de 19 de agosto de 2014, párr. 77.

<sup>36</sup> Corte IDH, Caso, “Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia”, 3/9/2012, párr. 225. También en Corte IDH, “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, 4/9/2012, párr. 145.

<sup>37</sup> Corte IDH, Caso “De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala”, 24/11/2009, párr. 187.

piensa también en los niños institucionalizados o privados de la libertad<sup>38</sup>, desplazados<sup>39</sup> o los que son víctima de secuestro o sus padres son secuestrados, refugiados<sup>40</sup>, migrantes<sup>41</sup>, en el marco de un conflicto armado<sup>42</sup>, o víctimas de desapariciones forzadas.

## **E) OBLIGACIONES POSITIVAS PREVENTIVAS DEL ESTADO RESPECTO DE LA SEPARACIÓN DE LA FAMILIA**

En el caso “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”<sup>43</sup> la Corte sostuvo que “...la desintegración familiar repercutió de manera notable en la condición de los menores”. En el caso “Contreras y otros vs. El Salvador”<sup>44</sup> sostuvo que entre las medidas de protección de la niñez a las que obliga el Art. 19 de la CADH se encuentran las que obligan a tomar “medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas”<sup>45</sup> (en el caso se trata de un secuestro de un niño, pero la aplicación a los trabajadores migrantes resulta evidente). O también, en el caso “Fornerón vs. Argentina”, la obligación de tomar medidas necesarias para “impedir la ‘venta’ de niños cualquiera sea su fin o forma”:

El texto resulta claro en afirmar que el deber del Estado consiste en adoptar todas las medidas idóneas para alcanzar el fin de impedir toda venta de niños; es decir, no puede optar entre las distintas medidas, sino que debe impedir la “venta” de todas las maneras posibles, sin excepciones o limitaciones, lo cual incluye, entre otras medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter, la obligación de prohibir penalmente la ‘venta’ de niños y niñas, cualquiera sea su forma o fin<sup>46</sup>.

Notable resulta la opinión de la Corte que, invirtiendo los términos, afirma la inconveniencia de la prisión de los familiares migrantes indocumentados que tuvieran a su cargo el cuidado de niños:

---

<sup>38</sup> Corte IDH, Caso “Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay”. 2/9/2004.

<sup>39</sup> Corte IDH, Caso “Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia”, 30/11/2012.

<sup>40</sup> Corte IDH, Caso “Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia”, 25/11/2013.

<sup>41</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Decisión de 19 de agosto de 2014.

<sup>42</sup> Corte IDH, Caso de las “Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia, 20/11/ 2013.

<sup>43</sup> Corte IDH, “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”, par. 167. 25/5/2010. En el mismo sentido: Corte IDH, Caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay”, 24/8/2010, párr. 261.

<sup>44</sup> Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs. El Salvador.” 31 /8/ 201, párr. 107.

<sup>45</sup> Ver también: Caso “Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia”, 30/11/2012, párr. 238.

<sup>46</sup> Corte IDH, Caso “Fornerón e hija Vs. Argentina”, 27/4/2012, parr. 139.

Evidentemente, esto conlleva un deber estatal correlativo de diseñar, adoptar e implementar soluciones alternativas a los centros de detención en régimen cerrado a fin de preservar y mantener el vínculo familiar y propender a la protección de la familia, sin imponer un sacrificio desmedido a los derechos de la niña o del niño a través de la privación de libertad para toda o parte de la familia.<sup>47</sup>

## **F) SEPARACIÓN DE LA FAMILIA Y AFECTACIÓN AL EJERCICIO DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Especialmente significativo, en una hipótesis de desaparición forzada, resulta el caso de Macarena Gelman. Macarena Gelman había nacido en cautiverio y fue separada tempranamente de su madre, de la que se desconoce aún hoy el paradero. La Corte entendió que la privación de las relaciones familiares impedía el ejercicio de los demás derechos, toda vez que la autonomía se adquiere por medio de las relaciones familiares, entendiendo por “familia” a la familia biológica. Así:

En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad.<sup>48</sup>

Así entendido, el daño de privar a un niño de su entorno familiar para su desarrollo, sobre todo si ocurre en la primera infancia, impediría la libertad y el ejercicio de la autonomía personal. En el mismo sentido, “Atala Riffo Vs. Chile”, un año más tarde<sup>49</sup>.

De manera más enfática, en el caso de los niños migrantes, la Corte ha alertado sobre las implicancias que puede tener en exponer a los niños a la trata, a la explotación y los malos tratos<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Decisión de 19 de agosto de 2014. Párr. 158.

<sup>48</sup> Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay”, 24/2/2011, par. 129.

<sup>49</sup> “Por otra parte, el Tribunal, en dicha Resolución, señaló que los niños y niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen cada niña o niño. “Corte IDH, Caso “Atala Riffo vs. Chile, 24/12/2012, par. 68 y 199. En el mismo sentido: Caso “García y Familiares Vs. Guatemala”, 29/11/2012, párr. 183.

<sup>50</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Decisión de 19 de agosto de 2014, párr. 91.

## **G) SEPARACIÓN DE LA FAMILIA Y DERECHO A LA VIDA**

Tal vez, la formulación más dramática del impacto de la separación del niño de su familia haya sido la que aparece en el caso “Gelman vs. Uruguay” en que la Corte sostiene que la separación del niño de su familia no gravita ya en el pleno ejercicio de su libertad, sino más directamente en el derecho a la vida:

Los hechos probados afectaron también el derecho a la vida, previsto en el artículo 4.1 de la Convención, en perjuicio de María Macarena Gelman, en la medida que la separación de sus padres biológicos puso en riesgo la supervivencia y desarrollo de la niña, supervivencia y desarrollo que el Estado debía garantizar, acorde a lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención y en el artículo 6 de la Convención sobre Derechos del Niño, especialmente a través de la protección a la familia y la no injerencia ilegal o arbitraria en la vida familiar de los niños y niñas, pues la familia tiene un rol esencial en su desarrollo.<sup>51</sup>

La privación de la vida familiar afecta el pleno desarrollo de un niño, y por lo tanto compromete la plenitud de su derecho a la vida. Conceptos semejantes se derivan del caso “Contreras y otros vs. El Salvador”<sup>52</sup>.

## **H) SEPARACIÓN DE LA FAMILIA Y DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL**

En “Contreras vs. El Salvador” la Corte entiende que la sustracción y separación de padres y familiares supuso una afectación a la integridad psíquica, física y moral, así como a la dignidad, sometiendo a los niños (en particular, como en el caso, en conflictos armados) a una “situación de particular vulnerabilidad”<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay”, 24/2/2011, par. 130.

<sup>52</sup> Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs. El Salvador.” 31 /8/ 201, pár. 90: “En lo que se refiere al artículo 4.1 de la Convención Americana, la Corte ha considerado que por la naturaleza misma de la desaparición forzada, la víctima se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge el riesgo de que se violen diversos derechos, entre ellos, el derecho a la vida”.

<sup>53</sup> Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs. El Salvador.” 31 /8/ 2011, pár. 85-6.

## I) VIDA PRIVADA FAMILIAR ENTENDIDA COMO FORTALECIMIENTO FAMILIAR

En líneas generales, y en línea con la jurisprudencia que antecede, la Corte ha entendido que la garantía de los derechos del niño va de la mano de la protección y fortalecimiento de la familia que integran. Así lo ha dejado asentado en su Opinión Consultiva 17/02 sobre *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*:

La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella.<sup>54</sup>

En realidad, la necesidad de fortalecer a la familia se incrementa proporcionalmente a la situación de riesgo o vulnerabilidad que esa familia exhiba. Así expresa nuevamente la OC 17/02: “En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”<sup>55</sup>

La Corte ha sido igualmente sensible al fortalecimiento familiar en varios contextos. En materia de prevención de delincuencia juvenil ha sostenido, por ejemplo: “...y que implementen (los Estados parte) un conjunto de medidas destinadas a la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, los Estados deberán (...) brindar apoyo a los niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, así como a sus familias”<sup>56</sup>. Ideas semejantes se vierten respecto de la niñez en el marco de conflictos armados<sup>57</sup>.

La Corte entiende que “el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el Art. 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Resolución de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Párr. 53.

<sup>55</sup> *Ibid.* Párr. 66.

<sup>56</sup> Corte IDH, Caso “Mendoza y otros Vs. Argentina”, 14/5/2013, párr. 150.

<sup>57</sup> Corte IDH, Caso de las “Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia”, 20/11/ 2013, párr. 327.

<sup>58</sup> Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay”, 24/2/2011, par. 125.

## 5.

### HACIA UN CONCEPTO DE VIDA FAMILIAR: ELEMENTOS QUE LA CONFORMAN

La Corte IDH entiende primordialmente que la vida privada familiar es la que se conforma entre los hijos y su familia biológica o de “origen”. El principio biologicista lleva a la protección preferente de la vida privada familiar fundada en vínculos de naturaleza biológicos, en los que, sin embargo, aún no se ha problematizado o confrontado la diferenciación entre vínculo biológico y vínculo genético.

En cambio, implícitamente hay una protección de la vida familiar del niño, aún con origen ilícito, si esa vida tiene características de estabilidad e integración que hagan pensar que, desarticularla, podría ser contrario al interés del niño.

En esta última línea, en el Asunto “L. M. respecto Paraguay”, la Corte sostuvo la necesidad de la “diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades” en la intervención en asuntos en que hay niños involucrados. El menor L. M. había sido entregado al nacer por sus padres biológicos, que luego buscaron recuperar la responsabilidad parental o patria potestad sobre ellos. La Corte sostuvo:

En atención a lo anterior, el mero transcurso del tiempo puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora que, en una eventual decisión sobre los derechos del niño, podrían a su vez erigirse en el fundamento principal para no cambiar la situación actual del niño, principalmente debido a que se incrementa el riesgo de afectar seriamente el balance emocional y psicológico del mismo. En otros términos, el paso del tiempo se constituiría inevitablemente en un elemento definitorio de vínculos afectivos que serían difíciles de revertir sin causar un daño al niño o niña. Esa situación comporta un riesgo que no sólo resulta inminente, sino que ya podría estar materializándose. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos (...) puede determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho actual y volver negativa y perjudicial para los intereses del niño L.M, cualquier decisión en contrario.<sup>59</sup>

La misma posición sostuvo la Corte IDH respecto de la Argentina en el caso “Fornerón e hija vs. Argentina”:

Adicionalmente, el Tribunal ha establecido que el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independiente-

<sup>59</sup> Asunto L.M. respecto Paraguay. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 01 de julio de 2011, párr. 18.

mente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto<sup>60</sup>.

## 6.

### EL CONCEPTO DE IDENTIDAD FAMILIAR, UNA PARTE DE LA VIDA PRIVADA

Especial interés reviste el concepto de “identidad familiar” al que la Corte IDH suele hacer referencia. La Corte entiende la identidad como un derecho que se teje bajo el amparo del derecho a la vida privada, y entiende que dicho derecho es un concepto relacional.

Así, en “Gelman vs. Uruguay” la Corte se refiere específicamente al concepto<sup>61</sup>, entendiendo además que hay una “identidad verdadera” (la biológica) y una falsa. El derecho a la identidad incluye el derecho a las relaciones de familia<sup>62</sup>.

También en el caso “Contreras vs. El Salvador” la identidad se asocia a recuperar los vínculos familiares. En dicho fallo, la identidad se define como:

Al respecto, la Corte ha utilizado las “Normas de Interpretación” de este artículo para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención, por lo que indudablemente una fuente de referencia importante, en atención al artículo 29.c) de la Convención Americana y al corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo constituye la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que reconoció el derecho a la identidad de manera expresa. En su artículo 8.1 señala que “[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. De la regulación de la norma contenida en la Convención sobre Derechos del Niño se colige que la identidad es un derecho que comprende varios elementos, entre ellos, se encuentra compuesto por la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, incluidos en dicho articulado a modo descriptivo mas no limitativo. De igual forma, el Comité Jurídico Interamericano ha resaltado que el “derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y es un derecho con carácter autónomo, el cual posee “un núcleo central de elementos claramente identificables que incluyen el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho a las relaciones familiares<sup>63</sup>.”

<sup>60</sup> Corte IDH, Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, 27/4/2012, párr. 52.

<sup>61</sup> Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay”, 24/2/2011, par. 131

<sup>62</sup> Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay”, 24/2/2011, par. 130

<sup>63</sup> Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs. El Salvador.” 31 /8/ 2011, pár. 112

Preservar la identidad, en especial la identidad familiar, es un derecho del niño. En esa dirección va el muy citado párrafo 123 del Caso “Fornerón vs. Argentina”:

Finalmente, la Corte recuerda que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 8.1, señala que “[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. El Tribunal ha reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social.<sup>64</sup>

Es de remarcar que la identidad familiar se extiende no sólo a las relaciones actuales, sino también al patrimonio genético y a los ancestros que forman parte del derecho a la identidad familiar del niño.

El derecho a la identidad familiar se traduce en un derecho a la registración<sup>65</sup> de dicha identidad, que la Corte IDH ha reconocido profusamente como fundante del acceso a los derechos que surgen de la nacionalidad y que permiten ejercer los derechos civiles y políticos.

La identidad familiar<sup>66</sup> también se proyecta sobre los derechos del niño a vivir según su propia cultura, especialmente en las etnias indígenas<sup>67</sup>.

## 7.

### LA DIVERSIDAD DE FAMILIAS COMO TELÓN DE FONDO

No cabe duda de que, en el derecho contemporáneo, el concepto “familia” ni se circunscribe a modelos imperativos ni tiene una definición neta. Abarca una diversidad de expresiones, que son recogidas en la jurisprudencia de la Corte IDH.

En primer lugar, la Corte entiende que “familia” es “principalmente su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado”<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Corte IDH, Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, 27/4/2012, párr. 123.

<sup>65</sup> Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. 28/8/2014, párr. 274.

<sup>66</sup> Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs. El Salvador.” 31 /8/ 2011, párr. 89 y 112.

<sup>67</sup> Corte IDH, “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”, 25/5/2010, párr. 167-9.

<sup>68</sup> Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Decisión de 19 de agosto de 2014, párr. 272.

Familia, para la Corte, abarca también la “familia ampliada”. La Corte señala que “no existe un modelo único de familia. Por ello, la definición de familia no debe restringirse a la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales”<sup>69</sup>.

La “cercanía” de los lazos es un indudable factor que hace a la vida familiar. En este sentido la Corte ha extendido el concepto de familia incluso a quienes no son parientes, girando sobre la noción de “atención y cuidado”. Así, por ejemplo, en los contextos migratorios:

Además, en muchas familias las personas a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los ‘lazos familiares’ pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos.<sup>70</sup>

Es así como la Corte IDH, en esas circunstancias tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del “núcleo familiar” del niño.

Verdad es que estas consideraciones que llevan a un sentido amplio de familia se hacen en el marco de la niñez migrante y la protección especial que requieren los niños en esa circunstancia, lo que de alguna manera explica una protección reforzada y una interpretación amplia. Sin embargo, el concepto no difiere de lo que ha entendido el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N°14<sup>71</sup>.

En especial en el caso “Atala Riffo vs. Chile”, la Corte ha sostenido que “no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de familia”<sup>72</sup>. En el caso, se trataba de la negativa a otorgar la tución o cuidado parental a Karen Atala Riffo, entre otras razones, en virtud de su declarada orientación lésbica, que se entendió perjudicial para sus hijas. La Corte sostuvo, empero, que cuando se trata de decidir el cuidado parental ni puede esgrimirse en abstracto el interés del

<sup>69</sup> Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Decisión de 19 de agosto de 2014, párr. 272.

<sup>70</sup> Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Decisión de 19 de agosto de 2014, párr. 272.

<sup>71</sup> Comité de los Derechos del Niño (ONU), Observación General N° 14 *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), supra, párr. 59: “el término ‘familia’ debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local”.

<sup>72</sup> Corte IDH, Caso “Atala Riffo vs. Chile, 24/12/2012, par. 109.

niño para desestimar un cierto tipo de vida familiar (en el caso, la homoparentalidad)<sup>73</sup>, ni tampoco puede prescindirse del principio de idoneidad que exige determinar en concreto cuál de los dos progenitores es más idóneo para el mejor desarrollo integral del niño<sup>74</sup>. Vale decir, ni discriminación estereotipada, ni patente de indemnidad en virtud de la homoparentalidad: se trata de determinar en concreto el mejor interés del niño en el marco de las relaciones paterno-filiales.

En el mismo sentido, en el caso “Fornerón vs. Argentina”, la Corte advirtió contra “especulaciones, presunciones o estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de familia”<sup>75</sup>. En la hipótesis se trataba del reclamo de un padre para recuperar la custodia de su hija dada en guarda preadoptiva a un matrimonio. La monoparentalidad masculina fue entendida por los jueces que previnieron como un medio que no resultaba óptimo para la niña, y la Corte alertó contra esa afirmación que consideró estereotipada<sup>76</sup>. De todas formas, es de señalar que la Corte tomó esta posición sobre la base del vínculo biológico entre el padre y su hija. Situaciones como la monoparentalidad masculina o femenina por elección en el marco de técnicas de reproducción humana asistida, aún no se han planteado.

Por último, la Corte también se ha referido a la familia indígena. En ese sentido ha sostenido que debe estarse al concepto de familia que emerge de las costumbres y culturas propias. Así, en el caso “Chitay Nech”: “En el presente caso, la Corte además reconoce el significado especial que tiene la convivencia familiar en el contexto de la familia indígena, la cual no se limita al núcleo familiar, sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual forma parte.”<sup>77</sup>

---

<sup>73</sup> “El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos”, *Ibid.* Párr. 110.

<sup>74</sup> “Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios.”, *Ibid.* Párr. 109.

<sup>75</sup> Corte IDH, Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, 27/4/2012, párr.119.

<sup>76</sup> “Este Tribunal ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma. Adicionalmente la Corte Interamericana ha establecido que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano. Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas”, Corte IDH, Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, 27/4/2012, párr.98.

<sup>77</sup> Corte IDH, “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”, 25/5/2010, párr. 159.

## 8.

### DERECHOS DE LA NIÑEZ Y VIDA PRIVADA FAMILIAR EN LATINOAMÉRICA

Como colofón de este abreviado recorrido, vale la pena volver la mirada sobre el particularismo de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de niñez y vida privada familiar.

Si bien la Corte IDH se refiere a los instrumentos universales de protección de la niñez e interactúa con la jurisprudencia del TEDH cuando debe resolver cuestiones novedosas<sup>78</sup>, y esa colaboración se expresa tanto en la conceptualización del *corpus juris* en materia de niñez como a través de la aplicación de estándares al derecho sistema regional en el marco de los fallos de la Corte Interamericana<sup>79</sup>; también lo es que la identidad latinoamericana se expresa y plasma de manera rica, sobre todo en lo que concierne a la niñez.

“Niños huérfanos, desplazados, abandonados, detenidos, de la calle, golpeados, delincuentes” es apenas una síntesis de “situaciones desesperadas que constriñen a los niños en América Latina, que pueden enunciarse en una larga lista”<sup>80</sup>. En el sistema interamericano el niño, por el sólo hecho de serlo, es sujeto vulnerable y acreedor de una protección especial. Sin embargo, ese niño, se encuentra expuesto con demasiada frecuencia a situaciones de privación de una vida familiar armónica y plena, que lo someten a una vulneración múltiple de sus derechos (que se agravan por ser mujeres, por ser indígenas, por encontrarse en situaciones de conflicto armado, por estar en riesgo social, por ser migrantes, por estar detenidos o privados de libertad, o por otras diversas razones<sup>81</sup>).

Se trata de niños que tal vez no conozcan su apellido y por eso no puedan localizar a su familia (el Caso “Contreras v. El Salvador), cuyos padres fueron objeto de desapariciones forzadas, que crecieron en ámbitos de violencia o delincuencia, que fueron privados tempranamente de una vida familiar, que sufrieron diversas afectaciones a su capacidad, viéndose

<sup>78</sup> “El sistema interamericano coexiste con otros Sistemas Internacionales de Derechos Humanos como son el Sistema Universal; así como, los sistemas regionales que existen en Europa y África. Ello implica que los diferentes sistemas se nutren y se complementan mutuamente en lo que concierne al desarrollo de estándares internacionales de derechos humanos.” Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La Infancia y sus Derechos en el Sistema Interamericano* (2da. Edición, 2008), accesible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Infancia2sp/Infancia2cap1.sp.htm#Interacción entre el Sistema Interamericano> (consultado el 26/08/2017), nro. 52.

<sup>79</sup> Corte IDH., Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafos 37, 53 y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 194

<sup>80</sup> Laurence Bourgogue-Larsen, «Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’homme», en Vitoria Gasteiz, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones E internacionales* (Bilbao: Universidad del País Vasco, 2009), 149-180.

<sup>81</sup> Juana María Ibañez Rivas, “Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, Vol 51, p. 13 y ss.

esta situación agravada por la burocracia y falta de respuesta del Estado, o que son indígenas o migrantes, lo que los hace extranjeros o los enajena desde el punto de vista cultural. La Corte IDH sistemáticamente entiende a esos niños, no como individuos, sino como miembros de un tejido familiar, cultural, lingüístico o político. Esta reinscripción, o re-contextualización del sujeto en la riqueza plural de sus relaciones que crean lazos entre él y lo suyo, se expresa invariablemente en contextos de gran dramatismo, lo que da mayor autenticidad y urgencia a las providencias de la Corte IDH. La familia es un derecho que no sólo forma parte de un “ahora”, sino que el individuo se inscribe en una larga cadena de vivientes, y tiene derecho al patrimonio que le da su memoria de integrar una familia determinada, aún en el sentido biológico y genético. La dimensión integral que la Corte advierte en su mirada respecto de la niñez y sus derechos es, en este sentido, conmovedora, cuánto más, cuando ella se desarrolla a partir de la privación y las carencias más dramáticas.

## 9.

### **BALANCE: UNA MIRADA LATINOAMERICANA SOBRE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR**

Si quisiéramos hacer un balance sobre nuestras exploraciones previas, podríamos concluir lo siguiente:

- a) En el sistema interamericano, la significación de la familia, en términos del peso que adquiere su protección, es mucho más marcada que en el sistema europeo análogo. Mientras que el sistema interamericano contempla a la familia en distintas instancias de su articulado (Art. 11.2, 17, 19, 27, 32 CADH), el sistema europeo protege sólo la privacidad familiar derivada del Art. 8 CEDH.
- b) Si comparáramos la formulación de la protección de la privacidad familiar en el marco del sistema interamericano con en el europeo, llama la atención que en la traducción al español de la Convención Americana, el marco de la protección de la vida privada y familiar sea la protección de la honra y la dignidad. Ese encuadre resignifica, inscribe la privacidad familiar en el derecho a la dignidad de todo ser humano. La nobleza que la privacidad adquiere es completamente otra, pues se hace inherente al fundamento de todos los derechos humanos: a saber, la igual dignidad de todo ser humano por el hecho de ser tal.

- c) Al igual que en el sistema europeo, el sistema interamericano declina la protección de la vida familiar tanto como obligaciones negativas de no interferencia como en obligaciones positivas de protección. La dimensión positiva abarca deberes de los Estados parte de promover la estabilidad familiar, de fortalecer las familias, lazos y relaciones afectivas, de protección del derecho de los niños a crecer bajo el amparo de sus padres, y de esos mismos niños ante la crisis familiar, de capacitación de la familia para el cuidado y protección de las personas con discapacidad o mayores que reciban que reciban, de erradicación de la violencia y protección de la familia de la mujer. No sólo los Estados parte están obligados a la protección de la familia. La obligación pesa sobre los miembros de la sociedad y sobre cada individuo. En el sistema interamericano se da la peculiaridad que cada individuo queda obligado hacia la familia, que cobra así, en este sentido, una subjetividad.
- d) En su jurisprudencia, la Corte IDH entiende que las obligaciones derivadas de la protección de la familia, como anticipamos, suponen obligaciones negativas y positivas.
- e) Entre las obligaciones negativas o de no interferencia, la Corte IDH ha señalado el deber del Estado de no tener interrupciones disruptivas de la vida familiar que no estén suficientemente justificadas. La separación de la familia (biológica) aparece como última instancia. Pesa sobre el Estado el deber de garantizar la vida en común de los integrantes de la familia, ya se evitando separaciones injustas como promoviendo la reunificación familiar. Los niños no deben ser separados de su entorno familiar ni por acción ni por omisión del Estado. En el primer caso el Estado interviene en la familia provocando la separación de los padres respecto de sus hijos (p. Ej. “Contreras v. El Salvador”). En el segundo caso, el Estado, en virtud de su omisión, permite que se provoquen situaciones por las cuáles los niños son privados de sus padres o la familia resulta desintegrada (p. Ej. El caso “Niños de la Calle v. Guatemala”).
- f) En una segunda interpretación, la garantía de vida familiar implica obligaciones positivas o de promoción por parte de los Estados. La familia es la que permite el derecho a la vida, a la integridad personal y a la autonomía de los niños, favoreciendo el “pleno y armonioso desarrollo de la personalidad”. Como consecuencia, la Corte no sólo atiende al fortalecimiento de la familia que ya existe, sino también a dar respuesta a la ausencia de la vida familiar con acciones positivas de restablecimiento vincular o promoción de formas de vida familiar alternativa.

- g) En cuanto al fortalecimiento de la vida familiar, la Corte ha sostenido en su jurisprudencia que es deber del Estado sostener y apoyar los vínculos familiares. Especialmente, la Corte ha entendido que debe promoverse el disfrute de la mutua convivencia entre padres e hijos, ya que la separación es una causal de vulnerabilización del niño.
- h) En cuanto a la ausencia de vida familiar, la Corte señala la necesidad de proveer una asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, y evitar, en cuanto sea posible toda forma de institucionalización. El Estado aparece como garante de la familia ausente.
- i) El imaginario de “vida familiar” que ofrece la Corte IDH (el objeto del derecho garantizado) tiene un sesgo contrapuesto al del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Mientras que el TEDH entiende la vida familiar con una pluralidad muy amplia de matices y significados, la Corte IDH refiere con el término familia con gran frecuencia la familia de origen. De allí que aparezcan términos tales como “verdadera familia” y “verdadera identidad”, términos que pueden resultar inusuales de cara a la complejidad creciente de las formas de vida familiar que se advierte en las sociedades contemporáneas. Con todo, la Corte IDH ha protegido en algunos casos los valores de estabilidad, integración y perdurabilidad de la vida familiar, aún cuando el origen de esa vida familiar sea ilícito, si el interés del niño se ve protegido (p. Ej. “Gelman v. Uruguay”). El tiempo es un factor que la Corte valora en la creación de lazos de familia, cualquiera sea el origen de estos.
- j) La identidad familiar es una parte de la vida privada que se nutre de la vida familiar. La identidad, en tanto que derecho subjetivo implícito, en la gramática de la Corte es un derecho relacional. La identidad individual implica un emplazamiento familiar que remite a los ancestros y a los miembros de la familia con los que se convive y hay lazos actuales. La Corte apoya el concepto de identidad esencialmente sobre una perspectiva biológica, extendiendo lo bioógico incluso a lo genético, al hablar de una herencia transgeneracional que se transmite de generación en generación. La identidad incluye, sin embargo, la dimensión dinámica, que tiene que ver no sólo con la creación de lazos familiares de facto o derivados de un trato familiar, sino también con experiencias relativas a la cultura, la religión y la lengua de un grupo determinado. El derecho a la identidad incluye también el derecho de su reconocimiento por parte del Estado: hay un derecho al nombre, a la nacionalidad y a la registración de ambos.

- k) Al referirse a la familia, en tanto que “nomen iuris” protegido por la Corte IDH, no restringe su comprensión exclusivamente a la familia nuclear fundada en el matrimonio. La familia incluye los familiares más cercanos desbordando la noción más estricta de familia nuclear (“familia ampliada”), especialmente si, aunque no convivan, éstos familiares tienen lazos cercanos personales. La cercanía cobra relevancia a la hora de definir el concepto. Más aún, la Corte IDH se refiere a la pluralidad de modelos de familia, evitando concepciones “estereotipadas” de familia, incluyendo la homoparentalidad, las parejas de personas del mismo sexo, o incluso la familia monoparental femenina o masculina. La Corte mira la familia indígena como un sujeto de especial atención, en cuanto sus reglas de convivencia familiar difieren en extensión y contenido de formas más occidentalizadas.
- l) Finalmente, la Corte es especialmente empática respecto de los niños sin cuidados parentales o en situaciones de especial vulnerabilidad. Es capaz de discernir sentimientos de angustia, de soledad, de desprotección o de abandono en estos niños. Puede, a través de los distintos peritos, advertir las diversas necesidades de los niños según sus contextos culturales, en situación de inmigración, en conflicto con la ley penal, en situaciones de pobreza, encontrando para toda una palabra que visibilice la vulnerabilidad única que interpela a los individuos, a la sociedad y al Estado.

En fin, que hemos querido poner de especial resalto estas características singulares de la jurisprudencia regional. Es de desear una mayor conciencia de la riqueza del particularismo regional de la jurisprudencia interamericana. Riqueza que se amasa sobre la base de un diálogo fecundo con otros sistemas regionales y con el sistema universal, pero que adquiere su expresión más acabada y más fructífera en la conciencia de sí y de sus propias raíces y contribuciones únicas al sistema universal.

---

Para citar este artículo: Basset, Úrsula C., “Una identidad latinoamericana: el derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, <https://doi.org/10.22235/rd.v0i17.1517> *Revista de Derecho*, N° 17 (jul. 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193: 13-47.

---

---

## BIBLIOGRAFÍA

### Jurisprudencia de la Corte IDH

- Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.
- Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.
- Corte IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.
- Corte IDH. Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.
- Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.
- Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.
- Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.
- Corte IDH. Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232.
- Corte IDH. Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011.
- Corte IDH. Caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Corte IDH. Caso Fornerón e Hija vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

## Opiniones consultivas

- Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2.
- Corte IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.
- Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.
- Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC 16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie No. A 16.
- Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC 17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mísmo, Caso Cuba, (1983)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Uruguay (1983-84).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 38/96, Caso X y Y c. Argentina, Nro. 10.506, 15 de octubre de 1996.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra c. Guatemala, 19 de enero de 2001.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 71/03, Petición 12.191, Solución amistosa, María Mamèrita Mestanza Chávez c. Perú, 10 de octubre de 2003.
- Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, Informe No. 59/03, Caso No. 12.433, Sonia Arce Esparza c. Chile, 10 de octubre de 2003.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 25/04, Petición 12.361, Admisibilidad, Ana Victoria Sánchez Villalobos y Otros c. Costa Rica, 11 de marzo de 2004.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 40/08, Petición 270-07, Admisibilidad, I.V. c. Bolivia, 23 de julio de 2008.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 156/10, Admisibilidad, Petición 1368/04, Daniel Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros vs. Costa Rica, 1 de noviembre de 2010.

## Artículos y libros

Alston, Philip, *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights* (Oxford: Clarendon Press, 1994).

Badilla, Ana Elena. *El derecho a la constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, (San José: Editorial Porvenir, 1996)

Basset, Úrsula C. “Carta de Amigo del Tribunal en el caso “Atala contra Chile”. *ED*, 28/9/2011. [https://www.academia.edu/30559332/Basset.Corte\\_IDH.Amicus\\_Curiae\\_Brief\\_Atala\\_v.\\_Chile.pdf](https://www.academia.edu/30559332/Basset.Corte_IDH.Amicus_Curiae_Brief_Atala_v._Chile.pdf)

Bertoni, Eduardo y Carlos J. Zelada, “Protección a la honra y dignidad”, en Steiner, Christian y Patricia Uribe, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2014), 272 y ss.

Beloff, Mary, “Comentario al Art. 17. Protección a la familia”, en Steiner-Urube, *Convención Americana...* p. 376 y ss.

Beloff, Mary, “Comentario al Art. 19. Derechos del niño”, en Steiner-Urube, *Convención Americana ...*, p. 447 y ss

Breen, Claire. *The standard of the best interests of the child. A Western tradition in international and comparative law*, (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law, 2002).

Burgorgue-Larsen, L. “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos», *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 12, n. 1 (2014). Disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002014000100004&lng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100004&lng=es)

Castilla, Karlos, “La protección de los derechos humanos de niñas y niños en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables* (Barcelona: DHES, Universidad Pompeu Fabra, 2014). Disponible en [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv\\_pdf/DHGV\\_Manual.43-72.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.43-72.pdf)

- Carozza, Paolo, “The Anglo-Latin Divide and the Future of the Inter-American System of Human Rights”, *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, Vol. 5, Issue 1 (2015): p. 154 and ff.
- Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* Nro. 5: niños y niñas, (San José, Costa Rica, 2017).
- Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (San José, Costa Rica, 1996). <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23853.pdf>
- O’Donnell, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, 1988. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/18049.pdf>
- O’ Donnell, Daniel. *Derecho Internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*; (Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004).
- Steiner, Christian y Patricia Uribe, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2014).
- Vargas Vera, Georgina, “Interseccionalidad de la discriminación, formas agravadas de vulnerabilidad”, *Revista Iurisdictio* 18 (2016).



# Algunas concepciones sobre la justicia distributiva y sus problemas con relación al disfrute del derecho a la educación

Some conceptions about distributive justice and its problems about the enjoyment of the right to education

*Alfonso Henríquez Ramírez<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> Universidad de Concepción. Chile

alfhenriquez@gmail.com

<https://doi.org/10.22235/rd.v0i17.1528>

**RESUMEN:** En materia de justicia distributiva, uno de los problemas más importantes, es el que dice relación con la pregunta acerca de cuál es el criterio más justo de distribución. En este sentido, se han planteado tres alternativas: el “suficientismo”, el “prioritarismo” y el igualitarismo. Para el suficientismo, la justicia radica en proveer un nivel suficiente o adecuado de bienestar para todos. A su vez, para el prioritarismo, el Estado debe priorizar únicamente a los peor situados. Por último, para el igualitarismo, la justicia consiste en repartir una misma o equitativa porción a todos. En este trabajo, nosotros vamos a proponer que este último criterio, constituye el estándar de distribución más adecuado, tratándose el derecho a la educación.

**PALABRAS CLAVE:** derecho a la educación, justicia distributiva, igualitarismo, “prioritarismo”, “suficientismo”.

---

Recibido: 28/08/2017. Evaluado: 20/10/2017. Aceptado: 26/10/2017

**ABSTRACT:** In terms of distributive justice, one of the most important problems is that which relates to the question about which is the fairest distribution criterion. In this sense, three alternatives have been proposed: sufficiency, priority and egalitarianism. For sufficiency, justice lies in providing a sufficient or adequate level of wellbeing for all. In turn, for prioritarism, the State must prioritize only those who are worse off. Finally, for egalitarianism, justice consists in distributing the same or equal portion to everyone. In this paper, we are going to propose that this last criterion constitutes the most appropriate distribution standard, treating the right to education.

**KEYWORDS:** education right, distributive justice, egalitarianism, sufficiency, prioritarism.

**SUMARIO:** 1) Introducción. 2) El problema de la regla de distribución. 3) El suficientismo y el prioritarismo como reglas de distribución en el caso del derecho a la educación. 4) El igualitarismo como criterio de distribución en materia de educación. 5) A modo de conclusión. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

Una teoría de la justicia es aquella parte de la filosofía del derecho que tiene por finalidad estudiar la problemática concerniente a la distribución justa de bienes, derechos, deberes o cargas entre los miembros de una comunidad<sup>1</sup>. Siguiendo las reflexiones de Bobbio, la justicia remite a un orden armónico o equilibrado en el que cada parte tiene asignado aquello que le corresponde, para lo cual la igualdad aparece como una condición destinada a la conservación y logro de dicho estado<sup>2</sup>. Es por esta razón que muy vinculada con la justicia encontramos el concepto de igualdad. Como la igualdad es un concepto que para tener sentido debe expresarse en términos relacionales, es decir entre dos o más sujetos con referencia a algo<sup>3</sup>, las diversas teorías han construido argumentos destinados a justificar aquello que ha de ser igualado, aunque han diferido en su naturaleza<sup>4</sup>. Así la igualdad se ha postulado en relación con los bienes, los derechos, los ingresos, las libertades, los recursos, las oportunidades, los resultados, el bienestar o las capacidades. Es el problema del objeto de la distribución.

Sin embargo, la teoría también se enfrenta a otra interrogante importante. En este sentido, dicho objeto debe distribuirse bajo ciertos criterios. Las alternativas se han articulado en torno al igualitarismo, para el cual la regla justa es la que reparte una misma o equitativa porción a todos, al “prioritarismo”, para el cual la justicia consiste en dar prioridad solo a los peor situados, y al “suficientismo”, para el cual la justicia estriba en asegurar a todos un determinado mínimo. Es el problema de la regla justa de distribución<sup>5</sup>.

Estos dos aspectos pueden expresarse así. Dado un cierto X, a todos los Y les corresponde una porción Z de X. Aquí X, puede significar alguno de los elementos mencionados,

<sup>1</sup> John Rawls, *Teoría de la justicia* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000), 62.

<sup>2</sup> Norberto Bobbio, *Igualdad y libertad*. (Barcelona: Ediciones Paidós, 1993), 58.

<sup>3</sup> Will Klymlicka, *Contemporary political philosophy* (New York: Oxford University Press, 2002), 53.

<sup>4</sup> Amartya Sen, *La idea de justicia* (Bogotá: Taurus, 2011), 325.

<sup>5</sup> Silvinia Ribotta, *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2010), 55.

y Z, puede asumir la forma de un estricto igualitarismo, o bien de un prioritarismo o suficientismo. En lo que sigue nos vamos a centrar en esta última dimensión del problema, esto es, en lo que toca a la regla de distribución, y en su relevancia para la comprensión de alguno de los problemas que alcanzan al derecho a la educación.

## 2.

### EL PROBLEMA DE LA REGLA DE DISTRIBUCIÓN

Una de las tesis centrales de Rawls<sup>6</sup>, consiste en sostener que los talentos naturales y las condiciones sociales de las que gozamos o sufrimos en el punto de partida, tienen un carácter contingente, y que por ello son inmerecidas. Dichas diferencias generan una situación de desigualdad entre los sujetos, pero dado que estas no se pueden vincular a un actuar irresponsable, la justicia exige el diseño de un sistema que elimine o mitigue dicha desigualdad. Para un igualitarista entonces, la desigualdad es un mal que debe ser remediado ya sea porque la igualdad tiene valor en sí misma<sup>7</sup> o bien, porque es central para el logro de otros valores tales como la justicia<sup>8</sup>. Si se quisiera expresar como principio, podemos decir que la igualdad es aquella postura que sostiene que si una alternativa es más igual que otra, es preferible a otras alternativas menos iguales<sup>9</sup>. Así, en la fig. 1, la alternativa B sería preferible a la A:

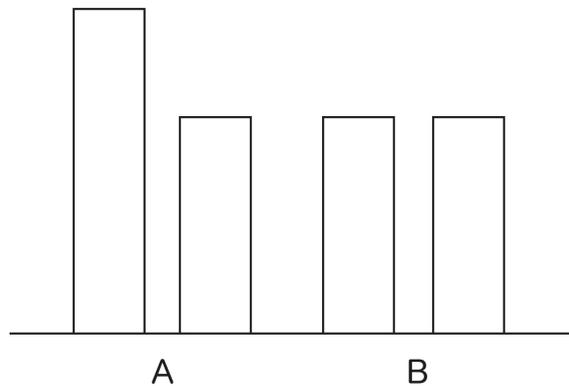


Figura 1.

