

ISSN 2718-6628

FORUM

10

AÑO 2020

REVISTA
DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA
ARGENTINA



FORUM

**REVISTA DEL
CENTRO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL**

**Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica Argentina**



Diciembre 2020

FORUM

REVISTA DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Número 10

Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica Argentina

Diciembre 2020

ORLANDO JUAN GALLO

Director del Centro de Derecho Constitucional

ROBERTO ANTONIO PUNTE

Director de la revista

SOFÍA CALDERONE

Secretaria de redacción

FACUNDO MENEM

Asistente editorial



Editorial de la Pontificia Universidad Católica Argentina

Los autores de los artículos publicados en el presente número ceden sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore su versión digital al Repositorio Institucional "Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina" como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica

UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
A. M. de Justo 1400 • P.B., Contrafrente • (C1107AAZ)
Tel./Fax 4349-0200 • educa@uca.edu.ar
Buenos Aires, diciembre de 2020

ISSN: 2718-6628 (web)

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723
Printed in Argentina - Impreso en la Argentina

AUTORIDADES
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
“SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES”

Rector

Dr. Miguel Ángel Schiavone

Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica

Dra. María Clara Zamora

Vicerrector de Integración

Pbro. Gustavo Boquín

Secretario Académico

Dr. Gabriel Limodio

Administrador General

Dr. Horacio Rodríguez Penelas

FACULTAD DE DERECHO

Decano

Dr. Pablo María Garat

Director de la Carrera

Dr. Daniel A. Herrera

Secretario Académico

Dr. Carlos Muñiz

Director de Investigación Jurídica Aplicada

Dr. Nicolás Lafferriere

Director de Posgrado
Dr. Gustavo Costa Aguilar

Director del Doctorado en Ciencias Jurídicas
Dr. Fernando Ubiría

Director de Relaciones Institucionales
Dr. Néstor Raymundo

Centro de Derecho Constitucional

Director
Orlando J. Gallo

Revista FORUM

Director de la Revista
Roberto A. Punte
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Secretaria de Redacción
Sofía Calderone
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Asistente Editorial
Facundo Menem

Comité Editorial
Ezequiel Abásolo
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Florencia S. Ratti Mendaña
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Luis M. Roldán (h)
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Juan M. Clérico
(Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Germán Masserdotti
(Universidad del Salvador, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Consejo Académico
Eduardo M. Quintana
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Débora Ranieri de Cechini
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Alberto Dalla Vía
(Universidad de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

María Angélica Gelli
(Universidad de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Carlos I. Salvadores de Arzuaga
(Universidad del Salvador,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Alfonso Santiago (h)
(Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina)

Héctor H. Hernández
(Universidad Fraternidad de Agrupaciones
Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, Argentina)

Sergio R. Castaño
(Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Tucumán, Argentina)

Juan Cayón Peña
(Universidad de Nebrija, Madrid, España)

Miguel Ayuso
(Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España)

Camilo Tale
(Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina)

Guillermo Barrera Buteler
(Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina)

Antonio María Hernández
(Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina)

Juan F. Segovia
(Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina)

Carlos A Egües
(Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina)

FORUM

FORUM es la Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, de edición semestral, y el vehículo de difusión de los estudios académicos surgidos de investigaciones realizadas por los docentes que integran el Centro de Derecho Constitucional. Incluye también textos elaborados por profesores y especialistas que participan en calidad de invitados. La verdadera Ciencia Jurídica “exige el diálogo con los hechos y con las circunstancias, la recepción de las tradiciones institucionales, de la constitución histórica, y del más amplio contexto de las fuentes para su interpretación y aplicación. Esto significa sentirse herederos de una tradición compleja, jurídica, histórica, social. Intérpretes hoy de valores éticos sostenidos en la fe cristiana según el magisterio perenne de la Iglesia y, a la vez, impulsados a su vigencia del mejor modo. En plenitud de consonancia para que la norma no solo sea respetada en verdad, sino que esta verdad, al convertirse en vigencia, alimente de justicia y de paz las situaciones en que deba enseñarse o aplicarse” (*FORUM* N° 1, 2013, Editorial).

En esta línea, *FORUM* busca pensar el Derecho Público desde la concepción iusnaturalista, tomando como guía los principios fundamentales de la justicia y el orden natural, iluminados por la Fe. Su cobertura temática comprende: Derecho Constitucional, Filosofía del Derecho, Derecho Internacional Público, Derecho Administrativo, Historia del Derecho, Derecho Canónico y Eclesiástico y Derecho Comparado.

Nuestros lectores son profesores, investigadores, legisladores, jueces, abogados y estudiantes. En las últimas páginas se incluyen las

Normas de Publicación para los autores, junto con el sistema de evaluación empleado para la selección de las colaboraciones por publicar.

Los autores de los artículos publicados, además, ceden sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que se incorpore una versión digital al Repositorio Institucional de la Universidad Católica Argentina y también a otras bases de datos que se consideren de relevancia académica.

Todos los contenidos de la revista se encuentran disponibles en la Biblioteca Digital de la Universidad.

