

Ab

Revista de Abogacía

Nuevas políticas migratorias como medidas de política criminal. Análisis de casos

Breves consideraciones en torno a la restitución internacional de niños

La educación religiosa en escuelas públicas de Salta: consecuencias pedagógicas

Libertad de expresión en Internet. La responsabilidad de los “Buscadores”

La prórroga de jurisdicción mediante Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones bajo la luz del derecho constitucional

Civilizadores, peligrosos, iguales. Representaciones estatales del inmigrante: un abordaje desde el derecho público

El disciplinamiento de la opinión pública en la conformación del Estado moderno argentino

“La razón más importante para dar clases es lograr que los alumnos no se conviertan en aquellos que hoy cometen barbaridades desde el Derecho como analfabetos jurídicos”

Ab

Índice

Un segundo número a la altura de las expectativas Diego Duquelsky y Martín Cormick	5
Nuevas políticas migratorias como medidas de política criminal. Análisis de casos María Virginia Barreyro	7
Breves consideraciones en torno a la restitución internacional de niños Ana Zacur	13
La educación religiosa en escuelas públicas de Salta: consecuencias pedagógicas Laura Pitman	25
Libertad de expresión en Internet. La responsabilidad de los “Buscadores” Demián Ernesto Iglesias Seifert	37
La prórroga de jurisdicción mediante Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones bajo la luz del derecho constitucional Juan Erbin	47
Civilizadores, peligrosos, iguales. Representaciones estatales del inmigrante: un abordaje desde el derecho público Gonzalo S. Kodelia	63
El disciplinamiento de la opinión pública en la conformación del Estado moderno argentino Marcelo Adrián Torres	83
“La razón más importante para dar clases es lograr que los alumnos no se conviertan en aquellos que hoy cometen barbaridades desde el Derecho como analfabetos jurídicos” Reportaje a Elizabeth Gómez Alcorta	93

Ab-Revista de Abogacía

Año II | N° 2 | mayo de 2018

© 2018, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina

© 2018, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISSN: 2545-8485



Rector: **Federico Thea**

Vicerrector: **Héctor Hugo Trincherro**

Secretario General: **Darío Exequiel Kusinsky**

Director General de Gestión de la Información y

Sistema de Bibliotecas: **Horacio Moreno**

Jefa de Departamento Editorial: **Bárbara Poey Sowerby**

Diseño, arte y maquetación integral: **Jorge Otermin**

staff

Director y Editor responsable: **Diego Duquelsky**

Coordinador editorial: **Martín Cormick**

Redacción: **Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales**

Publicación electrónica - distribución gratuita



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc) Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Las opiniones expresadas en los artículos firmados son de los autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de esta publicación ni de la Universidad Nacional de José C. Paz.

Un segundo número a la altura de las expectativas



Diego Duquelsky y Martín Cormick***

En 2017, cuando comenzamos a diseñar el primer número de la revista *Ab*, de la carrera de Derecho de nuestra Universidad de José C. Paz, nos propusimos varios objetivos: a) que la revista fuera de calidad; b) que permitiera ser un espacio para difundir ideas u opiniones que no siempre tienen lugar en las revistas tradicionales de difusión de derechos; c) que lograra ser un canal para que docentes de la casa pudieran expresarse y publicar, posibilitando, incluso, pensar esos textos para el diseño de programas, charlas, otras publicaciones, etc.

El primer ejemplar satisfizo nuestras expectativas, pero siempre quedaba la duda respecto de si habíamos agotado todos los cartuchos en ese volumen o si tendríamos resto para mantener el nivel. Y la verdad es que la producción del segundo número nos llena de satisfacción y colma nuestras expectativas. Especialmente porque, en mayor medida, se logra algo que en el primer número no se había dado, que es contar con numerosos docentes de la casa.

* Director de *Ab. Revista de Abogacía* y profesor titular de Introducción al Derecho (UNPAZ).

** Coordinador editorial de *Ab. Revista de Abogacía*. Docente de Derecho Constitucional (Universidad Nacional de Avellaneda), Derecho Constitucional y Administrativo (Universidad Nacional de Moreno) y posgrado (Escuela de Abogados del Estado).

El tema migraciones, tan presente en la actualidad a partir de reformas normativas y la aplicación de nuevas políticas restrictivas en la materia, ha mostrado interés en dos artículos. Barreyro se enfoca en casos puntuales donde se cercenan derechos a los migrantes, en tanto Kodelia repasa la historia de los migrantes desde la sanción de la Constitución de 1853 hasta nuestros días. Zacur nos habla del proceso de restitución internacional de niños, con sus garantías, pruebas, etc. Pitman, sobre la educación religiosa en la provincia de Salta; tema que ha llegado a la Corte en el fallo ADC y la Universidad ha sido parte como *amicus curiae*. Iglesias Seifert, en el marco del Fallo “Belen Rodríguez c/ Google”, nos permite reflexionar sobre la libertad de expresión y la responsabilidad de los buscadores. Torres bucea sobre el rol de las asociaciones civiles en la política de principio de siglo pasado y, finalmente, Erbin nos muestra un tema de actualidad como lo es el alcance de los Tratados Bilaterales, la Prórroga de Jurisdicción y los reparos constitucionales que merecen.

Salvo el caso de Barreyro, todos los demás artículos pertenecen a docentes y directivos de la casa, con el orgullo que ello nos genera. Orgullo en sentido doble, no solo por su pertenencia institucional, sino por la calidad de sus trabajos.

Párrafo aparte merece la interesantísima entrevista a Elizabeth Gómez Alcorta, que refleja cómo es posible ser un profesional altamente calificado y al mismo tiempo comprometido con los sectores más desventajados de la sociedad.

En síntesis, un segundo número –nuevamente– a la altura de nuestras expectativas y que cumple una vez más con los objetivos y sueños planteados hace ya más de un año.

Nuevas políticas migratorias como medidas de política criminal. Análisis de casos



María Virginia Barreyro*

1. Introducción

Nuestro país, en su composición étnico-cultural, reúne un entramado de pueblos originarios e inmigrantes, estos últimos llegados en diversas épocas y desde diversas latitudes, pero en todos los casos movidos por la esperanza de una vida mejor para sí mismos y su posteridad.

Coherente con sus orígenes y devenir, nuestra Constitución consagró en el siglo XIX y para el futuro de la *Nación* que

los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano y pueden ejercer su industria, comercio y profesión, poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos, navegar los ríos y costas, ejercer libremente su culto, testar y casarse conforme a las leyes.¹

Forma parte de un cierto estado de la cuestión que la legislación en materia migratoria tiene como principal finalidad de asegurar estándares mínimos de protección de derechos de personas migrantes. En esa lógica, el 3 de mayo de 2010 fue sancionada en nuestro país la Ley N° 25871.

* Abogada Penalista, Maestranda en Antropología Social.

¹ Conforme artículo 20, Constitución Nacional.

Ahora bien, recientemente se dictó el Decreto PEN N° 70/17 que modifica el régimen establecido por la Ley de Migraciones, dándole un carácter más restrictivo y propiciando la expulsión mediante un procedimiento abreviado de migrantes con antecedentes o una causa penal –aunque no constituyan, propiamente, antecedentes penales–.

En los fundamentos de ese decreto podemos leer, respecto a sus motivaciones, argumentos tales como:

- “la necesidad de trabajar incesantemente en el perfeccionamiento del orden normativo migratorio [que] adquiere especial importancia frente a fenómenos actuales como la globalización, la internacionalización del turismo y **el crecimiento del crimen organizado internacional**”.²
- “ante recientes hechos de **criminalidad organizada de público y notorio conocimiento**, el Estado Nacional ha enfrentado severas dificultades para concretar órdenes de expulsión dictadas contra personas de nacionalidad extranjera, como consecuencia de un complejo procedimiento recursivo...”.³
- “tanto ese bien común como el interés general de la sociedad se ven actualmente afectados por las graves consecuencias que provocan los delitos [...] en particular los **delitos de tráfico de armas, de personas, de órganos o tejidos y de estupefacientes, lavado de dinero, inversiones en actividades ilícitas, trata de personas, genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por la Corte Penal Internacional**”⁴ (resaltado en el original, las negritas son nuestras).

Por otra parte, en la difusión de dicha medida gubernamental, se ha hecho hincapié en la importancia de “luchar contra el narcotráfico y contra el crimen organizado”.⁵

Parece claro entonces que a) el objetivo es lograr mayor seguridad, persiguiendo a ofensores penales a gran escala; b) se considera que dicho objetivo puede lograrse, al menos en parte, expulsando a personas extranjeras ante una –incluso presunta– infracción a la ley penal. Esto último parece presuponer un diagnóstico que da cuenta de una incidencia significativa de la nacionalidad de las personas sobre su proceder delictivo.

2 *Ídem*, párrafo 6º.

3 *Ídem*, párrafo 13.

4 *Ídem*, párrafo 32.

5 Ver, por ejemplo: El Gobierno prevé endurecer los controles y la política migratoria. Busca profundizar en las fronteras la lucha antidrogas, la trata de personas y mejorar el intercambio de inteligencia con otros países (3 de mayo de 2016). *La Nación*. Recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/1894822-el-gobierno-preve-endurecer-los-controles-y-la-politica-migratoria>.

2. Política migratoria y política criminal⁶

2.1. Análisis de casos

Se analizarán a continuación casos de personas extranjeras bajo supervisión de la DCAEP,⁷ que han sido expulsadas en virtud de considerarse su situación procesal como un hecho nuevo en los términos del artículo 90 *in fine* de la Ley N° 25871.

Particularmente, en los casos que a continuación se exponen hacen una muestra de las problemáticas detectadas:

a) **Santiago** es paraguayo, reside en nuestro país desde hace 8 años, donde formó pareja y tiene dos hijos –argentinos– de 1 y 7 años. En cuanto a su situación migratoria, le fue otorgada oportunamente la “residencia precaria”, hasta que fue notificado –el 13 de febrero de 2017– de la resolución que dispone su expulsión del país. Dicha resolución, fechada el 5 de enero de 2017, se fundó en la existencia de una condena a un año de prisión de ejecución condicional dictada el 27 de abril de 2015 por un Tribunal Oral. Al dictar sentencia, el tribunal dispuso que Santiago fuera supervisado por un lapso de dos años –en un principio, por el Patronato de Liberados, a partir de la puesta en funcionamiento de la DCAEP, por esta–, y en el marco de tal tarea se ha podido conocer que ha adoptado oficio y se encuentra empleado como ayudante de cocina y lavacopas, ha referido mantener una vida familiar armónica, ser sostén del hogar –su compañera se dedica a las tareas domésticas y cuidado de los hijos de ambos– y no haber vuelto a cometer hechos ilícitos. Según consta en su legajo,⁸ Santiago se ha presentado en forma regular y ha cumplido con las pautas fijadas en el marco de la supervisión.

b) **Elizabeth** es peruana, reside en nuestro país desde el año 2009, está cursando el 5º mes de embarazo⁹ y es madre de dos hijos –argentinos– de 5 y 2 años. No cuenta con aportes económicos del padre de sus hijos, vive con su tía, quien la ayuda a sostener económicamente a los pequeños. En cuanto a su situación migratoria, le fue otorgada oportunamente la “residencia precaria”, que venció el 31 de enero de 2017, y cuando –conforme indicaciones dadas desde la DCAEP– se presentó para su renovación, le fue denegada en virtud de su situación procesal. Respecto a esto último, Elizabeth se encuentra bajo supervisión institucional de la DCAEP para el control de la suspensión de juicio a prueba por el lapso de un año. En el marco de dicha intervención, se ha podido conocer que ha mantenido su domicilio y convive con su tía y hermanas, y que esa convivencia provee sostén económico y afectivo a todo el grupo familiar, especialmente a los niños. Ha cumplido regularmente con las pautas fijadas

6 Lo que sigue ha formado parte de un informe remitido al área de “Extranjeros Judicializados” de la Dirección de Migraciones, en respuesta a consultas recibidas desde dicha área. Corresponde decir que las observaciones formuladas, en los casos concretos, fueron tenidas en cuenta para la revisión de las medidas adoptadas. Se han suprimido aquí datos de identificación de las personas en cuestión y tribunales intervinientes, para proteger datos sensibles y porque no hace a los fines estrictamente académicos del presente.

7 Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal, creada mediante Ley N° 27080, órgano auxiliar de la Justicia Nacional y Federal creado en la órbita del Poder Judicial de la Nación, a cargo de la supervisión de personas en arresto domiciliario, libertad condicional o asistida, excarcelados, con condena de ejecución condicional, suspensión de juicio a prueba, tareas comunitarias por conversión de pena.

8 Legajo interno llevado por el órgano de supervisión, DCAEP.

9 A febrero de 2017.

desde esta supervisión, tuvo problemas para acceder a los controles médicos –por su embarazo– debido a la irregular situación en que ha quedado –falta de certificado de residencia precaria vigente–. Esto último motivó la intervención del área de Servicio Social de la Dirección y, finalmente, se reanudaron los controles médicos.

c) **Vicente** es peruano, vive en nuestro país desde el año 2010, con su esposa y sus tres hijos, niños. En cuanto a su situación migratoria, le fue otorgada oportunamente la “residencia precaria” hasta que con fecha 30 de diciembre de 2016 se dispuso su expulsión del país, en virtud de la condena dictada el 10 de septiembre de 2014, a dos años y diez meses de la ejecución condicional, en orden al delito de homicidio culposo –en accidente de tránsito–. De acuerdo a lo oportunamente dispuesto por el tribunal interviniente, quien nos ocupa se encuentra bajo supervisión institucional de la DCAEP, en el marco de la cual se ha podido conocer que se desempeña como empleado en una verdulería y es sostén económico de su familia. Según consta en el legajo correspondiente,¹⁰ ha cumplido regularmente con las pautas dadas en el marco de la supervisión ya referida.

Así las cosas, existen circunstancias que, entiendo, merecerían ser evaluadas detenidamente para contribuir a una mejor resolución de las respectivas situaciones.

1) Situación de los niños, niñas y adolescentes hijos/as de la persona en cuestión

En las situaciones antes mencionadas, resulta relevante la situación de niños, niñas y adolescentes hijos/as de las personas cuya situación migratoria se decide. En efecto, en todos los casos –sean niños/as migrantes o argentinos– corresponde considerar su interés superior, su derecho a ser cuidados y sostenidos por sus padres, a vivir en familia y a contar con todos los recursos materiales y afectivos para su desarrollo integral (conforme los arts. 1, 2, 3.2, 4, 5, 6.2, 8.1, 9.1, 10, 18, 27 y concordantes de la Convención sobre los Derechos del Niño,¹¹ Observaciones Generales y Recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño;¹² art. 75, inc. 22, de la Constitución de la Nación Argentina; arts. 1 y concordantes de la Ley N° 23849; art. 3, inc. d, 10 y concordantes de la Ley N° 25871).

De los casos reseñados surge que, de llevarse adelante la expulsión dispuesta nos encontraríamos ante las siguientes alternativas: a) expulsar a estos niños y niñas –muchos de ellos, por lo demás, argentinos– junto a sus padres; b) privar a niños y niñas de sus padres expulsados y sus cuidados, desintegrando sus familias.

10 Art. cit., párrafo 13.

11 Aprobada por Ley N° 23849.

12 Ver Observación General N° 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1). Recomendación N° 19 (2016) sobre el gasto público y los derechos del niño (art. 4).

2) Consideración de la sujeción de la persona, en el caso puntual, a las pautas fijadas judicialmente y a la supervisión del órgano de control interviniente

En otro orden de cosas, cabe señalar la posibilidad de dar respuestas diferentes a situaciones y conductas diferentes. Así, el hecho de que una persona se haya ajustado a las pautas fijadas judicialmente –controladas por el órgano respectivo, por caso, esta Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal– es una circunstancia fácilmente verificable y que puede ser indicio de si estamos ante quien busca encauzar su vida sin estar ya en conflicto con la ley penal.

Esto último, más allá de razones de justicia, tiene implicancias pragmáticas: hace una contribución concreta al trabajo –realizado desde la DCEP, por ejemplo– que no dé igual cumplir que no hacerlo, para que las personas que han estado en conflicto con la ley penal reflexionen acerca de cómo conducir sus acciones en adelante.

3) Distinción respecto a la situación procesal y, eventualmente, al tipo de delito imputado

De los casos relevados, observamos que se han dictado medidas respecto de personas bajo supervisión por haberse dispuesto la suspensión de juicio a prueba. En este punto me permito señalar que se trata de personas respecto de las cuales no se ha dictado condena y, por eso mismo, inocentes.¹³

De otra parte, teniendo en cuenta que las medidas migratorias expulsivas –conforme los considerandos del Decreto PEN N° 70/2017– persiguen fines como la lucha contra el narcotráfico, el tráfico de armas, de personas, de órganos o de tejidos, lavado de dinero, inversiones en actividades ilícitas, trata de personas, genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y “todo acto susceptible de ser juzgado por la Corte Penal Internacional” y se basan en la “necesidad de trabajar incesantemente en el perfeccionamiento del orden normativo migratorio [...] frente a fenómenos actuales como la globalización, la internacionalización del turismo y el crecimiento del crimen organizado internacional”, podría quizá considerarse –en cada caso concreto– de qué manera la medida a dictarse respecto de una persona posee virtualidad para contribuir a los fines declarados.

3. A modo de conclusión

Vivimos en un mundo “cosmopolitizado”, caracterizado por una interdependencia universal, donde las fronteras son por necesidad porosas, permeables, osmóticas. Si observamos el caso argentino, por ejemplo, podremos corroborar una y otra vez que la “frontera política” definida y vigilada por el Estado difiere de la “frontera cotidiana”: cruzada, transgredida y reinventada por los habitantes de las regiones de frontera.

¹³ Conforme principio de inocencia consagrado en el art. 18 de la Constitución de la Nación Argentina.

Encuentro particularmente problemático el diseño de medidas de política criminal en términos de “lucha contra...”, pues necesariamente reclaman la definición de un “otro” que es el “enemigo”.

Así, pareciera que “ellos” –en este caso, los extranjeros– pueden y deben ser culpados de todas las quejas, de todo lo que nos asusta, de todos los males.

Estas definiciones son a menudo nutridas por prejuicios nacidos de la exotización del vecino, o de una perplejidad ingenua ante aquello que se desconoce de punta a punta; y además de resultar injustas, se revelan una y otra vez inútiles para los fines que sus formuladores reivindicán.

En el caso que nos ocupa, la lucha es contra “el narcotráfico y el crimen organizado” y mediante la formulación del Decreto N° 70/17, dichas reificaciones –“narcotráfico” y “crimen organizado”– se hacen carne en toda aquella persona extranjera que haya resultado al menos sospechada de infligir alguna vez la ley penal.

Todo esto, se inscribe en la actual tendencia a *securitizar*¹⁴ el “problema de la inmigración”, atravesado por el veredicto de “culpabilidad previa al delito”.¹⁵

Por otra parte, como puede fácilmente advertirse de la lectura de los casos presentados, el tamiz normativo está alcanzando a casos de personas extranjeras imputadas por hechos que no guardan vinculación alguna con tipos penales *susceptibles de ser juzgados por la Corte Penal Internacional*, que tienen su centro de vida en nuestro país y están cumpliendo las pautas fijadas judicialmente y sujetas al control del órgano específico.

Todo parece indicar que no encontraremos a “grandes narcotraficantes” entre las personas que son supervisadas en el marco de una suspensión de juicio a prueba, que están a derecho y que, en general, se encuentran atravesadas por múltiples indicadores de vulnerabilidad social.

14 La securitización de la migración se produce en una doble vertiente por parte de los Estados, por un lado, se hace público el discurso de la necesidad de reducir la inseguridad de sus ciudadanos soberanos y, por otro, la necesidad de proteger las fronteras hacia el exterior. Las nuevas prácticas de transnationalpolicing implican, en sustancia, una confusión entre seguridad interna y seguridad externa, que conduce a una redefinición del confín político entre amigo-enemigo, de modo que las fronteras de la seguridad interna se proyectan, de forma creciente, hacia el exterior, mientras que la esfera de acción de la seguridad exterior tiende a penetrar en el interior de la esfera política. Ver González, A. (2012). *Estudios críticos de seguridad, migraciones internacionales y ayuda al desarrollo*. XI Congreso Política en tiempos de incertidumbre. Sevilla. Recuperado de <http://www.aecpa.es/uploads/files/modules/congress/11/papers/1010.pdf>

15 Ver Bauman, Z. (2016). *Extraños llamando a la puerta*. Buenos Aires: Paidós.

Breves consideraciones en torno a la restitución internacional de niños



Ana Zacur*

I. Breves palabras introductorias

El procedimiento de restitución internacional de niños es un procedimiento autónomo que proporciona un mecanismo cuya finalidad consiste en restituir inmediatamente a los niños que fueron sustraídos a un Estado diferente al de su residencia habitual.

En materia de restitución internacional de niños, la Argentina se encuentra vinculada por diversos instrumentos internacionales. A nivel multilateral, ha ratificado el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores¹ (en adelante, Convenio de La Haya de 1980).

* Abogada, Diploma de Honor, Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ). Ayudante de cátedra en Derecho internacional privado en la UNPAZ y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Colaboradora en la preparación de sumarios para la base de datos sobre sustracción internacional de menores, INCADAT, a cargo de la Prof. Nieve Rubaja (<https://www.incadat.com/>). E-mail: anabelenzacur@gmail.com

¹ Adoptado en la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, el 25 de octubre de 1980, aprobado por Ley N° 23857, vigente en la República Argentina a partir del 1 de junio de 1991. A la fecha cuenta con 98 Estados partes. Ver estado de ratificaciones en www.hcch.net.

A nivel regional, se encuentra vinculada por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.² Asimismo, la Argentina ha ratificado el Convenio bilateral con la República Oriental del Uruguay sobre Protección Internacional de Menores.³

Para los supuestos en que no resulta aplicable ninguna de las convenciones enunciadas, es decir, para los casos que nos vinculan con Estados que no forman parte de las mismas, nuestro ordenamiento jurídico de fuente interna ha incorporado con la sanción del Código Civil y Comercial una disposición que brinda solución al respecto. Su artículo 2642 establece que fuera del ámbito de aplicación de los instrumentos vigentes en la materia, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño. El juez que decide la restitución debe supervisar el regreso seguro del niño, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión. A su vez, establece que a petición de la parte legitimada o a requerimiento de la autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos pueden verse amenazados, puede disponer mediadas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño, niña o adolescente.⁴

Los presupuestos para la puesta en marcha de los mecanismos propuestos por los instrumentos antes mencionados consisten en la configuración de dos conductas ilícitas: el traslado (si un niño es desplazado a un Estado distinto al de su residencia habitual sin autorización alguna del otro progenitor) y la retención (configurada por el desplazamiento a un Estado diferente al de su residencia habitual con autorización del otro progenitor, pero vencido el término estipulado en la misma, el niño no es regresado).

La configuración de la ilicitud es definida por los convenios de manera autónoma o autárquica. Las conductas ilícitas mencionadas se producen en infracción de un derecho de custodia atribuido separada o conjuntamente a una persona, una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, si ese derecho se ejercía o se habría ejercido de no haberse producido tales conductas.⁵ Cabe señalar que los Convenios se circunscriben a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, ya que la finalidad de los mismos consiste en restituir a los niños trasla-

2 Adoptada en Montevideo el 15 de julio de 1989 en la cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP IV), aprobada por Ley Nº 25358, vigente en la República Argentina a partir del 15 de febrero de 2001. Ver estado de ratificaciones en www.oas.org.

3 Aprobado por Ley Nº 22546, en vigor desde diciembre de 1982. Este Convenio prevé un sistema de cooperación distinto al previsto por el Convenio de La Haya de 1980 y la Convención Interamericana sobre Restitución de Menores. Debido a que la República Argentina y Uruguay forman parte de la Convención Interamericana, este Convenio carece de aplicación práctica.

4 Además, debe tenerse presente lo establecido por el segundo párrafo del art. 2614 del Código Civil y Comercial que dispone que, sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos de manera ilícita.

5 Art. 3 del Convenio de La Haya de 1980.

dados o sustraídos de manera ilícita al Estado de la residencia habitual y no sancionar a la persona que comete dicha conducta.⁶

El pronunciamiento que nos sirve de excusa para abordar el problema se refiere a un caso de tales características. A continuación, describiremos su plataforma fáctica para luego analizar el marco normativo que resultó aplicable, su ámbito de aplicación y el mecanismo propuesto por el mismo. Así también, haremos referencia a la interpretación de las causales de oposición al principio restitutorio, enfatizando en aquellas que fueron interpuestas en el caso bajo análisis. Además, nos referiremos al margen de apreciación del juez que interviene en un caso de esta índole y a las pruebas que han de producirse. Por último, explicaremos en qué consiste el interés superior del niño en el marco de este tipo de procedimientos, y al cierre, expondremos unas breves reflexiones finales.

II. Plataforma fáctica del caso

El caso concierne al pedido de restitución de un niño de 10 años que fue trasladado ilícitamente por su padre desde Brasil a la Argentina sin el consentimiento de su madre.

En el año 2011, los padres del niño habían tomado la decisión de separarse tras producirse diversas desavenencias conyugales. Tres años más tarde, y luego de una prohibición de acercamiento del padre hacia la madre originada por hechos de violencia familiar, solicitaron el divorcio consensuado y decidieron de manera conjunta que sus tres hijos vivirían con su madre, no obstante de mantener la custodia compartida. Dicho acuerdo fue homologado por el Tribunal de Justicia de Pernambuco.

Posteriormente, en el mes de diciembre de 2015, en el marco del régimen de contacto establecido por los padres en sede judicial, el padre retiró a dos de sus hijos menores de edad del domicilio para pasar las fiestas de fin de año. Transcurrido el plazo de tiempo estipulado para el regreso, uno de los niños no fue retornado, siendo trasladado posteriormente a nuestro país.

La madre acudió a autoridades policiales y judiciales en busca del paradero de su hijo. En el marco de una causa penal, la justicia ordenó la búsqueda y detención del padre a través de Interpol. Finalmente, fue localizado y detenido en Buenos Aires a causa de un pedido de extradición. La madre, al tomar conocimiento del lugar en el que se encontraba, efectuó la solicitud de restitución de su hijo en virtud del Convenio de La Haya de 1980, fundando sus pretensiones en dicho marco normativo.

El 23 de marzo de 2017 se celebró una audiencia con la parte actora por intermedio de sus apoderadas de la Defensoría General de la Nación, el demandado y su asistencia letrada, en la que no se pudo arribar a un acuerdo.

⁶ Por otro lado, el “tráfico de menores” implica el traslado o retención o tentativa de sustracción, traslado o retención de un menor con propósitos o medios ilícitos, según lo establecido por la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de Menores en su art. 2, inc. b.

III. El marco normativo aplicable

En virtud de la prelación de fuentes establecida por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, la fuente normativa que resultó aplicable al caso ha sido el Convenio de La Haya de 1980, ratificado por Brasil y Argentina. Dicho instrumento pone al servicio de este tipo de casos un mecanismo diseñado con la finalidad de que los niños que han sido desplazados de manera ilícita a un Estado distinto al de su residencia habitual sean restituidos inmediatamente, “para restablecer la situación anterior a la conducta ilícita modificada de forma unilateral por una vía de hecho”.⁷ La Dra. Pérez Vera ha sostenido que un factor característico de las situaciones consideradas reside en el hecho de que el sustractor pretende que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado de refugio, y un medio eficaz de disuadirle consiste en que sus acciones se vean privadas de toda consecuencia práctica y jurídica. Para alcanzar esta finalidad, el Convenio consagra entre sus objetivos el restablecimiento del *statu quo* mediante la “restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante”.⁸

El Convenio de La Haya de 1980 instrumenta un mecanismo especial, debiendo los Estados parte adoptar los procedimientos de urgencia de que dispongan.⁹ El mismo instaura la figura de la Autoridad Central, autoridad administrativa encargada de encausar o desestimar solicitudes de restitución y de actuar empleando la herramienta de la cooperación internacional. Dichas autoridades administrativas son designadas por cada uno de los Estados parte del Convenio (en Argentina, es la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional –Dirección General de Asuntos Jurídicos– del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto¹⁰).

