

ISSN 1851-3069

Revista Electrónica

Instituto de Investigaciones
Jurídicas y Sociales A. L. Gioja

No. 12 (2014)



Facultad de Derecho
Universidad de Buenos aires

EDITORIAL

El nuevo número de la Revista Electrónica del Instituto Gioja es el doce. En cierto sentido, esa docena tiene algo de simbólico. Implica continuidad, esfuerzo y dedicación. También implica vocación para dar a conocer ideas, para introducirnos en campos problemáticos, para abrir nuevos debates. Porque esta es la función de un Instituto de Investigaciones en materia de ciencias jurídicas, que implica, claro está, adentrarse también en campos multidisciplinarios de las ciencias sociales: antropología, lingüística, teoría política, sociología y muchos más.

Siempre hemos intentado hacerlo con la mayor libertad concedida a las opiniones de cada autor y con el mayor pluralismo. Para que se expresen todos los que crean que tienen algo de interés que decir, para comprender de mejor modo la compleja realidad que nos toca vivir. Con tantas crisis, con tantos conflictos, con tanta violencia, con tanta desigualdad.

En esta ocasión recogemos el aporte de un pensador importante de nuestro tiempo, el Prof. Raffaele di Georgi, de la Universidad degli Studi del Salento, Italia. Junto a él se presentan trabajos de experimentados investigadores del Instituto y de jóvenes colegas que inician o que se encuentran en los inicios de su producción intelectual, que auguramos muy proficua. En todos los casos se verá una igual preocupación, por la seriedad y profundidad de los temas que los ocupan: Los derechos de autor y el entorno digital; Las alianzas electorales y los sistemas políticos en América Latina; La figura del progenitor en el proyecto de reforma del derecho privado en nuestro país; La educación para el consumo; La procedencia geográfica de los presidentes argentinos; El derecho de aguas como derecho humano y el derecho internacional.

Como se advierte la temática es tan variada como densa. Esperamos que nuestros lectores sigan interesados en este esfuerzo y sigan acompañándonos como lo hacen con sus opiniones y críticas, que son ambas bienvenidas. Hasta el próximo número.

Carlos M. Cárcova

Director

EL DERECHO DE AUTOR ANTE LOS DESAFÍOS DEL DESARROLLO EN EL ENTORNO DIGITAL Y LAS COMUNICACIONES EN LOS MOMENTOS ACTUALES. SU EXPRESIÓN EN EL SISTEMA DE DERECHO INTERNO EN CUBA

**Por Olivia Virgen Figueredo Paneque, Alcides Francisco Antúnez Sánchez
y Yolanda Soler Pellicer**

RESUMEN

El trabajo recoge un eje temático álgido en su conceptualización y ejecución por los entes y agentes que se relacionan con el Derecho de Autor. Hacemos un recorrido por los comienzos de la actividad. El hombre desde su surgimiento ha creado y es lo que siempre lo ha distinguido, sin embargo el autor y el artista durante siglos desconocidos no fueron protegidos ni sus creaciones tampoco hasta el siglo pasado en que se desarrollaron plenamente los conceptos de individualidad, propiedad, derechos naturales o humanos.

El derecho de autor puede decirse que existió siempre, pero no era legislado, sino que en las antiguas sociedades, lo creado por los autores se regía por el derecho de propiedad común, es decir, que podía disponer de ellos como una cosa, como cualquier otro bien material. La protección a los autores es relativamente joven aunque desde los períodos más remotos ya existía una noción de propiedad literaria, esto último no podemos negarlo absolutamente, si tenemos en cuenta que en Roma existían verdaderos talleres de copistas que reproducían las obras en manuscritos, ignorando el derecho de autor en el sentido actual. El desarrollo del entorno digital y las comunicaciones en los momentos actuales es vertiginoso. Surgen nuevas formas de expresión y creación, nuevos modos, vías y medios de reproducción y acceso. El proceso de globalización de mercados y economías en que se encuentra inmersa la actual "sociedad de la información" hace cada vez más necesaria la utilización de la informática como instrumento para el tratamiento de datos y su transmisión de un lugar a otro

PALABRAS CLAVES

Derecho de autor – entorno digital – protección a los autores.

EL DERECHO DE AUTOR ANTE LOS DESAFÍOS DEL DESARROLLO EN EL ENTORNO DIGITAL Y LAS COMUNICACIONES EN LOS MOMENTOS ACTUALES. SU EXPRESIÓN EN EL SISTEMA DE DERECHO INTERNO EN CUBA

Por **Olivia Virgen Figueredo Paneque***, **Alcides Francisco Antúnez Sánchez**** y **Yolanda Soler Pellicer*****

1. Introducción

Las llamadas culturas primitivas se formaron de manera espontánea y las manifestaciones artísticas o de arte rupestre no pertenecían a nadie en particular sino a todos los miembros del grupo. Con el surgimiento de la escritura como medio de reproducción del conocimiento y como una forma de obtención de ejemplares aparece lo que llamarían "obras" y el sentido de propiedad sobre ellas, pero de una forma muy rudimentaria. Así se van desarrollando las diversas civilizaciones hasta llegar a las modernas y contemporáneas. Con el desarrollo del arte y la ciencia se desarrollan los medios de producción, se inventan las máquinas industriales, filosofía, sociedad y derecho. El hombre desde su surgimiento ha creado y es lo que siempre lo ha distinguido, sin embargo el autor y el artista durante siglos desconocidos no fueron protegidos ni sus creaciones tampoco hasta el siglo pasado en que se desarrollaron plenamente los conceptos de individualidad, propiedad, derechos naturales o humanos.

El derecho de autor puede decirse que existió siempre, pero no era legislado, sino que en las antiguas sociedades, lo creado por los autores se regía por el derecho de propiedad común, es decir, que podía disponer de ellos como una cosa, como cualquier otro bien material. La protección a los autores es relativamente joven aunque desde los períodos más remotos ya existía una noción de propiedad literaria, esto último no podemos negarlo absolutamente, si tenemos en cuenta que en Roma existían verdaderos talleres de copistas que reproducían las obras en manuscritos, ignorando el derecho de autor en el sentido actual.

El papel que desempeña el Derecho de Autor en el mundo de hoy y la diversidad de intereses a los que se aplica, constituye el resultado de una larga y complicada evolución histórica, que expresa la

* *Lic. Olivia Virgen Figueredo Paneque*. Profesora Carrera de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Granma. República de Cuba. Email: ofigueredop@udg.co.cu

** *MsC. Alcides Francisco Antúnez Sánchez*. Profesor Auxiliar. Derecho Ambiental y Mercantil. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Granma. República de Cuba. Email: aantunez@udg.co.cu

*** *Dra.C. Yolanda Soler Pellicer*. Profesora Titular. Carrera Ciencias Informáticas. Facultad de Ciencias Técnicas. Universidad de Granma. República de Cuba. Email: yoly@udg.co.cu

prolongada y vacilante tendencia de la humanidad hacia el establecimiento de normas legales en los asuntos públicos y privados. El reconocimiento del Derecho de Autor como derecho de propiedad se consolidó en la primera mitad del siglo XIX, mediante las leyes generales dictadas en Europa Continental. Sin embargo la protección de tal derecho dentro de los límites del propio Estado no alcanzaba para asegurar su vigencia.

2. El derecho de autor. Generalidades

En el año 1455 (mediados del siglo XV) Gutenberg perfecciona la imprenta revolucionando con ello la difusión y alcance de las obras escritas y a la vez transforma a estas en objeto de comercio y fin de lucro para los autores. Con la aparición de la imprenta nace la principal manifestación patrimonial del Derecho de Autor: el derecho de reproducción.

La protección apareció primero en forma de "privilegios" de publicación exclusiva concedidos a los editores por diversas autoridades en Inglaterra y en Francia por los Reyes; en Alemania por los Príncipes de los diferentes Estados.

La notable influencia que ejercieron las ideas racionalistas en la Inglaterra del siglo XVIII, provocó un cambio de rumbo en materia de privilegios, comenzaron a concederse definitivamente a los autores. Fue en Inglaterra donde se reconocen las nuevas ideas sobre la propiedad intelectual y en el año 1710 se aprueba la ley conocida como Estatutos de la Reina Ana, la cual revolucionó la concepción que existía hasta entonces, pero era solamente aplicable a libros y nada refería a otros materiales impresos como por ejemplo, las representaciones públicas, las versiones dramáticas, ni las traducciones, por lo que encabezado por el artista satírico inglés Hogarth, surgió con mucho éxito un movimiento a favor de la protección de artistas, dibujantes, y pintores que culminaron con la promulgación de la "Ley de Grabadores de 1735". Hasta 1911 en que se dicta el Copyright Act el Derecho de Autor en Inglaterra se rigió por el Common Law para las obras no publicadas y los derechos personales, luego de publicadas por el Estatuto.

El ejemplo inglés fue seguido por Alemania y Francia, y esta última como consecuencia de las ideas imperantes en esa época en la revolución Francesa abolió todo tipo de privilegio y en 1791 y 93 la Asamblea Constituyente sentó las bases del sistema de Derecho de Autor francés con la promulgación de dos decretos: "La ley relativa a los espectáculos" de 1791 y la "Ley relativa a los derechos de propiedad de los autores de todos géneros, de los compositores de música, los pintores y diseñadores" de 1793, que estuvieron en vigor hasta 1957, por el largo tiempo que estuvieron vigentes demuestran que estos decretos contenían elementos básicos muy avanzados para su época y la jurisprudencia jugó un papel en su perfeccionamiento.

En Alemania si bien existieron los privilegios se estableció una práctica de la firma previa entre autores y editores de contratos que incluso prevalecían sobre aquellos. Luego el pensamiento filosófico de Kant influyó grandemente los Derechos de Autor, quien vio a los derechos de autor no solo como una propiedad sino como extensión o reflejo de la personalidad del autor, por lo que esta debía protegerse

también. Esta corriente influenció en toda Europa llevando al desarrollo del Derecho Moral de autor. En 1837 Prusia promulgó la primera ley alemana moderna reconocida en toda Alemania.

En EUA la legislación de Derecho de autor se hace efectiva entre 1783 y 1786, estando muy ligada a los Estatutos de la reina Ana, hasta que en 1976 se dicta otra Copyright Act.

La legislación francesa sirvió de base para la posterior evolución de la doctrina y la legislación burguesa en la que se inspiró el Código Civil Español de 1889 y sus normas complementarias contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 y su reglamento.

Para ubicar al derecho de autor dentro de los derechos de propiedad intelectual es necesario aclarar que coexisten dos sistemas jurídicos: el de origen Anglosajón o de Common Law, que tiene como centro el derecho de copia y en el que el derecho de autor se denomina copyright, y el de origen latino o de tradición continental europea basado en el derecho romano o romano germánico, nacido de los derechos franceses, más cercanos a sus orígenes, a los derechos personales.

Por todo ello podemos concluir que el Copyright Angloamericano y el Droit d'auteur francés, constituyeron el origen de la moderna legislación sobre derecho de autor en los países de tradición jurídica basada en el Common Law y de tradición jurídica continental europea o latina y el reconocimiento del Derecho de Autor como derecho de propiedad se consolidó en la primera mitad del siglo XIX, mediante las leyes generales dictadas en Europa Continental.

3. Concepto. Objeto. Criterios de protección. Contenido del derecho de autor

Los criterios más generalizados en relación con el concepto del Derecho de Autor son aquellos que los postulan como el derecho que protege el trabajo del creador y por ende los derechos subjetivos de su actividad intelectual; por ello podemos definir el Derecho de Autor como: *El conjunto de normas jurídicas, principios, valores que van a regular y proteger los derechos exclusivos de los autores, sobre el producto de su creación que se integra por toda una serie de facultades y prerrogativas de carácter personal y otra serie de facultades de carácter patrimonial o pecuniario.*

El objeto de protección del derecho de autor es la obra.

Para el Derecho de autor, obra es la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida.

En el lenguaje común, el término obra es "cualquiera producción del entendimiento en ciencias, letras o artes"; para el Glosario de la OMPI sobre derecho de autor y conexos es, "toda creación intelectual original expresada en una forma reproducible".

Ahora bien, el CB, como la mayoría de las legislaciones nacionales, incluida la nuestra, no define el vocablo "obra", pues se limita a señalar que se encuentran protegidos los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas a cuyos efectos hace una enumeración ejemplificativa de las creaciones objeto de tutela

Criterios de protección

1. Protección a la forma no a las ideas: Las ideas en si mismas consideradas, por más novedosas y brillantes que sean, no son objeto de protección, tienen que concretarse en un soporte material. Se protege la exteriorización de su desarrollo en obras aptas para ser reproducidas, representadas, etc

2. Originalidad: en materia de Derecho de autor la originalidad reside en la expresión o forma representativa creativa e individualizada de la obra. Para éste Derecho esto no es lo mismo que novedad. Originalidad significa que la obra sea producto de una particular expresión del autor, donde se ponga de manifiesto su impronta personal. Una obra es original en la medida en que no sea copia de otra. Una obra es original a pesar de que parta de una idea que no lo sea. Muchos han escrito novelas de amor, pero cada una de ellas es original e independiente, pues cada autor tuvo su estilo para escribirla y eso es lo que protege el derecho de autor. La originalidad no puede apreciarse de la misma manera en todos los tipos de obras.

3. Formalidades: Es universalmente aceptado que la protección que otorga el derecho de autor sobre una obra comienza desde el mismo momento de la creación, sin que se requiera ningún tipo de registro o formalidad. Por lo tanto no nace de la autoridad administrativa.

Criterios ajenos al reconocimiento del Derecho.

Calidad, Mérito, Destino y forma de expresión: La protección concedida por el derecho de autor es totalmente independiente del valor o mérito de la obra, se trata de una cuestión de gustos y si es buena o no le corresponde al público y la crítica decirlo, no es una cosa que interese al derecho. Grandes obras como la Traviata de Verdi y la Consagración de la Primavera de Stravinsky fueron abucheadas, tampoco interesa el destino, que sea cultural, científico, política, lo que interesa es que sea una obra literaria o artística. Tampoco interesa su forma de expresión, puede ser oral o escrita, representada o fijada, etc.

Contenido del Derecho de Autor

La obra protegida por el derecho de autor tiene sus propias características particulares, refleja la personalidad de su creador. Como dijera Delia Lipszyc el autor vive y trasciende en su obra, por eso el derecho de autor no sólo protege los posibles beneficios que el autor pueda obtener sino las relaciones intelectuales y personales con la obra y su utilización.

La especialidad del derecho de autor nos obliga a distinguir dos aspectos fundamentales de su contenido. La obra creada por su naturaleza va a reflejar la personalidad del autor y va a perdurar en el tiempo y su autor va a tener la posibilidad de aprovechar económicamente su obra, es decir, que va a crear un vínculo personal y económico con su obra. Es por ello que se reconocen dos aspectos en el derecho de autor:

El elemento personal o moral que se fundamenta en el respeto a la personalidad del autor y la defensa de su obra.

El elemento patrimonial que posibilita que el autor viva de su obra, es decir, efectúe su explotación económica o la autorice.

El derecho moral consiste en un determinado número de prerrogativas que proceden de la necesidad de preservar a la vez la integridad de las obras intelectuales y la personalidad de los mismos.

Características del Derecho moral:

- Esenciales: porque contienen un número de derechos exigibles sin los cuales la condición de autor perdería su sentido;
- Extrapatrimoniales: no son estimables en dinero aunque producen consecuencias patrimoniales
 - Inherentes: porque están unidos al artista
 - Absolutos: porque es oponible a cualquier persona (erga omnes)
 - Inalienables: lo cual lo hace inembargable, inejecutable e inenajenable
 - Irrenunciables (vincularlo con inherente)
 - Imprescriptible: está fuera del comercio, y por ser personales, inherentes al autor, lo cual es o mismo que decir perpetuos.
 - Insubrogable: por ser inherente al artista.

Las facultades que componen los derechos morales tienen un contenido diferente, dividiéndose en dos categorías:

Positivas: En las que el autor es el que actúa y toma decisiones y;

Negativas: También llamadas defensivas, porque en ellas el autor impide que se realice algo o se abstiene de realizar alguna acción, además de que aún después de la muerte del autor y antes de que la obra entre en dominio público puede reclamar sus derechos.

Los derechos morales básicos son:

- ✓ Derecho de Divulgación (positiva): el autor es la única persona facultada para decidir, a su libre voluntad, si la obra puede ser comunicada o no al público y fijar las modalidades de su divulgación.
- ✓ Derecho de paternidad (negativa): Es el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra, de decidir si la obra se publica bajo su nombre o en forma anónima o seudónima; este derecho comprende: a) el derecho de reivindicar su condición de autor o la forma en que menciona el mismo y b) el derecho de defender su autoría cuando ella es impugnada.

✓ Derecho al respeto a la integridad de la obra (negativa): el derecho del autor de hacer respetar el contenido y calidad de la obra e impedir cualquier cambio, deformación, etc., sin autorización del autor.

✓ Derecho de arrepentimiento (positiva): También llamado al retiro o retracto, es el derecho del autor a decidir la no divulgación de la obra y a retirarla del comercio una vez divulgada. Esta se trata de una facultad excepcional, opuesta a la fuerza obligatoria de los contratos. Este derecho está reservado al autor y no se transmite a sus herederos.

Los Derechos patrimoniales:

Quien tenga éxito en el público, con su actividad intelectual, también obtiene por ella ingresos e incluso puede vivir de ella eventualmente. Los derechos de autor que deben asegurar al autor un ingreso por su trabajo se denominan "Derechos Patrimoniales."

Características de los derechos patrimoniales:

✓ Es un derecho exclusivo: Esto implica que sólo el autor o titular, sus herederos o causahabientes pueden autorizar la utilización o explotación económica de una obra determinada, por cualquier medio o procedimiento.

✓ Es un derecho transferible: Puede ser cedido o transmitido a terceras personas ya seas gratuita u onerosa, total o parcial.

✓ Es un derecho renunciabile: A diferencia del Derecho moral, se pueden renunciar a estos derechos lo que implicaría que cualquiera utilizaría la obra sin necesidad de pagar ninguna retribución económica, pero respetando los de carácter moral.

✓ Es un derecho de duración limitada: Se extingue de acuerdo con los Convenios y a las leyes nacionales en un determinado número de años después de la muerte del autor o de la publicación de la obra.

El contenido de los derechos patrimoniales establece las diferentes formas y medios mediante los cuales una obra puede ser explotada o aprovechada económicamente. Existen tres divisiones básicas en el derecho patrimonial que van a comprender casi todas las modalidades de uso de las obras y son:

- ✓ Derecho de Reproducción
- ✓ Derecho de Comunicación Pública
- ✓ Derecho de Transformación.

El Derecho de Reproducción: Se define por los tratadistas como la facultad de explotar la obra mediante su fijación material en cualquier medio y mediante cualquier procedimiento, lo cual permite obtener copias o ejemplares de la obra para su difusión al público.

La reproducción comprende:

- La edición
- La reproducción sonora o audiovisual
- Reproducción gráfica
- Reproducción de obras en sistema de computador
- Realización de uno o más ejemplares de una obra tridimensional en bidimensional.

El Derecho de Comunicación Pública: Es la facultad de explotar la obra mediante el acto de hacerla accesible al público, ya sea de manera directa (representación en vivo), o indirecta (discos, cintas), o mediante cualquier forma de radiodifusión o distribución por cable.

Este derecho comprende de forma general lo siguiente:

- Representaciones escénicas
- Comunicación por palabra hablada
- Ejecución pública de obras musicales
- Radiodifusión y cable
- Cinematografía

El Derecho de Transformación: Consiste en la facultad o poder jurídico exclusivo que se le confiere al autor de autorizar a otro la creación de obras derivadas a la suya. Existen obras que pueden no ser originales plenamente, pero pueden tener valor creativo para el derecho, como son las traducciones; adaptaciones; extractos; parodias; etc.

Es decir, las obras producto de intelecto humano pueden transformarse al igual que cualquier otra, de tal manera que puede dar lugar a otra obra protegida por el derecho de autor como obra derivada.

El contenido del Derecho de transformación está muy vinculado con el derecho moral de integridad de la obra, pero no debe confundirse, ya que el de integridad se refiere a que el autor puede oponerse a toda deformación de la obra que se haga sin su consentimiento. Está vinculado porque aún y con la autorización del autor, si la transformación perjudica la reputación de la obra o del autor, este puede en virtud del derecho moral oponerse y reclamar por esa infracción.

Existen otros tipos de derechos patrimoniales que han sido reconocidos, como son.

- El derecho de distribución: el cual incluye la venta, alquiler, préstamo u otra forma de utilización económica para ponerla a disposición del público. En este caso el autor determinará, si esto ocurre o no, bajo qué condiciones y en qué territorio. En los casos de este derecho debe reconocerse el agotamiento del derecho o la primera venta (first sale).

- Derecho de participación o Droit D' Suite: es el derecho de los autores de obras artísticas a percibir una parte del precio de las ventas sucesivas posteriores a la primera enajenación de los originales de dichas obras realizadas en subastas públicas o con intervención de agentes comerciales).

El derecho de Autor ha probado que es idóneo para estimular la actividad creativa al asegurar al creador la posibilidad de obtener una retribución económica, el respeto por su obra y el reconocimiento de su condición de autor; además beneficia al empresario al garantizar su inversión, permitiendo el auge de las industrias culturales con el consiguiente provecho para la comunidad al fomentar la difusión de obras.

El Derecho de Autor a la luz del desarrollo de las nuevas tecnologías.

Un aspecto que ha generado muchos debates es la posibilidad del derecho de autor de proteger y estimular la creación ante las transformaciones que se están produciendo con la aplicación de las nuevas tecnologías. El momento actual es, sin dudas, un momento de cambios tecnológicos que han marcado decisivamente la evolución y los contenidos del derecho de autor, desde su mismo nacimiento como sistema para la protección jurídica de ciertas creaciones del espíritu humano.

Así ha ocurrido, como es sabido, con la radio, fonografía, imprenta y la televisión de modo que los Tratados Internacionales y las leyes nacionales en materia de derecho de autor lo afirman. Por tanto, la informática y las creaciones intelectuales relacionadas con esta, no han sido la excepción.

El desarrollo del entorno digital y las comunicaciones en los momentos actuales es vertiginoso. Surgen nuevas formas de expresión y creación, nuevos modos, vías y medios de reproducción y acceso. El proceso de globalización de mercados y economías en que se encuentra inmersa la actual "sociedad de la información" hace cada vez más necesaria la utilización de la informática como instrumento para el tratamiento de datos y su transmisión de un lugar a otro. Tal es su grado de incidencia social que ya nadie puede desconocer que la informática está experimentando en la actualidad una creciente "masificación".

El fenómeno de uso masivo de la informática afecta, en primer lugar, a los sistemas informáticos u ordenadores, que ha dejado de ser un bien escaso, para convertirse, prácticamente, en un producto de masas. Esto ha provocado en el mercado un incremento espectacular de la demanda de programas informáticos. El programa de ordenadores es un conjunto de instrucciones expresadas mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma, que al ser incorporadas en un dispositivo de lecturas automatizadas y traducidas en impulsos electrónicos, pueden hacer que un ordenador ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado.

El problema planteado al derecho de autor en este sentido, ha consistido en la necesidad de tutelar adecuadamente los esfuerzos creativos y empresariales exigidos para la realización, producción y distribución de determinadas informaciones y contenidos especialmente valiosos, desde un punto de vista económico y social frente a los riesgos de una apropiación indebida de dicha información y contenidos por terceros. Sin embargo, la protección jurídica de las creaciones intelectuales relacionadas con la informática presenta dos rasgos peculiares: de un lado la globalización de la economía la cual ha

propiciado o está propiciando desde el comienzo una respuesta internacional que asegure una regulación básicamente uniforme a escala mundial, acusada en los ámbitos regionales de integración de mercados nacionales; de otro lado, la calidad tecnológica y el avance de las normas existentes así como su interpretación, están permitiendo que el acomodo o ajuste de las nuevas reglas en el sistema de protección jurídica de la propiedad intelectual no sea excesivamente traumático.

Es cierto que algunas de estas novedades introducidas han afianzado un deslizamiento desde un modelo de derecho de autor basado en los postulados humanistas y de la política cultural, a otro más atento a las exigencias de la inversión empresarial.

En particular, las creaciones informáticas que han merecido la atención del moderno derecho de autor son los programas de ordenador y las bases de datos. Los primeros son la estructura principal de Internet y el uso de ellos es indispensable para ejecutar, reproducir y registrar una gran cantidad de otras obras protegidas, tales como: videos, obras musicales, multimedia etc.

Los programas de computación no siempre han estado bajo la égida del Derecho de Autor, al principio aparecieron unidos a las máquinas, y es por esta razón que se les entendía en el marco de protección de la Propiedad Industrial. Años más tarde, estas creaciones se separan definitivamente de su soporte primitivo, para conformar un mercado diferente y por tanto con nuevos intereses, de ahí que se comenzara a analizar si estos se debían mantener como objeto de la Propiedad Industrial, si debían ser objetos de protección de una legislación específica o si eran parte del Derecho de Autor. Finalmente, después de muchas discusiones y debates, la práctica demostró que estos eran obras del intelecto humano, de ahí que se decidiera que comenzaran a formar parte de la ya extensa lista de obras que el Derecho de Autor ampara, siempre y cuando cumplan con el requisito de originalidad.

Los programas de computación se expresan a través de un lenguaje escrito, aunque una buena parte del mismo sólo pueda entenderlo la máquina, de ahí que para los fines del Derecho de Autor se les homologa a las obras literarias.

Las obras literarias desde el punto de vista de derecho de autor se entienden como todas las obras escritas originales, sean de carácter literario, científico, técnico o meramente práctico, prescindiendo de su valor y finalidad; en un sitio de internet podemos encontrar múltiple información escrita, memorias descriptivas..., la introducción de un obra en una página web, accesible a través de internet constituye un acto de comunicación pública y precisa la autorización expresa del autor para visualizar y descargar la obra. Los segundos, son compilaciones sistemáticas de cualquier elemento, sean protegidos o no por el derecho de autor, donde la originalidad radica en el método de selección. Con los términos "bancos de datos" y "bases de datos" se describen los depósitos electrónicos de datos y de información un sistema de manejo y de control.

En el ámbito internacional, los programas de computación son regulados por vez primera en el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC, en el que los países desarrollados mostraron su preocupación por proteger sus industrias y con ellas, salvaguardar sus derechos intelectuales, los que estaban siendo utilizados indiscriminadamente, sin la autorización de sus

titulares, provocando un perjuicio económico considerable. El artículo 10 de este Acuerdo, obliga a los Estados Miembros de la OMC a proteger a los programas de computación, sean programas fuente o programas objeto, en virtud de la misma protección que el Convenio de Berna le otorga a las obras literarias.

A partir de la adopción del acuerdo ADPIC, los países tuvieron la necesidad de ir adecuando sus legislaciones internas a los límites convencionales establecidos por este Acuerdo; y como parte de este proceso han ido incluyendo en las legislaciones de Derecho de Autor a los programas de computación como parte del catálogo de obras protegidas por el Derecho de Autor.

Otro de los tipos de obras que han ido surgiendo gracias al desarrollo tecnológico son las bases de datos, que constituyen compilaciones de datos, hechos, etcétera. Para conformar este tipo de creación, siempre hay que disponer de un contenido que, lo constituyen los hechos o datos que se insertan, si estos no constituyen una obra *per se*, entonces la base de datos es original, pero si el contenido que se utiliza constituye una obra preexistente, con determinado nivel de titularidad, entonces la base de datos se considera una obra derivada, ya que para su creación se ha tomado como base una obra preexistente.

Existen algunos requisitos que deben cumplir aquellos que se disponen a crear una base de datos cuando éstas contienen obras originarias preexistentes, entre ellos el pedir autorización al autor o titular de la obra a utilizar, si esta se encontrare en dominio privado; respetar el nombre del autor, elemento este a tener en cuenta tanto en el caso anterior, como en aquellas obras que se encuentren en dominio público. Suele pensarse que las bases de datos solo se refieren a aquellas compilaciones que se hacen en un formato electrónico, pero la realidad es que se consideran como tales tanto aquellas que están en formato electrónico como las que están en papel, y así lo establece el artículo 10.2 de los ADPIC.

En nuestro país, gracias al carácter enunciativo del objeto de protección, regulado en el artículo 7 de la Ley 14 de 1977, Ley de Derecho de Autor, los autores de programas de computación y las bases de datos han encontrado los principios generales de tutela de sus derechos. No obstante, debido a la necesidad de contar con disposiciones específicas para estos tipos de obras, fue dictada la Resolución Conjunta No. 1, de 21 de junio de 1999 entre el MINCULT y el SIME, la cual establece el reglamento para la protección de los programas de computación y bases de datos, en cuanto a su creación, concertación de contratos, así como su explotación comercial. Esta normativa contiene las regulaciones más específicas en la materia, extiende la protección no sólo a los programas originales, sino también a las versiones sucesivas y programas derivados; establece las reglas de autoría y titularidad para a los autores de estos tipos de obras que realicen sus creaciones de forma independiente, por encargo, o en el marco de un empleo.

La Resolución Conjunta No. 1/99, ha devenido como paliativo en el proceso de transición de nuestras disposiciones autorales hacia una nueva legislación adecuada a los cambios que en el mundo se han venido dando en esta materia y a los convenios internacionales de los cuales nuestro país es signatario.

Por otro lado la oferta por la red de software es enorme, desde programas antivirus y sus actualizaciones hasta programas operativos.

Un problema al que ya comienzan a enfrentarse los desarrolladores y usuarios de software libre, así como aquellos que utilizan licencias para la distribución de sus creaciones y contenidos, y que habrá que solucionar, es el de la "exportdependencia". Ya han aparecido los primeros casos de violación de las licencias libres y se carece de medios para defenderlas, el software libre, en esencia, encierra tres libertades:

- ✓ Copiar el programa y darlo a tus amigos o compañeros de trabajo
- ✓ Cambiar el programa como desees ya que se tiene acceso al código de fuente y;
- ✓ Distribuir una versión mejorada ayudando así a contribuir la comunidad.

En el mundo del software libre se utiliza el marco legal de los derechos de autor para colectivizar los derechos que el autor tiene sobre el software, incluyendo los derechos de copia, uso y modificación. Lo único que no está permitido hacer es que se apropien de ella. Precisamente nuestro código penal sin hacer un análisis profundo no regula de forma expresa y tácita en un título destinado para ello los delitos informáticos.

El precio de algunos programas en el mercado, provoca en ocasiones un doble efecto:

1. La obtención de importantes ingresos económicos por parte de los empresarios dedicados a la elaboración de ordenadores y de programas, por la venta de sus productos y ,

2. la proliferación de copias ilegales exactamente idénticas a la obra original y su comercialización en el mercado clandestino por un precio sensiblemente inferior al del original copiado, ocasionando importantes pérdidas económicas a las empresas informáticas. Este efecto es un fenómeno más amplio que algunos lo identifican como "la cultura del pirateo" (libros, fonogramas, películas de videos o señales televisivas) correspondientes a emisoras de pago, son junto a los ya referidos programas de ordenador, algunos de los objetos de pirateo más habituales. Por lo que respecta a los programas informáticos, según datos de la Business Software Alliance y la Software Publishers Association, de los 523 millones de programas informáticos utilizados en 1996 en todo el mundo, 225 millones, esto es casi la mitad, eran piratas. Ello representó entonces una pérdida de 11,2 billones de dólares.

No es difícil inferir que las implicaciones de un entorno global digitalizado donde las personas actúan desde el anonimato son altamente conflictivas con un sistema de regulación de conductas y atribución de responsabilidades por los actos que se realizan, como lo es el derecho, lo cual hace muy dificultoso establecer regulaciones eficaces en el ciberespacio.

Aún más, algunos autores estiman que la relevancia de la ley como medio de protección de los derechos del autor, se encuentra en franca disminución en la era digital, pues sostienen que: los modelos empresariales y las herramientas tecnológicas evolucionarán en el tiempo para hacer de la ley de derechos de autor una herramienta cada vez menos importante para modelar la conducta de los usuarios en Internet.

En mi opinión aún y cuando el tiempo implique o genere desarrollo, fundamentalmente para las nuevas tecnologías, el derecho de autor juega un papel preponderante y de excelencia para la protección de la creación de las obras pues, las regulaciones jurídicas antes mencionadas protegen los derechos de los autores creadores de este tipo de obras.

Para muchos el propósito *de estos* avances consisten en impedir la reproducción ilegal de productos intelectuales creados con un fin, un objetivo y un destino como los sistemas de codificación y la creación de discos compactos no reproducibles y se ciñen en las vías tecnológicas, absolutizando incluso, la protección de su creación a este medio, degradando la protección jurídica que le aporta el derecho de autor; donde se destacan:

- La fabricación de discos compactos que no pueden ser reproducidos en los computadores, lo cual haría inútil el empleo de aparatos como quemadores de discos compactos, así como la elaboración de copias en las computadoras y, con ello, su distribución a través de internet.
- La inclusión de limitaciones en la obra.
- Existe también una antigua técnica de ocultación de datos que se llama "estegografía" la cual viene del griego *stegos*, que significa cubierta, por lo que estegografía significaría "escritura oculta", la cual está muy relacionada a la criptografía, es por tanto el conjunto de técnicas que nos permiten ocultar o camuflar cualquier tipo de datos.

Sin embargo para muchos hoy en día aún resulta poco claro la posibilidad real de ejercer un control sobre el uso de las obras protegidas por el derecho de autor en internet y en especial la protección de los programas de ordenador; ya que el uso de las obras protegidas por este derecho no cuenta con una regulación específica cuando el acceso a las mismas se realiza en el entorno global de la red.

Ahora, bien, es una realidad que en la red se pueden imponer ciertas restricciones, como lo son las claves de acceso, las Watermarks o la fabricación de discos compactos que no pueden ser reproducidos en los computadores, pero es una realidad también, que estas pueden violarse de manera fácil, así que, aunque se tenga una gran cantidad de protección, hay que tener en cuenta la posibilidad de que esta no sea suficiente, y se haga más necesario el peso de la ley en este sentido.

Por otra parte, el internet es un complejo de sistemas de intercomunicación de computadoras y redes de computadores con alcance mundial, que ofrece indeterminados servicios como: el correo electrónico, o e-mail y otros, por cuanto estos, son medios que permiten una intercomunicación y disponibilidad de las creaciones del intelecto humano nunca antes visto, esta red de redes forma parte una comunidad real, llamada también Ciberespacio, conformada por personas que pueden interactuar entre ellas a voluntad, internet se encuentra realmente abierta a cualquier persona que quiera ingresar sin importar orígenes, nacionalidad, limitaciones físicas y geográficas etc.

Pero la facilidad con que se infringen las leyes y la dificultad para detectarlo y hacerlas cumplir, obliga a quienes tengan un interés legítimo en proteger el derecho de explotación exclusivo del titular del

derecho de autor de una obra, a tener que recurrir más a la tecnología que a las leyes en sí mismas, como serían los dispositivos de autopreparación.

Es evidente que los informáticos y las personas que son capaces de crear estos programas o desarrolladores de sistemas informáticos y su software, no tienen la claridad absoluta de la necesidad de proteger sus derechos y del papel que desempeña el derecho de autor en este sentido o sencillamente llevan en detrimento esta institución. No cabe dudas que el derecho de autor merita un despertar y fundamentalmente en los países en desarrollo, sin hacer un análisis profundo del asunto, pues las regulaciones de estas deben enfocarse más en los adelantos que propicia la ciencia y la técnica.

¿Dónde usted puede registrar su obra?

Registro Nacional del Derecho de Autor

Radica en la sede del CENDA, con un horario de 9.00 a.m. a 12 se realiza el registro y depósito de obras, actos y contratos.

Los tipos de obras que se pueden registrar integran el vasto catálogo de las manifestaciones artísticas y literarias, entre ellas: pinturas, fotografías, novelas, cuentos, poesía, obras de teatro, coreografías, guiones cinematográficos, libretos de radio y televisión, obras musicales, programas de computación y bases de datos, entre otros.

Resulta ser una prueba a primera vista ante tribunales, así como una garantía jurídica de la condición de su autoría y titularidad, por tanto, le es útil no solo a los creadores, sino también a las empresas y entidades que encargan.

4. Conclusiones

El fenómeno del uso masivo de la informática afecta, en primer lugar, a los sistemas informáticos u ordenadores, que ha dejado de ser un bien escaso, para convertirse, prácticamente, en un producto de masas, esto ha provocado un incremento espectacular en las demandas de los programas informáticos que necesitan de la tutela adecuada del derecho de autor para la protección de los derechos del autor de una obra, para la realización, producción y distribución de determinadas informaciones y contenidos especialmente valiosos, desde un punto de vista económico y social frente a los riesgos de una apropiación indebida de dicha información y contenidos por terceros.

La protección jurídica de las creaciones intelectuales relacionadas con la informática presenta dos rasgos peculiares: de un lado la globalización de la economía la cual ha propiciado o está propiciando desde el comienzo una respuesta internacional que asegure una regulación básicamente uniforme a escala mundial, permitiendo que se ajuste a las nuevas reglas en el sistema de protección jurídica de la propiedad intelectual y que, no sea excesivamente traumático. Para ello se encuentran regulada la protección de los programas de computación siempre y cuando cumplan con el requisito de originalidad como obras literarias, a nivel nacional e internacional así como las Bases de Datos.

Además de la Ley 14 de 1977 y los tratados internacionales que protegen los derechos de los autores de programas de computación y bases de datos, existen disposiciones específicas para estos tipos de obras, fue dictada la Resolución Conjunta No. 1, de 21 de junio de 1999 entre el MINCULT y el SIME, la cual establece el reglamento para la protección de los programas de computación y bases de datos, en cuanto a su creación, concertación de contratos, así como su explotación comercial.

Los criterios de los involucrados en las creaciones de este fenómeno del entorno digital, las nuevas tecnologías y la comunicaciones tienen como tendencia en los momentos actuales favorecer más a la tecnología a través de los dispositivos de autopreparación que a las leyes, producto a la facilidad con que se infringen las leyes y la dificultad para detectarlo y hacerlas cumplir, obliga a quienes tengan un interés legítimo en proteger el derecho de explotación exclusivo del titular del derecho de autor de una obra, a tener que recurrir más a la tecnología que a las leyes en sí mismas.

En el mundo del software libre se utiliza el marco legal de los derechos de autor para colectivizar los derechos que el autor tiene sobre el software, incluyendo los derechos de copia, uso y modificación. Lo único que no está permitido hacer es que se apropien de ella.

Bibliografía

1. ÁLVAREZ TABÍO, Fernando (1988) *Comentarios a la Constitución Socialista*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana. Cuba.
2. BARRERA GRAF, Jorge (1963) *El Derecho Mercantil en la América Latina*. Editora Universidad Nacional Autónoma de México.
3. BAUZÁ REILLY, Marcelo, *Nombres de Dominio y Derecho. Problemática y Líneas Evolutivas*. Revista de Derecho e Informática. Disponible en <http://www.funredes.org/mistica/castellano/emec/producción/memorias6/0906.html>.
4. BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo (2004) *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomos I y II. Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Ley general de sociedades. Títulos valores. 2004.
5. BENVENUTO VERA. Ángelo, El Delito Informático, Ley 19.223. Disponible en <http://www.hes-cr.com/secciones/dere-info.htm>.
6. BROSETA PONT, Manuel (1991) *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos S.A, Madrid, España, 1991.
7. CABANELLAS, Guillermo (1989) *Tratado de Derecho Laboral*, Buenos Aires, Editorial Heliatra S.R.L., tercera edición, Tomo II, volumen 3, página 362.
8. CAÑIZARES ABELEDO, Fernando (1979) *Teoría del Estado y el Derecho*. Tomo I, II. Editora Pueblo y Educación. La Habana, Cuba.
9. CEPEDA C., Verónica, *Hacia la Seguridad-Imperio de la Ley*. Diario La Hora, Quito, Ecuador.

10. COLECTIVO DE AUTORES (1999) *El Perfeccionamiento empresarial en Cuba*. Editorial Félix Varela. La Habana.
11. COLECTIVO DE AUTORES (2000) *La empresa y el empresario en Cuba*. Editora ONBC. La Habana. Cuba.
12. COLECTIVO DE AUTORES (2001) *Selección de Lecturas de Derecho de Autor*. Ed. Félix Varela, La Habana.
13. COLECTIVO DE AUTORES (2004) *Nociones de Derecho Mercantil (para estudiantes de contabilidad)*, 1ª ed., Editora Félix Varela, Ministerio de Educación Superior. La Habana.
14. COLECTIVO DE AUTORES (2004), *Nociones de Derecho Mercantil*, Editorial Félix Valera, Ministerio de Educación Superior. La Habana. Cuba, p. 17.
15. COLECTIVO DE AUTORES (2005) *Estudios de Derecho Administrativo*. Editora Félix Varela La Habana. Cuba.
16. COLECTIVO DE AUTORES (2005) *Temas de Derecho administrativo cubano*. Editorial Félix Varela. La Habana. Cuba.
17. COLECTIVO DE AUTORES (2006) *La nueva Universidad Cubana y su contribución a la universalización del conocimiento*. Editora Félix Varela. La Habana. Cuba, pp. 361-389.
18. COLECTIVOS DE AUTORES (2005) *Derecho Constitucional Cubano*. Editorial Félix Varela La Habana.
19. CRUZ, Marta y Emilia HORTA HERRERA (2003) *Selección de lecturas de Propiedad Industrial* (2 tomos), Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba.
20. GARCÍA NOGUERA, Noelia, *Delitos informáticos en el código penal español*, p. 5.
21. GIRALDO, Jaime (1990) *Informática jurídica documental*. Temis. Colombia, p. 192.
22. GONZÁLEZ GÓMEZ, Diego, *Marco Legal en Europa y España Sobre delitos Informáticos*. *Revista de Derecho e Informática*. Disponible en [http://www/funredes.org/mistica/castellano/emec/producción/memorias6/0906.html](http://www.funredes.org/mistica/castellano/emec/producción/memorias6/0906.html).
23. GONZÁLEZ Gómez, Diego: *Marco Legal en Europa y España Sobre delitos Informáticos*. *Revista de Derecho e Informática*. Disponible en [http://www/funredes.org/mistica/castellano/emec/producción/memorias6/0906.html](http://www.funredes.org/mistica/castellano/emec/producción/memorias6/0906.html).
24. LÍBANO MANZUR, Claudio: *Los Delitos de Hacking en sus diversas manifestaciones*. Disponible en <http://www.comunidad.derecho.org/peru.html>.
25. LINEAMIENTOS DEL PARTIDO COMUNISTA DE CUBA (2011), 6to congreso. Año 2011.
26. LIPSZYC, Delia (2000) *Derecho de Autor y derechos conexos*, Tomos I y II, Ed. Félix Varela, La Habana.
27. MAGLIO, Marco (1999) *La tutela dei dati personali*. Napoli, Edizioni Giuridiche Simone.
28. MAZEAUD, Jean (1959) *Lecciones de derecho civil*. Parte Primera. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.

29. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. ONU. *Regulaciones sobre el autoempleo, el trabajo por cuenta ajena.*
30. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (1993) Regulaciones sobre el Derecho Mercantil.
31. RODRIGO URÍA Y MENÉNDEZ AURELIO (Coordinadores) (2001) *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Editorial Civitas S.L, Reimpresión, Madrid, España.
32. RUIZ DE VELASCO, Adolfo (1992) *Manual de Derecho Mercantil*, Editores Deusto S.A., Bilbao, España,
33. SAGUES, Néstor (1994) Habeas data: su desarrollo constitucional, en AAVV, *Lecturas Andinas Constitucionales* N° 3, Comisión Andina de Juristas, Perú.
34. SALAZAR, Edgar (1979) *Cibernética y Derecho Procesal Civil*. Ediciones Técnico-Jurídicas. Caracas, p. 264.
35. TÉLLEZ, Julio (1996) *Derecho informático*. 2a. Edición. México, p. 283.
36. UNED (1996) *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*. XIV Tomos. España.
37. URÍA, Rodrigo (2003) *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Marcial Pons, Madrid. España.
38. VIAMONTES GUILBEAUX, C. Eulalia (2007) *Derecho Laboral Cubano Teoría y Legislación*, segunda edición, Tomo I, editorial Félix Varela, La Habana.
39. VILA NOYA, MSc. Lisette (1999) *El trabajo por cuenta propia en Cuba*. Trabajo de ejercicio académico que le sirvió para homologar en Cuba el título de Máster en Derecho Mercantil y Financiero de la Universidad de Barcelona. España. Editora ONBC. La Habana. Cuba.
40. VIVANTE, César (2003) *Derecho Mercantil*. Tribunal Superior de Justicia Federal. Universidad de Bolonia. Italia. Editora Madrid. España.
41. ZAVARO Barbano, León y Martínez García, Ceferino, *Auditoría Informática. Consultoría Jurídica Internacional*.

Normas jurídicas consultadas:

42. Constitución de la República de Cuba. Reformas aprobadas por la Asamblea Nacional del Poder Popular. Granma, Ciudad de La Habana, edición especial MINJUS, junio 1992. Gaceta Oficial Extraordinaria no. 3, de 31 de enero de 2003.
43. Código de Comercio de 1885 de la República de Cuba.
44. Ley No 7 de 19 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. Modificaciones al amparo del Decreto Ley No. 241. (2006)
45. Ley No. 14 de 1977, Ley cubana de Derecho de Autor
46. Ley No. 49 de 28 de diciembre de 1984, Código de Trabajo. Editora MINJUS. La Habana. Cuba. GOE No. 3 de 24-04-1985.
47. Ley No. 59 de 16 de julio de 1987, Código Civil (1989): Ed. Ciencias Sociales, Ciudad de La Habana. GOE No. 9 de 15-10-1987.

48. Ley No. 62 de 30 de abril de 1988, Código Penal (2004). Editora MINJUS. La Habana. Cuba. GO Esp. No. 3 de 30-12-1987.
49. Ley No. 73 de 4 de agosto de 1994, Ley del Sistema Tributario (s. f.): Ed. Sangova, Madrid, col. Textos Legales. GO Ext. No. 8 de 5-08-1994.
50. Ley No. 77 de 5 de septiembre de 1995, Ley de la Inversión Extranjera, Ed. Sangova, Madrid, col. Textos Legales. GOE No. 3 de 6-09-1995.
51. Ley No. 107, de 1 de agosto de 2009. Ley de la Contraloría General de la República.
52. Ley No. 113, Ley del Sistema Tributario. GOE No. 53, de fecha 21-11- 2012.
53. Decreto Ley No. 67 de 1979. De organización de los Organismos de la Administración Central del Estado. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba. GO Ext. No. 9 de 19-04-1983.
54. Decreto Ley No. 99 de 1987. De las contravenciones personales. Gaceta Oficial Extraordinaria de 25 de diciembre de 1987. La Habana. Cuba. GO Ext. No. 12 de 25-12-1987.
55. Decreto Ley No. 141 de 8 de septiembre de 1993 del Consejo de Estado, Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.
56. Decreto Ley No. 147 de 1995 De reorganización de los Organismos de la Administración Central del Estado. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba. GO Ext. No. no. 2 de 21-04-1994.
57. Decreto Ley No. 174 de 9 de mayo de 1997 del Consejo de Estado, De las contravenciones personales de las regulaciones del trabajo por cuenta propia. Publicado en la Gaceta Oficial de la República, edición ordinaria, de 30 de junio.
58. Decreto Ley No. 199, sobre la seguridad y protección de la información oficial.
59. Decreto No. 100 de 1983. De la Inspección Estatal. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba. GOO no. 14 de 10-02-1982
60. Decreto No. 308 de 2012. Reglamento de las normas tributarias y los procedimientos tributarios. GOE No. 53 de 2012.
61. Resolución No. 1 del Ministerio del Interior. Reglamento sobre la seguridad y protección de la información oficial.
62. Resolución del Ministerio del interior. Reglamento para la Criptografía y el Servicio Cifrado en el territorio Nacional.
63. Resolución No. 6 de 1996. Reglamento sobre seguridad informática. Ministerio del Interior.
64. Resolución No. 60 de 2011. Sobre del sistema de control interno. Contraloría General de la República.
65. Normas de Auditoría. Ministerio de Auditoría y Control. Manual del auditor. República de Cuba.
66. Resolución Conjunta No. 1 de 18 de abril de 1996, "Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia" del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y Ministerio de Finanzas y Precios. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.
67. Resolución No. 11 de 25 de marzo de 2004 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Reglamento sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.

68. Resolución No. 9 de 11 de marzo de 2005 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Reglamento sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.
69. Instrucción No. 27 de 15 de junio de 2006 del Viceministro de Trabajo y Seguridad Social, "Procedimiento para otorgar la Licencia para ejercer el Trabajo por Cuenta Propia". Editora MINJUS. La Habana. Cuba.
70. Compendio de Regulaciones del Ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia y los procesos de reducción de plantillas infladas, Empresa Poligráfica, Holguín, 2011. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.

Diccionarios consultados:

71. DICCIONARIO JURÍDICO ENCICLOPÉDICO. Consultor digital de Honduras. 2005.
72. DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES. Guatemala. 1era edición, versión digital.
73. DICCIONARIO DIGITAL LARROUSE. 2010. Versión Windows.
74. DICCIONARIO DE VOCABULARIO JURÍDICO. Autor: Dr. Oriol Mederos. Editorial Oriente. 1998. Cuba.
75. DICCIONARIO CERVANTES. Autor: Alvero Francés, F. Editorial Pueblo y Educación. La Habana. Cuba. 1980.
76. DICCIONARIO DE SINÓNIMOS Y ANTÓNIMOS. Autor: Sainz de Robles, F. C La Habana. Editorial Científico Técnica. Cuba. 1978.
77. DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES. Argentina, Editora HELIESTA. 1982.
78. DICCIONARIO DE DERECHO. Editorial Porrúa. México. 1997.
79. DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. Editorial Espasa. CALPE. Madrid. 1994.
80. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. 14ª. Ediciones Porrúa UNAM. México. 2000.
81. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Argentina. 1976.
82. DICCIONARIO DE TERMINOS INFORMATICOS. 2003. Editora Ciencias. Cuba.

Páginas web consultadas:

83. <http://vlex.it/vid/informatica-juridica-derecho-informatico-37801867#ixzz1JqNFh6qT>. Consultado el 10 de diciembre de 2012.
84. [http:// law.com – newswire](http://law.com-newswire). Ius cibernética. Consultado 10 de diciembre 2012.
85. <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=292>. Consultado 10 de diciembre 2012.
86. [www.ecured.cu/ Trabajador_por_cuenta_propia/](http://www.ecured.cu/Trabajador_por_cuenta_propia/) 24 de octubre de 2012.
87. [www.cubadebate.cu/ trabajo-por-cuenta-propia-emplea-ya-a-330-000-cubanos/](http://www.cubadebate.cu/trabajo-por-cuenta-propia-emplea-ya-a-330-000-cubanos/) 24 de octubre de 2012.
88. [www.cubasi.cu/ index.php?...trabajo-por-cuenta-propia/](http://www.cubasi.cu/index.php?...trabajo-por-cuenta-propia/) 24 de octubre de 2012.

89. www.slideshare.net/rosafol/el-trabajo-por-cuenta-propia/24 de octubre de 2012.
90. es.wikipedia.org/wiki/Derecho_laboral/24 de octubre de 2012.
91. www.e-conomic.es/programa/glosario/trabajador-cuenta-ajena/24 de octubre de 2012.