Fuente: Alfonso Henríquez Ramírez.

<sup>6</sup> Rawls, *Teoría...*, 78.

<sup>7</sup> Larry, Temkin, *Inequality* (New York: Oxford University Press, 1993), 12. Larry, Temkin, «Equality, priority of what?», *Economics and Philosophy*, n° 19 (2003): 68.

<sup>8</sup> Bobbio, *Igualdad...*, 58.

<sup>9</sup> Bertil Tungodden, «The value of equality», *Economics and Philosophy*, n° 19 (2003): 6.

Sin embargo, en un artículo muy influyente, Derek Parfit<sup>10</sup> ha cuestionado a la igualdad como objeto de preocupación para una teoría de la justicia. Si tomamos como base la fig. 1, vemos que la desigualdad es eliminada, pero en realidad la gente de la columna de la derecha no ve aumentado su bienestar, lo único que ha ocurrido es que los que estaban mejor ahora están peor. Este resultado sin embargo es intrínsecamente mejor respecto de la igualdad, si nuestro objetivo es alcanzar un estado de cosas igual, aunque el cambio no haya sido mejor para nadie. Esta situación permite a Parfit definir lo que llama objeción de nivelación a la baja<sup>11</sup> (*the levelling down objection*). Según esta objeción, la igualdad podría alcanzarse disminuyendo el nivel de bienestar de los mejor situados, hasta el punto de que corresponda al de los peor situados. Esto es posible, pues la igualdad tiene un carácter comparativo. La injusticia entonces reside en tratar a una persona de forma diferente a otra<sup>12</sup>, revelando que lo que valoramos en la igualdad es la propia igualdad, es decir ser un bien por derecho propio<sup>13</sup>.

De aquí se deriva un principio de igualdad más complejo: un resultado en el cual todos comparten la misma porción de bienestar es en un aspecto (la igualdad) mejor que otro resultado en el cual los individuos tienen diferentes porciones<sup>14</sup>.

Ahora bien, una teoría de la justicia debería verse como un intento de respuesta ante el alegato que tienen los peor situados en orden al mejoramiento de su situación<sup>15</sup>. Esta idea es importante pues si alguien se encuentra peor que otra persona, sin que esto se deba a su propia elección, entonces tiene un especial reclamo para ser atendido y mejorar su nivel de bienestar<sup>16</sup>. De lo anterior se deriva el principio de que ningún resultado puede ser mejor en algún aspecto que otro, en ausencia de un incremento de bienestar<sup>17</sup>. Si volvemos a la figura 1, el paso de A a B, no mejora la situación de nadie, de ahí que la nivelación a la baja carezca de justificación moral. Y dado que el igualitarismo es susceptible a esta objeción, cae también como principio de justicia.

Lo anterior sirve de base para proponer como regla de distribución al prioritarismo. En su formulación más general, esta tesis prescribe que se debe beneficiar a los que están peor<sup>18</sup>, pero no porque así se reduzca la desigualdad, sino porque estos son los que están en el

<sup>10</sup> Derek Parfit, «Equality or Priority». *Ratio*, n°10 (1997): 207.

<sup>11</sup> Parfit, «Equality or Priority», 211.

<sup>12</sup> Parfit, «Equality or Priority», 207.

<sup>13</sup> Nils Holtug, «Prioritarism», en *Egalitarianism. New essays on the nature and value of equality*, ed. por Nils Holtu y Kasper Lipper-Rasmussen (New York: Oxford University Press, 2007), 127.

<sup>14</sup> Holtug, «Prioritarism», 128

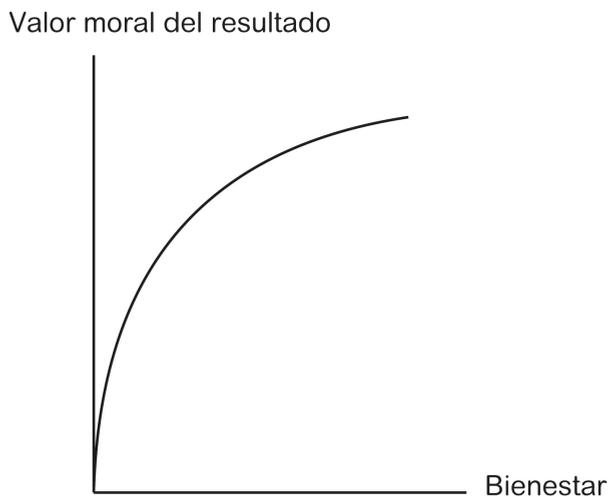
<sup>15</sup> Brian Barry, *Teorías de la justicia* (Barcelona: GEDISA, 2001), 250. Los peor situados o menos aventajados siguiendo por ahora a Rawls, pueden ser entendidos como aquellos “que pertenecen a la clase de ingreso con las expectativas más bajas”. John Rawls, *La justicia como equidad. Una reformulación* (Barcelona: Paidós, 2012), 92.

<sup>16</sup> Parfit, «Equality or Priority», 211.

<sup>17</sup> Holtug, «Prioritarism», 146.

<sup>18</sup> Parfit, «Equality or Priority», 213.

fondo de la escala. Para ser prioritaristas entonces no basta con dar prioridad a los individuos ubicados al final, sino que importa determinar la razón de por qué les damos prioridad<sup>19</sup>. Como bien explica Parfit, mientras los igualitaristas están preocupados de las relatividades, es decir de responder a la pregunta sobre qué tan mal o bien está alguien con relación a otros, los prioritaristas solo están interesados en mejorar los niveles absolutos de cada cual<sup>20</sup>. El efecto que esto conlleva radica en que a medida que subimos en la curva de bienestar, se reduce el valor moral de la demanda por mejorar la situación de los sujetos cuando estos ya no son los peor situados, pues al prioritarismo no le interesa la igualdad. Esta idea se aprecia en la figura 2<sup>21</sup>:



**Figura 2.**

Fuente: Holtug, «Prioritarism», 134.

Frente al reclamo que tienen los peor situados, el prioritarismo responde de mejor forma que el igualitarismo, pues este último puede lograrse en ausencia de una mejora del bienestar, no así el primero. En este sentido debe señalarse que el igualitarismo, al constituir esencialmente una relación, solo puede darse entre dos o más sujetos, pero el prioritarismo es

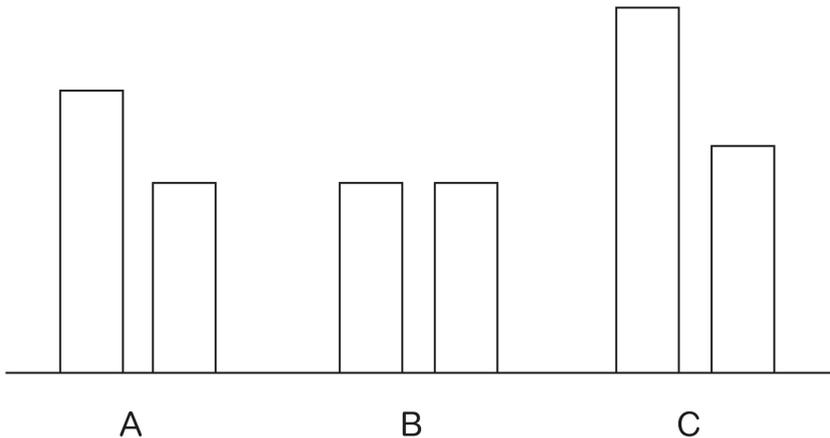
<sup>19</sup> Tungodden, «The value of equality», 24.

<sup>20</sup> Karsten Jensen, «What is the difference between (moderate) egalitarianism and prioritarianism?» *Economics and Philosophy*, n° 1 (2003): 93.

<sup>21</sup> Holtug, «Prioritarism», 134.

capaz de escapar a esta restricción y concentrarse solo en el individuo aislado y sus necesidades. De ahí que en un escenario imaginario en que solo exista un sujeto en una isla desierta, este no puede elevar un reclamo en nombre de la igualdad pues no existe nadie con quien compararse, pero si en nombre de la prioridad<sup>22</sup>.

Para entender estas ideas, en la figura 3, presentamos tres resultados distintos. Para un prioritarista el mejor resultado es C. Esto a pesar de que la gente de la columna de la izquierda ha visto incrementado su bienestar en un grado mayor que la gente de la derecha, pues estos últimos han mejorado su situación en relación a A, y eso es lo que realmente importa. Una de las consecuencias entonces radica en que el prioritarismo es compatible con altos niveles de desigualdad, a condición de que exista un mejoramiento constante de los peor situados. Sin embargo, también sería compatible con una igualdad absoluta, pero en este caso la igualdad solo sería contingente al resultado, no el objetivo.



**Figura 3.**

Fuente: Alfonso Henríquez Ramírez.

<sup>22</sup> Ingmar Persson, «Equality, priority and person-affecting value», *Ethical theory and moral practice*, n° 4 (2001). Wlodek Rabinowicz «Prioritarianism and uncertainty. On the interpersonal addition theorem and the priority view», en *Exploring Practical Philosophy. From Action to Values*. ed. por D. Egonsson, J. Josefsson, B. Petersson, (New York: Ashgate, 2001). Nils Holtug, «Egalitarianism and the Levelling down Objection» *Analysis*, n° 58 (1998). R. Arneson, «Luck egalitarianism and prioritarianism» *Ethics*, n° 110 (2000). Jeremy Moss, «Egalitarianism and the value of equality» *Journal of ethics and social philosophy*, n° 10 (2009).

Las críticas que se la han formulado al prioritarismo, han desembocado en el suficientismo como regla de distribución más justa. Según este, el prioritarismo falla debido a que no es capaz de explicar por qué deberíamos dar prioridad a aquellos casos en los cuales se postula que debiese hacerse<sup>23</sup>. En su defecto, se postula que el objetivo debe radicar en que las personas alcancen tal nivel de bienestar, que su vida sea suficientemente buena. El principio, siguiendo la propuesta de Huseby, puede ser expresado así: es en sí mismo malo o injusto que una persona no se encuentre en una posición suficientemente buena<sup>24</sup>.

El prioritarismo favorece a los menos aventajados pero sin importar qué tan mal estén, lo que vuelve implausible a dicho criterio pues supondría fundar una obligación moral de, pasado cierto nivel de bienestar, continuar mejorando a los menos aventajados aunque hayan alcanzado un umbral de bienestar adecuado. En la figura 4, hemos establecido que 100, es la cantidad que se estima como suficiente para que cualquier persona pueda desarrollar su plan de vida. Si A tiene 1.000 y B 100.000, esas cantidades solo representan un plus sobre la cantidad mínima necesaria. C por otro lado tiene -100, encontrándose bajo el umbral de ingresos. Según el suficientismo, el prioritarismo permitiría fundar la obligación de mejorar la situación tanto de A como de C. Desde luego priorizando a C sobre A, pero lo importante es que A tendría fundamentos para considerarse peor situado en relación a B, a pesar de que ambos tengan suficiente, a diferencia de C. Este resultado parece ser contraintuitivo, pues suponiendo que A sea considerado un sujeto millonario y B un super millonario, el fundamento para que el nivel de A sea mejorado, no parece tener mucho sentido. Es por ello que Crisp argumenta que la noción de compasión puede ser una buena guía en estos problemas, abogando por dar prioridad a aquellos peor situados solo cuando estos, sean a la vez los que estén en la situación más precaria<sup>25</sup>, lo cual correspondería a C. El objetivo sería entonces mejorar su situación hasta un nivel suficiente.

Sin embargo ¿cuánto es suficiente?<sup>26</sup>. Una respuesta, por ejemplo desde el enfoque de las capacidades, diría que lo suficiente pasa por poseer todos aquellos elementos necesarios para alcanzar una buena vida o una vida que valga la pena ser vivida<sup>27</sup>. Lo interesante entonces es que el suficientismo podría ser explicado en términos de la figura 2, pero sin que la línea de bienestar se extienda indefinidamente, sino solo hasta cierto punto constituido por el límite de la obligación de mejorar. Así las desigualdades que se generen por sobre este umbral mínimo, no tendrán relevancia moral o para la justicia, mientras todos tengan suficiente.

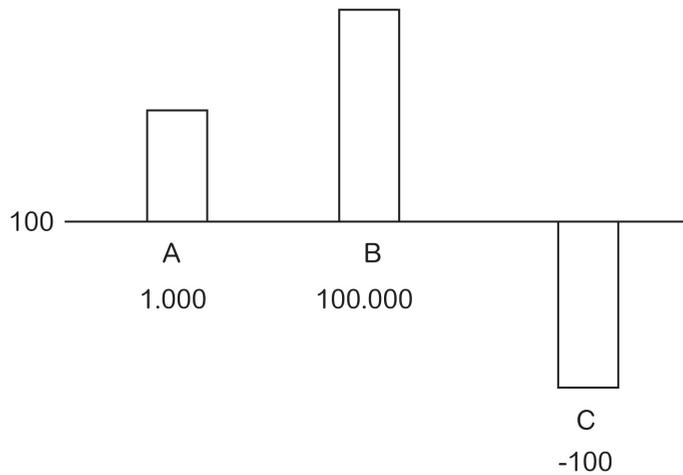
<sup>23</sup> Roger Crisp, «Equality, Priority, and Compassion», *Ethics*, n° 113 (2003): 755.

<sup>24</sup> Robert Huseby, «Sufficiency: restated and defended», *The journal of political philosophy*, n°18 (2010) 180. Paula Casal, «Why sufficiency is not enough», *Ethics*, n° 117 (2007): 298. Yitzhak Benjabi «The doctrine of sufficiency: a defense», *Utilitas*. N° 17 (2006).

<sup>25</sup> Roger Crisp, «Equality, Priority, and Compassion», 780.

<sup>26</sup> Crisp, «Equality, Priority, and Compassion», 762.

<sup>27</sup> Martha Nussbaum, *Las fronteras de la justicia* (Barcelona: Editorial Paidós, 2007), 88.



**Figura 4.**

Fuente: Alfonso Henríquez Ramírez.

### 3.

## EL SUFICIENTISMO Y EL PRIORITARISMO COMO REGLAS DE DISTRIBUCIÓN EN EL CASO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Para autoras como Satz<sup>28</sup> y Anderson<sup>29</sup>, el suficientismo constituye el mejor criterio que los poderes públicos pueden elegir para distribuir la educación. En efecto, para esta investigadora, el concepto importante aquí es el de “adecuada educación para la ciudadanía”. Dado que la educación tiene un carácter habilitante, en la medida en que constituye la base para el ejercicio de otros derechos, su denegación o su incapacidad para alcanzar un estándar adecuado, deja fuera a los individuos de su participación en la sociedad en tanto ciudadanos<sup>30</sup>. De aquí deriva la autora la idea que el derecho a la educación se satisface cuando se alcanza un cierto umbral que permita el desarrollo de algunas habilidades básicas para actuar como un igual ciudadano dentro de la comunidad política<sup>31</sup>. En términos suficientistas, basta con que todos tengan un mínimo suficiente. Por otro lado, Anderson, razona sobre la base

<sup>28</sup> Debra Satz, «Equality, adequacy and education for citizenship», *Ethics* n° 117, (2007): 635.

<sup>29</sup> Elizabeth Anderson, «Fair opportunity in education: a democratic equality perspective», *Ethics*, 117 (2007): 606.

<sup>30</sup> Satz, «Equality, adequacy and education for citizenship», 635.

<sup>31</sup> Satz, «Equality, adequacy and education for citizenship», 636.

que la educación debe solucionar el problema de la segregación. Para ello propone que para evitar que se genere un fenómeno de este tipo, las elites deben ser reclutadas desde todos los sectores<sup>32</sup>. Esto permitiría que los grupos privilegiados, al estar conformados por individuos de orígenes diversos, respondan mejor a las demandas generales de la población.

Desde luego la idea no es novedosa, pero lo importante es lo siguiente. Una elite mejor integrada sirve de manera más eficiente a una sociedad diversa, de ahí que miembros de todos los sectores deban tener acceso a un nivel suficiente de educación que les permita calificar en iguales condiciones a las plazas dispuestas en la educación superior<sup>33</sup>. Lo anterior no tiene por finalidad disminuir las desigualdades que se generen sobre el mínimo suficiente, sino asegurar que aquellos que ocupen puestos clave en la sociedad no provengan solo del grupo de los mejor dotados económicamente.

Tratándose del prioritarismo en educación, este ha sido objeto de reflexión por parte de autoras como Shouten<sup>34</sup>. Para esta investigadora, lo importante a tener en cuenta es lo siguiente. Siguiendo los razonamientos de Rawls, es posible diferenciar entre contingencias sociales y naturales<sup>35</sup>. Las primeras tienen que ver por ejemplo con las diferencias de ingresos entre las familias y las segundas con las diferencias en dotes naturales entre los individuos. Cada una de ellas por separado, y desde luego cuando corren por una misma cuerda, impactan positiva o negativamente en las perspectivas de vidas de las personas. Según Shouten, Rawls opta por un principio igualitario para mitigar el efecto de las primeras, y por un principio de prioridad para hacer lo propio con las segundas, en circunstancias que la distribución justa debiese estructurarse solo alrededor del prioritarismo, dando precedencia a los menos aventados, en orden al reparto de los recursos educacionales. Esto se debe a que el igualitarismo obligaría a igualar los resultados que emanen de contingencias cuyo origen no es fácil de distinguir<sup>36</sup>, distribuyendo por un lado recursos de forma ineficiente, y por el otro, provocando a la larga la propia imposibilidad de alcanzar la igualdad debido a que ninguna sociedad está en condiciones de destinar más y más recursos para nivelar todas las disparidades. Después de todo, también existen otras necesidades que satisfacer, de manera que en algún punto la administración debe colocar el límite.

---

<sup>32</sup> Elizabeth Anderson, «Fair opportunity in education: a democratic equality perspective», 606.

<sup>33</sup> Anderson, «Fair opportunity in education: a democratic equality perspective», 614

<sup>34</sup> Gina Shouten, «Fair Educational Opportunity and the Distribution of Natural Ability: Toward a Prioritarian Principle of Educational Justice», *Journal of Philosophy of Education*, n° 46 (2012).

<sup>35</sup> Rawls, *Teoría...*, 79.

<sup>36</sup> Shouten, «Fair Educational Opportunity and the Distribution of Natural Ability: Toward a Prioritarian Principle of Educational Justice», 485.

Por tanto, de acuerdo con este principio, el Estado solo va a estar autorizado a intervenir en el ámbito de la educación, cuando los sujetos no puedan acceder por sus propios medios a la enseñanza que proporcione el mercado, permitiendo con ello, la optimización de los recursos públicos, al recomendar que la administración se decante por aquella regla de distribución que beneficie a los menos aventajados en proporción a su desventaja, en lugar de a todos por igual<sup>37</sup>.

#### 4.

### EL IGUALITARISMO COMO CRITERIO DE DISTRIBUCIÓN EN MATERIA DE EDUCACIÓN

Por nuestra parte, creemos que en el ámbito de la educación el igualitarismo constituye una alternativa que es preferible al prioritarismo y al suficientismo. Para defender esta tesis, vamos a entregar tres argumentos.

En primer lugar, y aquí seguimos autores como Temkin<sup>38</sup>, Brighouse, Swif<sup>39</sup>, Koski y Recih<sup>40</sup>, no podemos dejar de recordar que la enseñanza constituye un bien que no tiene para sus titulares un valor material, sino que, ante todo, aunque no únicamente, un importante valor posicional<sup>41</sup>. En efecto, los bienes con valor material son aquellos cuyo disfrute no depende de la cantidad que otros tengan en su poder, mientras que los segundos precisamente tienen la propiedad que el valor que presentan para un sujeto dependerá de cuanto tenga otro, variable que determinará la posición relativa de cada uno de ellos. Ahora bien, los autores suelen dar como ejemplo de bien posicional, justamente a la educación, dado que el valor que esta tiene para alguien -entendiendo por valor lo que se obtiene de ella- dependerá de la cantidad de educación que los que estén por delante del sujeto hayan obtenido. En este contexto, Koski y Reich<sup>42</sup> entregan tres argumentos por medio de los cuales se puede probar este carácter posicional. Primero, la educación es crucial para competir por la admisión a la universidad; segundo, determina en parte las posibilidades de obtener un trabajo mejor

<sup>37</sup> Fernand Atria, *Mercado y ciudadanía en la educación*, (Santiago: Flandes Indiano, 2007), 88.

<sup>38</sup> Temkin, «Equality, priority of what?», 70.

<sup>39</sup> Harry Brighouse y Adam Swift, «Educational equality versus educational adequacy: a critique of Anderson and Satz», *Journal of applied philosophy*, n° 26 (2009). Harry Brighouse y Adam Swift «Equality, Priority and Positional Goods», *Ethics*, n° 116 (2006).

<sup>40</sup> William Koski, Rob Reich, «When “adequate” isn’t: the retreat from equity in educational law and policy and why it matters». *Emory Law Journal*, n° 56 (2006): 597.

<sup>41</sup> Fred Hirsch, *Social Limits to Growth* (New York: Routledge, 2012).

<sup>42</sup> Koski y Reich, «When “adequate” isn’t: the retreat from equity in educational law and policy and why it matters», 597. Harry Brighouse y Adam Swift «Equality, Priority and Positional Goods», 472.

remunerado; y tercero, se encuentra vinculada a un incremento de la reputación social y del status. Así, permitir la desigualdad, originaría una situación de desventaja posicional entre los sujetos. Por tanto, como en este tipo de bienes los agentes son rivales con relación al consumo -en el entendido que mientras más tenga uno, menos tendrá el otro- cuando igualamos, en realidad estamos mejorando a los menos aventajados en lo que dice relación con su posición relativa, al reducir la desigualdad en la posesión del bien de que se trate.

Por otro lado, el suficientismo no satisface el óptimo paretiano, pues al no asignar ningún valor a los incrementos de bienestar que se den sobre el umbral, hace imposible discriminar o dar peso a los beneficios de ninguno de los involucrados, al estar todos igualmente bien en relación al mínimo, lo cual es muy problemático<sup>43</sup>. A esta objeción es inmune el prioritarismo. Sin embargo, debe argumentarse que el óptimo de Pareto no es un principio de justicia, y que si bien ambos principios podrían coincidir, el problema se genera cuando esto no tiene lugar. Esta reflexión es importante pues el igualitarismo podría ser visto por parte de los más aventajados como una lesión a sus derechos, al negárseles subir más en la curva de bienestar.

Sin embargo, al menos desde una perspectiva rawlsiana, un esquema de distribución es injusto cuando las expectativas de los más favorecidos son excesivas, lo que se traduce en que, si estas son reducidas, la situación de los menos aventajados experimentaría una mejora<sup>44</sup>. Este es un caso entonces en que las exigencias generadas por la justicia superarían las demandas de eficiencia, autorizando cambios que no mejoren las expectativas de todos, sino que por el contrario, reduzca la de algunos en beneficio de las de otros<sup>45</sup>. Después de todo, el problema debe ser visto desde la perspectiva de los menos aventajados y de cómo podrían estar mejor, de ahí que aquellos que están mejor no tendrían ninguna posición moral para formular alguna queja sobre la base que en presencia de otro esquema de distribución podrían estar mejor<sup>46</sup>.

Finalmente, y como último argumento en contra del prioritarismo y del suficientismo, no debemos olvidar que la educación mejora la calidad de vida de los sujetos, al permitirles una mejor comprensión de su entorno y de sí mismo. Es lo que la doctrina denomina el valor intrínseco de la enseñanza<sup>47</sup>. Ahora bien, al no estar preocupados por la igualdad, no sería problemático si somos suficientistas o prioritaristas, que los más aventajados continúen mejorando indefinidamente su situación mientras los menos aventajados estén en un nivel

<sup>43</sup> Holtug, «Prioritarism», 151.

<sup>44</sup> Rawls, *Teoría...*, 84.

<sup>45</sup> Rawls, *Teoría...*, 84

<sup>46</sup> Brian Barry, *Teorías de la justicia* (Barcelona: GEDISA, 2001), 250

<sup>47</sup> Brighouse y Swift, «Educational equality versus educational adequacy: a critique of Anderson and Satz», 482.

adecuado. Pero si lo pensamos bien, esto implicaría que por una razón totalmente contingente los menos aventajados no podrían gozar de esa mejor educación que reciben los de más arriba, y que permitiría a estos acceder a una más profunda comprensión de su entorno y de sí mismo. Para entender este punto, debemos traer a colación la distinción que efectúa Dworkin entre mala suerte bruta y mala suerte opcional<sup>48</sup>. La primera alude a todas aquellas situaciones en que el sujeto ve desmejorada su situación por razones que nada tienen que ver con su actuar, mientras que la segunda engloba a todos aquellos casos en los que una persona libremente asume un riesgo y a raíz de ello padece un mal. Ahora bien, solo en relación con la mala suerte bruta puede fundarse un derecho a ser compensado, pero no así con respecto a la mala suerte opcional.

Por tanto, si lo que nos interesa es la justicia, entonces buscaremos compensar todas aquellas situaciones que afecten a una persona, y que no se puedan imputar a su actuar descuidado o negligente. Como los estudiantes tienen un reclamo moral que puede ser diferenciado del interés de sus padres, la justicia llamaría a reducir la brecha en el valor intrínseco de la educación. En otras palabras, dado que la enseñanza constituye justamente una forma de previsión comunitaria: “en la que los niños, concebidos como futuros ciudadanos, tienen la misma necesidad por saber, y en la que el ideal de la pertenencia es mejor servido si a todos ellos se les enseñan las mismas cosas. No puede hacerse depender su educación de su posición social o de la capacidad económica de los padres”<sup>49</sup>, el criterio de distribución que elija la administración no puede ser otro, sino el de la igualdad.

## 5.

### A MODO DE CONCLUSIÓN

En este trabajo hemos demostrado que el igualitarismo constituye el criterio de distribución más adecuado tratándose del derecho a la educación. Para ello, hemos formulado tres argumentos. El primero se relaciona con el carácter posicional de la enseñanza. El segundo, apunta a que la educación constituye un supuesto en el cual la exigencia por satisfacer el valor justicia, supera la demanda por alcanzar la eficiencia económica. Y el tercero, razona en

---

<sup>48</sup> Ronald Dworkin, «What is Equality? Part 1: Equality of Welfare», *Philosophy & Public Affairs*, n° 10 (1981). Ronald Dworkin, «What is Equality? Part 1: Equality of Welfare», *Philosophy & Public Affairs*, n° 10 (1981). Una crítica a esta visión ha tomado la forma del llamado igualitarismo de la suerte. E. Anderson, «What is the point of equality?», *Ethics*, n° 99 (1999).

<sup>49</sup> Michael Walzer, *Las esferas de la justicia*, (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2011), 229.

base a la idea que la igualdad permite responder de mejor forma a los reclamos que formulan los estudiantes, y que tienen su origen en las contingencias sociales o económicas que les impiden acceder de forma equitativa a la educación.

---

Para citar este artículo: Henríquez Ramírez, Alfonso: "Algunas consideraciones sobre la justicia distributiva y sus problemas con relación al disfrute del derecho a la educación", <https://doi.org/10.22235/rd.v0i17.1528> *Revista de Derecho* N° 17 (julio 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193: 49-63.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- Anderson, E. "What is the point of equality?", *Ethics*, n° 99 (1999).
- Anderson, Elizabeth. "Fair opportunity in education: a democratic equality perspective". *Ethics*. N° 117 (2007).
- Arneson, R. "Luck egalitarianism and prioritarism". *Ethics*. n°110 (2000).
- Atria, Fernando. *Mercado y ciudadanía en la educación*. Santiago: Flandes Indiano, 2007.
- Barry, Brian. *Teorías de la justicia*. Barcelona: GEDISA, 2001.
- Benbaji, Yitzhak. "The doctrine of sufficiency: a defense". *Utilitas*. n° 17 (2006).
- Bobbio, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.
- Brighouse, H., Swift, A. "Equality, Priority and Positional Goods2". *Ethics*, n° 116 (2006).
- Brighouse, Harry, Swift, Adam. "Educational equality versus educational adequacy: a critique of Anderson and Satz". *Journal of applied philosophy*, n° 26 (2009).
- Casal, Paula. "Why sufficiency is not enough". *Ethics*, n° 117 (2007).
- Crisp, Roger. "Equality, Priority, and Compassion". *Ethics*, n° 113 (2003).
- Dworkin, Ronald. "What is Equality? Part 1: Equality of Welfare". *Philosophy & Public Affairs*. N° 10 (1981).
- Dworkin, Ronald. "What is Equality? Part 2: Equality of Resources". *Philosophy & Public Affairs*, n° 10 (1981).
- Hirsch, Fred. "Social Limits to Growth". New York: Routledge, 2012.
- Holtug, Nils. "Egalitarianism and the Levelling down Objection". *Analysis*. 58 n° (1998).
- Holtug, Nils. Prioritarism», en *Egalitarianism. New essays on the nature and value of equality*, ed. por Nils Holtu y Kasper Lipper-Rasmussen (New York: Oxford University Press, 2007).

- Huseby, Robert. "Sufficiency: restated and defended". *The journal of political philosophy*, n° 18 (2010).
- Jensen, Karsten. "What is the difference between (moderate) egalitarianism and prioritarianism?". *Economics and Philosophy*, n° 1 (2003).
- Klymlicka, Will. "Contemporary political philosophy". New York: Oxford University Press, 2002.
- Koski, William, Reich, Rob. "When "adequate" isn't: the retreat from equity in educational law and policy and why it matters". *Emory Law Journal*, n° 56 (2006).
- Parfit, Derek. "Equality or Priority". *Ratio* 10 (3): 1997.
- Persson, Ingmar. Equality, priority and person-affecting value. *Ethical theory and moral practice*. 4 (2001).
- Rawls, John. La justicia como equidad. Una reformulación. Barcelona: Paidós, 2012.
- Rawls, John. Teoría de la justicia. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Ribotta, Silvina. Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2010.
- Satz, Debra. Equality, adequacy and education for citizenship. *Ethics*, n° 117 (2007).
- Sen, Amartya. La idea de justicia. Bogotá: Taurus, 2011.
- Shouten, Gina. Fair Educational Opportunity and the Distribution of Natural Ability: Toward a Prioritarian Principle of Educational Justice. *Journal of Philosophy of Education*, n° 46 (2012).
- Temkin, Larry. Equality, priority of what?., *Economics and Philosophy*, n° 19 (2003).
- Temkin, Larry. Inequality. New York: Oxford University Press, 1993.
- Tungodden, Bertil. The value of equality. *Economics and Philosophy*, n° 19 (2003).
- Walzer, Michael. Las esferas de la justicia. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2011.



# Fuentes y proyección de las causales de incapacidad\*

Sources and forecast of legal  
incompetence's causes

*Alejandro Laje*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Universidad Abierta Interamericana. Argentina.  
alejandro.laje@uai.edu.ar

*Gabriel E. Lanzavechia*<sup>2</sup>

<sup>2</sup>Universidad Abierta Interamericana. Argentina.  
gabriel.lanzavechia@uai.edu.ar  
<https://doi.org/10.22235/rd.v0i17.1520>

**RESUMEN:** El presente trabajo analiza la evolución del concepto de las categorías jurídicas *persona*, *capacidad* e *incapacidad* con el fin de hacer una proyección de la evolución de las causales de incapacidad en el derecho, tomando como criterio la legislación de la República Argentina. Se describen las fuentes de estos institutos y su validez a la luz del principio general de solidaridad jurídica.

**PALABRAS CLAVE:** incapacidad, causales, validez, solidaridad.

---

Recibido: 18/12/17. Evaluado: 15/2/18. Aceptado: 21/2/18

\* Este trabajo es resultado parcial del Proyecto de Investigación titulado “Indagación y Análisis de las Fuentes del Código Civil y Comercial Argentino”, dirigido por Alejandro Laje y por Lucila I. Córdoba, radicado en el Centro de Altos Estudios en Ciencias Sociales de la Universidad Abierta Interamericana.

**ABSTRACT:** This work analyses the evolution of the concepts of person, legal competence and incompetence in order to assay a forecast of the evolution of the causes of legal incompetence. It works with the law of the Argentine Republic as reference. The sources and validity of the concept of person, legal competence and incompetence are described taking into account the general principle of legal solidarity.

**KEY-WORDS:** legal incompetence, causes, validity, solidarity

**SUMARIO:** 1. La persona humana. 2. El sistema de capacidad en la República Argentina. 3. La evolución de la incapacidad en el derecho argentino. 4. El sistema del Código Civil y Comercial de la Nación. El ámbito interno. Un cambio de rumbo. La incapacidad por inmadurez. La incapacidad por afectación de la voluntad o del entendimiento. 5. Fuentes del sistema de incapacidad del Código Civil y Comercial. 6. Otras fuentes del sistema de incapacidad. 7. Proyección de las causales de incapacidad. 8. Conclusiones.

## 1.

### LA PERSONA HUMANA

El derecho argentino en la Constitución Nacional, los tratados internacionales, la normativa específica del Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) y otras leyes particulares coloca a la persona humana en el centro de la consideración jurídica. Esta valoración merece ser analizada con detenimiento.

La noción de *persona* se vincula con la de *sujeto* y, si bien son utilizadas frecuentemente como sinónimos, no lo son.

Es sabido que fueron los romanos quienes desarrollaron primero el concepto de persona. Gallo lo identificó con el aspecto biológico, hombre-físico, libre o esclavo: “*Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut serui*”, la división más general del derecho de las personas es esta: los hombres son libres o esclavos.<sup>1</sup> Interesante consideración que habilitaba ya la posibilidad de que no toda persona fuera sujeto de derecho, aunque sí que todo sujeto de derecho fuera persona. Ello derivó en una noción que denota principalmente la habilitación que recibe la persona para ejercer ciertos roles y capacidades en la sociedad. Ser persona quiere decir ser reconocido por los demás en dicho rol y capacidad.

El origen epistemológico de la palabra *sujeto* se refiere a lo que existe en sí y no en otro. Asimismo, el término *sujeto* designa, en una proposición o juicio, lo determinado por otro elemento, pues el sujeto en tanto que sujeto del juicio es lo indeterminado.<sup>2</sup> La noción de persona, en cambio, no se corresponde con la idea de sujeto de la predicación sino en predicado, como relación de determinación, capacidad de acción y relación intersubjetiva.

La alta noción de persona que tenemos en la actualidad determinó que su voluntad, su autonomía y en definitiva su libertad sean el estándar de su condición. Tener un derecho

<sup>1</sup> Gallo, *Institutas, Commentarius Primus III. De conditione hominum*, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/institutaDeGayo.pdf>, 1.2.2018.

<sup>2</sup> Cf. Jacinto Choza, *Filosofía del Hombre*, (Madrid: Ediciones RIALP, 1993), 427 y ss.

significa tener derecho a que se respete la voluntad de la persona que, además, debe poder ser exteriorizada.

La idea actual de persona humana como sujeto de derecho abreva entonces de ideas metafísicas y jurídicas. De las primeras se deduce que todo ser humano es persona, sin admitir restricción alguna. De las segundas se concluye que es una realidad relacional, por lo que su condición y particularmente sus manifestaciones inmediatas, como por ejemplo su intimidad, su integridad y su identidad no son algo dado de una vez por todas, sino que requieren desarrollarse, realizarse.

La idea de persona humana como categoría jurídica remite también al concepto de intersubjetividad, al reconocimiento que le da cada sujeto a las capacidades del otro; y en este sentido dicha categoría es necesariamente relacional. De allí que en la actualidad se considere que toda persona humana goza de la aptitud de ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados, pero no negarla totalmente.

El derecho trabaja con relaciones jurídicas y en consecuencia no toma a la persona humana en toda su integridad ni como un absoluto.<sup>3</sup> No se refiere a su constitución física o moral como tal y disciplina su conducta en un sistema de principios y reglas que se acomodan a las circunstancias y necesidades que derivan del estándar moral de la sociedad a la que pertenece. Esta regulación está justificada por la idea central del sistema jurídico que considera que la persona se desenvuelve en un ámbito de libertad, donde es su elección la que determina su futura circunstancia, dentro de los efectos que las normas adjudiquen a las conductas deseadas o reprobadas por la ley.

## 2.

### EL SISTEMA DE CAPACIDAD EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Enseña Alfredo del C. M. Córdoba que la nota incorporada por Vélez Sarsfield al art. 30 del el Código Civil explica que la expresión “capacidad de adquirir derechos” comprende implícitamente cuatro fases: 1) la adquisición en sí del derecho, 2) la duración y ejercicio del mismo, 3) su defensa y conservación y 4) su pérdida total. De allí que la *personalidad* es la condición jurídica general de los entes que son sujetos de derecho y capacidad es la situación

---

<sup>3</sup> Marcos M. Córdoba, “Actualidad del Derecho de Familia” (conferencia, *Instituto de Derecho de Familia del Colegio Público de Abogados*, Buenos Aires, 2 de octubre de 2017).

particular de personas determinadas, estableciendo su aptitud para ser titulares o sujetos, activos o pasivos de relaciones jurídicas y de ejercer por sí mismos sus derechos subjetivos.

La capacidad es la medida concreta de esa aptitud en personas determinadas, tanto en relación con ciertos derechos o actos jurídicos, como al ejercicio por sí mismas de esos derechos. La capacidad es así un atributo de la personalidad pues no puede concebirse la persona que no sea en algún grado capaz, y la cualidad de capaz no puede predicarse sino respecto a personas y no de objetos o de actos.

Continúa el ilustre maestro Alfredo del C. M. Córdoba diciendo que sus caracteres (de la capacidad) son, además de los comunes a todos los atributos de las personas: 1) que es susceptible de grados; que puede ser plena o limitada, 2) que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, y que ésta solo se admite si es expresa y 3) que las incapacidades no pueden extraerse de otra fuente del derecho que la ley.<sup>4</sup>

La construcción del concepto de capacidad de derecho se basó tradicionalmente en la idea central de su correlación con la titularidad de derechos subjetivos. Sin embargo, Tobías advierte que en la sistematización del Código Civil y Comercial resulta más preciso y comprensivo correlacionar la noción de capacidad de derecho con la aptitud potencial de ser titular de intereses tutelados por el derecho y no solo de derechos,<sup>5</sup> ya que sería también apropiado hacerlo extensible a derechos, facultades, poderes o deberes que forman parte del contenido de la relación jurídica.

La incapacidad de ejercicio, o sea la falta de aptitud de la persona para ejercer por sí misma derechos o para realizar actos jurídicos es impuesta por la ley a causa de su falta de madurez o por padecer una adicción o una alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad, siempre que se estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. Así se establece con el fin de proteger a la persona, impidiéndole que pueda realizar actos que pudieran perjudicarle.