Datos de contacto para suscripciones, canjes, envíos de trabajos y correspondencia:

Av. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107
Pontificia Universidad Católica Argentina
Buenos Aires, Argentina
Mail: forum@uca.edu.ar

FORUM

FORUM is the Journal of the Constitutional Law Center of the School of Law of the Pontifical Catholic University of Argentina “Santa María del Buenos Aires”, published every semester. The journal provides coverage of the academic research carried out by teachers who integrate the Center of Constitutional Law. It also includes papers prepared by professors and specialists who participate as guests. The true Legal Science “(...) requires dialogue with facts and circumstances, embracing both the institutional traditions and the historical constitution, and the broader context of the sources for their interpretation and application. This means feeling heirs of a complex, legal, historical and social tradition, acting as interpreters of ethical values sustained in the Christian faith according to the perennial teaching of the [Catholic] Church and, at the same time, driven to its actual validity. In agreement with the fact that the norm not only may be respected as truth but also, when it is perceived as valid, nourishes with justice and peace the situations in which it must be taught or applied” (*FORUM* N° 1, 2013, Editorial).

In this line, *FORUM* seeks to think about Public Law from the standpoint of Natural Law, taking as a guide the fundamental principles of justice and natural order, illuminated by the Faith. Its thematic coverage includes: Constitutional Law, Philosophy of the Law, Public International Law, Administrative Law, Law History, Canon Law and Ecclesiastical and Comparative Law. Our readers are professors, researchers, legislators, judges, lawyers and students. The last pages include the Publication Norms along with the evaluation system used for the selection of the collaborations to be published.

In addition, the authors of the published articles assign their rights to the publisher, in a non-exclusive manner, so that a digital version is incorporated into the Institutional Repository of the Argentine Catholic University as well as into other databases that are considered of academic relevance. All the contents of the journal are available in the University's Digital Library.

Contact information for subscriptions, exchanges, work submissions and correspondence:

Av. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107
Pontificia Universidad Católica Argentina
Buenos Aires, Argentina.
E-mail: forum@uca.edu.ar

SUMARIO

Editorial: La Carta Encíclica <i>Fratelli Tutti</i> (Encyclical <i>Fratelli Tutti</i>), por ROBERTO ANTONIO PUNTE	17
---	----

Parte I - Artículos de investigación

HERNANDO VICENTE CAÑARDO Análisis de la doctrina del acto de Estado a través de la jurisprudencia de los Estados Unidos: evolución y excepciones (Analysis of the act of State doctrine through the United States' case law: evolution and exceptions).....	23
--	----

JUAN MARCELO GAVALDÁ La construcción de canales navegables en la Constitución Nacional. Una asignatura pendiente de la cláusula del progreso (Construction of waterways in the National Constitution. An unresolved matter of the progress clause).....	89
--	----

Parte II - Notas o comentarios

ALFONSO SANTIAGO (H) Libertad de expresión, libertad de cátedra y derecho al ideario institucional (Freedom of speech, academic Freedom and the right to institutional ideology).....	139
--	-----

MARÍA MILAGROS FLORES Una mirada sobre el control de constitucionalidad en Colombia (Colombian constitutional control in a nutshell).....	159
---	-----

Parte III - Ensayos, crónicas y reseñaciones

MARÍA SOLEDAD RICCARDI Recapitulación del Conversatorio sobre la objeción de conciencia frente al aborto: diálogos sobre un derecho fundamental (Summary of Conscientious Objection to abortion webinar: dialogues on a fundamental right).....	185
---	-----

MARÍA VÁZQUEZ Crónica sobre el encuentro virtual: “El precedente judicial en América Latina” (A chronicle on “Judicial precedent in latin america” webinar).....	203
---	-----

MARÍA GABRIELA ÁBALOS Reseña: Hernández, Antonio María; Barrera Buteler, Guillermo (Coords.), <i>Derecho Público Provincial</i> , 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2020, 944 pp.....	227
--	-----

JERÓNIMO LAU ALBERDI Reseña: Laplacette, Carlos José, <i>Acciones declarativas de inconstitucionalidad. En el Poder Judicial de la Nación, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires</i> , Buenos Aires, La Ley, 2020, 376 pp.	235
--	-----

EMILIO ROSATTI Reseña: Díaz Solimine, Omar L. (Dir.); Díaz Solimine, Ignacio L. (Coord.), <i>El margen nacional de apreciación</i> , Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2020, 304 pp.....	243
--	-----

Parte IV - Documentos

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, ROBERTO E. LUQUI Declaración sobre la creación de un Observatorio de la desinformación y la violencia simbólica en medios en plataformas digitales (NODIO)	253
MIGUEL JORGE HASLOP Exposición de Miguel J. Haslop, presidente de PRODECI, en representación de la Coalición de Libertad de Conciencia y de Expresión en el Diálogo de representantes de la Sociedad Civil ante la OEA, en la Asamblea General N° 50, 19 de octubre de 2020.....	255
Normas de publicación	259

EDITORIAL

LA CARTA ENCÍCLICA *FRATELLI TUTTI* ENCYCLICAL *FRATELLI TUTTI*

ROBERTO A. PUNTE¹

Este documento luce como un complemento indispensable de su predecesora *Laudato sí'*², sobre la revisión de nuestras conductas deficientes en el cuidado de la “casa común”. Esta vez centrada en la situación vincular que nos une ineludiblemente como sus habitantes.