LA FIGURA DEL PROGENITOR AFÍN EN LA REFORMA PROYECTADA: ¿SUPERÓ LA FALTA DE LINEAMIENTOS INSTITUCIONALES QUE DETERMINAN SUS ACCIONES

Por María Soledad Briozzo

RESUMEN

Las “familias ensambladas”, como formas de organizar y estructurar los nuevos vínculos familiares, constituyen un verdadero cambio social desde la sanción de la ley de divorcio vincular en nuestro país. Las mismas poseen características propias y, a su vez, cuentan con una dinámica particular, diferente a la familia tradicional. Actualmente, carecen de una normativa específica vigente que regulen sus funciones, donde se establezcan sus derechos y roles. En este trabajo abordaremos los lineamientos institucionales que determinan las acciones del progenitor afín en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, sus responsabilidades y los derechos que propone el nuevo ordenamiento. Desde un punto de vista jurídico y social, se pretende realizar un breve análisis de las normas que dan respuesta a los actuales vacíos legales.

PALABRAS CLAVES

Familias ensambladas – Progenitor afín – Responsabilidades y derechos

THE RELATED PARENT FIGURE IN THE REFORMATION PROJECTED: EXCEEDED THE LACK OF INSTITUTIONAL GUIDELINES THAT DETERMINE THEIR ACTIONS?

By María Soledad Briozzo

ABSTRACT

The "blended families" as ways of organizing and structuring new family ties constitute real social change since the passage of the divorce law in our country. They have their own characteristics and, in turn, have a particular dynamic, different from the traditional family. Currently, lack of specific legislation regulating its functions in effect, establishing their rights and roles. In this work we address the institutional guidelines that determine the actions of the parent related to the Reform Project Civil and Commercial Code, responsibilities and rights proposed by the new order. From a legal standpoint and social, is to make a brief analysis of the rules that respond to current loopholes.

KEY WORDS

Stepfamily – Related parent – Responsibilities and rights

LA FIGURA DEL PROGENITOR AFÍN EN LA REFORMA PROYECTADA: ¿SUPERÓ LA FALTA DE LINEAMIENTOS INSTITUCIONALES QUE DETERMINAN SUS ACCIONES

Por María Soledad Briozzo*

I. Introducción

En respuesta a una realidad social, y tratando de superar la desactualización existente en nuestras normas positivas, producto de las distintas reformas parciales introducidas, se habla de la necesidad de modificar, en forma integral y orgánica¹, el derecho de familia con el propósito de armonizar y resolver cuestiones que hoy día no encuentran una solución en el ordenamiento jurídico vigente. En este orden de ideas, principalmente, los cambios sociales en nuestra sociedad, la incorporación de los tratados internacionales en la reforma constitucional de 1994, la sanción de la ley 26618 de matrimonio entre personas de igual sexo y la vigencia de la ley de divorcio vincular 23515, que posibilitaron el nacimiento de las “familias ensambladas”, desde la celebración de los segundos matrimonios, son algunas de las razones que fundamentan la necesidad de cambio². En razón de lo expuesto, resulta necesario formular modificaciones a nuestras disposiciones legales.

En este contexto, es muy importante reconocer la realidad de las familias para acompañar y mejorar su funcionamiento³; es decir, uno de los roles del Estado es reconocer en su ordenamiento todas las formas de relaciones familiares existentes con la finalidad de garantizar el concepto de “democratización de las familias”⁴. En el Derecho de Familia, la evolución en las relaciones familiares y, la aparición de nuevos principios, tuvieron un gran impacto en nuestra materia de estudio. La denominada “constitucionalización del derecho civil”, la incorporación de los tratados internacionales de Derechos Humanos a nuestra Constitución Nacional y la “democratización de la familia”, los autores contemporáneos entienden que debemos hablar del “Derecho de las familias”, en armonía a la “protección integral de la familia”. En este mismo sentido, los diversos núcleos sociales que constituyen

* Abogada, egresada de la Facultad de Derecho (UBA). Maestranda en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. UBA. Docente de Derecho de Familia y Sucesiones, Filiaciones y Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, UBA. Miembro integrante en Proyectos DeCyT 2012-2014

1 Medina, Graciela. (2012) *Las grandes reformas al Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: véase en versión electrónica www.gracielamedina.com

2 Medina, Graciela. Op. Cit.

3 Grosman, Cecilia (2013) *Familia ensamblada curso 2013 proyecto*. Buenos Aires: material seminario de posgrado

también "familias" merecen su reconocimiento jurídico y tratamiento específico. En líneas generales, coincidimos de que no se trata de una novedad en la sociedad que el grupo familiar se constituya de uno o varios miembros descendientes junto con los otros descendientes provenientes de matrimonios o uniones de hecho anteriores⁵, pero también creemos que es real que en nuestra legislación aún no encuentra disposiciones normativas que otorguen respuestas, ni especial tratamiento, a los diversos aspectos que se presentan, emocionales y legales, que las "familias ensambladas" tienen como efecto en la vida de cada individuo, dejando las soluciones en el ámbito estrictamente privado del núcleo.

Intentaremos en el presente trabajo exponer la evolución constitucional de la familia, la doctrina jurídica nacional, el criterio de la jurisprudencia nacional y extranjera, y en particular, el tratamiento que se da a las "familias reconstruidas" en el Proyecto de Reforma.

II. La familia ensamblada desde sus aspectos psicosociales

De acuerdo al concepto enunciado en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, 1998, llamamos "familia ensamblada" al grupo familiar que tiene su origen en un matrimonio o convivencia y uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos de una unión anterior tengan o no tengan hijos en común. Esta manera contemporánea de organizar a la familia ha sido abordada por distintas disciplinas, como objeto de estudio o hecho social, y se ha logrado investigar y dar respuesta a las distintas situaciones que, este nuevo modelo o forma de familia, presentan. La biología, la psicología y la sociología han logrado elaborar, incluso, conceptos y terminología, a este fenómeno. A su vez, la antropología, la sociodemografía y el campo de la salud mental, desde la década del 70, estudian su dinámica, estructura y comportamiento; el aumento de divorcios, la cantidad de segundos matrimonios y las posteriores uniones, despertaron el interés por descubrir y explicar la estructura de esta forma dominante de organizar la familia⁶. En la actualidad, de las investigaciones empíricas, no sólo podemos observar el importante aumento en el número de rupturas de parejas y la formación de familias ensambladas; sino que también, reflejan que existe un número importante de familias ocultas en el Censo y Encuestas de hogares. Además, de los datos que se recogen, se puede afirmar que cada dos matrimonios se registra un divorcio; el 45% de las parejas que se forman están integradas por hijos de uniones anteriores; el rango de edad del 55% de los cónyuges o convivientes ronda entre los 30 a 49 años, etc.⁷ En otras palabras, las relaciones afines son formas de organización familiar recientes en nuestra historia como resultado, en cierta medida, de la aparición del divorcio vincular.

A nuestro criterio, la carencia de términos que identifiquen a estos vínculos es el resultado de que jurídicamente no fueron actualizados ni tratados adecuadamente. Incluso, haciendo referencia a una observación sociológica, "ni siquiera hay un nombre que indique el grado de relación que tienen dos

4 *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012)*. Buenos Aires, página 72

5 Méndez Costa, María J. (1996) *Alimentos y familia ensamblada*. Buenos Aires: La Ley

6 Grosman, Cecilia; Mesterman, Silvia (1989). Op. Cit.

7 Información publicada en Clarín, 17/08/2011

chicos cuando son hijos de cada miembro de la pareja (...) Si no hay cómo nombrar a estos vínculos, a pesar de que son muy comunes, es porque la sociedad no termina de aceptarlos"⁸.

Por otro lado, las diversas calificaciones que se le otorgan describen su origen y características, se las ha conceptualizado como: "familias reconstituidas", "familias transformadas", "familias rearmadas", o "familias recompuestas"; pero se considera que "familias ensambladas" es la denominación adecuada porque la misma es un subsistema de varias familias⁹.

A través de estas investigaciones y de los diversos estudios, se observan: los vínculos afectivos, la ambigüedad de los roles, la estructura familiar compleja y la dinámica de este nuevo núcleo familiar. En este sentido, para Dora Davison¹⁰ las relaciones ensambladas se caracterizan por tener antecedentes de fuertes sentimientos de tristeza, pérdidas y desilusión. Desde su especialidad como psiquiatra y terapeuta familiar, ha elaborado un concepto de "familia ensamblada" incorporando un elemento bastante relevante desde esta disciplina. Describe a las familias ensambladas como una forma de organización que se conforman, normalmente, sobre el dolor y el sufrimiento, porque es la base común sobre la que tienen origen. Por ello, en el sentir de cada uno de sus integrantes puede generarse cierta confusión, estado de contradicción en las emociones y el plano afectivo. Explica que los vínculos se forman en manera poco espontánea porque se trata de una construcción que los mismos integrantes tienen que ir realizando. Frecuentemente, el sentimiento de culpa o lealtad hacia el progenitor biológico, tiene íntima relación con la idea de "reemplazo". Ello también se debe a que integrar un nuevo núcleo familiar, en este contexto, siempre tiene una connotación individual y distinta, porque cada uno tiene una historia personal y, probablemente, conflictos anteriores no resueltos. Sin embargo, dado que la familia no "es" sino que se "hace"¹¹, el derecho puede realizar importantes aportes a estas situaciones conflictivas bastante habituales¹².

Ciertamente, el derecho tiene que tener en cuenta que nos encontramos en presencia de una estructura que tiene un grado de complejidad, alejada de los modelos convencionalmente llamadas "normales", en los que se desarrollan los vínculos afectivos más importantes. En este plano de falta de claridad o momento de acomodación en relación a la autoridad, pertenencia, lealtad, identidad familiar, el espacio y los lazos, creemos que se presentan situaciones que merecen ser regladas jurídicamente. Al fin y al cabo, la ambigüedad en los roles del cónyuge o conviviente del progenitor, puede afectar en forma negativa la dinámica y la estructura del nuevo núcleo. En ocasiones, se utiliza como parámetro para describir la estructura y organización de la familia ensamblada, el sistema de autoridad; de esta forma, a

8 Faiman, Graciela. *Familias para armar*, La Nación. Buenos Aires, 7/02/ 2010

9 Grosman, Cecilia; Mesterman, Silvia (1989) *Organización y estructura de la familia ensamblada. Sus aspectos psicosociales y el ordenamiento legal*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, publicado 1989-2-29

10 Davinson, Dora (2002) *Los mitos de la madrastra bruja* y "el padrastro cruel. Madres y padres afines. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Nro. 25. Buenos Aires: Lexis Nexis, página 49

11 Grasoman, Cecilia. (2013) Exposición y material de estudio en seminario de posgrado: *La familia ensamblada en el Proyecto de Reforma*. Facultad de Derecho (UBA). Buenos Aires, página 20

12 Kleiman. (2013) Exposición y material de estudio en seminario de posgrado: *La familia ensamblada en el Proyecto de Reforma*. Facultad de Derecho (UBA). Buenos Aires, página 20

través de la diferenciación de roles y funciones, el adulto, que tiene la responsabilidad de brindar protección y formación al menor, utiliza la autoridad para lograr la integración y cuidados¹³.

Una de las dificultades más frecuentes que se debe superar y, normalmente, que se presentan en esta estructura de familia, es la percepción negativa que socialmente tienen los “nuevos padres”; en definitiva, a veces, los estereotipos ejercen efectos adversos o negativos en este sentido, porque en tiempos anteriores se consideró que vivir con un “padrastró”, “madrastro” y “falsos hermanos”, es una situación que social y culturalmente, se rechaza¹⁴.

La familia ensamblada, como venimos haciendo referencia, se trata de un fenómeno social que en la actualidad, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico vigente, carece de todo plexo normativo. Como hemos dicho, en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia que se llevó a cabo en 1998, se elaboró un concepto de la figura de la familia ensamblada, entendida como aquella que tiene su origen en el matrimonio o la convivencia y, en la que alguno de los dos integrantes, tiene ya hijos de uniones anteriores, tengan o no hijos en común. En este orden de ideas, durante las jornadas que se llevaron a cabo en el XVII Congreso Internacional de Derecho de Familia, se puso relevancia a la necesidad social de reconocer, proteger y regular, estos derechos en forma específica.

El principio de protección de la familia consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional, abarca distintos aspectos que el derecho debe respetar y garantizar; desde los cambios que se produjeron en el modelo de familia, lejos de responder a las características inherentes de la “familia tipo”, el derecho ante la *diversidad*, debe garantizar y otorgar protección jurídica a todas las situaciones de familia. Por ello, se deben erradicar los vacíos legales de nuestro ordenamiento.

Por ello, desde el punto de vista del derecho, sostenemos que se debe legislar y establecer normas que determinen eventuales derechos, especiales deberes y responsabilidades, en protección de los hijos afines y, evitar así, cualquier afectación a su identidad y acto discriminatorio. Es decir, el propósito de crear lineamientos legales tiene que ser para “adicionar” y no “reemplazar”.

III. Los fundamentos en el proyecto de reforma y la figura del progenitor afín

Los fundamentos fueron elaborados desde un aspecto valorativo. En líneas generales, se introducen las modificaciones por alguno de los motivos que desarrollaremos a continuación.

- Se trató de elaborar un Proyecto de Código Civil y Comercial que no sólo, proporcione solución a los vacíos legales de nuestro actual ordenamiento jurídico, sino que también incorpore identidad cultural latinoamericana. En este sentido, partieron desde la concepción que tiene por finalidad integrar el bloque cultural latinoamericano¹⁵.
- Por otro lado, conforme al reclamo por parte de la mayoría de la doctrina argentina, recepta la constitucionalización del derecho privado, la importancia establecer una

13 Grosman, Cecilia; Mesterman, Silvia (1989). Op. Cit.

14 Grosman, Cecilia; Mesterman, Silvia (1989). Op. Cit.

15 *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012)*. Op. Cit., página 4

coherencia con los derechos reconocidos en el bloque constitucional y los derechos humanos.

- A su vez, se intenta reemplazar la regulación de los derechos desde una igualdad abstracta por una igual real.
- Además, el sujeto titular de derechos siempre ha sido el hombre. Desde este punto de vista, se intenta utilizar términos igualitarios, basado en un paradigma no discriminatorio. Esto quiere decir entonces que, comienzan a tener recepción sistemática el niño, la mujer, entre otros.
- Por último, se elaboró un Código dirigido a una sociedad multicultural y se regularon muchas conductas sociales que no se habían contemplado.

Desde la reforma constitucional de 1994 se aceptan las diversas formas en que se organizan las familias. Inclusive, tanto la legislación y como la jurisprudencia, le ha otorgado efecto jurídico a diversas relaciones afectivas que se caracterizan por la estabilidad, permanencia, singularidad y publicidad¹⁶. Al fin y al cabo, el derecho a la vida familiar es reconocido como un derecho humano que debe ser armonizado con: el régimen matrimonial, las convivencias de parejas, la igualdad, la solidaridad familiar, la dignidad humana, el nuevo régimen filiatorio, la autonomía de la voluntad y el orden público. El anteproyecto adopta una postura en la que se prioriza la protección a todos los integrantes de un núcleo familiar; en especial, las relaciones derivadas de familias ensambladas con el propósito de proteger todos los intereses y deberes familiares que se vean comprometidos (vivienda, alimentos, comunicación, las palabras que tengan sentidos peyorativos o negativos, la crianza y la educación, los derechos de los niños a mantener el vínculo con sus padres biológicos y la introducción de los referentes afectivos, entre otros aspectos).

IV. La protección integral de la familia en la norma constitucional

La protección constitucional de la familia alcanza a todas las formas de organización familiar, en congruencia con el principio de no discriminación y derecho a la diversidad. Siguiendo esta línea de pensamiento plasmada en nuestra Constitución Nacional, todo acto de distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual, es discriminatorio¹⁷. Asimismo, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires tampoco admite discriminaciones en este sentido; por el contrario, reconoce y garantiza el derecho de ser diferente¹⁸. Además, conforme al espíritu de las normas que conforman nuestro bloque constitucional, surge el principio *pro homine* como parte integrante de los derechos humanos con la finalidad de otorgar garantizar la mayor protección a la persona. Más aún, el concepto constitucional de familia no puede ser interpretado en forma restrictiva. Por el contrario, crea el ámbito de protección en cabeza del Estado como actor responsable de otorgar mecanismos de garantías. Como conclusión a lo expuesto, el derecho a formar una familia es un derecho fundamental; en otros términos, se trata de una

16 *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012)*. Op. Cit., página 84

17 Gil Domínguez, Andrés (1999) *El concepto constitucional de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, página 5

18 Art. 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires

garantía institucional¹⁹ de nuestra Constitución Nacional, y tiene fuerza normativa e imperativa en manera integral²⁰. En igual sentido, fueron incorporados a nuestro ordenamiento jurídico diversos tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en el art. 75 inc.22 CN. La Declaración Universal sobre los Derechos del Hombre establece que los niños tienen derecho a igual protección social, hayan nacido dentro del matrimonio o fuera de él. A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone la igualdad entre los niños (art. 5º).

Más aún, la Convención sobre los Derechos del Niño enuncia la prohibición de distinguir en razón del nacimiento y, en este mismo contexto, se expresa la Declaración Universal de los Derechos del Niño.

V. El parentesco por afinidad en el código civil

Desde la sanción de la ley 23515, muchas de las costumbres implementadas como prácticas diarias en las nuevas familias, pasaron a ser una preocupación por la falta de tratamiento legal. En este sentido, es sabido que, anterior a la sanción de la mencionada norma, dado que el divorcio no otorgaba aptitud nupcial a los cónyuges, las uniones posteriores no tenían efectos civiles y sólo se les reconocía ciertos derechos en el ámbito laboral y de la seguridad social²¹. Lo cual trajo como consecuencias que las nuevas familias, provenientes de uniones no formalizadas, organicen y desarrollen sus actividades diarias en ausencia de normas que brinden protección, legitimen sus derechos y establezcan obligaciones.

En nuestro país, la tenencia de los hijos y el derecho de visitas eran puestos en riesgo por considerarse, a las segundas uniones, contrarias a la moral y a las buenas costumbres e, incluso, imposibilitaban a los progenitores de ejercer sus funciones aun cuando cumplieran con las condiciones para ello. Es más, los jueces, durante el período en que no existía la disolución del vínculo conyugal mas que por la muerte de uno de los contrayentes, sostuvieron dos posturas ante estas uniones o nuevos vínculos maritales consolidados; desde la perspectiva de una primer postura, alegaban que existía un peligro para los menores porque esas convivencias afectaban el normal desarrollo y desenvolvimiento de la personalidad²²; desde una segunda, se accedía a la petición materna que se oponían al trato paterno-filial en el hogar formado entre el padre y la nueva mujer, argumentando que “redundaría en perjuicio del respeto que le deben”²³. Sin embargo, en otros pronunciamientos, se ha sostenido el valor por estas nuevas familias, lo importante que es la integración de los hijos al nuevo grupo, la imagen paterna y la necesidad de no generar mayores confusiones a los niños²⁴; atenuando, a su vez, la marginalidad y el

19 Gil Domínguez, Andrés (1999) Op. Cit., página 6

20 Bidart Campos, Germán (1995) *El Derecho Constitucional y su fuerza normativa*. Buenos Aires, Ediar

21 Grosman, Cecilia; Mesterman, Silvia (1989). Op. Cit.

22 C. Nac. Civ., Sala E, 7/10/1974, LL 1975-A-132; C. Nac. Civ., Sala A, 23/2/1962, LL, t. 106, p. 488; C.

Nac. Civ., Sala A, ED, t. 57-690; C. Nac. Civ., Sala A, 12/2/1980, ED, t. 86, p. 796; C. Nac. Civ., Sala E, 4/2/1982, ED, publicado 25/8/1982

23 C. Nac. Civ., Sala A, 20/6/1955, LL, t. 80, página 169

24 C. Nac. Civ., Sala B, 29/8/1980, ED, t. 91, página 101; C. Nac. Civ., Sala B, 28/6/1977, ED, t. 75, página 471

concepto cultural de nuestra sociedad sobre la familia ensamblada, considerada en sí mismas como algo malo o anormal.

Posteriormente, se introducen varias reformas desde su sanción; producto del parentesco por afinidad establecido en el mencionado art. 363 CC. Es decir, entre un cónyuge y los hijos del otro, matrimoniales o extramatrimoniales, se genera el parentesco por afinidad en primer grado (relación de parentesco por afinidad entre padrastro/madrastra – hijastros/ hijos afines), el cual no desaparece ni se extingue por la muerte o el divorcio vincular²⁵; en cambio, no hay parentesco entre los hijos de los cónyuges que provienen de uniones anteriores y los consanguíneos o afines de su marido o mujer (hermanastros/hermanastras y parientes consanguíneos/ afines sea cual fuere el orden de grado, en línea recta/colateral)²⁶.

De ello, resulta que podemos observar los siguientes efectos civiles de la relación padrastro/madrastra-hijo:

- No pueden celebrar matrimonio el padrastro/madrastra con su hijastra/ hijastro, ni con los descendientes de sus entenados²⁷;
- Se deben alimentos entre sí (padrastro/madrastra – hijastros/ hijastras), en forma subsidiaria, sin que se requiera que convivan, sean hijos matrimoniales o extramatrimoniales del cónyuge²⁸;
- Están a cargo de la sociedad conyugal la manutención de los hijos comunes, los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos del cónyuge²⁹;
- Como consecuencia de la responsabilidad alimentaria que establece el art. 368, C.Civ, el padrastro/ madrastra- hijastro, tienen derecho a pensión;
- Así mismo, la justicia³⁰ decidió que, si el hijastro convive con su padrastro/ madrastra, cualquiera de ellos, tiene derecho a pedir indemnización por la muerte del otro;
- Además, el hijastro tiene derecho a las asignaciones familiares³¹;
- Y se lo debe tener en consideración al momento de determinar las cargas de la familia³²;
- A su vez, en caso de abandono o fallecimiento del locatario, el padrastro/ madrastra- hijastro en forma indistinta, pueden permanecer en la vivienda locada³³;
- La tenencia judicial del hijastro puede ser pedida por el padrastro/ madrastra si,

25 Grosman, Cecilia- Mesterman, Silvia (1989). Op. Cit., página 6

26 Grosman, Cecilia- Mesterman, Silvia (1989). Op. Cit., página 6

27 Art. 166, inc. 4°, Cód. Civil

28 Art. 368, Cód. Civil

29 Bossert-Zannoni, Méndez Costa, M. J., "Las deudas de los cónyuges", Astrea, Buenos Aires, 1979, página 203

30 Corte Sup., 11/9/1986, ED, 30/6/1986

31 Decreto 3082/1969 Ver Texto reglamentario de la ley 18017

32 Corte Sup., 25/9/1975. Rev. "Derecho del Trabajo", t. 64, página. 275

33 Art. 9, ley 23091

en caso de muerte, ausencia, abandono o falta de idoneidad³⁴;

- En este sentido, se encuentran obligados, el padrastro/ madrastra, a poner en conocimiento de los magistrados cualquier situación de orfandad o tutela vacante del hijastro³⁵;
- El padrastro/ madrastra pueden reclamar el derecho de trato y comunicación con los hijos menores o mayores incapaces de su cónyuge³⁶; es decir, los parientes que se deben recíprocamente alimentos, tienen derecho de visitas en caso de disolución conyugal por muerte o divorcio vincular³⁷.

En suma: el tratamiento que se le brinda a las relaciones jurídicas de los integrantes de una "familia ensamblada", en nuestro actual ordenamiento, de acuerdo a la doctrina mayoritaria³⁸, son en forma individual y, en este sentido, no se consideran mecanismos de integración.

VI. El progenitor afín en el proyecto de reforma

Por el contrario, en el anteproyecto, se le otorga especial tratamiento a la "familia reconstituida", porque se determinan responsabilidades y derechos específicos que se protegen. Bajo la órbita del parentesco por afinidad se establecen las normas jurídicas que regulan las relaciones dentro del núcleo familiar de una "familia ensamblada", en forma global.

Por un lado, determina que el parentesco por afinidad es entre el segundo cónyuge y los hijos del primer matrimonio. Cabe señalar, en sí, que no crea vínculo jurídico alguno entre los parientes de uno de los cónyuges y los parientes del otro y, en principio, la convivencia entre parejas no genera parentesco, pero se establecen los mismos efectos que a los cónyuges y, los deberes que se disponen, cesan una vez que finaliza la unión con el progenitor³⁹.

Como hemos explicado, de la interpretación que surge del art. 363 del CCiv., se establece la afinidad entre el segundo cónyuge y los hijos del primer matrimonio del consorte⁴⁰. Es decir, si bien entre el padrastro o la madrastra, en relación al hijo del cónyuge, sean matrimoniales o extramatrimoniales, hay parentesco por afinidad, es importante saber que en la actualidad se excluye la afinidad entre el divorciado y los hijos de su ex-cónyuge concebidos después de la disolución del matrimonio y entre el cónyuge y los hijos de su consorte concebidos durante el matrimonio⁴¹.

34 Grosman, Cecilia- Mesterman, Silvia (1989). Op. Cit., página 7

35 Art. 378, Cód. Civil

36 C. Nac. Civ., Sala B, 22/11/1966, LL, t. 80, página 169

37 Art. 376 bis, Cód. Civil

38 Grosman, C, Herrera, M. y otros.

39 Medina, Graciela. (2012). Op. Cit., página 14

40 Mazzinghi, Jorge Adolfo, "Derecho de Familia", t. III, N° 670, la. ed., Buenos Aires, 1981. En sentido contrario: "El parentesco por afinidad deriva exclusivamente del matrimonio, pero se extiende a todos los parientes del cónyuge, sean legítimos, naturales o adoptivos (en las legislaciones que aceptan esta institución)"; Busso, Eduardo B., "Código Civil anotado", t. II, 2a. parte, com. al art. 363, N° 4, Buenos Aires, 1958

41 IV Jornadas de Morón cit., sobre ponencia de Grosman, C. y Martínez Alcorta

A. El rol y sus funciones

Una de las características principales y destacables, del rol del progenitor afín, es el cambio que se produce en la función que cumple. Anteriormente, sólo cumplía un rol sustituto y de reemplazo ante la muerte de alguno de los padres biológicos. En esta etapa histórica se plantea una cooperación natural que deriva de la convivencia⁴².

Se le atribuyen en forma obligatoria al padre afín, sea cónyuge o conviviente de un progenitor:

- La obligación de cuidado y de alimentos, y la posibilidad de delegarle, parcial o totalmente, la responsabilidad parental del hijo propio;
- Además, debe cooperar en la crianza y educación, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico, y adoptar las decisiones que sean necesarias ante situaciones de urgencia, siempre prevalece el criterio del progenitor ante cualquier situación de desacuerdo;
- El rol del padre afín cumple una función de carácter complementario⁴³ y los padres conservan un rol principal; de esta manera, no se trata de una figura que reemplaza ni sustituye sino que brinda colaboración y apoyo con conductas positivas dentro de la organización de la familia, resguardando su estabilidad a través de las reglas de convivencia y acuerdos o conformidades otorgadas por el progenitor que no convive con los hijos⁴⁴.

En este orden de ideas, consideramos que en el anteproyecto, se le brinda mayor legitimidad a las funciones que realiza el progenitor afín en todas las actividades cotidianas, porque forma parte del ámbito de las prácticas sociales del niño o adolescente⁴⁵ y, además, se encuentran enmarcados como figuras familiares⁴⁶.

42 Grosman, C. (2013). Op. Cit., páginas 51 y 52. En este contexto, se plantea un rol complementario porque, aunque se encuentren presentes el padre/ o la madre, el cónyuge o conviviente, colabora en las actividades y transmite: valores, modelos de conducta, participa en la organización del hogar, cumplen con las reglas de convivencia, son sostén emocional-manutención de los hijos afines. En efecto, cuando es la propia madre que desautoriza o contradice el rol del padre afín, para el niño, se convierte en una persona no creíble por no darle apoyo simbólico (Doltó)

43 Marisa Herrera describe esta función complementaria con sencillez, "la vida en común puede gestar lazos y afectos profundos que forman parte del derecho a la identidad de un niño o adolescente en su faz dinámica y exige su preservación" y, a su vez, describe la dinámica real de la vida cotidiana de una "familia ensamblada".

44 Art. 673. En este caso, la norma tiene como antecedente al art. 299 del Cód. Civil Suizo, dice: "apoyar al cónyuge de manera apropiada en el ejercicio de la responsabilidad parental sobre los hijos nacidos de otra unión y representarlo cuando las circunstancias lo exijan".

45 Grosman, C. (2013), Op. Cit., página 54. Menciona algunos ejemplos: "firmar boletines, anotar al niño a torneos recreativos, llevarlos o traerlos del colegio, acompañarlos al médico, colaborar con las tareas escolares, etc."

46 Grosman, C. (2013), Op. Cit., página 57.

B. La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor afín. Supuestos y alcances de su procedencia

Es un hecho de la realidad cotidiana, revelados de distintas investigaciones realizadas en nuestro país, principalmente, la existencia de una demanda social por crear y acordar, los derechos y deberes entre el padre/ madre afín y los hijos del cónyuge o conviviente. En otras palabras, se trata de la necesidad de establecer los referentes legales para ordenar la dinámica familiar en un contexto jurídico.

La respuesta en el proyecto de reforma se concentra en tres ejes: por una parte, prevé una norma general, considerando el interés del niño y, por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgada a un pariente o tercero idóneo. Una vez que la persona acepta la delegación, el acuerdo debe ser presentado para su homologación judicial, debiendo oírse necesariamente al hijo. El mismo, tiene un plazo máximo de un (1) año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas⁴⁷; por la otra, se prevé una norma específica que determina las funciones y el alcance, para el progenitor afín. De esta forma, el progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir con la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que existiera imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuere conveniente que este último asuma su ejercicio⁴⁸. Finalmente, en caso de muerte, ausencia, incapacidad o capacidad restringida del progenitor que no ejerce la responsabilidad parental, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente, colocando al progenitor afín en una posición de mayor participación en la vida del niño⁴⁹. El ejercicio conjunta de la responsabilidad parental se extingue con la ruptura del matrimonio o unión convivencial.

47 Grosman, C. (2013), Op. Cit., páginas 65-66. Art. 643, los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Si bien, no se aplica la necesidad de homologación judicial si hay acuerdo con el otro progenitor, el niño o adolescente, deben ser escuchados.

48 Grosman, C. (2013), Op. Cit., página 64. La enumeración del art. 674 es enunciativa porque, incluso, puede resultar necesaria también cuando se trate por razones de trabajo, reuniones científicas o para cuidar a un pariente muy cercano. Por otro lado, la homologación judicial no es necesaria si el otro progenitor acuerda o presta su conformidad en manera expresa a la delegación. Siempre se tendrá en cuenta el interés superior del niño, las atribuciones del progenitor delegante y, sumado a ello, se establece que estos acuerdos podrán quedar sin efecto por voluntad de las partes o por hechos que puedan lesionar los derechos del hijo.

49 Grosman, C. (2013), Op. Cit., páginas 67-69. Art. 675, es decir, el progenitor afín deja de cumplir un rol con funciones complementarias o de mero "cooperador" en la crianza. Se trata de un acuerdo que debe ser homologado judicialmente, frente a cualquier conflicto entre el progenitor y su cónyuge o conviviente, prima la opinión de aquél. En *Inglaterra*, el padrastro/ madrastra pueden obtener la responsabilidad parental mediante un acuerdo formal o una orden judicial. Si se trata de un caso de responsabilidad parental compartida, ambos progenitores deberán firmar el acuerdo. Si el padre no guardián no presta su conformidad, estará a criterio de la apreciación del juez si otorgar estas órdenes favorece el interés del niño. La "*Residence Order*" les permite tomar decisiones relativas al cuidado del niño, sin que se vulneren los derechos de comunicación con el niño o sus derechos sobre éste. En cambio, en *Dinamarca* y los *Países Bajos*, el progenitor afín puede participar en el ejercicio de la autoridad parental únicamente cuando es ejercida en forma exclusiva por el padre conviviente.

C. Los derechos que surgen de la guarda del cónyuge o conviviente del progenitor

En la actualidad, se considera al padre/ madre afín un guardador de hecho en relación a los hijos de su cónyuge o conviviente, siempre y cuando, se encuentren en situación de convivencia. Es decir, la persona que de hecho tiene el gobierno y cuidado material y moral del menor, cualquiera fuese la circunstancia que haya dado lugar a esta situación, tiene el carácter de guardador de hecho⁵⁰ y, como exigencia, se debe cumplir con el art. 707 del Cód. Civil., porque el niño o adolescente deben ser escuchados.

En este contexto, el proyecto plantea la posibilidad, en supuestos de especial gravedad, que el juez puede otorgar la guarda a un tercero, pariente o no, por un plazo de un (1) año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Una vez que vence el plazo, el juez deberá resolver la situación del niño o adolescente mediante otra figura que regula el Código. De esta manera, el guardador responde por el cuidado personal del niño o adolescente y se encuentra facultado para tomar decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la queda en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio, la responsabilidad parental⁵¹. Y la misma, cesaría en caso de ruptura de la unión, o a petición de una de la parte interesada, o cuando resultare perjudicial para el niño o adolescente.

D. Ruptura de las uniones en las convivencias de parejas, ¿qué consecuencias jurídicas tienen?

A continuación, expondremos algunas de las consecuencias jurídicas que se modifican cuando se produce la ruptura en una pareja que convive. En este sentido, describiremos las cuestiones que mayor relevancia tienen y que están incorporadas en el Proyecto de Código Civil y, a su vez, algunos elementos que fueron utilizados para dar respuesta y solución a un caso que se inicia con el reclamo de un hijo que exigió a su progenitor matrimonial la satisfacción de la pensión alimentaria ya que tenía sentencia judicial⁵², en nuestro orden jurídico actual.

En principio, el Proyecto, establece que ante la ruptura cesa el deber alimentario del cónyuge o conviviente respecto de sus hijos afines, salvo, que este cambio le ocasione un daño grave al niño. Pero el juez sólo fija una cuota alimentaria transitoria teniendo en cuenta las condiciones del obligado, las necesidades del alimentado y la duración de la convivencia⁵³.

50 Grosman, C. (2013), Op. Cit., página 73

51 Grosman, C. (2013), Op. Cit., página 74-76. Art. 657, se trata de una vía idónea para que el progenitor afín pueda tener acceso a ciertos beneficios: "obra social, vivienda, plan trabajar, asignaciones familiares, entre otros." En suma, presenta características propias, se trata de una guarda que se ejerce junto al progenitor que tiene a su cargo el cuidado del hijo y, además, ejerce la responsabilidad parental.

52 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C (CNCiv)(SalaC) ~ 1995/12/21 ~ D. la A., M. C. c. R., U.

53 Art. 676, Proyecto de Cód. Civil: "La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el

Además, establece que los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad de obrar restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de éstos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado...”, resguardando el derecho de comunicación del progenitor afín y los hermanos afines. Asimismo, extiende este derecho a favor de quienes justifiquen *un interés afectivo legítimo*. Por otro lado, el juez también puede disponer medidas para asegurar el cumplimiento de la norma; es decir, puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia.

En relación a los alimentos, según el fallo de referencia, el hijo afín intentó embargar bienes de la nueva esposa de su progenitor afín, argumentando que se tratan de bienes incorporados al patrimonio luego de haber celebrado el matrimonio, por lo tanto, se presume su carácter de ganancialidad⁵⁴. En otras palabras, la acción del hijo afín no fue entablada por alimentos, sino que pretendió cobrarse sobre los bienes de la segunda esposa el crédito correspondiente, contra el padre afín, por cuotas alimentarias vencidas.

En suma, la sentencia es conforme a derecho, se resolvió por aplicación de la regla de la separación de deudas de los cónyuges frente a una deuda personal del marido⁵⁵; la deuda por alimentos está sometida al régimen de las deudas personales aplicándose el art. 5° de la ley 11.357.

VII. Los derechos del niño y su protección

Al inicio de nuestro trabajo, intentamos reflejar algunos datos recogidos de la realidad en la que los niños están creciendo. En líneas generales, como cada vez es mayor la cantidad de niños que convive con uno de sus padres y su pareja⁵⁶, en razón del aumento de los hogares ensamblados, analizaremos sus derechos a la luz de la Convención de los Derechos del Niño.

Al respecto, la Convención de los Derechos del Niño, en el art. 5 reza: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de duración de los vínculos.”

54 Méndez Costa, María J. (1996), Op. Cit., página 1. Explica que el art. 363 del Cód. Civil, sólo existe parentesco por afinidad entre el segundo cónyuge y los hijos del primer matrimonio de su consorte.

55 Méndez Costa, María J. (1996), Op. Cit., página 3

56 Grosman, Cecilia (2013). Op. Cit.

A. El deber alimentario del conviviente establecido en los arts. 5 y 27.2 de la Convención

En el texto legal se establece la responsabilidad alimentaria del conviviente como guardador de hecho del niño, de carácter subsidiario, por tratarse de "otras personas encargadas del niño".

En principio, el derecho a la identidad tiene dos aspectos que se deben siempre observar: por un lado, el derecho a la identidad tiene una faceta "estática", que se refiere al origen biológico de la persona o del niño, y una faceta "dinámica", que se conforma de los elementos ideológicos culturales y vitales de la personalidad de un individuo⁵⁷.

Aclarado ello, se recogen de este pronunciamiento, varios aspectos que son tutelados por la misma Convención. En síntesis, la sentencia a la que hacemos referencia es conforme a derecho.

VIII. El orden sucesorio: ¿Incorporación o modificación?

Desde el punto de vista social, una parte considera legítimo que el hijo afín herede al padre afín, porque si hubo una convivencia de muchos años, habiendo logrado la integración familiar y un vínculo afectivo, correspondería; de lo contrario, como la sucesión ab intestato se determina por el parentesco consanguíneo, el padre afín, podría ejercer su voluntad por vía del testamento hasta el límite de la porción disponible.

A continuación, expondremos algunas propuestas por parte de la doctrina para superar esta realidad en la familia ensamblada:

- 1) X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, se llegó a la conclusión de la necesidad de crear un nuevo orden sucesorio (setiembre de 1998, tomo III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 306);
- 2) María Josefa Méndez Costa está de acuerdo y apoya la necesidad de estudiar el derecho sucesorio del hijo afín y progenitor afín (La familia en el nuevo derecho, t.1, p.514);
- 3) Modificar el orden sucesorio e incorporar al hijo afín, sin calidad de forzosos y con el requisito de haber convivido entre ellos durante cinco años (Cuartas Jornadas Interdisciplinarias de Derecho de Familia, Minoridad y Sucesiones de Morón, 1995, ponencia: Dolores Loyarte y Silvana Ballarin);
- 4) Aumentar la porción disponible para mejorar la situación de los hijos afines o, bien, crear una cuota disponible especial para los hijos;
- 5) Además, se ha sugerido un sistema donde los bienes propios de un cónyuge que provienen de la unión anterior sean heredados por los hijos nacidos del vínculo precedente. En cambio, sobre los bienes gananciales de la segunda o ulterior unión heredarían los hijos propios y afines.

57 Grosman, Cecilia (2013). Ob. Cit. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo, San Francisco, Córdoba, sentencia 13/12/2012

En otras palabras, se abre el debate ya que entran en juego el lazo afectivo, las emociones personales de cada uno de los integrantes y los sentimientos que generan estas situaciones. Habría que analizar qué propuesta resulta la más idónea y eficaz para dar respuesta, si la incorporación o modificación en el derecho sucesorio, y bajo qué términos y condiciones.

IX. La adopción por integración como mecanismo para otorgar entidad jurídica a los vínculos familiares

Ante el silencio en nuestro ordenamiento jurídico de normas específicas, se acude a la adopción de integración con el propósito de consolidar la relación entre el progenitor afín y su hijastro/hijastra, para que se le otorgue entidad jurídica al vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro⁵⁸.

En este sentido, nuestro Código contempla preceptos que le dan tratamiento particular a la adopción del hijo del cónyuge, establece que toda persona que cumpla con las condiciones previstas por la ley puede solicitar la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, sea que se trate de una filiación matrimonial, extramatrimonial o que derive de la adopción (art. 315, Cód. Civil)⁵⁹. Si bien, en nuestro país, no existen datos sobre el número de adopciones con fines de integración, se trata del mecanismo utilizado para que los hijos de la mujer sean adoptados por su nuevo marido. El régimen establecido por la ley 24779 sólo elimina el requisito de la diferencia de edad cuando se trata del cónyuge supérstite que quiere adoptar al hijo adoptivo del cónyuge premuerto⁶⁰.

En líneas generales, la ley admite la adopción del hijo del concubino/a, hijos mayores o menores emancipados del cónyuge o concubino, siendo necesario, en este último supuesto, el consentimiento del adoptado, pero no así por parte de los padres biológicos ya que no ejercen sobre ellos la responsabilidad parental⁶¹. Sin embargo, se trata de un requisito esencial citar a los progenitores del menor con el

58 Grosman, C.; Martínez Alcorta, I. (1998) *La adopción de integración y la familia "ensamblada"*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, página 1. "En este sentido, aún cuando los caminos difieran en las soluciones, compartimos la inquietud de Elsa Arias de Ronchietto de dar entidad propia al vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro, que la autora denomina "filiación por afinidad" ("La adopción", ed. Abeledo-Perrot, 1997). En las I Jornadas Interdisciplinarias de Derecho de Familia, Minoridad y Sucesiones, 9 a 11/11/95, se propició el estudio de una regulación jurídica específica que contemple los derechos y deberes entre padre/madre afín e hijo afín."

59 Grosman, C.; Martínez Alcorta, I. (1998), Op. Cit., página 2. En el derecho comparado (Francia, Suiza, Luxemburgo, Alemania, Bélgica, Portugal y San Salvador) se atenúan las exigencias, tanto las que se refieren a los requisitos de edad, como las que tratan la diferencia de edad que debe existir entre el adoptante y el adoptado; por el contrario, en nuestra jurisprudencia el "interés superior del niño" es el principio que ha fundamentado flexibilizar las normas cuando se trata de una adopción por integración.

60 Artículo 312: "Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges. Sin embargo, en caso de muerte del adoptante o de ambos cónyuges adoptantes, se podrá otorgar una nueva adopción sobre el mismo menor. El adoptante debe ser por lo menos dieciocho años mayor que el adoptado salvo cuando el cónyuge supérstite adopta al hijo adoptado del premuerto." Juzg. Nac. Civ. Cap. Fed., n. 23, exp. 13249/90, cit. por Moreno G., art. cit. D'Antonio considera, en cuanto a la diferencia de edad, que la situación debiera resolverse por los jueces en cada caso concreto y que especialmente deberá contemplarse este aspecto en las adopciones de integración que autoriza a soslayar diversas disposiciones por sus características específicas (Hugo D' Antonio, "Régimen legal de la adopción", Rubinzal-Culzoni Edit., Buenos Aires, 1997, p. 49).

61 Artículo 311, ley 24779: "La adopción de menores no emancipados se otorgará por sentencia judicial a instancia del adoptante. La adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado puede otorgarse, previo

propósito de que presten su consentimiento y sea otorgada la guarda con fines de adopción⁶²; a excepción del supuesto en que se adopta al hijo del cónyuge⁶³. Asimismo, la adopción simple extingue el ejercicio de la patria potestad de los padres biológicos a excepción de la adopción del hijo del cónyuge⁶⁴.

Asimismo, el criterio en nuestro orden jurídico, es admisión de la adopción simple cuando se adopta al hijo del cónyuge, permitiéndole al niño conservar sus vínculos con su familia de origen, preservando los efectos que derivan de ello⁶⁵. Uno de los efectos jurídicos más relevantes, en las relaciones de familia, es que el adoptado llevará el apellido del adoptante, generando así unidad y sentimiento de pertenencia dentro de la familia ensamblada.

En razón de lo expuesto, entendemos que se trata de un mecanismo de integración y unidad familiar, pero que no necesariamente resulta ventajosa en algunos supuestos y, coincidimos (Grosman, C.; Martínez Alcorta, I., 1998), que debe considerarse el interés superior del niño como así también se debe analizar el punto de vista del padre biológico no conviviente y su familia. De todos modos, se podría legislar en forma específica, sobre derechos y deberes entre un cónyuge y los hijos del otro, otorgando pertenencia e identidad al niño dentro del núcleo de la familia ensamblada.

X. Un caso de familia ensamblada en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Analizaremos en esta oportunidad un reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso que se relaciona con el objeto de nuestro trabajo: "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", sentencia del 24 de febrero de 2012⁶⁶.

consentimiento de éstos cuando: 1. Se trate del hijo del cónyuge del adoptante. 2. Exista estado de hijo del adoptado, debidamente comprobado por la autoridad judicial."

62 Artículo 317, ley 24779: "Son requisitos para otorgar la guarda: a) Citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. El juez determinará, dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación. No será necesario el consentimiento cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad Judicial. Tampoco será necesario cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad, o cuando hubiesen manifestado Judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción. b) Tomar conocimiento personal del adoptando; c) Tomar conocimiento de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los adoptantes teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor con la efectiva participación del Ministerio Público, y la opinión de los equipos técnicos consultados a tal fin.

d) Iguales condiciones a las dispuestas en el inciso anterior se podrán observar respecto de la familia biológica. El juez deberá observar las reglas de los incisos a), b) y c) bajo pena de nulidad"; salvo, que se encuentre privado del ejercicio de la patria potestad de acuerdo a los supuestos que dispone el art. 307 del Cód. Civil

63 Art. 316, Cód. Civil

64 Art. 331, Cód. Civil

65 Grosman, C.; Martínez Alcorta, I. (1998), Op. Cit., página 6. Se refiere a la historia personal, su derecho a la identidad, los derechos alimentarios y sucesorios.

66 Resumen oficial emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, versión electrónica en

I. Los hechos

En relación con un proceso de custodia interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre biológico de las niñas M., V. y R., hijas en común con la señora Karen Atala Riffo, consideró que su orientación sexual y particular convivencia con su pareja del mismo sexo, causaban un daño a las niñas.

II. La cuestión controvertida

Una vez separados de hecho, los padres biológicos, de común acuerdo celebraron un convenio por el cual la madre de las niñas tendría a su cargo la tenencia. Posteriormente, el padre alega que se encuentra en peligro el desarrollo emocional de sus hijas ya que la situación fáctica en la que había sido otorgada la tenencia a favor del otro progenitor a través del convenio, había cambiado. En efecto, la Sra. Atala y las niñas estaban conviviendo con su compañera. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de Chile otorga la tuición definitiva al padre.

III. La decisión del Juzgado de Menores de Villarrica

Las dos principales decisiones que fueron adoptadas en el Juzgado de Menores de Villarrica, son: en primer lugar, el 2 de mayo de 2003 le concedió la custodia provisional al padre de las niñas sin haber elementos que permitieran presumir alguna inhabilidad legal de la madre. Argumentó así diciendo: “que [...] la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, [...] alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas”, y ii) “que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobra[n] gran importancia”. Luego, el 29 de octubre de 2003 rechazó la demanda instada por el padre considerando que, en base a la prueba existente, la orientación sexual de la madre de las niñas no representaba un impedimento para desarrollar, en forma responsable, su maternidad.

IV. La decisión de la Corte de Apelaciones de Tamuco

El 30 de marzo de 2004 la Corte de Apelaciones confirmó la Sentencia. No obstante, el 31 de mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por el padre de las niñas, y le concedió la tuición definitiva, indicando: “en todas las medidas que le conciernan [a los niños y niñas], es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres”. Y que la madre de las niñas “ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que llevaba a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas”.

V. La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana declaró a Chile responsable internacionalmente por vulnerar normas de carácter general de la Convención Americana, en perjuicio de la señora Karen Atala Riffo, y no cumplir con la obligación de respeto y garantía.

Cabe señalar que la Corte advierte que el derecho de igualdad y la no discriminación generan una obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana y, en este sentido, estableció que la orientación sexual y la identidad de género se encuentran protegidos en la categoría de "otra condición social". En este contexto, una norma o decisión estatal que restrinja o disminuyan los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, constituye un acto o práctica discriminatoria.

Por otra parte, la determinación del interés superior del niño y las presunciones de riesgo, no pueden ser elaboradas sobre la base de especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características generalizadas de los padres o por su orientación sexual. De este modo, la condición social no puede ser un elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

Ciertamente, la Corte sostuvo que el derecho a la vida privada y vida familiar se caracterizan por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, señaló que la Corte Suprema de Justicia violó el derecho de las niñas a ser oídas. En especial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció distintas medidas de reparación y, en este sentido, obligó al Estado a brindar atención médica y psicológica en forma gratuita, inmediata y efectiva a las víctimas; publicar el resumen oficial de la Sentencia; a reconocer en un acto público su responsabilidad internacional; implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación, dirigidos a funcionario públicos y judiciales; y a pagar determinadas cantidades en concepto de indemnización por daño material e inmaterial y reintegro por costas y gastos. Asimismo, la Corte supervisará al Estado chileno por el cumplimiento íntegro de la Sentencia⁶⁷.

XI. Conclusiones finales

La existencia de las familias ensambladas, como nuevas formas de organización y estructura del núcleo de la vida familiar, distinta a la forma tradicional, justifica que se realicen nuevas propuestas que puedan ser incorporadas a nuestro actual ordenamiento, tanto para fortalecer como para contribuir a una protección jurídica integral y, cubrir así, los vacíos legales. En este sentido, aun cuando se formulan distintos caminos para brindar soluciones, es de gran importancia legislar y darle verdadera identidad al vínculo entre el progenitor afín y los hijos del cónyuge o conviviente.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- BIDART CAMPOS, Germán (1995) *El Derecho Constitucional y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar.
- BELLUSCIO, Augusto C. (2006) *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, t. 1.
- BORDA, Guillermo (1993) *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- BOSSERT, Gustavo (1999) *Régimen jurídico de los alimentos*. Buenos Aires, Astrea.
- FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G. (2011) *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMÁ, María Victoria y Herrera, Marisa (2006) *Derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, t. 1.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (1999) *El concepto constitucional de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- GROSMAN, Cecilia P. (1998) *¿Debe regularse a las convivencias de pareja?* Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- GROSMAN, Cecilia P. y HERRERA, Marisa (2007) *Un fallo que actualiza el debate sobre la diada alimentos a los hijos y derechos humanos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- GROSMAN, Cecilia P., MARTÍNEZ ALCORTA, Irene (1995) *Vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro en la familia ensamblada. Roles, responsabilidad del padre o madre afín (padraastro/madrastra) y los derechos del niño*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- GROSMAN, Cecilia P. y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene (1998) *La adopción de integración y la familia "ensamblada"*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- GROSMAN, Cecilia P. y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene (1998) *El derecho a la vivienda de los hijos menores en la familia ensamblada (nuevas uniones después del divorcio o viudez)*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- GROSMAN, Cecilia P.; MESTERMAN, Silvia (1989) *Organización y estructura de la familia ensamblada. Sus aspectos psicosociales y el ordenamiento legal*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- MAZZINGHI, Jorge (1972) *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1972

67 Resumen oficial emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Op. Cit.

- MAZZINGHI, Jorge A. (1996) *Derecho de Familia, tomos. 1 y 2*. Buenos Aires, Ad. Abaco.
- MEDINA, Graciela (2012) *Las grandes reformas al Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires, véase en versión electrónica www.gracielamedina.com
- ZANNONI, Eduardo A. (1998) *Derecho de Familia, tomo 1*. Buenos Aires, Astrea.

LA PROCEDENCIA GEOGRÁFICA DE LOS PRESIDENTES ARGENTINOS QUE EJERCIERON FUNCIONES DESDE 1916 HASTA LA ACTUALIDAD

Por Alberto Castells y Gregorio Halaman

RESUMEN

En el marco de una línea de investigación de mayor alcance sobre la institución presidencial argentina se identifica la procedencia geográfica de los presidentes del período 1916-2013; y se analizan los efectos del grado de desarrollo de los lugares de origen de los aspirantes a la presidencia sobre sus posibilidades de acceso al gobierno y sobre su disposición hacia la democracia. Los que provenían de pequeñas ciudades tuvieron las mejores posibilidades de acceso al gobierno durante el periodo; los de zonas rurales o pueblos fueron los más relegados. La profundización de la democracia favoreció las posibilidades de los que provenían de los lugares más poblados. Entre los que provenían de zonas rurales o ciudades pequeñas prevalecía la identificación con proyectos antidemocráticos; entre los de las grandes ciudades, la inclinación hacia la democracia. Cada uno de los diversos escenarios institucionales que se alternaban parece haber generado sus propios emergentes.