---

<sup>4</sup> Alfredo del C. M. Córdoba, *Derecho Civil. Parte General*, (Buenos Aires: Biblioteca de la Universidad Abierta Interamericana, 2017), 52-60.

<sup>5</sup> José W Tobías, "La persona humana en el proyecto", *La Ley*, 25/06/2012.

### 3.

## LA EVOLUCIÓN DE LA INCAPACIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO

El Código de Vélez consideraba incapaces absolutos a las personas por nacer, a los menores impúberes, a los dementes, a los sordomudos que no supieran darse a entender por escrito y a los ausentes declarados tales en juicio. Vélez excluyó expresamente a los pródigos, aclarando en la nota al art. 54 que “en el número de los incapaces, no pongo los pródigos porque esa calidad no podrá, según este Código, ni sujetarse a juicio ni traer una interdicción.” En el art. 55 Vélez estableció que los menores adultos y las mujeres casadas eran incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos.

La Ley 17.711 eliminó de la lista de incapaces a los ausentes declarados tales en juicio y dispuso que los menores adultos sólo tendrían capacidad para los actos que las leyes les autorizan.

La ley 11.357 fue el primer paso tendiente a eliminar la desigualdad jurídica entre el hombre y la mujer, pero en los hechos no significó cambios importantes. No así la ley 17.711 que sí derogó expresamente la incapacidad relativa de la mujer casada al modificar el artículo 55 del Código Civil Argentino. Otra pieza normativa que implicó una evolución positiva en la equiparación de los derechos de la mujer fue la ley 23.264 que equilibró la situación de la mujer en los siguientes aspectos: ejercicio de la patria potestad; elección del nombre de los hijos y ejercicio de la curatela de sus hijos. La ley 23.515 de Matrimonio Civil modificó la situación de la mujer casada en cuanto a su domicilio y en lo referido a su nombre.

Las llamadas incapacidades de derecho no pueden ser consideradas verdaderas incapacidades, sino prohibiciones de ejercer determinados actos, ya sea por sí mismo o por medio de un representante. Ejemplo de lo anterior fueron la prohibición contenida en el Código de Comercio derogado que excluía del ejercicio del comercio a los clérigos (mientras vistieran el traje clerical); a los magistrados civiles y jueces del territorio donde ejercieran su autoridad y jurisdicción con título permanente; a los interdictos y a los quebrados. Otro ejemplo de prohibiciones interesantes son las contenidas en el Código Electoral (Ley 19945), que excluía del padrón electoral a los dementes declarados en juicio y a quienes estuvieran reclusos en establecimientos públicos; los sordomudos que no supieran darse a entender por escrito; los condenados por delitos dolosos a penas privativas de la libertad y por sentencia ejecutoria en los términos de la condena; los condenados por juegos prohibidos; los sancionados por la infracción de deserción calificada los rebeldes en causas penales y otras tantas

exclusiones. Para cerrar esta lista meramente ejemplificativa, merece agregarse la ley 26.370 de Espectáculos Públicos que, entre otros casos, prohíbe desempeñarse como trabajador de la actividad a aquellas personas que se hallen en alguna de las siguientes situaciones: haber sido condenadas por delitos de lesa humanidad; ser personal de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales, del servicio penitenciario u organismo de inteligencia y haber sido condenado por delitos cometidos en el desempeño de la actividad regulada por esta ley.

#### 4.

---

## EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

### EL ÁMBITO INTERNO. UN CAMBIO DE RUMBO. LA INCAPACIDAD POR INMADUREZ

El sistema de la incapacidad de los menores en el Código Civil y Comercial “se sostiene sobre las ideas de *capacidad progresiva* y reconocimiento de la *autonomía* personal en función del estándar *grado de madurez suficiente*, amén del principio cardinal del superior interés del niño.”<sup>6</sup> Sin embargo, tal como señala Rivera, la madurez suficiente solo habilita el ejercicio de derechos por parte de un menor de edad para los casos que le son permitidos por el ordenamiento, y ello al tomarse conjuntamente lo dispuesto por el art. 24 y el segundo párrafo del art. 26. Por lo que el régimen es bastante parecido al de la ley 17.711.

El paradigma del Código Civil y Comercial Argentino implica el paso de un sistema de capacidad rígido a un sistema de capacidad con mayor flexibilidad, que pondera circunstancias de hecho particulares, tiene origen constitucional y remite en última instancia a la inclusión de los tratados de derechos humanos que hoy forman parte del bloque de constitucionalidad que nos rige y que ha colocado al hombre en cuanto tal en primer plano del ordenamiento jurídico.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Julio C Rivera, “Capacidad de las personas menores de edad en el Código Civil y Comercial de la República Argentina. Perplejidades e incongruencias”, en *Tratado de la Vulnerabilidad* ed. por Ursula C Basset, Hugues Fulchiron, y otros, (Buenos Aires: La Ley, 2017), 295.

<sup>7</sup> Mariana Santi, en *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias A1*, ed. por Alberto J. Bueres, (Buenos Aires: Hammurabi, Buenos Aires, 2014), 275.

## LA INCAPACIDAD POR AFECTACIÓN DE LA VOLUNTAD O DEL ENTENDIMIENTO

En primer lugar, se debe advertir al tratar este tema que, conforme a la normativa del art. 32 Código Civil y Comercial,<sup>8</sup> se entiende como principio general la restricción dirigida al ejercicio de la capacidad, y de manera excepcional la declaración de incapacidad; siendo que en el título de dicho artículo se diferencian dos supuestos claramente evidenciados: *la persona con capacidad restringida y la persona incapaz*.

En cuanto al primer supuesto (restricción a la capacidad) se observa que para que proceda debe referirse a personas mayores a trece años – *estableciéndose así un piso objetivo de aplicación concordante con la categoría de adolescente dispuesta en el Art. 25 del mismo instrumento* – que padezcan adicciones o alteraciones mentales permanentes o prolongadas, de suficiente gravedad, y siempre que se estime que de dicha limitación mental y en relación al ejercicio de su capacidad pueda resultar un daño para su persona o bienes. A su vez, se identifica que la norma importa un contenido genérico en cuanto al espectro de las personas afectadas; es decir personas que contengan adicciones o alteraciones mentales, eliminando todo tipo de etiquetas conceptuales que establecía la normativa anterior.

Por otra parte, conforme al segundo párrafo de la norma aquí analizada, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el art. 43<sup>9</sup>, especificando las funciones de éstos debido a las necesidades y circunstancias de cada persona, por lo que, en consecuencia, en este supuesto la figura del curador desaparece. Es así que, al conceptualizar los apoyos conforme a la normativa precitada resultan aquellas medidas de carácter judicial y extrajudicial que facilitan a la persona que las necesita la toma de decisiones respecto a administrar sus bienes, dirigir su persona y celebrar actos jurídicos en general. Por ende, estas medidas

---

<sup>8</sup> Artículo 32: CCC: “Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.”

<sup>9</sup> . Artículo 43, CCC “Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.”

tendientes a que se promueva la autonomía del individuo afectado por la restricción a la capacidad establecen un canal específico para la expresión de su voluntad.

Para culminar con el análisis del presente supuesto, se debe notar que “*el o los apoyos*” pueden recaer sobre una persona (o varias) propuesta por el interesado. No obstante ello, es el Juez quien debe decidir respecto a la designación, evaluando y estableciendo un sistema de actuación por parte de las personas que resultasen designadas para cumplir las medidas a los efectos de evitar conflictos o influencias que puedan resultar en perjuicio del sujeto.

Ahora bien, respecto del segundo supuesto, la incapacidad absoluta, contemplado en el último párrafo del art.32, el mismo prevé la incapacidad exclusivamente para aquellos casos en los que la persona esté completamente imposibilitada de interactuar con su entorno social, resultando imposible la determinación de la expresión de su voluntad por cualquier medio de reproducción y que a su vez el sistema de apoyos sea ineficaz. En este supuesto el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador que se regirá por las reglas de la curatela (Arts. 138 CCC y cccts.).

Nótese que la norma señala el carácter excepcional de la declaración de incapacidad, identificándose además que la misma procede cuando no exista posibilidad de interrelacionarse e interactuar con el entorno social, pero además que el sistema de apoyos no resulte efectivo; es decir que, dada la disyunción “y”, deben cumplirse ambos supuestos y no resultar situaciones independientes (o que la persona no pueda interactuar con el entorno o bien que el sistema de apoyos resulte eficaz). Nuevamente se está bajo el manto de un criterio protector de la autonomía de la voluntad de la persona.

Así las cosas, el criterio mencionado fue introducido primeramente en el Código Civil Argentino, a través de la Ley 26.657 – Ley Nacional de Salud Mental, el cual introdujo el Art. 152 ter, disponiendo: “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.”

En dicha norma se observa el pilar fundamental de la autonomía personal y su menor restricción posible. Es decir, se abandonó el criterio de *persona incapaz* o *persona capaz* entrando en un matiz de grises y de comprensión de situaciones excepcionales y particulares.

La capacidad general de ejercicio se presume, aún cuando una persona se encuentre internada en un establecimiento asistencial. Las limitaciones son de carácter excepcional y se las debe declarar judicialmente si existe una afectación de la voluntad por adicción o una

alteración mental permanente o prolongada que implique un daño para la persona o sus bienes. Al limitar la capacidad de una persona se deben designar apoyos de modo que se promueva la autonomía de la misma. Por excepción el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador (art. 31 y 31 del CCC).

## 5.

### FUENTES DEL SISTEMA DE INCAPACIDAD DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Puede citarse como fuente del sistema de capacidad argentino a la Constitución Nacional reformada en 1994, en cuanto al reconocimiento de la jerarquía de los tratados internacionales que están por encima de las leyes y a la constitucionalización de los tratados de derechos humanos con el mecanismo previsto en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Argentina.

Uno de dichos tratados que posee en Argentina rango constitucional es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2006, que fuera ratificada con la promulgación de la **ley 26.378** el día **6 de junio de 2008**. Esta convención es considerada como fuente del nuevo sistema de incapacidad prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación.

La CDPD transformó el enfoque adoptado por el derecho internacional de los derechos humanos para garantizar la igualdad de derechos de las personas con discapacidad. Retiró el enfoque de estereotipos de larga data que consideraban que el “problema” radicaba en el impedimento de una persona, y lo dirigió a las barreras “discapacitantes” que la sociedad levanta y su responsabilidad de derribarlas y acomodar las necesidades de las personas con discapacidades. Requiere que todas las personas sean consideradas como capaces de tomar sus propias decisiones, con apoyos si es necesario, y con derecho a participar en los asuntos que las afecten.

La Argentina, como todos los países firmantes, se comprometió a elaborar y poner en práctica políticas, leyes y medidas administrativas para asegurar los derechos reconocidos en la Convención y abolir las leyes, reglamentos, costumbres y prácticas que constituyen discriminación. En este sentido, esta Convención puede considerarse como una fuente del tratamiento de la incapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación, en particular en lo que establece en su art. 12 sobre las salvaguardas previstas para que “el ejercicio de la

capacidad jurídica respete los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.” Este criterio parece ser atendido por el sistema del Código Civil y Comercial, aunque el documento denominado “Observaciones finales” sobre la Argentina, aprobado por el Comité de Seguimiento de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas en su octava sesión, sostiene que:

el Comité está profundamente preocupado por las inconsistencias que se observan tanto en las leyes existentes como en los proyectos actualmente en consideración por el Estado parte (*la Argentina*), que se basan o continúan basándose en un modelo de sustitución del proceso de toma de decisiones que anula los deseos de la persona en cuestión, claramente contradiciendo el art. 12 de la Convención.<sup>10</sup>

El Comité urge a la Argentina a eliminar el proceso de sustitución por el de apoyos, (cuestión esta sí atendida por el nuevo código argentino) y eliminar la discreción de los jueces para decidir sobre los apoyos que puede necesitar una persona. Expresamente solicita que el concepto de incapacidad no sea incluido en el proyecto de Código Civil y Comercial. Estas recomendaciones no fueron totalmente atendidas, ya que el contenido normativo del Art. 32 del Código establece que “El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

---

<sup>10</sup> UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), *Concluding observations on the initial report of Argentina as approved by the Committee at its 8th session, 17-28 September 2012: Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, 8 October 2012, CRPD/C/ARG/CO/1, available at: <http://www.refworld.org/docid/54993c374.html> [accessed 6 November 2017].

Se destaca que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad resulta el andamiaje normativo que ha utilizado el Estado argentino, el cual fuera destinado al desarrollo de la autonomía de los individuos con discapacidades; a lo que podemos sumar, los que se refieren a los diversos temas siguientes: *Igualdad y no discriminación* (Art.5), el cual establece que los Estados Partes deben reconocer la igualdad de todos los ciudadanos, prohibiendo las prácticas que fomenten discriminación por motivos de discapacidad; *Toma de Conciencia* (Art. 8), el cual establece que los Estados Partes deben tomar medidas de sensibilización, movilización, promoción y lucha contra la discriminación, con miras a la inclusión social; *Accesibilidad* (Art. 9), el cual establece la toma de medidas tendientes a que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida; *Acceso a la Justicia* (Art. 13), referido a las medidas tendientes para que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas y que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia.

Por otra parte, y en relación con la libertad de desarrollo individual, que puede vincularse claramente con los apoyos, debemos destacar el Art. 19 de la Convención sumamente interesante que establece:

Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que: a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico; b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta; c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.

Si bien la CDPD es la fuente del tratamiento de la discapacidad, y representa una evolución favorable en la eliminación de barreras sociales, políticas y jurídicas injustas, el instituto de la incapacidad es la protección que el sistema jurídico prevé para aquellas personas que por falta de madurez suficiente o por afectación en su voluntad o entendimiento no pue-

den ejercer por si mismas sus derechos o realizar actos jurídicos. Se establece para proteger al incapaz y evitar que realice actos que pudieran perjudicarlo. La finalidad del instituto de la incapacidad no es la seguridad jurídica sino la protección de la persona. Esta protección se ejerce dándole una representación.

## 6.

### OTRAS FUENTES DEL SISTEMA DE INCAPACIDAD

También es fuente del nuevo régimen la Ley 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes de 1995, que incorpora al sistema jurídico argentino el derecho de los menores a ser oídos ante la autoridad competente, a que su opinión sea tomada prioritariamente en cuenta a la hora de arribar a una decisión que los afecte, a ser asistidos por un letrado especializado, a participar activamente en todo procedimiento que los involucre y a recurrir ante el superior frente a una decisión que los afecte. Esta ley también incorporó el *estándar de grado de madurez suficiente* y el de *capacidad de discernimiento*. Rivera señala que la capacidad progresiva ya estaba presente en el Código de Vélez de 1869 donde, si bien en lo referido a lo patrimonial, numerosas reglas atribuían capacidad a los menores para ciertos actos.

Las leyes 26.743 de Identidad de Género; 25.673 del Programa Nacional de Salud y Procreación Responsable; 26.150 del Programa Nacional de Educación Sexual Integral y la Ley 418 de Salud Reproductiva de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también incluyen el principio de *capacidad progresiva*, por lo que constituyen fuentes del sistema del Código Civil y Comercial, y por su lado la Ley 26.529 de Derechos del Paciente también incluye el principio de *autonomía de la persona en general* y el de *capacidad progresiva de los menores*.

Es indiscutible que el derecho argentino ha tenido una notable y auspiciosa evolución a partir de 1990, incorporando los principios de interés superior del niño, capacidad progresiva, derecho del niño a ser oído en todo aquello que le concierna y el estándar grado de madurez suficiente.”<sup>11</sup>

La Ley 26.657 de Salud Mental constituye sin duda también una fuente importante del sistema de incapacidad actual, ya que reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implican una dinámica de construcción social vinculada

<sup>11</sup> Rivera, Capacidad, 298.

a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Por ende, es necesario partir de la presunción de capacidad de todas las personas. Esta misma ley también legisla sobre el tratamiento de adicciones e impide que el diagnóstico en el campo de la salud mental haga presumir riesgo de daño o incapacidad.

Se reconoce a las personas con padecimiento mental entre otros, el derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, y que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria; el derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible sobre los derechos que lo asisten; el derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades y el derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable. Todo estos, criterios fueron incorporados en el sistema del Código Civil y Comercial.

## 7.

### PROYECCIÓN DE LAS CAUSALES DE INCAPACIDAD

El profesor Marcos M. Córdoba ha trabajado el tema de la capacidad infantil, cuestionando las teorías de las etapas evolutivas del niño del tipo de las descritas por Piaget, tendientes a enfatizar la idea de un déficit de la infancia y, según ellas, entendiendo la naturaleza del principalmente como resultante de capacidades faltantes en ellos respecto de las de los adultos. Esta concepción, argumenta Córdoba, ignora o subestima el hecho de que los niños son, por ejemplo, más capaces de aprender un segundo idioma, pintar una imagen estéticamente valiosa o concebir una pregunta filosóficamente interesante que esos mismos niños que cuando lleguen a ser adultos probablemente sean incapaces de realizar. “De esa “incompletud” del niño se causa su carencia de responsabilidad, lo que implica incapacidad de reconocer y aceptar en extensión completa las consecuencias de sus actos. Es esa falta de responsabilidad lo que habilita los desempeños espontáneos, los juegos, lo que se hace como ejercicio no sometido a reglas sino de un modo de proceder sin consecuencias ni formalidad, desempeños que desarrollan la facultad creativa, la introducción de elementos originales en el conjunto de su contenido intelectual. De lo dicho resulta que las causas de vulnerabilidad que afectan al niño son causa como contrapartida de una circunstancia que le resulta favorable en otros aspectos no sometidos a su protección. Es que el niño es persona que, por no haber completado su desarrollo, la ley protege al no habilitarlo a desempeñarse por sí mismo y

a título propio, porque lo contrario lo pone en condiciones de mayor vulnerabilidad, lo hace apto para ser dañado, menoscabado, echado a perder.”<sup>12</sup>

Lo mismo sucede con los adultos mayores, quienes manifiestan ciertas limitaciones en sus capacidades propias de su edad. Sus carencias también muchas veces los habilitan a desarrollar otras potencialidades, que deben valorarse positivamente. Por el contrario, se nota una tendencia a intentar alterar el estado natural de la persona mayor, dándole medicamentos que los mantienen artificialmente en un estado diferente al que naturalmente les corresponde.

Así, la tendencia que se observa en la evolución del concepto de incapacidad exagera la autonomía del individuo. Se busca dotar a los menores de la mayor autonomía posible, cuanto antes, aún aquella que los saca de su condición de niños. Se toman medidas para que los adultos mayores también mantengan su autonomía, aún más allá de las restricciones propias de su edad. En esta tendencia se advierte una sociedad y una concepción del derecho individualista, que no cuenta con el criterio de solidaridad jurídica. El Principio General de la Solidaridad Legal, que constituye un estándar moral de la sociedad, requiere necesariamente ponerse en el lugar del otro, ejercer los propios derechos considerando también el interés del otro. Este principio es de tal importancia que su aplicación transforma el ejercicio del derecho radicalmente, alejando a la sociedad del sistema incoherente, individualista e injusto que considera a cada persona como aislada o autónoma.<sup>13</sup>

Dar autonomía al niño antes de lo necesario o prolongar la autonomía de las personas en momentos de afectación de su voluntad o entendimiento desconoce la posibilidad de una sociedad en la que la persona forma parte de una comunidad solidaria. La CDPD constituye un esfuerzo legítimo para la eliminación de todo tipo de discriminación contra las personas con discapacidad, pero el instituto de la incapacidad responde a una necesidad diferente, que busca proteger a la persona, permitiéndole que cumpla su ciclo de vida vital sin interferencias artificiales, contando con la solidaridad de sus semejantes.

Como un estándar moral, producido por el conjunto de la sociedad, se sostiene que el principio de solidaridad debe constituirse como principio general del derecho positivo argentino y consecuentemente ser atendido por el legislador, para informar a la ley, y por el

<sup>12</sup> Marcos M. Córdoba, “Protección del niño vs. Autonomía del niño”, en *Tratado de la Vulnerabilidad*, ed. por Ursula C. Basset, Hugues Fulchiron, y otros, (Buenos Aires: La Ley, 2017), 401.

<sup>13</sup> Para un análisis completo del Principio de Solidaridad Jurídica ver Alejandro Laje, “La solidaridad familiar como paradigma de la solidaridad en los sistemas jurídicos occidentales”, en *Derecho Moderno*, (Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni, 2014) y Alejandro Laje, “El principio general de solidaridad en el Derecho Argentino” *El Derecho*, Buenos Aires, 1 de abril (2016).

juez para aplicarla. Del mismo modo y fundamentalmente debe ser considerado por cada persona al momento de interpretar el derecho vigente.

Dicha elevación positiva del principio de solidaridad no se ha producido aun, ya que, si bien el principio de solidaridad está presente en numerosas normas particulares, no ha sido positivizado aun como un principio general del derecho argentino. Puntualmente, en lo que refiere al instituto de la incapacidad, su eventual eliminación del sistema argentino implicaría un retroceso en la evolución hacia un derecho más solidario.

La solidaridad jurídica, como principio general social consiste en una noción que no resulta de una elaboración de científicos sino de la expresión social. Siendo esos valores elementos que informan al derecho, el legislador los interpreta y transfiere al ámbito legislativo. Habitualmente como consecuencia de la información que la doctrina especializada le ha proporcionado. Su incorporación a la ley puede producirse a través de normas particulares o de aquellas denominadas generales o abiertas. La información al legislador puede arribar al estándar de la ley ordinaria o incluso al más elevado que es el constitucional y es ahí donde como consecuencia la ley ordinaria puede buscar los principios no solo en la doctrina y en el comportamiento social sino también en eso que se ha convertido en principio constitucional.

Ciertamente la solidaridad es un importante criterio que está en el fundamento de numerosas soluciones legislativas y seguramente constituye una directriz y un instrumento de la interpretación para casos dudosos o lagunas que se presentan en la regulación de la vida social. Privar al derecho argentino del instituto de la incapacidad implicaría debilitado y empobrecido por privarlo de una norma que se apoye en la solidaridad como principio general del derecho.

En contra de este criterio, se podría afirmar que la solidaridad no constituye un estándar moral de la sociedad argentina, sino que a nuestra sociedad está caracterizada por la tendencia al individualismo y la búsqueda egoísta de fines estrictamente personales. Esta postura resulta objetable ya que, si bien pueden encontrarse dichas conductas en numerosas circunstancias de la vida nacional, constituyen discontinuidades en una continuidad histórica de discursos y prácticas cualitativamente distintas presentes en las aspiraciones de la sociedad en su conjunto.

Ello debido a que la solidaridad se define como la relación recíproca entre el todo y sus partes. Ningún problema pertenece solo a una persona y se debe rechazar la idea de que la mente está primero sola, y luego en relación con otros ya que la conciencia de uno mismo, como yo y como persona, es siempre experimentada en el contexto de su membresía a una totalidad. Se distingue el principio de solidaridad del de simple agregación presente

en las relaciones sociales. La sociedad solidaria no tiene nada que ver con aquella que está simplemente junta. Es posible aspirar a una sociedad solidaria en la que sus miembros están unidos según la cualidad de su participación en el grupo, diferenciándola de las sociedades estructuradas en la búsqueda de la mayor felicidad individual o del mayor número.

Así, si no se logra establecer la diferencia entre discapacidad e incapacidad, es posible que la proyección de las causales de incapacidad evolucione hacia un estado de mayor autonomía de los niños y a la prolongación artificial de la autonomía de quienes tienen afectada su voluntad o entendimiento. Sin embargo, si se comprende la protección que brinda la incapacidad, se habilitará el camino para el ejercicio de la solidaridad jurídica.

## 8.

### CONCLUSIÓN

La idea de *persona* como centro de todo el sistema jurídico encuentra su fuente en el Derecho Romano. Su evolución hasta llegar al concepto actual ha requerido el aporte de generaciones de juristas preocupados por dotar al sistema jurídico de las herramientas que permitan darle a la persona física toda la dignidad de seres valiosos en sí mismos. La capacidad de la persona refleja la dignidad de quien se autodetermina, manifestando solo uno de los aspectos de su dignidad. Ello en el contexto propio del dinamismo de los elementos culturales, los cuales creados por el hombre van adecuándose a los contextos socio-históricos.

Tal como se afirmó oportunamente, el derecho argentino en la Constitución Nacional, los tratados internacionales, la normativa específica del Código Civil y Comercial de la Nación y otras leyes particulares colocan a la persona humana en el centro de la consideración jurídica. Así, debe resaltarse que los institutos de la capacidad y de la incapacidad han evolucionado en consecuencia en la búsqueda de idéntico objetivo, implicando ello la habilitación que recibe toda persona para ejercer ciertos roles y capacidades en la sociedad, destacando claramente aquella idea expresada *ut-supra*: "...*Ser persona requiere decir ser reconocido por los demás en dicho rol y capacidad...*". Se advierte que, en la idea actual de persona, como sujeto de derecho, convergen ideas metafísicas y jurídicas, remitiendo a la noción de intersubjetividad.

El tratamiento de la incapacidad en el ordenamiento jurídico argentino fue modificado desde su concepción original por leyes tales como la Ley 17.711, Ley 11.357, Ley 23.264, Ley 23.515, Ley 19.945, mencionadas oportunamente.

Ahora bien, en la reciente modificación introducida en el Código Civil y Comercial de la Nación se advierte un cambio – *nuevamente* – el cual pretende ser protectorio, toda vez que invierte los principios generales y especiales en materia de capacidad, otorgando al primero de ellos, la restricción dirigida al ejercicio de la capacidad, sin incorporar mecanismos de sustitución de la persona, mientras que la excepcionalidad encuentra en la incapacidad del sujeto.

En ese camino frecuentemente se pierde de vista que el instituto de la incapacidad siempre fue establecido en protección de la persona vulnerable por lo que resulta inconsistente intentar su eliminación, por más bien intencionado que parezca.

A la persona menor, la ley la protege por no haber completado su desarrollo, no habilitándolo a desempeñarse por sí mismo y a título propio. Lo contrario sería colocarla en situaciones de mayor vulnerabilidad. Se sostiene aquí que algunos adultos mayores, están en una situación semejante ya que dadas las limitaciones propias de la etapa etaria que transitan, y las respectivas carencias de salud – *de índole física o mental*. Se advierte la tendencia a alterar fisiológicamente dichas carencias, para mantener un estado de capacidad “superficial” o “irreal”; es decir, diferente al que les correspondería. Concluyendo así, que se advierte un andamiaje evolutivo en materia del desarrollo de la capacidad que exacerba la necesidad de desarrollar la autonomía del individuo, poniendo a niños o adultos, en una situación ficticia, y disponiéndoles en un posicionamiento que, en casos no sea el adecuado.

Por ello, se sostiene que la implementación de los institutos de la capacidad y de la incapacidad debe ser aplicada teniendo presente el principio de solidaridad legal para que pueda cumplir con todo el alcance de su efecto protectorio; en miras de la salvaguarda real de los intereses de los sujetos de derechos tutelados; toda vez que éste principio importa un estándar por el que se requiere el ejercicio de los derechos considerando también el interés del otro, resultando así que su aplicación transforma la construcción de los institutos de la capacidad y de la incapacidad.

---

Para citar este artículo: Laje, Alejandro y Gabriel Lanzavechia: “Fuentes y proyección de las causales de incapacidad”, <https://doi.org/10.22235/rd.v0i17.1520>  
*Revista de Derecho* N° 17 (julio 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193: 65-84.

---

---

## BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea, 2006.
- Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Alpa, Guido, “La certeza del Derecho en la edad de la incertidumbre”, *La ley*, 2006-B.
- Alpa, Guido, “Privacy e estatuto dell’ informatione”, *Rivista di Diritto Civile*, n. 1, 1979.
- Arendt, Hannah, *La condición humana*, Buenos Aires: Paidós, 2005.
- Berlin, Isaiah, *Vico y Herder. Dos estudios de la historia de las ideas*, Madrid: Cátedra, 2000.
- Berlin, Isaías, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Madrid: Alianza, 2005.
- Bueres, Alberto J. y Elena Highton, *Código Civil y normas complementarias*, 1A, Buenos Aires: Hammurabi, 2007.
- Cárcova, Carlos María, *La Opacidad del Derecho*, Madrid: Trotta, 2006.
- Cárcova, Carlos María, *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.
- Córdoba, Alfredo del C. M., *Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires: Biblioteca de la Universidad Abierta Interamericana, 2017.
- Córdoba, Marcos M. “Actualidad del Derecho de Familia”, conferencia, Instituto de Derecho de Familia del Colegio Público de Abogados, Buenos Aires, 2 de octubre de 2017.
- Córdoba, Marcos M., “Protección del niño vs. Autonomía del niño”, en *Tratado de la Vulnerabilidad*, ed. por Ursula C Basset, Hugues Fulchiron, y otros, Buenos Aires: La Ley, 2017.
- Choza, Jacinto, *Filosofía del Hombre*, Madrid: Ediciones RIALP, 1993.
- Dewey, John, *La miseria de la epistemología. Ensayos de Pragmatismo*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2000.
- Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 2002.
- Gallo, *Institutas*, Commentarius Primus III. <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/institutaDe-Gayo.pdf>, 1.2.2018.
- Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires: La Ley, 2005.
- Habermas, Jürgen, *El Discurso Filosófico de la Modernidad*, Mostroles-Madrid: Katz, 2013.
- Kitto, H. D. F., *Los Griegos*, Buenos Aires: Eudeba, 1977.

- Laje, Alejandro, “El principio general de solidaridad en el Derecho Argentino” *El Derecho*, Buenos Aires, 1 de abril (2016).
- Laje, Alejandro, “La solidaridad familiar como paradigma de la solidaridad en los sistemas jurídicos occidentales”, en *Derecho Moderno*, Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni, 2014.
- Llambías, Jorge, *Tratado de Derecho Civil: Parte General*, Buenos Aires: Abeledo - Perrot , 2003.
- Negri, Héctor, *Sobre el Derecho y los Derechos del Hombre*, Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2008.
- Orgaz, Alfredo, *Personas Individuales*, Buenos Aires: Assandri, 1961.
- Rivera, Julio C. “Capacidad de las personas menores de edad en el Código Civil y Comercial de la República Argentina. Perplejidades e incongruencias”, en *Tratado de la Vulnerabilidad* ed. por Ursula C Basset, Hugues Fulchiron, y otros, Buenos Aires: La Ley, 2017.
- Rorty, Richard, *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton: Princeton University Press, 2009.
- Santi, Mariana, “Comentario al Artículo” en *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias A1*, ed. Por Alberto J. Bueres, Buenos Aires: Hammurabi, Buenos Aires, 2014.
- Sibila, Paula, *La intimidad como espectáculo*, Buenos Aires: FCE, 2009.
- Tobías, José W , “La persona humana en el proyecto”, *La Ley*, 25/06/2012.
- Vattimo Gianni, *El fin de la modernidad*, México: Gedisa Editorial, 2000.

# El nuevo rol de la víctima en el sistema penal acusatorio en México

The new role of the victim in the accusatory penal system in Mexico

*Roberto Santacruz Fernández*<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. México.  
robsantafer@hotmail.com

*David Santacruz Morales*<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. México.  
davesantacruz@hotmail.com  
<https://doi.org/10.22235/rd.v0i17.1572>

**RESUMEN:** Con las reformas constitucionales de 2008 y 2011 en México, la víctima ha adquirido un nuevo rol en el procedimiento penal acusatorio, situación en la que jugaron un papel importante la Victimología, el Garantismo Penal y la maximización de los derechos humanos; por lo que la víctima que había sido excluido hoy es considerada como sujeto procesal con un importante catálogo de derechos derivados de la legislación nacional y los tratados internacionales, por lo que se enfatizado la reparación del daño e implementado la justicia restaurativa, colocando los elementos necesarios para la desvictimación.

---

Recibido: 15/02/18. Evaluado y observado: 01/03/18. Corregido y aceptado: 23/04/18

**PALABRAS CLAVES:** victimología, garantismo penal, sistema penal acusatorio, justicia restaurativa, desvictimación.

**ABSTRACT:** With the constitutional reforms of 2008 and 2011 in Mexico, the victim has acquired a new role in the adversarial criminal procedure, situation in which played an important role the Victimology, do criminal and the maximization of human rights; by what the victim who had been excluded today is considered as procedural an important catalogue of rights deriving from the national legislation and international treaties, so it is emphasized the reparation of the damage and implemented restorative justice, placing the elements necessary for the no-victimation.

**KEY WORDS:** victimology, accusatory penal system, restorative justice, do, no-victimation.

**SUMARIO:** Introducción. **1.** La nueva dinámica del procedimiento penal acusatorio. **2.** La exclusión de la víctima en el sistema penal. **3.** De la irrupción de la Victimología en el Derecho Penal de corte garantista. **4.** La posición de la víctima a partir de la reforma procesal penal en México. Conclusiones. Bibliografía.

---

## INTRODUCCIÓN

Dentro de las cuestiones polémicas que ha generado la implementación del sistema acusatorio es la constante imputación de tratarse de un modelo que coloca a los delincuentes en una situación de privilegio; sin embargo, bastaría remontarnos al artículo 2 del Código Nacional de Procedimientos Penales para darnos cuenta de que tal situación está alejada de la realidad, puesto que dentro de los objetivos se encuentra el de sancionar al responsable y lograr la reparación del daño.

Con sendos objetivos se puede comenzar a visualizar que el sistema acusatorio también marca nuevos derroteros de la víctima en el procedimiento penal tal como se puede proyectar con la justicia restaurativa, con la inclusión de la denominada acción penal privada y con la protección que le corresponde con la maximización de los derechos humanos, sin olvidar la consideración de sus derechos en el apartado C) del artículo 20 constitucional.

Por lo tanto, es necesario analizar cuál es el papel que tiene la víctima en el procedimiento penal acusatorio y la relación que existe entre éste, el derecho victimal y la victimología, así como la reintegración de la víctima al escenario del drama penal del cual estuvo excluido durante mucho tiempo. Al respecto se ha trabajado sobre la hipótesis de que el establecimiento de un sistema penal de corte garante donde se han maximizado los derechos humanos posibilita el redescubrimiento de la víctima en el procedimiento penal. Para el desarrollo de esta tarea se ha empleado el método analítico puesto que se descompone al objeto en sus partes o elementos para estudiarlo en cada uno de sus elementos, así como sus relaciones entre sí y con el todo.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Ver al respecto Carlos Manuel Villabella Armengol, *La Investigación y la comunicación científica en la ciencia jurídica* (México: BUAP-ICI-Universidad de Camagüey, 2009), 124.

## 1.

### LA NUEVA DINÁMICA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO

La reforma constitucional de 2008 marca los principios rectores que rigen el sistema penal en México, así como las cuestiones relativas a la seguridad pública, sin duda dentro de ellos los que más impactado es la incorporación del sistema acusatorio que pretende alcanzar una integración de la justicia penal y combatir viejos vicios como la secrecía, la corrupción y la impunidad. De esta manera la reforma del sistema penal impacta los siguientes aspectos:

- a) Nueva dinámica en el procedimiento penal
- b) Un sistema penitenciario con la coactuación de los órganos: jurisdiccional y ejecutivo.
- c) El sistema de justicia para adolescentes.
- d) El establecimiento de la justicia restaurativa
- e) Una policía con más funciones en el sistema acusatorio.

El procedimiento penal acusatorio se encuentra matizado por la característica de la oralidad y regido por los principios de contradicción, continuidad, concentración, inmediatez, publicidad e igualdad. Sin embargo, uno de los rasgos a los que se les ha dado mayor énfasis es la oralidad, pero como lo comenta José Nieves Luna Castro: Definitivamente no consiste únicamente en convertir lo escrito en verbal, esa no es la finalidad de la reforma. Esta responde a un diagnóstico realizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, organismo dependiente de la Organización de Estados Americanos, de acuerdo con el cual a pesar de carecer de datos estadísticos uniformes, confiables y generalizables, se tuvo acceso a ciertos datos que reflejaban el estado crítico de la justicia penal por situaciones como las siguientes:

- a) Excesiva concentración de facultades del Ministerio Público en la etapa de la averiguación previa
- b) Término constitucional reducido, que obligaba al juez a decidir en la instrucción con base al contenido de las pruebas recabadas en la averiguación.
- c) El resto de procedimiento penal se encontraba caracterizada por cuestiones como la confusión entre inmediatez- cercanía de autenticidad en cuanto a que el juez perciba directamente la prueba- e inmediatez criterio conforme al cual se le asigna mayor valor a aquella prueba más cercana a los hechos-, por lo que este último junto con la prevalencia de la averiguación previa integraban el principio

de permanencia, por el que perdura el valor obligatorio de las pruebas recabas inicialmente, situación que le daba un cariz inquisitivo al sistema penal mixto mexicano.

- d) El resultado de este diagnóstico es que el sistema penal tradicional en México era un sistema injusto e ineficaz.<sup>2</sup>

Sin duda, que además de los mencionados uno de los aspectos críticos del procedimiento penal en México es la cuestión relativa a la víctima de los delitos, en este sentido la Comisión Nacional de los Derechos humanos advertía<sup>3</sup>:

Sin embargo, a finales del siglo XX y principios del presente, en nuestro país las víctimas del delito continuaban como el eslabón más débil en el sistema de justicia penal, ya que su papel estaba limitado a denunciar. Si querían dar seguimiento a sus casos debían de hacerlo como coadyuvantes y para tener éxito tenían que contratar un asesor jurídico. En caso de no poder pagarlo estaban condenadas a enfrentar la insensibilidad de servidores públicos que no se sentían obligados a asumir la defensa de sus derechos. En general, se les consideraba un participante incómodo en la procuración e impartición de justicia, situación que se pretende revertir con la implementación del nuevo sistema penal acusatorio y oral que prevé la Constitución General de la República, mismo que deberá estar operando en todo el territorio nacional en junio de 2016.

Incluso, el Programa Nacional de Atención a la víctima 2104-2018, señala que “La atención que reciben las víctimas en México no resuelve sus problemas y en ocasiones puede, incluso, empeorarlos, lo que provoca que la política pública en la materia no haya resultado oportuna ni adecuada”.<sup>4</sup>

Como se puede observar uno de los aspectos claves que propiciaron la reforma constitucional del 2008 y, la consecuente, implementación del Sistema Acusatorio es el papel tan débil que tenía la víctima en el anterior modelo del procedimiento penal en donde su carácter de coadyuvante era en realidad una práctica exclusión del drama penal, por lo que la reparación del daño era dirigida en otras jurídicas.