Es importante señalar que la Autoridad Central es la depositaria de los deberes impuestos por el Convenio y, en tal sentido, es considerada el instrumento idóneo que moviliza la cooperación jurídica deseada, permitiendo en consecuencia contrarrestar el traslado o la retención ilícita de menores.¹¹

El artículo 7 del Convenio dispone que dichas autoridades deben colaborar entre sí promoviendo la cooperación entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados con la finalidad de garantizar la restitución inmediata de los menores y dar cumplimiento a los demás objetivos establecidos por el mismo. En miras al cumplimiento de dicha finalidad, establece con carácter enunciativo obligaciones a cargo de las autoridades, entre ellas, localizar a los menores trasladados o retenidos ilícitamente, adoptar medidas tendientes a que se lleve a cabo la restitución voluntaria del menor y facilitar información acerca de la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio.

En cuanto a su ámbito de aplicación personal, el mismo se aplica a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado parte inmediatamente antes de la infracción de los derechos de cus-

7 CSJN, “in re” (21/12/2010). “R., M. A. c. F., M. B.”. Fallos: 333:2396.

8 Ver Pérez Vera, E. (1982). *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, punto 16. Recuperado de <https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=2779>

9 Art. 2 del Convenio de La Haya de 1980.

10 Recuperado de <http://www.menores.gov.ar>

11 Goicoechea, I. y Seoane De Chiodi, M. del C. (1995). Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Ley Nº 23857). Recuperado de *La Ley*, AR/DOC/507/2001.

todia o visita, y cesa en su aplicación cuando el niño alcanza la edad de 16 años.¹² El motivo resulta de los propios objetivos convencionales; en efecto, una persona de más de 16 años tiene por lo general una voluntad propia que resultará difícil de ignorar, ya sea por uno u otro de sus progenitores, ya sea por una autoridad judicial o administrativa.¹³

IV. Interpretación restrictiva de las excepciones interpuestas

El Convenio de La Haya de 1980 establece el deber de ordenar la inmediata restitución del niño si ha sido trasladado o retenido ilícitamente a otro Estado contratante.

No obstante, dispone que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución si se ha configurado alguna de las causales taxativas y de interpretación restrictiva que consagra el mismo instrumento en sus artículos 13 y 20. Las mismas deben ser interpretadas contemplando las circunstancias particulares de cada caso. Ellas son:

- Que el derecho de custodia no haya sido ejercido de modo efectivo en el momento de producirse el traslado o retención¹⁴ y consentimiento o aceptación posterior del traslado o retención por quien solicita la restitución.
- Grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable.
- Oposición del niño a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y grado de madurez suficiente.
- Que la restitución del niño sea contraria a los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

A continuación, analizaremos las causales de oposición al principio restitutorio que han sido planteadas en el caso bajo análisis.

IV.1 Grave riesgo de peligro físico o psíquico o situación intolerable

Una vez sustanciada la solicitud de restitución, el padre opuso algunas de las excepciones mencionadas precedentemente, entre ellas, el grave riesgo de que la restitución expusiera al niño a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable. Sostuvo además que había abandonado su país junto a su

12 Art. 4 del Convenio de La Haya de 1980.

13 Ver Pérez Vera, E. (1982), *op. cit.*, punto 77.

14 Esta causal debe interpretarse conjuntamente con el artículo 3 del Convenio que establece que tales conductas se consideran ilícitas si fueron producidas en infracción de un derecho de custodia que era ejercido efectivamente o si el mismo se habría ejercido de no haberse producido el traslado o retención.

hijo para preservarlo de hechos de violencia materna y de los riesgos psicofísicos que estos implicaban para el niño.

El artículo 13.1.b) del Convenio de La Haya de 1980 establece como causal de oposición al principio restitutorio, la existencia de un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La presente excepción, como las demás, debe ser interpretada con carácter sumamente restrictivo a fin de no desvirtuar la finalidad del Convenio.¹⁵

En el caso bajo análisis, la Jueza de Primera Instancia en lo Civil entendió que la excepción opuesta debía ser rechazada en atención a que no había sido demostrado que la procedencia de la restitución colocaría a su hijo en una situación riesgosa o que dicha circunstancia hubiera existido al momento de abandonar su país. Tuvo además en consideración la existencia de causas iniciadas en dicho Estado, en el cual podría haber requerido medidas de protección pertinentes a fin de garantizar la seguridad de su hijo.

Esta causal debe ser apreciada con suma estrictez. Es decir, que no se considera suficiente alegar la existencia de un peligro de tales características sin haber demostrado mediante pruebas contundentes su configuración. En el presente caso queda reflejado el análisis restrictivo con que debe interpretarse esta excepción.

IV.2. Oposición del niño a la restitución

El padre del niño solicitó como medio probatorio la realización de una entrevista personal con su hijo a fin de acreditar la oposición del mismo como causal de denegación al principio restitutorio.

De la entrevista personal con el niño, realizada en presencia de la Defensora Pública de Menores y la psicóloga de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, se dedujo que su discurso se encontraba influenciado por argumentos de su padre así como también que el niño se encontraba al tanto de las actuaciones judiciales en Brasil y Argentina.

Como hemos dicho anteriormente, cada una de las excepciones debe interpretarse de manera sumamente restrictiva. En el caso, la causal no ha sido configurada, ya que para esto debe tratarse de una “oposición vehemente”, es decir, “un repudio irreductible a regresar”.¹⁶

15 En el Informe Explicativo de la Convención de La Haya se ha sostenido que las excepciones “deben ser interpretadas de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado. En efecto, el Convenio descansa en su totalidad en el rechazo unánime del fenómeno de los traslados ilícitos y en la convicción de que el mejor método de combatirlos, a escala internacional, consiste en no reconocerles consecuencias jurídicas... Por lo tanto, una invocación sistemática de las excepciones mencionadas, al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la jurisdicción elegida por el secuestrador, hará que se derrumbe todo el edificio convencional al vaciarlo de espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado...”. Pérez Vera, E. (1982), *op. cit.*, punto 34.

16 CSJN Fallos: 333:604; 334:913; 336:97, 458 y 335:1559.

Además del contacto que mantenga la autoridad competente con el niño, es de fundamental importancia el aporte interdisciplinario que puedan brindar otros profesionales expertos en la materia para interpretar su negativa, o si esta responde a su verdadero interés o a la influencia que puedan sufrir de alguno de sus progenitores.¹⁷ La Dra. Pérez Vera ha sostenido que la opinión del menor respecto a la cuestión esencial de su retorno o no retorno puede ser decisiva si, en opinión de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y una madurez suficientes. De esta manera, los menores se convierten en intérpretes de su propio interés. Esta disposición puede llegar a ser peligrosa si su aplicación se traduce en interrogatorios directos a jóvenes que pueden, ciertamente, tener conciencia clara de la situación, pero que pueden asimismo sufrir daños psíquicos graves si piensan que se les ha obligado a elegir entre sus dos progenitores.¹⁸ En tal entendimiento, el Dr. Goicoechea ha sostenido que no basta preguntarle a un menor con quién se quiere quedar, pues es muy común que este se encuentre influenciado por el padre con el que se encuentra conviviendo. Asimismo, el menor puede sentirse forzado a asumir una decisión para optar con cuál de los progenitores quiere quedarse, provocándole un daño psicológico ante la elección.¹⁹

Observamos en el presente caso el respeto al derecho del niño a ser oído en todo proceso que lo involucre, derecho consagrado en la Convención de los Derechos del Niño²⁰ con rango constitucional en virtud del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

IV.3. Prueba limitada al marco de conocimiento

La prueba que ha de ser ofrecida en el marco de un procedimiento de restitución internacional de niños debe ser considerada de manera tal que su producción no desvirtúe el principio consagrado en el Convenio consistente en ordenar la “inmediata” restitución del menor al Estado donde se encuentra su residencia habitual. La prueba se produce para responder al interrogante de “ordenar o no la restitución”. Así también, los medios probatorios que se admitan, deben restringirse a constatar la configuración de la conducta ilícita y de las causales que fueran alegadas.

En el caso, la magistrada interviniente desestimó la producción de ciertas pruebas ofrecidas por el padre, por considerarlas inconducentes y contrarias a la celeridad que el Convenio impone a este tipo de procesos.

V. Artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980

El citado Convenio en su artículo 12 establece el deber de los jueces de restituir de manera inmediata al niño cuando la solicitud ha sido efectuada dentro del plazo de un año contado a partir del momen-

17 Rubaja, N. (2012). Procedimientos de Restitución Internacional de Menores. En *Derecho Internacional Privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 507.

18 Ver Pérez Vera, E. (1982), *op. cit.*, punto 30.

19 Goicoechea, I. y Seoane De Chiodi, M. del C. (1995). Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Ley 23.857). Recuperado de AR/DOC/507/2001.

20 Aprobada por la República Argentina por Ley N° 23849 con reserva de los incs. b, c, d y e del artículo 21 y declaraciones respecto de los arts. 1º, 24, inc. f y 38.

to en que se produjo la conducta ilícita. Si el pedido fue realizado luego de la expiración de dicho término, el deber de restituir continúa en cabeza del juez que interviene en el proceso, salvo que fuera probado el arraigo, es decir, la integración del niño a su nuevo medio.

El supuesto en comentario no constituye una causal autónoma de oposición a la restitución, por lo tanto, no puede ser alegado como tal.

En el caso, el padre del niño adujo esta circunstancia como causal de oposición alegando que la madre había realizado el pedido de restitución fuera del plazo de un año establecido por el Convenio. La magistrada determinó que la solicitud se efectuó inmediatamente después de haber conocido la ubicación del padre y el niño en nuestro país, es decir, considerando la realización de dicho requerimiento en término.

VI. Decisión

En virtud de las razones expuestas en los párrafos precedentes, la magistrada ordenó la inmediata restitución del niño al considerar no acreditadas ninguna de las causales alegadas.

En el decisorio, exhorta a ambos padres a que, de manera consensuada y teniendo como norte el interés superior de su hijo, exterioricen la fecha en que fuera producida la restitución.

VII. Consideraciones finales

Puede apreciarse, en virtud del análisis efectuado, el funcionamiento del mecanismo propuesto por el Convenio de La Haya de 1980, así como también la restrictiva interpretación que debe hacerse de cada una de las excepciones al principio restitutorio a fin de dar cumplimiento a los objetivos que este dispone.

Creemos que la resolución en comentario constituye un claro ejemplo de respeto al interés superior del niño, principio rector del Convenio de La Haya de 1980.²¹ En tal sentido, la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños,²²

21 La Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 en su art. 9.3 impone el deber de respetar el derecho del niño que se encuentra separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con los mismos de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. El art. 11 de la Convención establece que los Estados Parte adoptarán medidas para luchar contra los traslados y retenciones ilícitas de niños en el extranjero promoviendo la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales, como la adhesión a acuerdos existentes.

22 La ley modelo fue desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño. El grupo de expertos fue coordinado por el Dr. Ricardo Pérez Manrique (Uruguay) y participaron: la Dra. María Lilian Bendahan Silveira (Uruguay), el Dr. Eduardo Cavalli Asole (Uruguay), la Dra. Raquel Gonzalez (Estados Unidos), la Dra. Graciela Tagle (Argentina), el Dr. Dionisio Nuñez Verdín (México), la Dra. Delia Cedenios Palacios (Panamá) y la Dra. Luz María Capuña y Chavez (Perú). Esta importante fuente de *soft law* tiene por finalidad facilitar a los Estados la elaboración de normas nacionales que regulen la aplicación de las convenciones en la especie. Recuperado de <http://by.com.uy/oea.org/wp-content/uploads/2011/12/ley-modelo.pdf>

en su artículo 2 consagra como criterio orientador de interpretación y de integración el interés superior del niño, considerándose por tal el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional. Asimismo, la Ley de Procedimiento para la Aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de Niñas, Niños y Adolescentes y Régimen de Visitas o Contacto Internacional, de la provincia de Córdoba,²³ consagra como principio rector el interés superior del niño, niña o adolescente estableciéndolo como criterio orientador y de interpretación de los instrumentos internacionales vigentes en la materia. Por ello, en el marco de este tipo de procedimientos, dicho interés consiste en que el niño no sea sustraído ilícitamente del Estado donde tiene su residencia habitual. Así también, a ser prontamente restituido en caso de constatarse la existencia de una de las conductas que configuran la ilicitud y que las decisiones referentes a los derechos de custodia sean dirimidas por el juez que se encuentra mejor posicionado para ello, es decir, el juez del Estado donde está la residencia habitual del menor.²⁴ En esta inteligencia, el Dr. Goicoechea ha sostenido que la finalidad es clara en cuanto a que no se procura decidir sobre la cuestión de tenencia que debe ser decidida por los jueces de la residencia habitual del menor, es decir, que no se procura discernir cuál es el padre más apto para convivir con el niño, ni implica cambiar la situación que tenía el niño antes del traslado o retención ilícita.²⁵

De la misma manera, el interés superior del niño está implícito en la decisión de no restituir al niño en caso de haberse constatado la configuración de alguna de las causales taxativas de oposición al principio restitutorio.

En los casos de sustracción internacional de niños es de suma importancia la consideración del factor “tiempo”.²⁶ Los mecanismos diseñados por las convenciones vigentes en la materia tienen la finalidad de garantizar la pronta restitución de los niños al Estado donde tienen su centro de vida.²⁷ La experiencia de nuestros tribunales ha demostrado el desafío pendiente que tenemos: conseguir celeridad procesal. La demora en la resolución de este tipo de casos traería aparejada la integración de los niños al nuevo medio y, como consecuencia, mayores trastornos en caso de ordenarse la restitución. Se trata de un desafío que involucra no solo a los jueces que intervienen en el proceso, sino también a abogados y demás operadores. Existe la necesidad de adecuar el procedimiento a la urgencia que caracteriza

23 Ley N° 10419, sancionada el 21 de diciembre de 2016 y publicada en el Boletín Oficial el 27 de enero de 2017.

24 En consonancia, el Convenio de La Haya de 1980 en su art. 16 establece que las autoridades judiciales o administrativas del Estado adonde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en virtud del Convenio.

25 Goicoechea, I. (2005). Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, (30), p. 67.

26 La falta de urgencia en el trámite de estos casos ha sido considerada como una violación de derechos humanos (Iosub Caras v. Rumania HC/E/ 867 - CEDH).

27 En esta misma inteligencia, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, en su art. 12, al referirse al trámite de las oposiciones al principio restitutorio, establece que las mismas deben presentarse dentro del término de ocho días hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quién lo retiene.

a este tipo de casos, creando reglas procesales que permitan un tratamiento prioritario llevado a cabo con la celeridad que merecen.²⁸ Ello con el propósito de asegurar el cumplimiento de los objetivos propuestos por los instrumentos internacionales y para garantizar el respeto del interés superior de los niños, principales víctimas de este flagelo. En tal sentido, el artículo 11 del Convenio de La Haya de 1980 establece que las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. Así también dispone que, si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el demandante o la Autoridad Central del Estado requerido por iniciativa propia o a instancias de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora. Como sostiene el Dr. Goicoechea, solo restituyendo al niño en esos brevísimos plazos lograremos alcanzar los objetivos de las convenciones de restitución. De lo contrario, si el proceso se extiende, se pueden dar situaciones donde se dictan sentencias jurídicamente sólidas, pero prácticamente inútiles, dado que el niño ya se adaptó al medio al que fue trasladado, probablemente tiene completamente desdibujada la imagen del padre o madre denunciante, con quien en muchos casos no tiene contacto hace meses, y entonces nos encontraremos con que la ejecución de la sentencia producirá al niño un mal mayor del que se lo pretendía proteger.²⁹

Al respecto, pueden mencionarse ciertos avances que han sido desarrollados a nivel nacional y provincial.³⁰ Por un lado, la CSJN ha aprobado el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños.³¹ El mismo tiene por finalidad brindar pautas de actuación a los operadores del Convenio de La Haya de 1980 y de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Uno de sus objetivos es brindar un instrumento de aplicación directa para dar respuesta a los casos de sustracción internacional de niños y, en la medida de lo posible, restablecer la situación anterior, jurídicamente protegida y que fuera turbada, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante. Entre sus objetivos específicos se encuentra el de asegurar que la consideración del interés superior del niño sea el eje central durante todo el proceso. El mismo está destinado a jueces, fiscales, defensores, asesores

28 En esta inteligencia el Dr. Goicoechea ha entendido que el desafío procesal planteado exige revisar el Derecho procesal interno y verificar si resulta adecuado para la correcta aplicación del Convenio y, en caso contrario, adoptar normativa procesal adecuada que establezca un proceso urgente y garantice el debido funcionamiento del Convenio. Goicoechea, I. (2008). Derecho Procesal de Familia y funcionamiento de Convenios Internacionales. En A. Dreyzin de Klor y C. E. Echegaray de Maussion (eds.), *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*. Córdoba: Advocatus.

29 Goicoechea, I. (2011), *op. cit.*

30 En la provincia de Córdoba fue sancionada la Ley N° 10419 de Procedimiento para la Aplicación de los Convenios sobre Restitución de Niños, Niñas y Adolescentes. En la Provincia de Misiones, el Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar, Tít. II "Procesos especiales", Cap. IV "Proceso de restitución de menores y restauración del régimen de visitas", en sus arts. 679 al 695 posee disposiciones que regulan en materia de procedimiento. En la Provincia de Entre Ríos, se aprobó por Acuerdo General N° 13/15 del 19 de mayo de 2015 un Protocolo sobre el "Proceso de Restitución Internacional de Menores" que entró en vigencia a partir del 01 de junio de 2015.

31 Aprobado en la reunión anual de la Comisión Nacional de Acceso a Justicia llevada a cabo el día 28 de abril de 2017. Recuperado de http://www.cnaj.gob.ar/cnaj/archivos/2017/ARC_675.pdf

de menores, abogados, Autoridad Central, jueces de enlace, funcionarios y empleados judiciales y de los ministerios públicos, auxiliares de la justicia y demás operadores.

Por otro lado, en la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires se encuentra en tratamiento el Proyecto de Ley de Procedimiento para la Aplicación de los Convenios sobre Restitución Internacional de Niñas, Niños y Adolescentes y Régimen de Visitas o Contacto Internacional.³² El mismo tiene por finalidad obtener la resolución de los casos en forma rápida y eficaz, garantizando el regreso seguro del niño, niña o adolescente y el respeto por su interés superior, consagrando a este último como principio rector.

A fin de superar este gran desafío existe la imperiosa necesidad de elaborar instrumentos que contemplen reglas de procedimiento específicas para este tipo de casos, asegurando de esta manera la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas de sustracciones y retenciones ilícitas en miras a que su interés superior pueda ser garantizado.

³² Proyecto de Ley presentado en la legislatura de la Provincia de Buenos Aires el 27 de septiembre de 2017.

La educación religiosa en escuelas públicas de Salta: consecuencias pedagógicas



Laura Pitman*

Presentación

En diciembre de 2006 el Congreso de la Nación sanciona la Ley N° 26206, conocida como Ley de Educación Nacional. Como parte de la implementación de la norma, las provincias debieron posteriormente encarar la adecuación de las leyes provinciales a las nuevas regulaciones. Es así que la provincia de Salta sanciona, en diciembre de 2008, la Ley Provincial N° 7546, que en el inciso m del artículo 8 reproduce el artículo 49 de la Constitución provincial: “Los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. La misma ley, en el artículo 27, inciso ñ, avanza, estableciendo que la “enseñanza religiosa” es uno de los objetivos de la educación primaria de Salta. Además, la instaure como asignatura del currículo escolar, en tanto “integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase”. En el mismo inciso se indica que la religión a enseñar se define “atendiendo a la creencia de los padres y tutores” y estos “deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos”.

* Licenciada en Ciencias de la Educación (UBA). Ha sido docente de las universidades de Buenos Aires, Luján, La Matanza y la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), en el campo de la Sociología, la Política y la Gestión Educativas. Integró diversos equipos de trabajo en los Ministerios de Educación de la Nación, la Ciudad y la Provincia de Bs. As. Actualmente es Directora General de Desarrollo Curricular en la UNPAZ y ejerce la docencia en Institutos de Formación Docente de CABA.

Dos años después de la sanción de la ley, un grupo de ocho madres, junto con la Asociación por los Derechos Civiles, se presenta ante la justicia, solicitando se declare la inconstitucionalidad de la ley.¹ El reclamo se funda en el hecho de que la norma vulnera una serie de derechos que van desde la libertad de cultos hasta la intimidad y la educación libre de discriminación.² Más adelante, en el apartado dedicado a la exclusividad del culto católico en la enseñanza de la religión, volveremos sobre este punto, desde la perspectiva de la incorporación de la diversidad en los ámbitos escolares.

Es así como tras un largo proceso judicial la causa llega a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y en estos días se encuentra en desarrollo la audiencia pública en la que los *amigos de la Corte* exponen a favor o en contra de la enseñanza religiosa en las escuelas salteñas. Allí la Universidad de José C. Paz realizó, a través de su rector, Dr. Federico Thea, una presentación en favor de las demandantes, sintetizando argumentos jurídicos y pedagógicos. Estos últimos se amplían y especifican en el presente artículo. Así, nos disponemos a analizar la situación de la enseñanza religiosa en las escuelas públicas de la provincia de Salta, teniendo particularmente en cuenta las consecuencias sobre la enseñanza y los aprendizajes de los niños salteños en el ámbito de las instituciones educativas.

Educación y religión. Un debate que retorna

La primera discusión histórica en la que se cuestionó la educación religiosa en la Argentina tuvo lugar entre 1883 y 1884, cuando conservadores y liberales disputaron una batalla parlamentaria en ocasión de los debates por la Ley N° 1420. La primera ley educativa nacional se consideró un avance de la perspectiva de los librepensadores, entre otras cosas porque la enseñanza de la religión no logró imponerse como una asignatura más en el currículum escolar. Sin embargo, tampoco fue una victoria completa: los legisladores establecieron que la religión podría enseñarse fuera del horario escolar. No obstante –una de cal y una de arena– no la impartirían los maestros sino “los ministros autorizados de los diferentes cultos, á los niños de su respectiva comunión”.³ Desde aquel histórico debate hasta el último que ganó espacio en los medios en 2015,⁴ la pedagogía, la mirada sobre la infancia, la escuela y la enseñanza, las perspectivas sobre los problemas que se detectan y la manera de encararlos cambiaron radicalmente. Por ejemplo, en 1885, un año después de sancionada la Ley N° 1420, la revista *El Monitor de la Educación Común*, fundada por Sarmiento, publicaba un artículo sobre educación comparada en el que se dejaba ver la representación corriente sobre los niños en aquel entonces:

1 Agradecemos a la Lic. Ana Laura Herrera sus orientaciones iniciales sobre el caso.

2 Navarro, M. y Sánchez, L. (2015). Educación pública y religiosa. Debate jurídico: la escena en los medios de comunicación. *La trama de la comunicación*, (19). Recuperado de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1668-56282015000100009&lng=es&tlng=es

3 Honorable Congreso de la Nación (1884). Ley N° 1420 de Educación Común.

4 Cuando se debatió la vigencia de la Ley N° 1420 en el seno de la Comisión Bicameral del Digesto Jurídico Argentino. Son muchísimas las referencias al respecto que pueden encontrarse en internet. Por ejemplo, https://www.clarin.com/sociedad/educacion-ley_1420-derogacion-polemica-religion-educacion_laica_0_r1egHBrFDmg.html, o bien <http://www.nueva-ciudad.com.ar/notas/201509/21228-1884-una-historia-a-favor-de-la-educacion-laica.html>

Cuando el maestro se encuentra por primera vez con la materia prima de un grupo de niños cuyo carácter y espíritu tiene que reformar por la educación como un estatuario, toma la materia tosca de cada niño tal como es, para modelarla con bondad, que despierta simpatía en su alma sensible á la impresión moral é intelectual del preceptor.⁵

De la idea de niño como “una materia tosca” a las actuales percepciones sobre los más pequeños como portadores de demandas, nativos digitales o sujetos de derecho, hemos recorrido una larga serie de transformaciones en el vínculo con la infancia.

También han evolucionado las religiones:

Los cambios sociales producen en los fieles modificaciones de ideas y deseos tales que se ven precisados a modificar las distintas partes de su sistema religioso [...] Densidad de población, comunicaciones más o menos difundidas, mezcla de razas, oposiciones de textos, de generaciones, de clases, de naciones, invenciones científicas y técnicas, todo eso actúa en el sentimiento religioso individual y transforma así la religión.⁶

Sin embargo, el debate sobre la presencia de la religión en la enseñanza persiste en casos como el de la provincia de Salta. Más aún: los términos de esos debates han sufrido pocas alteraciones, a pesar de los 133 años transcurridos y de los enormes cambios operados en las sociedades a lo largo de más de un siglo.

El derecho a la educación. Obligatoriedad y preferencia

La concepción política expresada en la Constitución salteña acerca del derecho de los padres a que sus hijos reciban educación religiosa en las escuelas públicas solo puede generar controversia, toda vez que transforma una *preferencia* en objeto de derecho.

Es ampliamente sabido que, superado el orden medieval –que se caracterizó por la preeminencia de la Iglesia como institución organizadora de la sociedad y responsable de la constitución subjetiva de siervos y señores– los asuntos de la fe pasaron al dominio de lo privado, y también al de la opción o preferencia personal. La escuela, en cambio, se constituye, en tanto institución pública, como espacio de lo común. Y especialmente en el mundo contemporáneo, en ámbito de reconocimiento de lo plural. Así, el derecho a la educación se relaciona con la posibilidad de aprender los conocimientos

5 López, J. F. (1885). La instrucción pública en Prusia, Alemania y principales Estados de Europa y América, *El Monitor de la Educación Común*, 5(92).

6 Di Stefano, R. (2011). Por una historia de la secularización y de la laicidad en la Argentina. *Quinto Sol*, (15). Recuperado de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-28792011000100004&lng=es&tlng=es

y saberes imprescindibles para el desarrollo personal y colectivo, y para la participación plena en la sociedad y el ámbito comunitario.

Por otra parte, la complejización de los sistemas de enseñanza y de las demandas de las familias también es un signo de estos tiempos. Las ofertas educativas se diversifican crecientemente, configurando una oferta múltiple y variada: escuelas religiosas, bilingües, artísticas, centradas en enfoques pedagógicos específicos,⁷ orientadas en deportes, lenguas extranjeras o arte, entre otras. Sin embargo, en el contexto de esa demanda diversificada,⁸ el Estado debe velar por la realización del derecho a la educación en aquello que es común al conjunto de la ciudadanía. Es por eso que es esencial que el derecho a la educación no se confunda con la atención a la preferencia, a lo que es electivo y particular, a riesgo de agotar los recursos públicos en un conjunto incesante de demandas que, por otra parte, nunca podrán ser satisfechas. Entonces, además del respeto que se debe sostener frente a las prácticas religiosas de los pueblos originarios, hay que tener en cuenta que en la actualidad, la compleja cultura de las sociedades contemporáneas –y a veces el propio mercado– proveen de innumerables fuentes de identificación: solo en el plano religioso podríamos identificar tendencias de adhesión a cultos, institucionalizados total o parcialmente, que son independientes de la religión dominante en el ámbito de origen. Multiplicidad de cultos y religiones que hasta hace tres o cuatro décadas eran poco conocidos en nuestro medio hoy generan la adhesión de muchas personas. Tal es el caso de diferentes ramas del budismo o el hinduismo. ¿Debería el Estado considerarlas a todas? Respondemos negativamente a este interrogante, en la medida en que la adhesión a una religión o a otra no define constitutivamente a la condición ciudadana, y corresponde al plano de las opciones personales, que deben ser atendidas por los propios particulares. En cambio, nos parece imprescindible reservar al Estado la gestión de las condiciones necesarias para hacer efectivos los derechos que competen universalmente al conjunto de la ciudadanía.