Desde una perspectiva de la doctrina clásica, *Fratelli Tutti*³ significa, además, la recuperación para el cristianismo, en términos actuales, de la clásica ágape o caridad unitiva fundada en el amor de Dios, concepto en cierto modo capturado por la laicidad como parte de la triada sustantiva de los derechos del hombre proclamados en la Revolución Francesa.

No puedo menos que traer a colación una reflexión que debemos al genio de Chesterton, cuando en su ensayo “Ortodoxia”, criticando el humanitarismo formal, rescata la humildad ante la realidad y el

1. Abogado (UCA). Traductor público nacional (UBA). Profesor Emérito de Derecho Constitucional (UCA). Director de *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina* y del Suplemento de Derecho Constitucional de *elDial.com*. Correo electrónico: punte@bscp.com.ar.

2. Francisco, Papa, *Laudato sí': carta encíclica sobre el cuidado de la casa común*, Buenos Aires, Ágape Libros, 2018.

3. Francisco, Papa, *Fratelli Tutti*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Conferencia Episcopal Argentina Oficina del Libro, 2020.

misterio, expresando que el sacudido mundo de la modernidad quedó poblado por “las viejas ideas cristianas que se han vuelto locas” y esto ha ocurrido por “sentirse aisladas y verse vagando a solas”⁴.

Sumado, pues, a la preocupación por la creación que nos circunda que, como nos fue revelado, hemos aprendido, fue considerada “buena” por su magno autor, cabe receptar en sus aspectos positivos la coherente y concomitante preocupación por nuestra doliente humanidad. Y la sacralidad implícita no solo en la creación, sino también en la continuidad de su amorosa sustentación hasta el cese o transustanciación del tiempo y del cosmos. Es ya doctrina pacífica que la progresiva interdependencia humana implica una necesaria ampliación del bien común, que pasa a ser, en este campo, universal y requiere por tanto en el orden humano acompañar a la providencia con las instituciones culturales y políticas pertinentes a las exigencias de estos nuevos tiempos.

En lo formal, la carta se divide en ocho capítulos. El primero presenta una visión crítica sobre lo que califica los aspectos sombríos de un mundo cerrado, del que, sin embargo, rescata vías abiertas hacia la esperanza. Frente a esto le sigue una suerte de homilía sobre la parábola del viajero que topa con un herido abandonado en el camino, y convierte esta circunstancia en un movilizador encuentro de personas. De allí, pasa al tercer capítulo sobre las posibles aperturas a un mundo nuevo por vía del amor, el afecto que nos debemos como naturalmente socios, la búsqueda de un bien moral solidario y una comprensión en lo profundo sobre nuestro carácter de administradores de los talentos recibidos, que es en el fondo el significado de lo que muchas veces ha sido mal entendido respecto del destino común de los bienes. Ser administrador ante el Señor de lo confiado significa la plena libertad, condición y matriz de la consecuente responsabilidad personal por su buen uso y fructificación⁵. El capítulo cuarto es universalista en cuanto a la trascendencia de lo local por la apertura del corazón a los extraños. Al verlo, no pude menos que recordar la

4. Chesterton, Gilbert K., “Ortodoxia”, en *Obras Completas*, T. I, Colección Clásicos del Siglo XX, Barcelona, Ed. Janes, 1952, p. 521.

5. Irrazábal, Gustavo, *Doctrina Social de la Iglesia y Ética Política*, Buenos Aires, Ágape, 2009, p. 66.

fábula de Giovanni Guareschi sobre el párroco Don Camilo y el alcalde comunista Pepone que, en su "*piccolo mondo*", aprenden a convivir y aún a ser amigos, unidos ante las adversidades comunes.

El quinto capítulo se refiere a la mejor política para ello, continuado en el capítulo sexto, en el que se explaya sobre el diálogo como vía hacia una cultura de la amistad social. El séptimo repasa las bases de una arquitectura y artesanía de la paz, con firme asiento en la verdad como parte de ella la memoria como resguardo del necesario perdón para el cierre de los conflictos y de modo muy concreto la repugnancia ante la guerra y la pena de muerte. Como cierre, su llamamiento a las religiones, para superar la tentación de la violencia, en el camino de la proclamada fraternidad.

Esto lleva a reflexionar cuánto hay de humano en ellas. El episodio de la torre de Babel siempre ha sido visto como una expresión de la diferenciación de las lenguas. Pero vale para cualquier proyecto que quiera alzarse hacia el cielo por medios exclusivamente humanos y, desde esta lectura, el relato del fracaso de tales edificaciones nos debe recordar que esto aplica no solo para las sectas, sino también para las más serias actitudes religiosas, aún aquellas que han sido inspiradas y asistidas por el Espíritu, pero que no pueden evitar las adherencias epocales de los gestos humanos.