Por otra parte, la reforma constitucional de 2011 vino a robustecer el fundamento de protección a la víctima del delito, puesto que, con base a ella, cualquier autoridad debe ser

---

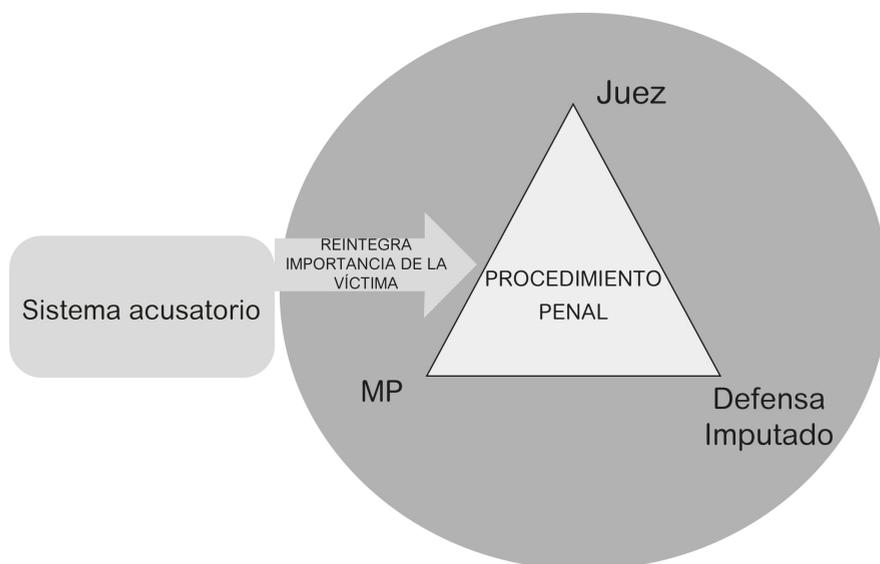
<sup>2</sup> José Nieves Luna Castro, “Introducción y características del Nuevos sistema de justicia penal”, art. cit. en <http://www.ijf.cjf.gob.mx/examenaptitud/2015/selecciondepersonal/Luna%20Castro%20J%C3%B3se%20Nieves%20Fundamentos%20del%20nuevo%20sistema%20de%20justicia%20penal.pdf> (fecha de consulta: 25 de junio de 2017).

<sup>3</sup> Análisis situacional de las víctimas del delito 2016 <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=87> (Fecha de Consulta: 25 de julio de 2017)

<sup>4</sup> Programa Nacional de Atención a la Víctima 2014-2018, del Sistema Nacional de Atención a la Víctima <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/153590/PAIV-aprobado-por-el-SNAV-20-mayo-20151.pdf> (fecha de consulta: 20 de julio 2017)

garante del respeto de los derechos humanos consagrados en el Constitución Política y los Tratados internacionales suscritos por México.

De tal manera que las especulaciones en torno a que el sistema acusatorio es un instrumento cargado a la defensa del delincuente, idéntica situación que se le imputa a las comisiones de derechos humanos, no es correcta, puesto que, si los operadores aplican los lineamientos derivados de la nueva legislación del procedimiento penal, referente a todos los actores, la paridad procesal del sistema acusatorio, también se debe proyectar en beneficio de la víctima del delito.



**Esquema 1.** El Sistema Acusatorio y la Víctima del delito

Fuente de elaboración: propia.

Por lo tanto, de acuerdo con este modelo de procedimiento penal acusatorio se ha reintegrado la importancia de la víctima en el procedimiento penal, toda vez que su interés particular había sido relevado por el interés colectivo representado por el Ministerio Público, tal como se proyecta en uno de los objetivos del procedimiento penal relativo a la reparación del daño, la incorporación de la acción penal privada, la justicia restaurativa, la Ley General de Víctimas, así como los denominados procesos de justicia transicional.

## 2.

### LA EXCLUSIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL SISTEMA PENAL

En el devenir histórico de las cuestiones penales el papel de la víctima ha variado a través del tiempo, si tomamos en consideración las diferentes etapas de evolución de la pena, se puede observar como en la etapa vindicativa la figura más destacada era la de la víctima o el ofendido por la conducta infractora, puesto que éste podía ejercer el derecho de venganza sobre el agresor.



**Esquema 2.** Elementos del drama penal en la etapa vindicativa

Fuente de elaboración: propia

El gran problema de la etapa vindicativa era que en muchas ocasiones la víctima se extralimitaba en el ejercicio del derecho de venganza, provocando un daño mayor al que se le había propiciado, sin tener entonces alguna consecuencia jurídica como sucede hoy, por ejemplo, con quien se excede en la legítima defensa. Desde luego, en esta etapa los elementos integrantes del drama penal estaban bien identificados el agresor y la víctima u ofendido.

Sin embargo, esa situación va a cambiar cuando se constituye la organización política que va a tomar en sus manos la función punitiva, situación que en su desarrollo se ha hecho de elementos como la ley del talión y la *compositio*, que en su momento histórico marcaron sendos límites a la venganza privada y avanzaron al siguiente período que es el de la venganza pública, que fue avanzando de la crueldad con la aplicación de la pena muerte hasta los aspectos retribucionistas en donde se aplicaba la explotación oficial de los sentenciados para lograr compensar a la sociedad por el daño causado y la expiación de su culpa.

Con el surgimiento del Estado, aunque no se soluciona el hecho de las sanciones inhumanas e injustas, puesto que como señala Zamora Grant (2014)<sup>5</sup>: “lo que hoy conocemos

<sup>5</sup> José Zamora Grant, *La víctima en el nuevo sistema acusatorio* (México: UNAM-IFP, 2014), 5.

como justicia penal estaba determinada por la inercia de las formas de organización política de la época”.

Fue con el iluminismo cuando se sientan las bases para limitar la potestad absoluta del Estado puesto que surge el principio de legalidad, relativo a la definición precisa de los delitos y de las sanciones correspondientes, así como el procedimiento para aplicarlas, es decir, como apunta Gómez Jaramillo (2008)<sup>6</sup>, “el derecho de castigar como potestad del soberano, debe supeditarse a la enumeración taxativa que hace la ley penal acerca de los delitos y sus penas, la cual es elaborada por el aparato legislativo en representación del poder popular”.

De esta manera mientras el derecho penal va a describir las conductas que se van a considerar delictivas, se requiere un procedimiento mediante el cual se aplique al responsable las sanciones correspondientes, aspecto que durante el desarrollo del positivismo aplicado a las cuestiones sociales va arrojar dos aspectos que van a contribuir a la exclusión de la víctima del drama penal: el modelo de defensa social y la Criminología.

Hacer referencia a la defensa social implica la finalidad de proteger a la sociedad misma, de tal manera, afirma Zamora Grant<sup>7</sup>, que la reacción punitiva se da por la violación al derecho que mantiene los vínculos de los integrantes de la sociedad y no por la afectación de los derechos individuales de la víctima; la víctima, en cuanto tal no interesa.

Con el argumento de la defensa social el Estado toma como suyo el conflicto penal en pro de la defensa del interés colectivo, por lo que releva a la víctima en el drama penal, a quien con el paso del tiempo solo le adjudicaron el papel de coadyuvante en el procedimiento penal. De esta forma, de una relación trilateral entre la víctima, el Estado y el delincuente, queda una relación solo entre el Estado como representante social (como en nuestro país sucedía con el Ministerio Público como titular de la acción penal) y el delincuente como sujeto que concreta los elementos de la conducta descrita en el tipo penal como delito y que reviste interés al violentar la normatividad jurídica que mantiene cohesión del grupo.

Estas ideas se vieron reforzadas con el surgimiento de la denominada Escuela positivista en el Derecho Penal, que en esta área implica la superación de los lineamientos establecidos por la Clásica y que releva la figura central del delito por la del delincuente, propiciando el surgimiento de la Criminología, por Lombroso, Ferri y Garófalo. De esta manera dentro de los postulados de la Criminología Positivista se puede observar lo advertido por Ferri<sup>8</sup>:

---

<sup>6</sup> Alejandro Gómez Jaramillo, *Un mundo sin cárceles es posible* (México: Coyoacán, 2008), 66.

<sup>7</sup> Zamora Grant, *La víctima...* 10.

<sup>8</sup> Citado por Antonio García-Pablos de Molina, *Tratado de Criminología* 5ª ed, (España, Tirant lo Blanch, 2013), 400

La Escuela Criminal Positiva no consiste únicamente en el estudio antropológico del criminal, pues constituye una renovación completa, un cambio radical de método científico en el estudio de la patología social criminal y de lo que hay de más eficaz entre los remedios sociales y jurídicos que nos ofrece.

Por lo tanto, el punto central de la esfera penal se finco sobre el delincuente, que como enfermo social requería de un tratamiento para corregirlo; de esta manera la concreción del delito interesaba porque se tenía que descubrir la etiología de la conducta en un sujeto que no gozaba de libertad, que se encontraba determinado por ciertos factores y que se caracterizaba por la peligrosidad.

Así, el modelo de la defensa social y la criminología positivista contribuyen para que el Estado desplace a la víctima, al asumir la persecución penal en su calidad de representante social que resguarda los valores de la sociedad, de tal forma que los intereses de la víctima quedan al margen de la contienda penal.<sup>9</sup>



**Esquema 3.** Aspectos que favorecen la exclusión de la víctima del drama penal

Fuente de elaboración: propia

<sup>9</sup> A. E. Márquez Cárdenas, “La victimología como estudio. redescubrimiento de la víctima para el proceso penal. Prolegómenos. Derechos y Valores”, 2011XIV27-42. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87619038003>. (Fecha de consulta: 15 de junio de 2017). P. 36

De esta manera la víctima fue prácticamente excluida del drama penal, puesto que como señala Zamora Grant:

Que la víctima, en una amplia gama de supuestos situacionales, es la gran olvidada de la práctica penal cotidiana, que no se le presta en la mayoría de supuestos la atención necesaria para salir del trance en que se encuentra, que como persona dañada es la más débil de la relación víctima-victimario, etcétera. Esto ya es —como dice Queralt— *communis opinio*.<sup>10</sup>

Así, la víctima vivió durante mucho tiempo excluida del procedimiento penal, puesto que se llegó a considerar que otorgar mayor consideración a la víctima implicaría la posibilidad de desvirtuar la naturaleza pública del ordenamiento jurídico penal. Incluso, la neutralización de la víctima se ha justificado porque su consideración nos traslada a un derecho penal, privado, atávico y antigarantista.<sup>11</sup>

Afortunadamente, la irrupción de la victimología, la comprensión de un sistema penal bajo el modelo garante propio de un Estado de Derecho, la maximización de los derechos humanos ha reintegrado a la víctima el papel importante que ocupa en el drama penal.

### 3.

## DE LA IRRUPCIÓN DE LA VICTIMOLOGÍA AL DERECHO PENAL DE CORTE GARANTISTA

Sin duda, al revisar el ordenamiento jurídico en México, se puede observar que el papel de la víctima ha cambiado, pero llegar a este punto no ha sido una tarea fácil, ha implicado un camino sinuoso en donde la Victimología ha sido trascendental para reintegrar el papel trascendental de la víctima en la esfera penal, desde luego en ese camino también han contribuido las nuevas expectativas de los derechos humanos y la integración de un sistema penal de corte garantista.

<sup>10</sup> José Zamora Grant, *Derecho Victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, 3ª ed. (México: INACIPE, 2016), 143. Al respecto manifestaba Hassemmer y Muñoz Conde: la víctima está «neutralizada» y en lugar de la compensación y el acuerdo entre lesionador y lesionado aparece la acción penal pública. Las posibilidades de la víctima de intervenir en el proceso penal son muy reducidas, a pesar de que existen instituciones como la querrela, la denuncia, la acusación particular, ofrecimiento de acciones, etc., que directa o indirectamente permiten esa intervención. Francisco Muñoz Conde y Winfried Hassemmer, *Introducción a la Criminología y Derecho Penal* (España: Tirant lo Blanch, 1989), 29

<sup>11</sup> Cfr. Alberto Alonso Rimo, “La víctima en el Sistema de Justicia Penal I”, art. cit. en *Manual de Victimología* Baca Enrique, Enrique Echeborúa y Josep Tamarit, Coords. (España: Tirant lo Blanch, 2006), 309.

La victimología es una disciplina cuya paternidad es un tanto confusa, puesto que por una parte se atribuye a Mendelshon y, por otra, a Von Hentig, lo cierto es que esta disciplina trajo nuevamente a la palestra a uno de los integrantes del drama penal, desafortunadamente, necesario para su existencia y que es necesario que tenga un papel preponderante en el procedimiento penal, puesto que son sus intereses los que se lesionan o ponen en peligro con la conducta delictiva. Pero ¿qué es la victimología?, ¿Cuál es su objeto de estudio y finalidad? ¿Cómo contribuyo a que la víctima se reintegre como elemento fundamental en la esfera penal? Para dar respuesta a cada una de estas interrogantes es necesario comenzar por conocer el concepto de victimología.

Para Tamarit <sup>12</sup>, la Victimología puede ser definida hoy, en una fórmula de síntesis, como la ciencia multidisciplinar que se ocupa del conocimiento relativo a los procesos de victimación o desvictimación.

En opinión de Hilda Marchiori, la Victimología es una disciplina cuyo objeto lo constituye el estudio científico de las víctimas del delito.<sup>13</sup>

Lima Malvido manifiesta que La Victimología como ciencia autónoma de la Criminología es la ciencia que aporta más respuestas con su metodología, conceptos, técnicas y herramientas a las víctimas en lo individual y a las comunidades para resolver los problemas que se deriven del delito, la violencia y la conflictividad social.<sup>14</sup>

Con estas definiciones se pueden establecer algunos elementos comunes y otros que han generado opiniones contradictorias entre los diferentes estudiosos de la victimología:

- a) Se trata de una ciencia autónoma, aunque en este sentido existen autores como Ezzat Fattah, Ellenberg, De Rivacoba, David Abrahamsen, J. A. Sainz Cantero, Günter Kaiser, Yamarellos y Kellens, Amelunxen, y Goldstein, que consideran que se trata de una disciplina dependiente de la Criminología, mientras que otros como Benjamin Mendelsohn, Israel Drapkin y Lola Aniyar de Castro, que la consideran como una ciencia autónoma. Lo cierto es que debemos establecer la autonomía de la Criminología, puesto que una finca su atención en la conducta antisocial y, la otra en la persona que sufre los efectos de esa conducta, desde luego que se encuentran relacionadas a través del principio de interdisciplinariedad.

---

<sup>12</sup> Josep M<sup>a</sup> Tamarit, "La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas", art. cit. en *Manual de Victimología*, 17.

<sup>13</sup> Hilda Marchiori, *Criminología. La Víctima del delito*, 10<sup>a</sup> ed. (México: Porrúa, 2017), 2.

<sup>14</sup> M<sup>a</sup> de la Luz Lima Malvido, "¿Qué aporta el conocimiento victimológico, a la sociedad? ¿y la sociedad al conocimiento victimológico?", en Revista EGUZKILORE Número 26 (2012) San Sebastián, 87-106. <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2177136/Lima+Eguzkilore+26-12.pdf>, p. 90 (fecha de consulta: 25 de junio de 2017)

- b) Otro punto interesante es en torno al objeto de estudio, puesto que mientras unos opinan que solo debe referirse a la víctima del delito, otros advierten que ha de atender a cualquier víctima. Al respecto Tamarit manifiesta que debe distinguirse el objeto de estudio en sentido estricto y en sentido amplio, dentro del primero se ocupa de las víctimas de los hechos delictivos, mientras que en el segundo, se interesa también por las víctimas de las catástrofes naturales.<sup>15</sup> Incluso Mendelshon lo consideraba así al referir a la victimidad a la que consideraba como un concepto general, un fenómeno específico común que caracterizaba todas las categorías de víctimas cualquiera que sea la causa de su situación.<sup>16</sup> Es evidente que la Victimología debe ocuparse de ambas figuras, que aunque tienen puntos específicos que les distinguen, también guardan elementos comunes que les caracterizan como objeto de la disciplina que comentamos. Desde luego, para los fines de este trabajo nos interesa aquella persona que es afectada por la comisión de un delito.
- c) Una de las tareas de la Victimología consiste en explicar los procesos de victimación, que es aquel por el que una persona sufre las consecuencias de un hecho traumático, aquí se incluye todas las situaciones de riesgo que tienen lugar para la precipitación del hecho delictivo y traumatizante, así como el impacto del hecho sobre la víctima.<sup>17</sup> Se trata, de un aspecto trascendente dentro de la Victimología, puesto que su análisis sirve para proyectar tanto las estrategias para la prevención victimal, como las medidas que han de adoptarse en la atención de las personas que sufren consecuencias del proceso de victimación. Para ello se deben considerar desde el comportamiento de las víctimas hasta las características de los ofensores, sin olvidar las situaciones de riesgo. Precisamente, la asistencia y la prevención victimal se agrupan en lo que se conoce como la desvictimación.<sup>18</sup>
- d) Evidentemente, una de las finalidades es incluir la prevención victimal dentro de las políticas públicas para establecer la reducción de situaciones de riesgo y la atención de los grupos vulnerables. De esta manera, Zamora Grant<sup>19</sup> advierte que

---

<sup>15</sup> Tamarit, "La victimología: cuestiones... 18.

<sup>16</sup> Citado por Elias Neuman, "Benjamín Mendelshon: precursor de la autonomía científica de la Victimología", en *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, tercera época, número 7 (2006), INACIPE, 133.

<sup>17</sup> Tamarit, "La victimología: cuestiones... 29.

<sup>18</sup> Ver al respecto Tamarit, "La victimología: cuestiones... 34, para quien la desvictimación es un proceso de reparación y reconstrucción, entendida así en términos del reconocimiento social, la asistencia y la prevención de revictimación.

<sup>19</sup> José Zamora Grant, *El Derecho Victimal...* 212

las políticas en materia de política criminal de fin de siglo retoman como eje de su preocupación a la víctima, por lo que se debe hacer énfasis en su protagonismo.

Con tales premisas, la victimología impulsa el regreso de la víctima a un papel protagónico dentro de la esfera penal, de la cual había sido neutralizada; desde luego con algunos parámetros diferentes, así, cuando hace referencia a la víctima del delito, no lo identifica fehacientemente con el sujeto pasivo de la conducta delictiva.

Al respecto, al abordar el tema del sujeto pasivo, Malo Camacho opina que debe distinguirse entre los conceptos de sujeto pasivo y víctima u ofendido del delito, puesto que aunque frecuentemente se toman como sinónimos, Víctima es la persona física que resulta afectada por la conducta que causa la lesión al bien jurídico, sin que ello sea obstáculo para reconocer como posible sujeto pasivo a un tercero que resultara ser el titular del bien jurídico.<sup>20</sup> Aquí, se puede citar, en estos términos, el ejemplo del cajero de un Banco, cuando sufre el robo del dinero en la Institución, es la víctima puesto que sufre el desapoderamiento del dinero, mientras que los dueños del Banco son el sujeto pasivo, al ser los titulares del bien jurídico afectado.

Por lo tanto, el concepto de víctima rebasa a la consideración del sujeto pasivo establecido como elemento del tipo penal, incluso el impacto ha sido tal que la Ley General de Víctimas reconoce la existencia de Víctimas directas y Víctimas indirectas, considerando dentro de las primaras a quienes hayan sufrido el daño o menoscabo; mientras que dentro de las segundas se ubica a los familiares o a las personas a cargo de las víctimas directas que tengan relación inmediata con ella.<sup>21</sup>

Ahora, bien, la victimología no ido sola en esta tarea de reivindicar el papel de la víctima en la esfera penal, también es importante mencionar el papel del modelo que rige el sistema penal mexicano como es el garantismo penal y la maximización de los derechos humanos en México.

---

<sup>20</sup> Gustavo Malo Camacho, *Derecho Penal Mexicano, 3ª reimp.* (México: Porrúa, 2016), 340.

<sup>21</sup> El artículo 4 de la Ley General de Víctimas establece: "Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte.

Son víctimas indirectas los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella. Son víctimas potenciales las personas físicas cuya integridad física o derechos peligren por prestar asistencia a la víctima ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito. La calidad de víctimas se adquiere con la acreditación del daño o menoscabo de los derechos en los términos establecidos en la presente Ley, con independencia de que se identifique, aprehenda, o condene al responsable del daño o de que la víctima participe en algún procedimiento judicial o administrativo.

Son víctimas los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hubieran sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado de la comisión de un delito o la violación de derechos."

La reforma constitucional de 2008 es llevada a cabo a acorde a los principios penales propios de un Estado de Derecho, lo que ha implicado un sistema penal de corte garantista, el cual tiene su base en los derechos humanos y se identifica con un minimalismo penal.

Para Zamora Grant<sup>22</sup>, “el modelo garantista en la justicia penal se ha traducido en el reforzamiento de los principios garantistas que dieron origen al derecho penal más humanista y respetuoso de los derechos humanos desde hace ya más de dos siglos”.

Efectivamente, el garantismo penal supone un minimalismo en el empleo de la violencia, tanto institucional como la derivada del delito, así como la maximización de libertades, lo que incide de manera importante en torno a los límites del *ius puniendi*.

Y aunque se ha pensado que la referencia al minimalismo penal es el énfasis en la cuestión del derecho penal y los elementos que le conforman en las tres dimensiones del *ius puniendi* (legislativo, judicial y ejecutivo), ello no significa la exclusión de la víctima, por el contrario al limitar este derecho de intervención punitivo del Estado implica dar certeza a las libertades fundamentales de quienes participan en el hecho surgido a partir de la comisión de un delito: el sujeto activo del delito y la víctima. Tal situación se puede desprender de los siguientes puntos expuestos por el creador del Garantismo Penal:

- a) “... ‘garantismo’...designa un modelo de derecho orientado a garantizar derechos subjetivos”.<sup>23</sup> Con ello, observamos que una de las características primordiales del Garantismo Penal es la de otorgar certeza a los derechos humanos, sin establecer un límite por la calidad específica del titular, sino que se dirige a todos los integrantes de la población, le que le constituye como un modelo incluyente de la víctima y del sujeto activo del delito.
- b) “Las garantías por cuanto incorporadas en las constituciones, se configuran ni sólo como fuentes de justificación externa o política de la existencia del derecho penal, sino también como fuentes de legitimación jurídica y política de las concretas decisiones penales”.<sup>24</sup> Las garantías constitucionales que tienen por objeto la protección de los derechos humanos, no cargan la balanza hacia un grupo en particular, puesto que tienen carácter universal, por lo tanto, se erigen con el fundamento que legitima la existencia del derecho penal, que a través de la creación del tipo penal tiene el objetivo de proteger los bienes jurídicos fundamentales, lo que se proyecta como el primer punto de protección de una víctima potencial. Tal situación trae como consecuencia que cuando se concretan los elementos del

---

<sup>22</sup> Zamora Grant, *La víctima ...* 38

<sup>23</sup> Luigi Ferrajoli, *Garantismo Penal*. Trad. Marina Gascón (México: UNAM, 2006), 10.

<sup>24</sup> Ferrajoli, *Garantismo Penal*, 16.

particular tipo legal, el sistema penal se pone en movimiento para proteger a la víctima por la lesión o puesta en peligro de su interés particular o colectivo, de orden social.

- c) “El fin general del derecho penal, tal como resulta de la doble finalidad preventiva recién ilustrada, consiste entonces en impedir la razón construida, o sea en la minimización de la violencia en la sociedad...Dicho fin supone más bien la protección del débil contra el más fuerte, tanto del débil ofendido o amenazado por el delito, como del débil ofendido o amenazado por las venganzas; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos con ella solidarios”.<sup>25</sup> Nada más explícito que esta explicación de parte de Luigi Ferrajoli, la protección del más débil, donde no solo considera al delincuente, sino al ofendido, esta parte es totalmente ilustrativa de cómo el garantismo penal es incluyente de la víctima, tal situación se manifiesta en todo el conglomerado de normas jurídico-penal que se erigen bajo este modelo en un Estado de Derecho, como se explicará en el apartado número 4 de este trabajo.
- d) Luigi Ferrajoli advierte de los riesgos del derecho penal máximo y sus mensajes como sucede en el caso de la seguridad, uno de ellos es el siguiente: “seguridad pública”, reducida a la forma del orden público de policía, en lugar de la que se refiere al estado social.<sup>26</sup> Sin duda, este es un punto sobre el que debe ponerse atención, puesto que en lugar del populismo punitivo, generando tipos penales y dirigiéndose a la seguridad punitiva, se tendría que poner énfasis en el desarrollo de políticas sociales que incidan sobre las condiciones de vida y contribuyan a las estrategias de prevención del delito y a la desvictimación.

Desde luego, no se pretende hacer un análisis de todo el garantismo penal, pero con los aspectos comentados se puede observar que de ninguna manera el garantismo penal excluye a la víctima de la esfera penal, por el contrario de no tomarla en consideración la expectativa que persigue quedaría incompleta y significaría mantener o incrementar la violencia contra la víctima y su neutralización, como ha sucedido en épocas anteriores.

Otro de los rubros que ha impulsado la reincorporación de la importancia de la víctima en el drama penal son las nuevas consideraciones de los derechos humanos en México, puesto que a partir de las reformas constitucionales del año 2011 se ha generado la maximización

---

<sup>25</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho Penal Mínimo*, <http://www.nparangaricutiro.gob.mx/Libros/31.-%20El%20Derecho%20Penal%20M%C3%ADnimo%20-%20Ferrajoli,%20Luigi.pdf> (Fecha de consulta, 25 de junio de 2017): 15 y 16.

<sup>26</sup> Ferrajoli, *Garantismo Penal*, 59.

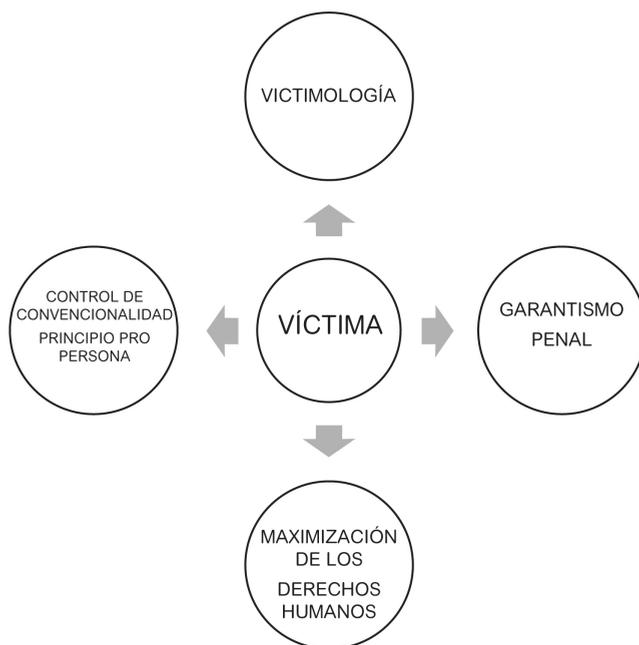
zación de aquellos, incluso de su protección con figuras como el control de convencionalidad y el principio *pro* persona.

Con el control de convencionalidad se pretende el respeto de los derechos humanos considerado en el corpus iuris internacional, es decir considerar no solamente aquellos derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política Federal sino también aquellos considerados en los tratados internacionales suscritos por México. Así en torno a las víctimas se pueden encontrar entre otros los siguientes instrumentos internacionales:

- a) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Para La Administración De La Justicia Penal (“Reglas de Mallorca”): dentro de las cuales se hace alusión a la víctima en sus artículos del 40 al 43, donde se requiere un trato humano digno, dispensarles la ayuda que necesiten, cuestiones relativas a la reparación del daño y la defensa de la víctima.
- b) La Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): en cual se establece la obligación de respetar los derechos humanos a todos los Estados que formen parte de la Convención, sin discriminación alguna; además deberán proteger la honra y dignidad de las personas.
- c) Declaración Sobre Los Principios Fundamentales De Justicia Para Las Víctimas De Delitos Y Del Abuso De Poder (Resolución 40-34 De La Asamblea General De Las Naciones Unidas De 1985): uno de los documentos más importantes en torno a la víctima, estableciendo su definición, su derecho de acceso a la justicia y trato justo, cuestiones relativas al resarcimiento e indemnización, la asistencia de la víctima y los aspectos relativos a las víctimas del abuso de poder.
- d) Declaración Universal de los Derechos Humanos: que desde luego establece que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, establece la igualdad ante la ley y el derecho de acceso a la justicia ante la vulneración de sus derechos fundamentales.
- e) El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, establece en su artículo 68 la protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones, con el objeto de proteger a las víctimas y establecer las pautas para su intervención en las diferentes actuaciones del procedimiento penal.

Como se observa existen diversos instrumentos internacionales que se pronuncian por la protección y salvaguarda de los derechos de las víctimas y, que desde luego al estar suscritos por México son de aplicación en el territorio nacional.

Relacionado con ello, se encuentra el principio pro persona que es un mandato constitucional a través del cual se busca favorecer en todo momento la protección más amplia de la persona, el cual tiene relevancia en el proceso de interpretación de las normas que determinan el contenido y alcance de los derechos, sea cual fuere su fuente o rango dentro de un sistema jurídico determinado.<sup>27</sup> Obviamente, el principio pro persona tiene lugar en cuanto a los derechos de la víctima dentro del procedimiento penal, en su atención y prevención victimal.



**Esquema 4.** Elementos que contribuyen a reintegrar el papel importante de la víctima en el drama penal

Fuente de elaboración: propia

Como se ha podido establecer la Victimología, el Garantismo Penal, la maximización de los derechos humanos-que han traído el control de convencionalidad y el principio pro persona- han contribuido a reintegrar a la víctima el papel preponderante que debe tener en el drama penal, después de que durante mucho tiempo se le neutralizó de dicho contexto.

<sup>27</sup> Ver al respecto Ximena Medellín Urquilaga, *Principio pro persona* (México: CDHDF, 2013), 68.

#### 4.

### LA POSICIÓN DE LA VÍCTIMA A PARTIR DE LA REFORMA PROCESAL PENAL EN MÉXICO

Una de las principales consecuencias de la reforma constitucional de junio de 2008 en México es la implementación del Sistema penal acusatorio, el cual responde al corte garantista del Estado de Derechos que se erige sobre el respeto de los Derechos Humanos. Sin embargo, la praxis del procedimiento penal acusatorio no ha sido nada fácil y ha estado envuelto en una serie de opiniones encontradas que han llegado a establecer el anhelo del regreso al viejo paradigma del sistema penal mixto que regía anteriormente.

Sin embargo, las críticas y anhelos en ese tenor resultan carentes de fundamento y llenos de olvido, puesto que además de la secrecía, la escritura, la corrupción y la impunidad existentes, se presentaba una neutralización de la víctima, lo que significaba prácticamente su exclusión del procedimiento penal, otorgándole un papel de coadyuvante, que tampoco servía de mucho y sí se reflejaba en una violación de sus derechos y la ausencia de la reparación del daño.

Ahora bien, las nuevas consideraciones en torno a la víctima no son nuevas en México, puesto que el impulso dado por la Victimología se visualizó en el año 2000 con la reforma publicada el 21 de septiembre en el Diario Oficial de la Federación en la que se organiza el contenido del artículo 20 constitucional en dos apartados el A) relativo a los derechos del inculpado y, el B) referente a los derechos de la víctima.

Con ello, se llega a hablar del derecho victimal, el cual se puede definir como un conjunto de normas jurídicas que regulan los mecanismos de difusión, concreción y protección de los derechos de las víctimas, la atención de aquellas y los medios para lograr la reparación integral del daño.<sup>28</sup> De esta manera, los derechos de la víctima se alejan de una simple declaración de buena voluntad y se colocan en la línea de protección del ordenamiento jurídico.

Pero cuál es el papel de la víctima en el sistema penal acusatorio, para visualizarlo, se debe partir de los ordenamientos jurídicos nacionales al respecto:

- a) Fundamento constitucional: se encuentra en el apartado C) del artículo 20 constitucional, el cual establece los derechos de la víctima u ofendido, dentro de los que se encuentran: recibir asesoría jurídica, coadyuvar al Ministerio Público, recibir atención médica y psicológica de urgencia, la reparación del daño, resguardo

<sup>28</sup> Ricardo Hernández Martínez, *Elementos de Criminología* (México: S/E, 2017), 45.

de la identidad (en el caso de los menores de edad o cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada), la aplicación de medidas cautelares y providencias para la protección y restitución de sus derechos; impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio público, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño. Por otra parte, se encuentra el artículo 21 constitucional que en su segundo párrafo establece la posibilidad de la acción penal particular ante las autoridades judiciales.

- b) Código Nacional de Procedimientos Penales, comenzando por el artículo 2 que determina dentro de los objetivos del procedimiento penal-retomado lo establecido en la fracción I del apartado A) del artículo 20 constitucional-: la reparación del daño. También establece el capítulo II (artículo del 108 al 111) relativo a la víctima u ofendido; en este hace una diferencia entre la víctima, que es el sujeto pasivo del delito-que es la persona que sufre directamente las consecuencias de la conducta delictiva-, y el ofendido, que es la persona física o moral titular del bien jurídico afectado. Por otra parte establece un catálogo de derechos de la víctima dentro de los cuales se observa el derecho de acceso a la justicia pronta, gratuita e imparcial y la prestación de servicios que constitucionalmente tienen encomendados con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, profesionalismo, eficiencia y eficacia y con la debida diligencia, el trato con respeto y dignidad, el derecho a un asesor jurídico, prohibición de un trato discriminatorio, asistencia de un intérprete, a que se le reciban todos los datos y elementos de prueba con los que cuente, a intervenir en todo el procedimiento penal, a que le sean restituidos sus derechos, cuando estén acreditados, a que se le garantice la reparación del daño, entre otros.
- c) Ley nacional de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal: en la que la participación de la víctima es esencial y que tiene por objetivo establecer los principios, bases, requisitos y condiciones de los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal que conduzcan a las Soluciones Alternas previstas en la legislación procedimental penal aplicable. Es para la víctima el acceso a la justicia restaurativa.

Ley General de Víctimas: la cual tiene como objetivo la protección de los derechos de las víctimas del delito y de violaciones de derechos humanos. Clasifica los derechos de las víctimas en: generales; de ayuda, asistencia y atención; de acceso a la justicia, derechos en el proceso penal y, el derecho a la verdad. Establece medidas de reparación integral y establece el Sistema Nacional de atención a las víctimas.



**Esquema 5.** Redescubrimiento de la víctima en el sistema penal acusatorio

Fuente de elaboración: propia

Una vez que se ha hecho alusión al marco jurídico fundamental de los derechos de la víctima, es necesario establecer cuál es el papel de aquella en el procedimiento penal acusatorio.

En este sentido Zamora Grant manifiesta: “Al considerarse parte a la víctima en los procesos acusatorios, la igualdad procesal exige de estos un depurado equilibrio entre las fuerzas intervinientes, ya que habrá de limitarse los poderes de los fuertes y reforzarse los poderes de los débiles, para que en igualdad de oportunidades pueda hacer valer sus respectivos derechos y alcanzar en justicia sus pretensiones”.<sup>29</sup>

Precisamente esta igualdad entre las partes se encuentra regulada en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en el artículo 11 se dispone: “Se garantiza a las partes, en condiciones de igualdad, el pleno e irrestricto ejercicio de los derechos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen”.

De tal manera que también la víctima goza del pleno e irrestricto ejercicio de sus derechos consagrados en la Constitución y los Tratados internacionales, desde luego con ello se confirma el parámetro de protección de los derechos humanos establecido en el artículo 1 constitucional, específicamente en los tres primeros párrafos. Desde luego, con tales supuestos contenidos en la normatividad jurídica se termina con la neutralización de la víctima, que le quitaba todo papel trascendente durante el procedimiento penal.

Por lo tanto, en términos de lo establecido en el artículo 17 constitucional, en el segundo párrafo y el artículo 2 del Código Nacional de Procedimientos Penales, establecen dentro de los derechos de las partes el de acceso a la justicia. En este sentido, ya conocemos uno de los medios de para dar inicio al procedimiento penal por parte de la víctima: denuncia, querrela o por su equivalente cuando la ley lo exija. La denuncia puede ser presentada por cualquier persona que tenga conocimiento del delito, siempre que se trate de aquellos que se persiguen de oficio; la querrela tiene lugar cuando se exige la petición de parte ofendida u víctima, para dar inicio a la investigación del delito. Hasta aquí, son puntos que ya existían para poner en conocimiento de la autoridad la comisión de un delito.<sup>30</sup>

Una de las innovaciones del procedimiento penal acusatorio es que la víctima u ofendido tienen el derecho de promover una acción penal por particulares y para ello se deben cumplir los supuestos siguientes:<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Zamora Grant, *La víctima...* 83.

<sup>30</sup> Ver al respecto artículos del 221 al 226 del Código Nacional de Procedimientos penales.

<sup>31</sup> Ver artículos del 426 al 432 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Debe tratarse de un delito perseguible por querrela, con penalidad alternativa, distinta de la privativa de libertad o cuya punibilidad no exceda de tres años de prisión.

Acudir ante el Juez de control para ejercer acción penal cuando cuente con datos-aporar datos de prueba que sustenten la acción- que permitan establecer que se ha cometido un hecho que la ley describe como delito y exista la posibilidad de que el imputado lo concreto o participó en su comisión.

Cuando debido a la investigación del delito sea necesario realizar actos de molestia que requieran control judicial.

Con tales aspectos establecidos en la legislación procesal se regula lo establecido en el artículo 21 constitucional que establece que la ley determina los casos en los que procede la acción penal por particulares ante la autoridad judicial. Al presentar la acción penal privada el particular puede solicitar la orden de comparecencia del imputado o su citación a la audiencia inicial, así como el reclamo de la reparación del daño. Una vez que asume la responsabilidad de ejercer la acción penal privada, el particular no podrá acudir al Ministerio Público. Una vez que se inicia la referida acción se aplican todas las disposiciones inherentes al procedimiento penal acusatorio.

Otras de las figuras inherentes a la víctima es la denominada Justicia Restaurativa. Al respecto Fattah (2014)<sup>32</sup> señala: “Parece evidente que el futuro de la Victimología influirá, y será influenciado por, la evolución del sistema de justicia. Debido a esto, el futuro de la victimología dependerá en gran medida del grado en que se acepte y se implemente el paradigma de la “justicia restaurativa”.

En México, con la llegada del sistema penal acusatorio se ha implementado la denominada justicia restaurativa que ha sido definida de la siguiente forma:

Es una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes... Un “proceso restaurativo” se define como “todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito participen conjuntamente de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador”.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Ezzat A. Fattah, “Victimología: pasado, presente y futuro, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Reflexiones RECPC 16-r2 (2014)”, <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-r2.pdf> (Fecha de consulta: 23 de junio de 2017), 23.

<sup>33</sup> Yvon Dandurand, *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa* (Estados Unidos: Naciones Unidas, 2016), 4.

En el tenor de la justicia restaurativa se ha creado en México la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal y que tiene por finalidad en términos del segundo párrafo del artículo 1: propiciar, a través del diálogo, la solución de las controversias que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la denuncia o querrela referidos a un hecho delictivo, mediante procedimientos basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad.

Los mecanismos alternativos se pueden aplicar desde el inicio del procedimiento hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio o antes de que se formulen conclusiones. La conciliación y la mediación son mecanismos alternativos, mediante los cuales se proponen opciones de solución a la controversia planteada. Aunque se ha cuestionado la justicia restaurativa por el margen de impunidad que supone, lo cierto es que puede facilitar la restauración del daño en su más amplia concepción, situación que es prioritaria para la víctima del delito.