PALABRAS CLAVE

Sistema político argentino - Estructura- Función – Perfil presidencial - Procedencia geográfica

GEOGRAPHIC ORIGIN OF ARGENTINIAN PRESIDENTS IN CHARGE FROM 1916 TO PRESENT

By **Alberto Castells and Gregorio Halaman**

ABSTRACT

Along the line of a broad research on presidential institution in Argentina, geographic origins of presidents between 1916 and 2011 are identified, and effects of development standards of birthplaces of presidential candidates on their chances to reach presidency and their attitudes towards representative democracy in the studied period are analyzed. Candidates coming from small cities had the best chances to reach presidency; those coming from rural areas or villages were the most left out. The enhancement of representative democracy increased chances for candidates coming from the largest cities. Antidemocratic sympathies prevailed among candidates coming from rural areas, villages and small cities; leaning to representative democracy prevailed among those coming from largest cities. Each institutional scenario of this period seems to generate its own emergent.

KEY WORDS

Argentine political system – “Hiperpresidencialismo” – Structure – Function – Presidential profile -
Geographic origin

LA PROCEDENCIA GEOGRÁFICA DE LOS PRESIDENTES ARGENTINOS QUE EJERCIERON FUNCIONES DESDE 1916 HASTA LA ACTUALIDAD*

Por Alberto Castells** y Gregorio Halaman***

Introducción

En el marco de una línea de investigación de mayor alcance sobre la institución presidencial en el sistema político argentino¹ estudiamos como segmento autónomo la procedencia geográfica de los presidentes argentinos. Esta indagación inédita se encuadra en la tradición teórica que destaca el análisis de las condiciones sociales en las posibilidades de surgimiento e incluso en las inclinaciones políticas de los actores², en contraposición a las tesis clásicas que tienden a explicar tales procesos a partir de los rasgos individuales de los protagonistas³.

En el estudio examinamos la procedencia geográfica de los presidentes argentinos que ejercieron sus funciones durante el período que transcurre entre 1916 y 2013. Empezamos por identificar el grado de desarrollo del lugar de origen de los presidentes estudiados, teniendo en cuenta cuáles eran los niveles en que se podían ubicar dichos asentamientos en el contexto particular de la época en que transcurrían los primeros años de los futuros presidentes (I). Seguidamente, analizamos los probables efectos del grado de desarrollo del lugar de origen sobre las posibilidades efectivas de acceder al gobierno por parte de los distintos aspirantes (II); y sobre la disposición personal hacia las prácticas propias de la democracia

* En el proyecto de investigación sobre La institución presidencial en el sistema político argentino se realizaron estudios que contaron con la participación de la Dra. Marta Biagi; el Dr. Roberto Guisández; la Pfra. Ada Julia Masullo Olmedo, profesionales del CONICET; así como de la Dra. Constanza Mazzina y del Lic. Enrique Díaz Leimbacher. Nos complace expresar nuestro reconocimiento a todos por sus valiosas contribuciones en el relevamiento de información y recuperación en bases de datos.

** Alberto Castells es abogado y doctor en Jurisprudencia. Es investigador principal del Conicet con adscripción al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja". Es profesor de Teoría Política y de Derecho Constitucional en niveles de grado y de posgrado. Es autor de tres libros y un centenar de artículos vinculados con sus especialidades. Publica notas de divulgación científica en el diario La Nación. Es evaluador de tesis doctorales, de investigaciones y de becas del CONICET y de diversas universidades. Es par evaluador de doctorados y maestrías en CONEAU.

*** Gregorio Halaman es abogado y analista institucional. Es profesor adjunto regular de Teoría del Estado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Es profesional principal del Conicet-Instituto Gioja, con adscripción al "Programa de Investigación sobre Instituciones Políticas Fundamentales".

¹ La línea de investigación sobre *La institución presidencial en el sistema político argentino. Una plataforma de investigación. Razón y Diseño*, fue publicada en esta Revista. Véase *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, año IV, n. 9, 2012. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, UBA. <http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/>

² Ref. , entre otros, a teóricos de la interacción sociocultural como Ruth Benedict; John W. Whiting -Irving L. Child; Hans J. Eysenck.

representativa de que habrían sido portadores los futuros presidentes (III). Estos dos últimos niveles de observación y análisis tienen en cuenta los diversos escenarios institucionales que se alternaban por entonces como vías alternativas para acceder al gobierno y alcanzar el poder.

I

La procedencia geográfica de los presidentes argentinos

A partir de la información biográfica, demográfica y económica disponible, aplicamos la tradicional tipología de asentamientos humanos *menores, medianos y mayores*, formulada por reconocidos estudiosos⁴ para identificar el grado de desarrollo que habían alcanzado los lugares de origen de los presidentes del período hacia la época de su niñez y juventud.

Utilizando una terminología habitual, clasificamos como asentamientos menores a las zonas rurales, semirurales o pueblos con poblaciones dispersas o reunidas en aglomeraciones de hasta diez mil habitantes, que solían disponer de una oferta restringida de bienes físicos, servicios públicos, transportes, comunicaciones, salud, educación; en los que predominaba la baja complejidad y la escala local. Clasificamos como asentamientos medianos a los núcleos urbanizados que constituían pequeñas ciudades, con poblaciones concentradas en aglomeraciones de entre diez mil y cincuenta mil habitantes, que solían disponer de una oferta estable de bienes físicos, servicios públicos, transportes, comunicaciones, salud, educación; en los que predominaba la mediana complejidad y la escala regional. Finalmente, clasificamos como asentamientos mayores a los conjuntos urbanos que constituían grandes ciudades o se integraban dentro de conglomerados granurbanos, con poblaciones altamente concentradas de más de cincuenta mil habitantes, que solían disponer de una oferta diversificada de bienes físicos, servicios públicos, transportes, comunicaciones, salud, educación; en los que se incluían la alta complejidad y la escala nacional.

Tal como se advierte, intentamos clasificar los asentamientos humanos de donde provinieron los futuros presidentes no tanto en base a criterios formales sobre su ubicación cartográfica en algún lugar del país, sino tratando de identificar el grado de desarrollo que tenían esos asentamientos hacia la época en que transcurrían los primeros años de quienes serían los futuros presidentes⁵.

³ Ref. , entre otros, a los estudiosos de las élites y de las oligarquías, a partir de Wilfredo Pareto, Gaetano Mosca, Robert Michels.

⁴ A los fines de nuestro estudio resulta ilustrativa la clasificación de las poblaciones en tres categorías planteada por César Vapñarsky: 1. "Población dispersa y en aglomeraciones hasta 49.999 habitantes"; 2. "Población en aglomeraciones de tamaño intermedio de 50.000 o más habitantes, excepto el Gran Buenos Aires"; 3. "Población en aglomeración Gran Buenos Aires". (1995: 229).

⁵ Mucho se lleva escrito por los contemporáneos sobre el par dialéctico "desarrollo-subdesarrollo" pero muy pocos son los estudios de época que provean indicadores demográficos, políticos, económicos, geográficos, ecológicos etc. que resultaran pertinentes al período 1870-1960 en que pasaron sus primeros años de infancia y/o adolescencia los presidentes del período 1916-2013. Las fuentes de los relevamientos empíricos realizados son las siguientes : Bunge (1940) ; Flores y Gatti (1927); Kühn (1928); Olascoaga (1923); García Mata y Llorens (1936); De Felipe (1958); Roccatagliatta (1998).

1. - Los presidentes que provenían de asentamientos menores

De los asentamientos *menores*, esto es de zonas rurales, semirurales o pueblos con poblaciones dispersas o reunidas en aglomeraciones de hasta diez mil habitantes, provenían ocho presidentes: Castillo, Farrell, Perón, Aramburu, Onganía, Galtieri, Menem y Kirchner.

- Ramón Antonio Castillo creció en un medio rural de rasgos muy tradicionales, en las cercanías de un pequeño poblado en el noroeste profundo de la Argentina, en la segunda mitad del siglo XIX. Había nacido el 20 de septiembre de 1873 en las inmediaciones del pueblo de Ancasti, en la provincia de Catamarca, que por entonces era un poblado de unos cinco mil quinientos habitantes⁶.

- La niñez de Edelmiro Julián Farrell transcurrió en una zona casi despoblada, en la que empezaban las primeras construcciones para fundar una futura urbanización industrial en territorio bonaerense, en una época en que los asentamientos de esa zona conformaban todavía pequeñas comunidades semirurales desperdigadas en los alrededores de la ciudad de Buenos Aires. Había nacido el 12 de agosto de 1887 en la recién fundada Villa de los Industriales, hoy perteneciente al municipio de Lanús⁷.

- También Juan Domingo Perón creció en medios rurales; primero en la pampa húmeda y después en las estepas patagónicas del sur argentino. Había nacido el 8 de octubre de 1895 en Roque Pérez –en el municipio de Lobos, provincia de Buenos Aires–, un pueblo que también comenzaba a lotearse y edificarse. El afincamiento posterior fue en las cercanías de Río Gallegos, provincia de Santa Cruz, primero, y en Sierra Cuadrada, provincia del Chubut, después⁸.

- Su emblemático adversario político, Pedro Eugenio Aramburu, también había tenido una infancia rural, en la rica región central del país, en pleno auge agroexportador, a comienzos del siglo XX. Había nacido el 21 de mayo de 1903 en un establecimiento agropecuario llamado Laurak Bat, cercano a Sampacho y en jurisdicción de Río Cuarto, provincia de Córdoba⁹.

- Juan Carlos Onganía había crecido en un pequeño asentamiento semirural en el nordeste de la provincia de Buenos Aires, también durante el auge agroexportador de la misma época. Había nacido el 17 de marzo de 1914 en Marcos Paz, cabecera del municipio del mismo nombre, provincia de Buenos

⁶ Datos biográficos e indicadores de población para el asentamiento de Ramón Antonio Castillo. Fuentes: Flores y Gatti (1927: 61, 294-296); Deleis y otros (2000: 161); Luna (1985, V: 209; VI: 219); Primer Censo (1869); Tau Anzoátegui y Martiré (1985); Gregoratti (1997); Ortiz (1987).

⁷ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Edelmiro Julián Farrell. Fuentes: Varela Rudi (1881: 275,281,283,285,315,328,355-357); Morales y otros (*en línea*. s.f.); Deleis y otros (2000: 198); Ortiz (1987).

⁸ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Juan Domingo Perón. Fuentes: Rivas Barbosa (1941: 18-22;29,45,49,59); Flores y Gatti (1927:330-332); Deleis y otros (2000: 199); Luna (1985, V, 34; VII: 34); Levene (1992: 262); Del Carril (1984: 78).

⁹ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Pedro Eugenio Aramburu. Fuentes: Flores y Gatti (1927: 10,71,75,85-87,243-244); Montes (1958:52); Mendelevich, (2010: 182); Levene, (1984: 315); Fraga y Pandolfi (2005: 57-59-85); Tau Anzoátegui y Martiré (1985); Ortiz (1987).

Aires, por entonces un reducido poblado rodeado de pequeños pero numerosos emprendimientos agrícolas familiares¹⁰.

- La niñez y adolescencia de Leopoldo Fortunato Galtieri transcurrió, igual que Farrell, en una de aquellas pequeñas poblaciones entonces reducidas y aisladas que hoy han pasado a fundirse en el conurbano bonaerense que rodea a la Capital Federal. Había nacido el 15 de junio de 1926 en Caseros, que en esos años contaba apenas con siete mil cuatrocientos habitantes¹¹.

- Por su parte, Carlos Saúl Menem era otro presidente proveniente del interior profundo del país. Había crecido en un pequeño poblado del noroeste argentino, en una provincia vecina a Catamarca, aquella en que mucho antes había transcurrido la niñez de Ramón Castillo. Nació el 2 de julio de 1930 en el pueblo de Anillaco, provincia de La Rioja, que por entonces contaba con menos de mil habitantes¹².

- Finalmente, el más reciente de los presidentes argentinos que provenía de un asentamiento de reducidas dimensiones fue Néstor Carlos Kirchner, quien había nacido y crecido cerca de la zona de la Patagonia que, cincuenta años antes, había sido el habitat de Perón durante parte de su niñez. Nació el 25 de febrero de 1950 en Río Gallegos, capital del entonces territorio nacional, hoy provincia de Santa Cruz, que de ciudad sólo tenía el nombre¹³.

2.- *Los presidentes que provenían de asentamientos medianos*

De los asentamientos *medianos*, esto es de núcleos urbanizados que constituían pequeñas ciudades, con poblaciones concentradas en aglomeraciones de entre diez mil y cincuenta mil habitantes, provenían doce presidentes: Uriburu, Justo, Ramírez, Frondizi, Illia, Levingston, Cámpora, Martínez de Perón, Videla, Bignone, Alfonsín y Rodríguez Saá.

- José Félix Uriburu provenía en una de las más importantes y tradicionales capitales provinciales del norte argentino. Había nacido, todavía a mediados del siglo XIX, el 20 de julio de 1868, en la ciudad de Salta, capital de la provincia del mismo nombre, segunda en importancia en todo el

¹⁰ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Juan Carlos Onganía. Fuentes: Deleis y otros (2000: 285); Tau Anzoátegui y Martiré (1985); Ortiz, (1987); Tercer Censo (1914); Stupenengo (2009).

¹¹ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Leopoldo Fortunato Galtieri. Fuentes: Cabrera (1994: 120-122); Tercer Censo, (1914); Deleis y otros (2000: 405, 407); Levene (1984: 405); Ortiz (1987); Galtieri (*en línea*, s.f.).

¹² Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Carlos Saúl Menem. Fuentes: Flores y Gatti (1927:61,72-73,95,99,297,299-300); Deleis y otros (2000: 449); Anillaco (*en línea*, s.f.); Ortiz (1987); "Un lugar" (*en línea* : 2002).

¹³ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Néstor Carlos Kirchner. Fuentes: Flores y Gatti (1927: 330-332); Kirchner (*en línea*, s.f.); Cuarto Censo (1947); Pandolfo (2011:50, 52); Guerra de Fretes (1985); Ballinou (1985).

noroeste del país, fundada en el siglo XVI, que por entonces ya contaba con unos diecisiete mil habitantes¹⁴.

- También Agustín Pedro Justo provenía de una de las capitales provinciales más adelantadas del país, sobre el límite oriental de la recién unificada Argentina de mediados del siglo XIX. Había nacido el 26 de febrero de 1876 en Concepción del Uruguay, ciudad que en oportunidad de las guerras civiles había disputado el poder político y económico de Buenos Aires. Contaba por entonces con unos once mil cuatrocientos habitantes,¹⁵.

- En la misma provincia de Entre Ríos crecería Pedro Pablo Ramírez apenas dos décadas después de Justo. Había nacido el 30 de enero de 1884 en la ciudad de La Paz, que por entonces tenía una población de unos once mil seiscientos habitantes; una ciudad cercana al límite con Corrientes, en pleno crecimiento gracias al despegue agroexportador de fines del siglo XIX¹⁶.

- De un asentamiento similar provenía Arturo Frondizi quien había crecido en una activa ciudad agrocomercial del nordeste argentino, muy influida por su límite fluvial con Brasil y con el sur de Paraguay. Había nacido el 28 de octubre de 1908 en la ciudad de Paso de los Libres, provincia de Corrientes, que por entonces contaba con unos diez mil seiscientos habitantes¹⁷.

- También Arturo Umberto Illia provenía de una próspera ciudad situada en el corazón de las llanuras cerealeras y ganaderas de la región centro-este del país, que alcanzaron prosperidad durante el auge agroexportador de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Nació en la ciudad de Pergamino, provincia de Buenos Aires, el 4 de agosto de 1900; y no en la provincia de Córdoba como trascendía en la opinión de muchos¹⁸.

- Roberto Marcelo Levingston procedía de una ciudad capital provincial en pleno crecimiento, ubicada en el centro-oeste del país. Había nacido en la ciudad de San Luis, capital de la

¹⁴ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de José Félix Uriburu. Fuentes: Flores y Gatti (1927 : 9,283-286); Deleis y otros (2000:121); Primer Censo (1869); Salta (*en línea*, s.f.); Tau Anzoátegui y Martiré (1985); Ortiz (1987).

¹⁵ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Agustín Pedro Justo. Fuentes: Urquiza Almandoz (1985, III: 121 -124,167-169, 246, 271-279); Flores Gatti (1927:10,75,87,99,107,251,255); Deleis y otros (2000: 135); Primer Censo (1869); Tau Anzoátegui y Martiré (1985); Ortiz (1987); Sabsay (1999, 2: 13).

¹⁶ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Pedro Pablo Ramírez. Fuentes : Flores y Gatti (1927: 10,75,87,99,107,252,256); Mendelevich (2010: 147); Deleis y otros (2000: 163); Segundo Censo (1895); Tau Anzoátegui y Martiré (1985); Ortiz (1987); Entrerrios (*en línea*, s.f.); La Paz -a- (*en línea*, s.f.); La Paz -b- (*en línea*, s.f.).

¹⁷ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Arturo Frondizi. Fuentes : Mango de Rubio (2006:17,95); Aguirre y Mango de Rubio (1999: 63,65,114); Flores y Gatti (1927:10,75,85,88,99,102,107); Deleis y otros (2000: 245); Tercer Censo (1914); Tau Anzoátegui y Martiré (1985); Ortiz (1987); Pisarello Virasoro (1983,I: 149)

¹⁸ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Arturo Umberto Illia. Fuentes: Flores y Gatti (1927: 10,71-75,87) Deleis y otros, 2000: 271; Levene (1984: 349); Mendelevich (2010: 197); Segundo Censo (1895); Tau Anzoátegui y Martiré (1985); Ortiz (1987).

provincia del mismo nombre, el 10 de enero de 1920, cuando ya era una ciudad de unos quince mil habitantes, que en pocos años llegó a desarrollar un centro urbano modernizado¹⁹.

- Dos presidentes, Héctor José Cámpora y Jorge Rafael Videla –distantes en sus actuaciones políticas-, compartieron la misma procedencia de una histórica ciudad del nordeste bonaerense. Nacidos con pocos años de diferencia –Cámpora, el 26 de marzo de 1909; Videla, el 2 de agosto de 1925- ambos crecieron en Mercedes, provincia de Buenos Aires, ciudad que por entonces ya contaba con unos veinticinco mil habitantes²⁰.

- En cambio, María Estela Martínez de Perón procedía de una conservadora capital provincial del noroeste profundo del país, que aún en las primeras décadas del siglo XX mantenía su tradicional estilo vernáculo. Nació el 4 de febrero de 1931 en la ciudad de La Rioja, capital de la provincia del mismo nombre que por entonces contaba con unos doce mil quinientos habitantes²¹.

- Reynaldo Benito Bignone provenía de una pujante ciudad cercana a la ciudad de Buenos Aires que, por el ritmo de su desarrollo, sería, en pocos años, una de las más importantes de las que constituirían el gran conglomerado urbano que llegaría a rodear la capital del país. Había nacido el 21 de enero de 1928 en la ciudad de Morón, cabecera del municipio del mismo nombre, que por entonces ya contaba con unos veinticuatro mil seiscientos habitantes²².

- Su sucesor, Raúl Ricardo Alfonsín, fue otro de los presidentes que provenía de una ciudad que alcanzó la prosperidad durante el auge agropecuario de las primeras décadas del siglo XX, ubicada en el este de la provincia de Buenos Aires. Había nacido el 12 de marzo de 1927 en Chascomús, ciudad bonaerense que por entonces ya contaba con más de dieciséis mil trescientos habitantes²³.

- El más reciente de los presidentes surgidos de este tipo de núcleos urbanizados fue Adolfo Rodríguez Saá. Había nacido el 25 de julio de 1947 en la ciudad capital provincial de San Luis, la misma en la que décadas antes, había nacido Roberto Marcelo Levingston, pero en una etapa en que San Luis contaba ya con más de veinticinco mil habitantes y empezaba a caracterizarse por sus planificaciones urbanas y rurales²⁴.

¹⁹ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Marcelo Roberto Levingston. Fuentes : Flores y Gatti (1927: 72-73,315-317); Mendelevich (2010: 207); Deleis y otros (2000:299); Tercer Censo (1914); Pastor (1970); Ortiz (1987).

²⁰ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Héctor José Cámpora y de Jorge Rafael Videla. Fuentes : Sirolli (1930); Deleis (2000: 325, 379); Mendelevich (2010: 218); Luna (1985, VII); Tercer Censo (1914); Armas Castro (1988); Ortiz (1987); Mercedes-a- (*en línea*, s.f.); Mercedes -b- (*en línea*, 2011.), Mercedes -c- (*en línea*, s.f.); Ministerio de Defensa (s.f.).

²¹ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de María Estela Martínez de Perón. Fuentes : Flores y Gatti (1927:61,72-73,95,297,299,300); Deleis y otros (2000:353); Sáenz Quesada (2003: 35); Luna (1992, XVIII: 81); Tercer Censo (1914); Ortiz (1987).

²² Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Reynaldo Benito Bignone. Fuentes : Bravo (1946); Lacoste (s/f); Deleis y otros (2000: 421); Ortiz (1987) ; Morón (*en línea*, s.f.); Ministerio de Defensa(s/f); Birocco (2009: 55, 340-344).

²³ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Raúl Ricardo Alfonsín. Fuentes : Romay (1967: 108-113); Flores y Gatti (1927:10); Mendelevich, (2010: 245), Deleis y otros (2000: 435); Luna (1992, XX: 97); Tercer Censo (1914); Ortiz (1987).

²⁴ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Adolfo Rodríguez Saá. Fuentes : De Dios (*en línea*, 2005); Pastor (1970); Ortiz, 1987); Senador (*en línea*, s.f.).

3.- Los presidentes que provenían de asentamientos mayores

De los asentamientos *mayores*, esto es de los conjuntos urbanos que constituían grandes ciudades o se integraban dentro de conglomerados granurbanos, con poblaciones altamente concentradas de más de cincuenta mil habitantes, provenían once presidentes, unos nacidos en la ciudad de Buenos Aires o en la gran área metropolitana; y otros nacidos en conglomerados mayores del interior del país.

A) Presidentes que provenían de la ciudad de Buenos Aires y de la gran área metropolitana

Los presidentes que provenían de la capital del país y de la gran área metropolitana fueron ocho : Yrigoyen, Alvear, Ortiz, Lonardi, Guido, Lanusse, Lastiri y Viola.

- Yrigoyen y Alvear crecieron en la ciudad de Buenos Aires en los comienzos de la segunda mitad del siglo XIX, cuando la capital ya tenía el movimiento propio de una ciudad europea de segundo orden. Hipólito Yrigoyen había nacido el 13 de julio de 1852 en el barrio porteño de Balvanera, que abarcaba lo que hoy se conocen como los barrios de Congreso y de Once-; y Marcelo Torcuato de Alvear había nacido el 4 de octubre de 1868 en lo que hoy se conoce como zona Recoleta. Por entonces, la ciudad de Buenos Aires ya contaba con unos ciento ochenta mil habitantes²⁵.

- Ortiz y Lonardi crecieron algunas décadas después en la misma ciudad de Buenos Aires que estaba comenzando a desarrollarse como una gran metrópoli al promediar la segunda mitad del siglo XIX. Roberto Marcelo Ortiz, había nacido el 24 de septiembre de 1886; en un barrio que actualmente se conoce como Parque Patricios. Eduardo Lonardi, por su parte, había nacido el 15 de septiembre de 1896 en la zona Centro de la ciudad. Ahora Buenos Aires ya contaba con unos seiscientos mil habitantes y su población aumentaba día a día con un fuerte aluvión de inmigrantes²⁶.

- Guido, Lanusse, Lastiri y Viola crecieron en el Buenos Aires de las primeras décadas del siglo XX, cuando la ciudad se había convertido en una de las grandes capitales del mundo de la época. José María Guido había nacido el 29 de agosto de 1910 en el barrio de San Telmo -y no en la provincia de Corrientes como se afirma a veces-; Lanusse, había nacido el 28 de agosto de 1911, en lo que hoy se conoce como Barrio Norte; Raúl Lastiri había nacido el 11 de septiembre de 1915 en el corazón de Parque Patricios; Roberto Eduardo Viola, había nacido el 13 de octubre de 1924 en el barrio de Colegiales. Buenos Aires ya era una populosa ciudad de más de un millón seiscientos mil habitantes, con un gran porcentaje de población inmigrante²⁷.

²⁵ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Hipólito Yrigoyen y Marcelo Torcuato de Alvear. Fuentes : Primer Censo (1869); Ortiz (1987); Tau Anzoátegui y Martiré (1985); Mendelevich (2010: 102); Etchepareborda, (1983, I: 23-24; II:22); Levene (1992, II: 147-148).

²⁶ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Roberto Marcelo Ortiz y Eduardo Lonardi. Fuentes : Deleis y otros, (2000: 149, 217); Levene (1984: 305); Mendelevich (2010: 168); Tau Anzoátegui y Martiré (1985); Ortiz, (1987); Segundo Censo (1895); Gregoratti (1997); Presidente (*en línea*. s.f.); González Zaldúa (*en línea*, s.f.).

²⁷ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de José María Guido, Alejandro Agustín Lanusse, Raúl Alberto Lastiri, Roberto Eduardo Viola. Fuentes : Deleis y otros (2000: 239, 260, 311, 390,

B) *Presidentes que provenían de grandes ciudades del interior del país*

Los presidentes que provenían de otras grandes ciudades del interior del país fueron tres : De la Rúa, Duhalde y Fernández de Kirchner.

- Fernando de la Rúa creció en la capital provincial más desarrollada del interior argentino, en la región central del país, hacia finales de la década de 1930. Había nacido el 15 de septiembre de 1937 en la ciudad de Córdoba, capital de la provincia del mismo nombre que, con una población de unos trescientos ochenta mil habitantes, era la segunda más poblada del país²⁸.
- En la misma época, Eduardo Alberto Duhalde nació y creció en una populosa ciudad que se desarrollaba aceleradamente y que ya se estaba integrando el gran conglomerado urbano que rodeaba a la capital del país desde fines de la década de 1930. Había nacido el 5 de octubre de 1941 en la localidad de Banfield, en el municipio bonaerense de Lomas de Zamora, que contaba entonces con más de ciento veinte mil habitantes²⁹.
- Finalmente, Cristina Elisabet Fernández de Kirchner provenía de la capital de la provincia más rica del país, situada en el centro-este del territorio nacional. Había nacido el 19 de febrero de 1953, en La Plata, más precisamente en Tolosa, pueblo que creció como zona circundante, pasando a formar parte del conglomerado llamado Gran La Plata, ciudad capital de la provincia de Buenos Aires, que promediando el siglo contaba con unos doscientos mil habitantes³⁰.

Conclusiones de la observación

Del conjunto general de los treinta y un presidentes argentinos que ejercieron efectivamente sus funciones entre 1916 y 2013 se obtienen los siguientes registros proporcionales : a) Algo más del veinticinco por ciento –ocho casos sobre treinta y uno- provenía de asentamientos menores –zonas rurales, semirurales o pueblos-; b) Algo menos del cuarenta por ciento –doce casos sobre treinta y uno- provenía de asentamientos medianos –núcleos urbanizados que constituían pequeñas ciudades-; c) Algo más del treinta y cinco por ciento –once casos sobre treinta y uno- provenía de asentamientos mayores –conjuntos urbanos que constituían grandes ciudades o se integraban en grandes conglomerados urbanos-.

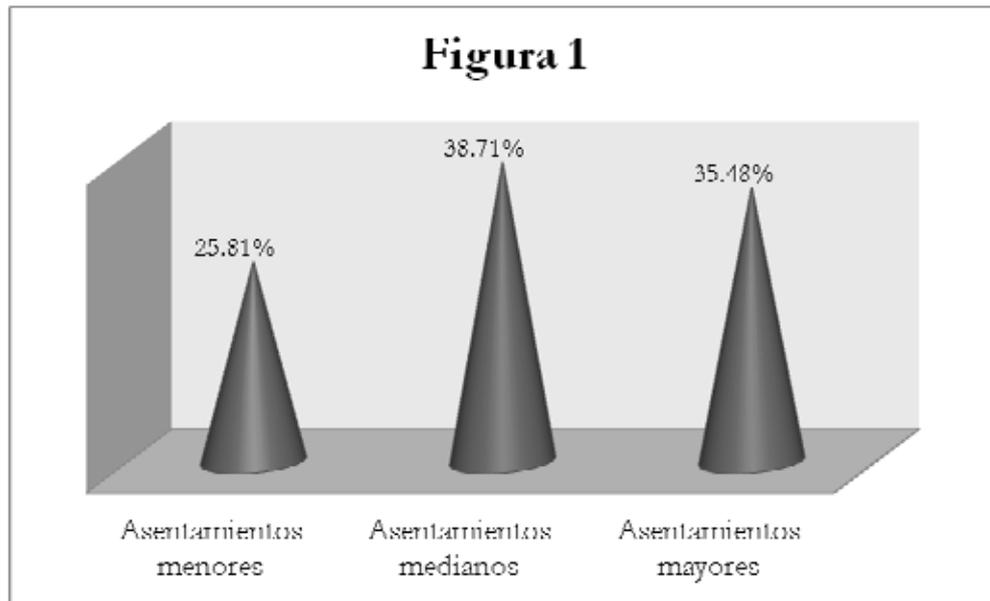
393); Cardone (2005:17); Cardone (2006); Levene (1984: 329); Mendelovich (2010: 224); Gente (1979: 47/52); Luna (1985, III); Tau Anzoátegui y Martiré (1985); Ortiz (1987), Tercer Censo (1914); Gregoratti (1997).

²⁸ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Fernando de la Rúa. Fuentes: Flores y Gatti (1927: 9,242-244) Cuarto Censo (1947); Tau Anzoátegui y Martiré (1985); Biografía (*en línea*, s.f.); Córdoba (*en línea*, s.f.)

²⁹ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Eduardo Alberto Duhalde. Fuentes : Magrassi (1942); ; consult. 12-08-2011; Cuarto Censo (1947); Ortiz (1987); Stoppini (*en línea*, 2002); Stoppini y Deschamps (*en línea*, s.f.).

³⁰ Datos biográficos e indicadores de desarrollo poblacional para el asentamiento de Cristina Elisabet Fernández de Kirchner. Fuentes : Pandolfo (2011); Ortiz (1987); La Plata –a- (*en línea*, s.f.); La Plata –b- (*en línea*, s.f.); La Plata –c- (*en línea*, s.f.); Tolosa (*en línea*, s.f.); Chiarenza (2011);

La figura 1 visualiza las proporciones sobre el grado de desarrollo de los lugares de origen del conjunto general de los presidentes :



Fuente: Elaboración propia a partir de la información bibliográfica citada.

Con esta información histórica a nuestro alcance estamos en condiciones de encarar las siguientes indagaciones : en primer lugar, determinar las posibilidades con que efectivamente podían contar los aspirantes de los distintos tipos de asentamiento para alcanzar la presidencia del país; en segundo lugar, indagar sobre la disposición personal hacia las prácticas propias de la democracia representativa de que habrían sido portadores los futuros presidentes.

II

Procedencia geográfica y posibilidades de acceso al gobierno

A partir de la precedente información de base, analizamos cuáles podrían haber sido los efectos de la procedencia geográfica de los aspirantes a la presidencia sobre sus posibilidades efectivas de acceder al gobierno. En la instancia, comparamos la información obtenida sobre el grado de desarrollo del lugar de origen del conjunto de los presidentes con los datos que surgen de los estudios sociales disponibles acerca del universo poblacional de los habitantes del país que provenían de los distintos tipos de asentamiento, hacia la época en que habían crecido los futuros presidentes, esto es, entre 1870 y 1960³¹. Seguidamente, para observar las variaciones que se hubieran podido producir en las posibilidades de los aspirantes en los diversos escenarios institucionales que se alternaban durante el período, comparamos los datos observados sobre el grado de desarrollo de los lugares de origen de cada uno de los subconjuntos de

³¹ El primer protagonista del período en estudio, Hipólito Yrigoyen, nació en 1852; la última protagonista, Cristina Fernández de Kirchner, nació en 1953.

presidentes que accedieron al gobierno en cada tipo de escenario institucional, con los del conjunto general de los presidentes del período.

1. *El grado de desarrollo del lugar de origen entre 1870 y 1960*

Esta es una síntesis de los estudios disponibles sobre el grado de desarrollo del lugar de origen de los habitantes del país que predominaba durante la mayor parte de la época en que había transcurrido la infancia y juventud de quienes llegarían a ser los futuros presidentes. Utilizando la terminología empleada para registrar la procedencia geográfica de los futuros presidentes, clasificamos la procedencia geográfica de los habitantes del país según los siguientes registros³²:

a) Habitantes del país que provenían de asentamientos menores.

Los habitantes del país que provenían de zonas rurales, semirurales o pueblos durante la mayor parte del período 1870-1960 fueron estimados en alrededor del sesenta y cinco por ciento del total de la población del país³³.

b) Habitantes del país que provenían de asentamientos medianos.

Los habitantes del país que provenían de núcleos urbanizados que constituían pequeñas ciudades durante gran parte del período 1870-1960 fueron estimados en alrededor del diez por ciento del total de la población del país³⁴.

c) Habitantes del país que provenían de asentamientos mayores.

Los habitantes del país que provenían de conjuntos urbanos que constituían grandes ciudades o que se integraban dentro de grandes conglomerados urbanos durante gran parte del período 1870-1960 fueron estimados en alrededor del veinticinco por ciento del total de la población del país³⁵.

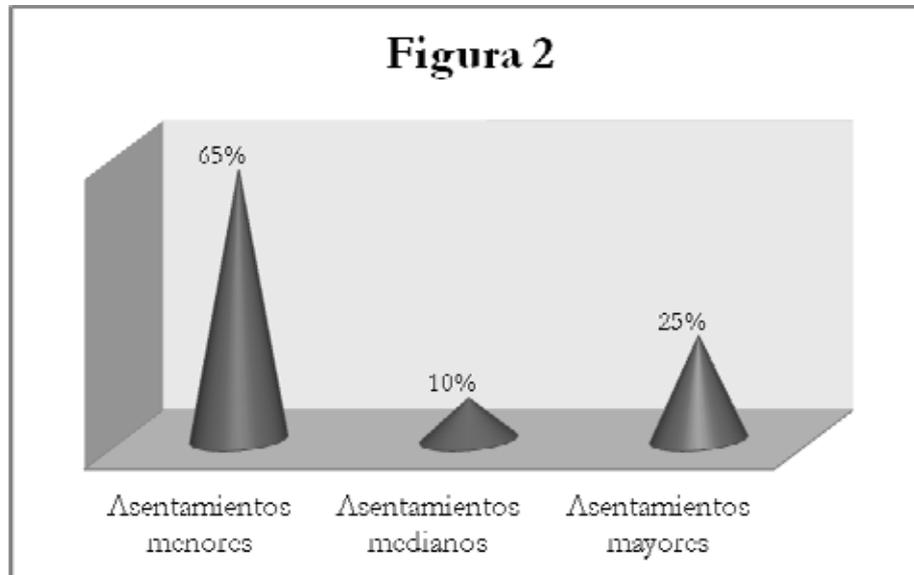
³² Las cifras correspondientes a la información estadística proviene de los relevamientos censales de 1869, 1895, 1914 y 1947. La distribución de población en categorías según el tamaño de aglomeración de los asentamientos humanos proviene de los estudios disponibles, preferentemente los datos analizados y sistematizados por César Vapñarsky (1995).

³³ La evolución de los asentamientos menores de hasta 10.000 habitantes es el siguiente: *Primer Censo -1869*: 170 asentamientos - 306.000 h. *Segundo Censo-1895*: 470 asentamientos - 617.095 h. *Tercer Censo-1914*: 284 asentamientos - 1.628.397 h. *Cuarto Censo-1947*: 3364 asentamientos - 2.746.396 h.

³⁴ La evolución de los pequeños / medianos núcleos urbanos de hasta 50.000 habitantes es la siguiente: *Primer Censo-1869*: 7 asentamientos - 112.832 h. *Segundo Censo-1895*: 15 asentamientos - 318.348 h. *Tercer Censo-1914*: 42 asentamientos - 793.787 h. *Cuarto Censo-1947*: 84 asentamientos - 1.685.103 h.

³⁵ La evolución de los grandes centros urbanos de más de 50.000 habitantes es la siguiente: *Primer Censo-1869*: 1 ciudad - 181.838 h. *Segundo Censo-1895*: 2 ciudades - 755.523 h. *Tercer Censo-1914*: 7 ciudades - 1.103.316 h. *Cuarto Censo-1947*: 26 ciudades - 6.691.426 h.

La figura 2 visualiza las estimaciones sobre el universo poblacional –tamaño de aglomeración- de los lugares de origen de los habitantes del país:



Fuente: Censos Nacionales de 1869, 1895, 1914, 1947.

2. Procedencia geográfica y posibilidades de acceso al gobierno en general

De la comparación de los datos registrados sobre el grado de desarrollo de los lugares de origen del conjunto de los presidentes del período, con los datos disponibles sobre el universo poblacional de los habitantes del país hacia la época de la infancia y juventud de los futuros presidentes se obtienen las siguientes constataciones :

A) Procedencia de asentamientos menores y posibilidades de acceso al gobierno.

Ante todo se advierte que los aspirantes a la presidencia que provenían de zonas rurales, semirurales o pueblos tuvieron considerablemente limitadas sus posibilidades de acceso al gobierno.

- Su ostensible desventaja comparativa se advierte en que los habitantes del país de esa procedencia conformaban más del sesenta por ciento de la población total del país, mientras que apenas alrededor del veintiseis por ciento de los presidentes del período –ocho casos sobre treinta y uno- tenían esa procedencia. Eran, como ya señalamos, los presidentes Castillo, Farrell, Perón, Aramburu, Onganía, Galtieri, Menem y Kirchner..

B) Procedencia de asentamientos medianos y posibilidades de acceso al gobierno

Por su parte, los aspirantes a la presidencia que provenían de núcleos urbanizados que constituían pequeñas ciudades, disfrutaban de posibilidades ostensiblemente mayores que las de los demás aspirantes para acceder al gobierno.

- Su ventaja comparativa puede observarse en que los habitantes del país de esa procedencia conformaban apenas alrededor del diez por ciento de la población total del país y, sin embargo, casi el treinta y nueve por ciento de los presidentes del período –doce casos sobre treinta y uno- provenían de esas pequeñas ciudades. Eran, como ya señalamos, los presidentes Uriburu, Justo, Ramírez, Frondizi, Illia, Levingston, Cámpora, Martínez de Perón, Videla, Bignone, Alfonsín y Rodríguez Saá.

C) Procedencia de asentamientos mayores y posibilidades de acceso al gobierno

Finalmente, se advierte que los aspirantes a la presidencia que provenían de conjuntos urbanos que constituían grandes ciudades o que estaban integrados dentro de grandes conglomerados urbanos, también disfrutaron de mayores posibilidades que los demás aspirantes para acceder al gobierno.

- Aunque su ventaja comparativa no alcanza la misma extensión que la que beneficia a los que provenían de ciudades pequeñas, puede apreciarse que, mientras los habitantes radicados en grandes ciudades conformaban alrededor del veinticinco por ciento de la población, resulta que algo más del treinta y cinco por ciento de dichos presidentes –once casos sobre treinta y uno- tenían esta procedencia. Eran, como ya señalamos, los presidentes Yrigoyen, Alvear, Ortiz, Lonardi, Guido, Lanusse, Lastiri, Viola, Duhalde, De la Rúa y Fernández de Kirchner-.

3. Procedencia geográfica y posibilidades de acceso al gobierno en los diversos escenarios institucionales

Esta es, ahora, la comparación de los datos observados sobre el grado de desarrollo de los lugares de origen de cada uno de los subconjuntos de presidentes que accedían al gobierno en el respectivo tipo de escenario institucional con los datos observados sobre el grado de desarrollo de los lugares de origen del conjunto general de los presidentes del período. Tipo de escenario institucional que surge de la observación del acaecimiento histórico : experiencias dictatoriales; experiencias constitucionales restringidas y experiencias constitucionales plenas³⁶.

Al aplicar el análisis comparativo a cada uno de tales escenarios se obtienen las siguientes constataciones sobre las variaciones producidas en las posibilidades de acceso al gobierno.

A) Procedencia geográfica y posibilidades de acceso al gobierno en experiencias institucionales de tipo dictatorial

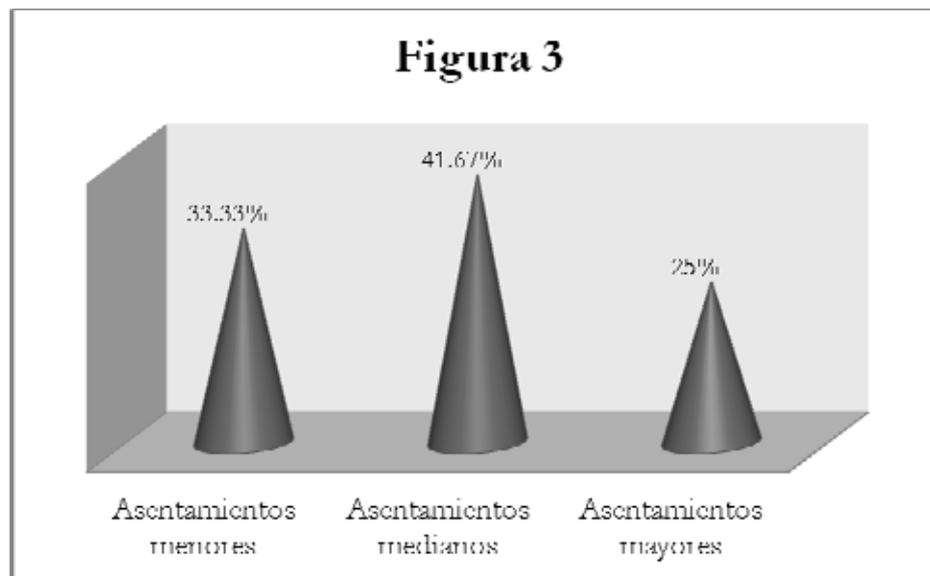
Las experiencias institucionales de tipo dictatorial constituían escenarios que favorecían especialmente las posibilidades comparativas de acceso al gobierno de los aspirantes a la presidencia que

³⁶ Anticipando información sobre los escenarios institucionales registramos los siguientes tipos reales –históricos- en razón de la “legitimidad / ilegitimidad de origen”: 12 *Presidentes dictatoriales* : Uriburu, Ramírez, Farrell, Lonardi, Aramburu, Onganía, Levingston, Lanusse, Videla, Viola, Galtieri y Bignone. 6 *Presidentes constitucionales restringidos* : Justo, Ortiz, Castillo, Frondizi, Guido e Illia. 13 *Presidentes constitucionales plenos* : Yrigoyen, Alvear, Perón, Cámpora, Lastiri, Martínez de Perón, Alfonsín, Menem, De la Rúa, Rodríguez Saá, Duhalde, Kirchner y Fernández de Kirchner.

provenían de asentamientos menores, y, en cierta medida, las de aquellos que provenían de asentamientos medianos, a la vez que restringían las posibilidades de los que provenían de asentamientos mayores. Así, entre los doce presidentes instalados como dictadores, el comparativo favorecimiento de los aspirantes beneficiados por este tipo de escenario puede apreciarse según los siguientes registros :

- El porcentaje de los presidentes que provenían de zonas rurales, semirurales y pueblos – que es de alrededor del veintiseis por ciento en el conjunto general de los presidentes del período-, se eleva a algo más del treinta y tres por ciento entre los dictadores –cuatro casos sobre doce : Farrell, Aramburu, Onganía y Galtieri-.
- El porcentaje de presidentes que provenían de pequeñas ciudades -que conformaban casi el treinta y nueve por ciento del conjunto general de los presidentes del período- aumenta a casi el cuarenta y dos por ciento entre los dictadores –cinco casos sobre doce : Uriburu, Ramírez, Levingston, Videla y Bignone-.
- El porcentaje de los presidentes que provenían de las grandes ciudades y conglomerados urbanos –que conformaban algo más del treinta y cinco por ciento del conjunto general de los presidentes- se reduce a apenas un veinticinco por ciento entre los dictadores –sólo tres casos sobre doce : Lonardi, Lanusse y Viola-.

La figura 3 visualiza las proporciones sobre el grado de desarrollo de los lugares de origen del subconjunto de los presidentes que llegaron al gobierno durante experiencias constitucionales dictatoriales:



Fuente : Elaboración propia a partir de la información bibliográfica citada.

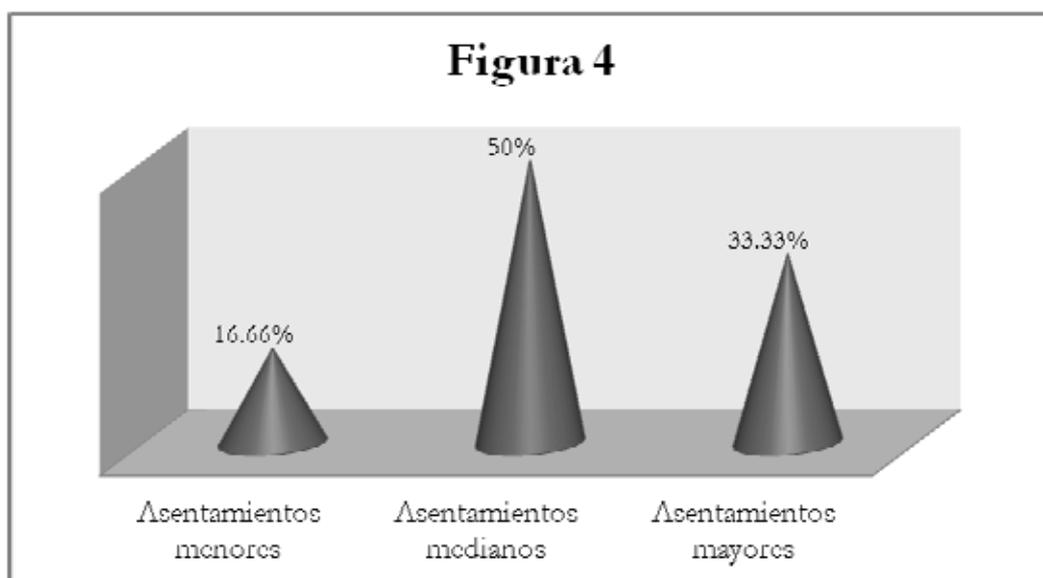
B) Procedencia geográfica y posibilidades de acceso al gobierno en experiencias constitucionales restringidas

Las experiencias constitucionales restringidas por el fraude o la proscripción de opositores constituían escenarios que, en lo sustancial, favorecían especialmente las posibilidades comparativas de acceso al gobierno de los aspirantes a la presidencia que provenían de asentamientos medianos; y restringían, en cambio, las posibilidades de aquellos que provenían tanto de asentamientos menores como de asentamientos mayores.

Así, entre los seis presidentes que llegaron al gobierno a través del fraude electoral o de la proscripción de opositores, los registros son los siguientes: La ventaja comparativa de los aspirantes beneficiados en este tipo de escenarios puede apreciarse en el hecho de que entre los seis presidentes del período que llegaron al gobierno a través del fraude electoral o de la proscripción de opositores:

- El porcentaje de presidentes que provenían de pequeñas ciudades –cercano al treinta y nueve por ciento en el conjunto general de los presidentes- trepa drásticamente al cincuenta por ciento – tres casos sobre seis : Justo, Frondizi, Illia-.
- El porcentaje de presidentes que provenían de zonas rurales, semirurales y pueblos – cercano al veintiseis por ciento en el conjunto general de los presidentes - cae a algo más del dieciseis por ciento –un solo caso sobre seis: Castillo-.
- El porcentaje de presidentes que provenían de grandes ciudades y conglomerados urbanos –algo más del treinta y cinco por ciento en el conjunto general de los presidentes- se ajusta a algo más del treinta y tres por ciento –dos casos sobre seis : Ortiz y Guido-.

La figura 4 visualiza las proporciones sobre el grado de desarrollo de los lugares de origen del subconjunto de los presidentes que llegaron al gobierno durante experiencias constitucionales restringidas:



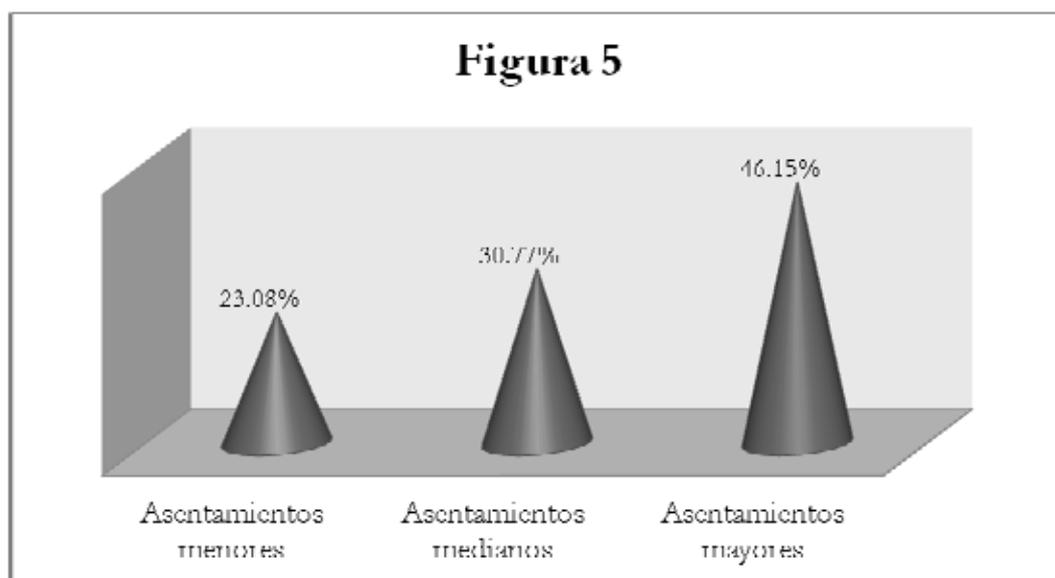
Fuente: Elaboración propia a partir de la información bibliográfica citada.

C) Procedencia geográfica y posibilidades de acceso al gobierno en experiencias constitucionales plenas

Las experiencias constitucionales plenas en que regían los procedimientos propios de la democracia representativa, tenían la particularidad de constituir escenarios que favorecían especialmente las posibilidades de acceso al gobierno de los aspirantes a la presidencia que provenían de asentamientos mayores y restringían, en cambio, las posibilidades de aquellos que provenían tanto de asentamientos menores como de asentamientos medianos. Así, entre los trece presidentes que llegaron al gobierno en este tipo de escenario, las claras ventajas de las posibilidades de los primeros y las fuertes restricciones de las posibilidades de los segundos pueden apreciarse según los siguientes registros comparativos:

- El porcentaje de los presidentes que provenían de grandes ciudades –algo más del treinta y cinco por ciento en el conjunto general- en este escenario se eleva a más del cuarenta y seis por ciento, esto es, seis casos sobre trece : Yrigoyen, Alvear, Lastiri, De la Rúa, Duhalde y Fernández de Kirchner-.
- En cambio, el porcentaje de los presidentes que provenían de zonas rurales, semirurales o pueblos –cercano al veintiseis por ciento en el conjunto general- en este escenario se ajusta a alrededor del veintitres por ciento –tres casos sobre trece : Perón, Menem y Kirchner-.
- Así también, el porcentaje de los presidentes que provenían de pequeñas ciudades –casi el treinta y nueve por ciento en el conjunto general- en este escenario se reduce a poco más del treinta por ciento –sólo cuatro casos de los trece mencionados : Cámpora, Martínez de Perón, Alfonsín y Rodríguez Saá-.