Evidentemente, en sus aspectos políticos, la encíclica también está atada a circunstancias temporales y culturales, propias de esta etapa de crisis, atribuibles tanto a una globalización sin percepción del bien común, con matices de individualismo extremo y conflictos que se arrastran entre cosmovisiones en descomposición. Pero no puede perderse de vista el fondo, que es poner objetivos de hermandad a la libertad humana, lineamiento sustantivo y perenne que no debe abandonarse cuando tropecemos con las rispideces de lo concreto. Y así, como Paulo VI pudo decir, hace casi medio siglo, que el "desarrollo es el nuevo nombre de la Paz"⁶, hoy, como resguardo de las nuevas grietas, se nos convoca en nombre de la fraternidad, que nos iguala y une.

6. Paulo VI, Papa, *Populorum Progressio*, 1967, disponible en: http://www.vatican.va/content/paul-vi/es/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html (fecha de consulta: 9/11/2020).

PARTE I

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

**ANÁLISIS DE LA DOCTRINA
DEL ACTO DE ESTADO A TRAVÉS
DE LA JURISPRUDENCIA
DE LOS ESTADOS UNIDOS:
EVOLUCIÓN Y EXCEPCIONES**

**ANALYSIS OF THE ACT OF STATE DOCTRINE
THROUGH THE UNITED STATES' CASE LAW:
EVOLUTION AND EXCEPTIONS**

HERNANDO V. CAÑARDO¹

Recibido: 1º de junio de 2020
Aprobado: 21 de julio de 2020

RESUMEN

La doctrina del acto de Estado es una regla jurisprudencial aplicada en aquellos casos que implican en forma directa la legalidad de una norma o acto gubernamental extranjero realizado en su propio territorio.

1. Abogado (UCA), Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), Profesor Titular Ordinario de Derecho Internacional Público (UCA) y Profesor Titular del Doctorado en Ciencias Jurídicas (UCA), miembro de la Sociedad Americana de Derecho Internacional, 1984 (American Society of International Law). Correo electrónico: hvcanardo@yahoo.com.

Desde sus orígenes hasta la actualidad su análisis se ha complicado pues el ámbito no solo se relaciona con actos como expropiaciones o repudiación de contratos, sino con otras áreas tales como los derechos humanos, el terrorismo y los monopolios. El presente artículo analiza sus orígenes y desarrollo en la jurisprudencia norteamericana.

PALABRAS CLAVE:

Acto de Estado; Cortesía internacional; Soberanía; Expropiaciones; Excepción Bernstein; Legislación antimonopolios.

ABSTRACT:

The act of state doctrine is a judicial rule of abstention to be applied in those cases that concern directly the legality of a governmental action or rule, done or enacted by a sovereign State in its own territory.

Since its origin to present times, the analysis has been tangled, as its scope is not only related nowadays with expropriations or contract breaches, but other areas such as Human Rights, terrorism and antitrust. This paper deals with the origins and evolution of the act of state doctrine in United States' case law.

KEYWORDS:

Act of State; International Comitas; Sovereignty; Expropriation; Bernstein Exception; Antitrust Laws.

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Cañardo, Hernando V., "Análisis de la doctrina del acto de Estado a través de la jurisprudencia de los Estados Unidos: evolución y excepciones", *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 10, 2020, pp. 23-88

INTRODUCCIÓN

La doctrina del acto de Estado es una regla jurisprudencial que se aplica en casos que implican, en forma directa, la legalidad de una norma o acto gubernamental extranjero. La misma postula que las Cortes de los Estados Unidos no son competentes para revisar actos de gobiernos extranjeros destinados a tener efectos dentro del territorio de los mismos, por derivación del principio según el cual cada Estado es soberano dentro de sus fronteras. Esto se engarza en la clara definición institucional de Norteamérica vinculada con la prerrogativa exclusiva de su Poder Ejecutivo para la conducción de los asuntos exteriores, la que no puede ser interferida por los tribunales.

El principio, sin embargo, está plagado de condiciones, muchas de ellas definidas por la jurisprudencia, dentro del sistema de *common law* y *stare decisis*. Se requiere, en primer lugar, que el acto extranjero cuestionado sea un acto formalmente oficial (v. gr., una ley o decreto), generado por una autoridad legítima en ejercicio de sus funciones. A esta excepción se agregaron otras, algunas de fuente legislativa, otras de procedimiento y consulta con el ejecutivo, de origen judicial; finalmente, excepciones vinculadas con la defensa de los derechos humanos o la lucha contra el terrorismo. Asimismo, se ha distinguido el acto de Estado de la inmunidad soberana de los Estados, originada en el Derecho Internacional.

Elusiva y compleja, la doctrina del acto de Estado es una creación netamente anglosajona, adormecida por años, hasta que la Corte Suprema de los Estados Unidos, en *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino* (1964), la llevó a un lugar central².

Algunos entienden que entra en la categoría de las cuestiones políticas³; otros, que depende del Derecho Internacional Privado, o la hacen derivar de la *full faith and credit clause* entre los Estados de la

2. *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964).