Además, la solución mutuamente aceptada tiene un seguimiento para el cumplimiento del acuerdo correspondiente y con cumplimiento exigible, en caso de no cumplirse, la víctima puede optar por la continuación del procedimiento penal.<sup>34</sup> Desde luego, aunque con los mecanismos alternativos se atienden las necesidades de los involucrados en el conflicto penal, es indiscutible que con ellos, las víctimas forman parte activa en el proceso de solución, puesto que la pretensión primordial es cubrir sus necesidades.

Desde luego, la justicia restaurativa resulta un paradigma que intenta transformar a la justicia retributiva en un modelo basado en la atención de la víctima. Al respecto Sampedro manifiesta:

La justicia restaurativa tiene como punto de partida el reconocimiento de que las víctimas son una realidad presente que nos habla de las injusticias del pasado y nos obliga a tomar en cuenta sus derechos como el camino obligado a seguir para la construcción de una sociedad más humana; es una propuesta que propende por el diseño de una justicia de las víctimas sin venganza que fije su mirada en el sufrimiento de los inocentes, en la reparación del daño ocasionado voluntariamente y la proyecte como un valor superior, condición ineludible de la paz<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Ver al respecto artículos del 33 al 39 de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

<sup>35</sup> Julio Andrés Sampedro-Arrubla, "La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal17", *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 87-124 (2010). <http://www.scielo.org.co/pdf/ilr/di/n17/n17a04.pdf> (Fecha de consulta: 25 de junio de 2017).



**Esquema 6.** La justicia restaurativa medio para la solución del delito

Fuente de elaboración: propia

Incluso la Ley General de Víctimas establece que la solución de conflictos persigue la reparación del daño y la reconciliación de las partes, así como el de evitar la reincidencia.<sup>36</sup> Por lo tanto, estos medios alternativos de la justicia penal en el modelo acusatorio, tiene por objeto el efecto restaurador en la víctima, pero también contribuir en la reintegración del sujeto activo del delito a la comunidad de manera tal que evita la reincidencia, desde luego para ello es necesario la capacitación de las instituciones que intervienen en la mediación y en la conciliación, así como generar las políticas públicas que propicien las estrategias de resocialización, no haciendo énfasis de manera exclusiva y como *prima ratio* en la sanción penal sino con el apoyo de políticas sociales.

Ahora bien, la justicia restaurativa, no se traduce en un mero acuerdo conciliatorio, sino que la víctima debe obtener la reparación integral del daño, lo que significa restitución en sus derechos conculcados, así como en sus bienes y propiedades si hubieren sido despojadas de ellos.<sup>37</sup>

Sin duda, este nuevo rol de la víctima en el procedimiento penal acusatorio implica toda una transformación que le ha trasladado de un papel de simple coadyuvante a colocarlo como sujeto procesal del procedimiento con una serie de derechos consagrados en la legis-

<sup>36</sup> Ver al respecto art. 17 de la Ley General de Víctimas.

<sup>37</sup> Ver al respecto artículo 61 de la Ley General de Víctimas.

lación nacional como en los instrumentos internacionales que sean suscritos por México. Es importante advertir que, para la protección, ayuda, asistencia, atención, acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral, la víctima cuenta con el Sistema Nacional de Atención a Víctimas, que es la instancia superior que establece las políticas públicas al respecto. Este sistema se integra por órganos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas y un representante de las comisiones ejecutivas locales, quien preside este Sistema es el presidente de la República Mexicana.<sup>38</sup>

Este redescubrimiento de la víctima en el sistema penal acusatorio es coherente con un Estado de Derecho, en donde el fundamento es de corte garantista, tal situación que se ha caracterizado por pregonar el minimalismo del derecho penal, que implica una reducción en la violencia de toda índole-la delictiva y la generada por la reacción social-se proyecta en la maximización de los derechos humanos, no solamente de los personas que participan como sujetos activos del delito, sino también de aquellos que son afectados por la conducta delictiva: las víctimas, tanto directas como indirectas.

De tal manera, que pensar que la implementación del sistema penal acusatorio es un instrumento pensado en el imputado, en el sujeto activo del delito, es una proyección limitada de un modelo de procedimiento penal basado en el respeto de los derechos humanos de todos los participantes y donde la víctima juega un papel primordial, no solo para la solución del conflicto sino para las estrategias de la prevención de la antisocialidad, del delito y de los procesos de victimación.

---

## CONCLUSIONES

La víctima que jugó un papel preponderante durante la etapa vindicativa mediante el ejercicio del derecho de venganza, por lo que prácticamente le correspondía la función punitiva; cuando la organización estatal obtiene dicha función, el papel de la víctima empezó a mermar hasta llegar el punto de excluirle del drama penal, tal situación se visualizaba en su esplendor en el momento en que el ministerio público era el representante social, por la afectación al interés colectivo, sin dar mayor relevancia al afectado por la conducta delictiva.

En la exclusión de la víctima del procedimiento penal incidieron el modelo de defensa social y la criminología positivista de Lombroso, Ferri y Garófalo; puesto que<sup>3</sup> mediante la

---

<sup>38</sup> Ver al respecto artículos del 79 al 83 de la Ley General de Víctimas.

defensa social el Estado asume como suyo el conflicto en pro del interés colectivo, mientras que la Criminología coloca su énfasis en el delincuente, a quien cataloga como un enfermo social que requiere atención y tratamiento.

El garantismo penal viene a romper este paradigma en donde se enfatiza al delincuente y se privilegia el populismo punitivo, pretendiendo un Sistema penal fundamentado en la base de los derechos humanos y la consideración del derecho penal como ultima ratio.

El sistema Penal acusatorio generado a partir de la reforma constitucional de 2008 responde al modelo garantista propio de un Estado de Derecho que tiene pretende el derecho penal mínimo que se traduce en la reducción de la violencia tanto delictiva como la derivada de la reacción jurídico-penal, lo que contrario a las opiniones no supone mantener la exclusión de la víctima, por el contrario, al incluye como parte esencial del procedimiento penal y la solución del delito.

La irrupción de la victimología, el garantismo penal y la maximización de los derechos humanos son trascendentales en el redescubrimiento de la importancia de la víctima dentro del drama penal.

El nuevo rol de la víctima en el procedimiento penal acusatorio se proyecta a través de todo el ordenamiento jurídico, desde la fundamental Carta Magna hasta la Ley General de Víctimas, desde luego incluyendo el Código Nacional de Procedimientos Penales y la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (justicia restaurativa).

La justicia restaurativa no es una figura que favorece la impunidad, sino que es un modelo basado en la víctima, con la pretensión de que obtenga la reparación integral y contribuya en la solución del problema del delito.

El espectro de derechos para la víctima considerados en el apartado C) del artículo 20 constitucional se ve maximizado por la reforma del 2011, con lo que no solamente se consideran los derechos fundamentales en el sistema jurídico nacional sino también en los tratados internacionales, además todo este impulso ha derivado en la creación de la Ley General de Víctimas.

Con las reformas constitucionales del 2008 y 2011, se han dado los elementos necesarios para el redescubrimiento de la víctima en el procedimiento penal como sujeto procesal, pero además de proyectar la imprescindible incorporación de la desvictimación en la política criminológica de un Estado de Derecho para habilitar las estrategias idóneas para la atención de la víctima y aquellas que nos lleven a la prevención de la victimación.

---

Para citar este artículo: Santacruz Fernández, Roberto y David Santacruz Morales, “El nuevo rol de la víctima en el sistema penal acusatorio en México”, <https://doi.org/10.22235/rd.v0i17.1572> *Revista de Derecho*, N° 17 (jul. 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193: 85-112.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Rimo, Alberto, “La víctima en el Sistema de Justicia Penal I”, art. cit. en Baca Enrique, Enrique Echeborúa y Josep Tamarit (Coords.), *Manual de Victimología*, España: Tirant lo Blanch, 2006.
- Análisis situacional de las víctimas del delito 2016 <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=87> (Fecha de Consulta: 25 de julio de 2017).
- Baca Enrique, Enrique Echeborúa y Josep Tamarit (Coords.), *Manual de Victimología*, España: Tirant lo Blanch, 2006.
- Código Nacional de Procedimientos Penales
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Dandurand, Yvon, *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, Estados Unidos: Naciones Unidas, 2016.
- Fattah, Ezzat A., “Victimología: pasado, presente y futuro”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Reflexiones RECPC* 16-r2 (2014) <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-r2.pdf> (Fecha de consulta: 23 de junio de 2017).
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho Penal Mínimo*, <http://www.nparangaricutiro.gob.mx/Libros/31.-%20El%20Derecho%20Penal%20M%C3%ADnimo%20%20Ferrajoli,%20Luigi.pdf> (Fecha de consulta, 25 de junio de 2017).
- Ferrajoli, Luigi, *Garantismo Penal* (trad. Marina Gascón), México: UNAM, 2006.
- García-Pablos de Molina, Antonio, *Tratado de Criminología* 5ª ed, España, Tirant lo Blanch, 2013.
- Gómez Jaramillo, Alejandro, *Un mundo sin cárceles es posible*, México, Coyoacán, 2008.
- Hernández Martínez, Ricardo, *Elementos de Criminología*, México: S/E, 2017, p. 45.
- Ley General de Víctimas
- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal
- Lima Malvido, M<sup>a</sup> de la Luz, “¿Qué aporta el conocimiento victimológico, a la sociedad? ¿y la sociedad al conocimiento victimológico?”, en *Revista EGUZKILORE*

- Número 26 (2012), 87-106. <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2177136/Lima+Eguzkilore+26-12.pdf>, p. 90 (fecha de consulta: 25 de junio de 2017).
- Luna Castro, José Nieves: “Introducción y características del Nuevos sistema de justicia penal”, art. cit. en <http://www.ijf.cjf.gob.mx/examenaptitud/2015/selecciondepersonal/Luna%20Castro%20J%C3%B3se%20Nieves%20Fundamentos%20del%20nuevo%20sistema%20de%20justicia%20penal.pdf> (fecha de consulta 25 de junio de 2017).
- Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano 3ª reimp.*, México: Porrúa, 2016.
- Marchiori, Hilda, *Criminología. La Víctima del delito*, 10ª ed., México: Porrúa, 2017.
- Márquez Cárdenas A E, “La victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal. Prolegómenos. Derechos y Valores” 2011XIV27-42. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87619038003>. (Fecha de consulta: 15 de junio de 2017).
- Medellín Urquilaga, Ximena, *Principio pro persona*, México: CDHDF, 2013.
- Muñoz Conde, Francisco y Hassemer, Winfried, *Introducción a la Criminología y Derecho Penal*, España, Tirant lo Blanch, 1989.
- Neuman, Elías, “Benjamín Mendelshon: precursor de la autonomía científica de la Victimología”, en *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, INACIPE 3º época, número 7 (2006).
- Programa Nacional de Atención a la Víctima 2014-2018, del Sistema Nacional de Atención a la Víctima <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/153590/PAIV-aprobado-por-el-SNAV-20-mayo-20151.pdf> (fecha de consulta: 20 de julio 2017)
- Sampedro-Arrubla, Julio Andrés, “La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal”, en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 87-124 (2010). <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n17/n17a04.pdf> (Fecha de consulta: 25 de junio de 2017).
- Tamarit, Josep M<sup>a</sup>, “La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas” art. cit. en *Manual de Victimología* (Baca Enrique, Echeborúa, Enrique y Tamarit, Josep, Ma. Coordinadores), España: Tirant lo Blanch, 2006.
- Villabella Armengol, Carlos Manuel, *La Investigación y la comunicación científica en la ciencia jurídica*. México, BUAP-ICI-Universidad de Camagüey, 2009.
- Zamora Grant, José, *La víctima en el nuevo sistema acusatorio*, UNAM-IFP, México, 2014.
- Zamora Grant, José, *Derecho Victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, 3ª ed, México, INACIPE, 2016.

# Objeto del *usus fructus*: El derecho (real) de usufructo de crédito

Purpose of usus fructus: The (real) right  
of usufruct of credit

*José Fabián Villalba*<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Universidad Católica de Córdoba, Argentina.

jorgefabianvillalba@gmail.com

<https://doi.org/10.22235/rd.v0i17.1518>

**RESUMEN:** En este trabajo realizaré un especial estudio del objeto del usufructo con direccionamiento al usufructo de derecho, y con mayor epistemología, al usufructo de crédito (si tiene o no, consonancia con la teoría general del usufructo de derecho). Motiva este abordaje la necesidad de un especial tratamiento del usufructo de derecho de crédito dada la ausencia, carencia, o poco interés, que reviste para la doctrina (de algunos países). Creo -y me voy convenciendo- que algo evidentemente escapa a la ciencia del derecho, y a la doctrina, al ignorar un tópico que presenta cierta autonomía y cualidades propias como es el usufructo de derechos y más específicamente el usufructo de derecho de crédito si cabe esta precisión o “cambio de función”. Asumo como camino para despejar los interrogantes iniciar un desarrollo que comprenda el estudio de las fuentes del derecho romano, como así también la civilística actual argentina y comparada pretendiendo llegar a premisas mayores que permitan un juicio de valor acerca de las instituciones objeto de la presente tesis, buscando las variables de conflicto susceptibles de esbozar una teoría general y una serie de axiomas claves para el tratamiento de una nueva dogmática impuesta por la civilística gestada por el nuevo ordenamiento civil y comercial de la República Argentina.

---

Recibido: 19/12/17. Evaluado y observado: 05/02/18. Corregido y aceptado: 23/04/18

**PALABRAS CLAVE:** usufructo, derechos reales, derecho romano; Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

**ABSTRACT:** In this work I will carry out a special study of the object of usufruct, addressing the usufruct of law, and with greater epistemology, the usufruct of credit (if it has or not, consonance with the general theory of usufruct of law). This approach is motivated by the need for a special treatment of the usufruct of the right of credit, given the absence, lack, or lack of interest that it has for the doctrine (of some countries). I believe - and I am convinced - that something evidently escapes the science of law, and the doctrine, by ignoring a topic that has a certain autonomy and its own qualities such as the usufruct of rights and more specifically the usufruct of the right of credit if this is possible. precision or "change of function". I assume as a way to clear the questions to initiate a development that includes the study of the sources of Roman law, as well as the current civilian and comparative Argentine pretending to reach major premises that allow a value judgment about the institutions object of this thesis , looking for the variables of conflict susceptible of outlining a general theory and a series of key axioms for the treatment of a new dogmatic imposed by the civilística gestated by the new civil and commercial order of the Argentine Republic.

**KEY-WORDS:** usufruct, right of usufruct of credit, roman right, Código Civil y Comercial de la República Argentina.

**SUMARIO:** Presentación. Objetivos generales. Objetivos especiales. I. Derecho Romano. 1. El objeto de un derecho real en el Derecho Romano. 2. El objeto del usufructo en el Derecho Romano. 3. El usufructo de crédito en el Derecho Romano. 4. El Objeto y el problema de la división del Usufructo. La divisibilidad de los derechos reales y de los derechos personales. Aplicación al usufructo de crédito. II. Civilística Argentina. Código Civil de Vélez y Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina vigente a partir del mes de agosto de 2015. 1. El objeto. Apreciaciones generales y comparativas entre el Código Civil de Vélez y el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. 2. El objeto de los Derechos Reales. III. Aspectos comunes del Derecho Comparado. IV. Referencias al Derecho Intermedio. V. Conclusiones. Bibliografía.

El Derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca. He aquí dos cuestiones a las que el Derecho debe siempre procurar una solución, hasta el punto de que, puede decirse, que el Derecho no es en su conjunto y en cada una de sus partes más que una constante respuesta a aquella doble pregunta. No hay un solo título, sea por ejemplo el de la propiedad, ya el de obligaciones, en que la definición no sea necesariamente doble y nos diga el fin que se propone y los medios para llegar a él<sup>1</sup>

---

## PRESENTACIÓN

### OBJETIVOS GENERALES

Partiendo de la premisa de una concepción trialista estructural del derecho, dada por los elementos sujeto, objeto y causa, pretendo identificar el nivel de gravitación que se produce específicamente en el objeto, al tratar el derecho de usufructo en la civilística actual.

En el derecho argentino definimos -citando por ejemplo a Gatti- un derecho real de la siguiente manera: “El derecho real es un poder jurídico, de una persona, sobre una cosa, reglado por la ley, en virtud del cual se puede obtener directamente de ella, todas, algunas, o alguna de sus utilidades, con exclusión de injerencias extrañas y que, con suficiente publicidad, se adhiere y sigue a la cosa, pudiendo oponerse a cualquier interesado”.<sup>2</sup>

Ahora bien, siendo el minucioso análisis de la romanística<sup>3</sup> un estudio esencial e imprescindible en esta tesis, me veo en la necesidad de advertir que no es mi intención trazar

---

<sup>1</sup> Rudolf Von Hering, 1er párrafo de la Introducción a la obra “*Estudios Jurídicos. La lucha por el derecho. Del interés en los contratos. La posesión*” (Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L. 1974), 9.

<sup>2</sup> Edmundo Gatti. *Teoría General de los Derechos Reales* (Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1984).

<sup>3</sup> El verdadero valor del Derecho Romano no está tanto en el contenido de sus preceptos, como en el método de sus juristas. Esta idea, formulada ya por Savigny, y repetida de un modo u otro por muchos romanistas, apunta, en efecto, a lo que constituye la esencia del Derecho Romano, esto es, su carácter jurisprudencial. No es otra la razón que explica el singular fenómeno de la supervivencia del Derecho Romano: a pesar de los cambios culturales, el Derecho Romano ha sido el fundamento de la tradición jurídica europea y un profundo fermento de renovación en los momentos de crisis en la Ciencia Jurídica; por ello, también en estos momentos presenta un notable interés para el jurista moderno comprobar

paralelismos o correlatos de fuentes pretendiendo analogar conceptos que tienen un contexto tempo – espacial diferente (forzándolos), o nombres que tienen lugares comunes acorde al momento. El error sustancial –y metodológico- muchas veces radica en querer pensar o traspolar mecanismos jurídicos del derecho romano, a un sistema jurídico actual; o -en proceso inverso- mirar instituciones de la actualidad desde el prisma de un jurista<sup>4</sup> romano.

Individualizando más el espectro de análisis, realizaré un especial estudio del objeto del usufructo con direccionamiento al usufructo de derecho, y con mayor epistemología, al usufructo de crédito<sup>5</sup> (si tiene o no, consonancia con la teoría general del usufructo de derecho).

Motiva este abordaje la necesidad de un especial tratamiento del usufructo de derecho de crédito dada la ausencia, carencia, o poco interés, que reviste para la doctrina (de algunos países). Más aun, en varias de mis visitas recientes a prestigiosas editoriales y librerías de la ciudad de Buenos Aires (Argentina) he consultado y solicitado libros (llámese manuales,

---

cómo supo operar una Jurisprudencia como la romana, orgullosa de su tradición y celosa de su independencia, en la actividad de creación del Derecho con un método propio, presidido por la idea de Justicia.

No cabe duda de que nuestra época está más necesitada de jurisperitos que de legistas; frente al positivismo y a los excesos conceptualistas, así como frente a la tendencia a encerrar el Derecho en esquemas de férrea lógica, la Jurisprudencia Romana ofrece un modelo de actuación que se ha revelado idóneo para solucionar con criterios de justicia y de equidad los problemas concretos que la vida social plantea al jurista. Por otra parte, el rigor propio del estilo jurisprudencial romano constituye también hoy un baluarte contra el peligro del vulgarismo jurídico y, en concreto, permite mantener la autonomía del Derecho Romano contra los intentos de anegarlo en el difuso marco de los Derechos de la antigüedad o de convertirlo en objeto de tratamiento sociológico.

<sup>4</sup> V. Ihering calificaba al jurista como un personaje omnipresente, el cual en toda ocasión es llamado para que aporte el subsidio de su saber y de sus experiencias.

<sup>5</sup> Corresponde aquí delimitar la noción de crédito. Siguiendo a Rudolf Von Ihering en su obra *El Fin en el Derecho*, al considerar la palabra “crédito” pone en evidencia un retroceso al derecho romano. “Por creyere, en su sentido lato, entendían los juristas romanos la dación a otro de una cosa con la obligación de restituirla posteriormente. En su edicto, el pretor romano comprendía, bajo el título *res creditae*, todos los contratos que se referían a esta materia. A esta forma de institución de las obligaciones por dación, se refería, lingüística e históricamente, la expresión *creditor* y la noción que con ella se relaciona, porque, en un principio, como más adelante estableceremos, la dación era la única fuente de las obligaciones; *creditor* era el que había dado, *debitor* el que había recibido. El *credere* supone una determinación genérica o específica del objeto a restituir: sólo se establece cuando hay certidumbre de obtener, en la cosa devuelta, un valor idéntico al de la que había sido dada. Esta identidad de valor alcanza su grado supremo en el dinero. Es el *certum* por excelencia de los romanos. El dinero llega a ser así, por su misma naturaleza, el objeto principal del *credere*. Todas las demás cosas no alcanzan, ni remotamente, su utilidad económica. El dinero hace del *creditum* el más poderoso motor del comercio jurídico, y el antiguo derecho romano le ha consagrado especialísimas disposiciones. Aparece entonces la idea del dinero como objeto exclusivo del crédito. El tendero que entrega su mercancía a crédito no acredita al comprador, esto sería exigir la restitución, lo que acredita es el precio de venta. Para dar crédito no supone siempre la idea de dar dinero bajo condición de que será restituído posteriormente. El que, saliendo de viaje, deposita su dinero en casa de un banquero, exigiendo que más tarde le restituyan, no las mismas piezas de dinero, sino una suma equivalente, realiza evidentemente un *creditum abire* en el sentido romano. Su situación es la misma que si hubiese dado el dinero en préstamo. Pero prestar no es siempre realizar una operación de crédito; los mismos juristas romanos han hecho la distinción. El motivo que les ha guiado en uno y otro caso: el deponente da el dinero en atención a sí mismo; el prestamista lo da para prestarlo. Es verdad que en los dos casos quien ha recibido el dinero puede disponer de él por sí mismo; pero en el primero esto es una simple consecuencia de la dación; en el segundo esto es el fin. La relación es exactamente igual en el caso en que alguien remite a su mandatario los fondos precisos para la ejecución del mandato o para cubrir los gastos: le transfiere la propiedad del dinero y en él confía para su empleo; pero todavía no es una dación de crédito. Esta se efectúa siempre en interés del que recibe”.

tratados, ensayos, etc.) que traten en forma específica el usufructo de crédito, no logrando toparme con material alguno que aborde la temática con la precisión y autonomía que amerita. La excepción a esta carencia de literatura específica se produce con un artículo del prestigioso jurista chileno Alejandro Guzmán Brito quien diera a luz un trabajo de su autoría titulado “El Usufructo de Créditos<sup>6</sup>”, publicado en Thomson Reuters LA LEY en el marco de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Valparaíso (2014), que tan generosamente me hiciera llegar; a quien agradezco esa gentileza, -y más aún- su guía en este tópico.

Situación que pone en evidencia (por los libros que me fueran sugeridos) que abunda en la ciencia del derecho, tesis y ensayos sobre el usufructo; y al tratar su objeto, todas trazan vectores con raíces en conceptos paralelos como serían el usufructo perfecto y el usufructo imperfecto o cuasi usufructo<sup>7</sup>. Parece que la única cuestión novedosa (hasta el momento) es el usufructo de cosa consumible. Y quienes se animan incluso a navegar con mayor profundidad hacen anclaje en el desarrollo del tópico referido al usufructo de acciones, y el usufructo de fondo de comercio; discutiendo siempre la aplicación de la ley de sociedades, ordenamientos jurídicos comerciales y la posible cobertura supletoria o no del Código Civil; siempre y cuando éste último, tenga alguna norma al respecto.

Desarrollo que he visto, además, repetirse en toda la doctrina comparada, salvo en aquellos países donde la discusión carece de relevancia por tener un ordenamiento jurídico preciso y pleno que satisface con creces estos interrogantes (no obstante, no podemos dejar pasar por alto que algunos ordenamientos jurídicos adoptan el sistema de *numerus apertus* para los derechos reales). Pero luego de mis lecturas y análisis de varias legislaciones del

<sup>6</sup> Alejandro Guzmán Brito, “El Usufructo de Créditos”, en *Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de derecho Civil. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Chile: Editorial Thomson Reuters. 2014): 61 a 85.

<sup>7</sup> Citando a Esther Torrelles Torrea en “El Usufructo de cosas consumibles”, parte del libro dirigido por Rubén A. Lamber titulado *Usufructo. Aplicaciones Civiles y Comerciales*, de editorial Heliasta, Buenos Aires, 2011; en la primera nota al pie, al mencionar por primera vez la palabra usufructo la misma sostiene que: “El mismo término con el que brotó en la historia jurídica esta figura, *quasi usufructus*, nos indica también la condición peculiar de la institución. La unión del adverbio “*quasi*” al sustantivo “*usufructus*” parece indicar la búsqueda de un paralelismo, de un acercamiento a una identidad, aunque imperfecta, con relación al usufructo propiamente dicho. Existe una proximidad con la idea de referencia, el usufructo, pero, faltan los elementos que lo identificaron. En torno al tema del adverbio “*quasi*”, Albertario, “Le fonti Della obbligazione e la genesi dell’art. 1907 del Codice civile”, en *Studi*, III, p. 140 afirma que ponedo un *quasi* davanti ad istituti del diritto romano, l’età postclásica giustiniana ha fatto sorgere istituti nuovi, soltanto in apparenza simili, sostanzialmente difformi, e itali, a cui la giurisprudenza romana nella superba ed armoniosa logicità dei suoi sviluppi non sarebbe giunta mai”; Sirinelli, “Le quasi-usufruit (1re partie)”, *Les petites affiches*, 21 juillet 1993, p. 32, n.8, considera que “une quasi-institution serait donc une institution inachevée qui emprunte a une institution de référence certains de ces éléments sans parvenir à l’identité, faute de pouvoir les réunir Tous”. Riccobono, Salvatore, en el *Appendice III* “Analogía, assimilazione, approssimazione nell’opera dei giuristi romani ed in particolare dell’uso dell’averbio quasi”, en *Scritti di Diritto romano*, II, Palermo, 1964, pp. 461 y 462, manifiesta que la voz “cuasi” es antigua en el uso, del siglo II, y que “soverchia il tamquam anche negli scritti dei giuristi”. Sin embargo, se duda que la voz sea o no clásica. Cfr. Segré, Gino, “Sul deposito irregolare in diritto romano”, *Bidr*, vol. 19, 1907, p. 197. La utilización de los “quasi” son típicos de la literatura isogógica, introductoria, de preámbulo, iniciada por Mucius Scaevola y Sabino. Los clásicos se desprendieron de esta tendencia a la sistematización. Se trataba de una expresión propia del lenguaje profesional.”

derecho comparado, sumado a ciertas estructuras gramaticales realmente novedosas que integran nuestro nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, vienen a mi mente muchos interrogantes. Y éstos surgen a partir de la falta de consagración de una clasificación de cosas que permitía sostener en el Código de Vélez el usufructo de derecho; sumado a la regulación “expresa” de ésta última institución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (Artículo 2130 inciso b). Y dentro de la esfera de los derechos reales, la posibilidad o ventana para el ingreso del usufructo de crédito tal como se aplica en países como España<sup>8</sup> y Alemania entre otros.

Pero hablar de un derecho real de usufructo que tenga por objeto un crédito -por lo menos a mi-, me inclina a la reflexión, motivada ésta por muchos interrogantes y dudas sustanciales.

Dudas éstas que me invaden desde el momento inicial que intento razonar la cuestión ya que, al mejor estilo de la filosofía platónica, los hombres pensamos hablando con nosotros mismos, si no podemos hablar no podemos pensar. Ahora bien, en función de ese “hablar” será nuestro pensar, y hablar con determinadas palabras condiciona nuestro pensamiento; entonces, si hablo de usufructo no puedo dejar de pensar en un derecho real, porque esa estructura mental la tengo asimilada de esa manera, pero si a la palabra usufructo le adiciono la palabra crédito no puedo omitir pensar en un derecho personal. Y si tengo que unir o construir una semántica en función del uso conjunto de ambos términos empiezo a creer que estoy en presencia de un derecho mixto, como aquellas acciones mixtas de los romanos cuando creían que una acción tenía matices o elementos comunes a las acciones personales y las acciones reales.

Quizás fuera de toda pauta metodológica, y disculpándome por ello, debido al tiempo que dedicamos a la metodología en desmedro de la juridicidad y la substancia, quiero compartir en los objetivos generales mis dudas, porque es a partir de ellas que se construye esta tesis. Dudas que pueden ser bastantes básicas en la formulación del interrogante como, por ejemplo: ¿Supone lo hablado hasta aquí que lo único importante es analizar el usufructo y el cuasi usufructo? ¿Es acaso lo novedoso y esencialmente relevante solamente el usufructo de cosas consumibles (cuasi<sup>9</sup> usufructo, usufructo impropio, imperfecto o especial)? Recuerdo aquí las palabras del profesor Carlos Felipe Amunátegui Perelló al citar a Bonfante

---

<sup>8</sup> Es importante tener en cuenta que el nuevo Código Civil y Comercial Argentino presenta tres clasificaciones en torno a los derechos reales. En primer lugar, éstos pueden recaer sobre cosa propia o ajena; ser principales o accesorios y recaer sobre cosas registrables o no registrables. Dentro de los Derechos Reales sobre cosa ajena ubicamos el usufructo con las particularidades en torno al objeto que desarrollaré paulatinamente.

<sup>9</sup> Torrelles Torrea, *El usufructo de cosas consumibles*.

cuando este se refería al concepto de “supervivencia estructural”, donde las cosas subsisten, pero cambian de función.

Creo -y me voy convenciendo- que algo evidentemente escapa a la ciencia del derecho, y a la doctrina, al ignorar un tópico que presenta cierta autonomía y cualidades propias como es el usufructo de derechos y más específicamente el usufructo de derecho de crédito si cabe ésta precisión o “cambio de función”.

Para ejemplificar esta preocupación adelanto una de las variables de conflicto: Respecto del usufructo de créditos, en la vieja, pero hasta hace poco vigente concepción de Vélez, la idea no se asemeja al concepto de usufructo de las cosas, pese a que podía encuadrarse la cuestión recurriendo al carácter de cosa inmueble por su carácter representativo, logrando que el derecho recaiga sobre una cosa la cual era representada por el título constitutivo que adquiriría dicha investidura. Por lo tanto, no podemos aplicar analógicamente ambas instituciones cuando tenemos un cambio en el objeto (cosa o derecho). Citemos un ejemplo que ilustre la cuestión y nos anticipe de alguna manera los ejes principales de esta tesis. El anterior artículo 2904 (artículo sin nota) del Código Civil Argentino disponía: “Cuando el usufructo sea de créditos, el usufructuario, después de cobrarlos, estén o no representados por instrumentos, queda obligado como en el usufructo de cosas semejantes, a los que fuesen cobrados”. La interpretación de tal artículo distaba de ser la del concepto de usufructo del artículo 2807 (artículo con extensa nota) del Código Civil Argentino: “El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia”; ya que de su lectura resultaba que “percibido el crédito por el usufructuario, se produce una subrogación real y el usufructo de crédito se transforma en el de la cosa que se debía entregar por tal crédito. Si se trata de una cosa individualizada queda constituido un usufructo perfecto sobre ella. Si se trata de una suma de dinero, bonos, títulos u otros objetos consumibles o fungibles, se constituye un cuasiusufructo”<sup>10</sup>. En coincidencia Gatti sostiene que el “Usufructo de crédito” es una expresión metafórica<sup>11</sup>; y con expresión más categórica Gil Rodríguez<sup>12</sup> dice: “hablar, por ejemplo, de un derecho real sobre un crédito es una contradicción en los términos, es un imposible jurídico” cita tomada de Ferrara, Francesco en “L`usufructo de` crediti”<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Eduardo Zannoni y otros, *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado* Tº 11 (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007), 1171.

<sup>11</sup> Edmundo Gatti. *Teoría General de los Derechos Reales*, (Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1984): 201.

<sup>12</sup> Jacinto Gil Rodríguez. *El usufructo de acciones (Aspectos Civiles)*, (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado): 41.

<sup>13</sup> Francesco Ferrara. *L`usufrutto dei crediti*. Revista Italiana per la Scienza Giuridica, nº38 (1904): 367-406; Francesco Ferrara, *Scritti giuridici*, (Milano, II 1984): 271-310; también, aunque más sintéticamente: Alessando Fede, *L`*

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina modifica de alguna manera el anterior artículo 2807 del Código Civil de Vélez estableciendo el siguiente concepto de usufructo: “usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar sus sustancias. Hay alteración de sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y **si se trata de un derecho**, cuando se lo menoscaba”.

Luego, como ya se anticipara, el artículo 2130 al regular el objeto del usufructo hace una mención expresa al usufructo de derecho en el *inciso b)* supeditándolo solamente a los casos en que la ley lo prevé.

Ahora bien, como se puede apreciar, siguen mis interrogantes: ¿Es realmente el usufructo de crédito una mera expresión metafórica como algunos sostienen o tiene entidad propia? ¿Es un derecho personal o un derecho real? ¿Es un derecho real que nace como tal, propio, o que se edifica desde un derecho personal como se discute en la civilística española? ¿Reviste plena autonomía partiendo de la base de un cambio de paradigma de la civilística argentina en torno al objeto de los derechos reales?

Estas preguntas que pueden ser *-a priori-* fáciles de formular, me han generado una verdadera inquietud y desorden en mi estructura mental, por una simple razón... las palabras, *prima facie*, no tienen mucho sentido, o son contradictorias, y merecen una explicación. Insisto: usufructo (derecho real) de crédito (derecho personal) es derecho real o personal. Tan simple como eso, pero tan complicado como para fundarlo y desarrollarlo.

Asumo como camino para despejar los interrogantes iniciar un desarrollo que comprenda el estudio de las fuentes del derecho romano, como así también la civilística actual argentina y comparada pretendiendo llegar a premisas mayores que permitan un juicio de valor acerca de las instituciones objeto de la presente tesis, buscando las variables de conflicto susceptibles de esbozar una teoría general y una serie de axiomas claves para el tratamiento de una nueva dogmática impuesta por la civilística gestada por el nuevo ordenamiento civil y comercial de la República Argentina.

## OBJETIVOS ESPECIALES

Vertida la parte sustancial de la presente tesis y por todo lo dicho anteriormente, será motivo de análisis en forma especial el derecho de usufructo de créditos en el derecho romano<sup>14</sup>,

---

*usufructo di crediti e di Tivoli di crediti tesis doctoral*, Università degli Studi di Ferrara (2006/2008):40-45. Cita del Prof. Alejandro Guzmán Brito en obra ya citada *El Usufructo de Créditos*.

<sup>14</sup> El estudio del derecho romano se justifica por los méritos de su elaboración técnica, porque su historia facilita un ejemplo único del método jurídico de su desenvolvimiento legal, basado en la coordinación y desarrollo del Derecho

su posible formulación y consagración en el derecho civil vigente en la República Argentina y en la civilística y dogmática comparada. Reviste especial importancia el análisis del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina por incorporar cambios sustanciales. De la vieja concepción de las cosas como objeto de los derechos reales asoma un cambio, que incorpora en nuestra sintaxis el nuevo y acertado uso de la palabra bienes.

Esto se justifica a partir del artículo 14 del Capítulo 4 del Título Preliminar que lleva como rúbrica la leyenda “*Derechos y bienes*” que dice: Titularidad de derechos: “Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código”. Seguidamente el artículo 16 regula lo atinente a Bienes y cosas: “Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre”.

Como podemos apreciar, los bienes pueden ser materiales (cosas) o inmateriales. Ahora bien, ¿qué pasa con el objeto de los derechos reales?

El artículo 1883 al regular el objeto nos dice: “El derecho real se ejerce sobre la **totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto**, por el todo o por una parte indivisa. El objeto **también puede consistir en un bien** taxativamente señalado por la ley”. Dejando de lado la discusión sobre la posibilidad de que un derecho real recaiga sobre una parte material de una cosa, que podría dar lugar a la interpretación que sostenga una nueva forma de condominio con expresión territorial, lo cierto es que separa el uso de la palabra cosa de la palabra bien.

Por lo dicho anteriormente no habría en realidad un uso antagónico, ya que los bienes materiales se llaman cosas. Pero no cabe dudas ahora que, con el Código Civil y Comercial de la República Argentina, ya no son solamente las cosas o los bienes materiales quienes constituyan el objeto de los derechos reales, sino que también puede ser un bien inmaterial o un derecho; aspecto que veremos surgir en forma expresa del texto de la ley no por ligereza o descuido del legislador, sino con verdadera intencionalidad.

Este aspecto genera en la legislación argentina un verdadero cambio de sustancial en torno al objeto de los derechos reales que tiene impacto en la sociedad, en la economía y en el tráfico.

---

por medio de la razón; precisamente por ello, su estudio es interesante para inculcar, sobre todo, el verdadero concepto del Derecho y de la evolución jurídica. Zuleta. *La ciencia del derecho en el legado de Roma*. (Madrid, 1944): 228 ss.

Y fácil es graficar este cambio tratando el derecho real de usufructo, ya que tiene una consagración expresa la posibilidad de que el mismo recaiga sobre un derecho, sumado a muchas otras variables de conflicto y desacuerdo por gran sector de la ciencia del derecho como por ejemplo la posibilidad de disponer de un usufructo (ahora es transferible); la posibilidad de embargo y con posterior ejecución; y demás.

Por lo antes expuesto es mi deseo advertir que razonaré en forma entimemática en algunos tópicos, a tal punto que no será motivo de análisis el tema de la sustancia (o substancia), palabra ésta que tanto dio que hablar en Filosofía, desde las sustancias primeras de Aristóteles, como cosas concretas, individuales, y las sustancias segundas, los universales, explicados por el Estagirita desde la materia y la forma, que encierran así la unidad del ser, por cuanto no puede concebirse la materia informe ni la forma perfecta más que en el plano de lo abstracto. La sustancia es lo que “es” en abstracto como lo que “está siendo” en concreto, reflejando sus dos aspectos: el estático cuando se lo piensa y el dinámico cuando se lo ejecuta. Por ello, el “salva rerum substantia” se presenta como la señal de permanencia regulatoria desde la entrega al usufructuario hasta la restitución al nudo propietario. En ese lapso temporal se da el juego de los derechos y obligaciones en el ejercicio del usufructo. La sustancia gobierna, por consiguiente, el uso y goce de la cosa (podríamos agregar del derecho) y el disfrute. Será la sustancia mencionada como aspecto esencial, estructural y característico del usufructo en su forma originaria, pero trascenderemos dicha problemática. Justamente porque considero que esa discusión ya no reviste complejidad en la civilística actual, donde en la generalidad de los ordenamientos jurídicos vigentes se consagra como regla general el usufructo sin alteración de sustancia, y seguidamente el propio articulado permitirá la excepción.

Destaco aquella reflexión de Platón: si pensamos hablando con nosotros mismos, las palabras deben ser coherentes con el pensamiento. Y en principio no logro ver esa coherencia, y mucho menos comprenderla.

Desentrañar el contenido y el uso correcto del lenguaje en el tópico elegido es sustancial para ampliar la visión y los límites del pensamiento.