La figura 5 visualiza las proporciones registradas sobre el grado de desarrollo de los lugares de origen del subconjunto de los presidentes que llegaron al gobierno durante experiencias constitucionales plenas:



Fuente: Elaboración propia a partir de la información bibliográfica citada.

Conclusiones de la observación

El grado de desarrollo de los lugares de origen de los aspirantes a la presidencia parece haber afectado sus posibilidades efectivas de acceder al gobierno. Dichas afectaciones muestran variaciones que parecen estar relacionadas con los diversos escenarios institucionales que se alternaban durante el período en estudio.

a) Los aspirantes a la presidencia que provenían de asentamientos menores parecen haber sido los más relegados en sus posibilidades de acceder al gobierno –apenas alrededor del veintiseis por ciento de los presidentes provenía de este grupo, que conformaba alrededor del sesenta y cinco por ciento de la población durante la mayor parte de la época en que habían crecido dichos presidentes-. Las desventajas que padecían estos aspirantes sólo se atenuaban durante las experiencias institucionales de tipo dictatorial –el porcentaje de presidentes que provenían de zonas rurales, semirurales o pueblos se eleva a alrededor del treinta y tres por ciento entre los dictadores; pero se reduce a algo más de un dieciseis por ciento durante las experiencias constitucionales restringidas, y a alrededor de un veinticinco por ciento durante las experiencias constitucionales plenas-.

b) Los aspirantes a la presidencia que provenían de asentamientos medianos parecen haber disfrutado de mejores posibilidades para acceder al gobierno -casi un treinta y nueve por ciento de los presidentes de dicho período provenía de este grupo, que apenas conformaba alrededor del diez por ciento de la población durante la época en que habían crecido dichos presidentes-. Las ventajas de que disfrutaban estos aspirantes aumentaban durante las experiencias dictatoriales y se potenciaban especialmente durante las experiencias constitucionales restringidas –el porcentaje de presidentes provenientes de pequeñas ciudades se eleva a casi el cuarenta y dos por ciento entre los dictadores, y se dispara al cincuenta por ciento entre los que llegaron al gobierno por medio del fraude electoral o de la proscripción de opositores, pero cae a alrededor del treinta y uno por ciento durante las experiencias plenamente constitucionales-.

c) Los aspirantes a la presidencia que provenían de asentamientos mayores parecen haber disfrutado de alguna ventaja en sus posibilidades de acceso al gobierno -algo más del treinta y cinco por ciento de los presidentes del período provenían de este grupo, que no superaba alrededor del veinticinco por ciento de la población durante la época en que habían crecido dichos presidentes-. Parece interesante observar que las ventajas de que habrían disfrutado estos últimos aspirantes se potenciaban a medida que se profundizaban las prácticas de la democracia representativa. En efecto, el porcentaje de presidentes que provenían de grandes ciudades entre los dictadores es similar al porcentaje del grupo de este origen en el conjunto general de los presidentes del período, es decir, el veinticinco por ciento, pero trepa a alrededor de un treinta y tres por ciento durante las experiencias institucionales restringidas, y se dispara a más del cuarenta y seis por ciento durante las experiencias plenamente constitucionales en que regían las prácticas de la democracia representativa.

III

Procedencia geográfica y compromiso democrático

A partir de las observaciones efectuadas hasta aquí y de la información histórica disponible, analizamos cuáles habrían sido los efectos del nivel de desarrollo de los lugares de origen de los aspirantes a la presidencia, sobre el grado de compromiso con las prácticas propias de la democracia representativa. A tal fin comparamos las proporciones de participantes en diversos tipos de experiencias institucionales dentro de cada uno de los subconjuntos de presidentes clasificados según el nivel de desarrollo de sus lugares de origen, con las proporciones que se observan dentro del conjunto general de los presidentes del período en estudio.

1. Participación de los presidentes en los distintos escenarios institucionales

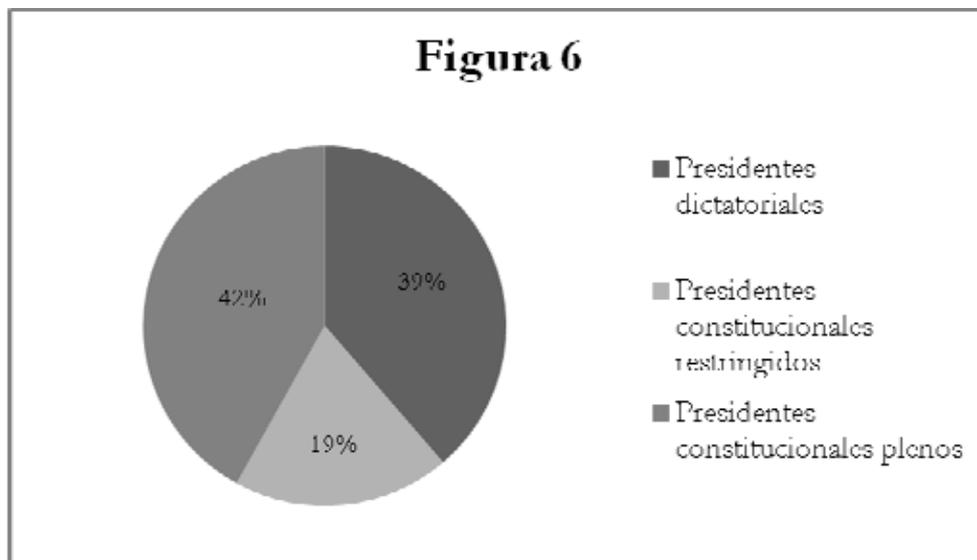
Tomando como espacio de observación los distintos escenarios institucionales que se alternaron en el período estudiado, identificamos comparativa y proporcionalmente a los presidentes que participaron en cada uno de ellos³⁷. Estos son los datos de registro:

a) Presidentes que llegaron al gobierno en experiencias institucionales de tipo dictatorial. Casi el treinta y nueve por ciento de los presidentes del período –doce casos sobre treinta y uno- llegaron al gobierno en el marco de experiencias de tipo dictatorial. Los doce presidentes fueron Uriburu, Ramírez, Farrell, Lonardi, Aramburu, Onganía, Levingston, Lanusse, Videla, Viola, Galtieri y Bignone.

b) Presidentes que llegaron al gobierno en experiencias constitucionales restringidas. Casi un veinte por ciento de los presidentes del período –seis casos sobre treinta y uno- llegaron al gobierno en el marco de experiencias constitucionales restringidas por el faude o la proscripción. Los seis presidentes fueron Justo, Ortiz, Castillo, Frondizi, Guido e Illia.

c) Presidentes que llegaron al gobierno en experiencias constitucionales plenas. Casi el cuarenta y dos por ciento de los presidentes del período –trece sobre treinta y uno- llegaron al gobierno en el marco de experiencias constitucionales plenas, en que regían los procedimientos de las democracias representativas. Los trece presidentes fueron Yrigoyen, Alvear, Perón, Cámpora, Lastiri, Martínez de Perón, Alfonsín, Menem, De la Rúa, Rodríguez Saá, Duhalde, Kirchner y Fernández de Kirchner.

La figura 6 visualiza las proporciones registradas sobre la participación del conjunto general de los presidentes en los diversos escenarios institucionales que se alternaban en el período en estudio :



Fuente : Elaboración propia a partir de la información bibliográfica citada.

2. Procedencia geográfica y compromiso democrático

Al comparar las proporciones de participantes en los diversos tipos de experiencias institucionales observadas en cada uno de los subconjuntos de presidentes, clasificados según el grado de desarrollo de sus lugares de origen, con las proporciones observadas dentro del conjunto general de los presidentes del período, se obtienen las siguientes constataciones sobre el grado de compromiso con las prácticas de la democracia representativa:

A) Procedencia de asentamientos menores y compromiso democrático

Los aspirantes a la presidencia que provenían de zonas rurales, semirurales o pueblos parecen haber mostrado una ostensible inclinación hacia las vías de acceso al gobierno que son contrarias a las prácticas de la democracia representativa. Así :

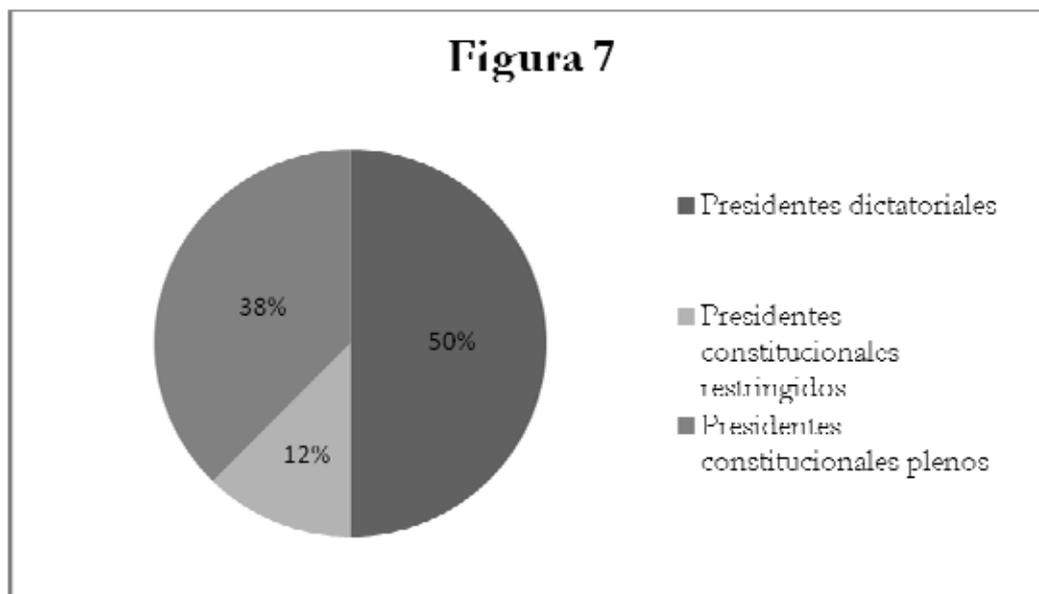
- Entre los presidentes de esta procedencia que llegaron al gobierno en experiencias dictatoriales, la proporción -cercana al treinta y nueve por ciento en el conjunto general- se dispara al cincuenta por ciento- esto es, cuatro casos sobre ocho : Farrell, Aramburu, Onganía y Galtieri; a los que se agrega la proporción de los que llegaron al gobierno en el marco de experiencias constitucionales restringidas por el fraude o la proscripción -que en el conjunto general es cercana al veinte por ciento-,

³⁷ Para facilitar la observación y análisis del rubro, el texto reproduce la tipología y la nómina de presidentes tal como se ha registrado en la nota 34.

que aquí conforman el equivalente a alrededor de otro doce por ciento – esto es, sólo un caso sobre los ocho mencionados : Castillo.

- En cambio, la proporción de presidentes de esta procedencia que llegaron al gobierno en experiencias constitucionales plenas -que en el conjunto general es de casi el cuarenta y dos por ciento- se ajusta a algo más de un treinta y siete por ciento- esto es, sólo tres casos sobre los ocho mencionados : Peón, Menem y Kirchner.

La figura 7 visualiza las proporciones registradas sobre la participación en los diversos escenarios institucionales de los presidentes que provenían de zonas rurales, semirurales o pueblos :



Fuente: Elaboración propia a partir de la información bibliográfica citada.

B) *Procedencia de asentamientos medianos y compromiso democrático*

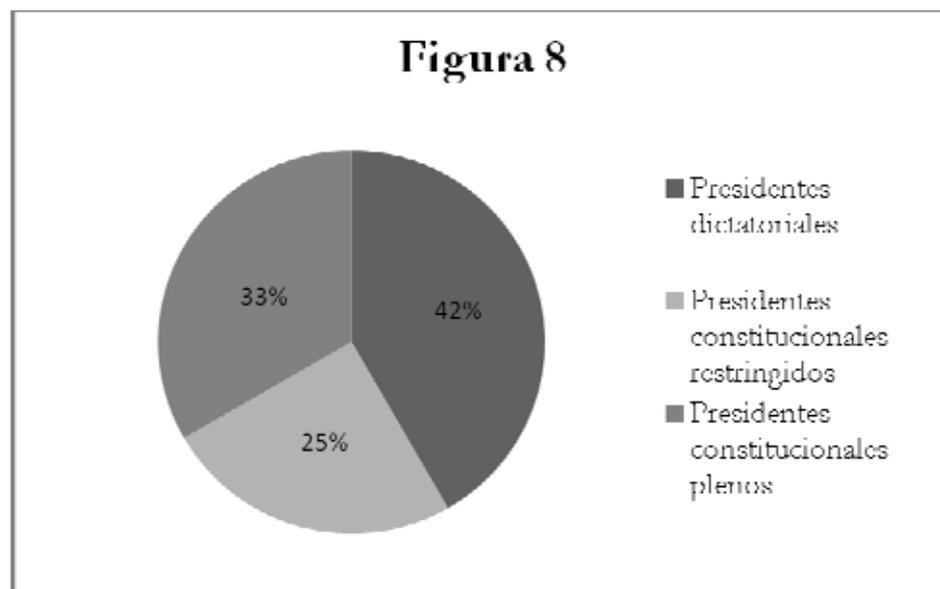
Los aspirantes a la presidencia del país que provenían de pequeñas ciudades también parecen haber mostrado una perceptible inclinación hacia vías de acceso al gobierno que son contrarias a las prácticas propias de la democracia representativa. Así :

- Entre los presidentes de esta procedencia que llegaron al gobierno a través de experiencias dictatoriales, la proporción -cercana al treinta y nueve por ciento del conjunto general- aumenta a casi el cuarenta y dos por ciento, esto es, cinco casos sobre doce : Uriburu, Ramírez, Levingston, Videla y Bignone.

- Entre los presidentes de esta procedencia que llegaron al gobierno a través de experiencias constitucionales restringidas por el fraude o la proscripción, la proporción -cercana al veinte por ciento del conjunto general-, trepa al veinticinco por ciento, esto es, tres casos sobre doce : Justo, Frondizi e Illia.

- En cambio, los presidentes de esta procedencia que llegaron al gobierno a través de experiencias constitucionales plenas, la proporción –cerca al cuarenta y dos por ciento del conjunto general-, sólo alcanza a alrededor de un treinta y tres por ciento; esto es, cuatro casos sobre doce : Cámpora, Martínez de Perón, Alfonsín, Rodríguez Saá.

La figura 8 visualiza las proporciones registradas sobre la participación en los diversos escenarios institucionales de los presidentes que provenían de pequeñas ciudades :



Fuente : Elaboración propia a partir de la información bibliográfica citada.

C) Procedencia de asentamientos mayores y compromiso democrático.

A diferencia de los dos grupos anteriores, los aspirantes a la presidencia que provenían de grandes ciudades parecen haber mostrado una perceptible inclinación hacia vías de acceso al gobierno que son propias de la democracia representativa. Así :

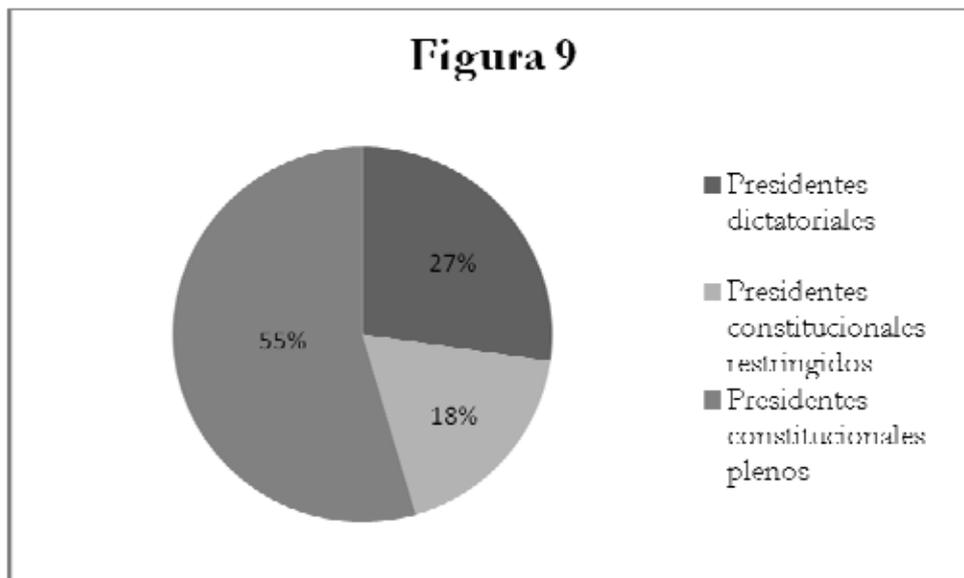
- Entre los presidentes de esta procedencia que llegaron al gobierno a través de experiencias dictatoriales -casi el treinta y nueve por ciento del conjunto general-, la proporción cae drásticamente a apenas algo más del veintisiete por ciento; esto es, sólo tres casos sobre doce : los de Lonardi, Lanusse y Viola..

- Entre los presidentes de esta procedencia que llegaron al gobierno a través de experiencias constitucionales restringidas – que en el conjunto general es del diecinueve por ciento- la proporción se ajusta a alrededor del dieciocho por ciento; esto es, dos casos sobre once : Ortiz y Guido.

- Por el contrario, la proporción de presidentes que llegaron al gobierno durante experiencias constitucionales plenas, en el marco de los procedimientos propios de la democracia representativa- que en el conjunto general es cercana al ya mencionado cuarenta y dos por ciento-, entre

los presidentes que provenían de grandes ciudades se disparó a algo más del cincuenta y cuatro por ciento; esto es, seis casos entre once: Yrigoyen, Alvear, Lastiri, De la Rúa, Duhalde y Fernández de Kirchner.

La figura 9 visualiza las proporciones registradas sobre la participación en los diversos escenarios institucionales de los presidentes que provenían de grandes ciudades :



Fuente : Elaboración propia a partir de la información bibliográfica citada.

Conclusiones de la observación

El grado de desarrollo de los lugares de origen de los aspirantes a la presidencia parece haber afectado su disposición hacia las prácticas propias de la democracia representativa durante el período 1916/2013.

a) Los aspirantes a la presidencia que provenían de asentamientos menores parecen haber mostrado perceptibles inclinaciones contrarias a las prácticas de la democracia representativa –sólo alrededor del treinta y siete por ciento de los presidentes que provenían de zonas rurales, semirurales o pueblos llegó al gobierno en experiencias plenamente constitucionales-, con la particularidad de que, entre aquellos que participaban en experiencias antidemocráticas, además parece haber prevalecido una considerable disposición –al menos potencial- hacia el recurso a las vías de hecho : un cincuenta por ciento de ellos llegó al gobierno directamente instalados como dictadores; mientras sólo un doce por ciento preservó en las formas algunas prácticas constitucionales.

b) Los aspirantes a la presidencia que provenían de asentamientos medianos también mostraron perceptibles inclinaciones hacia prácticas contrarias a las de la democracia representativa : sólo alrededor del treinta y tres por ciento alcanzó la presidencia en experiencias plenamente constitucionales, con la particularidad de que, entre los que participaron en experiencias antidemocráticas, junto a los que

buscaron el poder como dictadores –el cuarenta y dos por ciento-, aparece un grupo significativo –un veinticinco por ciento- que mostraba una disposición, al menos formal, hacia la preservación de algunas prácticas constitucionales.

c) En cambio, entre los aspirantes a la presidencia que provenían de asentamientos mayores parece observarse una considerable inclinación en favor de las prácticas propias de la democracia representativa –más del cincuenta y cuatro por ciento de los presidentes provenientes de grandes ciudades llegó al gobierno en el marco de experiencias plenamente constitucionales-, con la particularidad de que, entre aquellos que participaron de experiencias antidemocráticas, el grupo que mostraba disposición hacia el recurso a las vías de hecho quedaba reducido a apenas algo más del veinticinco por ciento.

CONCLUSIONES GENERALES

Interpretaciones e inferencias a partir de la observación empírica

Las conclusiones generales de nuestra investigación son las siguientes :

a) La modificación de las proporciones generales de las posibilidades de acceso al gobierno de los aspirantes a la presidencia según su procedencia geográfica, directamente relacionada con la profundización de las prácticas de la democracia representativa, podría ser un reflejo de la transformación de nuestro sistema de representación y participación política durante el período estudiado. Así :

- Los datos observados parecen sugerir que la aplicación de procedimientos constitucionales para el acceso al gobierno, y su profundización a través de las prácticas propias de la democracia representativa, habrían desplazado gradualmente el centro de gravedad de los procesos políticos hacia asentamientos con poblaciones cada vez más numerosas, favoreciendo, con la lógica electoral, las posibilidades efectivas de acceso al gobierno de los aspirantes a la presidencia provenientes de las ciudades más desarrolladas del país.

b) La progresiva modificación de la disposición hacia las prácticas de la democracia representativa directamente relacionadas con el mayor grado de desarrollo de los lugares de origen de los aspirantes a la presidencia, podría ser un reflejo de la importancia de los factores culturales en la conformación de las posturas de los habitantes de los diversos tipos de asentamiento ante los diversos escenarios institucionales que se alternaban en el país.

- Los datos observados parecen sugerir que entre 1916 y 2013, el desarrollo de los asentamientos humanos y el desplazamiento de la población, desde las formas de vida semirurales hacia las formas de vida urbanas características de las grandes aglomeraciones del siglo XX –y los cambios culturales que son concomitantes a tales transformaciones-, aparecen asociados a un paulatino retroceso del recurso a la fuerza como vía legitimada para la búsqueda del poder político, con un correlativo

aumento del interés por el uso de procedimientos constitucionales y con un consecuente compromiso hacia las prácticas de la democracia representativa.

- En este sentido, parece significativo que los asentamientos menores y medianos que disponían de una oferta de bienes físicos, servicios públicos, transportes, comunicaciones y sistemas educativos con escasas opciones y complejidad limitada, parecen haber conformado un tipo de ambientación del que surgió la mayor parte de los aspirantes a la presidencia identificados con proyectos contrarios a las prácticas democráticas; y cómo, en cambio, las grandes ciudades, que disfrutaban de una oferta de bienes físicos, servicios públicos, transportes, comunicaciones y sistemas educativos con opciones diversificadas y de mayor complejidad, parecen haber conformado un tipo diferente de ambientación del que surgió la mayor proporción de aspirantes dispuestos a buscar el acceso al gobierno ajustándose a los procedimientos propios de la democracia representativa.

c) A su vez, la coincidencia que parece observarse entre las posibilidades de acceso al gobierno y las inclinaciones de cada grupo a participar precisamente en el tipo de escenario institucional que los favorecía en mayor medida, podría ser el reflejo de cómo cada escenario institucional tiende a generar sus propios emergentes. Así :

- Los datos registrados parecen sugerir una dinámica según la cual las experiencias institucionales -que podrían caracterizarse como de tipo más tradicional por su escepticismo hacia los valores democráticos- conformaban escenarios más favorables para las posibilidades de acceso al gobierno de aspirantes que provenían de asentamientos no muy desarrollados, que eran precisamente aquellos en que predominaban las mayores inclinaciones antidemocráticas. En cambio, las experiencias institucionales más próximas a las prácticas de la democracia representativa parecen haber conformado escenarios más favorables para las posibilidades de los aspirantes que provenían de las grandes ciudades desarrolladas, que eran aquellas entre las que, a su vez, predominaban las mayores inclinaciones hacia actividades políticas tendientes a buscar el acceso al gobierno a través de las prácticas de la democracia representativa, como lo recuerda una clásica línea de investigaciones sobre la relación entre el desarrollo de la sociedad y el sistema político.

d) Finalmente, las correlaciones descriptas confirman la tradición teórica que destaca el análisis de las condiciones socioculturales en el surgimiento y en las inclinaciones políticas de los protagonistas de los procesos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIRRE, Delia Antonia Guadalupe de, y Mango de Rubio, Gladis Dora, (1999), *Paso de los Libres. Historia, espacio, memoria*. Paso de los Libres, e.de a.
- ANILLACO (s.f.). "Anillaco". Artículo. Discusión (*en línea*, s.f.). Disponible en <http://es.wikipedia.org/wiki/Anillaco> Consultado : 05/06/2012.
- ARMAS CASTRO, Lilia, (1988), *El Bicentenario de Mercedes*, Mercedes, Comité Ejecutivo del Bicentenario de Mercedes.
- BALLINOU, Juan Bautista, (1985), *Centenario de Río Gallegos*, Río Gallegos, Municipalidad de Río Gallegos.
- BIOGRAFÍA, (s.f.), "Biografía de Fernando de la Rúa" (*en línea*, s.f.). Disponible en <http://ricardobalbin.tripod.com/biodelarua.htm> . Consultado : 07/06/2013.
- BIROCCO, Carlos María, (2009), *Del Morón rural al Morón urbano. Vecindad, poder y surgimiento del estado municipal entre 1770 y 1895*, Buenos Aires, e.de a.
- BRAVO, Gabino, (1946), *Reseña histórica del Partido de Morón*, Morón, (s.e.)
- BUNGE, Alejandro, (1940), *Una nueva Argentina*, Buenos Aires, Guillermo Kraft,
- CABRERA, José Oscar, (1994), *Caseros. A cien años de su fundación (1892-1992)*, Buenos Aires, e. de a.
- CARDONE, Edgardo, (2005), *José María Guido, un patriota en la borrasca*, Buenos Aires, De los Cuatro Vientos.
- _____, (2006), "José María Guido : El hombre necesario". *Todo es Historia*, a.39, n. 469.
- CHIARENZA, Daniel Alberto, (2011), "Profesor Daniel Alberto Chiarenza" (*en línea*, 2011). Disponible en <http://profesor-daniel-alberto-chiarenza.blogspot.com.ar/2011/02/19-de-febrero-de-1953-nacimiento-de-la.html> Consultado : 07/07/2013.
- CIUDAD, (s.f.), "La ciudad de La Paz", (*en línea* s.f.). Disponible en www.entreriosinfo/lapaz Consultado : 17/07/2012.
- CÓRDOBA, (s.f.), "Córdoba". Artículo. Discusión (*en línea*, s.f.). Disponible en [http://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3rdoba_\(Argentina\)](http://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3rdoba_(Argentina)) . Consultado : 03/06/2013.
- *Cuarto Censo General de la Nación*, (1947), Presidencia de la Nación. Ministerio de Asuntos Técnicos. Buenos Aires, Dirección Nacional del Servicio Estadístico.
- DEFELIPPE, Bruno, (1958), *Geografía económica argentina*, Buenos Aires, Losange.
- DE DIOS, Estela Beatriz, "Marco histórico general del período 1880-1940" en *Proyecto patrimonio cultural de la ciudad de San Luis*. Universidad Nacional de San Luis. Facultad de Ciencias Humanas (*en línea*, 2005). Disponible en www.universidadnacionaldesanluis.edu.ar/documentos/marcohistorico Consultado: 17/07/2012.

- ENTRERRIOS, (en línea, s.f.). "Entre Ríos. La guía cultural". Disponible en <http://www.entreriostotal.com.ar/> Consultado : 02/03/2012.
- ETCHEPAREBORDA, Roberto, (1983), *Biografía de Yrigoyen*, Buenos Aires, CEAL.
- FLORES MARIO y GATTI, Carlos, (1927), *Geografía económica de la República Argentina*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Isely y Cia.
- GALTIERI, (s.f.), "Leopoldo Galtieri. Estudio. Discusión" (en línea, s.f.). Disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Leopoldo_Galtieri#Historia_previa_a_la_Presidencia Consultado : 14/01/2013.
- GARCÍA MATA, Rafael y LLORENS, Emilio, (1936), *Geografía económica argentina*, Buenos Aires, Compañía Impresora Argentina.
- *Gente y la actualidad*, (1979), "Reportaje a Raúl Lastiri". Suplemento, 25 de mayo de 1973 – 24 de marzo de 1976. Buenos Aires, Atlántida.
- GONZÁLEZ ZALDÚA, Martha, (2004), "Roberto Marcelino Ortiz y Lizardi. Lehendakari", (en línea, 12-18/03/2004). Disponible en <http://www.euskonews.com/0246z/bk/kosmo24601.html> Consultado: 16/04/2013.
- GREGORATTI, Horacio David, (1997), *Síntesis de la historia económica argentina del siglo XX*, Buenos Aires, Macchi.
- GUERRA DE FRETES, Estela E., (1985), *Río Gallegos: Su historia y sus hombres*, Río Gallegos, e. a.
- HALAMAN, Gregorio, (2010), "Programa de investigación sobre Instituciones Políticas Fundamentales". Relevamiento de información. Fascículos. CONICET. Inédito.
- KIRCHNER, (s.f.), "Néstor Kirchner". Estudio. Discusión (en línea, s.f.) Disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/N%C3%A9stor_Kirchner Consultado: 05/02/2013.
- KÜHN, Francisco, (1928), "Capítulos de geografía económica argentina", en *Anales de la Facultad de Ciencias de la Educación*, Universidad Nacional del Litoral, t.III.
- LACOSTE, Alberto C., (s.f.), "Morón doscientos años", en *La Universidad de Morón y la Comisión Organizadora de los actos del Bicentenario del Partido de Morón*. Morón, Universidad de Morón.
- LA PAZ, -a- (s.f.). "La Paz" (en línea, s.f.). Disponible en <http://www.entreriostotal.com.ar/lapaz/> . Consultado : 16/11/2011.
- _____ -b- (s.f.), "La Paz" (en línea, s.f.) Disponible en [http://es.wikipedia.org/wiki/La_Paz_\(Entre_R%C3%ADos\)](http://es.wikipedia.org/wiki/La_Paz_(Entre_R%C3%ADos)) . Consultado : 17/07/2012).
- LA PLATA, -a- (s.f.), "La Plata". Artículo. Discusión. (en línea, s.f.). Disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/La_Plata#La_Plata_en_el_siglo_XX Consultado : 12/02/2013.
- _____ -b- (s.f.) "Historia de La Plata" . Artículo. Discusión. (en línea, s.f.). Disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Historia_de_La_Plata#Bibliograf.C3.ADA Consultado: 12/03/2013.

- _____ -c- (s.f.), "Historia" (*en línea*, s.f.). Disponible en <http://www.welcomeargentina.com/laplata/historia.html> Consultado : 07/07/2013.
- LATTES, Alfredo E., (1996), "Dimensiones demográficas de los partidos del Gran Buenos Aires", *Revista de Historia Bonaerense*, a. III, n. 10, jul.
- LOMAS DE ZAMORA, (s.f.), "Lomas de Zamora". Artículo. Discusión (*en línea*, s.f.). Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Lomas_de_Zamora#Lomenses_famosos Consultado: 13/05/2013.
- MAGRASSI, Alejandro, (1942), *Historia de Lomas de Zamora (1594-1941)*. Homenaje en el 80º. Aniversario de la Fundación del Pueblo de Lomas de Zamora, Lomas de Zamora, Diario "La Unión".
- MANGO DE RUBIO, Gladis Dora, (2006), *Historia de pueblos. El Bar Anexo Cortés ¿la esquina del mundo?*, Paso de los Libres, e. a.
- MERCEDES,-a- (s.f.), "Mercedes" (*en línea*, s.f.), Artículo. Discusión. Disponible en [http://es.wikipedia.org/wiki/Mercedes_\(Buenos_Aires\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Mercedes_(Buenos_Aires)). Consultado: 10/07/2012.
- _____-b- (2011), "Municipalidad de Mercedes" (*en línea*, 2011). Disponible en <http://www.mercedes.gob.ar/>. Consultado : 12/02/2012.
- _____-c- (s.f.), "Huellas pampas por los caminos bonaerenses" (*en línea*, s.f.). http://blogsdelagente.com/huellaspampas/2011/03/13/la-ciudad-de-mercedesbuenos-aires-y-su-historia/?doing_wp_cron Consultado : 12/03/2013.
- MINISTERIO DE DEFENSA, (s/f), Ejército Argentino, Archivo General Militar, Legajos, (reservados).
- MONTES, Aníbal, (1958), *Historia antigua de la ciudad de Río Cuarto*, Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Filosofía y Humanidades. Instituto de Estudios Americanistas, Córdoba, Dirección General de Publicaciones.
- MORALES, Melina; Espósito Ezequiel, Valentín, Gisele, (2008), "Villa Industrial". Trabajo Final Integrador. Cátedra Prof. Marcelo Tomisaki, (*en línea*, 2008). Disponible en <http://es.scribd.com/doc/8212634/Villa-Industrial-21> Consultado: 31/08/2011.
- MORÓN, (*en línea*, s.f.). Disponible en www.moron.gov.ar/laciudad" Consultado: 02/08/2011.
- MUNICIPALIDAD, (*en línea*, s.f.), Disponible en [http://es.wikipedia.org/wiki/Mercedes_\(Buenos_Aires\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Mercedes_(Buenos_Aires)) Consultado : 03/03/2013.
- OLASCOAGA, Laurentino, (1923), *Geografía económica argentina*, Buenos Aires, s.p.i.
- ORTIZ, Ricardo M., (1987), *Historia económica de la Argentina*, Buenos Aires, Plus Ultra.
- PASTOR, Reinaldo A., (1970), *San Luis, su gloriosa y callada gesta*, San Luis, Artes Gráficas B.U. Chiesino.
- PISARELLO VIRASORO, Roberto, G., (1983), *Arturo Frondizi. Historia y problemática de un estadista*. v. I, "El hombre", Bs. As. Depalma.

- PRESIDENTE, (en línea, s.f.). Disponible en <http://www.euskomedia.org/bilatu?q=roberto+marcelo+ortiz&partialfields=fondo%3Aeuskonews&x=14&y=7> . Consultado: 3/09/2011.
- *Primer censo poblacional de la República Argentina. 1869*. Buenos Aires. Imprenta del Porvenir.
- RIVAS BARBOSA, Arturo, (1941), *Formas del pasado. Recopilación de apuntes para la historia de Roque Pérez*, Buenos Aires, Escuela Gráfica del Colegio Pío IX.
- ROCCATAGLIATTA, Juan A., (1998), *Geografía económica argentina*, Buenos Aires, El Ateneo.
- ROMAY, Francisco, L., (1967), *Historia de Chascomús*, Chascomús, Centro de Publicaciones Municipales.
- SABSAY, Fernando, (1999), *Presidencias y presidentes constitucionales argentinos*, Buenos Aires, Página 12.
- SALTA, (s.f.), "Salta". "Salta". Artículo. Discusión. (en línea, s.f.). Disponible en https://es.wikipedia.org/wiki/Provincia_de_Salta Consultado: 04/01/2013.
- *Segundo Censo de la República Argentina*. 1895. Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 2 t.
- SENADOR (s.f.), "Senador Nacional Adolfo Rodríguez Saá", (en línea, s.f.). Disponible en http://www.senado.gov.ar/web/senadores/biografia.php?id_sena=365 . Consultado: 06/03/2013.
- SIROLI, Amadeo, R., (1930), *Reseña histórica de Mercedes*, Mercedes, e. a.
- STOPPINI, Juan. Luis, (2002), "La historia de Lomas de Zamora", *Revista Lomas y su gente*, 2002. Disponible en http://www.lomasysugente.com.ar/2008/mayo5/dest_historiade_lomas28.html Consultado : 12/03/2013.
- _____ y DESCHAMPS, Jorge, R., (s.f.), "Apuntes del siglo XX para la historia de Banfield". Citab. Centro de Investigaciones Territoriales Bonaerenses (en línea, s.f.). Disponible en http://www.bapro.com.ar/citab/pueblos/lomas_zamora/22%20apuntes%20siglo%20xx%20banfield.pdf Consultado : 12/05/2013.
- STUPENENGO, Sebastián, (2009), *Marcos Paz, ciudad del árbol*, Buenos Aires, Epyca. Disponible en http://issuu.com/epycas/docs/marcos_paz_interior_v30 Consultado: 07/06/2013.
- *Tercer Censo Nacional*. 1914. 10 v. Buenos Aires, Talleres Gráficos de L.J. Rosso y Cía.
- TOLOSA, (s.f.), "Tolosa y su historia" (en línea, s.f.). Disponible en <http://www.laplatamagica.com.ar/web/?q=node/87> Consultado : 02/05/2013.
- "Un lugar", (2002), "Un lugar en el mundo. El Anillaco de Menem" (en línea, 2002). Disponible en <http://www.colonbuenosaires.com.ar/colondoce/0931.htm> Consultado: 10/07/2012.
- URQUIZA ALMANDOZ, Oscar F., (1985), *Historia de Concepción del Uruguay*, 3 t., Concepción del Uruguay, Municipalidad de Concepción del Uruguay.

- VAPÑARSKY, César A., (1995), "Primacía y macrocefalia en la Argentina: La transformación del sistema de asentamiento humano desde 1950", en *Desarrollo Económico*, n.138, v.35, a.9.
- VARELA, Rudi, (s.f), *La época rústica en Avellaneda y Lanús hasta 1881*, Avellaneda, e. a.

LA REGULACIÓN DE LAS ALIANZAS ELECTORALES Y SUS CONSECUENCIAS EN SISTEMAS POLÍTICOS MULTI-NIVEL EN AMÉRICA LATINA

Por Paula Andrea Clerici y Gerardo Scherlis

RESUMEN

Son numerosos los factores que inciden sobre el nivel de nacionalización de los partidos y de la integración en sentido vertical de las organizaciones partidarias. Entre ellos, poca atención se ha prestado hasta ahora al marco normativo que regula la conformación de las alianzas electorales. En este artículo se ofrece un análisis comparativo de los diferentes modos en los que los países latinoamericanos regulan la constitución de alianzas electorales, observando cómo los diferentes marcos normativos impactan sobre el balance de poder entre el nivel nacional y sub-nacional de los partidos, y por lo tanto en los niveles de nacionalización y de integración vertical. Para ello se desarrolla el concepto de congruencia de las alianzas, aspecto que se observa a partir de tres dimensiones. Ello permite clasificar a los países latinoamericanos en cuatro grupos principales, según su normativa sobre alianzas electorales incentive en mayor o menor medida la nacionalización e integración vertical de los partidos.

PALABRAS CLAVES

Regulación electoral - Alianzas – Partidos Políticos – Nacionalización – Integración vertical

THE REGULATION OF ELECTORAL COALITIONS AND ITS CONSEQUENCES ON LATIN AMERICAN MULTI-LEVEL POLITICAL SYSTEMS

By **Paula Andrea Clerici and Gerardo Scherlis**

ABSTRACT

Many factors influence political parties' level of nationalization and vertical integration. One of these factors, the regulation of electoral coalitions, has been so far particularly neglected by studies on this issue. This article offers a comparative analysis of the way Latin American countries regulate electoral coalition formation, focusing on the potential impact of different types of regulation on the balance of power between national and sub-national branches of parties, and therefore on the levels of nationalization and vertical integration. The article presents the concept of "coalition congruence", which is observed along three dimensions. Following this analytical framework, the article classifies Latin American countries in four different groups based on how their regulation of electoral coalition formation stimulates political parties nationalization and vertical integration.

KEY WORDS

Electoral law - Coalitions - Political Parties - Nationalization - Vertical Integration

LA REGULACIÓN DE LAS ALIANZAS ELECTORALES Y SUS CONSECUENCIAS EN SISTEMAS POLÍTICOS MULTI-NIVEL EN AMÉRICA LATINA

Por Paula Andrea Clerici* y Gerardo Scherlis**

Introducción

En febrero de 2013 el diario Clarín, de Buenos Aires, anunciaba que los principales líderes del Frente Amplio Progresista (FAP) y de la Unión Cívica Radical (UCR), dos importantes fuerzas de la oposición política argentina, analizaban la conformación de una alianza electoral para las elecciones legislativas nacionales del mes de octubre de ese año. La nota consignaba al respecto las declaraciones del líder de la primera de esas fuerzas, Hermes Binner, quien matizaba el posible alcance de la alianza al afirmar: "Estamos en marcha a un acuerdo nacional, pero son elecciones legislativas y por tanto es necesario que cada distrito defina su política de alianzas según su realidad económica y social".

Esta frase pronunciada por un destacado político argentino no puede sorprender a ningún lector habitual de noticias políticas de este país. En efecto, las alianzas electorales para los cargos legislativos nacionales son, en Argentina, definidas en cada uno de los distritos electorales, es decir en las provincias. Una frase similar, sin embargo, sería muy llamativa por ejemplo en México, donde las alianzas legislativas nacionales tienen por lo general un carácter federal, y por lo tanto cada uno de los partidos concurre en todo el país con la misma alianza. Y sería inimaginable en Perú, donde las alianzas para presidente y para el congreso son las mismas. Mientras que en Brasil, una frase como la citada sería natural antes de 2002 y después de 2010, pero no entre esas fechas, mientras rigió la así llamada verticalización de las coaliciones.

Los actores políticos tienden a asumir como un dato invariable las reglas para conformar alianzas electorales, en particular aquellas que definen si es el partido nacional o las diferentes ramas sub-nacionales quien cuenta con la prerrogativa de decidir al respecto. Así, los políticos argentinos consideran evidente que será cada partido con base en una provincia quien defina su política de alianzas, mientras los peruanos

* Licenciada en Ciencia Política y docente de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y la Universidad Nacional de La Matanza (UNLaM). MA in Social Research (University of Warwick, Inglaterra). Candidata a Doctora en Ciencia Política (Universidad Torcuato Di Tella). Becaria del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).

** Abogado y Licenciado en Ciencia Política por la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Ciencia Política, Universidad de Leiden, Países Bajos. Profesor adjunto regular de Teoría del Estado en la Facultad de Derecho de la UBA. Investigador del CONICET.

Se especializa en el estudio de las instituciones políticas en perspectiva comparada. Actualmente co-dirige un proyecto sobre la regulación de los partidos políticos en América Latina, con sede en la UBA. Ha publicado trabajos sobre su especialidad en revistas tales como Latin American Research Review, Government and Opposition, América Latina Hoy, y en numerosos capítulos de libros.

dan por descontado que las alianzas para el congreso nacional son forjadas por los partidos en el nivel nacional y en forma homogénea para todo el país. Pero lo cierto es que existe amplia diversidad en este campo, y que esta diversidad tiene implicancias políticas de diverso tipo. En términos generales, al definir el grado de centralización en la toma de decisiones sobre las alianzas, la legislación sobre esta materia constituye un factor decisivo en lo que respecta a la integración de las diferentes arenas electorales y de los diferentes niveles de organización partidaria. Más en particular, al otorgar la facultad de definir las alianzas al nivel nacional o a las ramas sub-nacionales de los partidos la legislación incide sobre los equilibrios de poder entre los diferentes niveles de las organizaciones partidarias, y por lo tanto en los niveles de nacionalización o desnacionalización de los partidos. Por otro lado, el vedar o por el contrario permitir alianzas incongruentes, puede afectar el nivel de nacionalización del sistema de partidos.

La regulación sobre alianzas electorales, y más en particular las normas que definen si y en qué medida las alianzas para las diferentes categorías de cargos deben ser necesariamente congruentes son raramente cuestionadas y más excepcionalmente aún modificadas. Pero precisamente cuando esto último ocurre, se hace evidente su relevancia en términos políticos. Así ocurrió en Brasil cuando en febrero de 2002 un fallo del Tribunal Superior Electoral ordenó lo que se dio en llamar la verticalización de las alianzas, es decir la obligatoriedad de que las alianzas conformadas para competir por la presidencia de la república se replicaran en cada uno de los estados y para el resto de los cargos en competencia (véase por ejemplo Barreto, 2009). Esta decisión afectó profundamente las estrategias de los partidos brasileños, los cuales respondieron promoviendo una nueva legislación en la materia de acuerdo a sus intereses específicos (Enmienda Constitucional N°52/2006).¹ Sin embargo, y pese a la evidente trascendencia que esta cuestión tiene sobre la organización y funcionamiento de los partidos y sistemas de partidos en América Latina, no ha habido hasta ahora intentos para analizar sistemáticamente la cuestión.

En términos generales, este artículo pretende contribuir al estudio de la regulación de los partidos en América Latina analizando en términos comparativos cómo los diferentes países de la región regulan la conformación de alianzas electorales. Más específicamente, el estudio sobre los marcos normativos de las alianzas constituye un aporte para comprender las relaciones entre diferentes niveles de las organizaciones partidarias en América Latina. Ello supone, por último, un aporte al estudio comparado de la nacionalización/desnacionalización de los partidos y sistemas de partidos latinoamericanos.

El artículo se organiza de la siguiente manera. Tras esta introducción, se presenta una discusión sobre la regulación de las alianzas electorales en el marco de los estudios sobre nacionalización e integración de los partidos. La tercera sección desarrolla el concepto de congruencia e incongruencia de las alianzas en sus diferentes dimensiones, destacando las potenciales implicancias de cada uno de los posibles marcos normativos. La cuarta sección clasifica a los marcos normativos de un conjunto de países latinoamericanos en cuatro tipos posibles en relación con la posibilidad que ofrecen de conformar alianzas

¹ Apenas un día después de la resolución que estableció la verticalización y antes de su publicación oficial, 70 senadores suscribieron una propuesta de enmienda constitucional para dejar explícito que un partido político puede

incongruentes. La quinta sección ubica los casos en un continuo según la medida en que tiendan a favorecer la nacionalización e integración vertical de los partidos.

La (In)Congruencia en las Alianzas Electorales y la Nacionalización e Integración de los Partidos

La conexión entre las diferentes arenas en las que compiten los partidos políticos y la relación entre sus diferentes niveles organizativos ha cobrado en los últimos años una creciente atención, en el mundo en general y en América Latina en particular.

Dos preguntas atraviesan todo este campo de estudios. Por un lado, en relación a los sistemas partidarios, se trata de saber qué factores determinan que la competencia electoral en el nivel nacional sea similar o congruente a la que tiene lugar en los distritos sub-nacionales, en el sentido de si la competencia entre partidos adopta características similares en uno y otro nivel (Gibson and Suárez Cao, 2010). Por otro lado, en lo que respecta a los partidos en particular, se trata de saber qué factores determinan que los comportamientos de los diferentes niveles sub-nacionales de un mismo partido sean semejantes entre sí, y congruentes a la vez con el nivel nacional del partido (Thorlakson, 2009). La congruencia, en uno y otro campo, supone integración: integración entre arenas electorales e integración entre niveles organizativos de un partido. La ausencia de integración, por el contrario, supone dispersión.

En particular la integración entre diferentes niveles de las organizaciones partidarias tiene importantes consecuencias para el funcionamiento del sistema político en sistemas de gobierno y competencia multi-nivel. Los partidos son actores clave para la operatoria de cualquier sistema político democrático, pero pueden desempeñar una función específica allí donde existen diferentes niveles de gobierno y de competencia electoral. La existencia de diferentes niveles de gobierno implica normalmente la multiplicación de actores de veto, por lo cual suele implicar un modo más consensual de gobierno (al respecto véase Lijphart, 1984). En ese marco, la existencia de partidos extendidos territorialmente pero a la vez integrados verticalmente resulta una herramienta crucial para el ejercicio del gobierno (Phillipov *et al.*, 2004:158). Tal como lo sugiere Jonathan Rodden, partidos integrados, donde el nivel nacional y el sub-nacional son interdependientes y actúan en forma coordinada, resultan cruciales para la estabilidad y gobernabilidad de los sistemas políticos multi-nivel (2007:120). Por el contrario, donde las organizaciones sub-nacionales de los partidos actúan con amplia autonomía respecto de las organizaciones federales, cabe esperar mayores dificultades de coordinación para los gobiernos, y también para las oposiciones de carácter nacional.

Por otro lado, se ha destacado que cierto nivel de autonomía del partido sub-nacional puede favorecer la representatividad de los partidos (Brancati, 2008). Desde esta perspectiva, mayores márgenes de maniobra de las ramas regionales de los partidos puede ser incluso un recurso que beneficie al propio nivel nacional de la organización. Por otro lado, esta autonomía puede acarrear consecuencias negativas

formar alianzas electorales en la elección de base estadual con otro partido político del cual es adversario en la elección presidencial. Dicha propuesta no prosperó en ese momento, pero sí lo hizo tras las elecciones de 2006.

para el partido nacional, por ejemplo si el partido en el nivel regional decidiera promover alianzas que son negativamente consideradas por el electorado nacional del partido (van Houten, 2009).

En todo caso, tal como lo resume una de las investigadoras más destacadas en este campo, es relevante preguntarse “por qué en algunos países los partidos y los comportamientos electorales entre el nivel federal y el estadual están fuertemente integrados, mientras en otros las arenas federal y estadual de las organizaciones partidarias operan en forma independiente” (Thorlakson, 2007:69).

A la hora de responder estas preguntas se han explorado muy diversas respuestas². La mayor parte de ellas ha apuntado al balance en la distribución de capacidades y recursos fiscales entre los gobiernos nacionales y sub-nacionales. La hipótesis más general en este campo afirma que en aquellos países donde el poder político y los recursos fiscales están más centralizados, los partidos adoptarán un carácter más nacionalizado, siendo las ramas regionales de los partidos poco más que filiales controladas desde las oficinas nacionales del partido; en cambio, sería esperable que allí donde el gobierno y los recursos están más descentralizados, se incremente el valor del gobierno sub-nacional y por lo tanto también el potencial de divergencia entre las prioridades del partido nacional y el sub-nacional, así como las ventajas de la autonomía de la rama regional del partido. En otra línea se ha señalado que la heterogeneidad étnica o cultural puede afectar la integración vertical de los partidos. En países con población étnicamente heterogénea, cabe esperar que las ramas locales de los partidos desarrollen un mayor grado de autonomía a los fines de atender a las particularidades de sus respectivos electorados. También se ha considerado la importancia de la condición de gobierno u oposición de los partidos en los diferentes niveles. Al respecto, cabe esperar que si un partido alcanza el gobierno en el nivel sub-nacional mientras se mantiene como opositor en el plano nacional, desarrollará un mayor nivel de autonomía en el nivel en el que gobierna. En sentido inverso, si un partido gobierna en el nivel nacional pero no lo hace en los gobiernos regionales, cabe esperar que las ramas sub-nacionales estén subordinadas al nivel nacional del partido.

Una respuesta alternativa a todas las anteriores apunta a la historia y las trayectorias de los diferentes partidos. Así, por ejemplo se ha sugerido que en el caso europeo, los partidos liberales, surgidos en general como redes de notables débilmente conectadas, deberían ser menos integrados que los partidos socialdemócratas, que normalmente se desarrollaron a partir de un liderazgo muy centralizado.

Por otra parte, la indudable influencia de todos estos factores de naturaleza económica, fiscal, social, e histórica, no puede llevar a soslayar que el diseño institucional condiciona la relación entre los diferentes niveles de organización partidaria. Así, por ejemplo se ha señalado que en aquellos casos donde el financiamiento público a los partidos constituye una fuente fundamental de sus ingresos, el modo en que se distribuyen esos fondos entre los diferentes niveles de los partidos será determinante a la hora de analizar el balance de poder entre ellos (van Houten, 2009:150).³ Los mecanismos previstos para la

²Las diversas hipótesis que aquí se resumen pueden rastrearse principalmente en los trabajos de Thorlakson, 2007; van Houten, 2009; Hopkin, 2009; Leiras, 2010; y más en general en Maddens y Swenden, 2009.

³ De hecho, ésta parece ser, según lo señalan Ingrid van Biezen y Jonathan Hopkin (2006), una de las principales razones por las cuales en España, un país con altos niveles de descentralización política y fiscal, los partidos continúan manteniendo un carácter fuertemente centralizado.

selección de candidatos, las reglas para la elección del liderazgo partidario, la facultad del partido nacional para disciplinar y sancionar a las ramas sub-nacionales, son, entre muchos otros, elementos presentes en el marco legal que tienen importantes consecuencias sobre la relación entre los diferentes niveles organizativos.