Una implementación polémica: exclusividad del culto católico en la enseñanza de religión en las escuelas públicas

La Ley de Educación Nacional N° 26206, en su artículo 3, consagra a la educación como una política de estado que tiene como objetivo, entre otros, favorecer el respeto por las libertades fundamentales. La libertad de cultos es una de ellas, de larga tradición en nuestro país desde que en 1813 la estableciera la Asamblea General Constituyente.⁹ Del mismo modo, el artículo 4 afirma que

7 Por ejemplo, las llamadas escuelas Waldorf.

8 Una posible explicación a esa diversificación de la demanda escolar es que la misma se origina, en parte, en la drástica reducción de la cantidad de hijos por familia operada en el último siglo. Esto produce “un reclamo permanente de las familias por el reconocimiento de la singularidad de sus hijos”. Gauchet, M. (2008). *L'impossible entrée dans la vie*. Bruselas: Ministère de la Communauté Française. (Traducción propia). Recuperado de <http://www.yapaka.be/professionnels/livre/l'impossible-entree-dans-la-vie>

9 Romero, J. L. (2013). La Asamblea de 1813. *Revista Institucional de la Bolsa de Comercio de Rosario*, (1519). Recuperado de <https://www.bcr.com.ar/Pages/Publicaciones/revista.aspx>

El Estado Nacional, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la responsabilidad principal e indelegable de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos/as los/as habitantes de la Nación, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones sociales y las familias.

A su vez, el artículo 11 de la Constitución provincial de Salta insta como “inviolable en el territorio de la Provincia el derecho de todos para ejercer libre y públicamente su culto, según los dictados de su conciencia y sin otras restricciones que las que prescriben la moral y el orden público”.

Sin embargo, de acuerdo con la información relevada en la causa, la implementación de la asignatura Educación Religiosa resulta contradictoria con las normas antedichas, ya que no pudieron encontrarse en dicha provincia testimonios de enseñanzas relacionadas con los cultos que no sean el católico,¹⁰

tal como acreditan los libros y cuadernos acompañados (fs. 27/48), las manifestaciones de los padres (fs. 257/8), el informe de las visitas de la supervisora religiosa (fs. 259/64, en particular fs. 262), las manifestaciones periodísticas del 4 y 7 de julio de 2010 del Ministro de Educación provincial (fs. 239), la formación de los maestros (fs. 291, 605/14) e informe del Profesorado Monseñor Roberto José Tavella, que consta a fs. 615/617, y la intervención del Arzobispo de la provincia de Salta en la cobertura de esos cargos (fs. 26, 23617 Y335/6).¹¹

Estos hechos, debidamente probados, alejan a la educación salteña de una concepción educativa en diálogo con la diversidad de identidades que caracteriza a las sociedades actuales. Más aún: sostenemos que aprender sobre las diferentes religiones constituye un modo de formar en el respeto por la heterogeneidad. Claro que nos referimos al saber sobre los diferentes cultos y no a su práctica: las instituciones educativas son espacios donde circulan conocimientos y saberes y no dogmas o doctrinas. La escuela pública en tanto tal no puede ser espacio de adoctrinamiento ni de catecismo, porque esas “verdades” no pueden ser discutidas. Y todo modo de no discutir las afirmaciones conlleva una deuda con la democracia.¹² En ese contexto, conocer sobre diferentes creencias puede ser un contenido socialmente relevante, pero realizar ritos y prácticas religiosas en horas de clase resulta lesivo para quienes no profesan el culto que se practica, en la medida en que se ven enfrentados a la disyuntiva de diferenciarse o apartarse de la actividad del grupo, o profesar un culto que no les es propio.

Otro aspecto a señalar, y que configura una práctica discriminatoria enunciada en la presentación del procurador Abramovich, es la Disposición N° 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial de la provincia de Salta. Esta disposición establece que los padres y tutores deben manifestar si desean que sus hijos reciban educación religiosa y, en caso afirmativo, respecto de qué credo. Esa manifestación es luego archivada en el legajo del alumno. Cabe recordar al respecto que el

10 Abramovich, V. (2017). CSJ 1870/2014/CSI “Castillo, Carina Viviana y otros d Provincia de Salta, Ministerio de Educación de la Prov. De Salta s/amparo”.

11 Dictamen del PF, Dr. Abramovich.

12 Gracias a la Lic. Silvia Storino por su contribución sobre este punto.

artículo 11 de la Constitución Provincial afirma que “Nadie puede ser obligado a declarar la religión que profesa”, por lo que la mencionada disposición también se encuentra en franca contradicción con la Constitución provincial.

Asimismo, y de acuerdo con las fuentes consultadas, en el expediente se ha argumentado repetidas veces que la reducción de la enseñanza religiosa al culto católico se debe a que la mayoría de la población provincial lo profesa, y que atender a los derechos de las minorías implicaría ignorar los derechos de los grupos mayoritarios. En este sentido, caben dos observaciones: la primera es que la evolución reciente de los sistemas educativos muestra que los derechos de mayorías y minorías no tienen por qué excluirse mutuamente. Un modo en que esta armonización ha podido realizarse es a través del reemplazo de contenidos de educación religiosa por otros asociados a la formación ética y a la ciudadanía; estos últimos permiten desarrollar actitudes de comprensión, respeto por los otros, sensibilidad hacia los que menos tienen, sentido de la justicia, y numerosos valores que el cristianismo y otras religiones han promovido.¹³ En segundo lugar, resulta evidente que la tendencia en los sistemas educativos es hacia el reconocimiento de particularidades identitarias y pedagógicas: programas que procuran contener la diversidad de trayectorias escolares o propuestas pedagógicas que toman el interés de los alumnos como punto de partida constituyen testimonios, entre muchos otros, de que los sistemas educativos actualizados tienden hacia la integración, y no hacia la segregación y la supresión de la diferencia.

Una implementación polémica: prácticas religiosas en la jornada escolar

Hace ya varias décadas que la teoría curricular acuñó la expresión “currículum oculto”¹⁴ para designar a aquellas prácticas que, sin gozar de la legitimidad de la prescripción curricular formal, se repiten con regularidad en los establecimientos educativos. La presencia de signos vinculados con el culto católico en las escuelas es un ejemplo de lo que puede entenderse como “currículum oculto”. Inasibles desde la administración escolar, y generalmente ligadas a preferencias personales de directivos y docentes, estas presencias son observables a lo largo y a lo ancho del país.

En el caso de la provincia de Salta, la implementación de la enseñanza religiosa pareció incentivar la reiteración de estas situaciones. Así, en el dictamen del procurador fiscal se especifica que

se encuentra comprobada la realización de rezos obligatorios al comienzo de la jornada escolar (fs. 255, 271, 279, 712 y 724), la colocación de oraciones en los cuadernos de los alumnos al comienzo de cada día [...], las alusiones al catolicismo en las carteleras de las escuelas (fs. 712) y la bendición de la mesa (fs. 279 y 712).¹⁵

13 También aquí agradecemos el aporte de Silvia Storino.

14 Apple, M. (1997). *Educación y poder*. Barcelona: Paidós.

15 Dictamen del PF, Dr. Abramovich, f. 10

La arbitrariedad manifiesta de estos hechos es tal que la propia Corte provincial, que rechaza la inconstitucionalidad de la educación religiosa, indica que deben suspenderse.¹⁶

Tal vez sea hora de comenzar a cuestionar el avance de la religión en el cotidiano escolar, en nombre de la realización práctica de valores como “libertad, paz, solidaridad, igualdad, respeto a la diversidad, justicia, responsabilidad y bien común”, consagrados por la Ley de Educación Nacional como aquellos que deben ser fomentados por la educación para orientar los proyectos de vida de los estudiantes (art. 8).

Otro punto problemático de la implementación de estas medidas es que se observó la falta de planificación de actividades alternativas para los niños cuyos padres rechazaron que sus hijos reciban educación religiosa. Por ejemplo, en algunos casos estos alumnos permanecieron en el patio escolar sin actividad, según consta a fs. 255-256 y 265 del dictamen. No hace falta desarrollar el carácter lesivo y discriminatorio que sufren los niños provenientes de familias no religiosas o pertenecientes a cultos no católicos cuando son apartados de su grupo de pertenencia, ubicados en un espacio físico diferente, y dejados sin tareas educativas para desarrollar. Por reducción al absurdo, podríamos afirmar que si se quisieran diseñar estrategias que promuevan sentimientos de exclusión en niños que asisten a la escuela, no se procedería de modo muy diferente.

Educación religiosa y política curricular

Un primer aspecto del análisis sobre esta cuestión es que, desde el punto de vista pedagógico y, en particular, desde el campo del currículum, la introducción o no de un contenido de enseñanza no se realiza en base a opiniones de sentido común o a atribuciones de “importancia” más o menos difusas. Menos aún se lo hace sobre la base de preferencias, por mayoritarias que éstas sean. Por el contrario, un contenido, para ser seleccionado e incorporado a la enseñanza, se evalúa por su *validez científica* o su *relevancia social* y por su *significatividad psicológica*.

Comenzando por este último criterio, la *significatividad psicológica* alude a que es preciso que el contenido a enseñar pueda ser aprendido por el estudiante. A modo de ejemplo, podemos decir que enseñar fracciones en la sala de 4 años es un contenido que carece de significatividad psicológica, porque los chicos de 4 años no han desarrollado aún las estructuras cognitivas necesarias para ello. Todo contenido, entonces, para ser incluido en cualquier propuesta de enseñanza, debe cumplir con este criterio.¹⁷

Cuando decimos que un contenido de enseñanza tiene *validez científica* nos referimos a que guarda una relación consistente con el conocimiento científico que lo generó, a pesar de las transformaciones didácticas que debemos realizar para enseñarlo.

16 Recuperado de <http://sistemasx01.justiciasalta.gov.ar:8080/juriscorte/servlet/com.juriscor.verdocumentos?13897>

17 Ausubel, D. (1983). *Teoría del aprendizaje significativo*. México: Trillas. También puede consultarse Contreras Domingo, J. (1994). *Enseñanza, currículum y profesorado*. Madrid: Akal.

En cuanto a la *relevancia social*, decimos que un contenido es socialmente relevante cuando su aprendizaje es decisivo para la participación social de los ciudadanos. A riesgo de ser redundantes, diremos que para incluir un contenido en el currículum debemos asegurarnos de que tenga validez científica o relevancia social. Con base en estos criterios pedagógicos, queda claro que la educación religiosa –especialmente si está referida a un culto en particular– no es evaluable desde el punto de vista de la validez científica. Y no cumple con ningún criterio de relevancia social en la medida en que el ejercicio pleno de la ciudadanía no la requiere. Por lo tanto, su inclusión en la educación común, obligatoria y universal no se justifica. Sin embargo, los problemas no terminan allí.

Desde hace más de dos décadas, el currículum escolar es jaqueado por la presión de incorporación de nuevos saberes. Sea porque la comunidad reclama que la escuela asuma la enseñanza de ciertos temas, o bien porque el desarrollo tecnológico y científico requiere que nuevos conocimientos sean incorporados por la población. En ese orden, podríamos mencionar el uso de TIC, la Educación Sexual Integral o la incorporación de contenidos como el movimiento de las placas tectónicas en Ciencias Naturales, entre otros. Por supuesto que este no es un fenómeno exclusivo de la Argentina. Pero en nuestro país (como en muchos otros países emergentes) esto se da en un contexto de tiempo escaso: gran parte de las naciones desarrolladas enfrentan este problema, contando con una jornada escolar extendida de seis horas reloj (como EE. UU.), o bien, completa, de ocho horas (como Francia). Nuestro país, en cambio, está lejos de poder generalizar la extensión de la jornada escolar (entendida como tiempo que se pasa en la escuela, realizando actividades de aprendizaje reguladas por el currículum escolar).

Por lo tanto, estos contenidos emergentes, imprescindibles para asegurar la calidad de la formación de los futuros ciudadanos, deben ingresar en diseños curriculares de por sí recargados. Como se observa en el cuadro que sigue, la provincia de Salta ha hecho un esfuerzo en ese sentido, llevando la carga horaria total semanal a treinta horas cátedra en lugar de las veinticinco tradicionales. Sin embargo, en la práctica, el 40% de ese esfuerzo se insume en la enseñanza de la religión católica. Cabe señalar que la inclusión de la enseñanza religiosa en la provincia de Salta no solo implica sumar contenidos, sino introducir una asignatura completa, con dos horas semanales de clase. Como se observa en el cuadro *infra*, Educación Religiosa en el primer ciclo¹⁸ de la escolaridad primaria tiene la misma carga horaria que asignaturas como Educación Tecnológica, Formación Ética y Ciudadana, Educación Física o Educación Artística. Desde el punto de vista de los criterios de selección de contenidos expuestos más arriba, esto es en sí mismo cuestionable. El paso al segundo ciclo muestra con mayor claridad aún los riesgos de decisiones curriculares como las que estamos analizando: la introducción de Lenguas Extranjeras a partir de 4° grado –por demás necesaria– “le cuesta” al diseño curricular reducir en una hora semanal el tiempo destinado a Lengua y a Matemática. Queda claro que esta pérdida no sería necesaria si se dispusiera de las dos horas semanales destinadas a Educación Religiosa. Los debates públicos sobre la evaluación de los aprendizajes de

18 El primer ciclo abarca 1°, 2° y 3° grado. En el caso de alumnos con trayectorias escolares regulares, hablamos de niños de 6 a 8 años.

niños y adolescentes en nuestro país nos eximen de extendernos sobre las consecuencias de reducir la enseñanza de Lengua y Matemática en el nivel primario.

Estructura Curricular para el Nivel de Educación Primaria

Áreas Curriculares	1° a 3° Año	4° a 7° Año
Lengua	6	5
Matemática	6	5
Ciencias Sociales	4	4
Ciencias Naturales	4	4
Educación Tecnológica	2	2
Formación Ética y Ciudadana	2	2
Lenguas Extranjeras	---	2
Educación Física	2	2
Educación Artística	2	2
Educación Religiosa	2	2
Total de horas cátedra	30	30

Fuente: Diseño Curricular para Educación Primaria. Provincia de Salta.

Es importante destacar que estas consecuencias no recaen solo sobre las familias de las demandantes, ni sobre los alumnos cuyos “padres o tutores” solicitaron que no se les impartiera educación religiosa, ni sobre los niños cuyas familias profesan religiones diferentes al catolicismo. Las consecuencias recaen sobre el conjunto de la población escolar salteña.

Una consideración aparte merece la definición de contenidos de esta unidad curricular: la Ley Provincial de Educación N° 7546 los menciona, estableciendo que “los contenidos [...] requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa”. Sin embargo, en el Diseño Curricular de Nivel Primario, los contenidos de la educación religiosa no figuran. Mientras que para el resto de las asignaturas el documento curricular cumple con la función que le es propia –esto es, prescribir la enseñanza de una selección de contenidos, secuenciarlos a lo largo de los años de escolaridad y fijar criterios de evaluación–, Educación Religiosa no tiene allí prescripción alguna. Todas las unidades curriculares que se mencionan en el documento tienen identificación de ejes, contenidos, orientaciones didácticas para cada año (de 1° a 7°) y criterios generales de evaluación. Aunque resulte sorprendente, nada se menciona acerca de Educación Religiosa, que figura solo en la grilla que especifica la caja curricular y la carga horaria de cada asignatura, adquiriendo visos de un espacio curricular “fantasma”.

¿Cuáles pueden ser las consecuencias de esta omisión? Muchas. En primer lugar, el Estado está incumpliendo con la función de definir los contenidos mínimos del tiempo que integra la jornada escolar en todas las escuelas de la provincia. En consecuencia, no resulta posible establecer si lo que se enseña

es o no pertinente para el nivel. Pero lo más grave de esta situación no es solo el riesgo obvio de que se cometan arbitrariedades y abusos, sino que además se deja en soledad a maestros y directivos para cumplir una función que no se les puede exigir. Entonces, las escuelas salteñas no enseñan, en materia religiosa, lo que se supone necesario, sino lo que pueden. Es muy probable que esa sea la causa de los reduccionismos observados en materia de pluralidad religiosa.

Religión y vulnerabilidad

Una atención especial merecen los dichos expresados por la mayoría de la Corte de Justicia provincial al confirmar la constitucionalidad del artículo 49 de la Constitución y los artículos de la Ley de Educación referidos a educación religiosa. En el fallo se lee que

A fs. 834/840 interpone recurso de apelación la Sra. Asesora de Incapaces n 1, Interina en Asesoría de Incapaces n 2, en contra del apartado III de la parte dispositiva de la sentencia y solicita el rechazo de la acción de amparo. Sostiene que la Asociación por los Derechos Civiles carece de legitimación para representar a todos los niños que concurren a las escuelas primarias públicas al omitir considerar a los derechos de los niños que sí son católicos. También considera que las actoras no pueden ser tenidas como representantes de sus hijos pues –dice– podrían existir intereses contrapuestos. Agrega que se debe garantizar el derecho del niño a la educación, comprendida en su integralidad, por lo que debe incluirse la enseñanza religiosa; que no se han probado los actos discriminatorios; que los menores a quienes se dice proteger no han sido escuchados y que las medidas dispuestas perjudican a los hijos de padres que no poseen recursos como para optar por un colegio privado que les brinde formación religiosa.

No haremos referencia en este apartado a los argumentos legales que esgrime la funcionaria, pero sí nos detendremos en el punto en que se mencionan los derechos de los sectores que no pueden pagar por educación privada de carácter confesional. En primer lugar, cabe señalar que todos los cultos religiosos conocidos ofrecen formación religiosa a sus feligreses a través de diferentes acciones, ritos y ceremonias. A menos que se esté realizando una grave acusación a sacerdotes y pastores, profesar una religión no depende del aporte económico que realice la feligresía. En segundo lugar, el Estado subsidia a numerosas escuelas confesionales, bonificando hasta el 100% de los salarios docentes. En estos casos los establecimientos no pueden cobrar cuota. Por lo tanto, no corresponde apelar a los intereses y limitaciones de los sectores vulnerables para justificar la inclusión de religión en las escuelas públicas.

En cambio, los sectores más acomodados sí pueden comprar los saberes que la escuela no ofrece en el mercado educativo informal. Cuando las trayectorias escolares de los niños peligran, porque el tiempo ofrecido por la escuela no es suficiente para realizar los aprendizajes requeridos, las familias de mayores recursos acuden a servicios de enseñanza complementarios a través de profesores denominados *particulares*, que por lo general ofrecen una intervención pedagógica personalizada. Si se aspira a que la infancia se configure como un tiempo de formación *integral*, que incluya aprendizajes ligados a los lenguajes artísticos, son nuevamente las familias más favorecidas quienes disponen de opciones que

los chicos de sectores vulnerables no tienen. El diseño curricular provincial reconoce cinco lenguajes artísticos: artes visuales, danza, música, teatro y folklore. Sin embargo, con dos horas semanales a lo largo de toda la escuela primaria, es fácil percibir que no hay tiempo para desarrollarlos a todos en el horario escolar. Si la escuela no enseña saberes y habilidades específicas en el uso de TIC, los chicos que crecen en hogares en los que abundan los dispositivos tecnológicos y los adultos capaces de utilizarlos también están en ventaja respecto de los más afectados por la pobreza. De manera que si existe alguna preocupación por los intereses de los más necesitados, esta debería canalizarse a través del reclamo por una escuela capaz de construir una oferta educativa paritaria, en la que el acceso de los niños de 6 a 12 años a los saberes socialmente más relevantes sea efectivo para todos, y no solo para quienes puedan adquirirlos en el mercado como un servicio educativo externo a la escuela. Todos los niños tienen derecho, durante su escolaridad primaria, a aprender y a conocer todos los saberes, a vivir todas las experiencias educativas, a transitar todas las situaciones que la institución pueda ponerles a disposición. Todos los mundos en la escuela.

Conclusión: Judicialización vs. política educativa

Los hechos que se han tratado en este proceso (y muchos otros que, sin duda, no salen a la luz) tienen un trasfondo legal. Sin embargo, el análisis precedente muestra que muchos de los problemas mencionados se producen en el proceso de aplicación de las normas, y no en la letra de la Constitución y la Ley Provincial. Más aún, varios de los problemas señalados tienen que ver con aspectos que no se cumplen. La conclusión es evidente: la judicialización de este proceso tiene su raíz en una política educativa errática, que deja vacíos inconsistentes con las decisiones tomadas en los niveles superiores, que no asume responsabilidades, costos y consecuencias, y que parece mostrar más vocación por realizar las aspiraciones de grupos sectoriales tradicionalmente dotados de poder que por articular necesidades e intereses del conjunto.

Hasta el siglo XVIII, la enseñanza de la religión en la escuela no era cuestionada en nuestro país. Como señalamos en el inicio de esta presentación, la irrupción de los librepensadores en el siglo XIX culmina, en las postrimerías del siglo, con la sanción de una ley que colocó los asuntos sagrados fuera del horario escolar y de la acción del maestro. Desde este punto de vista, la situación en la provincia de Salta parece volver sobre los pasos de la historia. No es la primera vez, y tal vez no sea la última. Recordemos uno de los momentos más oscurantistas de la relación entre Iglesia y Estado en materia educativa, acaecido más de un siglo después de la sanción de la Ley N° 1420, entre los años 1994 y 1995. El Consejo Federal de Educación había aprobado los nuevos Contenidos Básicos Comunes (CBC), que servirían de base para la elaboración de los diseños curriculares provinciales. Los sectores más conservadores de la Iglesia Católica hicieron oír sus voces hacia la “falta de afirmación concreta de la existencia de Dios y de su presencia en la historia humana” en los contenidos de Lengua, Matemática, Ciencias Sociales y Naturales, Formación Ética y Ciudadana y Artes, entre otras muchas críticas. Los contenidos fueron modificados por el gobierno. Se suprimió toda referencia a Darwin y a la teoría de la evolución. La palabra “género” fue reemplazada en todos los casos por “sexo”, y toda alusión a las

“familias” en plural se redujo a su expresión en singular, rechazando cualquier clase de pluralismo en torno de la diversidad de modos de constitución familiar.¹⁹ Afortunadamente este lamentable retroceso fue revertido en los años y reformas posteriores. Ojalá suceda lo mismo en el caso que analizamos.

Si la falta de una política educativa consistente alentó la judicialización del problema, el campo jurídico puede realizar un aporte para volver a situar a los sistemas educativos en una perspectiva de progreso. Nos referimos a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 49 de la Constitución provincial y 8 y 27 de la Ley de Educación Provincial. En efecto, pensamos que hacer lugar al pedido de las demandantes podría ser una solución jurídica que impulse el fortalecimiento de las políticas educativas hacia el logro de una educación más igualitaria, más diversa y, por ende, más justa.

¹⁹ Corresponde agradecer al Dr. Pablo Pineau, especialista en Historia de la Educación, sus precisas orientaciones sobre este punto.

Libertad de expresión en Internet. La responsabilidad de los “Buscadores”



*Demián Ernesto Iglesias Seifert**

I. Introducción

El presente trabajo tiene por intención efectuar algunas reflexiones surgidas a raíz del dictado del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Rodríguez María Belén c/ Google Inc. s/daños y perjuicios”, de fecha 28 de octubre de 2014. Es menester destacar que, si bien el pronunciamiento del máximo tribunal se ajusta a los estándares internacionales comúnmente aceptados en referencia a la responsabilidad de los intermediarios en la prestación del servicio de Internet, la Corte se toma la libertad de establecer (en *obiter dictum*) una regla para determinar la responsabilidad de los buscadores en caso de ser notificados de la existencia de contenido dañoso que importe eventuales lesiones a derechos protegidos.

Si bien la Corte expresamente reconoce que no resulta necesario para resolver el caso que se expida sobre esa cuestión, a modo de orientación y ante la falta de regulación legal específica, sienta una regla que distingue nítidamente los casos en que el daño es manifiesto y grosero de aquellos en que es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento. Dicha diferenciación resulta útil para distinguir los casos en que los “buscadores”, al ser notificados de la existencia de la página web, se encuentran obligados a

* Abogado (UBA), especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Maestrando en Derecho Administrativo (UBA). Docente de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad Nacional de José C. Paz y de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE). Asesor de la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

bloquear la información manifiestamente dañosa, identificando a su vez los casos en que se requiere la intervención judicial o administrativa para bloquear la información a priori dudosa.

El tema elegido llamó especialmente mi atención debido a que la Corte incluye entre las expresiones que resultan manifiestamente dañosas a las “que importen lesiones contumeliosas al honor”,¹ siendo que habitualmente resulta dificultoso determinar si dichas expresiones son un ejercicio legítimo de expresión o constituyen una afectación de la honra.

En atención a ello, seguidamente se definirán los derechos que se encuentran en juego para pasar a desarrollar los estándares internacionales en la materia, continuando con el análisis del fallo “Belén Rodríguez”, y finalmente se criticará la clasificación efectuada por la Corte en el considerando 18 del citado caso por considerar que puede llevar a que se presenten casos de censura de expresiones legítimas.

II. Libertad de expresión versus derecho al honor

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 13 “Libertad de Pensamiento y de Expresión”, dispone en su parte pertinente que

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.²

En este punto, corresponde señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que

“el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto”.³

En igual sentido se pronuncia el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por cuanto dispone que

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección

1 “Rodríguez María Belen c/ Google Inc. s/daños y perjuicios”, considerando 18.

2 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 13.

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 13 de noviembre de 1985.

Y el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al establecer que

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

También debemos tener presente que Nino sostiene que la “libertad de expresión tiene un propósito o fundamentación dual. Por un lado permite el desarrollo de la autonomía individual, y por otro contribuye a enriquecer el debate colectivo” (Nino, 1997).

Debe destacarse que la libertad de expresión es una de las bases fundamentales del sistema democrático de gobierno que permite mejorar el debate público y la toma de decisiones colectivas, asegurando el empoderamiento de la sociedad civil en los temas públicos.

Así lo definió Roberto Saba al entender la libertad de expresión como

“aquella que la asocia con la necesidad de contar, en un sistema democrático, con un robusto intercambio de ideas. La democracia, desde este punto de vista, es un sistema de autogobierno por el cual la ciudadanía decide colectivamente cuáles son las reglas que regirán su vida como comunidad política. Este autogobierno requiere que la ciudadanía se embarque en una empresa epistemológica acerca de cuáles son las mejores respuestas a problemas públicos. Esta búsqueda se enriquece en la medida en que el intercambio de ideas y perspectivas es más variado y representativo de la diversidad de puntos de vista existentes en una sociedad determinada y se empobrece cuando esos puntos de vista se reducen en cantidad y variedad [...] La libertad de expresión, desde esta visión, no es sólo y excluyentemente un derecho a la autodeterminación autónoma de la persona sino que se constituye como precondition del sistema democrático” (Fiss y Saba, 2000).

Con relación al derecho al honor, debe expresarse que si bien no se encuentra definido en la Constitución Nacional, se encuentra alcanzado entre los derechos no enumerados o implícitos del artículo 33 de la CN. Así lo ha entendido históricamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación al desprender del citado artículo los derechos personalísimos o inherentes a la persona humana, entre los que se encuentra el derecho a la vida, a la salud y el derecho al honor,⁴ entre otros.

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos establece en su artículo 11 que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.⁵

4 Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A., considerando 19 del voto del juez Petracchi.