Parafraseando al filósofo austríaco (luego nacionalizado británico), Ludwig Josef Johann Wittgenstein, podemos decir que los límites de nuestro mundo (el de c/u de nosotros), son los límites de nuestro lenguaje y que una palabra nueva es como una semilla fresca que se arroja al terreno de la discusión; sirva esta tesis para discutir esta semilla fresca (usufructo de crédito) y romper los límites de mi mundo.

## I.

### DERECHO ROMANO

El romanista, -aunque sea consciente de la historicidad especial de su estudio-, no puede dejar de ser jurista: ésa es su misión en el complejo cultural de nuestros días.<sup>15</sup>

#### 1. EL OBJETO DE UN DERECHO REAL EN EL DERECHO ROMANO

Como punto de partida al análisis del objeto en el Derecho Romano, creo pertinente hacer una breve referencia al realismo del concepto romano de propiedad<sup>16</sup>. En el derecho moderno el concepto de propiedad es muy distinto según el objeto a que se refiera, hoy se habla de propiedad del fluido eléctrico, que no puede ser nunca lo mismo que la propiedad de una vaca o unas hectáreas de naranjos, de la propiedad intelectual<sup>17</sup>; lo que se protege en este caso es algo incorporeal, la creación y, sin embargo, hablamos de propiedad.

Este realismo de la propiedad en el sentido de que depende de la *res*<sup>18</sup>, es una advertencia para que el jurista moderno no se deje llevar por un concepto excesivamente escolástico de aquélla, creyendo que es siempre la misma; esto se ve muy claramente, por ejemplo, cuando se habla de la propiedad del dinero, porque éste es cosa consumible, destinada al gasto, y sobre él no hay acción reivindicatoria.

---

<sup>15</sup> Álvaro d'Ors. *Singularidad intelectual del jurista y cosmos casuístico en el estudio actual del derecho romano*, *Parerga Histórica*, (Editorial EUNSA, 1997).

<sup>16</sup> Es de destacar que la palabra *proprietas* no tuvo en sus orígenes el mismo sentido que tiene para nosotros el de propiedad. Aparece originariamente vinculada a un *dominium* limitado y restringido como es el caso de la *nuda proprietas* del usufructuario. Alfredo Gustavo Di Pietro. *Los cuatro logros del genio jurídico romano*. (Editorial UFLO.2014): 224-225

<sup>17</sup> Derecho que tiene el autor de una obra artística, literaria, musical a que no se produzca sin su permiso.

<sup>18</sup> Álvaro d'Ors y J. Bonet Correa. *El Problema de la división del usufructo. Estudio romano-civilístico*.: 64 párrafo 1. "Para los romanos, la palabra *res* quiere decir también el dominio de una cosa. Los romanos, como es sabido, no conocieron el "derecho de propiedad", sino "la propiedad sin más": la *res* para ellos era la propiedad de la cosa".

En el derecho romano, Gayo<sup>19</sup> introdujo la distinción<sup>20</sup> gramatical entre *res corporales*<sup>21</sup> (es decir que se pueden tocar) y *res incorporeales* (como es el derecho de usufructo, el de servidumbre, los créditos), en este último grupo no se incluye la propiedad, porque ésta no se ve como un derecho, sino como la cosa misma en cuanto nos pertenece, por lo tanto, una cosa corporal.

Esto se debe a que la propiedad no es un derecho real más, como el derecho de usufructo, como la servidumbre de paso, etc., sino que los romanos veían la propiedad como algo inseparable de la cosa misma, de manera tal es la cosa, tal será el derecho que sobre ella se ejerza<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Autor de una de las obras más citadas y repetidas: las Instituciones, el manual de Derecho Romano de mayor éxito de todos los tiempos. Gayo, desconocido en su época postclásica llegó a ser uno de los juristas romanos más apreciados, como demuestra su inclusión en la Ley de Citas. Su obra de Instituciones nos ha llegado por un palimpsesto descubierto por Niehbur en 1816 en la Biblioteca capitular de Verona, y que ha sido completado por varios fragmentos descubiertos en Egipto, sobre todo por el pergamino de Antinoe, publicado por Arangio Ruiz. Aunque vivió en la época de los Antoninos, se muestra como perteneciente a la escuela sabiniana, considerando como sus maestros a Sabino y a Casio, y citando a los proculianos como pertenecientes a una escuela diversa. De Gayo nos han llegado también fragmentos de otras obras, como los comentarios al Edicto Pretorio y al Edicto Provincial y algunas monografías. Otras obras elementales de este jurista son los libros y reglas y las llamadas *res cottidianae* o *aurea*, que se considera como una obra reelaborada por los postclásicos, tomando como base los libros gayanos. Vid d'Ors, *Gayo pre-postclásico*, AHDE, nº25:830 ss.; además Manuel Jesús García Garrido. *Gaio nel suo tempo: atti del simposio romanístico. Casuismo y Jurisprudencia Romana*, (Madrid: Editorial Uned, 1973):53

<sup>20</sup> En las Instituciones de Justiniano en el *Liber Secundus Titulus II* encontramos la clasificación *de rebus corporalibus et incorporalibus* (de las cosas corpóreas o incorpóreas): I. LII. T.II. pr. *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporeales* (Ciertas cosas, además, son corpóreas o incorpóreas). I. LII. T.II. I. *Corporales hae sunt, quae sui natura tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles* (Son corpóreas las que por su naturaleza afectan nuestros sentidos, como un fundo, un esclavo, un vestido, el oro, la plata y otras innumerables cosas). I. LII. T.II. II. *Incorporeales autem sunt quae tangi non possunt: qualia sunt ea quae in iure consistunt, sicut hereditas, usufructus, usus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus qui ex fundo percipiuntur corporalia sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum jus hereditatis, et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis, incorporalis est* (Son incorpóreas las que no afectan nuestros sentidos: cuales son las que consisten en un derecho, como la herencia, el usufructo, el uso y las obligaciones, de cualquier modo que se hayan adquirido. Nada importa que la herencia contenga cosas corpóreas; pues también son corpóreas los frutos que el usufructuario percibe del fundo; y del mismo modo lo que se nos debe en virtud de una obligación es la más veces un objeto corpóreo, como un fundo, un esclavo o dinero; y, sin embargo, el derecho de herencia y el derecho mismo de usufructo y de obligación son incorpóreas).

<sup>21</sup> Es importante tener en cuenta para ilustrarla el concepto de lo corporal e incorporeal, o corpóreo e incorpóreo la discusión tratada en el Capítulo XV del Libro V de las Noches Áticas de Aulo Gelio titulada *“Discrepan los filósofos sobre si la voz es algo corpóreo o incorpóreo”*: 1. Añeja e interminable es la cuestión que plantean los filósofos más célebres acerca de si la voz es algo corpóreo o incorpóreo (El tema lo trata Plutarco, Opin. Filos. 4,19, bajo el epígrafe: “¿Es incorpórea la voz?). 2. En efecto, algunos han acuñado esta palabra *incorporeum* para traducir el término correlativo en griego. 3. Ahora bien, lo corpóreo es agente o paciente, lo que en griego se llama “lo que actúa” o “lo que padece” (Gelio ofrece el texto en griego). 4. Refiriéndose a esta definición, escribió así el poeta Lucrecio (Lucrecio 1,304): “Ninguna cosa puede tocar ni ser tocada si no es cuerpo”. 5. Los griegos definen también lo corpóreo diciendo que es “lo que tiene triple dimensión”. 6. Los estoicos, por su lado, pretenden que la voz es algo corpóreo y aseguran que es aire golpeado (Diógenes Laercio, 7,55. Cf. Séneca, Cuest. Nat. 2,6,3, donde dice: “Qué es la voz, sino aire en tensión, formada por la percusión de la lengua para que pueda oírse? En 2,29 Séneca volverá a decir que “la voz no es sino un impacto sobre el aire”). 7. Platón, en cambio, opina que la voz no es un cuerpo, “puesto que –dice- la voz no es el aire golpeado, sino el propio golpe o percusión”. 8. Demócrito, y luego Epicuro, afirman que la voz está formada por cuerpos indivisibles y la llaman “flujo de átomos”.

<sup>22</sup> Emilio Valiño. *Instituciones del Derecho Privado Romano*. (España: Facultad de Derecho Valencia. 1988), 127-128.

Siguiendo la clasificación de Gayo el patrimonio de una persona se compone por “*corpore*” y por “*iura*”. No obstante, hay juristas que incluyen los *facta* (hechos del futuro) como elementos integrantes del patrimonio.

En definitiva, en el Derecho Romano al hablar de objeto y tratando de esbozar una clasificación<sup>23</sup> amplia, nos referimos a cosas corporales o incorporeales.

Una máxima aplicada en el derecho romano que permite la diferenciación entre un derecho real y un derecho personal era el carácter identificable de la cosa; por lo tanto, en la medida en que una cosa no es identificable es menos derecho de propiedad y más un derecho de crédito<sup>24</sup>.

Otro tipo de consideración en torno a la cosa estaba basado en el carácter o consideración económica de la misma. Aquí encontramos la clasificación de *res mancipi* y *res nec mancipi*. También llamadas las primeras cosas que se heredan y las segundas cosas que se ganan<sup>25</sup>.

## 2. EL OBJETO DEL USUFRUCTO EN EL DERECHO ROMANO

Fácil es advertir en el Derecho Romano que el objeto del usufructo es una cosa, más precisamente una cosa ajena, no consumible y que habitualmente produce frutos<sup>26</sup>. Esta última cualidad obedece al origen del usufructo como una institución familiar, alimentaria, cuyo beneficiario más frecuente solía ser la viuda del testador, aunque esto no impidiera el que éste pudiera dejar el uso y disfrute de sus bienes, o de parte de ellos, a favor de hijos minusválidos, de hijas solteras o de cualesquiera otros parientes que probablemente no iban a tener herederos. Y en estos casos el uso y disfrute solía aplicarse sobre una finca, el rebaño, etc.

La cualidad de no consumible de la cosa objeto del usufructo implica la privación expresa al titular del derecho real de hacer uso de la facultad de disponer, ya que la disposición implica la consumición de la cosa. Privación no absoluta y desvirtuada con la aplicación de la *cautio usufructuaria*, ya que esta caución, hizo posible una ampliación importante del con-

<sup>23</sup> Luis de Molina (1536-1600) “*Los seis libros de la justicia y el derecho*”: “En primer lugar es de derecho de gentes la división de las cosas; esta es una opinión común a todas las razones, y para hacer esta división fue necesario el consentimiento de los hombres de dividir lo que antes había sido donado por Dios a todos en común” Luis de Molina. *Disput.5, n°4, tr.1, vol 1 (1941):153-*

<sup>24</sup> Aplicación de lo que hoy podríamos llamar Principio de Especialidad en los Derechos Reales.

<sup>25</sup> Clasificación ésta que excede la utilidad y los objetivos de la presente tesis.

<sup>26</sup> I. LII. TIV. Pr. *Usufructus est jus alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia. Est enim jus in corpore, quo sublato, et ipsum velli necesse est* (El usufructo es el derecho de usar de las cosas de otro y de percibir sus frutos sin alterar la sustancia de ellos; porque es un derecho sobre un cuerpo, y si el cuerpo se destruye, queda necesariamente destruido el derecho).

tenido de este derecho, que pasó a comprender también cosas consumibles<sup>27</sup>. Si éstas existían antes de esta modernización, pertenecían al nudo propietario, ya que el usufructuario sólo tenía derecho a usar y a disfrutar, pero no a disponer, en tanto que las cosas consumibles (como es el dinero) se consumen al primer uso. La promesa mediante la *cautio usufructuaria* de la restitución de las cosas o de su importe en dinero hizo posible la permisión al usufructuario de un derecho real sobre cosa consumible.

Con la *cautio* o caución hay un cambio o mutabilidad del objeto llegándose a permitir incluso el usufructo de derechos, de manera que el usufructuario podría en estos supuestos percibir los intereses que devenguen estos derechos, que se consideran extensiones del crédito y no del dinero, que no puede producir frutos. Algo parecido ocurre también en el derecho moderno en el que las acciones de una sociedad anónima que posee una viuda en usufructo, le rentan unos intereses, pero como el ejercicio del derecho preferente de suscripción de las acciones nuevas en los aumentos de capital no es un “fruto”, las acciones nuevas pertenecen al nudo propietario, pues se estiman accesiones de las anteriores.

---

<sup>27</sup> I. LII. TIV. II. “Constituitor autem usufructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis, et jumentis, et caeteris rebus, exceptis iis quae ipso usu consumuntur: nam haec res, neque naturali ratione, neque civil, recipiunt usufructum: quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta: quibus proxima est pecunia numerata, namque ipso usu assidua per mutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa, Senatus censuit posse etiam earum rerum usufructum constitui: ut temen eo nomine heredi utilitar caveatur. Itaque si pecuniae usufructus legatus sit, ita datur legatario ut ejus fiat, et legatarium satisdet heredi de tanta pecunia restituenda, si moriatur, aut capite minuatur. Caeterae quoque res ita traduntur legatario ut ejus fiat; sed aestimatis his, satisdatur, ut si moriatur, aut capite minuatur, tanta pecunia restituatur, quanti haec fuerint aestimatae. Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum usufructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usufructum constitui” (El usufructo puede constituirse no sólo sobre fundos y edificios, sino también sobre esclavos, bestias de carga y demás cosas, exceptuándose las que se consumen con el uso; pues éstas ni por su naturaleza ni por el derecho civil son susceptibles de usufructo. En el número de estas cosas se hallan el vino, el aceite, el trigo, los vestidos, a los cuales se puede asimilarse la plata acuñada, que en cierto modo se consume con el uso diario del cambio. Pero el Senado ha decidido con objeto de utilidad que el usufructo pueda establecerse aun sobre estos objetos, con tal de que el heredero reciba una suficiente caución. Si, pues, ha sido legada en usufructo una suma de dinero, se le da en toda propiedad al legatario; pero éste da satisfacción al heredero de la restitución de igual suma a su muerte o a su disminución de cabeza. Las demás cosas se dan del mismo modo en propiedad al legatario que, en vista de tasación, presta satisfacción de que a su muerte o por disminución de cabeza, restituirá una suma igual a su tasación. El Senado no ha creado sobre estas cosas un usufructo, porque era imposible, sino que por medio de una caución ha constituido un cuasiusufructo.

### 3. EL USUFRUCTO DE CRÉDITOS (*USUSFRUCTUS NOMINIS*<sup>28</sup>) EN EL DERECHO ROMANO

Siguiendo al Prof. Alejandro Guzmán Brito<sup>29</sup>

un senadoconsulto de fecha desconocida, pero de la primera época imperial, probablemente emitido bajo Tiberio (emp. 14-37 d.C.), había autorizado el usufructo de “todas las cosas que se encuentren en el patrimonio de alguien”. La amplia fórmula empleada por el senadoconsulto (todas las cosas), permitió a la jurisprudencia preguntarse si ella también autorizaba el usufructo de un crédito.<sup>30</sup>

La *cautio ex senatus consulto* hizo posible que la jurisprudencia llegara a la concepción del usufructo sobre créditos<sup>31</sup>. Inicialmente se aceptó dicho usufructo de créditos cuando el usufructuario (del crédito) era el mismo deudor del capital prestado a intereses, caso en el cual se entiende que dichos intereses se le condonan o remiten al deudor (del capital) usufructuario (de los intereses) por el acreedor. Esta fue la opinión de M. Cocceius Nerva (padre) Cónsul en el 22 d.C., muerto en el 33 d.C., y de la escuela jurisprudencial Proculeyana. Luego se aceptó el usufructo de créditos a favor de un tercero, es decir, a favor de persona distinta al deudor del capital prestado a intereses. Esta fue la opinión de (¿Sempronio?) Próculo, muerto en el 47 d.C., y Discípulo de Nerva, padre, y de quien toma su nombre la escuela Proculeyana, y de Cayo Casio Longino, Cónsul en el 30 d.C. y de la escuela jurisprudencial Sabiniana. Por otra parte, en la *cautio ex senatus consulto* debía entrar no sólo el capital prestado sino también los intereses ya devengados. En cambio, los intereses devengados después de interpuesta la *cautio ex senatus consulto* valían como frutos civiles<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Al decir de Alejandro Guzmán Brito, en el vocabulario jurídico romano, la palabra “*nomen*” (= lit. “el nombre”) es usada para designar la obligación (mirada desde el punto de vista del acreedor, o sea, el crédito). Se trata de una metonimia derivada de la costumbre de anotar cierta cantidad de dinero debido a nombre del deudor en los libros contables del acreedor.

<sup>29</sup> Ob. Cit. El Usufructo de Créditos.

<sup>30</sup> Dig. 7.5.3 (Ulp., 18 Sap.): “Post quod omnium usufructus legari poterit; an et nominum?” (Después del cual [senadoconsulto] puede ser legado el usufructo de todas las cosas. ¿Acaso también el de los créditos?)

<sup>31</sup> D.33.2.24 pr. (Pap. 7 resp.): “Uxori fructus bonorum legato faenas quoque sortium, quas defunctus collocavit, post impletam ex senatus consulto cautionem praestabitur. Igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas velut sortes in cautionem deduci necesse est. Non idem servabitur nominibus ab herede factis: tunc enim sortes dumtaxat legatario debentur aut, quod Procter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur”; y D.33.2.37 (Scaev. 33 dig.): “pertinere respondit secundum ea quae proponerentur omnium pretiñere”.

<sup>32</sup> Fernando Betancourt *Derecho Romano Clásico*. Tercera Edición Revisada y Aumentada. (Universidad de Sevilla): 401. Ebook: [https://books.google.com.ar/books?id=Xd-RcflbOMC&pg=PA401&lpg=PA401&dq=usufructo+de+credito+en+el+derecho+romano&source=bl&ots=rPeFnBG1JU&sig=\\_I3WO-pExZGg5S18GO\\_Ku9aKTps&hl=es&sa=X&ei=vxWEVaSsLoPw-QHXxYGwBg&ved=0CD8Q6AEwBg#v=onepage&q=usufructo%20de%20credito%20en%20el%20derecho%20romano&f=false](https://books.google.com.ar/books?id=Xd-RcflbOMC&pg=PA401&lpg=PA401&dq=usufructo+de+credito+en+el+derecho+romano&source=bl&ots=rPeFnBG1JU&sig=_I3WO-pExZGg5S18GO_Ku9aKTps&hl=es&sa=X&ei=vxWEVaSsLoPw-QHXxYGwBg&ved=0CD8Q6AEwBg#v=onepage&q=usufructo%20de%20credito%20en%20el%20derecho%20romano&f=false)

En la fuente I. L. II. TIV al hablar de usufructo se consagra en el punto 2 el supuesto de usufructo de un crédito en dinero tal como se citara de las fuentes *ut supra*.

Entiendo, como refiere Alejandro Guzmán en su obra sobre el tópico, “que no se encuentra en las fuentes romanas un tratamiento desarrollado sobre la figura, de modo de hacerse posible pensar en que haya tenido un empleo escaso...”; “De donde el escaso interés de los juristas por estudiar el usufructo de créditos en sí mismo”.

#### **4. EL OBJETO Y EL PROBLEMA DE LA DIVISIÓN DEL USUFRUCTO. LA DIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS REALES Y DE LOS DERECHOS PERSONALES. APLICACIÓN AL USUFRUCTO DE CRÉDITO**

El principal problema sería caer en el error de creer que al jurista le puede interesar por sí misma una cualidad física de la cosa. Como refiere don Álvaro d’Ors el Derecho Romano debe ser estudiado como un Sistema de Acciones, fundándose toda visión realista del derecho en el momento concreto de la acción, lo que se patentiza también en materia de indivisibilidad.

Ahora bien, la propiedad es un derecho divisible, pero no todos los derechos reales son divisibles, como tampoco lo son todos los derechos personales.

Las relaciones de uso son solidarias (o indivisibles); las de explotación o disfrute, insolidarias (o divisibles). El *usus fructus* supone, por lo tanto, una combinación de los dos tipos antitéticos de relación. Si, por lo que tiene de *usus*, el usufructo debiera ser considerado indivisible, el *fructus* hace que sea divisible. Ahora bien, ¿Cómo se presenta este contraste en la realidad jurídica romana y que utilidad tiene a nuestra tesis?

En cuanto al usufructo se afirma que es un derecho divisible.

Citando a Papiniano<sup>33</sup> el usufructo, incluso desde el comienzo, puede constituirse por parte indivisa o dividida, es decir, sobre la mitad del fundo “X” o sobre tal porción material del fundo “X”. También se divide la obligación de constituir usufructo, cuando muere el deudor, entre las partes hereditarias, y si se debe (el usufructo = sobre un predio en condominio), la restitución (por vía judicial) se hará en proporción a la parte del condueño que actúe de demandado<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> D.7.1.5.

<sup>34</sup> Consecuencias de la posibilidad de una *vindicatio usus fructus pro parte*.

Por el lado de Ulpiano, en Digesto 10.3. *communio dividendo*. 4 se sostiene que: “Se hace la división de las cosas, no, en cambio de la herencia”. La frase aparece algo sobrecargada -al decir de Álvaro d’Ors- por obra de un glosador tardío, pues se habla de cosas corporales, por un lado, y por otro, se introduce la aclaración: “de las cosas tenemos el dominio”. Ambos retoques no parecen clásicos porque la palabra *res*, por sí sola, ya quiere decir “la propiedad de las cosas” y no es necesario decir que se trata de cosas corporales y no de derechos, como es, en cambio, la herencia, ni tampoco explicar que se trata de las cosas en dominio. Entonces solo la propiedad es susceptible de *divisio*, porque sólo ella es susceptible de *communio*. *Actio communi dividundo* es, pues, la acción para dividir la propiedad y *erciscere* refiere a división de derechos o herencia.

Todo esto nos quiere decir que los romanos no admitieron la *actio communi dividundo* para resolver los conflictos entre cusufructuarios. Ahora bien, aunque la jurisprudencia no admitió una división física del usufructo se permitió una *actio communi dividundo* extendida para los conflictos entre cusufructuarios. Las fuentes nos hablan en este caso de un *utile communi dividundo iudicium*, siendo tal acción útil y se daba ya cuando los dos condueños querían liquidar sus cuentas una vez desaparecida la cosa común<sup>35</sup>.

Esta cuestión aplicada estrictamente al usufructo en caso de cusufructuarios sería de fácil resolución, permitiéndose arreglar el reparto de los frutos sin tocar para nada el cusufructo mismo.

El gran Juliano apoyándose en el *iudicium utile* admitido para los cusufructuarios lo hace extensible para resolver los conflictos entre los cotitulares de un derecho tan indivisible como una servidumbre de aguas. Lo interesante de la solución a la imposibilidad de dividir lo que es imposible de dividir físicamente es la posibilidad que se le presenta al juez de adjudicar el uso por entero a una sola parte, pero con la obligación de pagar una merced al otro<sup>36</sup>.

Solución que no arroja luz en un nuevo supuesto que nos trae Ulpiano en D.10.3.7.7 que refiere al caso de la acción entablada para dividir la propiedad común acerca del usufructo, donde el juez permitirá a) que usufructúen por regiones determinadas o b) bien alquilará el usufructo a uno de ellos o a un tercero, a fin de que perciban las rentas sin controversia, o; c) si son cosas muebles, también podrá que ellos convengan y se den recíproca caución de usufructuar por temporadas, esto es, que el usufructo quede alternativamente en poder de cada uno por cierto tiempo. Este último párrafo merece varias apreciaciones, pues vemos

---

<sup>35</sup> Gayo en Dig.10.3.11: “Si después de perdida la cosa común... se quiere entablar esa acción, se da el *iudicium utile* para dividir la *communio*”.

<sup>36</sup> Paulo. D.10.3.10.1; Juliano D.43.20.4

claramente demarcadas tres soluciones distintas que he decidido enumerar y resaltar con negrita.

En la hipótesis a) se permite usufructuar “por regiones determinadas”. Esta solución era físicamente imposible para un jurista romano, porque permitiría, implicaría decir que el usufructo es físicamente divisible, como la misma propiedad sobre un fundo. Y sabemos perfectamente que el criterio romanista establecía la copropiedad indivisa y no material por una razón bastante lógica, ya que no podemos aplicar en el derecho romano el supuesto de que dos personas tengan un derecho de propiedad compartido sobre dos partes de una cosa, o un condominio material con expresión territorial, ya que las partes de la cosa representarían nuevas cosas por sí mismas y no habría un condominio sino un dominio pleno sobre cada una de ellas. Por si no he sido claro con la idea expresada, no podemos concebir un derecho real de condominio de dos personas que tienen  $\frac{1}{2}$  cada una sobre una parte material de una cosa (condominio con expresión territorial) porque al haber dos partes materiales tendríamos dos cosas distintas y separadas por sí mismas. Ahora bien, esto que parece obvio y sencillo, carece de claridad en la nueva realidad jurídica Argentina con la llegada del Código Civil y Comercial de la Nación vigente a partir del 01/08/2015 donde el artículo 1883 al referir al objeto de los derechos reales permite que estos recaigan sobre una cosa, **parte material de una cosa**, un todo indiviso o parte indivisa. Entonces, implica este artículo sostener que ¿Podemos estar en presencia de derechos reales divisibles materialmente en su estructura? Si bien el tema excede la presente tesis, no quería dejarlo pasar por alto aprovechando esta parte del desarrollo ya que considero que tiene relevancia sustancial y estructural cuando hablamos del objeto de los derechos reales. Espero este tópico sea parte de una próxima tesis.

Siguiendo con el punto b) creo que la solución al tema de la divisibilidad o indivisibilidad que venimos planteando nos lleva necesariamente a un verdadero supuesto de usufructo de crédito; es decir, crédito que tiene el usufructuario que no tiene el *usus fructus* de la cosa pero que si tiene un crédito a su favor para percibir la merced producto de la locación a la cual se afecta la cosa para compensar la relación jurídica. Pero esta hipótesis estaría desdoblando la relación de inmediatez del sujeto con la cosa y anexando un componente más a la relación jurídica originaria producto del nacimiento de un nuevo derecho (de crédito) para reforzar o equilibrar ambas posiciones. Esto se da, porque mientras uno de los cusufructuarios estaría ejerciendo el derecho real sobre la cosa, el otro en realidad estaría en la posición de sujeto acreedor de una obligación, cuya prestación consiste en percibir un alquiler de la cosa (si se alquila la cosa a uno de los usufructuarios). Y peor aún, estaríamos frente a un supuesto de cesión (no en sentido técnico) del usufructo cuando se alquila la cosa

a un tercero y los dos cotitulares quedan en la posición de beneficiarios del importe o canon establecido en la locación.

Este supuesto b) no solamente nos trae a la luz un verdadero usufructo de crédito, sino que además nos permite suponer el carácter estrictamente patrimonial de este derecho real, despersonalizándolo, al extremo de permitir su cesión a través de una locación (*locet usufructum*). Solución netamente aplicable a la concepción del usufructo en los Códigos Civiles del mundo que consagran el usufructo de crédito y que además permiten su transmisión. Y si ponemos especial atención a la triangulación que se da en forma similar cuando consideramos el sistema español, vemos por ejemplo que, en el caso del usufructo de crédito de una suma de dinero, aparece el titular del dinero, una segunda persona que va a usufructuar ese capital y una tercera que será quien usufructúe los intereses que pueda generar el capital.

Por último, el supuesto c) consagra la posibilidad de una utilización por tiempo compartido, casi coincidente con los tiempos compartidos del derecho actual con la salvedad que éstos recaen sobre inmuebles, pero la causa fin es la misma. Esta mención de las *res mobiles* sin dudas es una creación post clásica.

Mas allá de cualquier estipulación que se pudiera hacer para resolver el conflicto, una cosa parece bastante clara, y es que la jurisprudencia no admitió nunca una división física del usufructo.

No puede pasar por alto en este análisis que las soluciones propuestas no son soluciones normales, ya que la división del cusufructo o bien del dinero asoma como excepción al espíritu de la institución que tenía una fuerte raigambre familiar, ya que constituía una herramienta de protección de la vida familiar al dotar a la viuda los medios de vida; siendo quizás el uso de los bienes, más importante que el disfrute de una renta. Esto se explica al considerar la valoración que solía hacer el testador que buscaba no solo dejar unos medios de vida estimables en dinero, sino que buscaba dejarle a su viuda, ante todo, la casa en que habían vivido juntos, con todos sus accesorios. Esto justifica además el carácter esencialmente vitalicio y el absurdo que representa la posibilidad de hablar de una división material donde viuda e hijo quisieran partir al medio la casa y vivir o disfrutar de una mitad cada uno. Queda en evidencia el carácter solidario.

Pero estos rasgos genuinos fueron adquiriendo con la jurisprudencia un carácter patrimonial cada vez más marcado, llegando a la posibilidad de la estimación de un valor económico, hecho que fue restándole paulatinamente valor al aspecto solidario (uso) para acentuar cada vez más el *frui*, la explotación de disfrute, donde reside sin dudas el mayor valor pecuniario del usufructo.

Lamentablemente, la patrimonialización racionalizada a que la Jurisprudencia romana sometió el tratamiento del derecho de usufructo pervirtió parcialmente la naturaleza genuina de la institución. La consideración de este fenómeno, incluso con vistas al Derecho Civil moderno, puede quizá contribuir a la corrección, por rectificaciones jurisprudenciales, sobre todo, del curso de la degeneración, revalorizando la función genuina e insustituible del usufructo como institución familiar alimentaria. (Cita de Álvaro d'Ors al tratar el problema de la división del usufructo junto a J. Bonet Correa)

## II.

### **CIVILÍSTICA ARGENTINA. CÓDIGO CIVIL DE VÉLEZ Y NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA VIGENTE A PARTIR DEL MES DE AGOSTO DE 2015**

#### **1. EL OBJETO. APRECIACIONES GENERALES Y COMPARATIVAS ENTRE EL CÓDIGO CIVIL DE VÉLEZ Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA**

El artículo 16 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina no modifica el concepto de bien como género y el de cosa como especie, incorporados por Vélez al anterior Código Civil:

Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 (artículo 15: Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código) pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.

El Código Civil y Comercial clasifica los bienes en materiales (cosas) e inmateriales, adopta el concepto que la doctrina ha llamado amplio. No se incorporó el concepto restringido de bien que gestara la doctrina, que incluye los objetos inmateriales, y que algunos designan como bienes que no son cosas.

Esta distinción de bienes y cosas fue tomada por nuestro codificador del Esbozo de Freitas, el cual se aparta de la clasificación del Derecho Romano de cosas corporales e incorporeales. El derecho de propiedad se consideraba cosa material.

El Código Civil y Comercial establece como requisito de los bienes y cosas, que sean susceptibles de valor económico. Vélez en los artículos 2311<sup>37</sup> y 2312<sup>38</sup>, sólo estableció que debían ser susceptibles de valor. Sin embargo, la doctrina estuvo de acuerdo, que estos artículos se referían al valor económico, porque la fuente fueron los artículos 317 y 318 del Esbozo de Freitas, de donde surgía claramente el requisito, y además, porque en la nota al artículo 2312<sup>39</sup>, el codificador definió el patrimonio diciendo que estaba integrado de derechos reales y personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir como bienes. En este punto se puede observar que de alguna manera se ha superado o complementado la ausencia de precisión conceptual del Código Civil.

El artículo 16 *in fine* dispone que las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre. La ley 17.711 había modificado el artículo 2311<sup>40</sup> del Código Civil, introduciendo un párrafo en el que se regula el régimen aplicable a la energía.

El Código Civil y Comercial ha suprimido la palabra apropiación contenida en el Código Civil, porque la doctrina sostuvo que con respecto a la energía no puede ser empleada con el alcance técnico que surge del artículo 2525<sup>41</sup> Código Civil.

Un sector de la doctrina sostiene que el Código Civil y Comercial podría haber regulado la energía con un régimen propio, basándose en el hecho de que querer aplicar a la

---

<sup>37</sup> “Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación. (Texto según Ley 17.711)”.

<sup>38</sup> “Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio”.

<sup>39</sup> “Freitas pone al artículo 317 de su proyecto de Código, una larga nota demostrando que sólo deben entenderse por cosas los objetos materiales, y que la división en cosas corporales e incorpóreas, atribuyendo a la palabra cosas cuanto puede ser objeto de derechos, aceptada generalmente ha confundido todas las ideas, produciendo una perturbación constante en la inteligencia y aplicación de las leyes civiles.

La palabra cosas, en la flexibilidad indefinida de sus acepciones, comprende en verdad todo lo que existe; no sólo los objetos que pueden ser la propiedad del hombre, sino todo lo que en la naturaleza escapa a esta apropiación exclusiva: el mar, el aire, el sol, etc. Más como objeto de los derechos privados, debemos limitar la extensión de esta palabra lo que puede tener un valor entre los bienes de los particulares. Así, todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes. La cosa es el género, el bien es una especie”.

<sup>40</sup> Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación (Texto según Ley 17.711). Vélez Sarsfield. *Código Civil. Nota al artículo 2311*: “Freitas pone al art. 317 de su proyecto de Código, una larga nota demostrando que sólo deben entenderse por cosas los objetos materiales, y que la división en cosas corporales e incorpóreas, atribuyendo a la palabra cosas cuanto puede ser objeto de derechos, aceptada generalmente, ha confundido todas las ideas, produciendo una perturbación constante en la inteligencia y aplicación de las leyes civiles. La palabra cosas, en la flexibilidad indefinida de sus acepciones, comprende en verdad todo lo que existe; no sólo los objetos que pueden ser la propiedad del hombre, sino todo lo que en la naturaleza escapa a esta apropiación exclusiva: el mar, el aire, el sol, etc. Más como objeto de los derechos privados, debemos limitar la extensión de esta palabra a lo que puede tener un valor entre los bienes de los particulares. Así, todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes. La cosa es el género, el bien es una especie”.

<sup>41</sup> La aprehensión de las cosas muebles sin dueño, o abandonadas por el dueño, hecha por persona capaz de adquirir con el ánimo de apropiárselas, es un título para adquirir el dominio de ellas.

energía las mismas normas jurídicas que a las cosas, inclusive que sirva de objeto a los derechos reales es un error, debido a que aparecerían tantas excepciones y aclaraciones, que la asimilación quedaría desvirtuada. Parece difícil y a veces hasta imposible, sostiene Alterini, compaginar el régimen jurídico de las cosas con la esencia misma de la energía, que impide la relación directa, que por definición implica el derecho real, ni siquiera es concebible relaciones de hecho sobre la energía como la posesión y la tenencia, la energía no puede ser objeto de acciones posesorias o de interdictos o de acciones reales<sup>42</sup>.

Elimina el Código Civil y Comercial la categoría de inmuebles por accesión moral, con respecto a la misma existían discrepancias doctrinarias sobre las cosas que quedaban comprendidas. Llambías sostuvo que comprende las cosas ligadas económicamente al inmueble, por haber sido afectadas a su servicio y explotación, y que son los inmuebles por destino del Derecho Francés. Segovia afirmó que son las cosas muebles destinadas por el dueño del inmueble a formar parte de éste para facilitarle su uso, cultivo o explotación, o para su explotación, utilidad u ornado.

## 2. EL OBJETO DE LOS DERECHOS REALES

En el sistema del Código Civil de Vélez parte de la doctrina se ha expedido diciendo que sólo las cosas son objeto de los derechos reales<sup>43</sup>, y que el usufructo de derechos (artículo 2838<sup>44</sup>)

---

<sup>42</sup> Llambías – Alterini. *Código Civil Anotado*, Tº IV-A:13, en contra de Fernando López de Zavalía. *Derechos Reales*, Tº 1, Editorial Zavalía: 241 ss.

<sup>43</sup> Hay que tener siempre presente el *Nuevo Código Civil y Comercial, Libro Cuarto: Derechos Reales, Título I, Capítulo I: Art. 1883* que dice: “El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa. El objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley”.

<sup>44</sup> El usufructo puede ser establecido sobre toda especie de bienes, muebles o inmuebles, corporales o incorporales, que pueden ser vendidos o donados, y todos lo que pueden ser dejados por disposiciones de última voluntad. Los bienes que no son cosas sólo pueden ser objeto actual de usufructo cuando estuvieren representados por sus respectivos instrumentos. Cuando no estuvieren representados por instrumento, las cosas comprendidas en el crédito o en el derecho, que viniesen a poder del usufructuario, serán su objeto futuro. Nota al artículo: Véase Cód. Francés, art. 581 – de Luisiana, 533. Demolombe, tomo 10, n 261 bis – Mercadé, sobre el art. 581, n 3. Pero este último añade: “Pues que el usufructo puede existir sobre toda clase de bienes, se puede establecer un usufructo sobre otro usufructo. Así podéis concederme el usufructo de un campo que tenéis en usufructo. En este caso, yo recogería en vuestro lugar todos los frutos del terreno, de modo que bajo esta relación el resultado sería el mismo que si me hubieseis vendido o cedido vuestro usufructo. Pero habría esta diferencia, que mi derecho sobre vuestro usufructo, no siendo más que un usufructo, se extingue necesariamente con mi muerte, la cual, si sucediere antes que la vuestra, se os volvería el uso y goce de la cosa hasta que sucediere vuestro fallecimiento, mientras que, si yo hubiera adquirido la propiedad de vuestro usufructo, mis herederos, después de mi muerte, habrían continuado gozando del campo hasta vuestro fallecimiento”. Más a renglón seguido, Mercadé demuestra lo extravagante que sería un usufructo que existiese sobre otro usufructo. Sin embargo, la L. 12, Tít. 31, Part. 3ª., pone el caso de la enajenación de una servidumbre sin la enajenación de la heredad.

y la prenda de créditos (artículos 3209<sup>45</sup> y 3212<sup>46</sup>) no constituyen una excepción, porque el codificador exigió que para que puedan constituirse los derechos y los créditos, éstos deben estar instrumentados (por escrito). Y como en el sistema del Código Civil estos instrumentos eran cosas muebles o inmuebles por su carácter representativo, los mismos constituían la cosa sobre la cual se asentaba el derecho real, es decir su objeto. Otra vertiente de la doctrina, durante la vigencia del Código Civil de Vélez, sostenía que la cosa objeto de los derechos reales no eran las definidas en el artículo 2311, sino las cosas corporales e incorpóreas del derecho romano. Podía sustentarse una excepción al principio sentado en el viejo Código fundando en el artículo 2958 que disponía que “si los frutos provienen del trabajo del propietario o usufructuario, sólo tiene derecho a usar de los frutos, pagados que sean todos los costos para producirlos”, y el artículo 2967, que en su segunda parte decía: “su derecho se limita a exigir de los productos de la cosa lo que sea necesario para sus necesidades personales y las de su familia”. Entonces cabe preguntarse: ¿sobre qué recae su derecho? ¿Sobre el fundo, o sobre la prestación que debe efectuar el usufructuario?

Lafaille, afirmaba –con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código– que la regla de que las cosas son el objeto de los derechos reales no es rigurosa, pero se mantiene casi en su integridad.

No cabe dudas ahora que para el Nuevo Código Civil y Comercial el objeto de un derecho real puede ser un derecho. Examinaré algunas de las disposiciones que regulan el objeto del usufructo a los fines de indagar si es posible que un derecho real se ejerza directamente sobre un derecho, es decir que su titular, logre la obtención de las ventajas del derecho mismo, sin la intervención activa de otra persona.