3. Cañardo, Hernando V., "Consideraciones sobre la Cuestión Política y su aplicación en las Relaciones Exteriores de los Estados Unidos" en *Revista de Derecho Universidad de Montevideo*, Año XIV (2015), N° 27, pp. 67-103, disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2015/09/Revista-Derecho-27.pdf> (consultado 27/4/2019); *Baker vs. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

Unión, establecida en el artículo IV de la Constitución⁴. La sanción de la *Foreign Sovereign Immunities Act*, en 1976⁵, puso presión en la doctrina, ya que cuando un soberano extranjero no puede defender exitosamente la inmunidad, estará tentado a desplazarse hacia la misma. Una complicación adicional surgió con la denominada excepción *Bernstein* en 1954⁶, consistente en la posibilidad del tribunal de consultar al Departamento de Estado, o aceptar una intervención de este, en relación a si el asunto en juicio puede o no estimarse incluido en la categoría de acto de Estado, por afectar la conducción por el Ejecutivo de las relaciones exteriores del país.

A su vez, la Enmienda Hickenlooper⁷ consiste en una norma legal, por la cual se pretendió restringir la utilización de la doctrina del acto de Estado, declarando que no podía ser esta aplicable cuando se debatían expropiaciones de bienes de ciudadanos norteamericanos en el extranjero. Aun así, esta no es de aplicación automática, pues debe compatibilizarse con la política del Ejecutivo respecto de las relaciones diplomáticas con el país expropiante. A esto se han sumado la doctrina de la *Foreign sovereign compulsion*⁸, la cláusula

4. The Constitution of the United States: A Transcription - Article. IV. Section. 1. "Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof". La Constitución de los Estados Unidos se puede consultar en: <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript#toc-article-iv-> (consultado 27/4/2019).

5. 28 U.S. Code Chapter 97 - Jurisdictional Immunities of Foreign States. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/part-IV/chapter-97> (consultado 27/4/2019).

6. *Bernstein v. N. v. Nederlandsche-amerikaansche Stoomvaart-maatschappij (Chemical Bank & Trust Co., Third-party Defendant)*, 210 F.2d 375. 2d Cir. 1954. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/210/375/393409/> (consultado 27/4/2019)

7. 22 U.S. Code § 2370. Prohibitions against furnishing assistance; disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/22/2370> (consultado 27/4/2019).

8. *Continental Ore Co. vs. Union Carbide Corp.*, 370 U.S. 690 (1962); *Texaco Maracaibo, Inc.*, 307 F. Supp. 1291 (D. Del. 1970).

de supremacía, la posible excepción en base a un Tratado⁹ y el *forum non conveniens*¹⁰.

Será, en consecuencia, esta compleja evolución el objeto de análisis en el presente artículo.

Desde el fundamento absoluto en *Underhill vs. Hernández* (1897)¹¹, o la negativa del Juez Holmes, en *American Banana vs. United Fruit Company* (1909)¹², de examinar conductas privadas que dan lugar a un acto público, y sus ecos casi un siglo después en *Kirkpatrick & Co.*¹³, la Corte Suprema en *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino* (1964)¹⁴, a pesar de las críticas, hizo algo muy importante, pues afirmó que la doctrina del acto de Estado estaba basada en la prudencia judicial, en el balance de diversas consideraciones y no era un mandato constitucional ni internacional que impusiera una prohibición a juzgar todos los actos del Estado.

Cabe considerar que la consulta denominada excepción *Bernstein*¹⁵ no convierte al Poder Judicial en mandadero del Ejecutivo, pues al sugerir o recomendar que si se decide la cuestión no se afectan las relaciones exteriores, no le exige cómo deben decidirla. En consecuencia, fallos como *Bernstein* y *Sabbatino* siguen una misma línea, al procurar una aplicación flexible caso por caso de la doctrina.

9. *Ethiopian Spice Extraction Share Company, Plaintiff and Counter - Defendant vs. Kalamazoo Spice Extraction Company Kalsec, Inc., and Kalsec International, Inc., Defendants, and Kalamazoo Spice Extraction Company, and Kalsec, Inc., Defendants and Counter-Plaintiffs. Kalamazoo Spice Extraction Company vs. The Provisional Military Government of Socialist Ethiopia*; United States District Court, W. D. Michigan, S. D. July 6, 1982. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/543/1224/1460984/> (consultado 27/4/2019).

10. Duval-Major, Jacqueline, "One-Way Ticket Home: The Federal Doctrine of Forum Non Conveniens and the International Plaintiff", *Cornell Law Review*, V. 77, 1992, pp. 650-686. Disponible en: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3522&context=clr> (consultado 27/4/2019).

11. *Underhill vs. Hernández*, 168 U.S. 250 (1897).

12. *American Banana Co. vs. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909).

13. *Kirkpatrick & Co. v. Environmental Tectonics*, 493 U.S. 400 (1990).

14. *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964).

15. *Bernstein vs. Nederlandsche-amerikaansche Stoomvaart-maatschappij (Chemical Bank & Trust Co., Third-party Defendant)*, 210 F.2d 375 2d Cir. (1954). Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/210/375/393409/> (consultado 27/4/2019).