5 Convención Americana sobre los Derechos Humanos, artículo 11.

Así, el derecho al honor se refiere a la participación que tiene el individuo dentro de la comunidad, amparando a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecedor en la consideración ajena al ir en su descrédito.⁶

Tanto el honor como la imagen o la intimidad son derechos personalísimos, orientados a la protección de la moral de la persona. Su alcance reconoce dos facetas: una la autovaloración y aprecio que cada sujeto tiene de sí mismo, y la otra, la valoración que los demás efectúan sobre uno (Quiroga Lavié, 2001: 147).

En el valioso caso “Kimel” la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse al derecho al honor expresó:

El derecho al honor debe ser, pues, materia de protección. En particular, el denominado “honor objetivo”, que tiene que ver con el valor que los demás le asignan a la persona en cuestión en tanto se afecte la buena reputación o la buena fama de que goza una persona en el entorno social en el que le corresponde desenvolverse. En ese orden de ideas, dentro del marco jurídico de la vigencia del derecho al honor, la libertad de expresión como derecho fundamental no sustenta ni legitima frases y términos manifiestamente injuriosos y que vayan más allá del legítimo ejercicio del derecho a opinar o el ejercicio de la crítica.⁷

III. Estado de situación respecto de los intermediarios de Internet en la República Argentina antes del fallo Rodríguez

Antes de adentrarnos en el análisis del caso “Belén Rodríguez”, debe mencionarse que en la República Argentina la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1 de la Ley N° 26032.

Sin embargo, cada día son más los casos en los que distintas figuras públicas o artistas solicitan el bloqueo de contenidos que consideran dañosos. Así, antes del dictado del fallo precitado, existieron distintos pronunciamientos de tribunales inferiores que resolvieron con distinto criterio la responsabilidad de los buscadores de información en Internet.

Como ejemplo paradigmático puede citarse el caso de la jueza federal María Romilda Servini de Cubría, quien demandó judicialmente que los buscadores bloquearan toda información e imagen suya que no estuviera autorizada por ella.⁸ Dicho pedido fue rechazado teniendo en cuenta que la actora, como jueza federal, estaba sometida a un nivel de escrutinio mayor que el de cualquier persona, por lo que debía soportar dicha carga en pos de propiciar el debate democrático (Bertoni, 2015: 9).

6 “Rodríguez María Belen c/ Google Inc. S/daños y perjuicios”, considerando 13.

7 CIDH. (Sentencia del 2 de mayo de 2008). Caso “Kimel vs. Argentina”. Párrafo 16 del Voto del Juez Diego García-Zayán.

8 “Servini de Cubría, María Romilda c/Yahoo de Argentina SRL y otros s/Medidas Cautelares”, Causa 7138/2008.

Diferente fue la solución para los casos de distintas actrices que demandaron la eliminación de páginas de resultados de búsqueda vinculados con sitios de contenido sexual o erótico, y de las imágenes que allí aparecían. En dichas causas la Cámara Civil hizo lugar a las demandas y ordenó indemnizar a las artistas (Bertoni, 2015: 10).

Al respecto, debe referirse que en general la baja de contenidos se realizó por orden judicial y no ante la mera solicitud del afectado, ordenándose el bloqueo de la URL en donde se encontraba la información o imagen en conflicto.

Sin embargo, la cuestión más conflictiva, que será resuelta adecuadamente por el fallo “Belén Rodríguez”, es si la responsabilidad de los buscadores de resultados por los contenidos publicados por terceros resulta ser objetiva o subjetiva.

Allí es donde se constataban contradicciones entre los distintos fallos publicados y en la doctrina imperante, ya que algunos consideraban que los buscadores debían responder de acuerdo a lo establecido en el artículo 1113 del Código Civil, en tanto entienden que la actividad que desarrollan es de naturaleza riesgosa, fundados en que el riesgo consiste en la posibilidad de que una página de Internet, sin mayor tráfico, que aloja contenidos ilícitos, se convierta por la actividad del buscador en un sitio de accesibilidad masiva; potenciando, así, la aptitud dañosa de la conducta del agente originario (Borda, 2014).

En cambio, otra corriente entiende que la responsabilidad resulta del juego de los artículos 512, 1109 y concordantes del Código Civil, y el buscador debe responder por los contenidos publicados por terceros (en donde no interviene como creador ni editor del contenido) cuando existe un obrar negligente por parte del demandado al haber tomado conocimiento fehaciente de la existencia de un contenido ilícito y el buscador no toma las medidas necesarias para bloquearlo (Tomeo, 2014).

IV. Análisis del caso “María Belén Rodríguez c/Google Inc. s/daños y perjuicios”

A. La responsabilidad de los intermediarios

El caso se originó en la demanda de una modelo en contra de Google y Yahoo! Argentina, empresas que desarrollan servicios de búsqueda en Internet, por la vinculación de su nombre e imagen con sitios dedicados al comercio sexual y por el uso comercial no autorizado de su imagen. La actora reclamó una indemnización por los daños y perjuicios sufridos y el cese del uso no autorizado de su nombre e imagen, más la eliminación de los vínculos de su nombre, imagen y fotografías con los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico denunciados.

En primera instancia, la demanda fue acogida por entender la jueza interviniente que tanto Google como Yahoo! habían sido fehacientemente notificados de la existencia de contenido injurioso que afectaban la imagen de la actora y que, pese a tener la capacidad técnica de bloquear los contenidos,

no lo hicieron “de modo absoluto”, por lo que esa conducta negligente justifica que deban responder por los perjuicios.

No obstante ello, la Cámara Civil interviniente modificó parcialmente el fallo de la jueza de grado, entendiendo que para que las demandadas puedan bloquear los contenidos infamantes debían individualizarse a fin de que las empresas pudieran identificarlos correctamente y proceder a su bloqueo.

Asimismo, la sentencia de Cámara resalta que la actividad de los buscadores se efectúa en forma automática y no producen ni editan los contenidos dañosos, por lo que su responsabilidad nace cuando tienen un fehaciente conocimiento del contenido que debe ser bloqueado y se verifica un obrar negligente en dicho proceso.

Así las cosas, el expediente llegó a la CSJN por los recursos extraordinarios interpuestos por la actora y por Google. La Corte desestimó el recurso extraordinario de la actora e hizo lugar al deducido por Google, revocando parcialmente la sentencia apelada en cuanto condenaba al buscador por el uso indebido de la imagen de la actora.

El máximo tribunal resolvió la cuestión basado en los siguientes argumentos:

-La Corte entendió que los derechos que se encontraban en conflicto en el caso en cuestión resultaban ser, por un lado, la libertad de expresión e información y, por otro lado, el derecho al honor y a la imagen. Atento a que existía una colisión de derechos de igual jerarquía, la CSJN advirtió ya en los considerandos preliminares que la solución que debía prevalecer sería aquella que mejor armonizase con los derechos fundamentales. Asimismo, expresó que en materia de interpretación de las leyes debía preferirse la que mejor concordase con las garantías, principios y derechos consagrados por la Constitución Nacional (considerandos 9 y 14).

-Reivindicó que las expresiones que tienen lugar a través de internet se encuentran protegidas dentro de la libertad de expresión (Ley N° 26032), que esta se aplica a Internet del mismo modo que a los demás medios y que constituye una piedra angular dentro de las sociedades democráticas (de conformidad con los fallos CIDH “Kimel” y “Herrera Ulloa”, entre otros).

-Adelantó su conclusión al entender que no corresponde juzgar la responsabilidad de los motores de búsqueda de acuerdo a las normas que establecen una responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa. Expresó que la tendencia en el derecho comparado es considerar los buscadores como una herramienta técnica que favorece el acceso a los contenidos deseados por medio de referencias automáticas, respecto de los cuales no pesa una obligación de monitoreo, supervisión o vigilancia (Considerando 15).

-Ratificó que a la inexistencia de una obligación general de vigilar le sigue la inexistencia de responsabilidad, expresando a modo de ejemplo que responsabilizar al buscador por contenidos que no ha creado equivaldría a sancionar a la biblioteca por facilitar la localización de un libro con contenido dañino, bajo el pretexto de que habría facilitado el daño (cons. 16).

-No obstante, “hay casos en los cuales el buscador puede llegar a responder por un contenido que le es ajeno: eso sucederá cuando haya tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente”, lo que no se encuentra configurado en el presente (considerando 17).

Que sentado ello, la Corte se encontraba en condiciones para resolver la cuestión planteada toda vez que al no existir culpa de las demandadas, no se encontraba reunidos los requisitos para tener por configurada la responsabilidad subjetiva.

A su vez, la CSJN interpretó que el *thumbnail* tiene, respecto de la imagen original “subida” a una página de Internet, una función de mero “enlace”. Por eso no corresponde aplicar al “buscador de imágenes” y al de “textos” normas distintas (considerando 20). Por ello procedió a revocar el fallo de Cámara en cuanto había dispuesto condenar a Google por el uso indebido y no autorizado de la imagen de la actora.

B. Sobre la posible censura privada que podría acarrear el sistema propuesto por la Corte

Lo resuelto por la Corte en el considerando 18 resulta más que interesante. Sin que resulte necesario para resolver el fondo de la cuestión, el tribunal establece una regla a fin de determinar en qué casos se podrá requerir extrajudicialmente que se bloqueen ciertos contenidos, a los cuales denomina “daño manifiesto y grosero”. A su vez, determina que para el resto de los daños “dudosos o que requieran esclarecimiento” no puede exigírsele al buscador que supla la función de la autoridad competente ni menos aún la de los jueces, pues se trata de supuestos que exigen un esclarecimiento que debe debatirse o precisarse en sede judicial o administrativa.

En consecuencia, la Corte resuelve que para los casos de daño manifiesto resulta suficiente cursar una notificación al buscador a fin de que elimine de los resultados de sus búsquedas los enlaces que direccionen a páginas con contenido injurioso. En caso de que el buscador, estando notificado, no proceda a bloquear esa información, se podrá demandar por daños y perjuicios toda vez que se encuentre configurado su actuar negligente.

La CSJN identificó como manifiestas las ilicitudes respecto de contenidos dañosos como

pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de estos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que

por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual (cons. 18; el resaltado me pertenece).

Si bien se desconoce si esta especie de procedimiento creado pretorianamente por la Corte ha sido utilizado por los particulares, no se puede dejar de destacar que el mismo puede acarrear situaciones de censura privada.

Aunque el Dr. Tomeo (2013: 13) entiende que esta solución favorece la resolución en forma ágil de casos en los que se compromete la reputación de una persona en Internet mediante la afectación de su honor, también es cierto que puede llevar a que los buscadores como Google o Yahoo! puedan verse en situación de bloquear información legítima a fin de evitar sentencias condenatorias contra los buscadores.

En efecto, cualquier particular podría notificar a las empresas nombradas que los resultados que surgen ante la búsqueda de su nombre afectan en forma manifiesta y grosera su honor, solicitando que se eliminen los mismos, de acuerdo a lo resuelto por la CSJN en el fallo “Belén Rodríguez”.

Si a ello le sumamos que los tribunales inferiores tienen el deber de seguir los precedentes de la CSJN, no faltará mucho hasta que veamos los primeros casos de censura previa que afecte la libertad de expresión de los particulares.

Respecto de este tipo de procedimientos, la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos ha expresado en su informe sobre libertad de expresión en Internet que

En general, salvo casos extraordinariamente excepcionales, este tipo de mecanismos pone a los intermediarios privados en posición de tener que tomar decisiones sobre la licitud o ilicitud de los contenidos y, por las razones que ya han sido explicadas, genera amplios incentivos hacia la censura privada. De hecho, regímenes de notificación y retirada extrajudicial han provocado frecuentemente la remoción de contenidos legítimos, incluso especialmente protegidos. Cómo se señaló anteriormente, dejar las decisiones de remoción al arbitrio de actores privados que no tienen la capacidad de ponderar derechos e interpretar la ley de conformidad con los estándares en materia de libertad de expresión y otros derechos humanos, puede perjudicar seriamente la libertad de expresión garantizada por la Convención. Por esta razón, los esquemas de imposición de responsabilidad de intermediarios deben contar con garantías judiciales suficientes para no generar o incentivar mecanismos de censura privada (OEA, CIDH, 2013: párrs. 105 y 106).

La relatoría considera que

la exigencia de remover contenidos por parte de los intermediarios, como condición para no ser considerados responsables por una expresión ilícita, solamente debería proceder cuando sea ordenada por una autoridad judicial o de naturaleza similar, que opere con suficientes garantías de independencia, autonomía e imparcialidad y que tenga la capacidad para evaluar los derechos en juego y ofrecer las garantías necesarias al usuario (OEA, CIDH, 2013: 14; el resaltado me pertenece).

Es que los intermediarios no deben tener la obligación ni la carga de proteger los valores democráticos que se encuentran detrás del derecho a la libertad de expresión. En este sentido, ante la incertidumbre sobre una eventual responsabilidad, puede esperarse que los intermediarios terminen suprimiendo toda la información que consideren que podría dar lugar a una condena en su contra.

V. Conclusiones

Solamente teniendo en consideración que cualquier político o funcionario público puede encontrarse habilitado a remitir una notificación extrajudicial a fin de que se eliminen de los resultados las informaciones que afecten su honor, debería bastar para que se reconsidere la regla creada por la Corte.

Al respecto, me resulta difícil imaginar que si, en lugar de encontrarse obligada a iniciar una demanda, la jueza Servini de Cubría hubiera estado habilitada a remitir una simple carta documento a fin de que se eliminaran las noticias que ella entendía que afectaban su buen nombre, la empresa se hubiera detenido a analizar si sus manifestaciones resultaban suficientes para efectuar el bloqueo.

Es claro que en caso de prosperar este tipo de procedimientos, se vería violentamente afectado el derecho de acceder a la información, que es la contracara del derecho a la libertad de expresión, sobre todo si los que reclaman el bloqueo de información son personas expuestas públicamente, que llevan a cabo funciones públicas o son candidatos a dirigir los destinos del país.

Por todo lo expuesto, considero que con relación a los contenidos que importen lesiones al honor, debería exigirse la intervención judicial para su bloqueo o eliminación, a fin de evitar la censura de expresiones legítimas. Debe tenerse presente que las afectaciones al honor se caracterizan por ser de dificultosa interpretación respecto de si constituyen un ataque ilícito o son el ejercicio de la libre expresión.

Si bien se encuentra en juego la celeridad con que se resuelvan posibles ataques al honor de las personas, se entiende que los valores democráticos deben primar por sobre aquellos.

En palabras de Saba: “El mero hecho de sentirse dañado por una expresión no puede implicar una justificación para limitarla” (Fiss y Saba, 2000). Debemos recordar que para fortalecer el sistema democrático debemos contar con un robusto intercambio de ideas, con la participación de la mayor cantidad de voces, a fin de lograr los mejores argumentos para alcanzar decisiones que incluyan a todos los colectivos involucrados.

VI. Bibliografía

Bertoni, E. (2015). Internet en Argentina. ¿Cómo estamos hoy? CELE. Universidad de Palermo. Recuperado de <http://www.palermo.edu/cele/pdf/investigaciones/Mapping-ARG-CELE.pdf>

- Bertoni, E. (comp.), (2012). *Hacia una Internet libre de censura*. Buenos Aires: Universidad de Palermo.
- Borda, G. (2014). El fallo de la CSJN sobre la información por internet y libertad de expresión. *La Ley*, (209). Cita Online AR/DOC/4088/2014.
- Fiss, O. y Saba, R. (2000). El valor de la libertad de expresión. *Apuntes de Derecho*, (7).
- Nino, C. S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- OEA, CIDH. (2013). *Libertad de Expresión e Internet*. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Recuperado de http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf
- Quiroga Lavié, H. et al (2001). *Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Tomeo, F. (2014). Buscadores de Internet: Un fallo histórico. *La Ley*, 2014-F. Cita Online AR/DOC/4080/2014.

La prórroga de jurisdicción mediante Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones bajo la luz del derecho constitucional



*Juan Erbin**

I. Introducción

El desarrollo del comercio internacional, así como el avance de las corporaciones transnacionales, con el apoyo de sus países de origen, puso en marcha en la década del '60 del siglo pasado un proceso global con el objetivo de superar las barreras aduaneras. De este modo se avanzó en la instrumentación de políticas de apertura económica y de liberalización a las inversiones extranjeras por parte de los Estados nacionales.

Este proceso se manifestó en un crecimiento de los flujos de inversión extranjera directa producto de la globalización, lo que llevó a que los gobiernos incorporen esta variable en sus políticas de crecimiento económico, generando una puja para atraer inversiones internacionales como fuente de financiamiento.

Así, en las décadas del '80 y '90, con el fuerte impulso de los postulados ideológicos del neoliberalismo a nivel global, se desembocó en numerosos casos en políticas unilaterales de liberalización de los regímenes de inversión y liberalización financiera, conjugados con reglas

* Abogado especialista en Derecho Administrativo (UBA). Magister en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA, tesis en elaboración). Abogado asesor de la Procuración del Tesoro de la Nación. Ex Subdirector Nacional de Asuntos Judiciales de la Procuración del Tesoro de la Nación. Docente de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (UBA). Autor de diversas publicaciones sobre temas de derecho público.

internacionalmente aceptadas sobre la materia. De este modo, se fueron concibiendo una serie de instrumentos internacionales (bilaterales, regionales y multilaterales) que incorporaron, de manera directa o indirecta, cuestiones relacionadas con las inversiones.

En este contexto se insertan los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones (TBI o BIT), los que al año 2003 eran, de acuerdo a datos de la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo), 2.265.¹ A su vez, para el año 2010, se contabilizaban 2.807 instrumentos firmados y aprobados por las naciones del mundo.²

En lo que interesa a este Trabajo, “la Argentina es una de las naciones que tiene más BIT en vigencia, ingresando al grupo de los 20 países con mayor número de tratados concluidos, igualando a España y Suecia (54 tratados vigentes cada 1) y superando a Estados Unidos (39)”.³

De acuerdo a un informe de Magdalena Bas Vilizzio, al año 2015 Argentina poseía 55 TBI vigentes,⁴ y se ha registrado la suscripción de un nuevo TBI, con el Estado de Qatar en 2017.

Resulta interesante destacar que 24 TBI se encuentran suscriptos con naciones europeas, 15 con naciones americanas, 10 con naciones asiáticas, 5 con naciones africanas, y 1 con una nación de Oceanía.⁵

A su vez, de los 15 TBI suscriptos con naciones americanas, solo 5 lo son con países de la región sudamericana. Es dable señalar que en este grupo se encuentran TBI con México, EE. UU. y Canadá.

El presente trabajo pretende analizar el fenómeno de la proliferación de los TBI como una forma de integración regional y extrarregional. A la vez, se intentará repensar cual es su régimen constitucional y jerarquía normativa, de acuerdo a nuestra Carta Fundamental.

1 Conf. Ortiz, R. (2006). *Los tratados bilaterales de inversiones y las demandas en el CIADI: la experiencia argentina a comienzos del siglo XXI*. Recuperado de https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CC4QFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.inpade.org.ar%2Ffile_download%2F58%2FFOCO%2B-Argentina%2C%2Blos%2BBITs%2By%2BeI%2BCIADI%2Besp-2006.pdf&ei=okVIUqz5Mo2c9QT31YGAAw&usq=AFQjCNHoRJkxMDJeKwk-T4VYmDLCMbcV9w&bvm=bv.55139894,d.eWU

2 Conf. Minaverri, C. M. (2012). *El Arbitraje como mecanismo de solución de disputas: El caso argentino en el CIADI*. Buenos Aires: UNSAM.

3 Conf. Ortiz, R. (2006), *op. cit.*, p. 4.

4 Conf. Bas Vilizzio, M. (2015). Solución de Controversias en los Tratados Bilaterales de Inversión: mapa de Situación en América del Sur. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 3(5). Recuperado de <http://dx.doi.org/10.16890/rstpra3.n5.233>

5 Conf. Ortiz, R. (2006), *op. cit.*, Anexo 1, p. 48.

II. La clasificación de los Tratados Internacionales por nuestra Constitución Nacional

Para entender el fenómeno de los TBI, en primer lugar, debe conocerse y analizarse el marco jurídico constitucional en el que se insertan. Es que más allá de la voluntad de la Nación argentina de abrirse al mundo e intentar generar condiciones que, supuestamente, favorezcan el arribo de inversiones extranjeras, las acciones que realicen los poderes constituidos deben ajustarse y someterse a la Constitución Nacional.

Nuestra Constitución prevé distintas especies de tratados, sometidos a distintos regímenes de aprobación, y con diversa jerarquía legal.

Previo a introducirnos en el objeto de este punto, es dable recordar que el artículo 27 de la CN indica un primer requisito para la constitucionalidad de los instrumentos internacionales: estar conformes a los principios de derecho público, establecidos estos en la misma Constitución Nacional.

María Angélica Gelli sostiene, refiriéndose a la reforma de 1994, que

el principio del art. 27 mantuvo su plena eficacia y con él la preminencia de la Constitución por sobre los tratados, con la excepción de los tratados de derechos humanos a los que el art. 75 inc. 22, declaró con jerarquía constitucional.⁶

Tanto los tratados aprobados por el mecanismo ordinario como los tratados de integración poseen una jerarquía superior a las leyes, lo que implica, ante la falta de otra disposición en contrario, que se encuentran subordinados a la Constitución Nacional (art. 75, incs. 22 y 24). Máxime cuando el propio constituyente estableció expresamente qué tipo de tratados tenían rango constitucional.

A su vez, el artículo 75, inciso 22, establece una categoría especial para los tratados de derechos humanos allí enumerados y los que en el futuro se aprueben bajo determinadas mayorías. Estos documentos, en las condiciones de su vigencia, poseen rango constitucional pero no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios a los derechos y garantías allí reconocidos.

En este sentido, Néstor Pedro Sagüés, si bien en una posición no mayoritaria, refiriéndose a los Tratados de Derechos Humanos –constitucionalizados o a constitucionalizar, citados en el artículo 75, inciso 22, o aquellos que se aprueben por el procedimiento especial allí establecido–, indicó que “de haber conflicto entre algún precepto de las susodichas convenciones, pactos, etc., con una regla de la primera parte de la Constitución, prevalecería ésta, y no la norma internacional”.⁷

⁶ Conf. Gelli, M. A. (2008). *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*. Buenos Aires.: La Ley, p 417.

⁷ Sagüés N. P. (1994). Los Tratados Internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994. *La Ley*, (1994-E), 1036 y ss.

Así se ha expedido la Corte Suprema in re “Chocobar Sixto” (*Fallos* 319:3241).

Por su parte, Agustín Gordillo sostiene la supranacionalidad de los tratados y sus normas derivadas, luego de destacar algunas de las previsiones en particular de diversos tratados firmados por el Estado nacional.⁸ En este punto, conviene resaltar que el propio autor distingue entre las conclusiones que se desprenden de la Constitución y su opinión personal.⁹

El mismo Gordillo, en su libro *Derechos humanos*, sostiene que

La Convención como derecho supranacional elimina, obviamente, el dogma o mito interno de cada país –o gobierno– como poder incondicionado o ilimitado. Si había dudas posibles al respecto, “es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver”.¹⁰

Por su parte, Gelli, refiriéndose a aquellos instrumentos explícitamente incluidos en el texto constitucional, pregona que estas “convenciones no han derogado artículo de la primera parte, y se consideran complementarias a los derechos allí reconocidos. Se entiende que el constituyente ya ha realizado el juicio de constitucionalidad, por lo que no puede pregonarse su incompatibilidad”.¹¹

Un análisis más detenido merecen los tratados de integración indicados en el artículo 75, inciso 24. Se trata de acuerdos internacionales por los que se delegan competencias y jurisdicción a organizaciones supranacionales en condiciones de reciprocidad e igualdad, que respeten el orden democrático y los derechos humanos, aprobados bajo una determinada mayoría.

El texto constitucional establece la jerarquía de estos instrumentos por encima de las leyes, sin embargo nada dice con referencia a la Constitución Nacional, por lo que ante el silencio, en atención el tratamiento dado a los acuerdos de derechos humanos del artículo 75, inciso 22, 2º párrafo, debe entenderse que el constituyente ha querido subordinarlos a la carta magna. De este modo ha interpretado Gelli el texto constitucional.¹²

8 Conf. Gordillo, A. (2001). *Tratado de Derecho Administrativo: tomo I*. Buenos Aires: Fundación Derecho Administrativo, p. VI-6.

9 Textualmente el autor indica, refiriéndose a la Constitución Nacional: “Admite así el carácter supralegal y para nosotros supranacional de los tratados y sus normas derivadas, algunos de los cuales también reconocen inequívocamente la inexistencia de soberanía (Tratado Antártico), 16 llegando –en su máxima expresión actual– a la admisión de una jurisdicción internacional para ciertos crímenes de lesa humanidad, 17 y extranjera para otros ilícitos.” Gordillo, A. (2001), *op. cit.*, p. VI-4.

10 Gordillo, A. (2001). *Derechos humanos*. Buenos Aires: Fundación Derecho Administrativo, pp. III-1 y ss., con cita de Pescatore, P. (1981). Aspectos judiciales del acervo comunitario. *Revista de Instituciones Europeas*, 8(2), p. 348.

11 Gelli, M. A. (2008), *op. cit.*, p. 225.

12 “De acuerdo al art. 75 inc. 22 de la Ley Suprema, los tratados –cualquiera sea su contenido o materia– sólo son jerárquicamente superiores a las leyes. Por lo tanto, aquellos se encuentran por debajo de la Constitución. Del mismo modo, el art. 75 inc. 24 dispone que las normas dictadas en su consecuencia son superiores a las leyes. Esta cláusula, tal como está redactada y en concordancia con el inc. 22 del art. 75, significa que

Aquí conviene hacer un reparo y repasar lo apuntado por el profesor Néstor Pedro Sagüés, quien, a nuestro entender, parece dar en el eje de la cuestión. El catedrático sostiene que

en realidad, la nueva norma constitucional debió decir que el tratado tenía jerarquía constitucional, ya que la transferencia de competencias nacionales a un ente supraestatal conlleva, a menudo, una “reforma indirecta” de la Constitución (v. gr., si se dan facultades legisferantes al órgano supranacional, o atribuciones judiciales por las que puede dejar sin efecto fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).¹³

Por su parte Cassagne es partidario de la infraconstitucionalidad de los tratados del artículo 75, inciso 24. Por más que la concepción de la soberanía se haya vaciado de gran parte de su contenido, indica, lo cierto es que una porción de esta el Estado siempre conserva, aunque restringida por la “cesión sistemática” de competencias a entidades supraestatales, lo que supone la transferencia tanto de la titularidad como de su ejercicio. En tal sentido, los Estados no han renunciado (ni podrían hacerlo) a la potestad que poseen para denunciar los tratados internacionales, asumiendo las responsabilidades consiguientes.¹⁴

Además, indica que la denominada “delegación sistemática” siempre debe hacerse dentro de los parámetros indicados por el constituyente en el artículo 75, inciso 24, en cuanto a su procedimiento de formación como a su sustancia, lo que aduna su posición por debajo de la Constitución en la pirámide jurídica.¹⁵

En esta misma corriente se encuentra Horacio D. Rossatti, que sitúa los instrumentos del artículo 75, inciso 24, dentro de aquellos con jerarquía superior a la ley pero que no pueden alcanzar rango constitucional.¹⁶

Poca discusión doctrinaria trajo aparejada la situación de los documentos referidos en el artículo 75, inciso 22 primer párrafo.

Los tratados, convenciones, declaraciones, etc., relativos a derechos humanos, ya aprobados o a aprobarse en el futuro sin la mayoría calificada, así como cualquier tratado con uno o varios Estados, la Santa Sede u organizaciones internacionales, gozan de una jerarquía superior a la ley.¹⁷

En lo que respecta a este trabajo, como se desarrollará más adelante, resulta pertinente destacar que los tratados de integración poseen un procedimiento constitucional especial para su aprobación, y su jerarquía constitucional se encuentra controvertida.

las normas legales y jurisprudenciales emanadas de los organismos supranacionales en los cuales se delegan competencias y jurisdicción, están por encima de las leyes de orden interno”, Gelli M. A. (2008), *op. cit.*, p. 241.