Pese a ello, son excepcionales los estudios que contemplan cómo diferentes marcos legales lidian con la presencia de organizaciones partidarias multi-nivel y menos aún que analicen las implicancias de estos diferentes marcos normativos.⁴ Esta ausencia es particularmente visible en el contexto latinoamericano. Aunque en la mayor parte de los países de la región los partidos son, en los hechos, organizaciones multi-nivel, y aunque ha habido en las últimas décadas un marcado proceso de acentuación de la desnacionalización partidaria, los factores legales que han incidido sobre este proceso apenas si han sido tenidos en cuenta.⁵

Como un aporte a cubrir este importante vacío, en este artículo se estudia un aspecto específico de la normativa que condiciona la relación entre los diferentes niveles de las organizaciones partidarias. De lo que se trata en este caso es de analizar cómo los marcos jurídicos de diferentes países latinoamericanos distribuyen entre el nivel nacional y sub-nacional de los partidos la capacidad de forjar alianzas electorales para diferentes categorías de cargos.

La regulación de las alianzas es sólo un aspecto muy puntual de todo el entramado regulatorio que define las relaciones entre distintos niveles de las organizaciones partidarias y diferentes niveles de competencia electoral (otros aspectos han sido antes mencionados, como financiamiento, fórmula electoral, mecanismos de selección de candidatos, etc.), y no pretendemos aquí afirmar que es éste el factor fundamental que nos permite entender el nivel de nacionalización e integración de los partidos latinoamericanos. En cambio, lo que aquí se afirma es que esta cuestión sí merece ser atendida, y que está lejos de ser un elemento menor a la hora de analizar la nacionalización e integración de los partidos. La conformación de alianzas electorales suele ser parte central de la estrategia electoral de un partido. Quien esté facultado para decidir sobre las coaliciones tendrá por ello en sus manos un recurso vital para la organización. Diferentes marcos normativos pueden por eso tener muy distintas implicancias, fortaleciendo a uno u otro actor organizativo.

En un extremo, la ley puede exigir la congruencia total de las alianzas, incluyendo todos los cargos nacionales y sub-nacionales (es decir, en sentido vertical) y en todos los distritos electorales del país (en sentido horizontal). Aunque este tipo de regulación es excepcional, en esta línea se inscribe la política de

⁴ Una excepción parcial es el trabajo de Fabre (2008) que al analizar la relación entre diferentes niveles de las organizaciones partidarias en España e Inglaterra toma en cuenta las disposiciones legales al respecto.

⁵ Por ejemplo el Tratado de derecho electoral comparado de América Latina (Nohlen et al, 2007), seguramente la obra más difundida en este campo, cuenta con 45 capítulos dedicados a diferentes temas de la regulación electoral y de partidos sin que ninguno de ellos se aboque específicamente a las relaciones entre partidos nacionales y regionales. También como excepción parcial, pero a la vez como confirmación de la escasa atención sobre el punto, puede mencionarse el trabajo de Leiras (2010). En este caso, al analizarse las variables que determinan los niveles de nacionalización de los partidos se considera, entre otros, a la incidencia de algunos factores institucionales para construir lo que el autor denomina un índice de propensión institucional a la desnacionalización. Leiras no incluye la regulación de las alianzas en la conformación de este índice.

“verticalización” sancionada por el Tribunal Superior Electoral (TSE) de Brasil en 2002 y, con variaciones, vigente hasta 2010. En este caso la ley concentra la facultad de concertar las alianzas en el nivel nacional del partido. Ciertamente, dependerá de otros factores que en los hechos el nivel nacional deba atender más o menos a los requerimientos de las ramas sub-nacionales, pero en todo caso este tipo de regulación fortalece la posición del nivel nacional de la organización y, consecuentemente, la integración vertical de las organizaciones partidarias. Es por ello que la exigencia de alianzas congruentes en sentido vertical y horizontal fortalece la nacionalización e integración de los partidos. Precisamente en el ya mencionado caso brasileño, y como se desarrolla con algo más de detalle en la siguiente sección, el argumento del TSE para exigir la verticalización de las alianzas residió en que de acuerdo a la Constitución brasileña, los partidos son instituciones nacionales, y que por lo tanto no pueden conformar diferentes alianzas según los niveles y categorías de cargos a elegir.

En un extremo opuesto, la ley puede dejar librado a los diferentes niveles organizativos las alianzas a conformarse para los diferentes cargos en disputa, dando también la posibilidad de que en cada distrito se formen alianzas diferentes (incongruentes entre sí), aun cuando se trate de una misma categoría de cargos. En este caso, el nivel nacional del partido quedaría confinado a decidir únicamente sobre la alianza presidencial, mientras que cada una de las organizaciones distritales (estadales o provinciales) quedaría facultada para decidir sobre otros cargos federales tales como diputados y senadores al parlamento nacional, y sobre las alianzas en las categorías de cargos sub-nacionales. En este esquema legal se debilita evidentemente al nivel nacional del partido a expensas de las organizaciones sub-nacionales.

Entre medio de ambos extremos podemos encontrar diversas fórmulas, que tendrán a su vez diversas implicancias.

Dimensiones de la Congruencia en las Alianzas

Pueden establecerse distintas dimensiones de análisis comparativo de los marcos regulatorios del comportamiento aliancista de los partidos a efectos de analizar en qué medida la legislación permite que los partidos puedan tener comportamientos incongruentes en sus alianzas.

Las posibilidades de comportamientos cruzados de los partidos a la hora de presentarse a la competencia por cargos nacionales y sub-nacionales⁶, están dadas por tres tipos de relaciones:

- i. La relación entre los niveles de gobierno;
- ii. La relación entre las categorías de cargos; y
- iii. La relación entre los distritos electorales que eligen una misma categoría de cargos de un mismo nivel.

Por lo anterior, podemos distinguir las siguientes dimensiones de comparación del comportamiento partidario:

1. Dimensión vertical del comportamiento aliancista del partido entre los niveles de gobierno nacional y sub-nacional. Esta dimensión refiere a si y en qué medida la normativa habilita a los partidos a conformar alianzas distintas para cargos nacionales (ejecutivos y legislativos) y sub-nacionales.

2. Dimensión horizontal categórica. Refiere a si las alianzas deben o no ser congruentes entre diferentes categorías de cargos de un mismo nivel de gobierno. Aquí nos concentramos en lo que ocurre entre poder ejecutivo nacional (Presidente) y poder legislativo nacional (Diputados y Senadores).

3. Dimensión horizontal distrital. Refiere a si las alianzas para un mismo cargo deben o no ser congruentes en las distintas unidades sub-nacionales para componer el poder legislativo nacional.

Estas dimensiones deben ser entendidas como parte de un continuo. La imposibilidad de incongruencia vertical, es decir la imposición de una única posibilidad de alianzas definidas en el nivel nacional y que deben ser replicadas para los cargos sub-nacionales, no deja lugar para que haya incongruencia horizontal (ni entre diferentes cargos de un mismo nivel, ni entre diferentes distritos para un mismo cargo). En otras palabras, en un extremo del continuo está la imposibilidad de incongruencia vertical, que supone asimismo imposibilidad de incongruencia horizontal categórica y distrital.

En segundo lugar, un marco jurídico que habilite la incongruencia vertical pero no la horizontal categórica, forzando a que las alianzas para legisladores nacionales repliquen la alianza conformada para la elección presidencial, no permite pensar en incongruencia horizontal distrital, es decir que se formen diferentes alianzas para legisladores según el distrito.

En tercer lugar, podría haber posibilidad de incongruencia vertical y horizontal categórica, pero no distrital. En este caso, la legislación habilita a los partidos a conformar no sólo diferentes alianzas para diferentes niveles de cargos, sino también diferentes alianzas dentro del nivel nacional, según se trate de elegir presidente o legisladores. Pero en cada categoría de cargos las alianzas deben ser congruentes a través de todos los distritos. Aunque hay en este caso mayor margen para las alianzas incongruentes, en términos de la distribución de capacidades entre niveles de la organización partidaria esta opción es equivalente a la anterior. Es que aunque los partidos estén facultados para conformar diferentes alianzas para las diferentes categorías de cargos nacionales (típicamente una alianza para presidente y otra alianza diferente para diputados), en la medida en que estas alianzas se definan en términos nacionales y no se habilite a que en cada distrito electoral se conforme una alianza específica, el marco normativo supone el control de la política de alianzas por parte del nivel nacional del partido.

Finalmente, el punto más alto en términos de incongruencia, y por lo tanto también el que más favorece a la dispersión y desnacionalización de los partidos, es aquel donde existe la opción de incongruencia horizontal distrital, que naturalmente presupone las otras dos (incongruencia horizontal categórica e incongruencia vertical). En este caso, el nivel nacional del partido sólo quedaría facultado para

⁶ En este trabajo no se incorpora el análisis del nivel municipal, que por supuesto podría también contemplarse.

definir las alianzas en la categoría presidencial, mientras que las ramas sub-nacionales tendrían a su cargo la definición no sólo de las alianzas para los cargos sub-nacionales sino que, en cada distrito electoral, podrían decidir sobre las alianzas para los cargos legislativos nacionales.

Es preciso aclarar que, como pronto se verá, en los casos concretos el continuo aquí mencionado no siempre funciona en forma parsimoniosa. Esto es así porque algunos países sólo contemplan la posibilidad de alianzas para ciertos cargos o niveles de cargos, y no para otros. En otros casos, sencillamente no se contempla la posibilidad de alianzas.

De todos modos, en la próxima sección se clasifica a los países latinoamericanos de Sudamérica más México (es decir Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) a partir de estas diferentes categorías de marcos regulatorios de alianzas.

La Legislación sobre Alianzas en América Latina: Una Clasificación

A partir de las tres dimensiones referidas en la sección anterior es posible observar las diferencias entre los países latinoamericanos respecto a la legislación sobre alianzas. La tabla 1 resume el marco normativo de cada uno de los países en relación con cada una de las tres dimensiones.

Tabla 1: Dimensiones de posibles comportamientos aliancistas cruzados en Latinoamérica según la normativa electoral

País	Vertical	Horizontal Categórica	Horizontal Distrital
Argentina	Permitido	Permitido	Permitido
Bolivia	Permitido	No permitido	No permitido
Brasil	Permitido	Permitido	Permitido
Brasil con verticalización (2002 y 2006)	No permitido	No permitido	Parcialmente permitido (sólo para partidos sin candidato presidencial)
Chile	No contempla alianzas para Presidente*		No permitido
Colombia	Permitido	No contempla alianzas para Congresistas.	
Ecuador	Si bien la normativa en Ecuador reconoce la existencia de alianzas, no regula su funcionamiento. Sin embargo, la oferta electoral muestra que las alianzas son las mismas para los cargos nacionales que para los cargos sub-nacionales.		
Paraguay** (Alianzas)	Si bien la normativa paraguaya permite los comportamientos aliancistas cruzados, la oferta electoral muestra una importante congruencia en este sentido, siendo pocos los ejemplos de alianzas heterogéneas.		
Paraguay** (Concertaciones)	No permitido	No permitido	No permitido

México	Permitido	Permitido	Permitido
Perú	Permitido	No permitido	No permitido
Uruguay	La normativa no contempla la figura de la alianza electoral.		
Venezuela	La normativa no contempla la figura de la alianza electoral pero permite la "lista espejo" y la "lista de adhesión".		

Fuente: Elaboración propia en base a normativa electoral de cada país. Ver referencias en la bibliografía.

* El 30 de junio de 2013, se aplicó por primera vez en Chile el sistema de elecciones primarias como instancia previa a las elecciones generales. La ley que regula su funcionamiento, permite las alianzas electorales (llamadas "pactos") para la categoría Presidente, solamente para aquellos partidos que no tienen definido su candidato/a. De esta forma, se presentaron dos pactos electorales, "Nueva Mayoría y "Alianza" De dicha elección primaria resultaron los candidatos presidenciales a la elección general en la que no están permitidas las alianzas para la mencionada categoría de cargo.

** Existen diferencias en cuanto a su naturaleza jurídica entre una alianza y una concertación. La primera sólo es posible entre partidos políticos mientras que la segunda es más amplia pudiendo incluir a partidos y movimientos políticos reconocidos. Otra diferencia sustancial es que la alianza pierde la personería jurídica que le fuera otorgada en virtud de su reconocimiento luego de los comicios que motivaron su creación. La concertación continúa activa luego de las elecciones en las que participó.

Los diferentes marcos normativos permiten clasificar a este conjunto de países en cuatro grupos, atendiendo a la medida en que su legislación electoral permite o no la incongruencia de las alianzas.

i. Imposibilidad total de incongruencia

En un extremo del marco analítico se encuentra la legislación que impide cualquier tipo de incongruencia entre las alianzas. Una normativa de esta naturaleza supondría que los partidos deben conformar alianzas idénticas tanto en sentido vertical (entre diferentes niveles de cargos) como horizontal (para diferentes cargos en un mismo nivel y para un mismo cargo en diferentes distritos). Como ya se advirtió, este marco normativo fortalece claramente al nivel nacional del partido en detrimento de las ramas sub-nacionales, que se ven privadas de la posibilidad de desarrollar sus propias estrategias aliancistas incluso en lo que respecta a las elecciones para cargos sub-nacionales.

Lo cierto es que en la actualidad existe una sola legislación en contexto latinoamericano que explícitamente establece la obligatoriedad de la congruencia de las alianzas. Nos referimos al caso de las concertaciones en Paraguay. Dicho país presenta dos figuras jurídicas distintas en lo que a la presentación conjunta de candidaturas se refiere. La concertación puede incluir a partidos y movimientos políticos reconocidos mientras que la alianza solo puede ser formada por partidos. Pero la diferencia fundamental radica en que mientras que la alianza es transitoria, perdiendo la personería jurídica luego de los comicios que motivaron su creación, la concertación tiene carácter permanente hasta que los integrantes de la misma establezcan su disolución. Es decir, la concertación continúa activa luego de las elecciones

existiendo un compromiso de co-gobierno o co-legislación. La normativa paraguaya indica que la concertación se forma para presentar candidatos en una determinada elección y debe participar como tal en todas las categorías de cargos en juego, no permitiéndose entonces, los comportamientos aliancistas cruzados.

También cabe destacar en esta categoría la situación de Brasil en el marco de las elecciones de 2002 y de 2006, a partir de la resolución de febrero de 2002 del Tribunal Superior Electoral (TSE) que, interpretando la ley electoral federal (9504/97) impuso lo que se dio en llamar la verticalización de las coaliciones. La resolución del TSE resultó de una consulta de un grupo de diputados sobre la posibilidad de conformar en un estado una coalición para diputados federales diferente a la que el mismo partido constituiría en el nivel nacional. Frente a esta consulta, el TSE estableció que “los partidos políticos que establecieran coalición para la elección de presidente de la república no podrán formar coaliciones para elección de gobernador de estado o del distrito federal, senador, diputado federal y diputado estadual o distrital con otros partidos políticos que tengan, aisladamente o en otra alianza, otro candidato para la elección presidencial”.

Es interesante destacar que el TSE brasileño basó esta decisión en primer lugar, en el carácter nacional que tienen los partidos en Brasil de acuerdo al artículo 17 de la Constitución Federal. Sin embargo, el TSE fue más allá al fundamentar la decisión y se refirió a la necesidad de dotar de consistencia ideológica a las coaliciones electorales, así como también a la necesidad de evitar la confusión que generan las alianzas incongruentes entre diferentes niveles y categorías de cargos. En palabras del profesor de la Universidad de Brasilia David Fleischer, el sentido de la resolución apuntaba a “poner orden en el gallinero electoral brasileño” (2007). Ese poner orden implicaba dotar al nivel nacional del partido del poder de definir una única alianza que debería ser replicada en cada estado, tanto para cargos legislativos nacionales como para los cargos sub-nacionales.

Los efectos de la verticalización fueron acotados o, en todo caso, no fueron los que el TSE tuvo en miras al dictar la resolución. Dado que la imposición en la congruencia de las alianzas tomaba como referencia las candidaturas presidenciales, muchos partidos medianos y pequeños habituados a conformar alianzas presidenciales acompañando la candidatura de un dirigente de otro partido mayor, optaron a partir de la nueva situación por no apoyar a ningún candidato presidencial. De este modo, quedaron liberados del requisito de congruencia. Efectivamente, al no incorporarse a una alianza presidencial los partidos podían continuar realizando diferentes alianzas tanto dentro de un mismo estado para cargos federales y estaduais, como entre diferentes estados para un mismo cargo (Fleischer, 2007).

Por otra parte, de forma menos controvertida desde el punto de vista jurídico y político, pero más consistente en la práctica, la legislación de Ecuador y de Paraguay en el caso de las alianzas, también definen un marco en el que las éstas son, en las tres dimensiones, congruentes. En rigor, ni en Ecuador ni en Paraguay en el caso de las alianzas la ley electoral se refiere explícitamente a esta cuestión. Pero el hecho es que al no existir en estos países una distinción jurídica entre niveles organizativos de los partidos, y sobre todo al realizarse en forma simultánea las elecciones de distinto nivel (en Ecuador, las elecciones

para todos los cargos son simultáneas; en Paraguay, lo son las presidenciales con las legislativas nacionales y las departamentales), las alianzas conformadas por los partidos nacionales son de hecho replicadas en todas las categorías y distritos.⁷

ii. Incongruencia sólo vertical

Varios países latinoamericanos contemplan explícita o tácitamente la posibilidad de realizar alianzas cruzadas o incongruentes sólo en sentido vertical, es decir entre los cargos nacionales y los sub-nacionales, pero sin que pueda haber alianzas incongruentes en sentido horizontal categórico ni horizontal distrital.

Podría pensarse en principio que este esquema debería ser el más recurrente en la legislación, ya que la posibilidad de que se conformen alianzas específicas para competir por los cargos sub-nacionales mientras todos los cargos nacionales deben disputarse en el marco de las mismas alianzas parecería responder al más puro sentido común. No obstante, sólo los marcos jurídicos de Bolivia y Perú se ajustan en términos estrictos a este tipo y, con alguna salvedad, también el de Chile.

En el caso de Bolivia, la imposibilidad de alianzas cruzadas en sentido horizontal está signada por la forma de presentación de las candidaturas. Ocurre que en este país el candidato a la categoría de Presidente encabeza tanto la lista de Senadores como la de Diputados plurinominales, y por lo tanto no pueden conformarse agrupaciones diferentes para cada uno de los cargos ni en diferentes distritos electorales. En cambio, las elecciones departamentales y municipales tienen lugar en fecha distinta a las nacionales y, sin que haya al respecto una mención expresa en la legislación, los partidos y movimientos están habilitados para conformar alianzas diferentes a las que compiten en el nivel nacional.

En Perú, los partidos políticos – únicos autorizados a presentar candidaturas en el nivel nacional – son entidades nacionales, y son ellos los que conforman las alianzas para los cargos nacionales, que incluyen las candidaturas para presidente y para congresistas.

La legislación peruana no contempla una prohibición expresa a las alianzas incongruentes en sentido horizontal (ni distrital ni categórico), pero lo cierto es que las alianzas permitidas por la legislación para las candidaturas nacionales son las alianzas entre partidos, y éstas incluyen las candidaturas ejecutivas y legislativas, y éstas últimas sin distinción del distrito electoral.

En cambio, las alianzas sí pueden variar entre las elecciones nacionales por un lado, y las regionales y municipales por otro, dado que no hay simultaneidad de elecciones entre el nivel nacional y sub-nacional.

En Chile pueden conformarse alianzas (que la legislación denomina pactos) incongruentes entre los niveles nacional y sub-nacional. En principio en el nivel nacional sólo pueden conformarse alianzas para los cargos parlamentarios (diputados y senadores) y no para la categoría de Presidente. Estas

⁷ En el caso de Ecuador podrían existir movimientos regionales que participen de una alianza para cargos sub-nacionales que no participen – precisamente por ser movimientos regionales – de la misma alianza en el nivel nacional, o de la misma alianza en otros distritos sub-nacionales.

(horizontales distritales) deben ser siempre congruentes, ya que de acuerdo a la ley orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios, los pactos entre partidos para las elecciones legislativas rigen en todas las regiones del país donde, al menos, uno de los partidos tenga reconocimiento. Las alianzas para la categoría presidencial en elecciones generales no están contempladas en la legislación chilena. Sin embargo, la nueva ley de primarias – aplicada por primera vez durante este año 2013 - habilita la conformación de pactos para presentar precandidatos a Presidente, aclarando que el candidato ganador del pacto en la primaria, deberá presentarse bajo el sello de su propio partido. De esta forma, la alianza aparece como una institución excepcional en la categoría a la que nos referimos.

En definitiva, los marcos jurídicos de esta categoría plantean un balance de poder equilibrado entre el nivel nacional y sub-nacional de los partidos. Mientras el partido nacional define las alianzas presidenciales y las legislativas nacionales en forma uniforme para todos los distritos, las ramas sub-nacionales cuentan con la facultad de conformar alianzas electorales específicas para la disputa de cargos en sus respectivos distritos.

iii. Incongruencia vertical y horizontal categórica, pero no horizontal distrital

En esta categoría se halla la normativa colombiana aunque es preciso notar algunas especificidades de este caso. En Colombia las alianzas sólo están permitidas para los cargos de elección uninominal, es decir que sólo pueden constituirse alianzas para presidente, gobernador y alcalde, pero no para el Congreso nacional. Naturalmente, al no haber alianzas para las categorías legislativas, en sentido estricto no puede homologarse este caso a ninguna de nuestras categorías. Sin embargo, en términos de lo que la normativa implica para el balance de poder entre partido nacional y sub-nacional, el caso colombiano es asimilable al de la legislación que permite la incongruencia vertical y horizontal categórica pero no horizontal distrital. Eso es así porque en este caso el partido nacional es quien decide sobre la alianza presidencial, el partido sub-nacional puede decidir sobre las alianzas en el nivel local, mientras que la imposibilidad de conformar alianzas para el Congreso supone que el mismo partido se presenta como tal en todos los distritos electorales del país, sin que las filiales distritales puedan conformar en cada caso alianzas específicas. En definitiva, el nivel sub-nacional del partido carece en Colombia de la capacidad de definir las alianzas para competir por cargos legislativos nacionales en su respectivo distrito.

De este modo, la distribución de facultades entre los niveles organizativos de los partidos es similar al del tipo anterior, ya que en aquél, como en éste, son los partidos nacionales los que definen las alianzas para los cargos nacionales, aun cuando éstos puedan evaluar la conveniencia de conformar alianzas diferentes para diferentes cargos. En cambio, a nivel sub-nacional (departamentos), los partidos sólo pueden decidir sobre las alianzas para los cargos sub-nacionales.

iii. Incongruencia en las tres dimensiones

Finalmente, Argentina, Brasil, México, y de alguna manera también Venezuela, constituyen el grupo de países en los que los partidos pueden conformar alianzas cruzadas en cualquiera de las tres

dimensiones analizadas. Esto significa que en estos casos no sólo se pueden tejer diferentes coaliciones electorales para cargos nacionales y sub-nacionales, sino que también pueden conformarse alianzas diferentes según se trate de elegir presidente o legisladores, y dentro mismo de la categoría legisladores nacionales, las alianzas pueden variar según el distrito. No parece nada casual que sean precisamente los cuatro países federales del conjunto de países analizados los que mayores facultades confieren a las organizaciones sub-nacionales de los partidos, dotándolos de capacidades en materia de alianzas que ninguno de los otros países tiene.

Existen de todos modos algunas diferencias significativas dentro de este grupo de cuatro países. Estas diferencias dejan por un lado a México como el caso más restrictivo, a Brasil y Argentina del otro como los casos con mayor permisibilidad para las alianzas incongruentes, y a Venezuela como un caso específico de difícil clasificación.

En Argentina y en Brasil la regla general es que el nivel sub-nacional del partido tiene plena autonomía para definir no sólo las alianzas para los cargos sub-nacionales, sino también las que se conforman para acceder al congreso nacional. Esto supone no sólo que las alianzas para conformar el poder legislativo pueden perfectamente diferir de las alianzas para la candidatura presidencial (incongruencia horizontal categórica), sino también que la incongruencia horizontal distrital es lo esperable. En otros términos, la frase del político argentino Hermes Binner citada al comienzo del artículo constituye el sentido común de la política argentina y brasileña sobre la conformación de alianzas.

En Argentina la facultad del nivel sub-nacional para conformar sus propias alianzas legislativas está sustentada en un marco regulatorio que reconoce tres tipos de partidos. Por un lado el partido provincial, reconocido por la justicia electoral provincial de la provincia respectiva, está facultado para competir por cargos provinciales. El partido provincial solamente tiene ámbito de acción en la provincia donde tiene el reconocimiento. Por otro lado el partido nacional, reconocido por la justicia federal, está facultado para competir en elecciones presidenciales, presentando candidatos para esa categoría en todos los distritos del país. Y, finalmente, el partido de distrito, una figura que supone el reconocimiento por parte de la Justicia Federal con competencia electoral de cada provincia, y que habilita para competir por cargos legislativos nacionales en la provincia donde se obtuvo el reconocimiento (las provincias funcionan como distritos electorales en los que se eligen los representantes tanto para la Cámara de Diputados como para la de Senadores). Aunque este partido de distrito obtiene su reconocimiento de la justicia federal y está facultado para competir por cargos nacionales, en los hechos se trata de una estructura de carácter provincial. Es más, lo corriente es que el partido distrital tenga exactamente la misma estructura que el partido provincial que porta igual nombre, y normalmente las mismas autoridades y afiliados. Sólo que ambos obtienen su reconocimiento de distintas autoridades.⁸ Pues bien, las alianzas para los cargos legislativos nacionales son decididas por los partidos de distrito. Esto significa, en términos políticos, que

⁸ La práctica habitual es que al partido que en una provincia obtiene el reconocimiento como partido de distrito se le otorga automáticamente, con sólo solicitarlo, el reconocimiento como partido provincial.

son las ramas provinciales de los partidos las que deciden sobre las alianzas para las candidaturas al Congreso nacional.

A diferencia de Argentina y, como en seguida veremos, también de México y de Venezuela, la legislación brasilera sólo contempla la existencia de partidos nacionales, algo que en principio asemeja el marco jurídico de Brasil al de países unitarios. La mención al carácter nacional de los partidos que hace la propia constitución brasilera, y su correlato legal, es decir la ausencia de una figura jurídica que reconozca la existencia de partidos de nivel sub-nacional, ha sido como ya se mencionó, el principal argumento de la así llamada verticalización establecida por el TSE y que rigió en las elecciones de 2002 y 2006, hasta que una enmienda constitucional aseguró a los partidos políticos (nacionales, por supuesto) autonomía para formar sus alianzas sin obligatoriedad de vinculación entre las candidaturas del ámbito nacional, estadual o municipal. Es decir que a pesar de que en Brasil no existe la figura jurídica del partido estadual, ni municipal, las alianzas para los cargos sub-nacionales así como para los cargos legislativos nacionales son decididas por los líderes estaduais de los partidos. Aunque la ausencia de una figura como la del partido de distrito argentino implica que finalmente las alianzas de cada estado deben ser confirmadas por los partidos nacionales, lo cierto es que al estar habilitada la opción de definir alianzas incongruentes en sentido horizontal distrital (y por ende también en sentido horizontal categórico y en sentido vertical), los líderes partidarios estaduais (igual que sus homólogos provinciales argentinos) conforman sus alianzas para las categorías de diputados y senadores federales en cada estado, autónomamente de aquellas que arman para la competencia por la Presidencia.

Lo que diferencia a México de Argentina y de Brasil es que aunque también en este caso existe la posibilidad de incongruencia en las tres dimensiones, la legislación otorga aquí instrumentos para que el partido nacional centralice la toma de decisiones respecto a las alianzas, de modo tal que el partido nacional puede optar por trazar una estrategia de alianzas congruentes en sentido horizontal categórico, en sentido horizontal distrital, o en ambos. Veamos por qué esto es así. Por un lado, México (a diferencia de Brasil y al igual que Argentina), reconoce la existencia legal de un nivel sub-nacional de los partidos, y faculta legalmente a la rama estadual a definir las alianzas para los cargos sub-nacionales (de acuerdo a las respectivas legislaciones estaduais de cada una de las 32 entidades federativas del país y del distrito federal). De este modo, no hay dudas acerca de la posibilidad de incongruencia vertical.

Ahora bien, con respecto a la congruencia horizontal, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE) reconoce diversos tipos de coaliciones: total, parcial o para el cargo de Presidente solamente, y señala que las coaliciones deben ser uniformes, es decir, que ningún partido puede participar en más de una coalición por tipo de elección.

La coalición total para Senadores y Diputados por el principio de mayoría relativa comprende a las 32 entidades federativas y a los 300 distritos electorales mediante los cuales se eligen a los Diputados. A la vez, si dos o más partidos se coaligan en forma total para las elecciones de Senadores o de Diputados, deberán coaligarse también para la elección de Presidente.

El mismo COFIPE establece que dos o más partidos pueden coaligarse solamente para postular un mismo candidato a Presidente, quedando libres para cada uno de estos socios conformar o no diferentes alianzas electorales para los cargos legislativos. Es decir, se autoriza expresamente la incongruencia horizontal categórica.

Finalmente, la figura de la coalición parcial es la que habilita la incongruencia horizontal distrital, ya que supone la conformación de una alianza de candidatos para las elecciones de Senadores o de Diputados en menos del total de distritos en que está dividido el país.⁹

En definitiva, por un lado esto lleva a clasificar a México en el grupo de países en los que la incongruencia es posible en las tres dimensiones. Pero por el otro lado, también es indudable que la normativa mexicana difiere de la argentina y de la brasilera al darle al nivel nacional de los partidos la opción de forjar alianzas congruentes en sentido horizontal o de no hacerlo. En otras palabras, si bien es cierto que puede haber en México no sólo incongruencia vertical y horizontal categórica sino también horizontal distrital, la decisión sobre este punto parece quedar sobre todo en manos de la dirección nacional de los partidos. Y aunque cabe esperar que estas direcciones actúen atendiendo a la situación de las organizaciones estatales, son en definitiva los partidos nacionales los que definen si realizan coaliciones parciales o no. Es más, al contar los partidos nacionales con la opción de realizar coaliciones totales, éstos poseen la facultad de bloquear la posibilidad de que diferentes estados conformen coaliciones incongruentes en sentido horizontal distrital. De modo que, en lo que respecta al balance de capacidades entre los niveles nacionales y sub-nacionales de los partidos, la normativa mexicana es menos propensa a fortalecer al nivel sub-nacional que la brasilera y la argentina, las que no dotan al partido nacional de ninguna capacidad formal para conformar una alianza congruente en sentido horizontal categórico ni distrital. Más bien podría decirse que en el caso mexicano las alianzas incongruentes en sentido horizontal distrital resultan de decisiones estratégicas en las que el partido nacional debe prestar su acuerdo.

En definitiva, las legislaciones brasilera y argentina tienden a dotar de mayor capacidad a la rama sub-nacional de los partidos, siendo Argentina el caso más extremo por su reconocimiento explícito de la figura del partido de distrito, sin parangón en el derecho electoral latinoamericano. La legislación mexicana en cambio favorece, en comparación con la de los otros dos países, al partido nacional. Esta diferencia por otra parte es consistente con la práctica aliancista en estos tres países.

Por supuesto, como antes se advirtió, muchos otros factores incidirán sobre el balance de poder entre nivel nacional y sub-nacional del partido, y por lo tanto en la posibilidad de que las alianzas se definan en uno u otro nivel organizativo del partido. Pero lo que aquí observamos es que aunque en estos tres países existe la posibilidad de conformar alianzas incongruentes en todas las dimensiones que hemos señalado, el caso mexicano se distingue de los otros por hacer de esta posibilidad una decisión del partido

⁹ Para la elección de Senador, la coalición puede presentar hasta un máximo de 20 fórmulas de candidatos, dos por entidad federativa. En el caso de la elección de Diputados por mayoría simple, la coalición puede registrar hasta un máximo de 200 fórmulas de candidatos.

nacional. Naturalmente, cabe esperar que la decisión del partido nacional responda a los deseos o presiones de las filiales sub-nacionales; por ejemplo cabe imaginar que una coalición parcial puede resultar de la presión de un conjunto de organizaciones partidarias estatales sobre la dirección nacional del partido para participar o no participar de tal o cual alianza. Pero en definitiva, la decisión recae sobre la organización nacional del partido, y eso lo diferencia del caso argentino y del brasilero.

Finalmente, mención aparte merece el caso venezolano. La normativa electoral de Venezuela considera la existencia de una alianza cuando dos o más organizaciones políticas presentan idénticas postulaciones para un mismo cargo. Esta figura no constituye una alianza (pacto o coalición) en el mismo sentido que la normativa de los distintos países de la región le otorga al acuerdo entre dos o más partidos, agrupaciones o movimientos de formar una entidad única con fines electorales con nombre, símbolos, plataforma y candidatos comunes, dejando de lado las individualidades partidarias de cada uno de los integrantes. En la práctica, sin embargo, supone la posibilidad de que en cada nivel de elecciones, y en cada categoría, y en cada distrito, los partidos decidan conformar distintas alianzas. Recordemos que también en Venezuela existe la figura del partido sub-nacional (en este caso partido regional). Lo que se desprende implícitamente de la normativa es que tanto para las elecciones sub-nacionales como para las elecciones legislativas nacionales, cada rama regional de partido define a qué candidatos apoya, lo cual resulta en el caso venezolano el modo de decidir las alianzas. En definitiva, la balanza se inclina aquí, como en el resto de los países federales, por dotar al nivel sub-nacional de los partidos de la capacidad de decidir si la alianza será o no la misma que la que el partido realiza en otros distritos o para otros cargos.

La Regulación de las Alianzas Electorales y la Nacionalización e Integración de los Partidos

Los niveles de integración vertical de los partidos y su nacionalización no pueden atribuirse a las disposiciones normativas sobre qué nivel de la organización define las alianzas y qué margen tiene para ello. Inclusive, bien podría ocurrir que ese marco normativo sea en realidad una consecuencia (variable dependiente) de otros factores de diversa índole (políticos, económicos y también jurídicos) que en realidad definen si y en qué medida el balance poder se inclina hacia el nivel nacional o sub-nacional de los partidos. Por ejemplo, es claro que en los países con mayor tradición federal, existen múltiples factores que dan vida a organizaciones partidarias de base estadual o provincial, y es seguramente esa realidad la que permite explicar el por qué hay en esos casos normativas sobre alianzas que refuerzan las capacidades del nivel sub-nacional del partido frente al nivel nacional.

Pero, de todos modos, estas normativas existen, y si no puede decirse que sean la causa principal del grado de integración vertical y de nacionalización de los partidos en los diferentes países de la región, cabe sí al menos destacar que su presencia distribuye capacidades y recursos importantes entre los diferentes niveles organizativos. A partir de la descripción y clasificación de la sección anterior, es posible ordenar a los países observados según su regulación sobre alianzas favorezca más o menos la nacionalización e integración vertical. Precisamente, la figura 1 ordena a los países incluidos en el estudio

según sus normativas sobre la conformación de alianzas fortalezcan la posición del nivel nacional o sub-nacional del partido. Los marcos normativos que fortalecen al partido nacional contribuyen a la integración vertical de los partidos y a la nacionalización del sistema partidario.

Gráfico 1: Ubicación de los países en el continuo nacionalización-territorialización de la regulación aliancista



Fuente: Elaboración propia en base a normativa electoral de cada país. Ver referencias en la bibliografía.

Ecuador y Paraguay aparecen allí en primer lugar, como países con un marco regulatorio de las alianzas que podemos llamar “pro-nacionalización”. Bolivia, Chile, Colombia y Perú se encuentran en una posición intermedia, en la que el partido nacional continúa teniendo las mayores prerrogativas, pero ahora en equilibrio con las de las ramas sub-nacionales.

El grupo de países federales latinoamericanos compone el conjunto con un marco normativo de alianzas pro-territorialización o dispersión. Entre ellos, México se encuentra más cercano a la frontera con el grupo de países de equilibrio, mientras que Brasil, y sobre todo Argentina, se alejan de aquel grupo para ubicarse en el extremo de la normativa pro-dispersión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRANCATI, D. (2008) "The Origins and Strengths of Regional Parties." *British Journal of Political Science* 38(1): 135-159.
- DUFFARD, Ma. Eugenia "Binner y Barletta empezaron a tejer una alianza FAP-UCR" en *Clarín*, 23/02/2013.
- FABRE, E. (2008) "Party Organization in a Multi-level System: Party Organizational Change in Spain and the UK." *Regional and Federal Studies* 18: 309–329.
- FILIPPOV, M., P. Ordeshook y O. Shvetsova (2004) *Designing Federalism: A Theory of Self-Sustainable Federal Institutions*. Cambridge Cambridge University Press.
- FLEISCHER, David (2007) "Os partidos políticos", em Avelar, L.M. y A. O. Cintra (orgs.) *Sistema Político Brasileiro: Uma introdução*, São Paulo, UNESP/Konrad Adenauer Stiftung.
- FLEISCHER, David y Leonardo BARRETO (2009) "El impacto de la justicia electoral sobre el sistema político brasileño" *América Latina Hoy* 51: 117-138.
- GIBSON, E. y J. SUÁREZ-CAO (2010) "Federalized Party Systems and Subnational Party Competition: Theory and Empirical Application to Argentina" *Comparative Politics* 43: 21-39.
- HOPKIN, Jonathan (2009) "Devolution and Party Politics in Britain and Spain" *Party Politics* 15 (2): 179-198.
- LEIRAS, Marcelo. (2010) "Los procesos de descentralización y la nacionalización de los sistemas de partidos en América Latina" *Política y Gobierno* XVII(2): 205-241.
- LIJPHART, Arendt. (1984) *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, New Haven: Yale University Press
- NOHLEN, Dieter, Daniel ZOVATTO, Jesús OROZCO y José THOMPSON (Eds), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México: Fondo de Cultura Económica
- RODDEN, Jonathan (2006) *Hamilton's Paradox: The Promise and Peril of Fiscal Federalism*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SWENDEN, Wilfried y Bart MADDENS (2009) *Territorial Party Politics in Western Europe*. London: Palgrave.
- THORLAKSON, Lori. (2009) "Patterns of Party Integration, Influence and Autonomy in Seven Federations" *Party Politics* 15(2): 157-177.
- THORLAKSON, Lori (2007) "An Institutional Explanation of Party System Congruence: Evidence from Six Federations" *European Journal of Political Research* 46:69-95.
- VAN BIEZEN, I. y J. HOPKIN (2006) "Party Organization in Multi-level Contexts" en D. Hough and C. Jeffery *Devolution and Party Adaptation: Three Arenas of Party Change*. Manchester, Manchester University Press.

- VAN HOUTEN, P. (2009) "Multi-level Relations in Political Parties. A Delegation Approach" *Party Politics* 15(2): 137-156.

Normativa Electoral

Argentina

Código Nacional Electoral Ley N° 19.945.

[Ley Orgánica de Partidos N° 23.298.](#)

Ley de Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral N° 26.571.

Bolivia

Ley del Régimen Electoral Ley N° 26.

Brasil

Constitución Federal de 1988 con enmiendas constitucionales N° 58/09, N°64/10.

Código Electoral Ley N°4.737/65.

Ley de Partido Políticos N°9.096/95.

Ley de Elecciones N°9.504/97.

Resoluciones del Tribunal Supremo Electoral N°23.061/09, 23.088/09, 23.102/09, 23.117/09, 23.172/09, 23.184/09, 23.185/09 y 23.226/09.

Chile

Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos N° 18.603.

La Ley Orgánica de Municipalidades N° 18.695.

Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios Ley N° 18.700.

Sistema de Elecciones Primarias Ley N° 20.640.

Colombia

Acto legislativo 1 de 2009.

Acto Legislativo 1 de 2003.

Ley Estatutaria N°1475/2011.

Estatuto de los Partidos y Movimientos Ley N°130/1994.

Ecuador

Ley Orgánica Electoral - Código de la Democracia.

México

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (última actualización en 2008).

Paraguay

Código Electoral Paraguayo Ley N° 834/1996.

Ley N° 3.212/2007.

Perú

Ley Orgánica de Elecciones N° 26.859.

Ley de Partidos Políticos N° 28.094.

Ley de Elecciones Regionales N° 27.683.

Ley de Elecciones Municipales N° 26.864.

Resolución N° 123/2012.

Uruguay

Ley de Elecciones N° 7.812 (1925 con última modificación en 2000).

Venezuela

Ley Orgánica de Procesos Electorales.

Ley de Partidos Políticos.

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones.

LA EDUCACIÓN PARA EL CONSUMO: UNA MIRADA DIGNA Y SALUDABLE SOBRE EL CONSUMIDOR ALIMENTARIO

Por Ariel G. Cruces y Martín A. Testa

RESUMEN

El presente trabajo aborda la temática de la educación en relación al consumo. Insertados en una sociedad que ha priorizado las relaciones consumeristas por sobre el resto, la información y la educación pasan a ser valiosos pilares para lograr un equilibrio en la sociedad. Se destaca las obligaciones y responsabilidades del Estado en esta materia, como también nos adentramos en un concepto abarcativo desde el punto de vista social, económico y ecológico. Posteriormente nos centramos en el consumidor alimentario, analizando las normativas de etiquetado nutricional como la debatida cuestión de los alimentos transgénicos. Concluimos con una referencia a la seguridad alimentaria en general y a la precaución como un principio rector para esta materia.

PALABRAS CLAVES

Educación – Consumidor alimentario – Información – Alimentos transgénicos.

THE CONSUMER EDUCATION: A VISION OF THE FOOD CONSUMER

By **Ariel G. Cruces** and **Martín A. Testa**

ABSTRACT

This work addresses the relation between education and consumption. In a culture that has prioritized consumerism over other important aspects, information and education become the cornerstones of the balance in society. The focus of this work lays in the responsibilities and obligations of the State, and then reviews an encompassing concept from different points of view (social, economic, and ecological.) In the following sections, food consumption and consumers are analyzed, including food labelling standards, as well as the long-debated issue of GMFs. As a conclusion point, a reference to food safety is made taking into account 'warning' as a governing principle in this matter.

KEY WORDS

Education – Food Consumer – Information - Genetically Modified Foods

LA EDUCACIÓN PARA EL CONSUMO: UNA MIRADA DIGNA Y SALUDABLE SOBRE EL CONSUMIDOR ALIMENTARIO

Por Ariel G. Cruces* y Martín A. Testa**

1. Palabras preliminares. En tiempos críticos, globalizados y posmodernos: ¡consume dignidad!

Vivimos en una sociedad de consumo en la cual todas y todos somos consumidores, ya que adquirimos bienes y utilizamos servicios y, por ello es interesante analizar cómo nos beneficia la educación y la información en este sentido.

En similitud, vivir en una sociedad de consumo es parte de nuestro esquema como sociedad y, por ende, es un pensamiento o una sensación que viene evolucionando a través del tiempo.

En otras palabras, la sociedad de consumo constituye el paradigma de la sociedad occidental, que emerge en la segunda posguerra, consolidándose, con sus particularidades en los últimos años a nivel global (BAROCELLI y TESTA, 2012). En concordancia, la revolución industrial fue el comienzo de la producción masificada y el embrión de la sociedad de consumo, es decir, el comienzo de otro modelo histórico y desde luego –como consecuencia-, de un nuevo marco social que encuentra su desarrollo exponencial en la segunda mitad del siglo XX (WEINGARTEN y GHERSI, 2011). Asimismo, Bauman sostiene que la sociedad de consumidores es un tipo de sociedad que “interpela” a sus miembros fundamentalmente en cuanto a su capacidad como consumidores. Al hacerlo de este modo, la “sociedad” espera ser escuchada, atendida y obedecida (BAUMAN, 2007).

Por esto, entendemos que cuando esta sociedad de consumo mercantiliza todas las actividades humanas y las relaciones sociales rompiendo con la cadena de valores (solidaridad, equidad, equilibrio, costumbres, cultura) para concluir en un consumismo desenfrenado e irreflexivo de bienes y servicios que

* Estudiante de abogacía de la Facultad de Derecho (UBA). Ayudante alumno de contratos civiles y comerciales (cátedra del Prof. Titular Dr. Oscar Ameal). Miembro del Seminario permanente sobre *La Problemática de los Daños en la Sociedad Actual*, con sede en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: ariel.cruces@hotmail.com

** Estudiante de abogacía, personal no docente y ayudante alumno en la Facultad de Derecho (UBA). Bachiller Universitario en Derecho UBA (2012). Ex Becario de investigación UBACyT Estímulo. Ayudante docente alumno de Teoría del Estado. Miembro del Seminario Permanente de Investigación sobre “La Problemática de los Daños en la Sociedad Actual” Secretario del Seminario Permanente de Investigación y docencia sobre “La historia de la Facultad de Derecho UBA”. Asistente de apoyo para el Museo y Archivo Histórico de la Facultad de Derecho UBA. Miembro de equipo UBACyT y DECyT. Miembro del Consejo Editorial del proyecto En Letra. Correo electrónico: martintesta@derecho.uba.ar

no constituyen bajo ningún punto de vista una necesidad real sino ficticia, entonces como sociedad todavía nos queda mucho camino que recorrer (PEREZ BUSTAMANTE, 2004). Es decir, este consumismo en donde se consume por el mero hábito propio de un estilo de vida irreflexivo es tan catastrófico para la persona en sí misma, como en sus intereses económicos, sociales y culturales, como para los recursos naturales de nuestro planeta. Sin embargo el consumo es parte necesaria de nuestra vida, siempre que se desarrolle bajo ciertos recaudos para evitar daños que deban ser soportados por las actuales y futuras generaciones. En otras palabras, para lograr la armonización y equilibrio en el sistema de consumo, el nexo fundamental que capacita tanto a proveedores como especialmente a consumidores es la educación.

En este navegar, la utilización de la regla romana *neminem laedere*, para tratar de captar los actos perjudiciales a fin de hacer reinar el orden en la sociedad, ha permitido a los estudiosos de todas las épocas solucionar los desafíos que se plantean cotidianamente con el desarrollo de la comunidad y de la ciencia. Esta actitud se presenta tan natural para el jurista actual que no parece que se hubieran necesitado siglos de evolución y que, a pesar de ello, todavía estemos en camino de encontrar y dar solución a todos los supuestos en razón de tal principio (GARRIDO CORDOBERA, 2010).

Coincidiendo con Scotti, "en estos tiempos de posmodernidad, nosotros integramos la sociedad de la información, y a la vez, somos parte de la denominada sociedad de consumo. En efecto, en los últimos años ha irrumpido un nuevo modo de comunicación, que ha transformado la realidad social. Los medios electrónicos y en particular internet han revolucionado al Derecho, creando nuevos problemas jurídicos de compleja solución. Así, la sociedad de la información, el comercio electrónico, y la contratación celebrada por medios electrónicos son temas que ocupan un lugar destacado en el Derecho que se está gestando" (SCOTTI, 2008, 111). Señala Goldemberg, al respecto, que estamos ante la etapa decisiva de los tres infinitos: lo infinitamente grande, lo infinitamente pequeño y lo infinitamente complejo (GOLDEMBERG, 1989).

Creemos que el mundo actual demanda un cambio de mentalidad: la transformación de la cultura adversarial tradicional en una nueva cultura negociadora, mediadora y flexible, en la que el abogado tiene una labor fundamental, como lo es ofrecer nuevos servicios y caminos más eficientes para los problemas de sus clientes (PADILLA, 1993). Es necesario para ello que las universidades tomen la iniciativa de formar nuevas generaciones de profesionales capacitados para reducir el costo de solucionar los conflictos, formando abogados competentes, preparados para pensar con creatividad sobre las múltiples formas de abordar la resolución de una controversia, conociendo diferentes mecanismos y aprendiendo a diseñar nuevos, que ayuden a obtener mejores resultados (CAIVANO y otros, 2006). En similitud, es dable destacar que el paradigma actual del planeta globalizado requiere: "Mas humanidad" (CRUCES, 2011).

En concordancia, intentaremos abordar el derecho a la educación para el consumo de alimentos como un instrumento de protección y defensa de las personas -en su rol de consumidores- frente a los productores e incluso frente a los mismos Estados, con el objetivo claro y evidente de lograr despertar en el lector la idea que un consumidor educado es un ciudadano valioso para la humanidad.

2. La educación en materia de consumo constituye un instrumento de defensa del consumidor frente a los productores y a los Estados

El derecho a una educación para el consumo en un primer plano es un derecho humano con rango constitucional, dado que en su artículo 42 se reconoce que “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo (...) a la educación para el consumo”. De esta forma, que la Constitución Nacional haya receptado este derecho relativo a los consumidores da a las claras la importancia que tiene para la conformación de una sociedad equilibrada y consciente. En consecuencia, los Estados en este concepto son los principales responsables de llevar adelante la educación al consumidor, como política de Estado, en miras de un consumidor informado, consciente y responsable. Como nos enseñara Alterini, “en este marco, la educación en general, y en particular la educación universitaria y el rol de las universidades públicas, constituyen ejes conceptuales básicos en la reformulación del contrato social de los argentinos” (ALTERINI, 2006, 1).

En esta línea, la ley 24.240 (LDC) antes de la reforma había receptado el concepto de *educación al consumidor*, y como es sabido, el mismo ha sido reformado con la ley 26.361 del año 2008 (en particular, en sus artículos 60, 61 y 62), dejando como pautas principales: planes educativos, formación al consumidor, contribuciones estatales, financiación a través de las sanciones a los proveedores, etc. Si bien no es el objetivo central de este ensayo, un tema digno de ser tratado sería el hecho que, a simple vista, pareciera observarse que el Estado Argentino no cumple, en esencia, con su obligación de implementar planes de educación destinados al consumidor de productos alimentarios.

Asimismo, es sabido que, además de la LDC, también se puede aplicar, a modo de complemento, el art. 1198 del Código Civil en lo correspondiente a la obligación tácita de seguridad y al principio de la buena fe -que debe acompañar de manera plena y en todo momento, las transacciones en materia contractual-, como así también el art.1113, en particular, su segunda parte (referente a los riesgos o vicios), tal como luego veremos, en aras de alcanzar una real educación y adecuada protección de consumidores y usuarios.

3. La información es el primer paraguas protector hacia el consumidor

La educación al consumidor debe orientar a hacer conocer derechos y obligaciones como así también ciertas cuestiones relativas al consumo –y a los productos- para afrontar la adquisición de bienes y utilización de servicios, de manera sustentable. Es por eso que el derecho al consumidor tiene como una de sus finalidades, la del sentido protectorio, lo cual incorpora y acepta la debilidad jurídica del consumidor en contraposición al proveedor, en el marco de la relación de consumo. Es decir, la información -tanto como el propio conocimiento de sus derechos y obligaciones que provienen de una educación previa-, es el primer paraguas protector hacia el consumidor.

En concordancia, se trata de plantear “la autoprotección del consumidor: como la posibilidad del individuo de defenderse activamente, contando con conocimientos concretos sobre el funcionamiento del mercado y de sus derechos y responsabilidades” (RUSCONI, 2009, 526). A continuación abordaremos esta cuestión a través de los siguientes aspectos.

3.1. Aspecto ético

Un consumidor responsable puede hacerse planteos éticos siempre y cuando tenga conocimientos sobre el modo de producción o los medios utilizados, puede evitar el consumo de ciertos productos si considera que con ello está colaborando con una práctica desleal del hombre, con el trabajo infantil, la explotación, etc.

3.2. Aspecto social

El consumidor debe concientizarse en base a ciertos puntos, tales como la publicidad y los métodos comerciales; el desarrollo de tecnologías modernas y actividades especializadas culturalmente y; la obsolescencia de los productos (BOURGOIGNIE, 1993). El aspecto social es de los más influyentes, pues los consumidores tienden a identificarse con lo que compran, hasta pueden hacer toda una personalidad de ello, acertada es la frase en estos casos: ¡Soy lo que compro y cómo lo compro! (DOLCETA, 2011).

La importancia de productos materiales en la individualidad y la vida de las personas no son intrínsecamente perjudiciales, siempre y cuando vengan a satisfacer una necesidad real y no ficticia. En consecuencia el individuo debe estar alerta a las consecuencias que puede producir el consumismo en su afán de situar productos en el mercado de la mano de la publicidad y el marketing agresivo. Se debe lograr la capacidad de saber distinguir las reales necesidades y desasociar al consumo con ciertos aspectos de la libertad, seguridad y realización personal que en muchas ocasiones no son tales.