I. ORÍGENES DE LA DOCTRINA DEL ACTO DE ESTADO: LA *COMITAS* INTERNACIONAL Y EL RESPETO A LA SOBERANÍA

La doctrina del acto de Estado aparece en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos con la opinión del Juez Marshall en *The Exchange v. McFaddon* (1812)¹⁶.

El derecho soberano reclamado por Napoleón (se trataba de un buque armado y con bandera francesa), cuando se encontraban en juego las relaciones políticas entre los Estados Unidos y Francia, provocaron que la causa fuese analizada con preferencia¹⁷. El 4 de octubre de 1811 la Corte de Distrito rechazó la demanda y afirmó que un buque público de un soberano extranjero estaba exento de la jurisdicción de los tribunales, al menos con relación al título por el cual el soberano posee el buque¹⁸.

La Corte de Circuito revocó la decisión y la causa llegó a la Corte Suprema, la cual finalmente revocó lo decidido en la instancia anterior afirmando:

“Un buque público de guerra de un Estado soberano en paz con los Estados Unidos que entra en puerto pacíficamente está exento de la jurisdicción norteamericana. La jurisdicción de un Estado sobre su territorio es exclusiva y absoluta y no es susceptible de limitaciones, salvo aquellas que voluntariamente permita. Cualquier restricción impuesta o que derive su validez de una fuente externa sería implicar una disminución de su soberanía con el alcance de la restricción. En consecuencia, todas las excepciones a un completo y exclusivo poder de la Nación dentro de su territorio solamente pueden nacer de la Nación misma. Un Estado que ejercite los poderes territoriales en forma no consistente con los usos y obligaciones del mundo civilizado estaría violando esos principios. La plena y absoluta jurisdicción territorial siendo el atributo de la soberanía no puede conferir poderes extraterritoriales ni contemplar a los países extranjeros ni a

16. *The Exchange vs. McFaddon*, 11 U.S. 116 (1812).

17. *The Exchange vs. McFaddon*, 11 U.S. 116, 117 (1812).

18. *The Exchange vs. McFaddon*, 11 U.S. 116, 120 (1812).

sus derechos soberanos como su objeto. De allí el reconocimiento de las inmunidades que, si bien no siempre están explícitas, lo están implícitamente y se le extienden al ingresar al territorio de otro Estado. En consecuencia, el ingreso de un soberano a un territorio extranjero, con el conocimiento y permiso del Estado, implica la inmunidad. Sin una prohibición expresa, los puertos de naciones en paz están abiertos para los buques públicos de todos los que no estén guerra, y su ingreso debe ser protegido por el Estado territorial, estando en consecuencia exentos de su jurisdicción”¹⁹.

Ochenta y cinco años después, en *Underhill vs. Hernández* (1897), la cuestión de la doctrina del acto de Estado volvió a plantearse²⁰.

El General Hernández, comandante del ejército revolucionario en Venezuela, había ocupado la ciudad de Bolívar. George Underhill, que vivía en ésta, había construido un sistema de aguas corrientes a través de un contrato con el Gobierno, y solicitó un pasaporte para dejar la ciudad. Los revolucionarios se lo negaron para coaccionarlo a que operara el sistema de aguas en beneficio de la comunidad y lo confinaron en arresto domiciliario, si bien con posterioridad se le otorgó el pasaporte.

Underhill demandó a Hernández ante la Corte del Segundo Circuito, reclamando daños por lo acontecido. Como el gobierno revolucionario venezolano fue reconocido por los Estados Unidos como legítimo, el tribunal afirmó que los actos del demandado eran actos de Venezuela y que no estaban sujetos al análisis de las cortes de otros Gobiernos. Cada soberano debe respetar la independencia de otro par, y los tribunales no pueden juzgar los actos de otro Gobierno

19. “*The Exchange, being a public armed ship in the service of a foreign sovereign with whom the government of the United States is at peace, and having entered an American port open for her reception on the terms on which ships of war are generally permitted to enter the ports of a friendly power, must be considered as having come into the American territory under an implied promise that while necessarily within it and demeaning herself in a friendly manner, she should be exempt from the jurisdiction of the country*”. *The Exchange vs. McFaddon*, 11 U.S. 136 (1812).

20. *Underhill vs. Hernández*, 168 U.S. 250 (1897).

realizados dentro de su territorio. El Juez Fuller emitió el *dictum* en los mencionados autos que consolida la doctrina del acto de Estado. Según sus palabras:

*“Every sovereign State is bound to respect the independence of every other sovereign State, and the courts of one country will not sit in judgment on the acts of the government of another done within its own territory. Redress of grievances by reason of such acts must be obtained through the means open to be availed of by sovereign powers as between themselves”*²¹.

La doctrina continuó su desarrollo en *Oetjen vs. Central Leather Co.* (1918)²². En 1914, el General Francisco Villa, conduciendo operaciones en cumplimiento de órdenes del Gobierno de Carranza, incautó y vendió cueros de propiedad de un ciudadano mexicano de apellido Martínez. La controversia giraba sobre el título de propiedad de las partidas de cueros: el demandante las reclamaba como propietario, mientras que el demandado alegaba que le pertenecían, pues las había comprado a la Compañía Finnegan-Brown de Texas, que, a su vez, las había adquirido del General Villa en enero de ese año.