13 Sagüés, N. P. (1994), *op. cit.*, p. 1040.

14 Conf. Cassagne, J. C. (2000). *Derecho Administrativo: tomo 1*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 160 y ss.

15 Cassagne, J. C. (2000), *op. cit.*, p. 162

16 Rosatti, H. D. (2003). Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino. *La Ley* (2003-F), p. 1283

17 Conf. Gelli, M. A. (2008), *op. cit.*, p 593; Sagüés, N. P. (1994), *op. cit.*, pp. 1037 y 1039; Rosatti, H. D. (2003), *op. cit.*; Cassagne, J. C. (2000), *op. cit.*; entre otros. En contra, Gordillo, A. (2001), *op. cit.*

Así, para la aprobación de los acuerdos de integración con los Estados latinoamericanos se requiere el voto de la mayoría absoluta de los miembros y de cada una de las Cámaras del Congreso de la Nación.

Todo ello evidencia la relevancia institucional que posee la realización de procesos de integración, quedando claramente diferenciados estos de los meros acuerdos de un tratado bilateral.

También es dable detenerse e indagar en la relación entre las normas emanadas de los tratados del artículo 75, inciso 24, las que nazcan de los órganos creados en virtud de estos instrumentos y las del artículo 75, inciso 22, primer párrafo.

La profesora de Derecho Internacional Público, González Napolitano, concluye que

se puede afirmar que las normas dictadas por las organizaciones supranacionales, si bien estarán por encima de las leyes deben respetar los derechos humanos: por ende, los tratados sobre estos derechos serán superiores jerárquicamente. Pero cabe preguntarse, ¿qué orden de prelación tendrán respecto del resto de los tratados? Pareciera que la nueva C.N. se limita a considerar a estas normas por sobre las leyes del Congreso, al igual que cuando se refiere a los tratados y concordatos, de modo que se encontrarían en un pie de igualdad. De ser así, es de suponer que en caso de oposición entre ambos, el conflicto se resolvería por los principios de “ley posterior” y “ley especial”, sin perjuicio de la responsabilidad internacional que acarreará el incumplimiento de la norma internacional en vigor.¹⁸

Por último, corresponde hacer mención a los tratados que suscriban las provincias y la Ciudad de Buenos Aires referidos en el artículo 124.

Lo acordado en estos convenios no debe ser incompatible con las facultades delegadas a la nación. Por lo tanto, estos deberán subordinarse al derecho constitucional y federal.

Por último, no debe olvidar mencionarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Claren” (*Fallos* 337:133), y recientemente en el controvertido fallo “Fontevicchia” (sentencia del 14 de febrero de 2017, CSJN 368/1998 (34-M)/CS1), reafirmó la primacía del orden federal local por sobre el internacional.

III. Los Tratados Bilaterales de Inversión. Principales características

¿Qué es un tratado bilateral de inversión o TBI? Ricardo Ortiz describe su contenido:

Sus principales características no han variado mucho a lo largo de los años. Las cláusulas más importantes siguen siendo el alcance y la definición de lo que es una “inversión externa” (incluyendo inversiones de cartera e inversión directa, bienes tangibles e intangibles, entre otros); trato nacional y trato de nación más favorecida; trato justo y equitativo; garantías y compensaciones en caso de expropiación y compen-

18 González Napolitano, S. S. (1995). Las Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno a partir de la Reforma Constitucional de 1994. *Prudentia Iuris*, (37).

saciones por guerra civil y revoluciones; garantías para la libre remisión de ganancias, fondos y repatriación de capital; y las estipulaciones en lo relativo a resolución de controversias. Otras cuestiones que han ido integrando algunos tratados en los últimos años son los requisitos de desempeño; libre contratación, ingreso y salida de personal extranjero, mecanismos de arbitrajes y excepciones generales.

Desde su génesis, se trata de un tratado, como indica su nombre, entre la Argentina y otra nación. Su objeto y modo de aprobación nos lleva a ubicarlos dentro de aquellos instrumentos que el artículo 75, inciso 22, otorga una jerarquía superior a las leyes. Asimismo, de dicha norma constitucional se desprende que carecen de rango constitucional.¹⁹

La conclusión de su encuadre se desprende con meridiana claridad no solo por su contenido —no versan sobre derechos humanos, ni resultan compromisos de integración regional en condiciones de reciprocidad—, sino también por su procedimiento de aprobación.

El fundamento económico de estos tratados se origina en la necesidad de los países exportadores de capital de dar a sus nacionales que invierten en países en desarrollo una protección confiable basada en un acuerdo intergubernamental que no puede ser modificado unilateralmente por el país receptor de la inversión.

En los países latinoamericanos, la protección casi irrestricta a las inversiones tomó cuerpo a partir del entendimiento de que el arribo de capitales extranjeros (vía préstamos, inversiones de cartera e inversión extranjera directa) provocaría el desarrollo y el crecimiento económicos. Para fomentar su llegada, se aplicó una política de “puertas abiertas”. El apoyo a la llegada de capitales extranjeros se basó en la idea de que estos jugarían dos roles. Por un lado, compensarían el déficit en el ahorro nacional, permitiendo así el financiamiento de la actividad económica, aportando divisas y generando crecimiento económico; por otro, el libre flujo de estos capitales ayudaría a modernizar las economías, concretando el uso de nuevas tecnologías y aumentando la competitividad y la eficiencia frente a los capitales locales más parasitarios. Estas dos vertientes permitirían la inserción internacional de los países como exportadores. Sin embargo, la llegada de estos capitales extranjeros no habría garantizado el desarrollo económico interno, exacerbando la dependencia de los países al comercio exterior, trayendo como lógica consecuencia la sujeción de las economías nacionales a los vaivenes del escenario internacional.²⁰

En efecto, y como contracara, los TBI se fundan, supuestamente, en la necesidad de los países en desarrollo del ingreso de capitales en su territorio, resultando la firma de estos tratados una medida de atracción y seducción.²¹

19 Conf. Araujo, F. M. y Torres, M. C. (2012). Apostillas a la problemática de la prórroga de jurisdicción en tribunales extranjeros o arbitrales en materia de deuda soberana. *Revista Derecho Público*, 1(3), 51.

20 Conf. Ghiotto, L. (2015). La “libertad de invertir” a la luz del caso argentino: un análisis de los Tratados Bilaterales de Inversión. TLA-MELAU. *Revista de Ciencias Sociales*. (Puebla, México) / *Nueva Época*, 9(38), 24-44.

21 Conf. Ymaz Videla, E. M. (1999). *Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales*. Buenos Aires: La Ley, p. 9.

Su estructura normativa ha hecho concluir a un sector de la doctrina que los Estados ingresan a los TBI resignando un tramo de su soberanía, la de la ley y jurisdicción de aplicación.²²

Ahora bien, en lo que respecta a este trabajo, resulta relevante detenernos en dos aspectos que se encuentran presentes en la mayoría de estos tratados: la inclusión de la cláusula de nación más favorecida y la prórroga de jurisdicción en tribunales internacionales.²³

Existe un elemento que transforma a los TBI de meros instrumentos bilaterales a elementos integrantes de una compleja red jurídica de derecho internacional. Se trata de la inclusión en ellos de la cláusula de “trato de la nación más favorecida”.

Esta cláusula, inserta en un acuerdo celebrado entre dos países, conlleva a que, habiéndose otorgado ventajas comerciales recíprocas, se comprometen a extenderse mutuamente las ventajas superiores que cada uno de ellos pudiera pactar por separado en negociaciones posteriores –o anteriores– con terceros países.

Esta cláusula generaliza las ventajas y crea un entramado de protecciones donde el objetivo es la mayor liberalización.²⁴

Así, la proliferación de este tipo de cláusulas en los diversos TBI genera la construcción de una red jurídica donde el conjunto de estos instrumentos internacionales conforman un bloque normativo, por el cual se rigen las relaciones entre la Argentina y un grupo de países extranjeros, produciéndose una especie de integración comercial y jurídica que merece ser resaltada.

Cabe destacar que de la proliferación y multiplicidad de estos tratados bilaterales de inversión, ha resultado un entramado de integración económica entre los países que ha dado una relación asimétrica entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo.

Si bien suman varias decenas, tales convenios no presentan carácter casuístico ya que, más allá de las diferentes soluciones que cada instrumento puede presentar, las variaciones resultan homogeneizadas en virtud de la inclusión en la mayoría por la “cláusula de la nación más favorecida”. Sobre la base de dicha cláusula, el beneficiario del tratamiento, oriundo –u originario– del Estado inversor, tiene el derecho de que se le reconozcan las prerrogativas o privilegios más beneficiosos acordados por el Estado receptor con un tercer Estado, ya sea antes o después de que el tratado bilateral celebrado por el primero se encuentre vigente.²⁵

22 Barcesat, E. S. (2012). Ruptura de la dependencia de los TBI y el CIADI. *Revista Derecho Público*, 1(3), 3.

23 Es menester señalar que no se ha realizado un análisis sistemático de la totalidad de los TBI suscriptos por la Argentina, sino que se procedió a estudiar solo algunos de ellos. Por lo tanto, se aclara que estas cláusulas podrían encontrarse en la totalidad de TBI, sin embargo ello no ha sido objeto de análisis.

24 “La cláusula de Trato de Nación Más Favorecida permite al inversor aprovechar las condiciones fijadas por otros tratados que pudieren ser más favorables para su inversión. Si un TBI firmado por una parte otorga determinados beneficios a un inversor de un Estado, también debe dar el mismo beneficio a un tercero con quien haya suscripto otro TBI”. Ghiotto, (2015), *op. cit.*, 38.

25 Conf. Fayt, C. S. (2007). *La Constitución Nacional y los Tribunales Internacionales de Arbitraje*. Buenos Aires: La Ley, pp. 87 y ss.

El otro aspecto de interés es la prórroga de jurisdicción que se produce por la inclusión de cláusulas de solución de controversias mediante arbitrajes. En efecto, por los TBI se sustrae del conocimiento de los tribunales locales los conflictos entre los inversores extranjeros y la Argentina, estableciéndose la jurisdicción de un Tribunal Arbitral Internacional para resolver la cuestión.

En este sentido, si bien la integración entre los países que suscriben TBI se daría de una forma particular, hasta técnicamente defectuosa, las características del sistema que terminan construyendo exceden las de un marco bilateral de un acuerdo internacional.

Luciana Ghiotto sostiene que

Lo que no se pudo avanzar con los grandes tratados de libre comercio en los años noventa (como con el fallido ALCA), se firmó más rápidamente vía TBI, es decir, protegiendo la circulación del capital en su forma de inversión extranjera directa. Por ejemplo, Argentina no ha firmado directamente ningún tratado de libre comercio, pero sí tiene 55 tratados bilaterales de inversión que protegen el comercio de inversiones y a las inversiones en sí mismas. Lo importante aquí es resaltar que los TLC y los TBI no son cosas necesariamente distintas. Los tratados bilaterales tratan directamente sobre inversiones, mientras que los de libre comercio incluyen, además del capítulo sobre inversiones, los “nuevos temas comerciales”... La mayoría de estos acuerdos, tanto los tlc como los tbi, tienen otra cuestión en común. Impulsan la apelación a un particular mecanismo de solución de controversias: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI).²⁶

En efecto, una de las consecuencias de este sistema es que se ha erigido un órgano supranacional –el CIADI– como el encargado de interpretar el derecho, resolver soluciones concretas y, a la vez, retroalimentarlo mediante sus laudos generando nuevos instrumentos normativos.

Por otra parte, dada la peculiaridad del sistema, el objeto de las cuestiones litigiosas, en todos los casos se centrará en el debate de cuestiones de derecho público, políticas públicas y ejercicio de prerrogativas estatales. Es que del análisis de diversos TBI se puede extraer como denominador común que el sistema viene a inhibir y a prevenir al inversor de riesgos derivados de actos de los poderes del Estado tendientes a regular la economía y de facultades de policía propias del poder público.

A ello debe agregarse que el escenario principal de las inversiones se centra en empresas y negocios fuertemente regulados por el Estado: servicios públicos, transporte, bancos, energía, obra pública y crédito público, por citar algunos casos. En estos supuestos, las actividades donde se insertan los inversores están regidas por un régimen exorbitante de derecho privado. Este régimen se ve alterado por el ingreso del inversor y sus reglas de juego especiales establecidas en el sistema de los TBI.

26 Conf. Ghiotto, L. (2015), *op. cit.*, 32.

Lo cierto es que, ya sea por el régimen propio de la actividad, o bien porque se inhiben prerrogativas regulatorias de las actividades económicas, el sistema de los TBI viene a modificar el régimen de derecho público interno.

IV. El sistema CIADI a la luz de la Constitución Nacional

Por lo tanto, surge que la Argentina se encuentra inserta en un marco de relaciones internacionales con un grupo de países regido por un bloque normativo especial configurado por los TBI, por el cual se ha establecido un marco jurídico especial.

Este bloque normativo genera una legislación especial aplicable tanto para los países extranjeros como para sus nacionales. A la vez, produce una alteración en la jurisdicción que no solo desplaza al Poder Judicial de la Nación del conocimiento de los conflictos suscitados en este proceso de integración económica, sino que torna a sus pronunciamientos de un valor jurídico nulo, inferior aun a lo de los expertos de parte. Efectivamente, si bien no se trata de acuerdos multilaterales de integración, el complejo jurídico que se deriva de la proliferación de TBI trae como consecuencia un fenómeno jurídico muy similar.

Asimismo, se produce un desdoblamiento de regímenes jurídicos: por un lado para los países –y sus nacionales– que conforman el sistema, en cuyo ámbito impera las normas del TBI y la jurisdicción internacional, y por otro, el régimen jurídico que impera para los nacionales argentinos y para los países y sus nacionales que no hubiesen suscripto TBI, que se rige por el derecho local, sin restricciones, y sometido al control del Poder Judicial de la Nación.

Sin perjuicio de ello, los TBI no fueron concebidos como Tratados de Integración en los términos del artículo 75, inciso 24, sino como tratados bilaterales en los términos de los artículos 27 y 75 inciso 22 de la CN, como ya se ha dicho. Por lo tanto, de ningún modo podrían alterar la Constitución Nacional.²⁷

Debe recordarse que los tratados de integración pueden ordenar la constitución de parlamentos, consejos o tribunales con capacidad de decisión y de imposición sobre los Estados parte del acuerdo de integración, y sobre los habitantes de cada uno de ellos; de crear, en suma, derecho comunitario.²⁸

El sistema construido por los TBI se encuentra fuertemente cuestionado por un sector de la doctrina. Se ha sostenido que

cláusulas de sumisión de la ley y jurisdicción de aplicación son nulas de nulidad total y absoluta, insusceptibles de ser convalidadas por tribunal y autoridad alguna, y causal suficiente y autónoma para tumbar la pretensión de validez del TBI en cuestión... sería totalmente semejante a que por un TBI el

27 Conf. Fayt, C. (2007), *op. cit.*, pp. 107 y ss.

28 Conf. Gelli, M. A. (2008), *op. cit.*, p. 241.

Estado que recibe la inversión renuncia a parte de su territorio. No es menos gravosa la renuncia a la ley y jurisdicción de aplicación que la de la integridad territorial.²⁹

Esta posición critica el contenido sustancial del sistema jurídico por cuanto entiende que la prórroga de jurisdicción y la alteración de la legislación local mediante un tratado bilateral repudia los principios básicos de nuestra Constitución Nacional.

La inconstitucionalidad del sistema radicaría en que principios de derecho público impiden ceder atributos de la soberanía, como es la función jurisdiccional de los tribunales federales argentinos, no tratándose en cuestiones encuadrables en el ámbito de los delitos de lesa humanidad. Tampoco, sostienen, se verifica en el caso, prórroga de jurisdicción a favor de organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos en el marco de tratados de integración, con arreglo al artículo 75, inciso 24.³⁰

El reciente laudo del Tribunal Arbitral del CIADI, en el reclamo seguido por quienes fueran accionistas de la empresa controlante Interinvest S. A. de Aerolíneas Argentinas S. A. y Austral Líneas Aéreas Cielos del SUR S. A., reaviva el debate sobre el sistema de solución de controversias creado por tratados bilaterales de inversión.³¹

Recordemos que el riesgo de desaparición de las compañías aéreas llevó al Estado nacional a hacer uso de la prerrogativa constitucional, y expropiar las acciones de las compañías, haciéndose cargo del pasivo y, de este modo, resguardar el servicio de aeronavegación. Ello fue objeto de análisis por nuestro Congreso Nacional y derivó en la sanción de la Ley N° 26466.

Conforme a la Constitución Nacional, se llevó adelante un juicio de expropiación ante los tribunales federales de la República Argentina que derivó en una valuación negativa de la empresa de más de 700 millones de dólares.

En este sentido, la Sala V de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones ratificó la expropiación por el valor negativo, perfeccionándose la transferencia del paquete accionario al Estado nacional.³²

Mientras tanto, en el marco CIADI, las empresas y empresarios españoles que vaciaron la aerolínea se desprendieron de los derechos sobre el arbitraje, cediéndolos al fondo Burford Capital.

29 Conf. Barcesat, E. S. (2012), *op cit.*, p 17.

30 Conf. Corti, A. H. (2013). Acerca de la nulidad absoluta de los laudos arbitrales del CIADI y vías procesales para su impugnación. *Revista Derecho Público* 1(3), 31.

31 Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. (DEMANDANTES) y La República Argentina (DEMANDADA) (Caso CIADI No. ARB/09/1), laudo del 21 de julio de 2017. Recuperado de http://icsidfiles.worldbank.org/ICSID/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C520/DC10835_sp.pdf

32 Conf. www.pjn.gob.ar

Con la conducción de Burford Capital, el tribunal CIADI condenó a la República Argentina en 320.000.000 de dólares por los daños causados a los inversores extranjeros de Aerolíneas Argentinas y Austral, que dejaron una empresa en bancarrota con un valor negativo declarado por la justicia de nuestro país, generándose, de este modo, lo que se conoce como una duplicidad de soluciones para un mismo caso. Bajo un sistema jurídico, el Estado argentino asumió el pasivo de la empresa y no debía abonar suma de dinero alguna, mientras que bajo el otro, además de asumir dichas deudas, debía abonar una exorbitante suma de dinero.

Es menester destacar que el valor negativo de la empresa, determinado bajo el sistema jurídico argentino, no fue establecido unilateralmente por el Poder Ejecutivo, sino que fue determinado por el Poder Judicial de la Nación luego de un extenso proceso, donde la sociedad expropiada tuvo todas las garantías constitucionales para defender su posición.

Más allá de la dualidad de regímenes jurídicos –expropiación local vs. tutela del inversor internacional mediante TBI–, el caso nos muestra la limitación del poder estatal y, a la vez, la garantía casi total sobre el riesgo tomado por el inversor extranjero, más allá del devenir de la empresa local. En un mismo complejo fáctico, dos sistemas jurídicos dan soluciones contrapuestas, inhibiendo el laudo del tribunal CIADI la decisión adoptada por el Poder Judicial de la Nación.

En efecto, el Estado argentino debió tomar una empresa en quiebra, realizar inversiones y afrontar su pasivo, lo cual implicó una erogación de dinero de muchos millones de dólares desde 2009. Por ende, el Poder Judicial de la Nación determinó un valor negativo del bien expropiado.

Hasta este punto, de acuerdo a la legislación local, otorgar una indemnización por la expropiación hubiera configurado un enriquecimiento sin causa de los accionistas expropiados, en fraude a los deudores de la sociedad objeto de la expropiación. Así, el Poder Judicial de la Nación falló de tal modo que se evitó consagrar un supuesto de “empresas quebradas y accionistas ricos”. El laudo del sistema CIADI tiró por tierra esta solución jurisdiccional válida y, en los hechos, termina primando por sobre la solución adoptada de acuerdo a nuestro sistema constitucional.

Me permito cerrar el análisis trayendo algunas consideraciones muy recientes vertidas por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. Si bien no se refieren al sistema CIADI, la opinión de nuestro máximo tribunal tiene por objeto al sistema internacional de mayor jerarquía constitucional: los tratados internacionales en materia de derechos humanos aprobados por mayoría especial con artículo 75, inciso 22, de la CN. Consecuentemente, las apreciaciones se pueden extender sin duda al sistema CIADI, que, como se ha dicho, no solo se construye mediante tratados de inferior jerarquía, sino que su constitucionalidad se encuentra controvertida por algún sector de la doctrina.

En “Fontevicchia”, la Corte expresó:

El constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (Fallos: 316:1669; entre otros) [...] 17)

Entre dichos principios incommovibles se encuentra, sin duda alguna, el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del art. 108 de la Constitución Nacional (Fallos: 256:114; 289:193; 318:986; 319:1973; 328:2429; 329:3235, 5913; 330:49, 251; 338:1575; entre muchos otros).³³

V. Algunas conclusiones sobre la validez constitucional de los TBI. El debate actual

Del cuadro de situación descripto, se observa que los numerosos TBI suscriptos y aprobados por la Argentina construyen un sistema jurídico que tendría como fin la integración económica y política con los diversos países que celebraron estos acuerdos.

Si bien el sistema se ha construido mediante documentos celebrados de acuerdo a los artículos 27 y 75 inciso 22 de la CN, las consecuencias jurídicas de su aplicación lo han asemejado a un proceso de integración sui géneris.

Por un lado, se observa la retroalimentación de las normas de cada TBI a través de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. Por el otro, la prórroga de jurisdicción en tribunales arbitrales ha esgrimido al CIADI como el órgano de control del sistema, que termina primando por sobre los sistemas locales.

En este contexto el CIADI resulta ser el tribunal arbitral emblemático de este sistema internacional. Dado que canaliza la mayoría de disputas, sus laudos han introducido principios rectores del sistema.

Las construcciones jurídicas de los laudos, cimentadas la mayoría en normas y principios de derecho internacional privado, introducen modificaciones sustanciales a nuestro sistema de derecho público local, que se apoya y obtiene su validez de la Constitución Nacional.

Consecuentemente, no puede dejar de señalarse que el sistema de los TBI, en su actual estado de desarrollo, constituye un sistema jurídico autónomo, con normas especiales que derogan el derecho público local, con un órgano jurisdiccional preeminente, que dicta laudos obligatorios para el Estado Nacional y que de él se derivan normas de derecho que retroalimentan el sistema.

No debe perderse de vista que, como se ha señalado más arriba, la construcción de sistemas jurídicos de integración internacional constituye una “delegación sistemática” que siempre debe hacerse dentro de los parámetros indicados por el constituyente en el artículo 75, inciso 24, ya sea en torno a su procedimiento de formación, como a su sustancia.³⁴

33 Conf. CSJN (14 de febrero de 2017). CSJ 368/1998 (34-M)/ CSI, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

34 Cassagne, J. C. (2000), *op. cit.*, p. 162. Rosatti, H. D. (2003), *op. cit.*, p. 1283.

Es en este sentido que me permito cuestionar o poner en crisis algunos aspectos del sistema de los TBI, con sustento, desde ya, y con argumentos y razonamientos jurídicos.

En primer lugar, debería ponerse en debate si un sistema jurídico como este puede ser aprobado mediante tratados individuales que se vinculan entre sí, o bien, mediante un tratado multilateral.

De acuerdo al análisis efectuado, la bilateralidad de los TBI es la falacia originaria que determina su crisis, el cuestionamiento y las contradicciones de todo el sistema. Es que bajo la apariencia de convenios bilaterales de tutela recíproca de inversiones en el país se construye un aparato jurídico que somete una relevante parte de la actividad estatal a una normativa que no es la propia —que rige el andamiaje de la administración pública—, derogando normas y principios de derecho público de raigambre constitucional y produciendo una integración comercial y financiera.

Precisamente, el fenómeno de la globalización determina que los grandes actores que interactúan con el Estado, de forma directa o indirecta, posean inversores extranjeros amparados, muchos de ellos por un TBI. Y luego, a consecuencia de ello, se produce la alteración de todo el sistema que regula el vínculo con el Estado y de toda la normativa de orden público que debería imperar en la relación jurídica de que se trate, produciéndose en la casuística un fenómeno de integración jurídica, comercial y financiera.

Ahora bien, esta modificación del régimen jurídico de derecho público se produce de un modo anárquico, desigual, y generando un marco de inseguridad jurídica que merece ser puntualizado: ¿Qué normas imperan en un contrato de concesión de obra pública celebrado entre el Estado Nacional y una sociedad anónima local de accionistas locales y extranjeros? ¿Qué órgano será el encargado de resolver los conflictos que se susciten? ¿Cuál es la extensión del resarcimiento para el contratista por la revocación del contrato por razones de interés público? ¿La revocación del contrato en uso de facultades constitucionalmente válidas generará responsabilidad internacional del Estado? ¿El Estado debe exigir a sus contratistas una declaración jurada de sus accionistas, inversores y/o subinversores a fin de establecer el marco jurídico que regulará la relación?

Podría afirmarse que una de las razones de ser de este desorden normativo radica en el origen y fin de estos TBI: lograr un marco excepcional para los inversores extranjeros y, de este modo, lograr el fomento de ingreso de capitales, bienes y servicios del exterior. Así, un sistema jurídico que parte de la premisa de la desigualdad y de la prerrogativa excepcional para un particular con relación a otro, evidentemente, a la larga, termina entrando en crisis y, desde ya, no propende a una verdadera integración justa y acorde a nuestra Constitución. En efecto, el sistema de los TBI, me atrevo a sostener, difícilmente sería aprobado por el Congreso como un tratado multilateral, pero si lo ha sido mediante la aprobación de una enorme cantidad de tratados bilaterales, produciendo el mismo efecto jurídico.

Me permito concluir que sustancialmente, el sistema de los TBI tampoco recepta los caracteres de reciprocidad y valor democrático que esgrime el artículo 75, inciso 24, de la CN.

Más allá de las críticas políticas, desde el punto de vista jurídico, se evidencia la intención de lograr una estrecha vinculación con determinados países otorgando diversos beneficios, sin transitar los debidos caminos de la integración, que deriva en una indebida técnica normativa que solo podría haberse llevado a cabo mediante los procesos, negociaciones y acuerdos multilaterales.

Por sobre todas las cosas, se puede observar la ausencia de reciprocidad en el sistema de los TBI. La Argentina provee de un régimen excepcional a inversores extranjeros sin recibir a cambio ninguna contraprestación, para sí o para sus nacionales, por cuanto la inversión Argentina en el extranjero, o bien es inexistente, o bien no necesita de dicho régimen para llevar adelante sus negocios.

Todas estas consideraciones podrían llevar a concluir que, por tratarse de un sistema normativo que tiende a la integración, con una clara delegación a un organismo internacional colocado en una posición de prelación supranacional, el mismo no se ajuste al artículo 75, inciso 24, como he dicho.

Cierto es que el sistema jurídico configurado por los TBI necesita una suerte de fórceps para poder encorsetarse dentro del paraguas de la Constitución Nacional. Y quedan dudas acerca de si lo logra.

Civilizadores, peligrosos, iguales. Representaciones estatales del inmigrante: un abordaje desde el derecho público



Gonzalo S. Kodelia*

Todo ser humano es entonces eterno en cada uno de los segundos de su existencia... Ellos y nosotros, y todos los habitantes de nuestro planeta, renacemos prisioneros del momento y del lugar que los destinos nos asignan en la serie de sus avatares.¹

1. Introducción

Los dramáticos sucesos a escala planetaria que estamos atravesando –con emergentes recientes como la provocación supremacista blanca en Charlottesville, Virginia (EE. UU.), y el ingreso de AfD (ultra-derecha neonazi) al Bundestag en Alemania– reactualizan la necesidad vital de proteger la migración y el estatuto de los inmigrantes.