El artículo 2130 del Código Civil y Comercial reglamenta los bienes que pueden ser objeto del usufructo, el mismo dispone:

---

<sup>45</sup> El objeto dado en prenda fuese un crédito, o acciones industriales o comerciales que no sean negociables por endoso, el contrato, para que la prenda quede constituida, debe ser notificado al deudor del crédito dado en prenda, y entregarse el título al acreedor, o a un tercero, aunque él sea superior a la deuda. Nota al artículo: Troplong, Gage, n° 261 y 278 – Zacharie, 779 y nota 12. El privilegio del acreedor pignoraticio sólo existe en la posesión del crédito. Lo mismo que en materia de cesión de créditos, la notificación al deudor del crédito cedido es la que hace tomar al cesionario posesión de la deuda respecto de terceros, así también el acreedor pignoraticio sólo toma posesión del crédito por la notificación al deudor del derecho de prenda constituido, y le confiere un privilegio que puede oponerse a terceros. Cuando se trata de valores transmisibles por endoso, ellos son válidamente dados en prenda por el simple endoso, sin ser necesario un acto que constituya la prenda, ni la notificación al deudor. En cuanto a los títulos y billetes al portador, que son transmisibles por la simple tradición manual, pueden, de la misma manera ser dados en prenda. La entrega que de ellos se haga, tiene el mismo efecto que el endoso en las obligaciones a la orden. Troplong, n° 287 – Duranton, T° 18, n°527.

<sup>46</sup> No puede darse en prenda el crédito que no conste de un título por escrito. Nota: Zacharie, 779, nota 12 – Troplong, n°278.

El usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa de los siguientes objetos: a) una cosa no fungible; **b) un derecho, sólo en los casos en que la ley lo prevé**; c) una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales; d) el todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario.

Recordemos antes de avanzar que el Código Civil de Vélez reguló el usufructo en el artículo 2807<sup>47</sup> que textualmente decía: “El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere sus sustancias”.

---

<sup>47</sup> Vélez Sarsfield, *Código Civil*. Nota al artículo 2807; *Código de Luisiana*, art. 525; *Código Francés*, art. 578, define el “usufructo”: “*Es el derecho de gozar de las cosas ajenas como el mismo propietario, pero con la carga de conservar la substancia de ellas*”. Lo mismo el de Nápoles, art. 503, holandés, 803. La ley Romana, usufructus est ius alienis rebus utendi, fruendi salva rerum substantia. L. 1, Tít. 1, Lib. 7, Dig. En la L. 20, Tít. 31, Part. 3<sup>a</sup>. Se comienza a tratar del usufructo, pero no se define. Para los jurisconsultos, dice Demolombe, la substancia es el conjunto de las cualidades esenciales constitutivas de los cuerpos, de esas cualidades que hace que las cosas tengan una cierta forma y un cierto nombre: que adquieran bajo esa forma y bajo ese nombre una especie de personificación: que pertenezcan bajo ese nombre y esa forma, a un género determinado que se designa por un substantivo característico, como una casa, un reloj; y que sean, en fin, bajo esa forma y bajo ese nombre, especialmente propias a llenar tal o cual destino, a hacer tal o cual servicio en el orden de las necesidades del hombre. El *salva rerum substantia* de la Ley Romana expresa que el goce y el uso de la cosa no debe traer el consumo inmediato de ella. Conservar la substancia de la cosa es una consecuencia necesaria del principio que separa el derecho de gozar, del derecho de suponer; y también expresa que la duración del usufructo está subordinada a la duración de lo que llamamos substancia de la cosa. Así, a diferencia de la propiedad, el usufructo extinguido con la destrucción de la cosa, no se conserva sobre sus restos. Pero debemos decir que la obligación de no alterar la substancia de la cosa sujeta al usufructo, sólo tiene lugar en el usufructo perfecto.

La definición del artículo determina la naturaleza del derecho de usufructo. Decimos que es un derecho real, porque el usufructo importa la enajenación de parte de la cosa, pues que es una desmembración de la propiedad; y aunque no sea una parte material del fundo, es sin embargo una porción del dominio, desde que el dominio cesa de ser pleno en el propietario, cuando la propiedad está separada del usufructo.

El dominio del fundo sometido al usufructo pertenece bajo diversas relaciones, tanto al usufructuario como al propietario. El usufructuario nada tiene en la propiedad; y por su parte el propietario nada tiene en el goce actual de ella, y no hay, por lo tanto, una comunión en lo material de la cosa, nulla enim communio est. L. 6, Tít. 9, Lib. 27, Dig.

El usufructo es por su naturaleza una propiedad temporaria, porque si fuera perpetua, el derecho de propiedad no existiría. L. 3, Tít. 1, Lib. 7, Dig. Es también por su naturaleza una propiedad puramente personal, incommunicable, que no se puede ceder, e intransmisible por herencia, pues la facultad de usar y gozar de una cosa es esencialmente correlativa a la persona, facultad que se acaba con la persona, así es como en adelante se verá que el usufructo limitado a un tiempo, por ejemplo, de diez años, no se extiende hasta este término si el usufructuario muere antes. La cesión que el usufructuario puede hacer a favor de un tercero sin el consentimiento del propietario no importa sino el ejercicio del derecho, y no el derecho mismo inherente a su individualidad. El cedente será siempre el usufructuario titular, sometido a las mismas obligaciones que pesaban sobre él antes de la cesión.

El usufructo es un derecho real porque pone a la persona en relación directa o inmediata con la cosa, sin el intermedio de un deudor, y debe considerarse como un inmueble particular, civilmente separado de la propiedad. Es propietario de su derecho de usufructo en la cosa, y tiene la posesión material y civil de ese derecho, sin embargo, es un tenedor precario de la cosa. En esto no hay contradicción alguna. Es preciso ver dos cosas muy distintas en un fundo gravado con el usufructo: el usufructo que pertenece al usufructuario, el cual para él llena todas las funciones de un inmueble particular, civilmente separado y distinto del fundo; y la nuda propiedad que queda en mano del propietario. Por medio de esta distinción se llega a conciliar fácilmente innumerables textos del Derecho Romano, que parecen declarar los unos que el usufructuario es un verdadero poseedor, y los otros que no es sino un simple tenedor del fundo. El usufructuario tiene sin duda la posesión corporal y de hecho de la cosa. Ejerce por sí actos de uso y goce, en tanto que este goce se aplica a su propio derecho; no es un tenedor precario; su posesión, al contrario, que la tiene por sí y por derecho propio, tiene el carácter de una verdadera posesión civil.

Más cuando se mira ese goce como aplicado de hecho a la propiedad, que queda en mano del propietario, cuando se le considera en relación con el fundo para determinar sus efectos respecto al derecho de propiedad, su posesión no tiene los caracteres de una verdadera posesión civil, no tiene *animo domini*, sabe y reconoce que la cosa es ajena. El

Ahora bien, el artículo 2130 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina dice que el usufructo se puede constituir sobre cosas infungibles, solo admite la constitución de usufructo sobre cosas fungibles cuando las mismas sean un conjunto de animales, con lo cual se admitiría la constitución de usufructo imperfecto solamente sobre animales.

Parece reprobable la remisión que efectúa el artículo a la ley para que prevea cuando un usufructo puede constituirse sobre un derecho, ya que considero que se debió regular este punto, lo exige una buena técnica legislativa, y esta es una materia que debe estar reglamentada en el ordenamiento civil.

La normativa del nuevo Código Civil y Comercial es muy clara en cuanto regula y consagra “la posibilidad” del usufructo de derechos. La primera referencia la encontramos en el segundo párrafo del artículo 2129 donde inicia la regulación del usufructo en el Capítulo I, del Título VIII del Libro Cuarto y textualmente dice: “Hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba”. Luego es el inciso b) del artículo 2130 el que consagra que el usufructo puede recaer sobre “un derecho, sólo en los casos en que la ley lo prevé”.

Como el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina ha eliminado la clasificación de cosas muebles o inmuebles por su carácter representativo; si la ley autorizara la constitución del usufructo de derechos: ¿Cabe la posibilidad de constituir un derecho real de usufructo sobre un crédito?

El contenido del usufructo sobre derechos se determina sobre la naturaleza del derecho sobre el que recae, el usufructo da derecho a los provechos del derecho gravado, tanto a los frutos (recordar que el Código Civil y Comercial admite que los derechos produzcan frutos civiles) como a las demás ventajas de uso. Así, el usufructuario sobre un arrendamiento tiene derecho a los frutos de la tierra que en virtud del arrendamiento le benefician, el usufructuario de un crédito que obtiene sus intereses (usufructo de crédito), el usufructuario de una acción de una sociedad tiene derecho a los dividendos, al usufructuario de un derecho de renta vitalicia le son debidas las prestaciones periódicas que produce.

En los ejemplos mencionados el usufructuario obtiene los beneficios con la actuación de otras personas, el sujeto pasivo del derecho gravado por el usufructo. En el usufructo de

---

usufructuario pues, desde este punto de vista, lejos de ser un poseedor propiamente dicho, no es más que un tenedor precario que goza de la cosa por el propietario de ella.

Hemos querido decir algo sobre la naturaleza del usufructo que sirva a la resolución de un gran número de cuestiones que serán resueltas en este Título.

En el tomo primero de la grande obra de Proudhon, sobre el usufructo, el capítulo 3, titulado del usufructo comparado, contiene el estudio más importante de las diferencias del usufructo con otros actos jurídicos, con que muchas veces se le equivoca. Sobre lo mismo, Demolombe, tomo 10, desde el número 228.

un crédito es necesario que el deudor le pague los intereses, en la locación tendría derecho al uso que el locador debe asegurar al locatario como una consecuencia, y los frutos que obtendría serían una consecuencia del goce que el locador debe otorgar al locatario. En el usufructo de acciones los dividendos deberían serle pagados por los administradores de la sociedad, y los mismos se producirían por la actuación de la sociedad, que es una persona jurídica, para desarrollar su objeto social. Las prestaciones de la renta vitalicia deberían ser pagadas por el deudor al usufructuario. De ello se deduce que en estos casos el usufructo no es un derecho real sino un derecho personal.

Si el usufructo se constituyera sobre derechos reales implicaría la transmisión de alguna de las facultades que el titular del derecho real gravado tiene sobre la cosa, de ello se advierte, que implicaría la constitución de otro derecho real. Por ejemplo, si el titular de un derecho real de dominio constituye usufructo a favor de otra persona, ésta última tendría una serie de facultades que le son transmitidas por el dueño, conformando un pequeño dominio como afirmamos en la civilística argentina, y parafraseando a mi profesor de derechos reales de la Universidad Católica de Córdoba, Julio Nieto.

Ante lo dicho, no es muy fácil de interpretar y entender en la doctrina nacional argentina que el objeto de un derecho real y específicamente de un derecho real de usufructo pueda ser lisa y llanamente un derecho; no debería ser un derecho en razón de que el titular no obtiene las ventajas que el mismo concede “directamente de un derecho”, sino que es necesaria la actuación o la prestación de otra persona (mediatez), es decir el sujeto pasivo cuando el derecho gravado es personal; y cuando se constituye sobre un derecho real, el nuevo derecho real tiene por objeto la cosa del derecho real gravado, en realidad no se grava un derecho real, lo que ocurre es que se transmiten algunas de las facultades sobre la cosa, que el mismo comprende, constituyéndose así un nuevo derecho real.

Las respuestas y el marco de referencia para comprender esta extensión del objeto en de los derechos reales en el Código Civil y Comercial sin dudas lo podemos encontrar en el tratamiento que la ciencia del derecho romano hizo en la evolución de la institución. Esto nos permite una apertura mental más sólida que lejos está de aquellos que intentan despojar este nuevo ordenamiento jurídico de las bases romanas, sino todo lo contrario, esta tesis pone en evidencia una vez más que el derecho romano nunca permanece ajeno.

Si considero que se ha sepultado definitivamente en la doctrina nacional la discusión y problemática en torno a la figura del cuasi usufructo. Igualmente es un aspecto que, si bien hace al objeto, sus discordancias con el concepto general ya habían sido superadas antes del nuevo Código. El paradigma sobre el cual deberemos trabajar será el objeto, el cual no sólo

ha modificado la concepción tradicional, sino que ha venido a extender (extensión) el objeto de los derechos reales sin haber medido sus amplias y heterogéneas consecuencias.

### III.

## ASPECTOS COMUNES DEL DERECHO COMPARADO

Un repaso por la legislación comparada pone en evidencia un aspecto sumamente importante, que se despega triste e innecesariamente de la etapa de génesis del *usus fructus* en el Derecho Romano.

La patrimonialización de la institución en el tránsito de su evolución fue poniendo cada vez más énfasis en el *fructus* que en el *usus* reforzando la búsqueda de un incremento económico o la obtención de una ganancia. La función social del usufructo se fue degradando con el tiempo alejándose de la idea primigenia de lograr la unidad de a familia evitando la quiebra y disolución de esta base primaria de la sociedad.

Es notorio el sentido originario de *affectio* entre los miembros de la familia que el usufructo buscaba mantener y salvaguardar.

En esto coincido con aquellos juristas que establecen que el sostenimiento del criterio de divisibilidad del usufructo fue permitiendo su cada vez más imponente carácter patrimonial, siendo que la indivisibilidad se acentuaba en el *usus* y por lo tanto en la solidaridad.

Por otro lado, la tendencia general de las distintas codificaciones radica en permitir el y consagrar en forma expresa el usufructo de derecho (además del usufructo sobre una cosa) extendiendo este derecho a un crédito mismo. Entiendo que el usufructo de crédito en el derecho argentino no tiene una consagración expresa pero su viabilidad no presenta reparos; habrá que ver si dicha viabilidad conlleva también un beneficio que no pueda ser obtenido con otras figuras jurídicas.

### IV.

## REFERENCIAS AL DERECHO INTERMEDIO

En cuanto al tratamiento del objeto del usufructo en el derecho intermedio se vislumbra nuevamente como única novedad el análisis del usufructo imperfecto.

La *Glossa* de Accursius (1182-1260) presenta el usufructo de créditos no como una figura autónoma, sino como dependiente del cuasiusufructo. En este sentido Alejandro Guzmán Brito refiere que los glosadores, como ya los juristas romanos, en materia de cuasiusufructo siempre pensaban en uno constituido sobre dinero merced a un legado, de modo que el cuasi-nudo propietario resultaba ser el heredero. Así como el cuasi usufructuario de dinero, por ejemplo, puede exigir al heredero el pago del dinero que se le dejó en usufructo, así también el usufructuario de un crédito de dinero puede exigir no solo los intereses más también el capital al heredero.

Quien además pone al tema de relieve es el posglosador Odofredus, uno de los pioneros que tratará la figura intentando reconducirla hacia otra, como es el caso del mutuo.

Siguiendo los estudios de Alejandro Guzmán Brito es importante el aporte de un poco conocido contemporáneo de Baldus (1327-1400), llamado Franciscus de Albergotus, quien formuló una nueva doctrina, según la cual el usufructuario testamentario de todos los bienes y, por ende, también de los créditos, puede exigir éstos (y sus intereses) por sí mismo de los deudores, porque respecto del crédito debe ser considerado como un *procurato in rem suam*, que es el nombre romano para el que nosotros llamamos cesionario (de un crédito). La idea de ser un *procurator in rem suam* prevalecerá en autores italianos y españoles de la época moderna. Entretanto, apareció una variante a ésta última opinión que restringe la titularidad del usufructuario a los intereses, pero la elimina del capital en la figura del juez francés Franciscus Marcus (siglo XVI)<sup>48</sup>.

La ciencia del derecho seguirá este tratamiento hasta las distintas codificaciones, pero omitiendo hacer una consideración especial, precisa y acabada a la hipótesis de los derechos como objeto del usufructo y más precisamente el usufructo de crédito.

## V.

### CONCLUSIONES

Señalaba Vélez Sarsfield, en su nota al artículo 2502 del Código Civil que “derecho real, es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto”. En contraposición a ese concepto, el codificador precisaba que

<sup>48</sup> Obra citada. *El Usufructo de Créditos*: 63-64.

[es] derecho personal, aquel que sólo crea una relación entre la persona a la cual el derecho pertenece, y otra persona que se obliga hacia ella, por razón de una cosa o de un hecho cualquiera, de modo que en esa relación se encuentran tres elementos, a saber: la persona que es el sujeto activo del derecho (el acreedor), la persona que es el sujeto pasivo (el deudor), y la cosa o el hecho que es el objeto.

El usufructo, como derecho real, reconoce al usufructuario una relación directa e inmediata con la cosa. El Código Civil le ha reconocido las siguientes facultades: a) usar y gozar de la cosa; b) apropiarse de los productos; c) talar montes; d) realizar mejoras en el bien; e) ejercer las acciones que tengan por objeto la realización de los derechos que le corresponden al usufructo; y f) intentar las diversas acciones posesorias que el nudo propietario estaría autorizado a promover.

Es tan vasto el espectro de derechos que se reconocen al usufructuario que, cuando se alude al alcance de su derecho real se dice que éste posee el dominio útil (un pequeño dominio). Por el contrario, el dueño de la cosa, al quedar reducido a la titularidad de un exiguo haz de derechos, se dice que posee la nuda propiedad, o sea el mero título dominial. Recogiendo este concepto el Código Civil de Napoleón, en su artículo 578, lo define como “*el derecho de gozar como el propietario mismo de las cosas de que otro tiene la propiedad, pero conservando la sustancia de ellas*”.

Similar criterio expuso Vélez, quien comentando el -hasta hace poco vigente- artículo 2807 sostendría que “el dominio del fundo sometido al usufructo pertenece bajo diversas relaciones, tanto al usufructuario como al propietario. El usufructuario nada tiene en la propiedad; y por su parte el propietario nada tiene en el goce actual de ella, y no hay, por lo tanto, una comunión en lo material de la cosa”.

Tan extenso como intenso es el derecho del usufructuario, según la visión de Vélez, que en la misma nota éste refiere que si el usufructo no fuera “*una propiedad temporaria... el derecho de propiedad no existiría*”<sup>49</sup>.

La conservación de la sustancia encontró su excepción, cuando se permitió el consumo de la cosa o cuasi usufructo. Ríos de tinta corrieron en torno a si esta alteración no implicaba -acaso- un derecho de distinta naturaleza.

Pero siempre hablábamos de cosa. Algunas codificaciones se limitaban a la cosa como objeto no solo del usufructo sino de los derechos reales. Y cuando se pudo sostener como objeto un derecho se apelaba residualmente a la clasificación de cosa por su carácter re-

---

<sup>49</sup> Marcos Elia. *El Usufructo sobre acciones comerciales*. “Usufructo. Aplicaciones Civiles y Comerciales”. (Buenos Aires: Editorial Heliasta. 2011):290-291.

presentativo, entonces el derecho estaba representado en un continente y contenido que permitía hablar de cosa (por ejemplo, el instrumento donde constaba). Recurso para las codificaciones que no lo permitían expresamente como el caso de Argentina.

En nuestro caso, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina ahora nos agrega la posibilidad del usufructo de derechos, con el reparo de que será sólo en los casos previstos por la ley. Y si hablamos de un derecho (en general) nada impide que pueda haberlo sobre un crédito.

Pero las preguntas que caben ahora son:

¿Reviste utilidad un derecho real de usufructo de crédito?

c) Si propugnamos la afirmativa, ¿En qué casos?

Quiero dejar fuera de este análisis la importancia que pueda revestir -o no- hablar de sistemas jurídicos con derechos reales *numerus clausus* o *apertus*.

Tampoco quiero añorar el pasado y plantear el regreso a la forma originaria de la institución del usufructo, pese a que me gusta propugnar y defender la pureza de una figura jurídica y su inalterabilidad. Pero las conductas cambian y obliga a cambiar el derecho si este es concebido como conducta (iusfilosofía).

Cambios que se ponen de manifiesto desde el propio derecho romano que fue actualizando o ampliando la versatilidad de esta institución.

Partiendo de la base que doy por sentado la posibilidad de constituir un derecho real como tal sobre una cosa o un derecho, digamos entonces sobre un bien (material o inmaterial) con la terminología del Código Civil y Comercial, es viable jurídicamente su institución.

La forma, y demás aspectos instrumentales exceden este trabajo.

Si el usufructo de crédito debe tener consagración expresa por parte del legislador carece de importancia en la medida que el objeto del derecho real no se vea limitado solamente a cosas corporales. Otro aspecto que ya no reviste discusión o por lo menos presenta consenso.

El aporte radica en la importancia que pueda tener un usufructo de crédito. Y es aquí donde creo que se encuentra la reminiscencia al derecho romano y la coyuntura acorde al contexto económico del país de aplicación.

El abordaje al estudio de la Jurisprudencia romana se impone hoy como algo inaplazable, ya que es preciso dar respuesta a la llamada que los grandes romanistas de la anterior generación han hecho a la ciencia romanística del futuro para que orientara en este sentido sus estudios.

Así como en el derecho romano el usufructo ha tenido una función social para resguardar a la viuda, por ejemplo, permitiendo el uso y disfrute de determinados bienes, creo que es viable seguir manteniendo dicho criterio y función social con los créditos que puedan contribuir a la familia. Pongamos por ejemplo el supuesto de una masa de créditos dejada por el padre fallecido que puede generar frutos de valor económico y ser utilizados en forma solidaria por la viuda y los hijos con participación en el producido.

Ahora esta figura tendrá mayor utilidad en países con estabilidad económica y financiera.

Un ejemplo posible puede verse aplicando la analogía con el usufructo sobre cosa, que tan común es en la actualidad. En la función notarial es común escriturar bienes inmuebles que los padres donan a los hijos conservando el usufructo perpetuo, gratuito y vitalicio para asegurarse de alguna manera la vivienda hasta el final de sus días. Con el mismo criterio un padre que posee un importante valor en capital, podría dejarle en usufructo un crédito a sus hijos (por ejemplo en partes iguales) representativo de un capital "X" que se encuentra colocado en una entidad financiera determinada a nombre de los mismos conservando el usufructo sobre los intereses que el capital genera, para asegurarse una cuota o sueldo mensual para subsistencia y demás gastos cotidianos; pudiendo incluso ceder dichos intereses a su vez a una tercera persona como opera en el modelo español, (con ciertas aplicaciones en el sistema portugués e incluso mexicano, como hemos visto al desarrollar el derecho comparado). Este supuesto a diferencia de un derecho personal tendría las garantías y defensas de un derecho real, puede ser susceptible de inscripción (por ejemplo, en una entidad financiera) con oponibilidad *erga omnes* lo que impediría por ejemplo modificar el destino del capital o evitar su producido en caso de embargo por parte de los acreedores del titular del capital. Caso contrario si un padre coloca una suma de dinero en una entidad financiera para sus hijos con la condición de que el producido le sea entregado, nada impide que un embargo del capital por acreedores frustre el destino e impida la percepción de intereses.

Por otro lado, de la misma manera que se puede cancelar un usufructo se puede cancelar dicha afectación del capital y darle un nuevo destino o bien liberarlo de la restricción o carga de tener que imputar los intereses al usufructuario, el cual con la cancelación se verá privado del mismo y los hijos en el ejemplo dado, podrán darle el destino que deseen al dinero.

Como vemos en un país con alto índice de inflación, esta herramienta tiene una utilidad un poco riesgosa, ya que la depreciación de la moneda generaría un perjuicio tal que los

intereses podrían escasamente llegar a servirle al usufructuario con el correr de los días ante la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

En cuanto a la estructura como derecho real mantiene su existencia y valer. Como así también la relación de inmediatez si hacemos hincapié en que el usufructuario no necesita del accionar del titular del capital para valerse de los intereses como se critica al sistema español.

Parafraseando al colega Esc. Rubén Augusto Lamber; no cabe duda que salimos del usufructo tradicional, aferrado a la fría letra de la ley, o de la aplicación acunada en los hechos reiterados, para penetrar en los nuevos alcances de sus perspectivas innovadoras, ya sembradas en forma incipiente en la norma de un legislador visionario como fue Dalmacio Vélez Sarsfield, que lo que no dijo expresamente lo dejó en forma velada para la futura interpretación. Interpretación que debemos seguir realizando hoy con la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Queda claro sin dudas que he buscado salir de lo tradicional, para de pronto postular nuevos mecanismos para la civilística actual, pero con cierta presencia en el Derecho Romano post clásico como se dijo *ut supra*.

Ahora bien, es importante dejar en claro que al referirme al usufructo de crédito lo hago a partir de su autonomía como tal a partir de la posibilidad de permitir consagrar un usufructo de derecho. Y no me refiero al crédito que nace del usufructo imperfecto como refiere gran parte de la doctrina. Aclaro esta cuestión:

Conocido es por nosotros, que la mayoría de la doctrina comparada ha sostenido, y sostiene, que en el usufructo de cosas consumible se produce la pérdida de la propiedad, la extinción del derecho real y el consiguiente nacimiento de un derecho de crédito a favor del que hasta entonces fue propietario del bien para exigir la restitución. Es evidente que aplicando los criterios generales, la desaparición del bien generaría la pérdida de la propiedad por parte del nudo propietario y la extinción, al mismo tiempo, del derecho real en cosa ajena. Pero, si se extingue el derecho real, habría de extinguirse también todos los derechos y obligaciones característicos de tal derecho, entre ellos la obligación de restituir. El consenso en la doctrina se da en el hecho de sostener que en estos casos no hablamos de extinción del derecho real sino más bien de una modificación a pesar del perecimiento de su objeto. Por eso es importante en estos casos tener siempre presente en la legislación comparada el uso del término consumible (Holanda, Austria, por ejemplo) y fungible (Argentina, Chile, etc.); ya que en el caso de cosas fungible, se produce una verdadera modificación dando origen a una sustitución, en cambio si hablamos de cosas consumibles –pero no fungibles- la *res ipsa* se

sustituye por el *premium rei* o valor de la cosa, por lo cual actúa con más intensidad el pacto que las partes hayan podido establecer.

Lo antes dicho corresponde siempre a una problemática del *cuasi* usufructo dentro de un objeto del derecho real que recaiga siempre sobre una cosa. Aspecto que dista de la cuestión tratada en esta tesis, donde el crédito como objeto del usufructo parte de la base de un cambio en el objeto del derecho real donde ya no estemos en presencia de una cosa sino de un derecho.

En cuanto al crédito en particular, cualquier clase puede ser objeto de tal derecho. La limitación sería ostensiblemente práctica: un usufructo sobre créditos infértiles o no fructíferos carecería de interés (en el doble sentido de la palabra, jurídico y monetario).

Puede recaer sin duda, sobre un crédito bajo condición suspensiva, supeditado lógicamente a que el crédito llegue a existir, caso contrario la constitución no produce efectos. Como vemos, aquí aplicamos una concepción uniforme del ordenamiento jurídico donde nos posicionamos para considerar la procedencia de un usufructo de créditos, donde entre otras cosas (o mejor dicho derechos) no podrá versar sobre un ilícito, un imposible, etc.

No cabe duda que el mayor problema de todos lo ofrece la construcción teórica de a figura, el resto es de fácil elaboración y justificación. Aquel autor moderno ya citado (Francesco Ferrara) centró la problemática a la construcción teórica referida.

Intentando aportar una idea que permita de alguna manera dar un marco de cierre a la cuestión, en coincidencia con Alejandro Guzmán Brito creo definitivamente que la respuesta se centra en esta idea:

el derecho a los intereses cedido da su contenido al usufructo de créditos, pero ese es, en sí mismo, un derecho real, porque está protegido por una *actio in rem*, para cuya expedición el demandante solo tiene que probar que el usufructo del crédito le pertenece, sin necesidad de demostrar la existencia de algún deudor respectivo. Esta acción se dirige, pues, contra una persona pre-determinada (ni, por ende, contra el deudor), sino contra cualquiera que posea (cuasi-posea) el crédito.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Alejandro Guzmán Brito, “El usufructo de créditos”, en *Estudios de Derecho Civil X* (Valparaíso: Thompson & Reuters, 2014), 61-88

---

## BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Suárez, Ursicino, *Instituciones de Derecho Romano. Tomo I. Introducción histórica. Conceptos fundamentales. Hechos y negocios jurídicos*. Madrid: Editorial UNED. 1973.
- Álvarez Suárez, Ursicino, *Instituciones de Derecho Romano. Tomo II. Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial UNED. 1973.
- Antoni, Manuel, Marcos Casquero y Avelino Domínguez García, *Aulo Gelio. Noches Áticas. Introducción, Traducción, Notas e Índices*. Universidad de León: Ediciones Griegas y Latinas. 2006. ISBN: 84-9773-256-1
- Arangio Ruiz, Vincenzo, *Historia del Derecho Romano. Tr. F. de Pelsmacker e Ibañez*. Madrid: Editorial Reus. 1943.
- Berdejo Lacruz, José, *Elementos de Derecho Civil, III. Volumen 2*. Madrid: Ed. Dykinson, 1991.
- Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil. Burgerliches Gesetzbuch. Con la traducción del Albert Lamarca Marqués. Profesor Titular de Derecho Civil de la Universitat Pompeu Fabra. Barcelona, Madrid. Buenos Aires: Editorial Marcial Pons, 2013. ISBN: 978-84-15948-58-2.
- Código Civil de la República Argentina. Coordinado por Sandro Schipani con la colaboración de Sabrina Lanni. Con la traducción de Ildefonso García del Corral de las Fuentes Romanas citadas por Dalmacio Vélez Sársfield en las notas. Buenos Aires, Argentina: Editorial Rubinzal – Culzoni Editores. 2007.
- Código Civil Federal, México: Editorial Sista, 2004.
- D’Ors, Alvaro, *Derecho Privado Romano*. Séptima Edición. Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra. 1989.
- de Ibarrola, Antonio, *Cosas y sucesiones*, 3ª. Edición. México: Editorial Porrúa. 1972.
- De Reina Tartiere, Gabriel, *Sistema de Derechos Reales. Derechos Reales de Goce*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc. 2006.
- De Zuleta, Enrique, *La ciencia del Derecho en el legado de Roma*. Madrid: 1944.
- Di Pietro, Alfredo G., *Institutas de Gayo. Texto Traducido, Notas e Introducción*. Quinta Edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo – Perrot. 1997. ISBN: 950-20-0986-X.
- Di Pietro, Alfredo G., *Los cuatro logros del genio jurídico romano en la obra de Álvaro D’Ors*. Editorial UFLO. (2014): 224 y 225

- Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Civitas. 1995.
- Fragmenta Vaticana*, en Krueger-Mommsen-Studemund, *Collectio librorum iuris anteiustiniani*, III, Berlín Weidmannos, 1980, pp. 3 y ss.
- Gadamer, Hans-Georg, *Wahrheit und Methode*. 1975. Existe versión castellana: Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito). *Verdad y Método 1. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Quinta Edición. Salamanca: Ediciones Sigüeme. 1993.
- García Garrido, Manuel Jesús, *Casuismo y Jurisprudencia Romana. Casos famosos del Digesto*. Madrid. Editorial de la UNED. 1971
- García Garrido, Manuel Jesús, *Derecho privado romano. Casos, acciones e instituciones*. Madrid: Editorial UNED. 1973. ISBN 84-600-5.603-1.
- Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*. Buenos Aires: Editorial Depalma. 1973.
- Gutiérrez y González, Ernesto. *El patrimonio pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, 6ª. edición, Mexico: Editorial Porrúa. 1999.
- Guzmán Brito, Alejandro, “El Usufructo de Créditos”. *Estudios de Derecho Civil X*. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso, Editorial Thomson Reuters. 2014.
- Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho Privado Romano. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile.
- Guzmán Brito, Alejandro, *Historia de la Interpretación de las Normas en el Derecho Romano*. Santiago de Chile: Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereira. 2000.
- Instituciones de Justiniano*. Edición Bilingüe. Editorial Heliasta. ISBN 950-885-066-3
- Javoleno, 13 *epistularum* (Paling. 135 = D. 19.5.10)
- Kaser, Max, *Das Romische Privatrecht. Segunda Edición*. Munchen: Beck. 1971.
- Krueger, Paulus (editor), *Iustiniani Institutiones*, en *Corpus Iuris Civilis*, I, Dublin-Zurich: Weidmannos, 1973
- La Pira, Giorgio, *La genesi del sistema nella Giurisprudenza romana. L'arte sistematrice*, en BIDR, 42. 1942.
- Lafaille, Héctor, *Derecho Civil. Tomo IV. Tratado de los Derechos Reales. Vol. II*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores SRL. 1994.
- Lamber, Rubén A., *Usufructo. Aplicaciones Civiles y Comerciales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L. 2011.

- Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio*. Tomo II. Cotejadas con varios Códices Antiguos por la Real Academia de la Historia y glosadas por el Lic. Gregorio López del Consejo Real de Indias de S.M. Nueva Edición precedida del elogio del Rey Don Alfonso por D. J. de Vargas y Ponce y enriquecida con su testamento político. Paris. Librería de Rosa y Bouret. 1861.
- Lenel, Otto, *Palingenesia iuris civilis. Iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora*, 2 vols., Leipzig: 1889 (Reimpr. Inalterada, con un supplementum ad fidem papyrorum, SIERL, Graz, 1960).
- Mackeldey, Ferdinand, *Elementos del derecho romano, que contienen la teoría de la Instituta / precedida de una introducción al estudio del mismo derecho*, Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1844. Link para versión digitalizada: [https://books.google.com.ar/books?id=wu4S\\_Ic0cskC&pg=PA189&lpg=PA189&dq=usufructo+de+credito+en+el+derecho+romano&source=bl&ots=4mODAD03iD&sig=r\\_rTo3IXT0nIAcRBZrLtFIycz-4o&hl=es-419&sa=X&ei=EECRVa6hGMHGogTJ6IH0Cg&ved=0CBsQ6AEwADgK#v=onepage&q=usufructo%20de%20credito%20en%20el%20derecho%20romano&f=false](https://books.google.com.ar/books?id=wu4S_Ic0cskC&pg=PA189&lpg=PA189&dq=usufructo+de+credito+en+el+derecho+romano&source=bl&ots=4mODAD03iD&sig=r_rTo3IXT0nIAcRBZrLtFIycz-4o&hl=es-419&sa=X&ei=EECRVa6hGMHGogTJ6IH0Cg&ved=0CBsQ6AEwADgK#v=onepage&q=usufructo%20de%20credito%20en%20el%20derecho%20romano&f=false)
- Mainz, C. *Curso de Derecho Romano. Antonio J. Pou y Ordinas, traductor*. Barcelona: Molima. 1892.
- Mommsen, Theodorus (editor), Paulus Krueger (revisor), *Iustiniani Digesta*, en *Corpus Iuris Civilis, I*, Dublin-Zurich: Weidmannos, 1973.
- Montemayor, Martha, *Fragments Vaticanos*. UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.
- Quinta Jornada sobre orígenes romanísticos de los principios generales del derecho. Universidad de Flores. 2014.
- Riccobono, Salvatore, *Lineamenti della Storia delle Fonti e del Diritto romano*. Milán: Giuffrè, 1949).
- Salvat, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*. Tomo III. Buenos Aires: TEA. 1964.
- Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*. Oxford: Clarendon Press, 1953.
- Talamanca, Mario, “Il riordinamento augusteo del processo privato. Max Kaser zum Gedächtnis”, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale*. Nápoles: F. Milazzo Ed., 1999.

Valiño, Emilio, *Instituciones del Derecho Privado Romano*. Valencia, España: Facultad de Derecho de Valencia. 1988.

Zimmermann, Reinhard, “Max Kaser und das moderne Privatrecht». *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*. Band 115. Jahrgang, 1998.

### **Web site de legislación y de subsidios:**

<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/2T6.htm> (Código Civil Español)

<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/2T6bis.htm> (Código Civil Español)

<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rechilde23&div=6&id=&page=>

<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html> (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina. Códigos del Mundo).

[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/) (Código Civil Alemán)

<http://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497688192.pdf>

[http://www.paginaschile.cl/biblioteca\\_juridica/codigo\\_civil/libro\\_segundo\\_los\\_bienes.htm](http://www.paginaschile.cl/biblioteca_juridica/codigo_civil/libro_segundo_los_bienes.htm) (Código Civil de Chile)

[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532014000200013&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532014000200013&script=sci_arttext)

<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest19.shtml>

<https://scholar.google.com.ar>



# INVESTIGACIÓN

---



# La tenencia de mascotas en edificios de propiedad horizontal y su prohibición por reglamento de copropiedad

Pets in buildings of horizontal property and their prohibition  
by coownership regulation

*Agustín Fascioli Mochetti*<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Universidad Católica del Uruguay.

afasciolimochetti@gmail.com

<https://doi.org/10.22235/rd.v0i17.1575>

**RESUMEN:** El objeto del presente texto es analizar la legalidad de las cláusulas de reglamentos de copropiedad que prohíben la tenencia de animales domésticos. El estudio se realiza a la luz de lo dispuesto por los distintos instrumentos jurídicos que reconocen y consagran el derecho de propiedad, así como de la Ley 18.471 y su Decreto Reglamentario 204/017, referentes a la protección, bienestar y tenencia responsable de animales. Se estudiarán las diversas situaciones que pueden ser objeto de diferendos en los edificios de propiedad horizontal, y se analizará el derecho aplicable al caso concreto.

**PALABRAS CLAVE:** propiedad horizontal, mascotas, derecho de propiedad, reglamento de copropiedad.

---

Recibido: 30/01/18. Evaluado: 20/02/18. Aceptado: 23/03/18.

**ABSTRACT:** The purpose of this text is to analyse the legality of the clauses of the Coownership regulations prohibiting the holding of domestic animals. The study is carried out in the light of the provisions of the different legal instruments that recognise and consecrate the right of property, as well as of the law 18,471 and its Regulatory decree 204/017, concerning the protection, welfare and responsible holding of animals. The various situations that may be the subject of disputes in the buildings of horizontal ownership will be studied, and the law applicable to the specific case will be analyzed.

**KEY-WORDS:** horizontal property, pets, property right, coproperty regulations.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Animales de compañía; a) Definición de mascota; su condición frente al Derecho; b) Protección de las mascotas; normas de responsabilidad social. III. El derecho de propiedad. a) Concepto y límites; b) Limitación al derecho de propiedad por disposiciones del reglamento de copropiedad; c) Tenencia irresponsable de animales que causen perjuicios a copropietarios. IV. Conclusiones. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

Las múltiples consultas que administradores de edificios y copropietarios realizan sobre el tema, así como la inexistencia de legislación específica, han hecho ver la conveniencia de un texto breve que aporte respuesta. Se trata entonces de analizar la legalidad de las cláusulas de los reglamentos de copropiedad que prohíben la tenencia de mascotas o animales de compañía en los edificios de propiedad horizontal, a la luz de la regulación legal del derecho de propiedad y las disposiciones de la Ley 18.471 de protección animal y su decreto reglamentario.

La hipótesis de trabajo es que la prohibición de mascotas o animales de compañía se debe a la inexistencia de normativa específica que lo regule.