El consumidor educado, desde un aspecto social sabe lo que quiere y cómo conseguirlo, sabe cómo funciona el sistema, observa pero termina tomando el mismo la decisión sin caer en la completa influencia del consumismo. Compite y puede salir airoso contra la “máquina de venta” del sistema de consumo.

La obsolescencia de los productos tanto del aspecto físico (duración en el tiempo) como del aspecto tecnológico (llegada de un producto nuevo al mercado con mejores capacidades) es un método implementado para la constante renovación de los productos incentivando al individuo a un hábito regular de compra como a tener “lo último”. Estas prácticas que se relacionan a largo plazo con la capacidad de los recursos naturales sólo llevan a la etapa más oscura y vil de la sociedad de consumo.

En concordancia, las Naciones Unidas en un documento que emitió la Comisión sobre Desarrollo Sustentable hizo notar que: “de replicarse en todo el mundo los patrones actuales de consumo y producción del Reino Unido, harían falta los recursos equivalentes a tres veces la Tierra para mantenerlos, mientras que el estilo de vida de los Estados Unidos exigiría cinco.” (NACIONES UNIDAS, 2010).

3.2.3. Aspecto económico

La necesidad de un cuidado en la economía personal y/o familiar debería ser realmente una prioridad para el consumidor. Sabiendo que muchos de ellos trabajan en la cadena de comercialización para después con su ingreso ser consumidores, eventualmente para no ver frustrados su capacidad salarial, un consumidor que toma decisiones prudentes y razonadas está cuidando su economía individual como también su salud y dignidad, eligiendo productos de calidad que a su vez le sean rentables.

3.2.4. Aspecto ecológico

Podemos decir que el consumidor es educado desde un punto de vista intergeneracional por "personas del pasado" para vivir un mundo "del porvenir". Lo cual tiene relación intrínseca con el concepto de sustentabilidad que se enfoca muy fuerte en el porvenir (NOVELLI, 2008).

También podemos apreciar acá el aspecto clave de la equidad entre-generaciones, el cuidado del medioambiente nos debe ser enseñado por las generaciones pasadas que cuidan hoy nuestro presente, para que nosotros cuidemos el de las próximas generaciones, lo cual radica principalmente en un concepto de solidaridad. De este modo un consumidor educado puede dirigir sus comportamientos hacia el marco ecológico de la sustentabilidad, cooperando para el equilibrio tanpreciado en nuestros días entre el consumo humano y la naturaleza.

Según la ONU consumo sustentable significa que "las necesidades de bienes y servicios de las generaciones presentes y futuras se satisfacen de modo tal que puedan sustentarse desde el punto de vista económico, social y ambiental" (WUST, 2008). Esto lleva a tres conceptos claves: la satisfacción de necesidades; el respeto del equilibrio biofísico y; la equidad intergeneracional. De esta forma, comprender que la naturaleza y los recursos son para nuestro disfrute y nuestras necesidades como seres vivos, sin por esto destruir nuestro propio hábitat -que llevaría a hacer realidad la frase "pan para hoy, hambre para mañana"- y dentro de este marco no considerarnos que somos los únicos que podemos disfrutar del planeta, ya que las próximas generaciones deben encontrar la misma satisfacción que nosotros en la actualidad.

No cabe ninguna duda que este aspecto ecológico que puede encontrarse en el consumidor que ha recibido educación es esencial a sabiendas del problema más grave que atraviesa en nuestros tiempos la humanidad; el problema medio-ambiental.

Por esto, teniendo en cuenta que la presencia de sustancias genéticamente modificadas no presenta una regulación especial de efectiva tutela para el consumidor, es dable coincidir que la ausencia de información sobre los componentes de productos de consumo genera responsabilidad.

4. El Estado como garante del derecho a la educación del consumidor alimentario

Al tratar la cuestión de los alimentos y de la educación al consumidor en cuanto a los mismos, vamos a abordar los primeros contenidos específicos receptado por la LDC en su artículo 61, en donde se

expresa que “deberán incluir en su formación, entre otros, los siguientes contenidos: a) Sanidad, nutrición, prevención de las enfermedades transmitidas por los alimentos y adulteración de los alimentos; b) Los peligros y el rotulado de los productos; c) Legislación pertinente, forma de obtener compensación y los organismos de protección al consumidor; d) Información sobre pesas y medidas, precios, calidad y disponibilidad de los artículos de primera necesidad, y; e) Protección del medio ambiente y utilización eficiente de materiales.

4.1. Alimentación y nutrición

La alimentación es una necesidad fisiológica que cubre nuestros requerimientos nutricionales para un buen desarrollo físico y psíquico, más allá de poder también entender al concepto desde una arista social-cultural.

Cuando la ley se refiere a nutrición, la relación con la alimentación es evidente. Pues no se llega a lo primero sin lo segundo. Tomando la definición que nos brinda Beatriz Nuñez Santiago, nutrición sería: “el conjunto de procesos mediante los cuales el organismo recibe, transforma y utiliza sustancias contenidas en los alimentos que constituyen los materiales necesarios y esenciales para el mantenimiento de la vida, promover el crecimiento y reemplazar las pérdidas” (NUÑEZ SANTIAGO, 1998).

Este concepto guarda estrecha vinculación con el concepto de salud, una alimentación sana y nutrición saludable hace a nuestra salud como personas. Si entendemos que la salud no es ausencia de enfermedad sino un estado de bienestar físico y psíquico y la consideramos además como un bien social tanto individual como colectivo (GARRIDO CORDOBERA, 2011), la faceta alimentaria cumplirá un rol esencial para lograr el mejor estado posible en nuestro organismo. En consecuencia la educación vertida y generada sobre el consumidor para una elección fructífera de los alimentos a ingerir, va a repercutir directamente sobre su salud y dignidad, siendo éstos unos de los principales derechos humanos.

Otro punto a destacar en cuanto a una alimentación o dieta equilibrada son los hábitos alimenticios por parte de las personas, muchas veces acostumbradas a la ingesta de los mismos alimentos, a no respetar las cuatro comidas diarias, a los diferentes horarios, etc. Se deben establecer nuevos hábitos a través de la educación en donde se asegure una dieta muy variada, con frutas, hortalizas, pastas, carnes y pescados en el periodo semanal, con ejercicio físico diario y el consumo moderado de alcohol. La educación sobre los alimentos para el consumidor en estos casos viene a fortalecer la elección de los alimentos con nutrientes respetando así una dieta saludable para todas y todos.

4.2. Inocuidad e higiene de los alimentos

Los individuos tienen derecho a que los alimentos que ingieran sean inocuos, esto sucede cuando es correctamente elaborado y rotulado con las indicaciones adecuadas, a efectos de cumplir su función fisiológica vital y sensorial, y no contienen agentes que producen daños (o efectos adversos) en condiciones normales (CANTAFIO, 2005). Pues, los alimentos que no cumplan con esta condición

indispensable para el consumo pueden afectar seriamente la salud de las personas, a través de las enfermedades transmitidas por los alimentos, a las cuales se refiere la LDC.

La óptica no puede ser sesgada, la inocuidad de los alimentos no sólo afecta al consumidor también lo hace a la economía, a la producción, al turismo y a la confianza de la gente. Un brote de enfermedad puede crear una situación de emergencia para una comunidad, puede afectar seriamente la capacidad de venta y comercialización del producto dejando en situaciones económicas complicadas a un sector productivo y en última instancia a futuro puede perderse la confianza de la gente disminuyendo la adquisición del mismo en el mercado.

El proceso para que un alimento mantenga su higiene e inocuidad debe darse a lo largo de toda la cadena alimentaria, esto significa que la obligación no solo cae en el consumidor, todo lo contrario la misma es principalmente responsabilidad del Estado y los proveedores. Sin embargo los consumidores tienen una función respecto a este proceso en última instancia y la educación hacia ellos debe garantizar que puedan reconocerla para el cuidado e higiene correcta del alimento (COMITÉ DEL CODEX ALIMENTARIUS, 2011).

En este sentido el consumidor debe prestar especial atención a las instrucciones sobre conservación del alimento a cierta temperatura y en el debido lugar de almacenamiento (seco/húmedo), al lavado personal al momento de manipular los comestibles y a la higiene del sector en el cual va a desempeñarse con los mismos. En consecuencia con todo lo comentado es que el consumidor en el cuidado de su salud debe exigir toda la información y las instrucciones que sean necesarias para poder llevar a cabo su función sobre la manipulación del alimento. Ahora bien, aunque el consumidor cumpla con su función debidamente debemos dejar en claro que el Estado en este aspecto es el fundamental garante de la salud de todos sus ciudadanos al controlar con sus instituciones, con el Código Alimentario Argentino (CAA) y con sus políticas públicas la inocuidad y la calidad del alimento que ingresa al mercado de consumo.

4.3. Rotulado de los productos

El CAA en su capítulo IV (Normas para la rotulación y publicidad de los alimentos) define a la rotulación como: *"toda inscripción, leyenda, imagen o toda materia descriptiva o gráfica que se haya escrito, impreso, estarcido, marcado, marcado en relieve o huecograbado o adherido al envase del alimento"*.

La información y educación al consumidor con respecto al rotulado es vital, pues en el mismo no solo se brinda información sobre los nutrientes del producto sino que también se ve integrado el aspecto publicitario del mismo.

Siguiendo al CAA en sus principios generales para con el rotulado de los productos delimita que no podrá presentarse en el rotulo del alimento envasado: a) *"vocablos, signos, denominaciones, símbolos, emblemas, ilustraciones u otras representaciones gráficas que puedan hacer que dicha información sea falsa, incorrecta, insuficiente, o que pueda inducir a equívoco, error, confusión o engaño al consumidor en relación con la verdadera naturaleza, composición,*

procedencia, tipo, calidad, cantidad, duración, rendimiento o forma de uso del alimento"; b) "atribuya efectos o propiedades que no posea o que no puedan demostrarse"; c) "indique que el alimento posee propiedades medicinales o terapéuticas" y; d) "aconseje su consumo por razones de acción estimulante, de mejoramiento de la salud, de orden preventivo de enfermedades o de acción curativa".

También obliga a que la información este en el idioma oficial del país y con caracteres de buen tamaño y visibilidad. Y que como información obligatoria se haga mención a: *Denominación de venta del alimento; Lista de ingredientes; Contenidos netos; Identificación del origen, Nombre o razón social y dirección del importador, para alimentos importados; Identificación del lote; Fecha de duración; Preparación e instrucciones de uso del alimento, cuando corresponda.*

Sin embargo el CAA no posee una regulación con respecto a la información otorgada en el caso de alimentos modificados genéticamente. Es el Parlamento Europeo quien a través del Reglamento (CE) N° 1830/2003 en su articulado cuarto, apartado B con relación al etiquetado obliga incluir la leyenda *"Este producto contiene organismos modificados genéticamente"*. Podría ser un avance en la legislación nacional adoptar una norma similar que permite a los consumidores la elección de consumir o no, estos alimentos.

4.4. Etiquetado nutricional

Podemos encuadrar la finalidad del etiquetado nutricional en facilitar los datos sobre el alimento, para una elección con discernimiento, ser un medio eficaz para visualizar la información nutricional e incluir datos complementarios, entre otros.

Por esto, debemos respetar que la declaración de nutrientes se dé en forma genérica y nunca se intente dar a conocer cuanta ingesta nutricional necesita cada individuo, ya que la información nutricional complementaria variara de un país a otro. Tampoco los alimentos presentados de esta forma tienen alguna ventaja con respecto a otros (COMITÉ DEL CODEX ALIMENTARIUS, 2011). Hacemos sólo estos breves comentarios, dado que no es parte de este artículo tratar todo el tema del rotulado y su normativa de forma exhausta, sino dar una pequeña noción al consumidor de lo que debe encontrar y para su correcta elección del alimento, nutrientes e instrucciones adecuadas.

4.5. Alimentos transgénicos: ventajas y riesgos. ¿Qué es lo que debemos conocer?

A fines del siglo XX, la biotecnología se desarrolló de una forma sustancial permitiendo aplicar la ingeniería genética a los alimentos. Tal consecuencia revoluciona al mercado ampliando los horizontes de producción y ganancias, pero también perfilándose como una solución a la constante creciente demanda de alimentos mundial, sin lugar a dudas se asomaba una victoria de la tecnología que una vez más pasaría a salvar nuestras vidas. Sin embargo, detrás del telón muy pocos podían hacer oír su voz con respecto a los riesgos que podrían derivarse de la aplicación de tales procedimientos.

Alimentos transgénicos es una terminología vulgar, por lo que se prefiere la de organismos manipulados genéticamente (OMG). La directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del consejo

brinda una definición en su art. 2.2 de un OMG: "el organismo, con excepción de los seres humanos, cuyo material genético ha sido modificado de una manera que no se produce naturalmente en el apareamiento ni en la recombinación natural". Otra definición más específica nos dice: "son los alimentos obtenidos a partir de/con la participación de seres vivos (plantas, animales o microorganismos) que han sido manipulados genéticamente mediante la incorporación, o la inactivación, o la supresión de genes, lo que modifica su genoma en el primer caso, procedentes de la misma o de distinta especie". (RODRIGUEZ FERRI et. al., 2003).

Si bien al hablar de alimentos transgénicos tendemos a pensar en el ejemplo de la soja, no es solo en los vegetales donde se producen las modificaciones genéticas, los animales también se han visto alcanzados por este procedimiento. El mercado en el caso de los vegetales intenta obtener una resistencia a hongos, insectos, bacterias o herbicidas, mientras que en los animales se promueve un mayor crecimiento acelerado y cualidades específicas aumentadas del animal (vacas que brinden mayor cantidad de leche), aunque también los llamados knock-out, utilizados en experimentaciones e investigación. La gama es muy amplia, como también las consecuencias que generan.

En nuestro país, la ley 12.253 fue pionera en fomentar el uso de la genética (art. 22 a 27). Tales artículos luego derogados a través de la Ley de Semillas y Creaciones Fitogenéticas (Nº 20.247), donde se crea el registro nacional de cultivares y su correspondiente propiedad. Con el albor de los productos transgénicos se dictaron dos resoluciones a través de la secretaria de agricultura, ganadería y pesca. La primera (Res. Nº 124/1991) relacionada a la creación de la Comisión Nacional Asesora de Biotecnología Agropecuaria (CONABIA), que además de asesorar técnicamente al secretario, será la encargada de realizar los estudios de impactos ambiental y las evaluaciones de riesgos correspondientes a los productos modificados con material genético para su liberación y producción en el medio ambiente; la segunda (Res. Nº 656/1992) donde establece las normas para diligenciar los permisos de experimentación y liberación al medio de Organismos Vegetales Genéticamente Modificados (OVGM). En este punto se había dado un gran paso para la incorporación de los alimentos transgénicos a nuestra sociedad. (BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE LA NACIÓN, 2006).

La CONABIA sigue en funcionamiento hasta la actualidad y es una comisión integrada por el sector privado tanto como el público, aunque no existe participación de los consumidores mientras si la tiene el sector empresario productivo. La forma en que la comisión asesora realiza los estudios está determinada en diversas normativas de la sagyp, sin embargo algunas ONGs creen que no es totalmente adecuada la perspectiva que encaran las investigaciones, es que existe un disenso científico importante sobre la evaluación de riesgos que pueden derivar de alimentos transgénicos, no solo hacia la salud humana sino también contra el ambiente.

En el ámbito internacional encontramos regulaciones en el Convenio sobre la diversidad biológica o Convenio de Río, suscripto por Argentina. El mismo hace referencia al uso de la biotecnología, los recursos genéticos, las transferencias de tales conocimientos, todo en relación con el mantenimiento de la diversidad biológica y la sustentabilidad del medio ambiente.

Posteriormente surge el Protocolo de Cartagena, que no ha sido ratificado por la República Argentina. Tal agregado al Convenio de Rio pretende garantizar y regular un nivel de protección en torno a la transferencia, manipulación y utilización de organismos vivos modificados, haciendo hincapié en los efectos sobre la conservación de la diversidad biológica, los riesgos para la salud humana y los movimientos transfronterizos.

Otro organismo que se destaca en cuanto a la temática de alimentos transgénicos es la FDA (U.S. Food and Drug Administration). Tal institución rige en los Estados Unidos de Norteamérica y ha tenido como política desde la década del 90, la desregularización del sector, a través de un concepto engañoso que es considerar a los alimentos transgénicos como sustancialmente homólogos a sus correspondientes no transgénicos (cultivos tradicionales), por lo cual no requieren una evaluación de seguridad alimentaria especial, a este criterio se lo ha catalogado como "equivalencia sustancial". (ANTONIOU et. al., 2010).

En Europa el encargado de regular los transgénicos es la EFSA (European Food Safety Authority), si bien a veces se cree que la UE tiene estándares más severos, la EFSA sigue el mismo criterio de la equivalencia sustancial que la FDA, lo cual ha permitido el desarrollo también en aquella región.

4.5.1. Riesgos de desarrollo y seguridad alimentaria

Sin necesidad de acotarnos a la industria alimentaria, en general, los procesos industriales en los últimos tiempos se han visto cruzados por desarrollos tecnológicos, tales aplicaciones a los productos comerciales han producido la incorporación de riesgos dañosos hacia los consumidores o usuarios. Esta cuestión no es novedosa, viene sucediendo desde hace largo tiempo, lo que es contemporáneo es la masificación de los productos en el mercado y el grado de alcance colosal que pueden tener los daños, más aun si tales riesgos pueden no llegar a conocerse por los fabricantes. En definitiva este último dato es el más relevante y en el que va a hondar la temática de riesgos de desarrollo. Entonces la pregunta para iniciar la discusión sería: ¿Son responsables los fabricantes que introducen un producto dañoso en el mercado, sin poder conocer tal nocividad por el conocimiento científico disponible?

4.5.2. Conceptualización

Según Garrido Cordobera: "[Son riesgos de desarrollo] aquellas consecuencias dañosas de un producto que siendo desconocidas con la utilización de técnicas científicas idóneas al momento de su producción en masa, autorización para el consumo y comercialización, son luego, con el avance propio de la ciencia y las técnicas consecuencia directa de la utilización de dicho producto". (GARRIDO CORDOBERA, 2007, 185).

Por otro lado Pizarro expresa: "se denomina riesgo de desarrollo al que deriva del defecto de un producto que al tiempo de su introducción era considerado inocuo, a la luz del estado de los conocimientos técnicos y científicos existentes a ese momento, resultando su peligrosidad indetectable, pero cuya nocividad es puesta de manifiesto por comprobaciones posteriores". (PIZARRO, 2006, 391)

Ambas definiciones y muchas otras, las cuales no es necesario transcribir por tener características similares, hacen hincapié en unos puntos que vale la pena resaltar, estado de los conocimientos científicos y técnicos e imposibilidad de detección del defecto al momento de la circulación del producto, sobre estos temas hablaremos más adelante.

Si vale la pena destacar el aporte de la Doctrina alemana que ha incorporado el concepto de "lagunas del desarrollo" el cual referencia al riesgo potencialmente dañoso que posee un producto el cual es conocido pero a su vez es inevitable y debido al interés social que despierta tal mercancía en la población se permite que se comercialice. En contraposición denominan "defectos de desarrollo" a aquellos que no es cognoscible el defecto por ende tampoco su consecuencia dañosa, en definitiva esta sería nuestra noción clásica de "riesgos de desarrollo". Es realmente interesante esta postura, pues incorporar la potencialidad dañosa, a nuestro entender produce dos efectos: hace caer la excepción por avance de la ciencia y por otro lado diferencia claramente entre un desconocimiento absoluto del riesgo y un posible riesgo.

4.5.3. El riesgo de desarrollo como eximente de responsabilidad

Ahora que hemos dilucidado el concepto, debemos abordar si el productor es responsable por los daños que se producen por los riesgos de desarrollo o si en todo caso puede utilizar la excepción del avance de la ciencia y excluir su responsabilidad rompiendo el nexo de causalidad.

Nosotros sostenemos la primera idea. En nuestra concepción basamos la responsabilidad en el factor de atribución objetivo, en este caso el riesgo de desarrollo vendría a hacer intrínseco al riesgo empresario. También, tal riesgo no podría considerarse un caso fortuito extraño a la cosa, pues para que esta opere debe ser externa y evidentemente estamos alegando que es interna. Y por último que existe una garantía de seguridad relacionada a la inocuidad del producto, la cual no puede desconocerse. (GARRIDO, 2007)

Sin embargo tal postura no está exenta de críticas, pues se ha argumentado que responsabilizar al productor por riesgos de desarrollo podría impedir un avance en la ciencia y la innovación tecnológica por temor a la reparación que podría afrontar en tales casos. Más aun, que el empresario al no poder conocer el riesgo no tiene posibilidad de asegurarlo ni de tomar medidas preventivas para mitigar los efectos, encontrándose tal vez en una especie de estado de indefensión (MARQUEZ y MOISSET DE ESPANES, n.d.).

Ante tal argumento se ha respondido que no parece claro que un fabricante vea afectada su innovación, por al contrario al existir una posibilidad reparatoria es muy probable que se dediquen más recursos a la investigación y esto favorezca una actitud preventiva.

4.5.4. Recepción legislativa en el derecho comparado y en Argentina

El derecho comparado ha respondido de forma distinta ante la producción de un daño derivado de un riesgo de desarrollo, adoptando las posturas que hemos visto precedentemente.

La Unión Europea en su Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, dispuso con respecto a lo que nos concierne la exoneración de la responsabilidad del productor, en su articulado 7: *"el productor no será responsable si prueba: ...e) o que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto..."*

Sin embargo, la directiva, ha dejado tal inciso a disposición de los Estados Miembros para que establezcan la responsabilidad por riesgos de desarrollo en su legislación interna si lo consideran acertado. El artículo 15.1.b, expresa: *"Cada Estado miembro podrá: b) no obstante lo previsto en la letra e) del artículo 7, mantener o, sin perjuicio del procedimiento definido en el apartado 2 del presente artículo, disponer en su legislación que el productor sea responsable incluso si demostrara que, en el momento en que él puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto"*.

En definitiva la recepción de la UE ha sido por excluir la responsabilidad pero de una forma abierta dejando la potestad a los Estados para establecerla en su propia legislación. (ARRECHEA PAIVA, 2009).

Así, por ejemplo, España fue uno de los Estados que con posterioridad regulo sobre la materia. En su Ley 22/1994, de 6 de julio, que trata sobre la Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, dispone en su artículo 6.1: *"El fabricante o el importador no serán responsables si prueban: e) que, el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto"*. Pero a continuación y con cierta particularidad no permite invocar la excepción con respecto a ciertos productos específicos, en punto 6.3: *"En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables de acuerdo con esta Ley no podrán invocar la causa de exoneración de la letra e) del apartado 1 de este artículo"*.

En Italia, la Ley 224, de 24 de mayo de 1988, sobre responsabilidad del productor con relación a daños causados por productos defectuosos, excluye de responsabilidad en el artículo 6: *"e) Si el estado de los conocimientos científicos y técnicos, al momento en que el productor ha puesto en circulación el producto, no permitía todavía considerar el producto como defectuoso"*.

Los franceses ven regulada la materia en su Código Civil, articulado 1386-11 se señala que *"El productor es responsable de pleno derecho a menos que pruebe: 4°. Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos, en el momento de la puesta en circulación del producto, no le permiten descubrir la existencia del defecto"*.

En Inglaterra, podemos encontrar dos regulaciones pertinentes de interés, la "Consumer Protection Act", que en su sección 4.1. e) señala que es un medio de defensa para el productor la prueba de que: *"el estado del conocimiento científico y técnico en el momento relevante no permitía esperar que un fabricante de*

productos del mismo tipo que el producto causante del daño descubriera el defecto si éste hubiera existido en sus productos cuando éstos estaban bajo su control". Para complementar, la Product Liability Act, de 1994, dispone en el artículo 4, que el productor no será responsable si prueba: *"que el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el momento que el productor lanzó el producto, no permitían conocer la existencia del defecto en el producto"*.

En Argentina, no existe una legislación específica que sienta base sobre el tema en discusión. Pero esto no excluye, la interpretación de principios modernos del derecho de daños, la protección especial que tiene el consumidor en el orden jurídico y la visión que aportan los tratados internacionales, para reforzar una línea de pensamiento jurídico específico. Si bien, como acabamos de expresar, nada se dice en particular sobre la responsabilidad y la irresponsabilidad del productor, por ejemplo la Ley de Defensa del Consumidor ya da parámetros de lo que se espera en las relaciones de consumo, el deber de seguridad que implica un producto seguro para la salud del consumidor y el derecho a la información en especial con productos que pueden ser peligrosos¹. También el contemporáneo principio de precaución implicando medidas por parte del productor aun cuando el riesgo sea incierto o potencial y un principio básico que cruza toda la materia y con jerarquía constitucional el "alterum non laedere", de no dañar a otro, lo cual centra al derecho de daños en la reparación a la víctima.

4.5.5. Estado y conocimiento de la ciencia

Cuando se hace referencia al estado del conocimiento científico, queremos expresar que el riesgo no es cognoscible en relación a aquel, ahora bien, no es un concepto que se base en la consideración de un elemento en concreto sino que se visualiza con un carácter objetivo, esto significa que no depende del conocimiento de un fabricante en particular, ni de su dimensión cuantitativa (ganancias y beneficios), ni cualitativa (posición en el mercado con respecto a otros). La imposibilidad que posean los fabricantes para conocer el riesgo será entonces lo que constituya la excepción de responsabilidad.

Existe una versión doctrinaria interesante sobre la incognoscibilidad de un riesgo, que los distingue en abstracto o concreto. En ciertas situaciones resulta imposible asociar un riesgo con un producto, sin embargo en otras circunstancias cuando la actividad de la empresa se desenvuelve en un ámbito riesgoso podemos suponer la creación de esos riesgos de forma abstracta, por ejemplo la industria genética o nuclear. Esta clasificación lleva a considerar ciertas actividades como peligrosas y potenciales creadoras de riesgos, evitando para el fabricante interponer excepción alguna.

Teniendo en vista las conceptualizaciones precedentes damos cuenta que los conocimientos deben ser existentes en el momento de la puesta en circulación del producto, sin embargo que existan no significa que estén en disponibilidad. Aquí podemos tener el caso de un fabricante que gracias a una tecnología de última generación protegida por una patente fabrique un producto seguro, el otro competidor no podrá acceder a este conocimiento sin embargo no configura un caso de excepción pues

¹ El Caso Bordenave, Sofía A. s/mandamus del Superior Tribunal de Justicia Río Negro, 17/3/05 hizo lugar a la pretensión del actor (consumidor) de que se cumpla con una ordenanza del lugar y se publique un listado con los

hemos dicho que las condiciones económicas o individuales no afectan, si un fabricante logra conocer el riesgo ello cuenta para el resto aunque lo haya logrado con una tecnología protegida por una ley y que excluye al resto. Distinto es el caso en que unos conocimientos científicos se encuentren vedados del acceso por razones políticas u otras, si bien el conocimiento existe en este caso debe existir un acceso general hacia la comunidad científica toda, no podemos pedir que un fabricante conozca lo que un grupo de científicos considere un archivo clasificado o secreto. En definitiva se requiere un grado mínimo de disponibilidad para hacer operar el concepto. (ESPAÑA, MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, 2001).

Llegado a este punto, lo que no es un requisito es que tal conocimiento sea mayoritario o unánime. Tanto teorías, hipótesis o posiciones minoritarias cuentan, lo que debe darse obligatoriamente en estos supuestos es que los conocimientos sean precisamente científicos, esto es, que sigan un determinado método, quedando excluidas todas las pseudociencias.

Es importante entonces abordar la dimensión temporal y espacial del concepto. Sabemos que en relación al tiempo hemos dicho que corresponde tener en cuenta la puesta en circulación del producto, es en ese instante en el cual el fabricante debe considerar los conocimientos existentes más actuales para conocer el riesgo del producto. Sin embargo una vez logrado esto, no debe desentenderse del avance o desarrollo de la ciencia, pues debe seguir investigando y desarrollando su actividad o podría ver afectada su responsabilidad por una negligencia en tanto prevención del daño, pues si se enterara de algún defecto posterior, por lo menos debe cumplir con un derecho a informar.

La dimensión espacial genera abundantes interrogantes, ¿Cuáles conocimientos son los que el fabricante debe abordar? ¿Los de su región, Estado, comunidad o el estándar es mundial? ¿Acaso debe probar que nadie en el mundo sabía sobre el riesgo? ¿Un fabricante argentino debe tener en consideración el conocimiento científico que se genera sobre la materia en Arabia Saudita, China, Canadá y Suecia, como tantos otros países?

La cuestión no tiene una solución legislativa, debería ser cada Estado quien tome cartas en el asunto, sin embargo la opción más factible es que el estándar sea mundial, pues la comunidad científica en sí misma es internacional. La respuesta sería que se debería probar que nadie en la comunidad científica lo sabía. Una opción distinta sería que cada Estado tome sus propios conocimientos como guía, lo que implica que los Estados menos desarrollados tengan parámetros más laxos, los consumidores estarían más desprotegidos en estos Estados que en otros, donde la comunidad científica ya alertaba sobre tales riesgos, no parecería ser una buena decisión a nivel global.

alimentos que contienen organismos genéticamente modificados, validando el derecho a la información de los consumidores.

4.5.6. Los riesgos de desarrollo específicamente en los alimentos transgénicos

Para darle un vuelco final al tema de riesgos de desarrollos vamos a responder dos preguntas esenciales: ¿Se conocen los riesgos de los alimentos transgénicos? Si sabemos cuáles son los riesgos ¿Hay realmente una consecuencia dañosa en ellos o todavía la comunidad científica no puede determinarlos?

El primer cuestionamiento es fácil de responder, conocemos los riesgos, brindaremos una lista de algunos de ellos:

Factores de riesgo por el uso de OGM

A modo de ejemplificación se podría mencionar la transferencia horizontal de material genético con bacterias y virus; la transferencia de material genético con especies compatibles; la recombinación genética de bacterias y virus; la pérdida de biodiversidad; la muerte de organismos no objetivo; la mayor resistencia a antibióticos (por el gen utilizado como marcador); la generación de resistencia a los agroquímicos; las alergias; los niveles de residuos tóxicos en los productos y derivados; las liberaciones accidentales durante el transporte y embalaje, que ocasionarían la contaminación de otros productos; la disposición de los residuos agrícolas; la afectación del ambiente por dispersión de polen, filtración a napas, escurrimiento de las aguas; la irreversibilidad de la tecnología una vez liberados al ambiente (por ser organismos vivos autónomos).

La transferencia horizontal de material genético con bacterias y virus es el primer factor a considerar. La misma se produce entre células y genomas, de especies no relacionadas, por procesos distintos a la reproducción. Una postura sostiene que tal procedimiento no implica un riesgo incrementado por los OGM, la cuestión radica en que la transferencia horizontal se produce también naturalmente por lo cual no es algo completamente novedoso e implica un bajo riesgo. Existen diversos ejemplos de virus y bacterias que se han transferido al ser humano por procesos naturales. (COMITÉ DE BIOTECNOLOGIA, 2011).

La opinión contraria sustenta que si bien el proceso es posible de forma natural, la ingeniería genética creó un mecanismo artificial distinto al que se produce en la naturaleza y tal mecanismo tiene la característica de romper-barreras que de forma natural nunca se hubiesen dado. De esta manera puede el material genético recombinarse con material viral adormecido en plantas o animales creando nuevos virus infecciosos o bacterias. Tal consecuencia implica el acaecimiento de nuevas enfermedades producidas por tales virus o bacterias, como también resistencias ante los antibióticos o fármacos. (MAE-WAN HO, 2001).

La preocupación por las alergias surge por la composición de los OGMs, de la cual surge una incorporación de proteínas agregadas a las que naturalmente tiene el alimento. Cierta sector argumenta que los alimentos transgénicos no deberían causar mayor riesgo de alergias que las que provienen del alimento original, esto puede ser cierto, sin embargo mas allá de esta defensa vemos que no se consideran dos cuestiones anexas, la primera es que al no tener información suficiente sobre el alimento transgénico

que en principio no era alérgico para cierto individuo, pasa a serlo por la proteína agregada de otro producto al cual era alérgico², la segunda problemática es la incorporación directamente de nuevas proteínas las cuales no se tiene conocimiento de su potencial alergénico³, pudiendo desatar el desarrollo de una alergia en una población.

Por otro lado, se ha explicado que las modificaciones que se producen en los OGMs son muchas veces impredecibles debido al principio biológico y evolutivo que los organismos presentan. En primer lugar, estas modificaciones no-naturales alteran la expresión normal de genes del organismo receptor cambiando su fisiología, fenotipo y genotipo. En segundo lugar, estas modificaciones no-naturales pueden activar la producción de toxinas y/o genes que pueden activarse o desactivarse permanentemente (YAÑEZ, 2007).

Llegado a este punto podemos responder el segundo interrogante y es que la comunidad científica todavía debate arduamente sobre los riesgos de los alimentos transgénicos. Sin embargo lo que a nosotros nos interesa es que existe toda una variedad de estudios independientes o elaborados por Estados que brindan un conocimiento científico debatible pero real sobre los efectos adversos de los OGM, lo cual impide hoy en día a cualquier productor de alimentos transgénicos beneficiarse de modo alguno de la excepción del avance de la ciencia, si a futuro se producen daños en los consumidores sobre los factores de riesgos conocidos y debatidos. En el inicio de su desarrollo los OGM podrían haber sido un gran misterio y capaz meritorio de considerarlos dentro de los riesgos de desarrollo, en la actualidad el avance científico ha sido inmenso y los efectos negativos salen a la luz, el futuro o ya el presente dirá que postura es acertada pero no hay dudas que ante un daño serán responsables por la falta de seguridad e inocuidad del producto.

5. Seguridad alimentaria

El concepto de seguridad alimentaria es el que termina de englobar a la temática sobre nutrición, alimentación, inocuidad e higiene, rotulación e información de los productos. Todos ellos en forma conjunta hacen a la seguridad alimentaria que debe ser garantizada al consumidor.

El Comité de seguridad alimentaria, perteneciente a Naciones Unidas, nos dice que: "*Existe seguridad alimentaria cuando todas las personas tienen en todo momento acceso físico, social y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias en cuanto a los alimentos a fin de llevar una vida activa y sana.*" (COMITÉ DE SEGURIDAD ALIMENTARIA, 1974).

² La soja transgénica que contenía un gen insertado de una nuez Brasileña mostró que ocasionaba reacciones alérgicas en personas alérgicas a esta nuez Brasileña pero que no tenían historia de ser alérgicos a la soja tradicional.

³ Siendo un ejemplo de ello el maíz transgénico desarrollado por la compañía Aventis, que contenía una proteína nunca antes consumida por el humano. Este maíz se encontró en la cadena alimentaria humana cuando estaba autorizado únicamente para consumo animal en E.U. y desde este descubrimiento; la EPA (Administración para el control del ambiente en EEUU) desautorizó su uso para consumo humano.

En esta definición, por más esclarecedora, vemos también el derecho de acceso al consumo como parte sustancial. La educación al consumidor es solo un aspecto ínfimo pero importante al fin que tratamos en este pequeño artículo que forma parte de este concepto amplio. La seguridad alimentaria debe ser objetivo prioritario de todo Estado en miras a la erradicación de la pobreza y el hambre como de la subnutrición.

6. El Principio de Prevención y el Derecho de Daños Colectivos, en el siglo XXI

Hemos visto que la educación al consumidor alimentario refleja una temática que apasiona y en este sentido general que es de nuestra intención otorgar en este trabajo, no podemos dejar de realizar algunas reflexiones sobre los principios rectores del llamado derecho de daños colectivos en el siglo XXI, con especial referencia a la reparación integral y a la prevención adecuada, en el marco de las perspectivas de un Derecho deseable y de un Derecho posible.

En este navegar, consideramos que la persona goza de una suerte de derechos esenciales o fundamentales por su sola condición humana, los cuales en su mayoría se encuentran expresamente afirmados en el amplio espectro de los derechos con jerarquía constitucional tales como la vida, la dignidad, y la integridad, entre muchos otros derechos personalísimos (TESTA, 2011). Por esto, coincidimos que “la globalización, los avances tecnológicos y los cambios en las reglas y estructuras sociales han generado una serie de problemáticas a las cuales el derecho no puede ser ajeno, y sus principios, aún vigentes, pueden y deben dar respuestas” (RODRIGUEZ PONS y otros, 2011).

En concordancia, podemos decir que “los principios generales del derecho, son presupuestos políticos y jurídicos que determinan la existencia funcional de un ordenamiento jurídico; aquellos que fundan la legislación” (LOPEZ y ONOCKO, 2011).

Es sabido que entre las notas características de la aldea global, en la que convivimos, en el contexto de una incesante globalización con sus beneficios y sus peligros, en el marco de un mundo cada día más internacionalizado, en esta era de la posmodernidad como algunos gustan llamar, apreciamos una notable expansión de las relaciones a distancia, virtuales, producto de las nuevas vías de comunicación, y de la facilidad en el intercambio de la información que favorecen la celebración de negocios y la realización de todo tipo de actividades, más allá de las fronteras territoriales, estatales (SCOTTI, 2010). Al respecto señala Lorenzetti que “el fenómeno de la globalización impone también una progresiva standarización jurídica internacional, entre cuyos componentes se encuentra el Derecho del Consumo” (LORENZETTI, 1997, 9).

Desde hace varias décadas, la clásica responsabilidad civil en general y el moderno derecho de daños en particular –como venimos sosteniendo, no sólo en esta ocasión- son objeto de diversas y permanentes investigaciones científicas y tecnológicas, ya sea de manera disciplinaria o transdisciplinarias, desde diferentes ámbitos jurídicos y sociales. Es imperiosa aquí una cosmovisión que, centrada en el

hombre, le restituya su supremacía y ponga a los logros científicos y técnicos al servicio de la sociedad. Es devolverle la dignidad, de ser el núcleo y no un mero dato estadístico o un instrumento económico (TESTA, 2011).

Aquí es entonces donde toma relevancia el principio "pro homine", entendiéndolo como un principio que pone por encima de todas las cosas al ser humano. Tal principio eleva de tal forma al hombre que cuando éste se encuentra en una situación pasible y se pongan en juego interpretaciones que pueden impactar sobre sus derechos y sus garantías, donde puede violarse su rasgo fundamental como ser humano, debe elegirse por aquel camino que preserve su individualidad y la esencia misma como tal, lo cual es un criterio propio de la disciplina de los Derechos Humanos que hoy se vuelve constitutiva del derecho de fondo (MILLAN, 2011).

En esta línea de pensamiento, es dable coincidir que la idea de masificación está ligada, como ya hemos dicho en anteriores trabajos, a dos nociones: una, de índole económica, y otra, de índole filosófica, de actitud ante la vida; la primera nos enfrenta a un modo de producción estándar de bienes para consumo y comercialización y muchas veces a la necesidad de utilizar la visión del análisis económico del derecho; la segunda, al "ser" del "hombre-masa" de Ortega y Gasset o al "hombre mediocre" de José Ingenieros (GARRIDO CORDOBERA, 2012).

En este sentido, bien señala Ciuro Caldani, que un régimen humanista del daño y la reparación debe respetar por una parte la unicidad pero por otro lado atender a la igualdad y a la comunidad respetando las perspectivas individuales y sociales para poder atender a todos los aspectos de la complejidad de la personalidad (CIURO CALDANI, 1993).

De esta forma, una prevención adecuada y una reparación integral serían los principios rectores del moderno derecho de daños colectivos, como reflejo del *Principio Pro Homine*, restableciendo el valor supremo de la persona humana, en su protección, desarrollo y plenitud.

6. Conclusión

La educación al consumidor se erige como una fortaleza trascendental para enfrentar la disparidad de información y poder negocial que genera la sociedad de consumo. Vemos como el Estado debe por ley ejecutar diversas medidas para la correcta educación y protección del consumidor, todo ello sustentado a nivel constitucional en el art.42. No se nos escapa lo importante que es educar no solo desde un aspecto social, sino también económico y más aun ecológico, para lograr discernir como actúa y cuáles son las herramientas de penetración del fenómeno consumo en la población.

El consumidor alimentario es especialmente atrayente, pues se moviliza en un ámbito básico de las necesidades humanas como la alimentación y requiere en este contexto, más que en ningún otro, la mayor protección y educación posible. La cuestión de los alimentos transgénicos resulta particularmente interesante y deducimos la imposibilidad actual de eximirse los productores de responsabilidad por los daños que puedan producir a la salud de los consumidores.

Para culminar, hacemos propias las palabras de Garrido (GARRIDO CORDOBERA, 2011) y “como nos gusta decir, hay que aprender del pasado, del pretor romano, y recordar las luchas que el hombre sostuvo para consolidar sus derechos, pensando que la búsqueda de lo justo nos acompañara siempre y que si bien la Justicia no es una diosa, sí es el alma de la toga que elegimos vestir y tratar de realizar”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI A. (2006), *La Universidad Pública en un proyecto de Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2006.
- ALTERINI A. y NICOLAU N. (Dir.) (2005), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Buenos Aires, La Ley, 2005.
- ALTERINI A. (1987), *Contornos actuales de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1987.
- ANDRICH M. (2001) “Las conductas alimentarias y su relación con el poder: algunos diagnósticos para la implementación de un código de conducta para el derecho al acceso seguro al alimento”, *Anexo de tesis doctoral*, Buenos Aires, 2001
- ANTONIOU M. et. al. (2010) “Soja transgénica ¿sostenible?, ¿responsable?”, publicado por GLS Gemeinschaftsbank eG, Christstr. 9, 44789 Bochum, Alemania, en www.gls.de.
- ARRECHEA PAIVA, M. A. (2009), “Responsabilidad civil por productos elaborados”. Disponible en web: <http://www.estudioarrechea.com.ar/index.php/danos-por-productos-elaborados>.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE LA NACIÓN. (2006) “Organismos Genéticamente Modificados (OGM): Usos Alimentarios. Legislación Nacional, Antecedentes Parlamentarios, Doctrina y Jurisprudencia”, Buenos Aires, Departamento Investigación e Información Argentina, 2006.
- BOURGOIGNIE T. (1993), “El derecho comunitario de consumo: Experiencia y perspectivas respecto a Europa 1993”, publicado en JA Tº 1993-11-925.
- CAIVANO R., GOBBI M. y PADILLA R. (2006), *Negociación y Mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna*, Buenos Aires, AD-HOC, 2006.
- CANTAFIO F. (2005), *Productos alimenticios defectuosos. Acciones del elaborador y Estado en resguardo de la salud de los consumidores*, publicado en DJ 2005-3, 764.
- CHAMATROPULOS D. (2009), *Los Daños Punitivos en Argentina*, Buenos Aires, Errepar, 2009.
- CIURO CALDANI M. (1993), *Comprensión axiológica del daño y la reparación, en Derecho de Daños*, T. 2, Buenos Aires, La Rocca, 1993.
- CÓDIGO ALIMENTARIO ARGENTINO (1969), Ley 18284/69, 1969.

- COMITÉ DE BIOTECNOLOGIA (2011), *Por un uso responsable de los organismos genéticamente modificados*, México DF, Academia Mexicana de Ciencias, 2011.
- COMITÉ DE SEGURIDAD ALIMENTARIA MUNDIAL (1974), Organización de las Naciones Unidas, 1974, <http://www.fao.org/cfs/es/>
- COMITÉ DEL CODEX ALIMENTARIUS (2011), "Proyecto de Revisión de las Directrices sobre etiquetado nutricional (CAC/GL 2-1985) respecto a la lista de nutrientes que siempre se han de declarar en base voluntaria u obligatoria" en Organización Mundial de la Salud y Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, Canadá, 2011.
- CORDOBA M. (DIR.) (2004), *Tratado de la buena fe en el derecho*, Tomos I y II, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- CORIA S., DEVIA L., LAMAS A., NONNA S., Y VILLANUEVA C. (1998), *El rumbo ambiental en la Argentina*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998.
- CRUCES A. (2011), Ponencia presentada ante las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil, Comisión de Estudiantes: Los principios del derecho privado en el siglo XXI, "La moderna pero humana Autonomía de la voluntad", San Miguel de Tucumán, 2011, disponible en: <http://ideconsultora.com.ar/bcderehocivil2011/ponencias2011/C14/C14-010.pdf> y en <http://derechoportal.blogspot.com/2011/11/la-moderna-pero-humana-autonomia-de-la.html> [Acceso: Marzo de 2013].
- DOLCETA (2011), "¿Por qué es importante la Educación del Consumidor?", *Development of on line Consumer Education Tool for Adults*, 2011, <http://www.dolceta.eu/espana/Mod4/1-1-1-1-Por-que-es-importante-la.html> [Acceso: marzo de 2013]
- ESPAÑA, MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO (2001), "Los riesgos de desarrollo", Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001. Disponible en web: http://www.indret.com/pdf/047_es.pdf [Acceso marzo 2014]
- FELDSTEIN DE CARDENAS S. (Dir.) (2008), *Contratación Electrónica Internacional. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado*, Málaga, Universidad de Málaga, 2008
- GARRIDO CORDOBERA L., La reparación de daños colectivos: daños con motivo de encuentros futbolísticos, Instituto de Investigaciones Jurídicas y sociales "Ambrosio L. Gioja", 1988, <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/Cuadernos de Investigacion3.pdf> [Acceso: marzo de 2013].
- GARRIDO CORDOBERA L. (2005), "Los Daños en la Sociedad Actual", en ALTERINI A. y NICOLAU N. (Dir.), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Buenos Aires, La Ley, 2005.
- GARRIDO CORDOBERA, L. (2007), "La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo". En Kemelmajer de Carlucci, Aida, *Responsabilidad Civil*, Libro Homenaje a Francois Chabas, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2007, pp. 171-203.

- GARRIDO CORDOBERA L. (2009), *Los daños colectivos: prospectiva general*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2009.
- GARRIDO CORDOBERA L. y KUNZ, A. (Dir.) (2009), "Cuestiones ambientales", Seminario problemática de los daños en la sociedad actual, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" y Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho UBA, La Ley, 2009.
- GARRIDO CORDOBERA L. (2010), "Reflexiones sobre la responsabilidad civil y el derecho de daños", en ORTIZ T. (Coord.) (2010), *El Bicentenario de la Revolución de Mayo*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2010.
- GARRIDO CORDOBERA L. y BUSTO LAGO J. (2010), *Los riesgos del desarrollo en una visión comparada derecho argentino y derecho español*, Madrid, REUS, 2010.
- GARRIDO CORDOBERA L. (2011), "Virtualidades de la salud como derecho humano", en REGAZZONI C. y otros (2011), *Salud y conciencia pública*, Seminario de investigación sobre La Problemática de los Daños en la Sociedad Actual, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Buenos Aires, Fundación Sanatorio Güemes, 2011.
- GARRIDO CORDOBERA, L. (2012), "Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por productos", en GARRIDO CORDOBERA L. (Dir.), *Revista de Daños*, Buenos Aires, IJ Editores, Marzo, 2012, <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=48819&print=2> [Acceso: marzo de 2013].
- GHERSI C. (1999), *Teoría general de la reparación de daños*, Buenos Aires, Astrea, 1999.
- GODOI MILLAN, V. (2010), "El principio de equivalencia sustancial de los transgénicos: El caso del discurso de legitimación de los OGM en Portugal", Lisboa, Instituto de Ciencias Sociales – Universidad de Lisboa, 2010.
- GOLDEMBERG I. (1989), "Ponencia a las XII Jornadas de Derecho Civil", Bariloche, 1989.
- KLUGER V. (Comp.) (2006), *Análisis económico del derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 2006.
- LÓPEZ E. Y ONOCKO D. (2011), ponencia presentada ante las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil (Tucumán, 2011), Comisión de Estudiantes: Los principios del derecho privado en el siglo XXI, "El Principio Protectorio como Principio rector del Derecho Contemporáneo, su aplicación al Derecho del Consumidor", San Miguel de Tucumán, 2011, disponible en: <http://ideconsultora.com.ar/bcderehocivil2011/ponencias2011/C14/C14-005.pdf> [Acceso: Marzo de 2013].
- LORENZETTI R. (1997), "La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del MERCOSUR" en *Revista de Dereito do Consumidor*, San Pablo, 1997.
- MAE-WAN HO (2001), "La transferencia horizontal de genes el peligro oculto de la ingeniería genética", Quito, Institute of Science Society, 2001.

- MARQUEZ, J. y MOSSET DE ESPANES, L. (n.d.), "Riesgos de desarrollo", Disponible en web: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/riesgos-de-desarrollo> [Acceso marzo 2014]
- MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ G. (2005), "La internalización, la integración y la globalización de los derechos personalísimos" en ALTERINI A. y NICOLAU NOEMÍ L. (Dir.), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, Buenos Aires, La Ley, 2005.
- MILLÁN F. (2011), "Crónica de una inconstitucionalidad anunciada. Preferencia del apellido en la ley 26.618", MJ-DOC-5415-AR, MJD5415, 30/06/2011, disponible en <http://millanfernando.blogspot.com/2011/07/cronica-de-una-inconstitucionalidad.html>, [Acceso: marzo de 2012].
- NOVELLI M. (2008), "Bases jurídicas de la educación para el desarrollo sostenible en el Mercosur", *Revista sobre enseñanza del derecho*, año 6, n°11, 183-194.
- NACIONES UNIDAS (2010), "Comisión sobre desarrollo sustentable: 18º sesiones", Consejo Económico y Social, 3 a 14 de mayo de 2010, E/CN.17/2010/11/Add.2.
- NUÑEZ SANTIAGO B. (1998), *Políticas públicas y derecho alimentario: del GATT a la OMC en Latinoamérica y el Caribe*, Buenos Aires, ed. Ciudad Argentina, 1998.
- NUÑEZ SANTIAGO B. (Coord.) (2000), *Las Relaciones Internacionales Económicas comerciales del orden alimentario en Latinoamérica*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2000.
- ORTIZ T. (2007), "Pero, qué es la globalización?", *elDial.com*, Buenos Aires, Albremática, 30/05/2007.
- ORTIZ T. (coord.) (2010), *El Bicentenario de la Revolución de Mayo*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2010.
- PADILLA R. (1993), "Un cambio de mentalidad: negociación y solución de conflictos", *La Nación*, 14/7/1993.
- PEREZ BUSTAMANTE L. (2004), *Derechos del Consumidor*, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- PIZARRO R. (2006), *Responsabilidad por riesgo creado y de empresa*, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2006.
- RODRIGUEZ FERRI ET AL. (2003), *Los alimentos transgénicos (y organismos manipulados genéticamente)*, Madrid, Caja España, 2003.
- RODRÍGUEZ PONS L. y otros (2011), ponencia presentada ante las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil (Tucumán, 2011), Comisión de Estudiantes: Los principios del derecho privado en el siglo XXI, "La responsabilidad de los padres por la transmisión y/o generación de enfermedades prenatales a sus hijos a la luz del principio del Alterum Non Laedere", San Miguel de Tucumán, 2011, disponible en: <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2/> [Acceso: Marzo de 2012].
- RUSCONI D. (2009), *Manual de derecho del consumidor*, Buenos Aires, ed. Abeledo Perrot.