El caso llegó a la Suprema Corte con la reclamación de que el título del demandado era inválido, pues provenía de la adquisición hecha por Villa al confiscar la mercadería en violación de lo dispuesto en la Convención de La Haya de 1907²³. El Supremo Tribunal entendió que era necesario delinear las condiciones políticas de México antes y al momento de la adquisición de la propiedad, en el marco de una guerra civil. Martínez, dueño originario de los cueros, según los demandantes, era partidario de Huerta. Por esa razón había huido de la ciudad sin pagar la contribución forzosa debida a las fuerzas

21. *Underhill vs. Hernández*, 168 U. S. 250, 252 (1897).

22. *Oetjen vs. Central Leather Co.*, 246 U.S. 301 (1918).

23. Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV), 18/10/1907, tomado de Derecho Internacional relativo a la conducción de las hostilidades, CICR, 1996. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm> (consultado 25/4/2019).

revolucionarias. Por dicho incumplimiento, Villa confiscó los cueros objeto de la controversia, que a su vez fueron vendidos a Finnegan Brown, pagados en México y enviados a los Estados Unidos²⁴.

La Corte sostuvo que desde que la transacción se realizó y desde el inicio del proceso en las instancias inferiores, el gobierno de los Estados Unidos había, primero, reconocido al Gobierno de Carranza como de *facto* y a partir de julio de 1917, como de *jure*. En consecuencia, determinó:

“Quién es el soberano de *jure* o de *facto* de un territorio no es una cuestión judicial sino política, y su determinación por los departamentos ejecutivo o legislativo vincula en forma concluyente a los jueces, así como a otros funcionarios, ciudadanos y súbditos de ese Gobierno”²⁵.

El apelante, por otro lado, había sostenido que las Regulaciones Anexas a la Convención de la Haya de 1907 sobre las Leyes y Costumbre de la Guerra Terrestre constituyen un Tratado entre los Estados Unidos y México y que los Reglamentos que prohíben esa toma de propiedad impedían que Villa ostentase un título válido. De ese modo, alegaba que la propiedad podía ser recuperada por el dueño o sus concesionarios si se encontraba en los Estados Unidos. Pero el Tribunal concluyó:

“Sería quizás suficiente contestar que la Convención de la Haya es un Tratado internacional diseñado y adoptado para la guerra entre Estados y no una guerra civil (...). Al mismo tiempo, la norma del artículo 46 sobre la prohibición de la confiscación de la propiedad privada no tiene un ámbito ilimitado, ya que el artículo 49 permite contribuciones en dinero para las necesidades del ejército en territorio ocupado, y el 52 permite requisiciones en especie y servicios para las necesidades del ejército de ocupación, y que esas, si es posible, pueden ser pagadas en efectivo, como lo afirma la misma Convención”²⁶.

24. *Oetjen*, ob. cit.

25. *Jones vs. United States*, 137 U.S. 202, 203 (1890); *Underhill vs. Hernández*, 168 U. S. 250 (1897).

26. *Oetjen vs. Central Leather Co.*, 246 U.S. 302 (1918).

A estos principios la Corte agregó:

“Cada Estado soberano debe respetar la independencia de otro y las cortes no juzgarán los actos de otros Gobiernos realizados dentro de su territorio. El arreglo de las controversias a causa de esos actos se manejan o conducen por los medios abiertos a los Estados entre ellos como poderes soberanos”²⁷.

“Aplicando estos principios legales al caso, se observa que un oficial militar comisionado que representa al Gobierno legítimo de México en el transcurso de una revolución conduciendo operaciones militares solicita una requisa o contribución de un ciudadano mexicano, y siendo una cuestión del Gobierno con el ciudadano, este tipo de cuestiones no está sujeta a examen o modificación por los tribunales de este país”. “El principio de que la conducta de un Gobierno independiente no puede ser cuestionada en los tribunales, sea un reclamo sobre el título de propiedad de bienes en custodia de la corte, como en este supuesto o en otros casos donde los daños se basan en actos realizados en un Estado extranjero, está fundado en *consideraciones de cortesía internacional y conveniencia*. Permitir que la validez de esos actos de otro Estado soberano sea examinada o condenada en los Tribunales de otro Estado «pondría en peligro relaciones amistosas entre Gobiernos y vejaría la paz de las Naciones»”²⁸.

Underhill y Oetjen vs. Central Leather Co., *supra*, fundamentan a la doctrina del acto de Estado en la *comitas* o cortesía internacional, y en el respeto a la soberanía de los demás Estados²⁹.

En *Ricaud vs. American Metal Co., Ltd.* (1918)³⁰ la cuestión se refería a determinada propiedad de uno de los demandantes, confiscada a la fuerza en México por personas desconocidas y luego consignadas

27. *Oetjen vs. Central Leather Co.* Page 246 U.S. 299 (1918). Principios similares fueron expuestos en *Underhill vs. Hernández*, 168 U.S. 250, 252 (1897); *American Banana Co. vs. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909).

28. *Oetjen vs. Central Leather Co.* 246 U.S. 304 (1918).