El espeluznante rebrote xenófobo y racista siempre latente en los márgenes sociales cobró nuevo impulso con la victoria de Donald Trump como presidente de los Estados Unidos de Norteamérica y con el ascenso de la extrema derecha europea como movimiento político con vocación de poder real.

* Director del Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de José C. Paz.

¹ Blanqui, L. A. (2002 [1872]). *La eternidad por los astros*. Buenos Aires: Colihue, pp. 96-97.

La crisis estructural del capitalismo y la asimilación de los partidos socialistas a los programas neoliberales son el caldo de cultivo de estas expresiones que invaden el espacio público con toda su carga de violencia, odio y discriminación.

Millones de desplazados por las guerras, el desempleo y las penurias económicas buscan refugio para ellos y sus familias en otros horizontes, dando cuenta de la hidalguía humana que los obliga a no rendirse cuando de sobrevivir y vivir con dignidad se trata.

En este marco, me propongo analizar qué hicimos nosotros, como Estado argentino, con relación al trato que le dimos a la nación que reúne 250 millones de personas en el mundo: la nación migrante.

La idea es ir trazando las respuestas estatales a la inmigración no solo desde el plano formal de las normas y la jurisprudencia sino, principalmente, desde la práctica social que ellas incentivan.

Así, distingo en el transcurso histórico cinco etapas que caracterizan distintas representaciones del inmigrante, acompañadas por un discurso que abona su inclusión o su segregación de la comunidad.

Finalmente, a partir de mi consideración acerca del derecho a la migración como uno de los que merece la más alta protección constitucional, intentaré demostrar la necesidad de entrar en una nueva etapa en el trato a la migración que sea definitivamente tributaria del principio de igualdad y del idéntico valor moral que corresponde a toda persona humana.

2. Nación, nacionalidad, ciudadanía y extranjería

¿Qué es una *nación*? Renan construye su respuesta recurriendo al *pasado* y al *presente*. El principio que ordena a la nación no es ni la raza, ni la lengua, ni la religión, ni los intereses comunes, ni la geografía, ni las necesidades militares. La nación es un *principio espiritual*, caracterizado por “la posesión en común de un rico legado de recuerdos” y por “el consentimiento actual, el deseo de vivir juntos, la voluntad de seguir haciendo valer la herencia que se ha recibido indivisa”.

La nación no es estática, sino “un plebiscito de todos los días”. Las naciones no son eternas, “han comenzado y concluirán”. Ello porque suponen un pasado, pero se reafirman en el presente “por un hecho tangible: el consentimiento, el deseo claramente expresado de continuar la vida común”.

El medio para auscultar la vigencia de este consentimiento necesario no es otro que “el voto de las naciones... único criterio legítimo, aquel al que siempre es necesario volver”. En lo que sea la nación, el pueblo tiene algo para decir, tanto que “si se promueven dudas sobre sus fronteras, consultad a los pueblos disputados. Tienen derecho a opinar en la cuestión”.²

² Renan, E. (1957 [1882]). *¿Qué es una nación?* Madrid: Instituto de Estudios Políticos, pp. 106-110.

Por su parte, Sieyès afirma como presupuesto de la nación “los trabajos que sostienen la sociedad”, es decir, los del campo, la industria, el comercio y las profesiones. Esos trabajos son soportados por el *Estado llano*, es decir, por la clase de hombres que trabajan.

Pero también en las funciones públicas (ejército, justicia, iglesia y administración), “el Tercer Estado constituye las diecinueve vigésimas partes de ellas”. Todas las funciones, menos “los puestos lucrativos y honoríficos... siempre ocupados por miembros de la clase privilegiada”.

Por lo tanto, si la nación se fundamenta en el trabajo, solo ingresa en ella la clase de los hombres que trabajan. La otra, la clase privilegiada, “es una pesada carga impuesta a la nación... que nunca puede llegar a formar parte de ella”.

La nación trabaja, produce, se desenvuelve “en medio del movimiento general”. Aquella clase que permanece inmóvil, “consumiendo la mejor parte del producto sin haber contribuido en absoluto en hacerle nacer”, es extraña a ella “a causa de su holgazanería”.³

Lo que me interesa del primer autor es, como él lo afirma, expulsar “abstracciones metafísicas y teológicas”, al teorizar sobre la nación, reservando a la voluntad del pueblo un lugar determinante. Del segundo, la constitución de la nación por los que trabajan, es decir, aquellos que contribuyen a su sustento y regeneración. Conjugados, ambos permiten orientarse en un rumbo que rechace cualquier concepción mística de la nación y que la recorte al conjunto humano que la hace posible mediante el trabajo.

Quizás la nación nos venga impuesta como *hecho*, es decir, como algo que atiende a la estructura gregaria y parlante de la humanidad. De ahí que podamos entender a la nación como una respuesta al hecho comunitario, a la sociabilidad espontánea que fatalmente debemos soportar como seres que, por necesidad vital, nos necesitamos y nos hablamos.

Ahora bien, cuando abordamos el pasaje a la *nacionalidad*, los materiales jurídicos aparecen como determinantes, recubriendo con lo legal al hecho de la nación. Nacionalidad es, entonces, “la exacta expresión jurídica de un hecho social [la nación] de vinculación preexistente”.⁴ La nacionalidad pasa a depender del ordenamiento estatal, por ser “la situación jurídica con que un hombre es investido por el derecho positivo del estado en relación al mismo estado, según un criterio que aquel derecho adopta...”.⁵ Pero también depende, gustosamente, del ordenamiento internacional, por cuanto es este quien la encapsula en la categoría de derecho humano.⁶

Así, la nacionalidad acoraza al individuo en dos aspectos: por un lado, al dotarlo “de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales” y, por el otro, al “protegerlo contra la privación de

3 Sieyès, E.-J. (1950 [1789]). *¿Qué es el Estado llano?* Madrid: Instituto de Estudios Políticos, pp. 63-70.

4 Corte Internacional de Justicia (6/4/1955). Caso “Nottebohm (segunda fase)”.

5 Bidart Campos, G. J. (2000). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino: tomo I-A*. Buenos Aires: Ediar, pp. 613-614. Esta es la definición que el autor propone para la nacionalidad *política*, es decir, aquella adjudicada por el derecho positivo; distinguiéndola de la nacionalidad *sociológica*, independiente del derecho y adjudicada “espontáneamente, por la pertenencia a una nación...”.

6 Arts. 20, CADH; 15, DUDH; XIX, DADDH; 24.3, PIDCP; 7 y 8, CDN; Corte IDH. (19/1/1984). *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, Serie A N° 4, párrs. 32-33; CSJN. (10/4/2007). “Padilla”. *Fallos*, 330:1436.

su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo”.⁷

Este “mínimo jurídico” representado por el derecho humano a la nacionalidad está recubierto por dos garantías: la prohibición de la apatridia y la asignación necesaria de la nacionalidad *ius soli*.

El apátrida es “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”.⁸ Las normas internacionales imponen ciertas obligaciones a los estados que los colocan en una posición de garante acerca del derecho a la nacionalidad y, de ese modo, prohíben la adopción de decisiones que provoquen apatridia.⁹

La nacionalidad *ius soli*, es decir, aquella del Estado en cuyo territorio nació la persona, es de asignación forzosa.¹⁰ Así, nuestro orden constitucional garantiza el principio de *nacionalidad natural*,¹¹ “en virtud del cual, por aplicación operativa y directa de la constitución, son argentinos todos los nacidos en territorio argentino”.¹² La nacionalidad *ius soli* (también denominada nativa o natural) no puede perderse, es decir, “ninguna ley puede establecer causales ni mecanismos de privación o de pérdida de aquella... sin posibilidad de negarla a alguien, o de privársele de ella”.¹³

Aun cuando en el orden constitucional los términos *nacionalidad* y *ciudadanía* quedan asimilados en algunas de sus disposiciones,¹⁴ corresponde un deslinde de ellos en el orden conceptual. La ciudadanía hace referencia a una cualidad jurídica determinada:

ciudadano, en sentido estricto, es el argentino que goza de los derechos políticos activos y pasivos, es decir, que puede votar y ser elegido, la nacionalidad es el género y la ciudadanía una especie. Si bien todo ciudadano es argentino, no todo argentino es ciudadano.¹⁵

Por ello, que existan causales de suspensión de los derechos políticos,¹⁶ no impacta en el derecho a la nacionalidad sino en la cualidad de ciudadano, la que deberá rehabilitarse una vez cesada la causal inhabilitante.¹⁷

7 Corte IDH. (19/1/1984), *op. cit.*, párr. 34.

8 Art. 1.1, Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 (Dec. Ley Nº 19510/72).

9 Art. 8.1, Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961 (Ley Nº 26960).

10 Arts. 20.2, CADH; 1.1, Convención para Reducir los Casos de Apatridia.

11 Art. 75, 12, CN.

12 Bidart Campos, G. (2000), *op. cit.*, p. 615. También, Ekmekdjian, M. Á. (2000). *Tratado de derecho constitucional*: tomo I. Buenos Aires: Depalma, p. 405.

13 Bidart Campos, G. (2000), *op. cit.*, pp. 617-618. También, Ekmekdjian, M. A. (2000), *op. cit.*, p. 407; Lavopa, F. (2013). Artículo 20. Derecho a la nacionalidad. En E. M. Alonso Regueira (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. Buenos Aires: La Ley, pp. 346-347.

14 Arts. 8 y 20, CN.

15 Ekmekdjian, M. A. (2000), *op. cit.*, p. 404.

16 Arts. 7 y 8, Ley Nº 346; 3 y cc., Código Electoral Nacional (Ley Nº 19945 y modifs.).

17 Art. 9, Ley Nº 346.

La *extranjería* encuentra tutela jurídica desde el preámbulo de la Constitución. Tanto en su formulación histórica¹⁸ como en la actualidad¹⁹ el derecho de las personas migrantes alcanza la más alta consideración constitucional. Extranjero “es cualquier persona que no tenga la nacionalidad argentina”,²⁰ ya sea nativa (*ius soli*), por opción (*ius sanguinis*) o por naturalización. Es el inmigrante que accede al derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino en cualquiera de sus condiciones: permanente, transitorio, refugiado, asilado y, aun, ilegal, indocumentado o fugitivo.

Ahora bien, que el derecho constitucional haya alojado a la *extranjería* como tema protegido, no significa que siempre fueran idénticas sus motivaciones, ni que las representaciones del inmigrante hayan coincidido, ni, por supuesto, que la realidad no haya operado contrariamente a lo dispuesto por las normas.

Si el mensaje constitucional era claramente hospitalario, la práctica jurídica, política y social distó de serlo, muchas veces oponiendo nacionalidad y *extranjería* como motor de discriminaciones violentas y de decisiones violatorias de los más básicos derechos y garantías.

3. De agente civilizador a clase peligrosa

Caseros (febrero, 1852) marca la condición de posibilidad de la Constitución histórica de 1853. El campo de batalla fue el escenario final al que se trasladó la lucha política y jurídica por la configuración de la nación. La victoria militar es el triunfo de la corriente de ideas que plasmó en el orden constitucional las líneas fundamentales de su programa de gobierno.

Su principal promotor, Alberdi, uno de los más lúcidos publicistas latinoamericanos del siglo XIX, encontró en el inmigrante un aliado indispensable contra el gran enemigo del progreso de la nación: el “desierto”.²¹ Pero sabemos que esta era una preocupación compartida: otros también se incomodaban ante el territorio, más precisamente, ante su extensión.

Si para Alberdi la acción política debía guiarse por el postulado de “gobernar es poblar”, para Sarmiento la consigna fue “poblad y cread intereses”. Para el primero, la constitución que debía adoptarse era aquella que sirva “para hacer que el desierto deje de serlo en el menor tiempo posible y se convierta en país poblado”.²² Para el segundo,

18 Arts. 14, 20, 25 y 118.

19 Con el agregado de las fuentes externas (art. 75.22, CN).

20 Ekmekdjian, M. Á. (1994). *Tratado de derecho constitucional: tomo II*. Buenos Aires: Depalma, p. 433.

21 La idea de “desierto”, tan permeable en la cultura política posterior, barrió a los pobladores originarios y contribuyó a la construcción de una identidad argentina de “cariz racista que ignoró la cultura de la población indígena –y la exterminó materialmente– y dio la espalda a una noción de ciudadanía latinoamericana,” Monclús Masó, M. (2016). Derecho a migrar y derechos de los migrantes en la Argentina. En R. Gargarella y S. Guidi (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria: tomo II*. Buenos Aires: La Ley, p. 282.

22 Alberdi, J. B. (1852). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Valparaíso: Imprenta del Mercurio p. 196.

el elemento del orden de un país no es la coerción, son los intereses comprometidos. La despoblación y la falta de industria prohíjan las revueltas... Infundid a los pueblos del Río de la Plata que están destinados a ser una gran nación, que es argentino el hombre que llega a sus playas, que su patria es de todos los hombres de la tierra...²³

La receptividad constitucional de esta demanda fue inmediata. Ya el preámbulo de la constitución histórica de 1853 se dirigió a “todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”²⁴ y el artículo 20 declaró beneficiarios a los inmigrantes “de todos los derechos civiles del ciudadano”, sin que fuera necesario optar por la nacionalidad argentina.

3.1. Una hospitalidad sesgada

Sin embargo, la invitación no fue para todos: *gobernar es poblar*, pero selectivamente, con un pueblo nuevo, no con las antiguas poblaciones hispanas, sino con aquellas de quienes aprender el uso de la libertad, que “requiere para su manejo maquinistas ingleses de origen. Sin la cooperación de esa raza es imposible aclimatar la libertad y el progreso material en ninguna parte”.²⁵

El poblamiento del desierto era imposible bajo los esquemas del pasado, amparado en “leyes que es preciso derogar de un golpe”. Si bien la Argentina “se declara en estado de colonización”, la avanzada debía ser distinta a la española, que

cerró sus colonias a todos los hombres de otra estirpe, idioma y creencia que la suya propia, de donde resultaba un sistema de instituciones exclusivas y prohibitorias que conculcaban todos los principios de libertad de acción y de pensamiento sin los cuales la población del territorio es imposible...²⁶

La exhortación final de *Argirópolis* es reveladora del trasplante al que se aspiraba: “Llamos Estados Unidos de la América del Sud, y el sentimiento de la dignidad humana y una noble emulación conspirarán en no hacer un baldón del nombre a que se asocian ideas grandes”.²⁷

El poblamiento selectivo era el vehículo de la modernización del país atrasado y la forma de incorporar paulatinamente al trabajo, a las masas nativas. La hospitalidad constitucional fue relativa por su sesgo particular hacia un tipo determinado de inmigrante: tal como lo prevé el aún vigente artículo

23 Sarmiento, D. F. (2012 [1853]). *Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina*. Buenos Aires: Hydra, p. 71.

24 Resulta necesario, ante recurrentes equívocos, ratificar que el preámbulo de la constitución nacional jamás incluyó la añadidura “de buena voluntad”, para calificar a los “hombres del mundo” hacia quienes disponía su texto. Conf. Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (2015). *Constituciones Argentinas. Compilación histórica y análisis doctrinario*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

25 Alberdi, J. B. (1852), *op. cit.*, pp. 200-201.

26 Sarmiento, D. F. (2012), *op. cit.*, pp. 69-70.

27 Sarmiento, D. F. (1850). *Argirópolis o la Capital de los Estados Confederados del Río de la Plata*. Santiago: Julio Belín, p. 53.

25, la inmigración que debía fomentarse era la europea. Este programa de fomento quedó plasmado como deber de los gobiernos federal y provincial, también en los artículos 64, inciso 16, y 104 de la Constitución de 1853.

Sin embargo, el convite era solo para disfrutar de los derechos civiles. Para la política faltaba un largo entrenamiento, ya que esta debía acometerse solo por minorías ilustradas, y la Ilustración no formaba parte del programa alberdiano destinado a las masas:

Es un error infelicísimo el creer que la instrucción primaria o universitaria, sean lo que pueda dar a nuestro pueblo la aptitud del progreso material y de las prácticas de libertad... La cuestión argentina de hoy, es la cuestión de América del Sud, a saber: buscar un sistema de organización conveniente para obtener la población de sus desiertos, con pobladores capaces de industria y libertad, para educar sus pueblos, no en las ciencias, no en la astronomía —eso es ridículo por anticipado y prematuro—, sino en la industria y en la libertad práctica”.²⁸

La parsimoniosa distribución de la educación, aletargaba aún más la llegada de la política. Los atributos políticos ausentes en las masas solo llegarían por la acción educadora de la libertad económica, impulsada por las nuevas poblaciones europeas destinadas a terminar con el desierto y la ignorancia.

Ese plan político-constitucional es identificado con el ideal alberdiano que promovía libertades civiles abundantísimas, pero libertades políticas muy restringidas. La igualdad reconocida era la económica, “que la Constitución argentina asimila a la *libertad civil*”, porque esta era la única practicable en la *re-pública posible* de Alberdi. Para la economía “todo el mundo es apto”, mientras que la libertad política “es tomar parte en el gobierno; gobernar, aunque no sea más que por el sufragio, requiere educación, cuando no ciencia, en el manejo de la cosa pública”.²⁹ Por esta vía se consolidaba, en igual medida, la postergación política de las mayorías:

No participo del fanatismo inexperimentado, cuando no hipócrita, que pide libertades políticas a manos llenas para pueblos que sólo saben emplearlas en crear sus propios tiranos. Pero deseo ilimitadas y abundantísimas para nuestros pueblos las *libertades civiles*, a cuyo número pertenecen las *libertades económicas* de *adquirir, enajenar, trabajar, navegar, comerciar, transitar* y ejercer toda *industria*. Estas libertades, comunes a ciudadanos y extranjeros (por los art. 14 y 20 de la Constitución), son las llamadas a poblar, enriquecer y civilizar estos países, no las libertades políticas, instrumento de inquietud y de ambición en nuestras manos, nunca apetecidas ni útiles al extranjero, que viene entre nosotros buscando bienestar, familia, dignidad y paz. Es felicidad que las libertades más fecundas sean las más practicables, sobre todo por ser las accesibles al extranjero que ya viene educado en su ejercicio.³⁰

28 Alberdi, J. B. (1852), *op. cit.*, pp. 201-202.

29 Alberdi, J. B. (1886). Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853. En *Obras completas de Juan Bautista Alberdi: tomo IV*. Buenos Aires: La tribuna nacional, p. 150.

30 Alberdi, J. B. (1886), *op. cit.*, pp. 188 y 486.

El tratamiento al inmigrante en la Constitución de 1853 se inscribe como una de las consecuencias del triunfo político de la corriente liberal en la historia argentina. En efecto, como fuera dicho, la batalla de *Caseros* es el punto de inflexión en el cual debemos recalar para entender el proceso constitucional, por cuanto despejó el escenario político del enemigo rosista mediante el pacto entre liberales y conservadores, que tuvo su traducción jurídica en la norma fundamental de 1853.

El trato al inmigrante fue lo que le tocó en esa fusión liberal-conservadora al primero de los componentes de ese acuerdo, como uno de los puntos esenciales de su plan político y de gobierno.

Pero esta primera etapa de hospitalidad –como se dijo– adolecía de un doble sesgo: no fue para todos, sino que apuntaba al inmigrante que provenía de las luces, al inmigrante europeo, y solamente alojaba a las libertades civiles. Los derechos políticos quedaban a resguardo de las oligarquías nacionales.

Por supuesto que el sueño de Alberdi y Sarmiento de producir un segundo *Mayflower*³¹ no se dio. Los inmigrantes que pisaron suelo argentino fueron los pobres de la Europa mediterránea, principalmente italianos y españoles, pero también de la Europa central y oriental: inmigrantes de los pueblos eslavos, rusos y polacos se sumaron a poblar nuestro territorio hasta constituir la masa migratoria en el año 1914, “el 30% de la población total del país, siendo esa cifra el máximo histórico en términos porcentuales. En efecto, en el período que va entre los años 1857 y 1914 llegaron a la Argentina 4.600.000 inmigrantes...”³²

Así, el extranjero –identificado con las luces de la Europa que nunca vino– tenía la misión de poblar y civilizar. Pero las cosas no resultaron como la imaginaron los liberales argentinos, y a esta primera etapa de hospitalidad relativa la continuó otra violentamente persecutoria.

3.2. La inmigración como cuestión de clase

Las últimas décadas del siglo XIX son las de formación del movimiento obrero argentino. El modelo agroexportador primario se consolida, se vuelcan inversiones inglesas en ferrocarriles y frigoríficos y se desarrollan rápidamente centros urbanos de importancia como las ciudades de Buenos Aires y Rosario.

A un proletariado rural en condición de *semiesclavitud*, compuesto por mestizos, indígenas y negros, se incorporan los grandes contingentes migratorios que recalán, principalmente, en los sectores de servicios de las ciudades-puerto y el litoral. De este modo, la clase obrera argentina se constituye con el

31 La persecución política contra los religiosos puritanos ingleses durante el reinado de Jacobo I, provocó la emigración de un grupo de ellos hacia las posesiones territoriales del reino en América del Norte. En 1620 zarparon del puerto de Plymouth, a bordo del *Mayflower*, los *Padres Peregrinos*, quienes al arribar a las costas del actual estado de Massachusetts, dieron inicio a la colonización británica de la región de Nueva Inglaterra (noreste de Estados Unidos). El “Pacto del *Mayflower*”, suscrito por los 41 tripulantes varones y adultos, es “considerado por algunos como la primera constitución escrita de América”, Bianchi, A. B. (2008). *Historia constitucional de los Estados Unidos: tomo I. Colonia, emancipación, crecimiento y consolidación (1620-1920)*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, pp. 26-27.

32 Monclús Masó, M. (2016), *op. cit.*, p. 284.

inmigrante, a tal punto que el censo de 1895 demuestra que “entre los obreros manuales el porcentaje de extranjeros en la Ciudad de Buenos Aires llega al 84%”.³³

La inmigración es, entonces, una marca de origen del movimiento obrero argentino. Y esto no solo por constituir su base social de composición, sino porque

en los barcos provenientes de Europa llegan también los militantes socialistas y anarquistas que empalmando con el descontento obrero comienzan a formar las primeras organizaciones obreras, los primeros sindicatos por oficio y federaciones regionales o nacionales... Muchos de estos inmigrantes son la vanguardia que aporta a una clase obrera, aún incipiente y heterogénea, la experiencia de lucha y organización y las ideologías de lo más avanzado de la clase obrera internacional.³⁴

En el país de las vacas y los cereales llegan las ideas de independencia de clase, de organización sindical contra la explotación capitalista y los métodos de lucha por la liberación y el socialismo. La inmigración construye la subjetividad obrera argentina creando sus primeros sindicatos, federaciones y confederaciones, sus periódicos y órganos de difusión; la entrena en las huelgas y en las movilizaciones callejeras; la educa en sus cursos de formación, en sus bibliotecas y en sus manifestaciones culturales; trabaja en la transición hacia una conciencia para sí: proletaria e internacionalista.

En 1878 se produce la que se considera la primera huelga declarada por el movimiento obrero argentino: la de los tipógrafos organizados en la Unión Tipográfica Bonaerense. Nucleados desde 1857 en la Sociedad Tipográfica Bonaerense, establecieron vínculos con la Asociación Internacional de Trabajadores (AIT, luego Primera Internacional), fundada por Marx y Engels en 1864 en Londres, y “a partir de la llegada de los exilados franceses a Buenos Aires, en 1871, forman la primera sección de la AIT en Argentina”.³⁵

En 1890 se celebra por primera vez en la Argentina el 1° de Mayo. La convocatoria surge de los grupos socialistas de obreros alemanes organizados en el Club Vorwärts. A la cita acuden también las corrientes de obreros anarquistas, quienes desde 1879 publicaban el periódico *El Descamisado*. El corresponsal del diario *La Nación* escribía al día siguiente: “Había en la reunión poquísimos argentinos, de lo que me alegró mucho”.³⁶

La organización obrera y las oleadas huelguísticas de las últimas décadas del siglo XIX convergen en la fundación en 1901 de la Federación Obrera Argentina (FOA),³⁷ primera de tipo confederal que nuclea a la mayoría de los gremios del país y que reúne a las principales corrientes ideológicas del movimiento obrero: los anarquistas y los socialistas.³⁸

33 Rojo, A., Luzuriaga, J., Moretti, W. y Lotito, D. (2016). *Cien años de historia obrera en la Argentina 1870-1969. Una visión marxista de los Orígenes a la Resistencia*. Buenos Aires: Ediciones IPS, p. 40.

34 Rojo et al (2016), *op. cit.*, p. 42.

35 Rojo et al (2016), *op. cit.*, p. 44.

36 Rojo et al (2016), *op. cit.*, p. 50.

37 Federación Obrera Regional Argentina (FORA) a partir de 1904.

38 En 1902 los socialistas se escinden creando la Unión General de Trabajadores (UGT).

El nuevo siglo recibe a un proletariado destinado a ser su protagonista, que trae consigo lo mejor de las ideas de clase y una subjetividad forjada en la lucha. La inmigración encarna esa posibilidad como otra manifestación del desarrollo desigual y combinado: un país atrasado que, por el aporte migratorio, se nutre de la conciencia más elevada de una clase que todavía está en proceso de formación. Así,

los primeros pasos del movimiento obrero argentino se dan estrechamente ligados al movimiento obrero mundial, moldeando una subjetividad internacionalista. El peso de los inmigrantes en su formación hace natural que la mayoría de la clase obrera se sienta parte de una clase internacional.³⁹

Los dos primeros años del siglo XX son de una alta conflictividad social. Las huelgas se dan en el sector portuario y de los ferrocarriles, paralizando la circulación de los productos destinados a la exportación, motor de la economía dependiente.

Las usinas oligárquicas dan la voz de alerta y exigen la represión estatal:

The Review of the River Plate, periódico de lengua inglesa editado en Buenos Aires, planteaba que el comercio no podía depender de la misericordia de un puñado de anarquistas italianos... Para ellos, la FORA era un “foco anarquista” que debía ser eliminado por el gobierno.⁴⁰

Las reivindicaciones obreras y la cuestión social fueron abordadas por el Estado como casos de delincuencia, y su respuesta fue el derecho penal, la represión y el terror. Así, la segunda etapa de representación del inmigrante se resume en la Ley de Residencia N° 4144 (BO 25/11/1902), impulsada por Miguel Cané (h), bajo la presidencia de Julio Argentino Roca.

En muy pocos artículos se habilitaba al Poder Ejecutivo, sin ninguna intervención previa de otro organismo público, a expulsar a todo extranjero cuya conducta comprometiera la seguridad nacional o perturbara el orden público.

La ley legitimó la persecución política de las organizaciones obreras anarquistas y socialistas y la represión de sus principales dirigentes. Comenzaba a configurarse la idea del extranjero perturbador del orden y la seguridad nacionales que debía, sin juicio, proceso, defensa, ni audiencia previa, ser expulsado del territorio por una intervención directa del Poder Ejecutivo.

La *nación* pasa a ser el arma contra las luchas y reivindicaciones obreras. El Estado argentino –dominado por las elites tradicionales– comienza a identificar al extranjero como atentado al “ser nacional”, que debe defenderse ante la agresión a sus más íntimos círculos constitutivos:

39 Rojo et al (2016), *op. cit.*, p. 70.

40 Larraquy, M. (2009). *Marcados a fuego. La violencia en la historia argentina. De Yrigoyen a Perón (1890-1945)*. Buenos Aires: Aguilar, p. 88.

para los sectores más radicalizados del orden conservador, el odio de clase contra el obrero hizo que la protesta social fuese circunscripta a una forma de delincuencia de la “escoria antisocial” extranjera... Ahora, le tocaba al Estado ya constituido actuar en defensa de la soberanía argentina.⁴¹

La nacionalidad se acorazaba frente al agente exógeno, que inculcaba en el cuerpo social extrañas ideologías a ser extirpadas, pero que, indudablemente, generaban un predicamento considerable en las clases populares y, por ello, eran de cuidado:

temor entonces ante el ascenso social de los extranjeros, pero también problemas en el otro extremo de la pirámide social para las clases dirigentes y poseedoras, porque dentro del mundo del trabajo existían inmigrantes que adherían a ideologías socialistas y anarquistas que aquellas consideraban injustificables en un país como la Argentina, donde –decían– no tenían cabida la proclamación de la lucha de clases ni el activismo político y sindical de izquierda.⁴²

Los temores manifestados velaban lo que en sustancia sucedía y que era la expresión que iba tomando la lucha de clases en la Argentina, la que tomaba las calles y distribuía las trincheras. La confrontación desplazaba intermediarios, y a la represión estatal y su Ley de Residencia, el movimiento obrero contestó con la convocatoria de la FOA a la primera huelga general de la historia argentina en noviembre de 1902.