- SCOTTI L. (2008), "La protección del consumidor en los contratos internacionales de consumo celebrados por medios electrónicos", en FELDSTEIN DE CARDENAS S. (Dir.) (2008), *Contratación Electrónica Internacional. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado*, Málaga, Universidad de Málaga, 2008.
- SCOTTI L. (2010), "Vigencia del derecho internacional privado: viejos y nuevos escenarios", en ORTIZ TULIO (coord.), *El Bicentenario de la Revolución de Mayo*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2010.
- TESTA M. (2011), Ponencia presentada ante las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil, "Comisión de Estudiantes: Los principios del derecho privado en el siglo XXI", *El Principio de Prevención y el Derecho de Daños Colectivos, en el siglo XXI*, San Miguel de Tucumán, 2011, disponible en: <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C14/C14-004.pdf> [Acceso: Marzo de 2012].
- TESTA, M. (2012), "La privacidad de la historia clínica. Pensando el pasado y proyectando el futuro: Una Argentina digna y saludable", en IX Concurso de Ensayos Ignacio Winizky de Derecho Civil, *Revista Lecciones y Ensayos*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho – UBA, 2012, disponible en: <http://es.scribd.com/doc/124824914/La-privacidad-de-la-historia-clinica-Pensando-el-pasado-y-proyectando-el-futuro-Una-Argentina-digna-y-saludable> [Acceso: Marzo de 2013].
- VERNEAUX R. (1964), *Lecciones sobre existencialismo*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1964.
- WUST R. (2008), "La necesaria educación del consumidor en la reforma de la Ley 24.240", Publicado el 04/04/2008, *elDial.com*, ed. albreumatica, Ciudad autónoma de Buenos Aires.
- YAÑEZ, J. (2007), "Riesgos, implicancias y la situación actual de los organismos genéticamente modificados (OGM)". En *Revista Tau alimentario*, 2007, 4, 20-24.

LA JUSTICIALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por Raffaele De Giorgi

RESUMEN

El artículo se centra en el análisis de tres temas: el futuro, los derechos humanos y su justiciabilidad.

En primer lugar respecto del futuro todos debemos decidir, pero sin embargo nuestras decisiones al igual que las de los juristas están ya decididas (por la moral, religión, ideas políticas, ideologías, teorías, pasiones y afectos).

En segundo lugar, los derechos humanos son atribuidos o reconocidos como derechos de las personas, e impiden la ocupación política de la sociedad. Cuando el orden social se vuelve crítico para el Estado y para la política, en los puntos de alta sensibilidad operan los derechos humanos.

En tercer lugar, la mayor parte de los individuos vive en la exclusión, y allí queda el cuerpo privado de la individualidad de la persona. Se espera que una vez más en la historia de la sociedad moderna, los derechos humanos puedan contribuir a tratar a los cuerpos como personas.

PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos – Persona – Constitución – Estado – Sociedad.

HUMAN RIGHTS JUSTICIABILITY

By Raffaele De Giorgi

ABSTRACT

This paper focuses its analysis in three issues: the future, human rights and its justiciability.

In the first place, in connection with the future, all of us must decide constantly, but our decisions and the ones from judges are almost decided (by moral, religion, political ideas, ideologies, theories and affections).

In the second place, human rights are attributed and recognised as people's rights, and prevent political occupation of the society. When social order becomes critical for the State and for politics, human rights act on high sensible issues.

In the third place, the majority of individuals live excluded, and therefore people's individuality private body stays there. It is expected that once in modern society history; human rights can contribute to treat bodies as persons.

KEY WORDS

Human Rights – Person – Constitution – State – Society.

LA JUSTICIALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS*

Por Raffaele De Giorgi**

1.

Agradezco por el honor que se me ha conferido para hablar del futuro de la justiciabilidad de los derechos humanos.

En realidad me han sido asignados tres temas: *el futuro*, *los derechos humanos*, su *justiciabilidad*. Reflexionando sobre los temas he tenido la impresión que ellos han sido elegidos para formular una pregunta a una respuesta que ya se conoce. Y ya que formular preguntas cuando se conoce la respuesta es un trabajo que no tiene sentido, respetaré las cuestiones, pero traicionaré las expectativas de quien ya conoce la respuesta.

El primer tema que me ha sido asignado requiere describir el futuro. Ahora, describir el futuro no es fácil. Para poder hacerlo sería necesario tener alguna experiencia de aquél. Y nosotros no disponemos de recursos de este tipo. Nosotros podemos sólo observar como el futuro viene construido y podemos describir una particular modalidad de su construcción. Se debe tratar, sin embargo, de una modalidad que podemos observar. Esto, a su vez, significa que debemos decir cuál es la distinción que utilizamos cuando observamos la construcción que describimos. Es decir, debemos decir qué cosa incluimos y qué cosa excluimos.

Construir el futuro, en cambio, es lo que nosotros hacemos continuamente. Nosotros nos acercamos al futuro mediante nuestro no saber. Lo que sabemos, en efecto, se refiere al pasado. Respecto al futuro debemos decidir. Cada vez. En realidad, sin embargo, nuestras decisiones están ya decididas. Moral, religión, ideas políticas, ideologías, teorías, pero también pasiones, afectos, están ya disponibles y utilizables para reducir el mundo a un formato accesible, para presentarlo en forma de alternativas entre las cuales orientarse no sea dramático.

Esto, de lo cual podemos estar seguros que se realizará también en el futuro, no debe sin embargo ser decidido. Esto, acerca de lo que no podemos saber si acontecerá, deberá ser objeto de decisión. Y de esta decisión nosotros somos solamente las premisas. Sabemos solamente que también nuestro no saber no nos sustrae a la necesidad de construir futuro, pero podemos racionalizar precisamente este límite e intentar construir vínculos que mantengan bajo el riesgo de lo que se llama *post-decisionali-regret*, es decir, el riesgo del arrepentimiento.

* Con la autorización del autor, reproducimos la conferencia que sobre el tema del título dictara en la Universidad Autónoma de México.

** Prof. Titular de Filosofía Jurídica degli studi del Salento.

Los juristas en cambio operan en condiciones muy diferentes. Ellos deciden continuamente, ellos deciden en base a lo que ellos tratan como su conocimiento de los hechos en base al derecho, en base a lo que ellos tratan como realidad de los eventos; sus decisiones son tomadas en consideración del futuro: ellos describen continuamente el futuro y usan sus descripciones como motivaciones de sus decisiones y cuando utilizan teorías, ellos no tratan sus teorías como autodescripciones de lo que ellos mismos hacen, sino que las consideran como técnicas de conocimiento de la realidad.

A decir verdad, en los inicios de la sociedad moderna, también los juristas actuaban con una cierta cautela. Después han comenzado a moverse siempre con mayor seguridad. Originariamente decidían también ellos con la certeza de quien sabe que hace referencia sólo al pasado: sus decisiones, en efecto, utilizaban la representación del futuro como el lugar de lo que debe ser porque siempre ha sido. Después inventaron otras técnicas y, de todos modos, cuanto más devenía claro que se podía tener confianza en el futuro porque el futuro habría llevado progreso y desarrollo y ciertamente también condiciones mejores de la sociedad, tanto más se reforzaba la certeza de que la decisión jurídica podía ser fundada sobre la consideración de sus mismas consecuencias, sobre la observabilidad del futuro en el presente. Aunque se realizarían en el futuro, las consecuencias podían ser calculadas desde luego en el presente.

Cierto, podía siempre acontecer que el futuro presente no fuese para nada así como se veía el presente futuro de la decisión. En estos casos, sin embargo, para los juristas modernos no era más necesario hacer como el emperador en el relato de Kleist, el cual en los estatutos de la ordalía, ahí donde se decía que la ordalía debía inevitablemente llevar a la luz la culpa, hizo anteponer "si esta es la voluntad de Dios". Un modo de proceder seguro, aquel del emperador: si la realidad, esto es la verdad de los hechos, manifiesta vacilación en su correspondencia al derecho, se dirige a la voluntad de Dios. Para los modernos no sirve una semejante cautela, no es necesario dejar el futuro en las manos de Dios: se imputa al exterior la consecuencia del no verificarse de la consecuencia. Para los juristas el futuro tiene el carácter del deber ser. Y esto, no en el sentido de que, de todos modos, existirá un futuro, sino en el sentido preciso que el deber ser estará en el futuro. Por otra parte, ¿dónde podría estar?

Vemos aquí obrar una primera paradoja. El lenguaje del derecho, es decir, el lenguaje de los juristas, es formulado como si incluyese en sí una descripción de la realidad. Sea en sus formas de la cualificación de sentido, sea en las formas de la imputación, sea en las formas de la decisión, aquel lenguaje se formula y es percibido como descripción de la realidad. En realidad, sin embargo, se trata de una forma del deber ser. De un deber ser que se hace manifiesto sólo si viene violado, como justamente decía Kelsen. Ahora el derecho, sobre el plano semántico es una descripción, es decir, atribución de significado que debe ser, pero que viene tratado como si fuera. Es una realidad que se construye de sí como unidad de la distinción de lo que es y de lo que debe ser.

En realidad los juristas no pueden renunciar a la idea del **deber ser**. Se trata sólo de esto. Lo que debe ser, esto del cual se puede decir sólo que debe ser, sin que se pueda decir qué cosa es, los juristas modernos lo tratan con la seguridad de quien sabe de que cosa está hablando. Probablemente, como una

vez Durrenmatt dijo de Brecht, no saben aquello que dicen, pero dicen sólo aquello que saben. Ellos no derivan el derecho, entendido como deber ser, de los hechos, así como no derivan los hechos del derecho. Ellos argumentan. Construyen. Imputan. Fijan conexiones de sentido sobre la base de conexiones de sentido. Hacen inferencias, deducen. En realidad ellos construyen lo que ellos usan como realidad. Y es esta la realidad de la realidad del derecho. Pero es esta realidad también el futuro, aquella realidad a la cual se da el nombre de futuro.

Ellos fundan sus ideas del deber ser sobre presuntos conocimientos de lo que es, sobre una idea de naturaleza, sobre una idea de razón, sobre asunciones relativas a la humanidad de los hombres, sobre el carácter del orden social, sobre la moralidad de la moral. Y proceden en dos modos diferentes: o atribuyen función cognitiva a sus construcciones normativas, o bien atribuyen función normativa a sus construcciones cognitivas. O bien proceden a un acuerdo, a una especie de convención: fijan un significado y le atribuyen función cognitivo-normativa. O bien normativo-cognitiva. En ambos casos el deber ser del deber ser encuentra su justificación. Y esto es relevante para el derecho.

Para los Griegos, así como para los romanos, pero también para los primeros iusnaturalistas, era claro qué cosa significaba deber ser, en el sentido de que era claro qué cosa es el deber ser. La cuestión se vuelve más compleja cuando las viejas certezas vienen puestas en duda y se comienza a preguntar cuál sea la naturaleza de la naturaleza y después cuál sea la naturaleza de la ley o la naturaleza de la razón. Porque finalmente se ve que la idea de naturaleza no es natural, sino que es una construcción y se ve que esta construcción puede ser religiosa, moral, política, económica y luego transformada en conocimiento o en norma. Podemos concluir que también las decisiones de los juristas están ya decididas.

Habiendo abandonado la inmediatez de las conexiones a las cuales eran habituados los antiguos, los modernos han debido especializarse en la construcción de teorías del conocimiento y ya que en la sociedad moderna el futuro es el problema más relevante del presente, y ya que en todos los lugares del actuar social se sabe que los futuros pueden ser no sólo diferentes de los pasados, sino diferentes entre ellos, los juristas están siempre más desorientados. Encontrar una determinación del deber ser es siempre más difícil: su colocación en el futuro es siempre más problemática. Los juristas tratan el deber ser ora como una dimensión de sentido, ora como una categoría, ora como una dimensión temporal que esconde en sí la unidad de la diferencia de pasado y futuro, ora como determinación que surge de la voluntad de todos los asociados de construirse certezas para su futuro y de confiar al derecho su gestión.

Hay de verdad algo de misterioso bajo el deber ser, así como éste viene usado por los juristas. Algo que debe ser tenido escondido, que no se debe ver.

2.

Cuando en la segunda mitad del siglo XVIII el viejo orden de la sociedad manifestaba cada vez más los desechos de su construcción y el orden de la naturaleza no podía funcionar más porque la

economía, la religión, la política y la ciencia habían ya experimentado nuevos recorridos, el orden del derecho demostró su caducidad.

Los Estados territoriales debían confiar la organización de la gestión del poder a una burocracia que debía ser capaz de fungir de mediación con un público siempre más extenso y siempre más cargado de expectativas con la posibilidad que tenían los Estados de estabilizarse al exterior era siempre más ligada a la disponibilidad de consenso al propio interior. El orden de la sociedad no encontraba más correspondencia en el orden de la naturaleza porque las nuevas diferencias habían invertido las viejas certezas. Y el nuevo orden del tiempo no era más el viejo tiempo de los órdenes, sino el nuevo tiempo del movimiento, del progreso, de la contemporaneidad de lo que no era contemporáneo y que precisamente por esto podía ser transformado. Y lo no contemporáneo era condensado en modo siempre más manifiesto en el viejo orden de la naturaleza.

Los nuevos conocimientos adquiridos con los estudios sobre la humanidad de los hombre dejan ver que las diferencias se explican en base a su unicidad. El nombre que se da a estas diferencias es cultura.

El viejo saber sobre la naturaleza del poder cede el puesto a la nueva ciencia del gobierno; los nuevos tratados sobre el gobierno explican que también el poder debe hacerse aceptar y debe disciplinarse. Del mismo modo se difunden las practicas de disciplinamiento de los cuerpos, los cuales son entre ellos diferentes y su diferencia justifica el aislamiento de la enfermedad mental, el aislamiento de la fealdad, de la enfermedad física, la exclusión de las clases peligrosas.

Son estos los presupuestos de la fractura del derecho natural y de su evolución en el derecho natural racional, el cual pone a disposición sus representaciones del hombre y las nuevas ideas sobre la individualidad de los individuos. Y, en efecto, las diferencias entre los particulares individuos pueden manifestarse sólo en el carácter de su singularidad. Y porque existen singularidades peligrosas, enfermas, sanas, ricas, pobres, cultas, dotadas de gusto o de religiosidad, es necesario que cada una de ellas sea una diferente manifestación de la única humanidad. La única distinción que las atraviesa todas es aquella entre ciudadanos de estados territoriales diferentes. Pero cada ciudadano es antes de todo un individuo. Incluso si, sólo como ciudadano es un individuo.

Sobre aquella fractura se delinea el horizonte que será iluminado por la idea de los derechos del hombre y del ciudadano. Ciertamente, el perfilarse de aquel horizonte fue hecho posible por luchas, por violencias y por resistencias. Pero si el resultado fue condensado en las Declaraciones del final del siglo, esto fue hecho posible por la disponibilidad de recursos semánticos que permitieron la formulación de aquel resultado en aquella forma.

El horizonte que se abría encerraba en sí, todavía una vez más, la paradoja de la unidad de la diferencia de cognitividad y normatividad. La fractura del viejo orden dejaba ver la rudeza del viejo fundamento de la naturaleza de la naturaleza y abría al nuevo fundamento de la naturaleza de la razón. Y este fundamento, a su vez abría a nuevas formas de estabilidad. La primera fue dotada por la idea del

contrato. Un esquema típico de la economía venía utilizado para describir la forma del poder moderno que exigía el consenso, para describir el espacio y los límites del poder mismo, para dotar una colocación a los individuos. Los cuales debían ser tratados como iguales y como ciudadanos, es decir, como originarios titulares del poder de estipular el contrato, pero, naturalmente, ellos adquirirían esta titularidad sólo en cuanto eran destinatarios de las consecuencias de la estipulación del contrato.

En otros términos, no era el contrato resultado de la unión de las voluntades, sino que eran los individuos los cuales se volvían titulares de la capacidad de querer a condición de ser ciudadanos, es decir, destinatarios de la calificación que a ellos atribuía el poder que ellos en este modo hacían legítimo mediante su reconocimiento. La validez y la fuerza del contrato no surgía de ninguna otra cosa que no fuera el contrato. La individualidad de los individuos era una construcción del contrato, precisamente porque ella era resultado de la negación de las diferencias, las cuales se manifestaban todas como iguales sólo mediante su adhesión a la estipulación del contrato. Los individuos, en otras palabras podían ser diferentes sólo porque eran iguales, es decir, sólo porque constituían el presupuesto indiferenciado de la validez del contrato. En ausencia del contrato los individuos no habrían sido más individuos. Ellos son titulares de los derechos a ellos atribuidos: sólo que esta atribución viene realizada respecto de todos. Porque todos pertenecen al mismo género, que es el género humano. La diferencia entre los géneros y las especies que la ciencia moderna fue elaborando, está toda aquí, en esta filosofía de la historia.

Y en efecto, se trata de una filosofía de la historia, de una construcción del mundo que se estabiliza sobre la deconstrucción de un orden de la sociedad que no estaba más en condiciones de mantenerse.

3.

Si nosotros, sin embargo, no observamos el mundo con los ojos de esta filosofía, sino observamos esta filosofía con los ojos del mundo, veremos lo que ella impide ver. Y, en efecto, si el contrato construye los individuos como titulares del poder de estipular un contrato, el problema que se perfila de inmediato es el modo en el cual los individuos vienen tratados como relevantes. Es esta la cuestión central de esta filosofía y el motivo por el cual ella viene producida y cuidadosamente elaborada hasta nuestros días.

Los individuos son actores y destinatarios de la comunicación social. Su relevancia se construye en la comunicación social. Todos son relevantes porque cada uno de ellos participa de la comunicación social: cada uno de modo diferente, pero todos del mismo modo.

La diferencia en su participación, sin embargo, no puede ir más allá de los límites de la compatibilidad con los otros y de la aceptabilidad por parte de los otros. A estos límites es necesario dar un nombre. Y entonces, si el espacio de las diferencias puede ser indicado como *individuo*, el destinatario de la titularidad de aquel espacio, será indicado como *persona*.

Cada uno es una persona; persona generaliza las individualidades, las presenta como lo que en cada uno es socialmente determinable y disponible a la comunicación; la otra parte permanece el individuo, que en su forma abstracta, se llamará hombre. Cuando se vuelve destinatario de la atribución de cualificaciones externas, cuando le viene atribuida capacidad jurídica, el individuo se vuelve persona, se vuelve referencia de la comunicación social. Su cuerpo no es destinatario de atribuciones sociales, excepto que como requisito de la exclusión, éste es ya una cuestión privada, a decir verdad, éste viene degradado. Es ésta la otra parte de aquella identificación que se llama persona y que en la interacción social puede aparecer sólo como algo indiferenciado, porque une a todos. Sólo en su exaltación estética el cuerpo se vuelve imagen, figura, rasgo, línea. Todo el resto, comprendido el lenguaje que lo denota, está abajo, es vulgar, es escondido por la persona. Persona es la forma de la accesibilidad de cada uno a la comunicación social. Y esto en el doble significado: ***de lo que de un individuo entra en la comunicación y de esto a lo cual la comunicación accede.***

En cuanto personas todos los hombres son incluidos en la comunicación social, porque cada uno participa. Persona es la identificación, la delimitación de las posibilidades de comportamiento. En este sentido persona delimita el espacio de la inclusión de cada uno, es decir, delimita su capacidad social de actuar. Y esta delimitación es política, económica, moral, religiosa: ella no excluye ninguno, porque ninguno puede ser excluido de la sociedad; ella describe solamente el espacio que puede ser ocupado por cada uno sin que por esto deje de ser el espacio de todos. Las diferentes formas en las cuales estas delimitaciones se manifiestan son todas universalmente inclusivas y lo que antes era natural, ahora viene tratado como social, es decir, las viejas atribuciones de estatus ahora se vuelven roles que en la comunicación social figuran como posiciones sociales de los individuos tratados como personas. Persona no es un objeto particular, es la forma de una distinción entre eso a lo que la comunicación social puede conectarse y lo que debe quedar en la sombra y que, si es hecho visible, puede ser atribuido a la persona.

Podemos decir que la delimitación del espacio del comportamiento que se identifica como persona hace posible el actuar moderno porque cada uno, en cuanto persona, expone la propia disponibilidad a acceder a la comunicación a la aceptabilidad de la forma mediante la cual el otro declara la propia disponibilidad. La identificación de cada uno como persona estabiliza un actuar social que es doblemente contingente, en el sentido que su previsibilidad depende ya de complejos de expectativas de expectativas de comportamiento. La sociedad afronta y resuelve su problema fundamental del orden mediante el tratamiento de los individuos como personas. Las personas dan estabilidad a este orden, porque ellas hacen posible la institucionalización de las expectativas de comportamiento.

De este modo la comunicación social incluye a todos. También los excluidos son incluidos. Es imposible mantener la vieja política de la exclusión, aquella que había sido típica de la Edad Media. Y por esto también la exclusión viene tratada en la forma de la inclusión. Los manicomios, las casas de trabajo, los cuarteles, los hospitales son lugares de la exclusión que se justifican por su función inclusiva, terapéutica, educativa, de recuperación, o bien porque el saber de la inclusión les trata como amenazas que deben ser tenidas bajo el control de la inclusión.

El orden social adquiere caracteres nuevos. La misma idea del contrato implica esta nueva representación del orden. Los individuos, se vuelven personas mediante el contrato social haciendo manifiesta con el contrato mismo su disponibilidad a aceptar la consiguiente organización de la acción que es inmanente al contrato mismo. El orden de la sociedad reproduce el orden de las acciones: el contrato civiliza a los individuos haciéndoles personas y civiliza la acción haciéndola capaz de orientarse a la estabilización del orden social. Como los Estados territoriales pueden activar una economía política de la disponibilidad de los recursos y de su endeudamiento, así los individuos pueden organizar una economía lógica de las acciones y vincular la coherencia de su función social como personas a las pretensiones de la comunicación política, jurídica, económica. Esta coherencia obtiene particular reconocimiento en la comunicación, no ciertamente por su carácter moral, sino porque hace la acción misma objeto de expectativa y por tanto de previsión y de calculabilidad. Éxito o fracaso, aceptación o rechazo, ahora dependen de la capacidad de la acción de las personas singulares de coordinarse, orientándose a las pretensiones del específico ámbito en el cual se realiza la acción social. Y este ámbito puede ser aquel de la ciencia o de la educación, de la familia o de la economía. Cada uno de ellos dispondrá de formas propias de la selectividad de lo que funciona y de lo que no funciona, de lo que se enlaza y de lo que no se enlaza. Y cuanto más las acciones serán confiadas a estas formas diferentes de la selectividad, tanto más los particulares individuos podrán afirmar su individualidad en base al éxito o al fracaso, al reconocimiento o al rechazo de sus acciones. Este orden de la sociedad no depende más de las voluntades o de las representaciones de las particulares individualidades, no depende más de sus fines de la acción: éste ya es el orden de la comunicación social que usa las personas como su referencia, como haz de atribuciones.

4.

El correlato semántico a través del cual en el universo del derecho se sedimentan al mismo tiempo las condiciones y las garantías de este orden de la sociedad, son los ***derechos de los ciudadanos y los derechos humanos***. Ellos están implícitos en el contrato, pero vienen reflejados como consecuencias del contrato, ellos vienen tratados como vínculos del Estado territorial, incluso si son concedidos por el Estado territorial y reflejan su poder. Ellos vienen configurados como universales porque el acceso a la comunicación social debe ser universal. Ellos vienen llamados derechos humanos, pero en realidad son atribuidos o reconocidos como derechos de las personas. Y, en efecto, no es por casualidad que se dice que los hombres deben ser tratados como personas: es decir, los individuos deben ser tratados como igualmente capaces de acceder a la comunicación social, con exclusión de las diferencias, las cuales son abandonadas a la eventual singularidad de los individuos, en el siglo diecinueve se dirá: a su asociabilidad. Incluso si después esta clausura devendrá interioridad heroica o artística. Todos deben ser tratados como personas.

Estos derechos sustituyen el viejo derecho natural, y en efecto se dice que los hombres por naturaleza nacen iguales en el derecho. Ninguno puede ser excluido de la sociedad por nacimiento, así

como a ninguno puede ser impedido el acceso a la comunicación social. Y, en efecto, todavía en 1896 la Corte Suprema de los Estados Unidos, en materia de segregación racial, podía justamente afirmar la teoría: "separados, pero iguales". La igualdad, esta igualdad, permanece en cada caso, también en regímenes de segregación.

Los primeros entre los derechos que son atribuidos como fundamentales son aquellos de naturaleza patrimonial, los derechos de acceso al sistema de la economía, los cuales son conectados a la vida y a la supervivencia. Pero a ellos debe ser correlacionada la libertad y la igualdad, porque el espacio de los primeros no puede ser contenido por restricciones del espacio de los otros. Pero también porque el acceso a la economía abre el espacio a concretas desigualdades las cuales pueden ser contenidas por la disponibilidad no condicionada al acceso a otros ámbitos de la comunicación social. Una particular igualdad que produce desigualdad. Naturalmente el plano sobre el cual este tipo de atribuciones se mueve es el plano de las expectativas, las cuales, como dicen los juristas, son adscritas por una norma jurídica. La cual garantiza que la acción se efectúe sin amenazas por parte del Estado y sin constricciones. Pero al mismo tiempo se sabe que sólo el Estado puede dotar garantías contra las amenazas que pueden ser hechas a la acción de los individuos. La condición de la libertad es, en efecto, el monopolio de la fuerza por parte del Estado. Precisamente como está previsto en el contrato. Pero esta adscripción de la libertad a los individuos adquiere también otro significado. Y, en efecto, la libertad hace posible el reconocimiento de la acción mediante la imputación: cada acción debe poder ser atribuida a un individuo, a una persona la cual, precisamente por esto, debe ser tratada como libre. Este tratamiento de la acción y esta posibilidad de su imputación a la persona, es decir, al individuo en su totalidad, civiliza el derecho penal y transforma el significado de la ejecución de la pena.

Pero hay todavía otra cualidad que viene atribuida a la persona. Otras sociedades conocían el honor. Ésta era una característica exclusiva de determinados individuos en su singularidad: estaba ligada al nacimiento, a la familia, al estatus. Éste debía ser conservado mediante el actuar conforme a las expectativas o bien podía ser perdido porque el actuar violaba, precisamente, aquellas expectativas. El honor se defendía de las agresiones en el respeto de las normas que regulaban la pertenencia de estatus. Este honor permanece como un residuo antiguo y se conserva ya sólo como cualidad de individuos al interior de organizaciones que construyen la medida de la reputación en relación al respeto de rígidas normas de pertenencia.

La acción social de la sociedad moderna requiere en cambio otras formas de coherencia, otro género de caracteres del actuar del particular individuo que construye socialmente su personalidad. Se requiere coherencia en la comunicación social, en la expresión de la propia individualidad, en la autorepresentación de sí. Se trata de coherencia en el complejo de la interacción no obstante las diferencias de roles sociales, se trata de comportamientos de disponibilidad a la construcción de redes de expectativas construidas sobre la estabilidad del recíproco esperarse. Y, como acontece para la libertad, también el Estado debe respetar estos requisitos de la construcción social de la identidad personal de los

individuos. Esta consistencia de la representación social del **si** se llama dignidad. Ella sustituye la arcaica rudeza del honor.

Dignidad no es una cualidad natural del hombre y tampoco un valor y tampoco una atribución. Ella es la conciencia de la propia individualidad que el individuo puede exhibir a sí mismo y a los otros como espacio socialmente reconocido por la aceptabilidad social de su actuar. Más que intocable, la dignidad es altamente vulnerable, basta una palabra para que ella sea estropeada. Para esto ella debe ser fuertemente protegida por el Estado, pero también contra el Estado.

Si la dignidad describe las condiciones de la interna coherencia del individuo y la libertad las condiciones de la coherencia externa, la libertad de expresión y de pensamiento tienen la función de mantener abierto el espacio para orientaciones y para direcciones diferentes de la comunicación social y para la generalización de las expectativas correspondientes. La civilización de la acción requiere la simultánea civilización de las expectativas de comportamiento, porque sólo así pueden estabilizarse ámbitos dotados de sentido y diferenciados del actuar social.

Este orden social se vuelve crítico para el Estado y para la política: en los puntos críticos de alta sensibilidad operan los derechos humanos. Como ha probado en un espléndido trabajo de hace medio siglo Luhmann, ellos estabilizan la distancia necesaria entre el sistema político y aquellos procesos sociales los cuales actualizan los presupuestos de la moderna diferenciación de la sociedad.

5.

Los derechos humanos no son ni derechos superiores al derecho, ni son más humanos que el derecho. Ellos son condiciones institucionalizadas de la civilización de las posibilidades de actuar que contribuyen en modo decisivo a la estabilización de la modernidad típica de la sociedad moderna. Y lo hacen en un modo muy particular. Mientras el derecho opera como técnica de inmunización de la sociedad contra sí misma, los derechos humanos inmunizan el espacio en el cual se mantiene la diferencia entre política y derecho. Ellos, por lo tanto, inmunizan contra la política y contra el derecho en un modo paradójico: ellos mantienen la diferencia porque sólo en virtud de la diferencia se hace legítima la expectativa de transformar expectativas sociales en pretensiones políticas y éstas en expectativas jurídicamente garantizadas y de realizar todo ésto mediante la proclamación de las mismas expectativas como derecho. De este modo los derechos humanos impiden la ocupación política de la sociedad.

Por esto los derechos humanos vienen primero declarados, se asoman junto a los derechos del ciudadano y, cuanto más se extiende la incapacidad del Estado de dotar garantías de la universal simultaneidad de las divergentes direcciones del actuar de los individuos y de los grupos, tanto más ellos se diferencian de los simples derechos de los ciudadanos y se universalizan. Después ellos vienen constitucionalizados, es decir, vienen colocados expresamente al interior de aquellos programas que son las constituciones. Ellos encuentran en las constituciones una colocación que quisieramos llamar natural, porque las constituciones, en las cuales se condensa la unidad de la diferencia de política y derecho tienen

la declarada función de mantener abierta precisamente la diferencia de derecho y política y de impedir que uno interfiera en el otro o que bloquee la riqueza de la estructura.

El pensamiento jurídico moderno y contemporáneo trata los derechos humanos como valores universales, como principios que serían aplicables inmediatamente, y produce de esto modo expectativas privadas de fundamento. Porque los principios no pueden ser aplicados, así como los valores, los cuales reciben determinaciones de sentido después que la decisión ha sido tomada y tienen la función de legitimar o una o la otra de las direcciones posibles de cualquier alternativa. Su función es aquella de hacer legítimo el conflicto, no de evitarlo o de resolverlo. Basta mirar las justificaciones de las más grandes atrocidades del presente para darse cuenta de la realidad de esta afirmación.

Surgen, pues, **tres complejos de problemas**. El pensamiento jurídico contemporáneo los confunde y contribuye así a producir una peligrosa metafísica de los derechos humanos, mientras él mismo incurre en un inextricable complejo de paradojas.

El primer problema es aquel relativo al **fundamento**. El pensamiento jurídico funda los derechos humanos sobre la igualdad, o bien sobre la igual dignidad, o bien sobre la innata libertad de cada hombre. Después afirma que los hombres deben ser tratados en modo igual, como libres y dignos. Permitaseme una cita: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, dice por ejemplo el art. 1 de la Declaración universal de los derechos humanos, recordando el primer artículo de la Declaración de 1789. Por esto los derechos en los cuales ha sido afirmada la igualdad son aquellos que, garantizando las diferencias personales y reduciendo las desigualdades materiales, aseguran el (igual) valor o la (igual) dignidad de todas las personas: por un lado los derechos de libertad, o sea los derechos de cada uno a la libre expresión y al respeto de las propias identidades y diferencias; por la otra parte, los derechos sociales, o sea aquellos derechos cuya garantía sirve para reducir las desigualdades económicas asegurando a todos los mínimos vitales. En ambos casos la igualdad es correlativa a lo que asumimos como valor o dignidad de la persona: la vida, la libertad personal y las otras libertades consideradas fundamentales, la autodeterminación civil y política, la sobrevivencia. Si queremos que tales valores sean satisfechos, la técnica jurídica a tal fin idónea es su formulación normativa como derechos fundamentales*”. Aquí encontramos que los derechos humanos son racionalmente fundados sobre la naturaleza del hombre, pero pertenecen, es decir, son atribuidos a la **persona**, ellos son valores construidos en base a una filosofía de la razón, pero existen, en el sentido que son positivos; su universalidad **es** y al mismo tiempo **debe ser**, su catálogo debe ser continuamente alargado; ellos son estipulados, pero no se sabe si son estipulados por convención contractual o sólo por convenciones semántico-definitorias; y, sin embargo, en cuanto ellos son positivamente estipulados, existen y, por tanto, la ausencia de sus garantías constituye un incumplimiento del Estado -obviamente; porque ellos existen y realizan las condiciones de la igualdad y de la libertad de todos, ellos hacen posible una *democracia sustancial*. La cual existe también ella, dado que la eventual ausencia de sus modalidades de ejercicio constituye incumplimiento del Estado. Si después tienen valores y quieren que sean satisfechos, formúlenlos como derechos humanos!

¿Y saben qué cosa acaecería si el individuo, descuidando de ser persona, imaginando ser un hombre, tomara en serio estas afirmaciones y pretendiera el reconocimiento de esto respecto a lo cual el

Estado es **incumplidor**. Él tendría el final de Michael Kohlhass, el gran héroe trágico de la comedia del derecho espléndidamente relatada por Kleist: moriría de ejecución capital, feliz de haber realizado su derecho a tener derecho.

Los sostenedores de esta metafísica que con término refinado se llama *neoconstitucionalismo*, transforman condiciones generalizadas del actuar civilizado en valores, confunden la forma, es decir, la persona, con la sustancia; después excluyen la sustancia y confunden la lógica con la historia, como decía un viejo filósofo. Después intercambian las teorías con las elecciones políticas y confunden los regímenes teóricos con los regímenes políticos. Y, en efecto, si hasta ahora el imperio de los derechos humanos no se ha realizado, la responsabilidad debe ser atribuida a malas teorías, como el *positivismo*. Que probablemente debería ser prohibido, dada la responsabilidad histórica que lleva sobre las espaldas, y que llega hasta la infamia del nazismo. Estos neometafísicos sostienen que la observancia de la ley lleva a los regímenes. Una absurdidad. Ayunos de historia y sedientos de metafísica, no saben que en Wannsee el 20 de enero de 1942 habían sólo funcionarios ministeriales con las cartas que sudaban de escualidos valores que ellos trataban como universales, y que los juristas alemanes usaban construcciones de tipo iusnaturalista –basta leer para darse cuenta– que justificaban interpretaciones las cuales llevaban a sistemáticas violencias ideológicas de la corrección semántica, de la lógica y de la aceptable sensatez de la argumentación. Que es después lo que sin ideología se entiende como positivismo.

Siempre el lenguaje de los juristas de régimen y de los filósofos de régimen desborda de valores, de justicia y de metafísica. Convencidos que las teorías construyen realidad predicán el imperio de los valores como la forma que realiza la democracia sustancial: una expresión que, si no el conocimiento de la historia, al menos el pudor podría sugerir evitar. Si nos falta el socialismo real es sólo porque la metafísica de la igualdad deja intactas las desigualdades reales de las cuales obviamente los filósofos no se encargan.

El segundo complejo de problemas es aquel que más de cerca nos interesa. Manejar los derechos fundamentales significa manejar paradojas. Los juristas las esconden, incurren en otras todavía más amenazadoras y al final su mismo lenguaje, si no estéril, se vuelve amenazador también él.

Los juristas tratan los derechos humanos como derechos pre-positivos y, por tanto, precisamente por este carácter suyo, como inalienables, indisponibles, inviolables, intransigibles: ¿pero por qué, una vez que han sido formulados, deben después ser positivizados? Sólo si permanecen pre-positivos, ellos continúan siendo inalienables e inviolables e indisponibles. Su forma positiva es una especificación, una unilateralidad, una delimitación, respecto a la cual hay siempre una alternativa, porque el carácter de la universalidad es precisamente aquel de ser unidad de diferencias. ¿Y cómo se puede determinar una diferencia sin considerar las otras?

Los derechos humanos son tratados por los juristas como universales e inmediatamente válidos: ¿pero, entonces, por qué su validez se manifiesta sólo mediante su violación?

Y todavía, ¿quién delimita la extensión de la universalidad de un derecho humano? ¿Quién determina, en otros términos, el espacio de la igualdad o de la libertad como derechos humanos? ¿Quién es el observador?, decimos nosotros.

Todavía los neoconstitucionalistas dicen: los derechos humanos son *indecidibles*. Y es precisamente esta la paradoja constitutiva de los derechos humanos. Y en efecto: con esta expresión ellos entienden decir que sobre los derechos humanos no se puede decidir, que ellos no tienen alternativa. Y, para confirmar esta impresión ellos afirman que se decide en base a los derechos humanos. Y que este decidir realizaría aquellos derechos. Consideramos el pensamiento expresado en esta cita: "*La actuación constitucional, por tanto, la democratización de la sociedad y la realización de los derechos está encontrando en la magistratura un nuevo protagonista. Cambia la concepción de la interpretación jurídica: no más actividad técnica, deducción mecánica, silogística, sino elección, valoración de los intereses, referencia a valores y a principios (lato sensu políticos)*".

Heinz von Förster decía que sólo **lo que es indecible se puede decidir** (*nur über das Unentscheidbare kann entschieden werden*). Y, en efecto, sólo sobre un derecho fundamental es posible decidir, porque se trata de construir la determinación que le da sentido. Todas las otras decisiones están ya decididas. Pero el sentido, la delimitación de la igualdad, así como la determinación de la tutela, es decir, de la vivibilidad de la vida, así como el sentido, los límites, la extensión del derecho fundamental de la dignidad, su contenido, la valoración de los intereses, todo esto debe ser decidido, y puede ser decidido precisamente porque es indecible. Esto significa la referencia a valores y a principios que está proclamado en el fragmento que hemos referido.

Determinar la unidad de la diferencia de **individuo y sociedad**, esto significa decidir sobre lo que es indecible. Y esta es la ulterior paradoja que intentan esconder aquellos que manejan los derechos humanos.

6.

Sin embargo, la paradoja resurge y con violencia siempre más fuerte.

Realizar los derechos y la supremacía de la constitución; poner los derechos como fundamento del orden social; tratar los derechos como moral positiva: son fórmulas vacías de un romanticismo decadente, expresiones de una exaltación ideológica que amenaza el orden diferenciado de la sociedad moderna.

Y, en efecto, los derechos fundamentales no son determinaciones materiales de sentido, no son directivas o prescripciones para el actuar: en cuanto indecibles, ellos son condiciones de la decisión, pero la decisión puede ser sólo política, así como el derecho puede ser sólo derecho del Estado y debe poder ser éste mismo objeto de transformación. Los derechos fundamentales no son determinaciones de sentido, pero permiten observar las especificaciones de sentido del derecho mediante la indiferenciada semántica que les hace universales. Los derechos fundamentales no producen orden de la sociedad, sino que contribuyen al mantenimiento del orden de la diferenciación de la sociedad moderna y a determinar los límites que surgen de la diferenciación de los sistemas sociales y de sus recíprocas dependencias. No hay una positivización de un principio universal. Hay decisiones políticas que son determinaciones positivas de

sentido, las cuales contienen una alternativa posible entre aquellas que se consideran incluidas en la universalidad de sentido del principio.

El problema de la juridificación de los derechos fundamentales, entonces adquiere un significado completamente diferente de aquel pretendido por los románticos de los valores.

El orden de la diferenciación de la sociedad moderna se caracteriza por la universal inclusión de todos en la comunicación social. Cada sistema incluye de modo diferente, es decir, atribuye diferente relevancia a los particulares individuos. La relevancia que viene atribuida es relativa al modo en el cual cada uno es **tratado como persona**. Ahora bien, en la construcción de la relevancia de los particulares individuos este orden es capaz de producir y de tolerar grandiosas diferencias, es decir, insuperables desigualdades en la distribución de las posibilidades reales del acceso a los bienes públicos.

De esto modo el entero orden social es atravesado por una fractura, por una separación, es decir, es atravesado por una distinción universal que es la **diferencia entre inclusión y exclusión**. Y nosotros sabemos que en la exclusión se producen interdependencias que llevan a una amplificación destructiva de la violencia de la exclusión. Cuanto más se extiende la inclusión, tanto más incumbe, amenazadora, la exclusión y tanto más aquella incumbencia se vuelve trágica realidad.

Quien tiene escasas posibilidades de acceso a la formación, tiene todavía más escasas posibilidades de acceso al trabajo; quien no tienen formación, no accede a la información y quien no accede a la información no está en grado de dar consenso conciente; quien vive de su trabajo, se vuelve víctima de las políticas de rigor hechas necesarias por la especulación; la extracomunitaria que trabaja clandestinamente, porque legalmente no encontraría trabajo, arriesga la expulsión y si viene expulsada, pierde la dignidad; quien es reducido al hambre, mientras antes tenía un trabajo, no tiene más dignidad ni a los ojos de los otros, ni a los ojos de sí mismo. Los inmigrantes que llegan a Italia de los países de África, son encerrados en cárceles por hombres libres e inculpables; si después mueren en el mar porque los cacharos que les transportan se hunden, una vez que sean repescados, son números sin nombre.

Y todavía: el enredo entre economías locales y finanza internacional ha producido volúmenes grandiosos de endeudamiento y ha extendido de modo indefinible la pobreza: quien pierde el trabajo, es igual sólo a aquellos que no tienen trabajo; y si no hay trabajo, no sirve la participación democrática, porque en todo caso se ha perdido la libertad. La financiarización de la economía ha producido una incontrolable expansión de la pobreza y un incontrolable incremento de la riqueza para un número siempre más limitado de individuos. La mayor parte de los individuos vive en la exclusión: y en la exclusión queda el cuerpo privado de la individualidad de la persona.

Y todavía: también nuestro saber está en la exclusión. Nosotros construimos la realidad mediante nuestro no saber. Nuestro acceso al saber está filtrado por una cantidad incontrolable de selecciones de sentido, respecto a las cuales nuestro poder de selección está absolutamente excluido. Esto significa que accedemos a la realidad construida en otro lugar. Hablamos lenguas de otros y consideramos que nosotros somos los titulares de los significados que producimos. Esta autoexclusión un tiempo se llamaba cosificación. Y, por tanto, también aquí, objetos, cuerpos sin significado propio.

Y todavía: la segunda mitad del siglo pasado ha vivido de la certeza que democratización de la política, positivización del derecho, conocimiento científico se habrían igual y rápidamente difundido en el mundo y se habrían adquirido niveles más altos de desarrollo, como se decía. Después, sin embargo, el orden del mundo manifestó su estructura tribal como orden internacional y se ve que al interior de los Estados operaban formas de la diferenciación muy diferentes de aquellas que se habían afirmado en occidente, no obstante si sistemas sociales como la economía, la ciencia habían alcanzado niveles universales de diferenciación. La paz y la democracia fueron confiadas a la guerra. Las consecuencias están bajos los ojos de todos: lo que realmente se ha universalizado es la violencia de la exclusión, su inmediatez, su brutal visibilidad.

Y ya que en la exclusión los individuos son constreñidos a una más fuerte integración, se estabilizan redes de la inclusión de los excluidos, que generalmente tienen carácter criminal, los excluidos son visibles como *el otro*, viven en los barrios marginados de las ciudades, se unen en barrios fuera de las ciudades, son espacialmente identificables. Son de otro color, de otra religión, son diferencias visibles como cuerpos.

Parece que la sociedad sea ocupada por cuerpos. Todavía una vez. Como era al final del viejo mundo, cuando la modernidad todavía no se había ni siquiera perfilado.

Cuerpos: cuerpos eventrados en guerra, cuerpos hechos pedazos por los enfrentamientos étnicos, cuerpos consumidos por los gases, por las armas químicas, cuerpos de inmigrantes, cuerpos de clandestinos muertos y de clandestinos vivos, la única verdadera diferencia, vidas desnudas y muertes desnudas.

Parece que la sociedad se orienta, una vez más a los cuerpos. Y ya que los cuerpos son fácilmente identificables, hay muchos, se puede elegir como se quiere: como la fuerza de trabajo, cuando la oferta es así de alta, también la vida vale siempre menos. En Nápoles, matar cuesta doscientos/trecientos euros. En Ciudad Juárez cuesta todavía menos. En Irak es gratis.

Reemergen los cuerpos: fuerza física, violencia, inmediatez de las necesidades, disponibilidad a la agresión, miedo por la propia vida. Todavía y siempre los cuerpos, sin presente, sin futuro.

Reemerge siempre la paradoja ***de la unidad de la diferencia de individuo y sociedad***.

Como Fabiano, el protagonista del relato de Graciliano Ramos, que *precisava chegar, não sabia onde*, también la sociedad moderna se mueve, debe correr, debe llegar, pero no sabe a dónde.

Puede que una vez más, en la historia de la sociedad moderna, tal vez, los derechos humanos puedan contribuir a tratar los cuerpos como personas.

SOBRE EL DERECHO HUMANO AL AGUA Y LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES VIS-A-VIS LAS OBLIGACIONES ERGA OMNES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Por Javier Echaide

RESUMEN

En el año 2000 la Comisión de Derecho Internacional (CDI) incluyó dentro de sus temas de trabajo los "riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional". En el año 2006 se presentó un completo informe a la CDI, como resultado abordando lo que se conoce como la fragmentación del Derecho Internacional Público.

A medida que el derecho internacional fue desarrollándose progresivamente se evidenció una tendencia hacia especializarse en un número cada vez más creciente de temas, hasta poner en riesgo su homogeneidad como rama jurídica y potenciar una posible fragmentación. Esta tendencia se ha marcado a raíz de nuevos temas que han colocado al derecho internacional en un delicado punto entre sub-áreas del derecho internacional y derechos completamente autónomos de él.

En este trabajo abordamos esta problemática en relación con dos sub-ramas del derecho internacional como son el derecho de las inversiones y los derechos humanos aplicadas al agua potable.

PALABRAS CLAVES

Derecho internacional - derechos humanos – CIADI – TBI - tratados de inversión - CDI.

ABOUT HUMAN RIGHT TO WATER AND THE FRAGMENTATION OF INTERNATIONAL LAW: THE INTERNATIONAL INVESTMENT PROTECTION VIS-A-VIS HUMAN RIGHTS AS ERGA OMNES OBLIGATIONS

By Javier Echaide

ABSTRACT

In 2000 the International Law Commission (ILC) included within their work issues the “risks arising from the fragmentation of international law”. In the year 2006 the ILC published a full report as a result addressing what is known as the fragmentation of public international law.

As international law developed gradually evidenced a trend towards specializing in an increasingly growing number of issues to jeopardize their homogeneity as legal branch and enhance potential fragmentation. This trend has been marked as a result of new topics that placed international law in a delicate spot between sub-areas of international law and completely independent of it.

In this paper we address this problem on two sub-branches of international law such as the right investment and human rights applied to drinking water.

KEY WORDS

International law - human rights - ICSID - BIT - investment treaties - ILC.

SOBRE EL DERECHO HUMANO AL AGUA Y LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES VIS-A-VIS LAS OBLIGACIONES ERGA OMNES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Por Javier Echaide*

Introducción

En el año 2000 la Comisión de Derecho Internacional (CDI) incluyó dentro de sus temas de trabajo los “riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional”. La Asamblea General de la ONU solicitó al año siguiente que continuara con su investigación y en 2002 formó un Grupo de Estudio presidido por el Prof. Bruno Simma.

En el año 2006 el Grupo de Estudio, ahora presidido por el Prof. Martti Koskeniemi, presentó un completo informe a la CDI, como resultado de su trabajo encomendado tres años antes. Dicho informe aborda lo que se conoce como la fragmentación del Derecho internacional público, y tituló su informe con el nombre correspondiente al tema agregado por la CDI en 2002 dentro de su plan de trabajo a largo plazo: “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”.¹

El derecho internacional es una rama dentro de la ciencia jurídica que nació básicamente con pocos asuntos centrales sobre los cuales preocuparse: los conflictos armados –que para el nacimiento del derecho internacional clásico esto se identificaba plenamente con los actos de guerra-, el aprovechamiento del mar como ámbito estratégico de despliegue de los intereses de los Estados y de particulares, y la diplomacia como forma de relacionarse con Estados políticamente aliados o con aquellos con los cuales resultaba desventajoso guerrear. Con el devenir del tiempo el derecho internacional profundizó las áreas mencionadas, así como dando nacimiento a nuevos temas bajo su órbita.

* Doctor en Derecho. Universidad de Buenos Aires. Título de la Tesis Doctoral: “El derecho humano al agua potable y los tratados de protección recíproca de inversiones”. Docente de Derecho Internacional Público en la UBA y en la UNLZ. Investigador UBA. Miembro adscripto del Instituto de investigaciones Ambrosio Gioja. Autor de publicaciones en su especialidad.

¹ CDI, Informe “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, 2006. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/80/PDF/G0661080.pdf?OpenElement> (consultado en agosto 2012).

A medida que el derecho internacional fue desarrollándose progresivamente se evidenció una tendencia hacia especializarse en un número cada vez más creciente de temas, hasta poner en riesgo su homogeneidad como rama jurídica y potenciar una posible fragmentación. Esta tendencia, sagazmente detectada hace más de cincuenta años por el jurista británico y Director General de la OIT, Wilfred Jenks, ha sido cada vez más marcada durante las últimas décadas, por cuanto han surgido temas tan específicos en su regulación desde el derecho internacional que ha colocado al derecho internacional público en un delicado punto entre detentar sub-áreas de investigación y regulación o reconocer ámbitos de derechos completamente autónomos del derecho internacional general.

Precisamente, la CDI dedicó parte de sus estudios a este problema creciente del derecho internacional, problema que abordamos en este trabajo tomando la posible relación entre dos sub-ramas del derecho internacional: el derecho internacional de las inversiones –básicamente nucleados en tratados bilaterales de inversiones (TBI) y en los laudos emitidos por los tribunales arbitrales del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)- y el derecho internacional de los derechos humanos, ambas aplicadas a un recurso natural elemental como es el agua potable.

El fenómeno de la fragmentación en el derecho internacional

En sus 294 hojas, el informe realiza un estudio pormenorizado sobre la fragmentación como fenómeno y sus antecedentes, el concepto de la armonización como forma de integración sistémica del derecho internacional, los posibles conflictos entre ley especial y ley general, el regionalismo, los regímenes autónomos (*self-contained regimes*), la relación de éstos con el derecho general en circunstancias normales, las relaciones de importancia entre el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el resto de las normas internacionales como conflicto de normas, y el principio de integración sistémica, entre otras cuestiones.

Así es cómo en sus primeras páginas ya refleja la preocupación cada vez mayor por parte de la comunidad internacional y con directa relación a lo que recién comentábamos:

“Lo que antes aparecía regido por el "derecho internacional general", se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especialistas tales como el "derecho mercantil", el "derecho de los derechos humanos", el "derecho ambiental", el "derecho del mar", el "derecho europeo" e incluso conocimientos tan exóticos y sumamente especializados como el "derecho de las inversiones" o el "derecho internacional de los refugiados", etc. cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones. El problema, a juicio de los juristas, es que esa legislación y creación de instituciones especializadas tiende a producirse con relativa ignorancia de las actividades legislativas e institucionales en los campos adyacentes de los principios y prácticas generales del derecho

internacional. El resultado son conflictos entre normas o sistemas de normas, prácticas institucionales desviadas y quizá la pérdida de una perspectiva general del derecho."²

En este sentido es que se han encontrado críticas a dicha fragmentación que enfocan el tema desde un problema "natural" devenido del desarrollo del propio derecho internacional hasta una posible consecuencia no deseada que causa una erosión del derecho internacional público, la aparición de jurisprudencia contradictoria y la pérdida de seguridad jurídica.³ A ello se le agrega la aparición de tipos nuevos y especiales de derecho, los denominados "regímenes autónomos" o *self-contained regimes*, además de tratados restringidos a regiones geográficas, lo cual crea problemas funcionales en cuanto a una posible coherencia en derecho internacional.

Cada sub-área del derecho internacional ha surgido producto de problemas generales concretos que se han ido desarrollando y un andamiaje jurídico más acabado, muchas veces generando a su vez ámbitos institucionales propios para su aplicación. Sin embargo, la contrapartida ha sido que esta fragmentación no ha creado diálogo entre estas sub-áreas, sino más bien lo contrario. El desarrollo de los "regímenes autónomos" muchas veces ha ocurrido de manera aislada respecto de otros regímenes o, mismo, del derecho internacional general. Cada régimen ha avanzado de acuerdo a lógicas propias sin crear "puentes" que comuniquen su desarrollo con otras áreas del derecho internacional, a punto tal de estar a riesgo de que ciertos regímenes autónomos se manejen con reglas propias completamente desentendidas de otras áreas del derecho internacional, ya que cada régimen posee objetivos propios y muchas veces con direcciones diferentes, cuando no contradictorias.