Para responder a la pregunta sobre la licitud de estas prohibiciones, se analizará la normativa vigente en la materia, teniendo en cuenta las posiciones doctrinarias y la existencia de antecedentes jurisprudenciales. Se consultará a los autores más reconocidos sobre los tópicos analizados, y la eventual existencia de disputas judiciales por prohibición de tenencia de mascotas.

## II.

### ANIMALES DE COMPAÑÍA

#### A) DEFINICIÓN DE MASCOTA; SU CONDICIÓN FRENTE AL DERECHO

El artículo 8 de la Ley 18.471<sup>1</sup> define a los animales de compañía como aquellos que sean mantenidos sin intención lucrativa y que por sus características y su comportamiento puedan convivir normalmente con el hombre, en un ambiente doméstico, recibiendo la debida atención, protección, alimentos y cuidados, ejerciendo de esta forma una tenencia responsable. Ante esto, es importante determinar qué se entiende por ejercicio de tenencia responsable, y al respecto la ley ha señalado que se desarrolla en aquellas situaciones en las cuales el tenedor del animal lo mantenga en condiciones físicas y sanitarias adecuadas, le proporcione alimentos, alojamiento y abrigo cuando sea necesario, y cumpla con las normas reguladoras del paseo y manejo de los animales. Asimismo, es necesario que el tenedor del animal cumpla con las normas de responsabilidad social vigentes.

Conforme a lo dispuesto por el Decreto 204/017<sup>2</sup>, los animales no son sujetos de derecho, sino que se considera que son bienes de propiedad privada<sup>3</sup>, pero por su carácter de seres vivos se someten a un régimen jurídico especial, determinado por la ley de protección animal y su decreto reglamentario.

En efecto, deben gozar de ciertos bienes o libertades reconocidos también por la Organización Mundial de Sanidad Animal<sup>4</sup>, y, conforme a nuestro derecho, todo tenedor de animales deberá respetar:

1. Libre de hambre, sed y desnutrición: el tenedor del animal deberá asegurarle a su mascota un acceso fácil y permanente a agua fresca y alimentos.
2. Libre de incomodidades físicas o térmicas: el animal deberá estar rodeado de un ambiente adecuado, en el cual tenga una comfortable área de reposo.

<sup>1</sup> Ley 18.471 de fecha 21 de abril de 2009. Artículo 8: “Será considerado como animal de compañía todo aquel animal que sea mantenido sin intención lucrativa y que por sus características evolutivas y de comportamiento pueda convivir con el ser humano en un ambiente doméstico, recibiendo de su tenedor atención, protección, alimento y cuidados sanitarios.”

<sup>2</sup> Decreto Reglamentario de la Ley 18.471. Artículo 11: “No siendo los animales sujetos de derecho, los mismos serán considerados como bienes de propiedad privada sujetos a una normativa especial...”

<sup>3</sup> Ana Rita Colombo, integrante de la Comisión de Bienestar Animal señala que la COTRYBA (Comisión de Tenencia Responsable y Bienestar Animal) se basa en un informe del departamento jurídico del Ministerio de Educación y Cultura para afirmar que los animales son objetos de propiedad. <https://www.elpais.com.uy/informacion/polemica-tenencia-mascotas-edificios.html> consultado el día 15 de febrero de 2018.

<sup>4</sup> <http://www.oie.int/es/bienestar-animal/el-bienestar-animal-de-un-vistazo/>. Acceso el día 09 de febrero de 2018.

3. Libre de dolor, lesiones y enfermedades: se deberá realizar la prevención y el tratamiento adecuado de patologías.
4. Libre de expresar su conducta normal: se le otorgará espacio suficiente para poder expresar las pautas propias de su comportamiento.
5. Libre de miedo y angustia: se asegurará un entorno afectivo y no agresivo.

## **B) PROTECCIÓN DE LAS MASCOTAS; NORMAS DE RESPONSABILIDAD SOCIAL**

El derecho positivo vigente en materia de protección y tenencia de animales dispone que aquellos tenedores de animales de compañía deberán cumplir necesariamente con normas de responsabilidad social, de entre las cuales se destacan las siguientes<sup>5</sup>:

1. Inscribirlo en el Registro Nacional de Animales de Compañía,
2. Impedir que el comportamiento del animal pueda molestar o causar daño a las personas, a los bienes de terceros o a otros animales, asumiendo total responsabilidad en caso de que suceda.
3. Velar por que la presencia del animal no signifique un perjuicio o deterioro del medio ambiente.
4. Mantener al animal sujeto con correa cuando circule en la vía pública, y no dejarlo suelto en lugares de libre acceso al público.
5. Impedir el acceso a la vía pública desde el lugar donde habitualmente resida el animal.
6. Todo tenedor de un animal de compañía será responsable absoluto por cualquier mordedura, lesión o daño que el animal provoque a personas, a otros animales o a bienes de terceros.
7. Por último, se debe impedir que el animal implique una molestia o perjuicio para los vecinos, razón por la cual deberá:
  - a) Impedir ruidos molestos,
  - b) Recoger las heces con periodicidad,
  - c) Evitar los malos olores por medio del lavado y desinfección diaria de los lugares donde ellos se encuentren.

Estas normas prevén sanciones para el caso de por infracciones que afecten la protección y el bienestar animal, y las tipifica como: “toda acción u omisión contraria a las normas

---

<sup>5</sup> Ver artículo 14 del Decreto 204/017

de tenencia responsable o de bienestar animal previstas en la ley N° 18.471, modificativas y concordantes”<sup>6</sup> y sus decretos reglamentarios.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 29 del Decreto Reglamentario, dependiendo del tipo de norma vulnerada las infracciones se clasificarán en:

- a. de bienestar animal
- b. de tenencia responsable
- c. administrativas

Para que proceda la aplicación de una sanción es necesario que previamente se formule una denuncia frente a la Comisión de Tenencia Responsable y Bienestar Animal (COTRyBA). Una vez que intervenga la Comisión, analice el caso y considere que existe una infracción, podrá proceder a la aplicación de una sanción. Valorando la gravedad de las conductas acaecidas, las infracciones cometidas y las normas violadas, las sanciones establecidas por la ley en su artículo 22 comienzan en el apercibimiento; luego se aplican multas económicas (de 1 a 500 unidades reajustables); confiscación de animales; cancelación o suspensión de autorizaciones, permisos o habilitaciones; hasta llegar a la prohibición temporal o definitiva de tenencia de animales.

### III.

## EL DERECHO DE PROPIEDAD

### A) CONCEPTO Y LÍMITES

El derecho de propiedad ha sido definido como “aquel derecho por medio del cual un sujeto puede ser propietario de bienes, y de ese derecho, a poder ser propietario, se deriva el de usar los bienes de que uno es propietario, de gozar del mismo y de disponer libremente de ellos”<sup>7</sup> Asimismo Martín Risso Ferrand se refiere al derecho de propiedad diciendo que “el derecho reconocido de propiedad implica que cada habitante de la República, y por ese solo hecho, tiene el derecho subjetivo perfecto a ser propietario, o con mayor precisión a

<sup>6</sup> Decreto 204/017. Artículo 28

<sup>7</sup> Fernando López Quijano, “La propiedad y sus limitaciones en el derecho uruguayo”: 3. <http://www.lopez-quijsano.com/LA%20PROPIEDAD%20Y%20SUS%20LIMITACIONES%20EN%20EL%20DERECHO%20URUGUAYO.pdf>. Acceso el día 02 de febrero de 2018.

poder ser propietario. Así el derecho reconocido aparece como una aptitud ilimitable de cada sujeto”<sup>8</sup>

El derecho de propiedad ha sido consagrado tanto en nuestro sistema jurídico interno como a nivel internacional, con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>9</sup> Los instrumentos de Derecho Internacional más relevantes que reconocen y consagran el derecho de propiedad son la Declaración Universal de Derechos Humanos de fecha 10 de diciembre de 1948, que en su artículo 17 dispone: “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”. Por otra parte, a nivel regional la Convención Americana de Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José de Costa Rica) establece en su artículo 21 “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas previstas por la ley...”

En el derecho material interno, el derecho de propiedad se encuentra reconocido como preexistente<sup>10</sup> en el artículo 7 de la Constitución, que enuncia “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”. Risso Ferrand sostiene que “de la lectura de esta disposición se advierte con relativa facilidad la existencia de dos tipos o categorías de derechos. Por un lado, el derecho a la vida, el derecho al honor, etc. Y por otra parte el derecho a ser protegido en el goce del honor, etc.”<sup>11</sup>Lo que afirma Risso Ferrand es que por una parte se reconoce el derecho preexistente a la vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad, mientras que por otra parte se consagra y establece en el texto constitucional el derecho a ser protegido en el *gocce* de los derechos mencionados en el inciso primero de la norma. La distinción entre derechos preexistentes y derechos consagrados del artículo 7, indudablemente nos conduce a la interrogante de ¿cuáles son los derechos que pueden ser limitados con arreglo a las disposiciones de la Constitución? El mismo autor sostiene que

<sup>8</sup> Martín Risso Ferrand, *Derecho constitucional. Tomo I.* (Montevideo: FCU. 2005), 437.

<sup>9</sup> “Esta rama del Derecho, al principio dentro del Derecho Internacional Público, rápidamente fue perfilando sus propios matices y definiendo sus propias pautas y principios interpretativos, lo que condujo a la separación del Derecho Internacional Público transformándose en una rama autónoma” Martín Risso Ferrand, *¿Qué es la Constitución?* (Montevideo: Universidad Católica del Uruguay. 2011), 58.

<sup>10</sup> De acuerdo con la concepción jusnaturalista de nuestra Carta, Justino Jiménez de Aréchaga sostuvo que no se pretende crear los derechos enunciados en el artículo 7, sino proclamar su existencia y garantías, concibiendo su existencia previa a la elaboración del texto constitucional. Justino Jimenez de Arechaga, *“La Constitución Nacional”* Edición Camara de Senadores, tomo I, (Montevideo, 1992). 210.

<sup>11</sup> Martín Risso Ferrand. *Derecho constitucional.* Tomo I. (Montevideo, FCU. 2da. Edición. 2006.), 464.

la interpretación de la doctrina mayoritaria con respecto a la segunda oración del artículo 7 refiere únicamente a los derechos consagrados, ya que, a su entender, los derechos preexistentes no pueden ser objeto de privación o limitación alguna<sup>12</sup> debido a que los ordenamientos jurídicos no los crean, sino que los reconocen como anteriores a su vigencia. Luego, se presenta una nueva incógnita, acerca de cómo deben ser interpretadas las limitaciones en el goce de los derechos fundamentales. Interpretar significa desentrañar el verdadero sentido o significado de una norma. La Real Academia Española señala que este término, proveniente del latín *interpretari*, significa “determinar el significado y alcance de las normas jurídicas”<sup>13</sup> La doctrina constitucionalista, y en mayor grado Risso Ferrand, señala que para interpretar el ordenamiento jurídico de forma correcta debe hacerse “desde la Constitución”, teniendo en cuenta todas las disposiciones, valores y principios constitucionales. Para la interpretación de los derechos fundamentales es necesario que se encuentren delimitados en cuanto a su concepto y alcance, y en caso de diversas interpretaciones posibles deberá preferirse aquella que otorgue mayor amplitud o efectividad al derecho humano en juego.<sup>14</sup> Teniendo en cuenta que ante varias interpretaciones posibles debe tomarse en cuenta aquella que permita mayor plenitud al derecho en juego, y utilizando un método de razonabilidad contradictorio, puede afirmarse que en caso de que existan limitaciones a un derecho fundamental deberán ser interpretadas de forma estricta o restrictiva, reducida a menores límites o a su mínima expresión.<sup>15</sup>

## **B) LIMITACIÓN AL DERECHO DE PROPIEDAD POR DISPOSICIONES DEL REGLAMENTO DE COPROPIEDAD**

El reglamento de copropiedad ha sido definido como “el cuerpo normativo que regula las relaciones entre los copropietarios del edificio sometido al régimen de propiedad horizontal”<sup>16</sup> A partir de esta definición puede sostenerse que el reglamento de copropiedad es entendido como la ley que va a regir la vida en común en el condominio, y que tiene como destino establecer la distribución de los bienes, el ejercicio de los derechos y las obligaciones contraídas por los copropietarios. En efecto, la doctrina especialista en la materia ha señalado que en virtud de que el reglamento de copropiedad es el cuerpo normativo específico que regirá en cada edificio de propiedad horizontal, podrían establecerse en él todas aquellas

<sup>12</sup> Risso Ferrand. *Derecho constitucional ...*, 477

<sup>13</sup> [dle.rae.es/?id=LwUON38](http://dle.rae.es/?id=LwUON38) consultado el día 10 de febrero de 2018.

<sup>14</sup> Risso Ferrand. *Derecho constitucional...*, 281-282

<sup>15</sup> <http://dle.rae.es/?id=WEmQsSB> consultada el día 10 de febrero de 2018

<sup>16</sup> Julio Ramos Olivera, *Manual práctico de propiedad horizontal*. 7ma edición (Montevideo, FCU, 2012), 27

cláusulas que se consideren adecuadas para la regulación de la vida en común. Sin embargo, es menester destacar que esta potestad no es absoluta, debido a que existen ciertas materias que el reglamento de copropiedad no puede modificar, tales como las normas de orden público, los derechos constitucionales y las normas específicas de propiedad horizontal.

Ante esto, surge la interrogante acerca de si por reglamento de copropiedad puede prohibirse la tenencia de mascotas o animales de compañía en los edificios de propiedad horizontal. Como se dijo anteriormente, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, las mascotas y animales de compañía son considerados objetos de propiedad privada, y por lo tanto están sometidos a la protección de normas especiales y de aquellas reguladoras del derecho de propiedad. Como consecuencia, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución, tales derechos solamente pueden ser limitados por una ley dictada por razones de interés general.<sup>17</sup>

Por lo tanto, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales solamente pueden ser limitados por una ley dictada por razones de interés general, y considerando que el reglamento de copropiedad no tiene rango legal ni cumple con el procedimiento utilizado para la creación de la ley (no es dictado por el órgano competente ni cumple ningún proceso constitucional), puede concluirse que la tenencia de mascotas o animales de compañía en edificios de propiedad horizontal no puede ser prohibida por reglamento de copropiedad. Si así se hiciera podría reclamarse su inconstitucionalidad en la vía judicial, y tampoco podrán aplicarse multas y/o sanciones a aquellos tenedores de animales que ejerzan la tenencia de manera responsable.

Sería de relevancia la mención de antecedentes jurisprudenciales en este punto, pero no se incluyen por ser inexistentes a la fecha.

### **C) TENENCIA IRRESPONSABLE DE ANIMALES QUE CAUSE PERJUICIOS A COPROPIETARIOS**

Ante el ejercicio irresponsable de la tenencia de mascotas o animales de compañía cualquier persona puede formular una denuncia ante la COTRYBA, en un formulario como el que se muestra más adelante, para que la institución asuma su función como organismo de contralor del bienestar animal y analice el caso concreto, para luego determinar si existe infracción a alguna norma, y eventualmente aplicar sanciones.

---

<sup>17</sup> A esto se le llama principio de reserva legal. Solamente la ley en sentido orgánico-formal (dictada por el órgano competente y cumpliendo con los procedimientos constitucionales) es apta para la limitación o privación en el goce de los derechos fundamentales. Sostiene Risso Ferrand que aparece como una garantía básica de los derechos humanos.

Además, por tratarse de edificios de apartamentos, en los cuales las personas tienen vecinos con los que comparten espacios comunes, puede ocurrir que las mascotas o animales causen perjuicios a terceros, ocasionando molestias o incluso daños físicos y/o materiales. Ante esto, independientemente de las reclamaciones civiles y/o penales que pueda efectuar la víctima por los daños sufridos, en atención a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 10.751 de Propiedad Horizontal<sup>18</sup>, se podrá denunciar la situación frente a la asamblea y solicitar la aplicación de una multa, ya sea que se encuentre prevista en la ley o en el Reglamento de Copropiedad.

#### IV.

---

### CONCLUSIONES

Partiendo de la hipótesis enunciada, según la cual en gran parte de los edificios de propiedad horizontal se prohíbe la tenencia de mascotas o animales de compañía en virtud de la inexistencia de normativa al respecto se ha llegado a la conclusión de que existe en nuestro derecho positivo normativa vigente respecto a la tenencia y cuidado de los animales, que se encarga de regular las conductas humanas para con los animales y respecto de terceras personas, estableciendo un régimen de responsabilidad social y la posibilidad de imponer sanciones si se incumplieren las normas.

Asimismo, se analizó la legitimidad de las cláusulas de los reglamentos de copropiedad que prohíben la tenencia de animales en edificios de propiedad horizontal, frente a las cuales se encuentran dos posturas: por un lado la del Dr. Julio Ramos Olivera (previa al decreto 204/017), quien se manifestó a favor de la inclusión de la cláusula y apoya su legitimidad en virtud de la inexistencia de normativa al respecto<sup>19</sup>; y la otra postura, sostenida por la Sra. Ana Rita Colombo, integrante de la COTRyBA, quien se manifiesta en contra de dichas cláusulas, en virtud de que considera que son violatorias del derecho de propiedad, regulado constitucionalmente. La Dra. Bettina Molina se ha pronunciado en la misma línea de la Sra. Colombo, manifestando que debido a que los animales son considerados objetos de propiedad, su prohibición por reglamento de copropiedad violaría las disposiciones constitucio-

---

<sup>18</sup> Artículo 10: “El Juez, a petición del administrador o de cualquier propietario, podrá aplicar a quien infrinja lo dispuesto en el artículo anterior multa que fijará entre 0.5% (cero cinco por ciento) y el 20% (veinte por ciento) del valor del departamento determinado por la Dirección General del Catastro Nacional o quien haga sus veces...”

<sup>19</sup> No se ha encontrado opinión del autor que sea posterior al Decreto 204/017.

nales.<sup>20</sup> Luego, el Dr. Alejandro Rey Jiménez de Aréchaga, en entrevista radial sostuvo que “puede sostenerse que los reglamentos no tienen validez alguna para establecer la prohibición de la tenencia de mascotas en un edificio, ya que se estaría limitando el derecho de propiedad de los propietarios y/o inquilinos sobre sus mascotas, y esto solo puede hacerse por ley.”<sup>21</sup>

En definitiva, si bien no se desconoce la posibilidad de regular la convivencia respecto de las mascotas mediante el Reglamento de Copropiedad, la prohibición de tenencia de mascotas y animales de compañía debería considerarse inconstitucional, y por lo tanto, si un copropietario alegase un interés directo, personas y legítimo, podría impugnar la cláusula prohibitiva ante la justicia competente.

---

Para citar este artículo: Fascioli, Agustín, “La tenencia de mascotas en edificios de propiedad horizontal y su prohibición por reglamento de copropiedad”, <https://doi.org/10.22235/rd.v0i17.1575> *Revista de Derecho*, N° 17 (jul. 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193: 153-164.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- Blengio Valdés, Mariana. *Código de Derechos Humanos*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010.
- Diccionario de la Real Academia Española, <http://dle.rae.es>
- Estudio Posadas, Posadas y Vecino, “Tenencia de mascotas en edificios y los derechos en juego”, en *Columna de Posadas, Posadas & Vecino en radio El Espectador: 12 de junio de 2017*. <http://www.ppv.com.uy/noticias/ampliada/357>
- Justino Jimenez de Arechaga. “*La Constitución Nacional*”. Montevideo, 1992.
- López Quijano, Fernando. *La propiedad y sus limitaciones en el derecho uruguayo*. <http://www.lopez-quijsano.com/LA%20PROPIEDAD%20Y%20SUS%20LIMITACIONES%20EN%20EL%20DERECHO%20URUGUAYO.pdf>.
- Meléndez, Florentín. *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia*. Fundación Konrad Adenauer. Bogotá, 2012.

---

<sup>20</sup> <http://www.diariovecinos.com.uy/2017/03/04/es-legal-prohibir-la-tenencia-de-animales-en-edificios-o-complejos-de-viviendas/> Consultada el día 13 de febrero de 2018.

<sup>21</sup> <http://www.ppv.com.uy/noticias/ampliada/357> consultada el día 15 de febrero de 2018.

- Molina, Betina: “¿Es legal prohibir la tenencia de animales en edificios o complejos de viviendas?”, <http://www.diariovecinos.com.uy/2017/03/04/es-legal-prohibir-la-tenencia-de-animales-en-edificios-o-complejos-de-viviendas/>
- Organización mundial de sanidad animal, “El bienestar animal de un vistazo”, <http://www.oie.int/es/bienestar-animal/el-bienestar-animal-de-un-vistazo/>
- “Polémica por la tenencia de mascotas en los edificios”, <https://www.elpais.com.uy/informacion/polemica-tenencia-mascotas-edificios.html>
- Ramos Olivera, Julio. *Manual práctico de propiedad horizontal*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2012.
- Risso Ferrand, Martín. *¿Qué es la Constitución?* Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 2011.
- Risso Ferrand, Martín. *Derecho Constitucional. Tomo I*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2005.
- Risso Ferrand, Martín. *Derecho Constitucional. Tomo I*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2006.

## RESEÑAS

---



**ROGEL VIDE, CARLOS**  
***Personas, animales y derechos***  
**México D.F.-Madrid, Editorial Ubijus-Reus, 2018**  
**ISBN 978-84-290-2023-6.**

Carlos Rogel Vide nos brinda la obra *Personas, animales y derechos*, fruto del interés que el catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid ha mostrado en su dilatada carrera de investigación por cuestiones próximas a las aquí estudiadas, habiendo escrito sobre animales en el Código Civil, la compraventa de cosa futura y el usufructo de rebaños. Un libro que se publica en una editorial que ha realizado una apuesta firme por la temática de los animales y el Derecho, con la creación de una colección con el mismo título, que dirigen los profesores José María Pérez Monguió y Jesús Ignacio Fernández Domingo.

La obra comienza con una breve introducción y pautas metodológicas, avanzándonos cuál es el objeto de estudio el cual no es otro que la reflexión sobre la protección de los animales como seres vivos y sobre la oportunidad de que se concedan a dichos animales o a algunos de ellos, la condición de titulares de derechos.

La investigación se hace desde una perspectiva estrictamente jurídica, por tanto, sin que se disperse por corrientes o teorías propias de la filosofía, de la antropología o la sociología.

Se estructura en 6 capítulos, añadiéndose al final de su composición la bibliografía y los documentos utilizados.

En el primer capítulo se aborda el concepto de persona, estudiándolo como ya se adelanta en la introducción por su concepto jurídico, como sujeto de derecho y obligaciones con aptitud para ser titular de ellos y para ejercerlos por sí mismo. Así se distingue la persona física de la persona jurídica surgida por la necesidad social de la existencia de la misma ante las limitaciones que tiene la persona individual. Describe el autor las primeras manifestaciones de la persona jurídica, hace un recorrido a lo largo de la historia hasta llegar a nuestros días, haciendo una crítica a lo que esta figura permite, un empleo abusivo de la categoría, entre otros, la creación de sociedades para eludir responsabilidades patrimoniales, conseguir fines ilícitos o defraudar al fisco.

En este sentido se advierte que persona y personalidad no deben confundirse, persona es todo ser capaz de derechos y obligaciones, mientras que por personalidad ha de entenderse la aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas.

De este modo, la personalidad ya no está ligada a la posesión de cualidad alguna como nos describe que sucedía en Roma y se la puede considerar como una emanación de la naturaleza racional humana.

Termina el capítulo reproduciendo artículos de nuestra Constitución española sobre la dignidad, las personas y sus derechos, en la que como es bien sabido no existe referencia alguna a los animales.

El segundo capítulo versa sobre los animales que, sin ser considerados personas, han sido tenidos en cuenta permanentemente por el Derecho habiéndose establecido reglas jurídicas propias. La razón de ser de estas reglas propias reside en la singularidad de los animales como seres vivos, fieros a veces, mansos en otras, que se pierden, van de un lugar a otro por sí mismos, tienen crías y son bien distintos, por todo ello, de las cosas inertes, inanimadas.

Rogel Vide nos expone su posición que gira en torno a que, aun existiendo el sujeto y el objeto de derecho, éste último no ha de ser necesariamente una cosa mueble o inmueble, cabiendo también que el objeto sea un animal, entendido como semoviente, como ser dotado de vida y fertilidad. Se quiebra, de esta manera, la dicotomía clásica persona-cosa, al romper la identificación de las cosas con los animales.

De una forma clara y esquemática se citan los tipos de animales contemplados en el Código Civil español y las normas específicas previstas para los mismos.

En el tercer capítulo, titulado *la protección de los animales*, se hace un magnífico recorrido por las distintas normas europeas, leyes especiales y códigos civiles sobre esta cuestión, en el que se destaca por su modernidad el Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, de la Generalidad de Cataluña. Se hace una particular referencia al Código civil catalán y al portugués, en los que a los animales ya no se les consideran cosas.

Se introduce en este capítulo la Proposición no de ley, del Grupo Parlamentario Ciudadanos en octubre de 2016, sobre la modificación del régimen jurídico de los animales de compañía en el Código Civil. Subrayándose algunas de las observaciones hechas a lo largo del debate habido en torno a dicha proposición, que dieron lugar a la idea de una enmienda transaccional, formulando los Grupos propuestas en tal sentido, prosperando la que dio lugar a que el Congreso de los Diputados instara al Gobierno a: 1. Promover las reformas legales necesarias para crear una categoría especial en el Código civil distinta a las ya previstas, referida a los animales, donde se les defina como seres vivos dotados de sensibilidad.

2. Prever las reformas legales necesarias para que los animales de compañía no puedan ser objeto de embargo en ningún procedimiento judicial.

La votación en los términos de la enmienda transaccional presentada por todos los Grupos Parlamentarios obtuvo 342 votos a favor.

Finaliza el capítulo analizando la protección de los animales a través de la jurisprudencia, en el que podemos encontrar curiosos ejemplos de sentencias y autos en España sobre un posible derecho de visita de las mascotas y fuera de nuestras fronteras sorprendentes intentos de peticiones de *habeas corpus* respecto de los simios.

El cuarto capítulo, denominado *los animales como pretendidos sujetos de derechos*, trata de la idea de considerar a los animales como sujetos de derechos, un fenómeno reciente, que se sustenta en el documento llamado *Declaración Universal de los derechos de los animales*, en el libro se nos ofrece aspectos destacados del documento. Una tesis no compartida por Rogel Vide alegando que los derechos subjetivos como situaciones de poder, no surgen de la nada y corresponden, cuando proceda, a los humanos, al margen de que estos tengan el deber de respetar a las personas, a los animales y a las cosas.

Se exponen los argumentos favorables y los esgrimidos en contra a la pretensión antes expuesta, los argumentos favorables traídos a colación son fundamentalmente provenientes de otras ramas del saber ya que cuando son jurídicos son elementales, sin fundamento.

Manifiesta el autor, con buen criterio, la opinión de que habría que empezar por garantizar la vida y dignidad de las personas, encomendándoles el cuidado de los animales y su bienestar y no caer en el empecinamiento de la protección de animales que ha llevado como se cuenta a consecuencias criticables, como a desear la muerte a un niño con cáncer por su ilusión de llegar a ser torero.

Culmina el capítulo con una recapitulación en la que se llega a concluir que los animales no son cosas, no siendo tampoco personas sino algo intermedio a las unas y las otras, un tercer género. Seres vivos, semovientes, fértiles, amantes de las personas en ocasiones, fieros y enemigos de las mismas en otras.

En el quinto capítulo, *el futuro próximo incierto*, se enuncian ejemplos en los que se han asignado derechos o personificado a casi todo, como a un río o incluso a un ídolo hindú, no extrañando al autor la insistencia en considerar personas a los animales, exponiendo llamativas situaciones a la que tal tesis puede derivar.

El sexto y último capítulo a modo de epílogo, hace referencia a la proposición de ley española sobre régimen jurídico de los animales de 2017, cuyo debate de toma en consideración tuvo lugar el 12 de diciembre de dicho año, proposición del Grupo Parlamentario

Popular, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (122/000134).

De la exposición de motivos se destaca que la reforma afecta, en primer lugar, al Código Civil, con vistas a establecer el importante principio de que la naturaleza de los animales es distinta de la naturaleza de las cosas o bienes, principio que ha de presidir la interpretación de todo ordenamiento. Con el mismo criterio protector que inspira la reforma, mediante la modificación de la Ley Hipotecaria se impide que se extienda la hipoteca a los animales. Por último, se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, para declarar absolutamente inembargables a los animales de compañía.

Se enumeran las modificaciones al Código civil que se proponen en cuestiones tales como en sede de convenio regulador en casos de separación o divorcio, en materia de medidas provisionales por demanda de nulidad, separación o divorcio u otras cuestiones tan diversas como en materia de usufructos o saneamiento por defectos ocultos en la compraventa.

Aprecia el autor la similitud de esta proposición con la proposición no de ley presentada por Ciudadanos en el 2016.

Se destacan también las intervenciones más interesantes de los representantes de los distintos Grupos Parlamentarios habidas en la sesión plenaria del Congreso con vistas a la Toma en Consideración de la Proposición.

El día 13 de diciembre, la Toma en Consideración de la Proposición de ley fue votada por unanimidad, logrando ésta los votos favorable de los 340 diputados presentes, por lo que se le augura una tramitación parlamentaria cómoda y segura. Una Proposición con la que Rogel Vide se encuentra en sintonía en su espíritu y letra. El 6 de marzo de 2018 ha finalizado el plazo de enmiendas.

En su conjunto se trata de una obra breve, actual, que hace un recorrido por la Historia, un estudio comparado con otras legislaciones que nos hace reflexionar hacia dónde debe evolucionar la regulación de los animales en el derecho. Una publicación oportuna que se ocupa y preocupa por un tema social que se ha trasladado con fuerza al campo del Derecho y que requiere la reflexión que aporte la doctrina científica en la cual la de Rogel Vide es un ejemplo.

Ana Victoria Ortega Rivera  
Universidad de Cádiz

# Normas de publicación

*Revista de Derecho* es una publicación de carácter semestral arbitrada —que publica sus respectivos volúmenes digitales e impresos en julio y diciembre— de la Facultad de Derecho, de la Universidad Católica del Uruguay. Se encuentra indexada en SciELO, Latindex (catálogo) y en EBSCO.

Tiene como objetivo la difusión de trabajos científicos sobre temas de derecho y afines, así como otros de interés para especialistas, investigadores y estudiantes de posgrado. Todos los trabajos deben ser originales e inéditos, pudiendo ser artículos, notas y comentarios de jurisprudencia.

## LINEAMIENTOS GENERALES

1. El autor da fe de que el contenido que envía es original y no ha sido publicado en otra revista o libro, ni se encuentra sometido a evaluación para otra publicación. El contenido no está sujeto a otros derechos por ninguna publicación ni está en vías de publicación. El hecho de que los trabajos hayan sido comunicados a sociedades científicas no es un obstáculo para su publicación.
2. El autor no tiene ningún conflicto de intereses que declarar relacionado con el manuscrito.
3. En caso de ser aceptado el manuscrito, el autor concuerda en ceder los derechos de autor a la *Revista de Derecho*, para ser reproducidos, publicados, editados, fijados, comunicados y transmitidos públicamente en cualquier forma o medio, así como su distribución en el número de ejemplares que se requieran y su comunicación pública, en cada una de sus modalidades, incluida su puesta a disposición del público a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, para fines exclusivamente científicos, culturales, de difusión y sin fines de lucro, permaneciendo el autor como responsable de los contenidos y opiniones allí vertidos.
4. El autor concuerda en ceder los derechos de reproducción del artículo según la licencia *Creative Commons BY*, sistema de acceso abierto.
5. El autor acepta que su artículo sea sometido a un proceso editorial, cuyo primer paso es la evaluación preliminar por parte del Comité editorial, el que determina la pertinencia de su publicación (requisitos temáticos y formales). El segundo paso es la revisión por dos pares académicos, conforme al sistema de “doble ciego”, a quienes corresponde determinar: a) publicar sin cambios, b) publicar cuando se hayan producido correcciones menores, c) publicar una vez que se haya efectuado una revisión a fondo o d) rechazar. En caso de discrepancia entre ambos, el texto será enviado a un tercer árbitro, cuya decisión definirá su publicación. Los resultados del proceso del dictamen académico serán inapelables en todos los casos.

## ENVÍOS

Las contribuciones propuestas pueden enviarse todo el año a: Dra. Marta Hanna de Rosa, mhanna@ucu.edu.uy, con copia a publicacionesdederecho@ucu.edu.uy.

La editora acusará recibo de los trabajos recibidos y oportunamente notificará su aceptación, propuesta de modificaciones o rechazo. El proceso de revisión de un trabajo insume un tiempo mínimo de tres meses, que pueden extenderse si el artículo fue presentado después de la fecha de cierre correspondiente a cada número. Los autores deben tener en cuenta este plazo, a la hora en que envían sus trabajos.

Aceptado un artículo para la publicación, los Editores se reservan el derecho de decidir en qué volumen y número será publicado.

## FORMATO DE PRESENTACIÓN

1. Los trabajos deberán seguir en todas sus secciones los lineamientos del Manual *de Estilo de Publicaciones de Chicago- Deusto para Humanidades*, disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/chicago-es/chicago01-es-guiabreve>
2. Cada trabajo será acompañado por un **CV breve del autor/res**, que indique solo la filiación académica, área de especialización/investigación y correo electrónico.
3. Se aceptarán artículos, notas y comentarios de jurisprudencia, en español, inglés, portugués, italiano y francés. En todos los casos, el autor deberá presentar su trabajo con **título, resumen** (de no más de 150 palabras) y 3 o 4 **palabras-clave** sugeridas **en español e inglés**, además del idioma original.
4. El título no debe exceder los 40 caracteres, incluso si tiene subtítulo.
5. Toda contribución deberá estar en formato digital (Word o similar), tamaño A4, márgenes: superior e inferior: 2,5 cm izquierdo y derecho: 3 cm, en fuente Times New Roman tamaño 12 e interlineado de 1,5, alineación justificada y sangría en primera línea de 0,7 cm.
6. Las notas al pie, en el estilo indicado, deben ir en Times New Roman, tamaño 12, interlineado sencillo y sin sangría.
7. Las citas que excedan las cinco líneas, irán en formato “Cita”, en párrafo aparte, sin comillas ni cursivas, en Times New Roman, 11, interlineado sencillo, espacio posterior 6, tabulación izquierda 1,1 y sangría de 1| línea 0,7.
8. Los **artículos** deberán tener una extensión mínima de 10 carillas y máxima de 30 (o 10.000 palabras), incluida la **bibliografía final**. Cuando se exceda este número, el autor lo planteará al Editor, fundando las razones del pedido. Las **notas** tendrán una extensión mínima de 5 carillas y máxima de 10; pueden ser la reseña de un libro, siempre que éste sea de reciente aparición. Los **comentarios de sentencia** podrán tener un máximo de 20 páginas y deberán ser acompañados por el texto de la respectiva sentencia, en el mismo formato pedido para los artículos.
9. Los artículos tendrán subtítulos que el autor recogerá en un índice o tabla de contenidos, al principio. Se sugiere que la estructura comprenda: Introducción, desarrollo del tema, Conclusiones y Referencias bibliográficas.

---

## PUBLICATION STANDARDS

*Revista de Derecho* is a refereed biannual character publication - published their digital and printed volumes in July and December-the Faculty of law of the Catholic University of Uruguay. It is indexed in SciELO, Latindex (catalog) and EBSCO. It has as objective the dissemination of scientific works on law and related issues, as well as others of interest to specialists, researchers and graduate students. All the works must be original and unpublished, can be articles, notes and reviews of jurisprudence.

### **General Guidelines**

1. The author attests that content that sends is original and has not been published in another journal or book, or is subject to assessment for another publication. The content is not subject to other rights by any publication or is in the process of publication. He made of that them works have been communicated to societies scientific not is an obstacle for its publication.
2. The author does not has any conflict of interest that declare related with the manuscript.
3. In case of acceptance the manuscript, the author agrees to transfer copyright to the journal of law, to be reproduced, published, edited, set, communicated and publicly transmitted in any form or medium, as well as their distribution in the number of copies required and their communication to the public, in each of its forms, including making it available to the public through electronic means optical or any other technology, for broadcasting purposes exclusively scientific, cultural, and non-profit, staying the author responsible for the contents and opinions there poured.
4. The author agrees to cede the rights of reproduction of the article under the license Creative Commons BY, open access system.
5. The author accepts that his article is subjected to an editorial process, whose first step is preliminary evaluation by the editorial board, which determines the relevance of its publication (thematic and formal requirements). The second step is the review by two academic peers, in accordance with the system of "double-blind", who is to determine: a) publish unchanged, b) publish when minor bugfixes, c) publish once you have made an in-depth review or reject d) have occurred. In case of discrepancy between both, the text will be sent to

a third arbitrator, whose decision will define your publication. The results of the process of the opinion academic will be final in all those cases

### **How to send your work**

All contributions can be sent throughout the year to: Dr. Marta Hanna de Rosa, mhanna@ucu.edu.uy, with a copy to publicacionesdederecho@ucu.edu.uy.

The editor will acknowledge receipt of the work received and will promptly notify its acceptance, modification or rejection proposal. Review of a work process takes a minimum period of three months, which can be extended if the article was submitted after the deadline corresponding to each number. The authors should take into account this term, at the time they sent their work. Accepted an article for publication, the editors reserve the right to decide in what volume and number will be issued.

### **Presentation format**

1. Works should follow guidelines in the Manual of style of publications of Chicago - Deusto for Humanities in all their sections, available at <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/chicago-es/chicago01-es-guiabreve>
2. Each work will be accompanied by a brief CV of author/res, indicating only the academic affiliation, areas of specialization/research and email.
3. Articles, notes, and reviews of jurisprudence, in Spanish, English, Portuguese, Italian and French will be accepted. In all cases, the author must present their work with title, abstract (of no more than 150 words) and 3 or 4 keywords in Spanish and English, in addition to the original language.
4. The title must not exceed 40 characters, even if you have subtitles.
5. All contributions must be in digital format (Word or similar), size A4, margins: top and bottom: 2.5 cm; left and right: 3 cm, font Times New Roman size 12 and line spacing of 1.5, justified alignment and indentation in front of 0.7 cm.
6. The notes to the foot, in the style indicated, should go in Times New Roman, size 12, line-spacing simple and without bleeding.
7. The appointments that exceed them five lines, will be in format "cites", in paragraph apart, without quotes or italics, in Times New Roman, 11, leading simple, space rear 6, tab left 1.1 and bleeding of 1 | line 0.7.
8. Articles must have a minimal extension of 10 veneers and maximum of 30 (or 10,000 words), including the final bibliography. When this number is exceeded,

the author will pose to the Editor, founding the reasons for the order. The notes will have a minimal extension of 5 veneers and maximum of 10; they can be a book review, provided that this is emerging. Them reviews of sentence may have a maximum of 20 pages and must be accompanied by the text of the respective sentence, in the same format asked for those articles.

9. Those articles will have subtitles that the author will collect in an index or table of contents, to the principle. Suggests that the structure to include: introduction, development of the topic, conclusions and references.