Nacionalidad y extranjería fueron los modos –y los velos– que adoptó la lucha de clases en los primeros años del siglo XX en nuestro país.

4. Del “certificado de buena conducta” a los derechos sociales

Las corrientes migratorias comienzan a retraerse luego del primer conflicto bélico mundial, contando con un último repunte hacia la década de 1920, en la cual ingresan casi un millón y medio de inmigrantes. A partir de ahí el movimiento es descendente.

Pero lo más característico es el cambio de procedencia de la inmigración:

el examen de los datos censales del último medio siglo pone de manifiesto un fenómeno muy relevante de las migraciones actuales en la Argentina, y es el de su cambio de procedencia. Desde las últimas décadas del siglo XIX, los migrantes procedían en su inmensa mayoría de países europeos. En cambio, los nuevos migrantes provienen de países limítrofes... Si a los migrantes limítrofes le sumamos a la comunidad peruana, se alcanza el porcentaje del 78% de los que viven en la Argentina.⁴³

41 Larraquy, M. (2009), *op. cit.*, p. 89.

42 Terán, O. (2008). *Historia de las ideas en Argentina. Diez lecciones iniciales, 1810-1980*. Buenos Aires: Siglo XXI, p. 119.

43 Monclús Masó, M. (2016), *op. cit.*, p. 285-286.

Para ellos, la hospitalidad constitucional será una poética que el Estado no considerará, puesto que la etapa que sigue a la Ley de Residencia se caracteriza por la fuerte restricción de las políticas migratorias, tanto por el control del ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio argentino, por la legitimación de las expulsiones decididas por la autoridad administrativa, violando garantías constitucionales, como por el rechazo de los pedidos de residencia y nacionalidad.

A pesar de la radicación social del fenómeno migratorio en la cultura nacional, la sociabilidad inmediata de las comunidades de inmigrantes, el mantenimiento de sus particularidades étnicas sin conflicto con el contexto y los usos autóctonos, el Estado decide asumir una atribución evaluativa de las calidades morales de los extranjeros. En el trato al inmigrante queda reflejada la distancia que puede separar a la sociedad del Estado: mientras la primera está dispuesta a alojarlo, el segundo decide reprimirlo. En este, como en otros casos, los usos sociales y las políticas estatales pueden marchar juntos y parecerse o desmarcarse el uno del otro y enfrentarse. Por ello, no siempre los Estados (y los gobiernos que los conducen) son el necesario reflejo de la sociedad de la que surgen.

4.1. El Estado como censor moral frente al inmigrante

Decía que en esta etapa el inmigrante debía sujetarse a la arbitrariedad estatal, quien asume una posición de censor moral mediante la configuración autoritaria del estándar del “buen habitante”.

El inmigrante debía rendir, de acuerdo a las leyes y a la interpretación de los tribunales un cierto examen. Debía presentarse como un buen habitante, como un buen ciudadano, y las autoridades debían extenderle, si así era probado, una especie de “certificado de buena conducta”, con parámetros que iban desde el arraigo o posición económica, es decir, tener bienes, ser propietario, hasta profesar la fe católica.

Ese tipo de habitante propietario y confesional era el que se exigía al inmigrante para tener alguna expectativa de acceso a la residencia o a la “nacionalidad”. Se era “bueno” si se era católico y poseedor de bienes. Solo en ese caso se podía aspirar a la hospitalidad del Estado argentino; de lo contrario, lo que se imponía era la expulsión.

De este modo,

la posibilidad de obtener una cobertura frente a la amenaza de expulsión estaba centrada en la presentación de un ‘certificado’ de buen habitante, fundado en quién sabe qué reglas de comportamiento. El contenido de ese certificado incluyó: la inexistencia de antecedentes policiales y penales, informes de sociedades de fomento, declaraciones de vecinos, certificados de conducta laboral, dictámenes médicos...⁴⁴

⁴⁴ Morales, D. R. (2011). Hacia la definición de una agenda para la defensa y promoción constitucional de los derechos humanos de los migrantes. En R. Gargarella (coord.), *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: Siglo XXI, p. 120.

La jurisprudencia de la Corte ratificó este criterio, reconociendo como buen habitante a aquel “vecino pacífico, correcto, hombre de familia y de trabajo, que nunca intervino en ningún tipo de política partidista y que su conducta, así como la de su familia, es moral y de sano e irreprochable comportamiento social”.⁴⁵

A los parámetros anteriores, sumemos ahora el de la participación política. Esta es presentada como la marca del extranjero “indeseable”, haciendo resonar los ecos de la Ley de Residencia y la persecución de los inmigrantes que construyeron la clase obrera argentina. Es una contribución más a la introducción de la política en el registro de lo denigratorio, que hunde sus raíces en la angostura del reconocimiento de los derechos políticos, ya desde nuestra Constitución histórica.

La Corte, como ya fue dicho, ha sido pródiga en este tipo de precedentes restrictivos, como en aquel que otorgó la nacionalidad argentina a quien había acreditado “ser de religión católica y con los certificados que obran en el expediente administrativo, ha probado su matrimonio religioso y el bautismo de sus dos hijos”.⁴⁶

Con todo, si bien como excepciones, podemos encontrar en esta etapa precedentes favorables al resguardo de los derechos de los inmigrantes. En cuanto al otorgamiento de nacionalidad argentina, la Corte entendió

que el solo hecho de que una persona haya sido condenada por la comisión de un delito contra la propiedad, no debe considerarse como un impedimento que, de suyo, y con prescindencia de las peculiaridades de cada caso, forme un obstáculo insalvable para la obtención de la ciudadanía argentina.⁴⁷

En otro caso, la Corte revocó la decisión administrativa que, con fundamento en profesar la religión de los Testigos de Jehová, rechazó la solicitud de residencia permanente y conminó perentoriamente a abandonar el país a un extranjero de nacionalidad uruguaya. El tribunal entendió que la declaración del credo religioso que el individuo profesa “ubica su actitud entre las ‘acciones privadas’ insusceptibles de ser alcanzadas por el ordenamiento jurídico positivo, y de ser sancionadas por la autoridad pública...”.⁴⁸

4.2. Complicidades democráticas

La etapa de censura moral que, no obstante, permitió las fugas apuntadas, es sucedida por una mucho más hermética signada por la dictadura cívico militar que asoló a nuestro país a partir del 24 de marzo de 1976.

45 CSJN (6/11/1970). “Acosta, Wigberto”. *Fallos*, 278:147.

46 CSJN. (14/8/196). “Argüello Argüello, Hernán”. *Fallos*, 268:393.

47 CSJN. (9/10/1975). “Gorza, Ángel Silvano”. *Fallos*, 293:154.

48 CSJN. (26/6/1980). “Carrizo Coito, Sergio”. *Fallos*, 302:604.

En 1981 se emitió el Decreto Ley N° 22439 para el cual la política migratoria era una cuestión de “seguridad nacional”. La concesión de residencias pasó a estar disciplinada no solamente por el deber de resguardar la integridad social, moral y física de la población, sino también el orden y la seguridad nacionales, amenazados por la infiltración extranjera.

Los poderes públicos usurpados se alinearon en una nueva avanzada contra el extranjero contaminante y la “jurisprudencia posterior al año 1981 confirmó decisiones de la autoridad administrativa que rechazó pedidos de radicación y, sin control judicial, detuvo y expulsó extranjeros del territorio argentino”.⁴⁹

Este acto de fuerza estatal que lleva la firma de Videla fue cobijado aun en democracia. Por muchos años fue la “ley” de migraciones cuando esa denominación debió ser resistida. Sabemos que al denominar como “ley” a una producción normativa desplegamos una cadena de significantes que tienen que ver con la democracia, con las instituciones, con la Constitución, con el debate público, con los derechos, con la participación política y la competencia electoral. Cuestiones, por supuesto, negadas, enterradas y perseguidas en épocas de dictaduras, de genocidios y de terrorismo estatal.

La democracia de los años '80 y '90 se negó a discutir este estatuto proveniente de la dictadura, lo mismo que la jurisprudencia de la Corte:

los dos registros de Corte que existen de aquella época evitaron analizar la política migratoria diseñada por la dictadura. En “Cardozo” (Fallos 313:101), del año 1990, la Corte rechazó una acción de amparo presentada para obtener una residencia precaria para permanecer y trabajar en la Argentina... La Corte consideró que el análisis de la política migratoria requería un mayor debate y prueba, y que la acción de amparo no puede reemplazar las vías ordinarias existentes para plantear esa discusión. En “De la Torre” (Fallos 321:3646) del año 1998, en el trámite de un hábeas corpus ante la detención y expulsión de un extranjero con hijos argentinos y 24 años de residencia, la Corte consideró que el caso era abstracto en tanto la medida ya se había concretado.⁵⁰

Una vez más, el amparo volviéndose contra sí mismo, y lo abstracto como salvoconducto para ceder a los hechos consumados, considerados acriticamente.

4.3. Una oportunidad a la igualdad

La quinta etapa podemos identificarla con la sanción de la nueva Ley de Migraciones N° 25871 (BO 21/1/2004).

La etapa abierta por esta norma es auspiciosa y cuenta con precedentes relevantes. En principio, porque se asume como auténticamente discriminatorio considerar al inmigrante de acuerdo a parámetros que hagan mérito, por ejemplo, de su posición económica.

49 Morales, D. R. (2011), *op. cit.*, p. 119.

50 Morales, D. R. (2011), *op. cit.*, p. 121.

El arraigo económico o la cantidad de propiedad es algo que, no solo no debe tomarse en cuenta para extender certificados de residencia y cartas de ciudadanía, sino que es definido por la misma ley como discriminatorio e inconstitucional.

En virtud de esta ley también empieza a haber un cambio jurisprudencial que enmarca en las “categorías sospechosas” de discriminación a aquellas sustentadas en las distintas vías de acceso a la nacionalidad (nativa, por opción o por naturalización) o en la distinción entre nacionales y extranjeros.

Toda ley que contenga estas distinciones se presumirá inconstitucional y la carga de demostrar lo contrario corresponderá al Estado, dando cuenta de que con ella está persiguiendo la satisfacción de una necesidad pública esencial y que la alternativa elegida era la menos costosa en comparación con las otras posibles.

Ingresarían en esta categoría las leyes que solo permiten el acceso a cargos públicos para los nacionales y cualquier acto estatal que intente diferenciar a las personas en virtud de su origen nacional o extranjera, o en cuanto a los modos de adquisición de la nacionalidad argentina.

Esto empieza a verse en la jurisprudencia de la Corte. Así, en el precedente “Zhang”,⁵¹ el tribunal analizó la nueva política migratoria y consideró ilegítima la decisión administrativa de rechazar un pedido de ingreso al país de la esposa de un inmigrante.

Consideró que la nueva ley estableció “una variación sustancial de los objetivos a tener en cuenta para la admisión de extranjeros”, dando cuenta de la ruptura paradigmática provocada por la nueva normativa.

Destacó particularmente la relevancia del principio de la reunificación familiar receptado por la nueva ley. Por otro lado, se destacó el abandono de categorías sustancialmente subjetivas, como la de “proclividad al delito”, sustituyéndolas por otras de raíz objetiva, como la de existencia de una condena penal, “requisito esencial a la luz del principio de presunción de inocencia y del resguardo del debido proceso”.

El principio humanista de la nueva legislación se ve refrendado por la interpretación de la Corte cuando afirma:

finalmente la importancia que en la nueva ley reviste el principio de unidad familiar en materia de inmigración, queda evidenciada por la competencia que se le otorga a la autoridad de aplicación para admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, a extranjeros que se encuentren comprendidos en algunas de las causales que obstan a su ingreso (art. 29, último párrafo).

51 CSJN. (23/10/2007). “Zhang, Hang”. *Fallos*, 330:4554.

Otro cambio que puede calificarse de paradigmático es el oficiado en el precedente “Ni”, en el cual la Corte revirtió la jurisprudencia histórica que consideraba que solo la residencia “legal” era la que habilitaba el otorgamiento de la nacionalidad por naturalización. Antes bien, entendió que la

sanción de la ley 23.059, al derogar la ley de facto 21.795 y restablecer la vigencia de la originaria ley 346, implicó la supresión del requisito exigido por aquéllas en orden a la legalidad de la residencia requerida para ser ciudadano por naturalización.⁵²

Asimismo, derecho interno e internacional marchan juntos. La Ley de Migraciones independiza la condición migratoria (aun la irregular) de la garantía de los derechos, sobre todo los sociales. En efecto, el derecho a la educación y a la protección de las leyes laborales, como así también el acceso a los servicios sociales, bienes públicos y prestaciones de la seguridad social quedan garantizados de modo igualitario y sin discriminación (arts. 6, 7, 8 y 56).

Del mismo modo, la fuente externa de derechos humanos y sus órganos de aplicación y promoción califican al principio de igualdad y no discriminación como de *jus cogens*, y por esa vía concluyen

que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral... Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo.⁵³

5. Ciudadanía universal: derechos políticos plenos

El movimiento ascendente que se ve propiciado por la Ley N° 25871, no exento de contrastes a partir de su modificación por el Decreto N° 70/17, debe acompañarse por una renovación de la legislación social que converja definitivamente con los principios de igualdad y no discriminación.

Los derechos sociales no han sido del mismo modo promovidos cuando de hacerlos efectivos a los inmigrantes se trata. Así, por ejemplo, en materia de seguridad social.

Los recursos públicos deben tener en primera línea de asignación normativa la concreción de los derechos constitucionales y, principalmente, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), por cuanto estos reclaman una participación activa del poder público, aspiran a la construcción de una sociedad igualitaria –valor constitutivo de la democracia– y son una herramienta indispensable para superar el gran drama nacional: la pobreza.

52 CSJN. (23/6/2009). “Ni, I-Hsing”. Fallos, 332:1466.

53 Corte IDH. (17/9/2003). *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Serie A N° 18, ptos. 8 y 10.

La asignación de recursos suficientes para la satisfacción de los derechos sociales no depende de la discreción o benevolencia de los funcionarios responsables. Muy por el contrario, importan un elemento reglado de base constitucional.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de rango constitucional (art. 75, inc. 22), incorpora la obligación estatal de asignar “hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (art. 2, inc. 1).

Esta fórmula “implica una orientación obligatoria en lo atinente al gasto público”. Su constitucionalización impone el deber de contemplar en las sucesivas leyes de presupuesto,

el plexo de principios, valores y derechos que tiene como eje a la dignidad de la persona y al bienestar común público. De esta manera, existen rubros que tienen un rango jerárquico superior y no pueden sufrir reducciones arbitrarias, o verse superados por otros rubros que impliquen gastos superfluos o “sospechosos” en cuanto a su destino.⁵⁴

La Corte sostuvo este entendimiento de los DESC y de los principios que prohíben la discriminación por origen nacional en el precedente “Reyes Aguilera”,⁵⁵ en el cual declaró inconstitucional el artículo 1, inciso e, del Decreto N° 432/97, que exige a los extranjeros una residencia superior a los veinte años en la Argentina para acceder a la pensión por invalidez creada a partir del artículo 9 de la Ley N° 13478.

Particularmente interesantes resultan los argumentos del voto en concurrencia de Petracchi y Argibay. Los ministros afirman que

la norma antes citada prevé un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros, imponiendo a estos últimos mayores exigencias para acceder a un beneficio otorgado por el Estado. Esta circunstancia determina que –ya en su sentido literal– el artículo 1°, inciso “e”, del decreto 432/97 está directamente contrapuesto con las reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio en razón del origen nacional... Esa contradicción directa con el texto constitucional obliga a considerar a la categorización realizada por el decreto como sospechosa de discriminación y hace pesar sobre dicha norma una presunción de inconstitucionalidad...

Agregaron, además, que

si bien es cierto que el Estado debe, en principio, atenerse al presupuesto que se destina a una cierta actividad o prestación pública, resulta evidente que no puede pretender alcanzar tales fines haciendo destinatarios exclusivos de los costos de tal restricción a los extranjeros radicados en el país, a quienes la

54 Gil Domínguez, A. (2009). *Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales*. Buenos Aires: Ad Hoc, pp. 102-103.

55 CSJN. (4/9/2007). “Reyes Aguilera”. *Fallos*, 330:3853.

Constitución ha invitado para que habiten en nuestro territorio (Preámbulo; artículo 25). En otras palabras: las dificultades presupuestarias, si existieren, no pueden discriminar entre nacionales y extranjeros y afectar sólo a estos últimos.

Lo que hace del precedente “Reyes Aguilera” algo para destacar, es que la protección constitucional garantizó un derecho social que impone una obligación positiva del Estado y alcanzó a un integrante de una comunidad inmigrante en extrema situación de vulnerabilidad, producto de un padecimiento congénito que le produce una incapacidad del ciento por ciento.

Cuando pensamos en las discriminaciones inconstitucionales, entre las que figuran aquellas basadas en el origen nacional, tendríamos que dirigir más enérgicamente nuestra atención en la protección de aquellas comunidades de inmigrantes peor tratadas por el Estado, más invisibilizadas o más rezagadas respecto a otras.

Decisiones que consagraron el derecho de una maestra norteamericana a ejercer la docencia,⁵⁶ el ejercicio de la profesión a una psicóloga española,⁵⁷ el ascenso a camarista a un juez de origen holandés naturalizado argentino⁵⁸ o el derecho de una abogada alemana a presentarse a un concurso para un cargo judicial,⁵⁹ reeditan en alguna medida el paradigma alberdiano de inmigraciones buenas y malas.

En donde habría que poner el acento desde el Estado, lo público y las instituciones es en el deber que tenemos de adelantar a los colectivos y nacionalidades peor tratadas, más relegadas y más históricamente postergadas. Para ello, debiéramos considerar como objetivo principal la plena efectivización de los derechos sociales de esas comunidades peor situadas.

Ahora bien, no hay ciudadanía plena sin derechos políticos.

¿Por qué no pensar, de una vez por todas, si no corresponde que los extranjeros que conviven con nosotros también compartan los derechos que nos asisten en el plano político?

Exigir la adopción de la ciudadanía como requisito de la participación política es un chantaje que ofende a la democracia y al igual trato que toda persona merece por su idéntico valor moral, además de contradecir la expresa garantía del artículo 20 de la CN, que veda la subordinación del ejercicio de los derechos constitucionales a la admisión previa de la nacionalidad argentina.

Los derechos políticos no deben recortarse del marco protectorio asignado a los individuos. Si no hacemos preguntas acerca del origen nacional a la hora de establecer las cargas y obligaciones que tiene la vida comunitaria (entre ellas, las tributarias), ¿por qué las interponemos a la hora de la distribución de derechos?

56 CSJN. (10/10/1989). “Repetto”. *Fallos*, 312:1902.

57 CSJN. (24/2/199). “Calvo y Pesini”. *Fallos*, 321:194.

58 CSJN. (16/11/2004). “Hooft”. *Fallos*, 327:5118.

59 CSJN. (8/8/2006). “Gottschau”. *Fallos*, 329:2986.

El extranjero que ha demostrado cierta vocación de permanencia en el país, no debe ser un sujeto dividido en sus capacidades jurídicas. La ciudadanía plena exige los derechos de participación política sin restricciones. El estado de vulnerabilidad que las comunidades de inmigrantes padecen no podrá ser desvirtuado si no se complementan unitariamente todos los derechos de la personalidad.

Mantener alejados de la política a quienes peor se encuentran es redoblar las cadenas opresivas y la mejor forma de garantizar la perpetuidad de la desigualdad y la discriminación. No hay mejor modo de operar una avanzada social que dotar a los individuos de las posibilidades de intervenir directamente en los asuntos públicos, sin proscripciones que carecen de fundamento alguno o, de encontrarlo, no son más que una letanía de prejuicios y misticismos arraigados en lo arcaico.

La negación en las masas de inmigrantes de la dimensión política de los derechos es una demostración más del carácter proletario de la cuestión. Extrañamente, el artículo 20 de la CN y las alertas sobre discriminación solo muestran sus garras cuando se trata de la defensa de un modo particular de la extranjería: la de los capitales. Al momento de defender la inversión extranjera, toda la normativa que quiera regularla de un modo especial tiene una cohorte de voceros dispuesta a combatirla. Ahora, cuando la cuestión entra en el terreno de la lucha social por la igualdad y contra la explotación, aun en circunstancias de cierta evidencia, repentinamente los impulsos se acallan y sacamos a relucir temores ancestrales.

Nadie es moralmente responsable por el lugar en el que nació, en cambio, sí será responsabilidad de todos impedir que esa circunstancia se convierta en estigma que persiga a su portador el resto de su vida.

El disciplinamiento de la opinión pública en la conformación del Estado moderno argentino



Marcelo Adrián Torres*

El presente ensayo nos sitúa en los inicios del Estado argentino. Un nuevo orden político surge en distintos ámbitos institucionales y populares luego de la batalla de Caseros configurando un escenario donde se pondrán en juego las bases de la modernización y consolidación del Estado.

El pasaje de un orden colonial al republicano conforma un complejo panorama: un Estado nacional en formación, el enfrentamiento entre distintas élites políticas,¹ con su consecuente lucha por imponer su hegemonía, y una sociedad civil en pleno proceso de constitución. Dentro de este contexto se fueron generando nuevos espacios de integración social, donde puede observarse el desarrollo de una opinión pública como mediadora entre la sociedad civil y el poder político. Una lucha por *disciplinar* institucionalmente, culturalmente, los diferentes espacios de representación y participación social (prensa gráfica, instituciones mutualistas, opinión pública, clubes, partidarios, etc.). Esto nos permite problematizar desde otro ángulo, por fuera del meramente formal y jurídico.

* Ayudante de Cátedra de la materia Función Social para una Administración democrática de Justicia, UNPAZ.

¹ La categoría de élite política es un concepto que requiere una mayor profundización en su estudio, cuestión que no es el eje central del presente artículo. El término va acompañado de innumerables connotaciones valorativas, ideológicas y sociológicas. En el caso que nos ocupa, su caracterización fue reemplazada, por ejemplo, por el término oligarquía para designar a este grupo social. Para una mayor comprensión resulta pertinente consultar el trabajo de Botana, N. (1977). *El orden conservador: la política argentina entre 1880 y 1916*. Buenos Aires: Sudamericana.

Algunas consideraciones sobre el concepto de Estado

Como construcción social, la formación del Estado es un proceso en el cual se estructuran distintos componentes de la vida social, cuya funcionalidad depende de diferentes parámetros: desarrollo de las fuerzas productivas, recursos naturales disponibles, estructura de clases, relaciones económicas, un mercado interno unificado, entre otros.

Ahora bien, no es solo la conjunción de estos elementos la que define la condición de Estado, resulta pertinente y clarificador traer a colación los componentes descriptos por Oscar Oszlak:

1) capacidad de externalizar su poder, obteniendo reconocimiento como unidad soberana dentro de un sistema de relaciones interestatales; 2) capacidad de institucionalizar su autoridad, imponiendo una estructura de relaciones de poder que garantice su monopolio sobre los medios de coerción; 3) capacidad de diferenciar su control, a través de la creación de un conjunto funcionalmente diferenciado de instituciones públicas con reconocida legitimidad para extraer establemente recursos de la sociedad civil, con cierto grado de profesionalización de sus funcionarios y cierta medida de control centralizado sobre sus variadas actividades; 4) capacidad de internalizar una identidad colectiva, mediante la emisión de símbolos que refuerzan sentimientos de pertenencia y solidaridad social y permiten, en consecuencia, el control ideológico como mecanismo de dominación.²

Lo descripto anteriormente pone en juego una noción de Estado –como la nación– en la cual se conjugan una serie de elementos materiales e ideales, donde el proceso de formación del Estado implica una serie de actos de apropiación de recursos, espacios de poder, etc., que conllevan diversos grados de coerción, pero siempre respaldados por alguna forma de legitimidad: “... el Estado cumple como articulador de relaciones sociales, como garante de un orden social que su actividad tiende a reproducir”.³

Según Habermas:

El Estado moderno es esencialmente Estado impositivo, y la administración financiera la pieza clave de su administración general. La delimitación –que acompaña a este nacimiento– entre bienes domésticos del soberano y bienes estatales, resulta ejemplar para la objetivación de las relaciones personales de dominio.⁴

Las consideraciones plasmadas hasta aquí sobre el Estado pecan de demasiado esquemáticas, pero pueden resultar de referencia empírica a la hora de ver de qué manera el disciplinamiento de la opinión pública (a través de su prensa gráfica, en el caso que nos ocupa) por parte de las élites gobernantes fue uno de los componentes necesarios para consolidar los inicios del Estado moderno en la Argentina.

2 Oszlak, O. (1997). *La formación del Estado Argentino, orden, progreso y organización nacional*. Buenos Aires: Planeta, p. 17.

3 Oszlak, O. (1997), *op. cit.*, p. 21.

4 Habermas, J. (1981). *Historia y crítica de la opinión pública*. Barcelona: Gustavo Gili, p. 56.

Los caminos hacia un proyecto hegemónico. Alberdi y Sarmiento

La caída del gobierno de Juan Manuel de Rosas en 1852 inicia en la República una etapa dominada por fuertes tensiones, un nuevo modo de pensar el orden nacional luego de Caseros. En este sentido, tanto Juan Bautista Alberdi como Domingo Faustino Sarmiento intentan legitimar sus posiciones ante el gobierno de Justo José de Urquiza.

Esta búsqueda de legitimación está dada por una polémica discursiva, en la que ambos se muestran como posibles ejecutores de nuevas políticas estatales, lucha ideológica que pondrá en juego los distintos modos de leer el pasado nacional, generando posibles estrategias que respondan a la nueva realidad del país.

Tras la derrota de Rosas, los exiliados Alberdi y Sarmiento retornan a la Argentina buscando cada uno a su manera ser incluidos entre los ejecutores del nuevo proyecto de país.

Sarmiento, quien fuera boletínero del Ejército Grande comandado por Urquiza, ve frustrados sus deseos y se exilia por segunda vez. Alberdi, por el contrario, cumple con diversas funciones diplomáticas para el nuevo gobierno y traza con su trabajo (*Bases*) los lineamientos generales para la Constitución Nacional de 1853.

Mantener alejado a Alberdi de Urquiza pareciera ser el anhelo de Sarmiento. El sanjuanino se pronunció por el elogio de las *Bases*, a lo cual Alberdi respondió mediante el envío de su libro al Congreso Constituyente de Santa Fe. De este modo se inicia el intercambio epistolar donde “Sarmiento trató de volver a Alberdi contra Urquiza, mientras Alberdi recomendaba espíritu práctico y paciencia, con la esperanza de mantener atemperado el famoso carácter de Sarmiento”.⁵

El 16 de agosto de 1852, Alberdi convoca junto al grupo de partidarios de Urquiza a la formación del Club Constitucional de Valparaíso. Teniendo como objetivo central oficialización de su apoyo al entrerriano.