La tentación es precisamente la de crear regímenes plenamente autónomos cuando es posible hallar normas que puedan apartarse del derecho internacional general, a fin de ajustarse a las nuevas necesidades de sectores sociales concretos. Pero distinto es cuando la comunidad internacional encuentra temas cuya relevancia es tan trascendente que merece un desarrollo pormenorizado o un orden de preferencia diferente de algunas normas, de aquella situación en la que sectores interesados ven ventajas individuales en partir la coherencia del derecho internacional a fin de crear sub-áreas que respondan a sus

² Ibidem, pág. 12.

³ Eric Loquin & Catherine Kessedjian (editores), *La mondialisation du droit* (París: Litec, 2000); y Paul Schiff Berman, *The Globalization of International Law* (Aldershot: Ashgate, 2005). La actividad de las organizaciones tradicionales se examina en la obra de José Álvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford: Oxford University Press, 2005). Diferentes perspectivas de la legislación distinta de los tratados se presentan también en la obra de Rüdiger Wolfrum & Volker Röben (editores), *Developments of International Law in Treaty-making* (Berlín: Springer, 2005), págs. 417 a 586 y Ronnie Lipschutz & Cathleen Vogel, "Regulation for the Rest of Us? Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation", en R. R. Hall & T. J. Bierstaker, *The Emergence of Private Authority in Global Governance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002) págs. 115 a 140. "Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing together the Puzzle", *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), págs. 679 a 993; Andreas Zimmermann & Reiner Hoffmann, con la colaboración de Hanna Goeters, *Unity and Diversity of International Law* (Berlín: Duncker & Humblot, 2006); Karel Wellens & Rosario Huesa Vinaixa (editores), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international* (Bruselas: Bruylant, 2006, de próxima publicación). Un enérgico alegato a favor de la unidad figura en: Pierre Marie Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique internationale. Cours général de droit international public", *Recueil des Cours.*, vol. 297 (2002). Para más referencias, véase Martti Koskenniemi & Päivi Leino, "Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?" *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002), págs. 553 a 579.

necesidades de manera más eficiente muchas veces, o más cómoda en otras. Esta frecuencia para apartarse de las normas generales del derecho internacional es un riesgo ya no posible sino bien palpable en nuestros días.⁴

Entendemos que es preciso allanar dichas contradicciones evidenciando casos problemáticos que plasmen esta bifurcación entre especialidades y abonen en pos de conservar una coherencia del derecho internacional dentro de la disciplina jurídica. De lo contrario se estaría avalando un principio de incompatibilidad favoreciendo uno u otro régimen según la perspectiva que tome quien esté analizando tal situación: no es posible entender que una obligación internacional puede cumplirse si dejamos de incumplir otra obligación internacional emanada de otra norma jurídica que se encuentra a la par de la primera. El derecho internacional debe estar listo para identificar esos casos de incompatibilidad, de modo que puedan crearse esos diálogos entre regímenes fragmentados. De lo contrario, la erosión del derecho internacional general será una cuestión de poco tiempo.

Un orden de prioridades

A la vez que ocurre el fenómeno de la fragmentación, el derecho internacional debe identificar normas de un orden de preferencia mayor de modo de poder establecer prioridades al momento de comparar normas.⁵ Aun cuando ambas normas en conflicto no posean una jerarquía determinada, el conflicto deberá resolverse en cada caso puesto que según el criterio establecido por la CDI en su informe no siempre es posible aplicar el principio general de "ley posterior deroga ley anterior", debido a que la clasificación de las normas en cada uno de estos regímenes dificulta poder establecer si nos encontramos o no frente a normas "de la misma materia" que puedan ser comparables.⁶

¿Pero qué ocurre cuando a esta fragmentación se le suma el hecho de que los regímenes poseen obligaciones de diferente prioridad entre los distintos grupos normativos? ¿Puede la especialidad de una norma contraponerse a obligaciones que resultan prioritarias para el orden internacional? ¿Qué tan absoluta puede ser la autonomía de los regímenes? ¿Es aplicable el principio de la *lex superior* aún entre distintos regímenes autónomos? Estas son preguntas que deseamos dejar planteadas para el caso que nos planteamos en este trabajo.

Para el Prof. Pedro Nikken, el derecho internacional posee su técnica para resolver conflictos entre normas de tres maneras: 1) Por su jerarquía, donde la regla del *jus cogens* prevalece sobre el resto de las normas; 2) por su especificidad, la *lex specialis* prevalece sobre las reglas en general; y 3) por su temporalidad, donde la *lex posteriori* prevalece sobre la ley anterior en el mismo tema.⁷

El informe de la CDI presenta tres tipos de conflictos entre normas, a saber: a) Los conflictos entre la ley general y una interpretación particular y poco ortodoxa de la normativa general; b) Los

⁴ CDI, Op. Cit., 2006: 15.

⁵ Ibidem, pág. 190.

⁶ Ibidem, págs. 18-21.

conflictos entre la ley general y una norma particular que pretende ser una excepción a la ley general, y c) Los conflictos entre dos tipos de normas especiales. El tercero de estos ejemplos es a lo que nos referíamos cuando mencionábamos la dificultad existente en entrecruzar normas de dos regímenes autónomos cuando ambos son ejemplos de *lex specialis* y que no son fácilmente identificables frente a casos concretos. Por ejemplo: uno de los argumentos planteados por la Argentina ante el Tribunal del CIADI que atendió el caso de Aguas Argentinas (ARB/03/19) y de Aguas Provinciales de Santa Fe (ARB/03/17), fue que el actuar del Estado argentino contra las concesiones de las empresas privadas se debía a que resultaba una prioridad para el Estado asegurar el servicio de agua potable y saneamiento en una forma continua y en calidades y cantidades acordes con los estándares de dignidad a los que la Argentina se había obligado internacionalmente en distintos tratados de derechos humanos y que para la República Argentina son normas de valor jurídico similar a la de la propia Constitución Nacional desde 1994, año de la reforma de dicha Carta Magna. El Tribunal del CIADI constituido para ambos casos no consideró la cuestión de los derechos humanos mas que para permitir la presentación de organismos no gubernamentales bajo la figura de *amicus curiae*. A pesar de ello, en los laudos de fondo, la conexión realizada por el Tribunal entre los casos planteados y su implicancia respecto de cuestiones relativas a los derechos humanos posiblemente afectados tuvo poco alcance. Éste era un claro ejemplo de cómo podían colisionar dos regímenes autónomos entre sí: el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos. Pero el análisis sobre este especial punto no tuvo mayores avances en el desarrollo de los laudos emitidos por el Tribunal que atendió ambos casos, y decidió abocarse a la protección de la propiedad de las inversiones ajustándose a la *rationae materiae* de un régimen específico de los mencionados: el derecho de las inversiones, dejando de lado toda otra norma. Por ende, es posible decir que el Tribunal haya optado por abrazar el régimen de inversiones en abandono de todo otro tipo de normativa internacional, incluso las obligaciones *erga omnes* en materia de derechos humanos.

La propia CDI advirtió que “*el principio lex posterior derogat legi priori (la ley posterior deroga la ley anterior) y puede ser compensado por jerarquías normativas u opiniones informales sobre la "pertinencia" o la "importancia"*,”⁸ incluso haciendo referencia al Art. 55 del Proyecto sobre responsabilidad internacional del Estado por los hechos internacionalmente ilícitos⁹, en donde la norma general se aplica supletoriamente a las normas especiales que pudiera regular una situación o tema determinado. Pero también reconoce que “*por supuesto, esa facultad no puede ser ilimitada: las normas derogatorias deben tener como mínimo el mismo rango que las derogadas.*”¹⁰ Y este es un punto central, ya que las obligaciones que surgen de normas del derecho internacional de los derechos humanos no son jerárquicamente iguales a las obligaciones que surgen del derecho internacional de las inversiones. Obligan colectivamente a la comunidad jurídica internacional y por ello son de carácter *erga omnes*. En palabras de Hans Kelsen:

⁷ Nikken, Pedro, 2009: 267.

⁸ Ibidem, pág. 38.

⁹ Dicho artículo dice: “*Artículo 55 – Lex specialis: Los presentes artículos no se aplicarán al caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional.*”

“El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados, (...). Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las [normas] más importantes se expresa con la fórmula pacta sunt servanda, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, (...). El derecho internacional convencional y el derecho internacional general de origen consuetudinario no son sistemas coordinados, ya que el primero tiene su fundamento en una norma del segundo, y le está, por lo tanto, subordinado.”¹¹

Aunque no surge claramente un reconocimiento por parte del trabajo de la CDI de esta relación de jerarquía entre las obligaciones *erga omnes* y el resto de las normas del derecho internacional público, el razonamiento del filósofo austríaco apunta a establecer un orden entre las obligaciones colectivas por sobre las establecidas particularmente entre los sujetos del derecho internacional.

Ello no obsta que un incumplimiento por parte del Estado sea excusable frente al riesgo de incumplir con otra obligación: si el Estado decide asumir voluntariamente dos obligaciones, debe cumplir con ambas. Pero existen advertencias en cuanto a una sobre-diversificación del derecho internacional por cuanto pueden generar una disparidad de normas que provoquen regímenes jurídicos independientes, aislados unos con otros y que, con ello, se provoquen desarrollos normativos en direcciones distintas e incluso contrapuestas. Sobre ello, resulta interesante el planteo realizado por la CDI en cuanto a que parece difícil imaginar cómo pueden los Estados apartarse de la responsabilidad que les cabe el cumplimiento de las obligaciones *erga omnes* para cumplir con las exigencias de determinado *self-contained regime*.

El principio general es que la ley especial derogue, complete o remplace a la ley general. Sin embargo, este principio no opera en todos los casos. Una de las excepciones es cuando, precisamente, nos hallamos frente a normas de una jerarquía superior a la ley especial: *“La mayor parte del derecho internacional general y puede derogarse mediante lex specialis. Sin embargo, a veces la ley general prohíbe expresamente cualquier desviación o esa prohibición deriva de la naturaleza de la ley general.”* Uno de estos casos excepcionales es frente a *“la posibilidad de que la prohibición de derogar se deduzca de cualquier otro modo de los términos de la norma general (por*

¹⁰ CDI, Op. Cit., 2006: 41.

¹¹ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 2008: 159.

*ejemplo, su naturaleza "integral" o "interdependiente", su carácter erga omnes, o la existencia de una práctica posterior que haya creado una expectativa de no derogación)."*¹²

La CDI define como régimen autónomo en tres acepciones. Un primer sentido –estricto- identifica al concepto para señalar un conjunto especial de normas secundarias en virtud del derecho de la responsabilidad del Estado que tiene primacía sobre las normas generales relativas a las consecuencias de una violación. Un segundo sentido –más amplio- utiliza este término para referirse a conjuntos interrelacionados de normas primarias y secundarias, a las que a menudo se llama "sistemas" o "subsistemas" de normas que abordan un problema particular de una manera diferente a las normas del derecho general,¹³ y un tercer sentido entendiendo a un régimen autónomo como aquel que tiene predominantemente efectos mediante el ofrecimiento de directrices de interpretación y orientaciones que, de alguna manera, se apartan de las normas del derecho general.¹⁴

Sin embargo, ningún régimen jurídico es totalmente autónomo en sentido de encontrarse totalmente aislado del derecho internacional general. La CDI ha entendido que resulte poco probable que tal aislamiento sea incluso posible y que, habiendo reconocido la existencia de "régimenes autónomos", "subsistemas", etc., nunca se asumió que éstos estuvieran herméticamente aislados del derecho internacional general.¹⁵ Por lo tanto, creemos que es correcto decir que los *self-contained regimes* deben adecuarse al menos a una esfera más amplia que es el derecho internacional público genérico.

Siguiendo esta misma línea, reviste de importancia destacar la cuestión de la jerarquía de normas, que ya esbozamos. A diferencia del derecho interno, el derecho internacional público no se encuentra estructurado, en principio, por jerarquías normativas ya que las mismas son producto de una comunidad internacional con una conciencia del carácter de "horizontal" de su sistema jurídico.¹⁶ Tampoco existe orden de prelación entre las fuentes principales de esta rama jurídica, enunciada en el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Por ende, tratados, costumbre internacional y principio generales de derecho interno ampliamente reconocidos por las "naciones civilizadas", se hallan en pie de igualdad unas con otras y no hay una graduación valorativa entre ellas ni una preferencia entre las normas jurídicas internacionales.

Sin embargo, ello no significa que no exista, de plano, ninguna forma de valoración y jerarquía de normas u obligaciones internacionales. Tal valoración se halla contemplada en el Art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas cuando dice:

"Art. 103: En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta."

¹² Ibidem, pág. 65-66.

¹³ Ibidem, pág. 75-76.

¹⁴ Ibidem, pág. 78.

¹⁵ Ibidem, pág. 114.

¹⁶ Ibidem, pág. 190.

Tal es el caso de las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* del derecho internacional.

Según la CDI, el Art. 103 no dice que ante un conflicto de normas sea la Carta la que prevalece, sino *las obligaciones impuestas* por la Carta, lo cual no hace a la invalidez de la norma enfrentada con las obligaciones surgidas de la Carta de San Francisco sino a una razón de establecer prioridades. En este sentido, ambas obligaciones permanecen, pero una de ellas posee una prioridad mayor dada por su jerarquía normativa.

Precisamente, la idea sobre ciertas normas de rango jurídico superior respecto de otras surge a partir de los ordenamientos jurídicos internos por parte de los Estados. Todos ellos poseen, de una forma u otra, normas sobre las que recae una importancia mayor en comparación con el universo de normas jurídicas del ordenamiento interno que estamos analizando. Sea por principio general de derecho, sea por un rango constitucional, sea por un valor religioso, estas normas se entienden como *fundamentales* del ordenamiento interno y, por ende, no cuestionables por leyes de carácter común.

Hay, entonces, una categoría normativa sobre la cual no se puede aplicar ningún tipo de derogación debido a su carácter de fundamental, y en el derecho internacional estas normas son conocidas como el *jus cogens* internacional al que hace referencia el Art. 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del año 1969, como una *norma imperativa del derecho internacional general*.

Más allá del marco teórico que se sostenga (sea esta positivista, iusnaturalista, voluntarista, etc.), la evolución de la noción de *jus cogens* en derecho internacional también ha estado influenciada por los derechos internos que prevén la nulidad de acuerdos que contraríen el orden público o los objetivos de las políticas públicas.

La diferencia entre las normas de *jus cogens* respecto de las obligaciones referidas en el Art. 103 de la Carta radica precisamente en la validez de las normas que contrarían estos órdenes: mientras que las obligaciones que contraríen la Carta se mantienen pero en un orden de prioridad menor, aquellas que van en contra de las normas imperativas del derecho internacional son directamente nulas de nulidad absoluta y por ende no válidas ni admisibles dentro del derecho internacional público.

Otra distinción diferente a las obligaciones de la Carta del Art. 103 y a las normas *jus cogens*, son las obligaciones *erga omnes*. Si bien estas obligaciones no constituyen claramente una "jerarquía superior" –al estilo del *jus cogens* por ejemplo–, estas obligaciones resultan designar ámbitos de aplicación del derecho en tanto obliga a la comunidad internacional en su conjunto, es decir a todos los Estados más allá de su adhesión formal y expresa a la obligación en términos positivos mediante la ratificación de un tratado, por ejemplo, así como también pueden ser invocadas por cualquier Estado en cuanto a la responsabilidad que pueda caberle al Estado infractor de este tipo de obligaciones. Y si bien el valor de este tipo de obligaciones todavía resulta ser un debate inconcluso por parte de la doctrina internacional, la idea de la aplicación de ciertas obligaciones que resultan ser oponibles *a todas* es una práctica arraigada dentro del derecho internacional,¹⁷ por cuanto no puede negarse su existencia.

Las obligaciones *erga omnes* y su vinculación con la protección de las inversiones

Fue el caso “Barcelona Traction”, el que por primera vez en el derecho internacional adoptó la denominación de *erga omnes* a ciertas obligaciones de los Estados que van más de obligaciones recíprocas entre Estados, sino que constituyen en obligaciones que se asumen frente a toda la comunidad de Estados y que por su carácter fundamental y la importancia de los derechos involucrados incumben a todos los Estados el velar por los intereses jurídicos protegidos por tales obligaciones.¹⁸ Se trata de obligaciones relativas a normas secundarias, no a normas primarias.

Pero es un criterio ampliamente aceptado la capacidad de invocación que este tipo de normas posee dentro del derecho internacional general, a diferencia de otro tipo de obligaciones cuya capacidad de reclamo solo pueden ser invocadas por el/los Estado/s damnificado/s. Este criterio fue incluso receptado en la Res. 56/83 de la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Art. 48.

“Artículo 48

Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado

1. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si:

- a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o*
- b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.”*

La mayoría de las obligaciones *erga omnes* provienen del campo del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, ámbitos en donde –precisamente– los Estados no generan obligaciones en forma bilateral sino que se encuentran dirigidas a toda la comunidad de Estados en general y a todos los ciudadanos de la comunidad internacional. En este tipo de obligaciones el Estado asume una responsabilidad de respetar los derechos humanos independientemente de cómo se estén comportando otros Estados.

Allí es donde radica la importancia de las obligaciones *erga omnes*: poseen una exigibilidad de carácter general –es decir a toda la generalidad de Estados–, basándose en la presunción de que el acto que pudiera violarlas atentan contra ciertos valores o intereses “de todos” o, en la terminología del asunto “Barcelona Traction”, de la “comunidad internacional en su conjunto”, es decir aquellas obligaciones en cuyo cumplimiento cada Estado tiene un interés jurídico¹⁹ y que, por lo tanto, resultan exigibles en todo momento sin que puedan existir momentos en donde estas obligaciones puedan suspenderse o quedar

¹⁷ Ibidem, págs. 221-222.

¹⁸ Ibidem, pág. 225.

¹⁹ Ibidem, págs. 228, 234-235.

eximidas, pues el Estado se obliga a cumplirlas en todo momento, sin que se admitan normas de suspensión de estos derechos.²⁰

Ello no significa que las obligaciones *erga omnes* (multilaterales, no recíprocas, basadas en valores comunes y por ende exigibles sin excepciones) sean a su vez normas *jus cogens* (imperativas e inderogables). Mientras estas últimas se centran en su carácter de inderogabilidad y oponibilidad frente a cualquier otra norma, las primeras se centran en no en su validez sino en el interés jurídico protegido que además concierne a toda la comunidad internacional. Y es en este sentido que pocas dudas pueden haber respecto a que las obligaciones *erga omnes* puedan ser equiparadas al resto de las obligaciones que sí son contraídas en base a una reciprocidad, como pueden ser el compromiso mutuo por vía convencional de la protección de las inversiones extranjeras en un Estado, puesto que protegen un bien jurídico esencial del derecho internacional público como es el respeto a los derechos humanos.²¹

Está claro que esta protección no necesariamente afecta a las obligaciones *erga omnes*, por lo que vale hacer una distinción. Pero sí hay ciertas áreas que, por el tipo de obligaciones que acarrearán o de sectores que involucran, se vinculan directamente o que –en palabras de los laudos del CIADI de Aguas Argentinas y Aguas Provinciales de Santa Fe sobre el *amicus curiae* presentado- “podrían plantear una amplia gama de cuestiones complejas en materia de derecho público e internacional, incluidas consideraciones relativas a derechos humanos.”²²

La CDI concluye en su informe que “Aunque no hay una única serie fija de relaciones jerárquicas entre las normas, los principios y las obligaciones de derecho internacional, esto no significa que no existan relaciones de superioridad e inferioridad, sino que las que hay, no pueden determinarse de una manera abstracta, independientemente de los contextos en que se invoquen algunas normas (reglas, principios) frente a consideraciones contrapuestas.” y que las formas más habituales para tratar dichas jerarquías en el derecho internacional es en términos de normas de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes*.²³ La fragmentación es, para la CDI, un aspecto de la mundialización, con la que se generan redes de cooperación especializadas técnicamente y que poseen un alcance global, pero que también son difíciles de regular por medio del derecho internacional tradicional,²⁴ motivo por el cual se necesita de ámbitos jurídicos especializados aun cuando ello fragmente al derecho internacional.

Más allá de estas cuestiones, la CDI concluyó dos grandes puntos con su estudio:

a) Que la aparición de los regímenes autónomos no ha socavado gravemente la seguridad jurídica, la previsibilidad o la igualdad de los sujetos del derecho internacional. Precisamente, las técnicas de *lex specialis* y los acuerdos *inter se*, así como la posición superior conferida a las normas imperativas y a la noción de obligaciones *erga omnes*, ofrecen un repertorio

²⁰ Entrevista a Mónica Pinto, 27/06/2011.

²¹ La CDI incluso ha comparado al bloque de normas *jus cogens* y de obligaciones *erga omnes* del derecho internacional con las normas de orden público de los derechos internos de los Estados, aplicando en forma análoga las categorías de las primeras con estas últimas (CDI, Op. Cit., 2006: 230).

²² CIADI, Op. Cit., 2005: 9-10, párr. 19. CIADI, Op. Cit., 2006: 8-9, párr. 18.

²³ CDI, Op. Cit., 2006: 236.

²⁴ Ibidem, págs. 228, 281.

técnico básico que permite responder de manera flexible a los problemas más sustantivos de la fragmentación.

b) Que no se dispone en realidad de un *metasistema* homogéneo jerárquico que pueda eliminar estos problemas. El derecho internacional deberá operar en un ámbito en que la exigencia por una coherencia y un pluralismo razonable apunten en direcciones distintas y habrá que prestar cada vez más atención a la colisión de normas y regímenes para tratar dichas colisiones.²⁵

De esta forma, resaltamos el criterio de la CDI que sostuvo la importancia que revisten las obligaciones *erga omnes* como *método* para resolver posibles conflictos entre normas o regímenes de normas. Si bien no es posible tomar al derecho internacional como un sistema único y homogéneo (un *metasistema*), sí debe buscarse permanentemente una pluralidad de regulaciones que no afecten por ello ni la especialidad de cada régimen como tampoco la dispersión de normas ni la conservación de una coherencia dentro del derecho internacional. Así, es preciso mantener una fuerte atención sobre los casos de colisión de normas como ejemplos en donde pueda resaltar la tensión interne existente entre los distintos regímenes del derecho internacional, para poder resolver estas cuestiones y reducir los riesgos que conllevan la fragmentación revisando las interpretaciones de los tratados desde una perspectiva constitucional en conformidad con los principios de justicia y las obligaciones de derechos humanos asumidas por los Estados.²⁶

Cada una de estas sub-ramas tiende a desarrollar sus propias normas y sistemas de normas. En ciertas oportunidades no es necesario un entrecruzamiento entre ellas ya que pueden regular aspectos muy distintos del derecho internacional, pero en otras ocasiones tal entrecruzamiento sí se requiere, de modo de poder lograr una coordinación entre sub-sistemas normativos y no provocar que lo que hasta hoy es una fragmentación del derecho internacional acabe siendo una ruptura completa de áreas de especialización que terminen siendo incongruentes entre sí y hasta opuestas.

Tal coordinación entre sistemas de normas no es sencilla, pero es posible mediante la adopción de formas de conducta o soluciones uniformes por parte de los principales actores intervinientes, o incluso mediante la armonización de las normas y reglamentos que pudieran ser contradictorios. Y para trabajar sobre dicha armonización el entrecruzamiento normativo es no solo posible, son que es deseable y además necesario.²⁷ De ese modo el sistema logra coherencia y evita la dispersión.

Para ello, es preciso entender a la jerarquía de normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* como método para la resolución de conflictos entre normas, sin ánimo de unificar a todos los regímenes dentro del derecho internacional en un cuerpo unificado, conservando la especialidad de cada uno de ellos, pero preservando la coherencia del sistema de modo de poder responder con flexibilidad a los

²⁵ Arredondo, Ricardo, Op. Cit., 2012: 19.

²⁶ Petersmann, Op. Cit., 2009: 4.

²⁷ Reiner y Schreuer, Op. Cit., 2009: 82.

problemas más importantes de la fragmentación, como puede ser la posible colisión entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos para el caso del agua potable y saneamiento.

[El derecho humano al agua como problema jurídico a resolver]

El argumento general para justificar la existencia del derecho internacional de las inversiones – nucleado básicamente en el conjunto de TBI así como en los laudos del CIADI- es que el mismo permite lograr una previsibilidad propicia para fomentar un clima de inversiones para el sector privado. Ello necesariamente dependería, según esta formulación, de la celebración de tratados que protejan dichas inversiones extranjeras así como un sistema de solución de controversias que sea favorable a dicha protección, fortaleciendo de este modo el *rule of law* y dotando de seguridad jurídica y previsibilidad para la realización de negocios a nivel internacional.

Sin embargo, este argumento general no se da, al menos en casos en donde se esté actuando sobre sectores económicos que tengan vinculación con el derecho internacional de los derechos humanos, como es el caso de servicios públicos básicos como el de agua potable y el saneamiento. Un razonamiento en la lógica inicialmente argumentada indica que, para obtener previsibilidad jurídica en materia de inversiones en el sector de distribución de agua y saneamiento, es que resulta necesario celebrar TBIs que protejan las inversiones privadas y habiliten una prórroga de la jurisdicción nacional en favor del CIADI como mecanismo de solución de diferencias. Ello ocasiona un caso más de fragmentación del derecho internacional en forma separada de otras áreas como lo es el derecho internacional de los derechos humanos, obteniéndose además regímenes paralelos que dictan normas que afectan al sector del agua potable y saneamiento sin que las mismas logren un entrecruzamiento. En consecuencia, los Estados evitan ejercer una regulación en dichas áreas para no ser demandados por las empresas privadas prestatarias del servicio por sentirse afectadas en sus intereses como inversionistas con la nueva regulación. Este efecto, definido por Juan Pablo Bohoslavsky (CEPAL) como “enfriamiento regulatorio”²⁸, impide la realización de mayores y mejores regulaciones de los servicios públicos por parte del Estado restringiendo así el ejercicio de su poder de policía respecto de la elaboración de políticas públicas. En el caso del agua potable y saneamiento como servicio básico indispensable, este enfriamiento regulatorio puede afectar la realización de derechos humanos tal cual han sido reconocidos en la Resolución 64/292 de la Asamblea General de la ONU (2010), la Resolución 15/9 (2010) y 16/2 (2011) del Consejo de Derechos Humanos de la ONU –todas ellas que remiten al agua potable y saneamiento como derecho humano-, las Observaciones Nro. 14 (2000) y 15 (2002) del Comité de Derechos

²⁸ Bohoslavsky, Juan Pablo (2010a): “¿Qué es lo que pueden hacer los países cuando actúan bajo la mirada de los TBIs?”, en Saulino, Florencia, *Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de servicios públicos* (CEPAL, Santiago de Chile, 2010). Bohoslavsky, Juan Pablo (2010b): “Presentación”, en Saulino, Florencia, *Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de servicios públicos* (CEPAL, Santiago de Chile, 2010). Bohoslavsky,

Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), como también del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), vigente desde 1966, en sus Arts. 1, 2, 4, 5, 11, 12, 24 y 25.²⁹

Ese enfriamiento regulatorio en algunos casos puede beneficiar en el corto plazo a las inversiones realizadas en el sector, pero erosionan los derechos humanos reconocidos –tanto *soft law* como *hard law*– y, por ende, causar perjuicios a la sociedad. A ello se suma que el desarrollo del derecho de las inversiones y de los derechos humanos en forma paralela cause una inflación de normas jurídicas que afectan los mismos bienes jurídicos aunque desde perspectivas totalmente diferentes y con miradas muchas veces contrapuestas.

A su vez, el hecho de que los Estados se inhiban de regular servicios públicos como el de agua potable por temor a ser demandados internacionalmente hace que el régimen de protección de inversiones tenga consecuencias mucho más coactivas que el régimen de protección de los derechos humanos en cuanto a las obligaciones de hacer (ej: realizar acciones tendientes a elevar el nivel de vida de la población como aspecto en general, y extender la red de distribución de agua potable y desagües cloacales, en lo particular). Ello refleja una asimetría normativa en favor del primero respecto del último de estos regímenes.

Así, con la erosión de los derechos humanos, la fragmentación del derecho internacional, la inflación normativa y la asimetría jurídica no se logra una aplicación más eficaz del derecho como *sistema* normativo sino todo lo contrario: una proliferación de normas que no respetan un orden jerárquico y produce desbalances entre bienes jurídicos protegidos que se ven afectados en un mismo caso pero que son tratados en ámbitos jurídicos distintos debido a la mencionada fragmentación. Con este desbalance resalta la eficacia de ciertos regímenes sobre otros, fortaleciendo sub-ramas jurídicas que ocupan un orden

Juan Pablo (2010c): *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)* (CEPAL, 2010 Santiago de Chile.).

²⁹ El Art. 11 del PIDESC, en su parte pertinente, establece: “1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a **un nivel de vida adecuado** para sí y para su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a **una mejora conjunta de las condiciones de existencia**. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, (...)”. Por su parte, el Art. 12 dice: “1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona **al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental**. (...)” Las Observaciones Generales Nro. 14 y 15 del CDESC han tratado la cuestión relativa del derecho al agua potable y su relación con el derecho a la salud (Art. 12) y el derecho a un nivel de vida adecuado (Art. 11). Por su parte, el Art. 1 del PIDESC establece que: “2. (...) En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios **medios de subsistencia** (...)”. El Art. 2 del mismo tratado comprometa a los Estados Partes a “(...) adoptar medidas, (...) para **lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos**. (...)”. El Art. 4 dice que: “Los Estados Partes en el presente pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, **sólo en la medida compatible con la naturaleza de estos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática**.” El Art. 5 determina que: “1. Ninguna disposición del presente pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado (...) para (...) **realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos liberales reconocidos en el pacto o a su limitación** en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.” Por último, el Art. 24 establece: “Ninguna disposición del presente pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas (...)”, lo cual hace juego con el Art. 103 de la Carta de la ONU, mientras que el Art. 25 del PIDESC dice que: “Ninguna disposición del presente pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y **recursos naturales**.”. Los resaltados son siempre nuestros.

de prioridades evidentemente menor que las áreas jurídicas afectadas por tal asimetría. Con ello se produce un debilitamiento del imperio del derecho (*rule of law*) dado que se compromete el orden de prioridades de las normas jurídicas establecidas en el derecho internacional, con lo que se evidencia una distancia no menor entre el objetivo pretendido y el resultado obtenido.

De proseguir con el actual modo de regulación, nos encontraremos, por un lado, con un tipo de derecho instituido en acuerdos internacionales especializados en materia del agua, congruentes con los derechos humanos, y que consagran al agua como un bien social, pero que no obstante ello su aplicación no es directamente vinculante (caso de las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU) y que bien dependen de la voluntad de los Estados en su ratificación, o se trata también de instrumentos internacionales que pasan a tener un nivel de cumplimiento medianamente laxo (*soft law*). Del lado opuesto, nos encontraremos con un conjunto de normas internacionales que conforman un bloque jurídico mercantil, una *lex mercatoria*, con organismos especializados en materia de comercio e inversiones, que promueven la apertura de mercados, liberalización de inversiones, con sus propios mecanismos de solución de disputas y sus tribunales arbitrales que garantizan la seguridad jurídica para los actores interesados, pero con una profunda raíz antidemocrática en su proceso de toma de decisiones, y que sin embargo no por ello cuestiona el alto nivel de acatamiento por parte de los Estados involucrados, sobre todo por parte de los países en desarrollo.³⁰

Esta fuerte disparidad enseña lo que podemos llamar una asimetría normativa a favor de la *lex mercatoria*, que muestra también la fuerte evolución de un derecho comercial global frente a un posible –y peligroso– estancamiento del derecho internacional público y de los derechos humanos.³¹

Tal como sostiene el Prof. Ernst-Ulrich Petersmann:

*“La dinámica todavía fragmentada del derecho de las inversiones, los derechos humanos, el derecho económico internacional puede llevar a una interpretación más coherente en áreas cada vez más importantes del derecho internacional en la medida en que los jueces y cortes cooperen y en respeto de los derechos humanos y la igualdad soberana de los Estados que deben proteger la legítima diversidad entre ciudadanos y políticas democráticas.”*³²

Para Petersmann puede haber una tendencia a disminuir la fragmentación gracias a los laudos y sentencias de cortes siempre que usen principios comunes de procedimiento pero que también promuevan una coherencia mutua, una interpretación de estándares de protección legal acordados

³⁰ Hernández Zubizarreta, Juan, “¿Lex mercatoria o derechos humanos? Los sistemas de control de las empresas transnacionales”, en *El negocio de la responsabilidad. Crítica a la Responsabilidad Social Corporativa de las empresas transnacionales*, 2009a: 14-15.

³¹ Hernández Zubizarreta, Juan, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, 2009b: 665, 667.

³² Petersmann, Ernst-Ulrich, “Introduction and Summary: ‘Administration of Justice’ in International Investment Law and Adjudication?”, en Dupuy, PM.; Fracioni F. & Petersmann, EU.: *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 2009: 12.

internacionalmente sobre regulación, expropiación y sobre los mecanismos de solución de disputas. Él entiende que cada vez más tribunales arbitrales demandan que las reglas en inversiones deberían constituirse en conformidad con las obligaciones de cada Estado dentro de organismos como la OMC. Ello quizás implique la búsqueda de una posible resignificación de dicho organismo que ayude a sacar del cono de sombras en el que se encuentran sus negociaciones –la Ronda de Doha-, iniciadas hace doce años y convertidas en la ronda de negociaciones más larga de la que se tenga memoria.

A pesar de la falta de una estructura centralizada, las cortes internacionales tienen la posibilidad y los métodos para poder hacer una interpretación sistémica y aplicar principios generales de derecho conforme al Art. 38 del Estatuto de la CIJ, como también hacer interpretaciones constitucionales.³³

Pero también existen dificultades que sortear todavía, algunas de las cuales son producto de cómo fue armado el régimen de protección de inversiones: con un CIADI con tribunales *ad hoc* que no obstante citan jurisprudencia entre sí y laudan análogamente.

Conclusión

Hans Kelsen definía ya en la década de 1940 que dentro del derecho internacional la mayoría de las obligaciones se establecen por medio del consentimiento de cada Estado en adherir o no a dicha obligación. Es lo que conocemos como derecho internacional particular en oposición al derecho internacional general o común.³⁴ Exceptuando que nos encontremos frente a, por ejemplo, una costumbre internacional –en donde incluso el Estado podrá haber expresado su disconformidad en forma repetida y sistemática (figura del objetor persistente) buscando que dicha costumbre internacional en formación no le resulte oponible-, las obligaciones internacionales surgen en base a una relación de reciprocidad en la cual dos o más Estados deciden obligarse mutuamente. De este modo, la mayor parte de las obligaciones internacionales surgen a partir de un principio de descentralización estático³⁵ por el cual son relativamente pocas las obligaciones dentro del derecho internacional creado por la propia comunidad y no a partir del compromiso de los Estados en forma individual.

El problema es si cabe la posibilidad de encontrar normas formadas a partir de la voluntad de la comunidad internacional –y no de la voluntad particular de los Estados- que puedan ser “elegibles”. En este sentido, tanto el *jus cogens* como las obligaciones *erga omnes* no pueden ser normas que resultan “optativas” para los Estados miembros de la comunidad internacional, pues es, en términos kelsenianos, esta comunidad jurídica la interesada y responsable colectivamente de velar por la plena vigencia de estos derechos.³⁶ Por lo tanto, al ser los tratados de protección de inversiones parte del derecho internacional público, le resultan aplicables todo el conjunto de obligaciones *erga omnes* como las normas de derechos humanos.

³³ Ibidem, pág. 13.

³⁴ Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, 1943: 53.

³⁵ Kelsen, Hans, *La paz por medio del derecho*, 1946: 75-78, 48-54.

Tal vez, estamos arribando a un punto en el que es preciso definir entre una estructura fragmentada *ad hoc* y TBIs bilaterales o si suscribimos definitivamente a este "sistema" de inversiones dentro del derecho internacional y en conformidad con el *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* existentes. No se trata de "optar" por una estructura jurídica internacional fragmentada o centralizada, pues no es posible una "opción": más allá de las fuerzas por centralizar esta rama del derecho, la fragmentación y la descentralización son ya características intrínsecas del derecho internacional público. El problema que se presenta es conjugar un sub-sistema como el régimen internacional de las inversiones con obligaciones *erga omnes* como los derechos humanos. Y ello resulta un desafío en tanto y en cuanto se han desarrollado regímenes jurídicos diferentes, con distintos alcances y múltiples velocidades en su desarrollo. Ello provoca que algunas de las resoluciones emanadas de estos regímenes aparezcan como contradictorias.³⁶

Tal cuestión plantea el dilema de decidir por comenzar a ordenar el derecho internacional desde algunos casos puntuales en donde se detecten entrecruzamientos problemáticos y evitar así que, por su gran fragmentación, algunos sub-sistemas acaben desarrollando mayores y más efectivas obligaciones que aquellos sub-sistemas que resultan prioritarios –como los derechos humanos– por el tipo de obligaciones que involucran. El objetivo es evitar desbalances entre los distintos *self-contained regimes* y la asimetría normativa que ello implica, a fin de focalizar un desarrollo progresivo equilibrado del derecho internacional, entre las normas de protección de inversiones y los derechos humanos.

Cabe al Estado el deber de garantizar una adecuada regulación para que queden dispuestas las reglas antes que las inversiones se radiquen. Pero estas advertencias se producen tardíamente, pues los procesos de apertura y privatización fueron incentivados de manera previa a estas posibles regulaciones. En consecuencia, el dilema deriva en que es el Estado siempre el que acarrea con los costos sociales de cualquiera de las dos opciones: por regular afectando las inversiones o privatizar sin regulaciones suficientes, y en tal sentido les cabe asumir la responsabilidad política de haber avanzado con la celebración de contratos de concesiones sin contar con las regulaciones adecuadas para ello. Pero también cabe la responsabilidad correspondiente a las organizaciones internacionales involucradas activamente en la promoción de ciertos proyectos privatizadores.

Es por ello que, si el dilema es entre "derecho al agua" versus "derecho del inversor", el CIADI no ha de ser un foro adecuado para dirimirlo, dado que como mecanismo de solución de controversias no ofrece un tratamiento equilibrado para resolver controversias que involucren derechos humanos fundamentales como el acceso al agua potable y saneamiento, a menos que sea posible aplicar una capacidad procesal pasiva hacia personas jurídicas a nivel internacional frente a las cortes regionales de derechos humanos –algo improbable en el corto plazo–.

Con ello se hace clara la necesidad de reconocer plenamente el derecho internacional de las inversiones como parte del derecho internacional público y encuadrarlo dentro de los parámetros de las normas *jus cogens* y obligaciones *erga omnes* como son los derechos humanos.

³⁶ Kelsen, Op. Cit., 1943: 125-126.

³⁷ Thielbörger, Op. Cit., 2009: 491.

En definitiva, la asimetría jurídica y la fragmentación del derecho afectan el *rule of law* y con ello se afecta a su vez la previsibilidad del sistema jurídico y la seguridad jurídica. De este modo, un sistema imprevisible amenaza tanto los derechos humanos como a los derechos de propiedad por igual, quizás no en el corto plazo pero sí más adelante ya que ello afectará socialmente a los habitantes en términos de tarifas más altas, derechos humanos erosionados, aumentos de impuestos, demandas internacionales contra los Estados, y mayores reclamos sociales.

Por ende, es posible un aumento de los reclamos por parte de la sociedad civil contra el Estado como blanco de demandas para solucionar el déficit que se encuentra en la eficacia del derecho ambiental o en el suministro de servicios públicos esenciales, y ello incumbe a los distintos poderes del Estado – Ejecutivo, Legislativo y Judicial.³⁸ Pero también se torna previsible un incremento de reclamos hacia organismos como el CIADI y el régimen internacional de inversiones en tanto afecten los derechos sociales, generen una asimetría normativa y atenten contra la previsibilidad y la seguridad jurídica en el largo plazo, volviendo aquellas promesas del sistema en su propia contra como deudas incumplidas.

Sería interesante entonces no postergar la resolución de este tipo de divergencias entre normas, sino comenzar por una búsqueda hacia la sistematización, una coherencia, coordinación y cooperación entre el derecho de las inversiones y los derechos humanos, a fin de llegar a una instancia superadora que plasme reglas de juego claras, estables y duraderas en respeto del *rule of law*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACIJ y FIVAS (2008): *Un juego desigual. La defensa de los derechos humanos en los tribunales arbitrales del Banco Mundial*. Disponible en: <http://www.fivas.org/fivas/vedlegg/ESPA%D1OL-online-version.pdf> (consultado en septiembre 2012).
- ÁLVAREZ, José (2005): *International Organizations as Law-Makers* (Oxford, Oxford University Press, 2005).
- BANCO MUNDIAL (1993): *Water Resources Management* (BIRD / BM, Washington, 1993).
- BOHOSLAVSKY, Juan Pablo (2010a): “¿Qué es lo que pueden hacer los países cuando actúan bajo la mirada de los TBIs?”, en Saulino, Florencia, *Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de servicios públicos* (CEPAL, Santiago de Chile, 2010).
- BOHOSLAVSKY, Juan Pablo (2010b): “Presentación”, en Saulino, Florencia, *Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de servicios públicos* (CEPAL, Santiago de Chile, 2010).
- BOHOSLAVSKY, Juan Pablo (2010c): *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)* (CEPAL, 2010 Santiago de Chile.).

³⁸ Razzaque, Jona, “Public participation in water governance”, en Dellapenna, Joseph y Gupta, Joyeeta, 2009: 355.

- CAPALDO, Griselda (2011): "Gobernabilidad ambiental y eficacia del derecho: dos magnitudes del desarrollo sustentable", en Capaldo, Griselda (ed.): *Gobernanza y Manejo Sustentable del Agua – Governance and Sustainable Management of Water* (Mnemosyne, Buenos Aires, 2011).
- Caso "Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A.c/ República Argentina" (caso CIADI Nro. ARB/03/19), CIADI, 2005, 2006, 2007.
- Caso "Aguas del Tunari S.A. c/ Bolivia" (caso CIADI Nro. ARB/02/3), CIADI, 2000 y 2005.
- Caso "Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c/ República Argentina" (caso CIADI Nro. ARB/03/17), CIADI, 2006, 2007.
- Caso "Azurix Corp. c/ República Argentina" (caso CIADI Nro. ARB/01/12), CIADI, 2003, 2006, 2007, 2009.
- Caso "Barcelona Traction" Light & Power Company Ltd., CII, 1964 y 1970.
- Caso "Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania", CIADI, 2006, 2008.
- Caso "Compañía Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Générale des Eaux c/ República Argentina" (caso CIADI Nro. ARB/97/3), CIADI, 2000 y 2002.
- CIADI (2013): Carga de casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2013-1) (CIADI, Washington, 2013).
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006): Informe "Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional", 2006. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/80/PDF/G0661080.pdf?OpenElement> (consultado en agosto 2012).
- CONVENIO DE WASHINGTON (1965). CIADI, Washington, 2006. Disponible en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf (consultado en mayo 2010).
- CORTI, Aristides H (2005): "Acerca de la inmunidad del Estado frente a los tribunales arbitrales y judiciales extranjeros (CIADI y otros)", en *Revista Realidad Económica* Nro. 211 (IADE, Buenos Aires, 2005).
- DELLAPENNA, Joseph (2009): "The market alternative", en Dellapenna, Joseph y Gupta, Joyeeta: *The evolution of the law and politics of water* (Springer, Villanova & Amsterdam, 2009).
- DELLAPENNA, Joseph y GUPTA, Joyeeta (2009): "The evolution of global water law", en DELLAPENNA, Joseph y GUPTA, Joyeeta: *The evolution of the law and politics of water* (Springer, Villanova & Amsterdam, 2009).
- DUPUY, Piere-Mary; FRANCONI, Francesco y PETERSMANN, Ernst-Ulrich (2009): *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Oxford University, Nueva York, 2009).
- DUPUY, Pierre Marie (2002): "L'unité de l'ordre juridique internationale. Cours général de droit international public", *Recueil des Cours*, vol. 297 (2002).

- ECHAIDE, Javier (2012): *El derecho humano al agua y los tratados de protección recíproca de inversiones (Tesis Doctoral)*, Facultad de Derecho – UBA, Buenos Aires (mimeo).
- ECHAIDE, Javier y ARREDONDO, Ricardo (2012): “La protección de los nacionales en el extranjero”, en Arredondo, Ricardo (dir.) *Manual de Derecho internacional público* (Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012).
- ECOSOC (2000): Observación General 14 al Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Disponible en: <http://wfrt.info/humanrts/gencomm/epcomm14s.htm> (consultado en septiembre 2011).
- ECOSOC (2002): Observación General 15 al Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Disponible en: http://www.escribnet.org/resources_more/resources_more_show.htm?doc_id=428718&parent_id=425976 (consultado en septiembre 2011).
- ECOSOC (2005): Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos humanos sobre el derecho al agua potable y al saneamiento. Disponible en: http://www.worldwaterforum5.org/fileadmin/wwc/Programs/Right_to_Water/Pdf_doct/Guidelines_Spanish.pdf (consultado en septiembre 2011).
- García, Aniza (2008): *El derecho humano al agua* (Trotta, Madrid, 2008).
- HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan (2009b): *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa* (Hegoa – Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009).
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. (2011): *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos* (Siglo XXI, Buenos Aires, 2011).
- KELSEN, Hans (1943): *Derecho y paz en las relaciones internacionales* (FCE, México, 1943).
- KELSEN, Hans (1946): *La paz por medio del derecho* (Losada, Buenos Aires, 1946).
- KELSEN, Hans (2008): *Teoría Pura del Derecho* (Eudeba, Buenos Aires, 1943).
- KELSEN, Hans (2010): *Principios del derecho internacional* (Unijuí, Ijuí, 2010).
- KOSKENNIEMI, Martti & LEINO, Päivi (2002): “Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?” *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002).
- LIPSCHUTZ, Ronnie & VOGEL, Cathleen (1999): “Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing together the Puzzle”, *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999).
- LIPSCHUTZ, Ronnie & VOGEL, Cathleen (2002): “Regulation for the Rest of Us? Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation”, en Hall, R. R. & BIERSTAKER, T. J., *The Emergence of Private Authority in Global Governance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002).
- LOQUIN, Eric & KESSEDJIAN, Catherine (2000): *La mondialisation du droit* (Litec, París, 2000).
- MORELLI RUBIO, Ricardo (2012): “La protección de las inversiones extranjeras”, en Arredondo, Ricardo (dir.) *Manual de Derecho internacional público* (Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012).

- NIKKEN, Pedro (2009): "Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights", en Dupuy, P.M. et al., *Human rights in international investment law and arbitration* (Oxford University Press, Oxford, 2009).
- NOWAK, Manfred (2009): *Introducción al Régimen Internacional de los Derechos humanos* (Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires, 2009).
- ONU (1948): Declaración Universal de los Derechos humanos. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (consultado en septiembre 2010).
- ONU (1962): Resolución 1803 (XVII) de Asamblea General "Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales". Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/recursos.htm> (consultado en enero 2012).
- ONU (2003): Informe del Alto Comisionado de ONU para los Derechos humanos "Los derechos humanos, el comercio y las inversiones" (E/CN.4/Sub.2/2003/9) (Nueva York, 2 de julio de 2003). Disponible en: [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/a3d33f6eeff5892dc1256d7b002eeae3/\\$FILE/G0314846.pdf](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/a3d33f6eeff5892dc1256d7b002eeae3/$FILE/G0314846.pdf) (consultado en enero 2010).
- ONU (2010a): Resolución 64/292 de Asamblea General "El Derecho Humano al Agua y Saneamiento". Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/479/38/PDF/N0947938.pdf?OpenElement> (consultado en septiembre 2011).
- ONU (2010b): Resolución 15/9 del Consejo de Derechos humanos "Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento". Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/droi/dv/201/201101/20110124_301resonwater15-9_es.pdf (consultado en septiembre 2011).
- ONU (2011a): Resolución 16/2 del Consejo de Derechos humanos "El derecho humano al agua potable y el saneamiento". Disponible en: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4dc1084e2> (consultado en septiembre 2011).
- ONU (2011b): Resolución 17/4 del Consejo de Derechos humanos "Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas". Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/74/PDF/G1114474.pdf?OpenElement> (consultado en septiembre 2012).
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich (2009): "Introduction and Summary: 'Administration of Justice' in International Investment Law and Adjudication?", en Dupuy, PM.; Fracioni F. & Petersmann, EU.: *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Oxford University Press, Oxford, 2009).
- PINTO, Mónica (2009): "Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización. Un comentario", en Pinto, Mónica (comp.): *Las Fuentes del Derecho Internacional en la era de la Globalización* (Eudeba, Buenos Aires, 2009).

- PINTO, Mónica (2010): "Presentación", en Saulino, Florencia, *Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de servicios públicos* (CEPAL, Santiago de Chile, 2010).
- PIPAN, Anita (2006): *Los derechos humanos y la OMC* (Ciudad Argentina, Buenos Aires y Madrid, 2006).
- RAZZAQUE, Jona, "Public participation in water governance", en Dellapenna, Joseph y Gupta, Joyeeta, *The evolution of the law and politics of water* (Springer, Villanova & Amsterdam, 2009).
- ROSATTI, Horacio (2010): "La inconsistencia del CIADI como régimen jurisdiccional internacional: reflexiones a partir del caso argentino", en Saulino, Florencia, *Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de servicios públicos* (CEPAL, Santiago de Chile, 2010).
- SCHIFF BERMAN, Paul (2005): *The Globalization of International Law* (Ashgate, Aldershot, 2005).
- SOLANES, Miguel (2011): "Riesgos para el interés público: acuerdos de inversión, agua y sus servicios", en Capaldo, Griselda (ed.): *Gobernanza y Manejo Sustentable del Agua – Governance and Sustainable Management of Water* (Mnemosyne, Buenos Aires, 2011).
- SOLANES, Miguel y GONZÁLEZ-VILLARREAL, Fernando (2006): "Los Principios de Dublín Reflejados en una Evaluación Comparativa de Ordenamientos Institucionales y Legales para una Gestión Integrada del Agua" (Global Water Partnership – TAC Background Papers N°3). Disponible en: <http://www.bvsde.paho.org/bvsarg/e/fulltext/dublin1/dublin.pdf> (consultado en febrero 2012).
- TEMPONE, Rubén Eduardo (2003): *Protección de inversiones extranjeras* (Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003).
- THIELBÖRGER, Pierre (2009): "The human right to water versus investors rights: Double-dilemma or pseudo-conflict?", en Dupuy, Pierre-Marie; Francioni, Francesco & Petersmann, Ernst-Ulrich: *Human rights in international investment law and arbitration* (Oxford University Press, Oxford, 2009).
- TURYN, Alejandro (2009): "Comentarios sobre las fuentes del Derecho Internacional en la protección de inversiones extranjeras", en Pinto, Mónica (comp.): *Las Fuentes del Derecho Internacional en la era de la Globalización* (Eudeba, Buenos Aires, 2009).
- UNCTAD (2009): *El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo* (Nueva York y Ginebra, ONU).
- WELLENS, Karel & HUESA Vinaixa, Rosario (2006): *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international* (Bruylant, Bruselas, 2006).
- WOLFRUM, Rüdiger & RÖBEN, Volker (2005): *Developments of International Law in Treaty-making* (Springer, Berlín: 2005).
- ZIMMERMANN, Andreas; HOFFMANN, Reiner; GOETERS, Hanna (2006): *Unity and Diversity of International Law* (Berlín: Duncker & Humblot, 2006).