Sarmiento por su parte organiza su propio club: el Club de Santiago, el cual apoyaba a los sectores mitristas de Buenos Aires. El sanjuanino redactó un grupo de tres textos: la llamada “Carta de Yungay”, dirigida a Urquiza con fecha del 1º de octubre de 1852; un artículo periodístico del 26 de octubre de 1852, en el que se sometían a examen los lineamientos del Acuerdo de San Nicolás, y un prospecto que rescataba el aporte de los sanjuaninos al proceso nacional. Los tres textos fueron publicados en periódicos chilenos, privilegiándose como destinatario a Alberdi.

El jurista tucumano respondió a Sarmiento dirigiéndole, entre enero y febrero de 1853, cuatro extensas cartas abiertas. Estas *Cartas sobre la prensa y la política militante de la República Argentina*, conocidas habitualmente como *Cartas quillotanas*, marcan un cambio en el pensamiento alberdiano: en estos textos Alberdi se distancia de lo que consideraba ciertas posiciones de los intelectuales del 37, acercándose de esta forma a posiciones de sesgo nacionalista. De alguna manera, en estas cartas

5 Shumway, N. (1995). *La invención de la Argentina. Historia de una idea*. Buenos Aires: Emecé, p. 196.

Alberdi retoma intereses que ya había enunciado en su *Fragmento* de 1837, trabajo en el que revelaba una visión más pragmática. Perspectiva que trata de encarnar en una filosofía nacional como motor emancipador. En palabras de Alberdi: “Pero tener una filosofía es tener una razón fuerte y libre; ensanchar la razón nacional es crear la filosofía nacional, y por tanto, la emancipación nacional”.⁶

Con esta nueva inflexión, Alberdi identificó un nuevo enemigo en el liberalismo de los viejos unitarios y de los mitristas, desaprobando la tendencia al cambio y el desconocimiento de la tradición. Alberdi reniega de la retórica de Mitre y Sarmiento, no por estar en desacuerdo con los principios manifiestos en los discursos sarmientinos y mitristas, sino por considerar que hacían un uso de tales principios para enmascarar sus ambiciones personales.

Desde la perspectiva de Alberdi, los liberales utilizaban la prensa y la guerra como modo de aniquilar el ser propio de la población gaucha y de los caudillos, a quienes consideraba como los representantes naturales de los habitantes de la campaña.

Es así que Alberdi sugiere su visión del gaucho como un elemento vital de la identidad nacional, como así también la necesidad de que los caudillos asumieran un rol dentro del incipiente sistema constitucional. En este sentido, es notable el corrimiento de Alberdi respecto de sus posiciones en sus *Bases*, donde condenaba a los nativos mestizos propiciando una postura inmigracionista anglosajona:

Con tres millones de indígenas, cristianos y católicos, no realizaréis la república ciertamente. No la realizaríais tampoco con cuatro millones de españoles peninsulares, porque al español puro es incapaz de realizarla allá o acá [...] es necesario fomentar en nuestro suelo la población anglosajona. Ella está identificada con el vapor, el comercio y la libertad...⁷

En el nuevo sistema que Alberdi expone –con su reconocimiento de la especificidad argentina respecto de los modelos extranjeros donde Sarmiento, entre otros, ponía su mirada– “afirma que la población peculiar de la Argentina (los gauchos), su gobierno (los caudillos) y su herencia (la España colonial) eran los únicos puntos de partida posibles para construir un país”.⁸

Estos breves lineamientos plasmados hasta aquí del pensamiento de Alberdi y Sarmiento nos muestran, a través de sus escritos, libros, cartas, artículos periodísticos, la preocupación por cómo iba a ser el gobierno posterior a la caída de Rosas.

Bases (en realidad, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*) aparece en 1852, y al año siguiente los convencionales nacionales reunidos en Santa Fe se inspiran, entre otros instrumentos, en el proyecto alberdiano para sancionar en mayo de 1853 la Carta Magna. En su primera parte, “Declaraciones, derechos y garantías”, se establece la forma de gobierno, religión sostenida, la

6 Alberdi, J. B. (1998). *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, p. 7.

7 Alberdi, J. B. (1997). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Plus Ultra, p. 234.

8 Shumway, N. (1995), *op. cit.*, p. 204.

residencia de las autoridades nacionales, la conformación del erario público, las autonomías provinciales, las facultades del gobierno federal, los derechos civiles y sociales, los derechos de los extranjeros, la reforma y supremacía constitucional. La segunda parte habla de las atribuciones de las distintas autoridades nacionales y de los gobiernos de provincia. Cabe destacar que hubo que esperar hasta 1860 para que una convención la revisara y, después de algunos cambios, Buenos Aires la aceptara.

En 1861, Urquiza fue derrotado en la batalla de Pavón y, de esta manera, se terminaron los tire y aflojes entre Buenos Aires y el interior.

Desde 1862 hasta 1880, los presidentes Mitre, Sarmiento y Avellaneda –de una Argentina reunificada– llevaron a cabo las ideas proyectadas por los hombres de la generación del 37. La unidad nacional fue uno de los objetivos a cumplir durante las tres presidencias. Mitre, cuyo período duró entre 1862 y 1868, tuvo la oportunidad de afianzar el sentimiento de unidad entre los argentinos, la guerra del Paraguay sostuvo un fuerte componente ideológico: mostrar a los habitantes de este suelo la importancia de permanecer juntos en los momentos difíciles y luchar por un mismo objetivo.

Durante su presidencia (1868 a 1874), Sarmiento se ocupó de corroborar el papel de los poderes nacionales. En 1870, luego del asesinato de Urquiza, en el interior resurgieron grupos políticos que buscaban nuevamente tener su papel protagónico. Sarmiento, enemistado con los integrantes del Congreso y con Mitre, buscó apoyo en estos hombres, especialmente en Avellaneda, quien sería a la postre su sucesor.

Avellaneda, presidente desde 1874 a 1880, tuvo que enfrentarse a Mitre, porque este último consideraba que un presidente del interior haría peligrar la soberanía popular:

Si bien el mitrismo en armas representaba una amenaza para la estabilidad institucional –advertía Avellaneda–, por lo que la única alternativa posible era la del triunfo contundente de las fuerzas nacionales, esa victoria forzaba el ingreso de la vida política nacional en un laberinto mucho más riesgoso.⁹

Sin embargo, Avellaneda contaba con el apoyo de las provincias y de sus compañeros Alsina y Julio A. Roca. Además, aunque él representaba al interior sus ideas coincidían con las de los porteños.

Los principales problemas que debieron enfrentar estos presidentes fue poblar el territorio,¹⁰ desarrollar económicamente el país e impulsar la escuela pública. Con el crecimiento de la economía, durante la presidencia de Avellaneda, comienza la exportación de cereales.

9 Lettieri, A. (1999). *La República de la Opinión. Política y opinión pública en Buenos Aires entre 1852 y 1862*. Buenos Aires: Biblos, p. 125.

10 En cuanto a poblar el territorio, esto se consideró imprescindible para desarrollar la economía, por lo que se promovió la inmigración europea, que se distribuyó principalmente en la zona del litoral para crear centros agrícolas.

Estado-sociedad civil. El espíritu asociativo

El proceso inmigratorio puso en escena en Buenos Aires otro componente: el florecimiento de la vida asociativa. La sociedad civil se transforma, la afluencia de extranjeros dará como resultado un nuevo componente a tener en cuenta por las élites gobernantes.

Cuando se aludió a los elementos que conforman el Estado, se hizo referencia a ciertos componentes materiales e ideales en el ámbito de la sociedad civil.¹¹ Sociedades de socorros mutuos, clubes, comités de solidaridad, etc., marcan un nuevo ritmo en el desarrollo de la vida social urbana porteña, como un nuevo elemento de integración cultural de una sociedad bárbara a una sociedad de consenso.

Si bien es cierto que el fenómeno inmigratorio coadyuvó a la conformación de estas sociedades, no necesariamente fue con exclusividad de los inmigrantes.

Los ideales de igualdad y fraternidad conformaban el nuevo espíritu de estas asociaciones, una nueva razón instrumental basada en los idearios de la Revolución francesa: la libre vinculación entre individuos que por su “propia voluntad” (el entrecomillado es mío, más adelante retomaré este punto al conceptualizar el concepto de hegemonía y sociedad civil) suman un nuevo componente al panorama social y político de un Estado moderno en formación.

Hilda Sabato¹² reflexiona desde otro lugar los procesos de ampliación democrática y participación política que se van dando luego de la batalla de Caseros. El análisis de los nuevos ámbitos de participación política forma un entramado en la sociedad civil, en donde nuevos espacios de sociabilidad, simbolismos, la prensa escrita y las asociaciones de ayuda permiten abordar desde otro lugar la consolidación del Estado argentino.

La participación política desborda los canales formales de representación, no solo el acceso al sufragio universal, sino también todo el ámbito urbano, más precisamente, “las calles”. En este sentido resulta clarificador el título del libro.

Si bien el sufragio universal puede ser considerado un instrumento importante como forma de acceder a lo público en un Estado moderno, pierde relevancia, pues la sociedad civil construye desde su interior sus propios canales de participación para enfrentar desde lo cultural y lo simbólico la política de fraude electoral que impulsaban las élites gobernantes. En donde las elecciones, más que una racionalidad característica del Estado de derecho, formaban parte de una demostración de fuerzas de legitimación.

Es más, este espíritu de igualdad se ve plasmado en cierto modo en la convocatoria de sus integrantes, la cual abarcaba a diferentes estratos sociales: “La mayor parte de las entidades que se crearon en

¹¹ En este sentido, H. Sábato lo considera como rasgo característico de las sociedades burguesas modernas, la Argentina no es ajena a la diferenciación entre Estado y sociedad civil.

¹² Sabato, H. (1998). *La Política en las calles. Entre el voto y la movilización, Buenos Aires, 1862-1880*. Buenos Aires: Sudamericana, p. 51.

estas décadas incluían a más de un sector social en su interior, esto es, se cruzaban verticalmente a la sociedad porteña para abarcar a varios de sus tramos”.¹³

Con este escenario, los espacios de participación política tradicional se reformulan. Las asociaciones, si bien eran numerosas (principalmente las impulsadas por inmigrantes italianos y españoles),¹⁴ contaban entre sus integrantes con inmigrantes no naturalizados que quedaban al margen de los padrones electorales. No obstante, sus instituciones eran el blanco de atención de una élite política que buscaba proyectarse y legitimarse a todo el territorio nacional.

En cierta medida puede entenderse esta política de acercamiento por parte de la élite gobernante por el carácter de disciplinamiento vertical, jerárquico y democrático que regía en estas instituciones mutualistas, ya que las mismas garantizaban cierto orden democrático, sin represión:

... se cuidaba mucho la organización interna que era definida a través de estatutos o reglamentos [...] La igualdad de los socios y las formas democráticas de deliberación y gobierno eran centrales en ese juego, por lo que las asambleas y las elecciones ocupaban un importante lugar en las actividades de cada entidad.¹⁵

Tanto las asociaciones de ayuda mutua –socorros mutuos– que surgían en el seno de las colectividades de inmigrantes, como los clubes, las comisiones que se constituían para llevar adelante empresas puntuales, a los que se sumaba la aparición de periódicos que se apartaban de la puja facciosa, buscaban convertirse en voceros y a la vez formadores de una opinión pública en la que se debatieran cuestiones de interés general. Todos estos elementos dieron forma a una esfera pública que funcionó como mediadora entre la sociedad civil y el Estado, utilizando mecanismos que se consideraban, sea desde el Estado o desde otros sectores de la sociedad, como agentes de *modernización pedagógica*, en un nuevo contexto político:

Muy pronto los diarios fueron un instrumento insoslayable para quienes aspiraban a tener alguna influencia en la vida política porteña y en la década de 1850, las facciones y las dirigencias que competían por el poder fundaron su prensa propia.¹⁶

Otro aspecto a considerar en la conformación de la sociedad civil está dado por la disputa del poder que abiertamente se daba por medio de distintas manifestaciones callejeras, actos, etc. Estas funcionaban como “termómetro” a la hora de evaluar los resultados de la convocatoria, cuyo espectro abarcaba distintas temáticas: valores republicanos, laicismo-anticlericalismo, intereses concretos que afectaban

13 Sabato, H. (1998), *op. cit.*, p. 61.

14 Hacia 1870, se empieza a replantear dentro de la élite gobernante si fue un acierto la inmigración masiva. La mayor parte de ella había “importado” desde su nación de origen los ideales anarquistas, que criticaban la sustancia de la razón del Estado, el que con su sistema de partidos tradicionales solo tendía a autorreproducir las condiciones del sistema. El gaucho, en cambio, no ponía en duda el poder de la autoridad, además conformaba una minoría.

15 Sabato, H. (1998), *op. cit.*, p. 61.

16 Sabato, H. (1998), *op. cit.*, p. 63.

a toda la población, con reclamos internos de las colectividades de inmigrantes, pero que no planteaban reclamo hacia el poder instituido de las autoridades gobernantes. En palabras de H. Sabato: “... las movilizaciones eran en efecto mecanismos no tradicionales de intervención en la escena pública, organizados por una dirigencia institucional que de alguna manera representaba a una sociedad civil cada vez más compleja”.¹⁷

En la ciudad porteña estas movilizaciones reflejaban en parte las características de las entidades que les brindaban su sustento orgánico. En efecto, en ellas sus integrantes se alistaban detrás de tal o cual colectividad, o de este o aquel club o gremio; los personajes prominentes, los que convocaban y diagramaban la movilización, debían justificar su posición demostrando su capacidad de oratoria y agudo sentido cívico frente a los manifestantes. Las redes de convocatoria de los dirigentes se extendían horizontalmente y tendían a la inclusión de la mayor cantidad de participantes posibles, en donde: “Los dirigentes debían renovar sus credenciales en cada ocasión y aunque había jerarquías establecidas era importante su reconocimiento a través del aplauso y la ovación”.¹⁸

En una sociedad que recién comenzaba a sentir los cambios de un crecimiento económico en aceleración, donde existían fronteras que no parecían insalvables, este tipo de manifestaciones podían convocar, en torno a problemas coyunturales pero que no dejaban de tener implicancias políticas, a individuos de diferentes estratos para movilizarse pacíficamente en pos del interés común.

La hipótesis que surge en este nuevo panorama es que la vida política ha transcurrido en escenarios más amplios, variados y complejos que los tradicionalmente supuestos y que las formas de control debieron atender esa diversidad frecuente.

Los sectores plebeyos¹⁹ irrumpieron en la política porteña en 1806. Una sociedad politizada se despliega en los “espacios de sociabilidad” de Buenos Aires en tiempos de Rivadavia, y una compleja vida asociativa, que acompaña el espectacular crecimiento de Buenos Aires, sustenta la vigorosa opinión pública que a los ojos de muchos es el referente de las prácticas políticas.

Un espacio de lucha. La hegemonía

El eje de análisis trazado hasta el momento da cuenta de que en el proceso de conformación de la sociedad civil porteña, se observan dimensiones que van más allá de los canales formales de representación pública y jurídica. El carácter simbólico, la lucha por los espacios de un poder hegemónico entran en disputa. Resulta pertinente entonces, como complemento, traer como referencia algunas consideraciones conceptuales que den cuenta de esta disputa por la hegemonía.

17 Sabato, H. (1998), *op. cit.*, p. 277.

18 Sabato, H. (1998), *op. cit.*, p. 278.

19 En este caso, el concepto de plebeyo puede resultar subjetivado. En clave gramsciana lo considero asimilable a las clases subalternas. En donde la imposición, la internalización de los valores propuestos está dada por los que dominan o *conducen* moral e intelectualmente el proceso histórico. Para una caracterización metodológica más profunda, véase: Gramsci, A. (1972). *Cuadernos de la Cárcel N° 25*. Recuperado de <http://www.feduba.org.ar/2016/07/22/cuadernos-de-la-carcel-completo-para-descargar>

El concepto de hegemonía en Gramsci se vincula a un modo de concebir lo social en tanto construcción cultural de consensos y simultáneos procesos de resistencia.

En tanto enfrentamientos y negociaciones en los que la legitimidad del orden social se actualiza y se hace posible: “La hegemonía expresa [...] la situación de una clase que alcanza una sólida unidad ideológica y de política, que le permite establecer una ascendencia sobre otros grupos y clases sociales”.²⁰ La hegemonía permite pensar así en procesos de conformación de subjetividades compartidas que no se cosifican ni se acaban. Al mismo tiempo, sugiere la ineludible necesidad para aquellos que se acomodan en ciertos criterios hegemónicos (en nuestro caso las élites gobernantes), de reforzar constantemente su credibilidad y legitimidad, porque hegemonía implica siempre resistencias estratégicas o tácticas.

De alguna manera todo bloque histórico –es decir la hegemonía entendida como un orden controlado por un grupo o conjunto de grupos sociales a lo largo de un período– está siempre amenazado y hostigado por sectores disconformes. Este desafío puede ser de distintos tipos: apenas una provocación puntual o una disputa por la continuidad de un orden social.

El concepto de hegemonía remite al mismo tiempo a las nociones de consenso y de conflicto, o en todo caso a la lucha por el mantenimiento o la conquista de un control intelectual y/o simbólico a nivel social.

Dominio que implica la movilización de grupos dispuestos a conservar, negociar las formas de producción y redistribución de los recursos sociales. Un proyecto hegemónico se construye a partir de la persuasión, de la articulación ideológica y de la transformación de la cultura en fuerza material: “Estamos al principio de nuestra vida parlamentaria y tenemos que formar hábitos, fijar principios y opiniones”.²¹ En este marco, este concepto de hegemonía nos permite tomar distancia o reformular el dualismo estructura/superestructura que supone una determinación causal entre relaciones sociales de producción y las concepciones del mundo. Implica así una construcción político-cultura en ciertas ocasiones autónoma de las estructuras económicas.

Gramsci subdivide los ámbitos superestructurales en dos espacios diferentes. Por un lado, la sociedad civil, como lugar de expresión de aquellas instituciones –como la Iglesia, la escuela y la familia– ligadas a la conformación y conquista cotidiana de la hegemonía y, por otro lado, la sociedad política, encargada de administrar, reproducir o reforzar legítimamente el resultado de dichas luchas hegemónicas. Si la sociedad civil es el espacio de la lucha por el consenso, la sociedad política (o el Estado) es el espacio donde esta legitimidad busca cristalizarse mediante el uso de la *violencia legítima*, es decir, la utilización de las fuerzas represivas de seguridad. En las sociedades donde el aspecto civil se encuentra desarrollado, la hegemonía es el resultado de múltiples convergencias de sentidos. No todos ellos ideológicos, ni discursivos, pueden ser expresiones estéticas, rumores, principios morales:

... *La Tribuna Nacional* rescataba de su propia narrativa histórica una serie de moralejas: que para que exista el progreso se hacía necesario restringir las pasiones; que el principal canalizador de las pasiones

20 Gramsci, A. (1972). *Cultura y literatura*. Barcelona: Península, p. 20.

21 Lettieri, A. (1994). Formación y disciplinamiento de la opinión pública en los inicios del sistema político moderno. Argentina, 1862-1868. *Revista de Historia y Ciencias Sociales, Entrepassados*, (6), 37.

eran los partidos políticos y que los logros alcanzados debían ser cuidados ya que la historia de la anarquía prerroquista mostraba lo que sucedía cuando las pasiones políticas se desataban.²²

La conformación de una dominación simbólica, nos advierte Gramsci, se consolida en los ámbitos menos analizados. Se constituye en las áreas de la vida práctica donde no aparece la coerción ni la violencia para obligar conductas:

la sociedad civil opera sin sanciones, sin obligaciones taxativas, mas no por ello deja de ejercer una presión colectiva y de obtener resultados objetivos en la formación de las costumbres, las maneras de pensar y de obrar, la moralidad, etc.²³

Posición gramsciana caracterizada como el problema del “derecho”, ya que al no haber sanciones jurídicas, no por ello dejan de ejercer presión colectiva.

Al caracterizar la construcción hegemónica no como un modelo evolutivo ni eterno, sino como algo que debe ser constantemente reafirmado y defendido, se complejiza el modo de concebir la conformación del orden social. Si hay hegemonía conviven movimientos contrahegemónicos y/o resistencias materiales o simbólicas. Lo hegemónico supone entonces la existencia de resistencia y de confrontación, porque es en ese terreno de lucha donde la hegemonía se hace posible:

la importancia de la prensa política más pura, por lo tanto, no depende de las características sociológicas de los lectores, ni radica significativamente en su capacidad circunstancial de movilizar a la población, sino en ser la herramienta a través de la cual cada partido competía por la legitimidad.²⁴

El concepto de lo político va más allá de lo institucional, de lo político partidario, del aparato judicial o del mundo legislativo. De alguna manera Gramsci democratiza la esfera de lo político al observar el modo en que en todas las áreas de lo cotidiano se construye y se disputa la legitimidad.

Con el país ya unificado en la presidencia de Bartolomé Mitre (1862-1868), la burguesía de Buenos Aires, más algunas facciones de las burguesías regionales, fueron detentando una definición hacia un proyecto hegemónico. La consolidación del Estado alcanzada hacia 1880, con un modelo agroexportador exitoso y estabilizados los lazos institucionales del Estado moderno, la élite cohesionada por su condición social y de relaciones interpersonales y familiares disponía de medios de organización complementarios (como la prensa escrita) para legitimar y legitimarse como autora y protagonista de un proceso de modernización político e institucional de organización nacional de la república.

22 Alonso, P. (1997). En la primavera de la Historia. El discurso político del roquismo de la década del ochenta a través de su prensa. *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani*, (15), 62.

23 Gramsci, A. (1984). *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el estado moderno*. Buenos Aires: Nueva Visión p. 100-101.

24 Alonso, P. (1997), *op. cit.*, p. 47.

“La razón más importante para dar clases es lograr que los alumnos no se conviertan en aquellos que hoy cometen barbaridades desde el Derecho como analfabetos jurídicos”



*Reportaje a Elizabeth Gómez Alcorta efectuado por
Martín Cormick. Noviembre de 2017*

Elizabeth Gómez Alcorta es abogada penalista, docente universitaria de –entre otras materias– Elementos de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires –institución donde años antes egresó–, miembro de la Sociedad de Abogados de Derecho Indígena (AADI) y coordinadora durante el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner del Programa Memoria, Verdad y Justicia, pero no ha cobrado fama sino por ser abogada defensora de Milagro Sala en las múltiples causas penales iniciadas por el gobierno de Jujuy, en lo que por la variedad, la falta de argumentos fácticos y/o jurídicos, huele a persecución política. En una provincia que, además, no se siente obligada a cumplir los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su paso por la facultad como alumna vino con cero formación en temas indígenas y una carrera muy alejada de la realidad. Transita un camino de compromiso con la profesión desde un lugar tan alejado a ese origen que, al menos, nos lleva a indagar sobre ese camino.

Es interesante repensar el recorrido de profesionales que, habiendo estudiado “íntegramente en los noventa” en la UBA, viviendo la carrera “con mucha frustración” y dándose cuenta de que la facultad era “una isla, absolutamente desconectada de la realidad”, pero “por suerte a veces se te cruza en el camino un docente que te marca y te permite volver a ilusionarte”. En este caso, esa docente fue Lucila Larrandart, casi en la última materia de la carrera. Elizabeth pudo ahí ver por primera vez cómo se vinculaban el derecho y la realidad, dando un cambio radical a su vida.

Considera entonces que “la facultad es, en parte formadora de abogados desideologizados, donde, por ejemplo, en un juicio de desalojo, no se preocupan por el destino de la familia que van a desalojar”.

Hoy, con un curso de Elementos de Derecho Penal hace quince años, se pregunta **cómo y qué darles en las clases a los alumnos**, en estos tiempos de prisiones preventivas sin fundamentos, traslado compulsivo de Milagro Sala de por medio, los interrogantes sin responder sobre el caso Maldonado o de causas penales difíciles de explicar y entender, como acusar de traición a la patria a una ex presidenta por un tratado aprobado por ley.

Pero, repiensa: “hoy más que nunca tenemos que estar dando clases, para evitar que los alumnos no se conviertan en aquellos que hoy cometen barbaridades desde el Derecho como analfabetos jurídicos. Ese es el desafío de hoy, en el momento de mayor distancia entre las normas y la aplicación de ellas en la realidad”.

Dejar de dar clases hoy, por caso, sería dejar un hueco aún más grande para que se siga promoviendo esto.

La enseñanza tradicional del Derecho en Argentina, principalmente en la UBA, en los tiempos en los que ella estudió, y prácticamente sin cambios hasta ahora, forma en general— gente que no sabe de Derecho, no sabe de Filosofía del Derecho, ni de Historia, ni de Sociología del Derecho, sino de prácticas. Forma abogados litigantes liberales, pero litigios acotados, “solo te enseña el expediente clásico y no los recursos que tenés que tener para resolver litigios más complejos”. En definitiva, “forma un profesional liberal que trabaja solo y desprovisto de moral. Menos aún, en este tipo de enseñanza, es posible que puedas volcar tu profesión en temas de derechos sociales, de género, de pueblos originarios, porque son temas que no se dan, y sí se da, por ejemplo, derecho aeronáutico”.

Justamente, nos cuenta Elizabeth, que “los abogados populares no trabajamos nunca solos, no existe ese abogado liberal típico que se sienta solo a redactar su demanda”, porque, “justamente, tus representados tienen intereses en conflicto con otros grupos, no se piensa la defensa de un modo individual”.

En ese punto, es asombroso, nos apunta Elizabeth, “que los propios estudiantes de derecho me pregunten si hay recuperatorio, cuando es un derecho que tienen por normativa”. Quizás es en la propia facultad donde nos empiezan a enseñar, solapadamente, que entre normas escritas y realidad hay un divorcio.

Por suerte, aun en contextos así, se puede elegir otro camino, a veces por la biografía personal, “con casa de padres en donde se hablaba de política, se cuestionaba la conquista española, incluso en épocas donde no se hacía; de hecho escribí cuestionando el 12 de octubre en el secundario”, y no solo aquellos con alguna historia afín puede interesarse, “la facultad puede ser absolutamente trascendente para mostrar ese camino, tiene investigaciones, proyectos, que pueden incluso así ser el medio para generar abogados con consciencia social”.

Cuenta Eli que mientras cuidaba chicos y trabajaba en Tribunales, “ámbito conservador si los hay, con contadas excepciones”, se ofreció a asesorar jurídicamente en una capilla, lugar en donde cree, ejerció realmente por primera vez la profesión. “No obstante, la Facultad de Derecho no te incentiva a ir a buscar la realidad, “no te llevan a los juicios de lesa humanidad, que son fundamentales e irrepetibles,

los alumnos pasan por la Facultad sin siquiera enterarse de ese proceso. Tampoco te incentivan a ir a asesorar a la cárcel, por ejemplo”.

En este contexto, ¿para qué seguir estudiando?, ¿para qué seguir dando clases? Elizabeth no duda: “El derecho es una herramienta de dominación, que busca mantener el *statu quo*, pero, justamente, lo que hay que hacer no es reproducir ese discurso, sino entrar en ese ámbito de lucha, porque el derecho, justamente, como dice Zaffaroni, es lucha”. “Si abandonás –entonces– avanza el sector dominante aun más”. Por ende, “menos hay que renunciar en momentos de retrocesos”, “hoy más que nunca, necesitamos abogados comprometidos, más aún que en tiempos favorables”.

Para cerrar, Eli nos dice: “hago lo mismo hace veinte años, tengo los mismos sueños, represento a los mismos sectores, siempre estuve en la misma vereda, quizás hace dos años se volvió más visible, porque ahora defiendo presos políticos, pero es porque el laburo se volvió más necesario, pero siempre estuve acá”, por eso “siempre salgo con la credencial, porque los tiempos te colocan en ese lugar, con esa responsabilidad”, por eso “el ejercicio de la profesión es una trinchera, trinchera hermosa, pero trinchera”.

En este sentido, el rol de las nuevas universidades públicas puede ser un oxígeno, y puede renovar en serio el Poder Judicial, lugar históricamente vedado para el sector popular, lugar elitista por excelencia.