29. *Underhill vs. Hernández*, 168 U.S. 250, 252. (1897).

30. *Ricaud vs. American Metal Co., Ltd.*, 246 U.S. 304 (1918).

a la venta en la ciudad de El Paso. La propiedad había sido tomada y vendida para propósitos de la guerra por las llamadas “fuerzas constitucionalistas”, bajo órdenes del General Carranza. Como se mencionó, este Gobierno fue reconocido como legítimo por los Estados Unidos, en consecuencia, los actos de las autoridades mexicanas fueron validados en concordancia con *Oetjen, supra*. Se mantuvo el criterio y se dijo: “[l]os remedios legales de los dueños o de los compradores con respecto a la propiedad, si existen, deben plantearse en los tribunales de México o a través del Gobierno”³¹.

Por último, en *American Banana vs. United Fruit Company* (1909) se afirmó que, si bien un Estado puede considerar algunas relaciones entre sus ciudadanos como regidas por su propia ley en espacios sin soberanía, como el alta mar, o si no existe ley, el principio general es que la caracterización de un acto como legal o ilegal se determina por la ley del territorio o Estado donde se ha realizado³²:

“La ley es generalmente construida con la intención de ser aplicada en sus operaciones y efectos dentro de los límites territoriales bajo jurisdicción del legislador. En consecuencia, las prohibiciones de la Ley *Antitrust Sherman*³³ no se extienden a actos realizados en países extranjeros, aunque sean realizados por ciudadanos estadounidenses y afectando a compatriotas. La soberanía es el poder de hacer leyes y los Tribunales extranjeros no pueden condenar las influencias que rodean al soberano al hacer las leyes”³⁴.

Si bien la doctrina se aplicó en otros casos en Tribunales inferiores, básicamente estos principios permanecieron intactos. Como sea, hasta 1964 la Corte Suprema no volvió a tratar la doctrina del acto de Estado.

31. *Oetjen vs. Central Leather Co.*, 246 U.S. 299 (1918).

32. *American Banana Co. vs. United Fruit Co.*, 213 U.S. 348 (1909).

33. Sherman Anti-Trust Law of July 2, 1890, c. 647. 26 Stat. 209, disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1> (consultado 25/4/2019).

34. *American Banana Co. vs. United Fruit Co.*, 213 U. S. 348 (1909).

II. BANCO NACIONAL DE CUBA vs. SABBATINO (1964): LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES

Durante la Guerra Fría, la Corte Suprema de los Estados Unidos debió decidir sobre la validez de determinados actos realizados por Cuba vinculados con la nacionalización de la industria azucarera y la expropiación de empresas estadounidenses. A consecuencia, nuevamente cobró relevancia la doctrina del acto de Estado, en el caso *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, *supra*.

No obstante, en el mismo no se decidió si la expropiación de los bienes estadounidenses efectuada por Cuba, sin compensación, violaba el Derecho Internacional³⁵. Repasaré los hechos: el demandado, un *bróker* de materias primas, había realizado un contrato con una empresa cubana de propiedad norteamericana para la compra de azúcar. Como consecuencia de las sanciones norteamericanas –que provocaron una reducción en las cuotas de compra de azúcar–, Cuba expropió la industria azucarera.

Para asegurar el envío, el demandado firmó un nuevo contrato donde acordaba el pago a una instrumentalidad o agencia del Gobierno de Cuba, quien designó al demandante, para que entregue los conocimientos de embarque en Nueva York y la letra de cambio a la vista contra el pago. El *bróker* aceptó los documentos, recibió el pago de sus clientes, pero no los entregó al agente. Como resultado, se iniciaron acciones en su contra para recuperar el monto y los bienes. El *bróker*, al ejercer su defensa, planteó la doctrina del acto de Estado. La Corte de Distrito, si bien tuvo por admitido que los intereses de la empresa estaban sujetos a la jurisdicción territorial de Cuba, resolvió que la doctrina no era aplicable cuando los actos impugnados violaban el Derecho Internacional. La Corte de Apelaciones confirmó el fallo basándose en dos cartas del Departamento de Estado, que demostraban la conformidad del Ejecutivo con que el Judicial evaluara la expropiación.

A su turno, la Corte Suprema revirtió el fallo de las instancias anteriores, según el siguiente criterio:

35. *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964).

- 1) En primer lugar, sostuvo que el privilegio de acceder a los Tribunales de los Estados Unidos está permitido a un Estado soberano que no esté en guerra con los Estados Unidos y sin depender de la reciprocidad, por lo cual, el demandante tenía derecho al acceso a los tribunales federales³⁶.
- 2) La validez de la expropiación no es discutible, pues los actos habían sido realizados y ejecutados dentro de Cuba³⁷.
- 3) Las cartas del Departamento de Estado solo expresaban el deseo de evitar comentarios sobre el litigio, de allí que no daban fundamento al Tribunal para aplicar al caso la llamada *Excepción Bernstein* a la doctrina del acto de Estado³⁸.
- 4) El ámbito de la doctrina del acto de Estado se regula por legislación federal, y se aplica frente a una expropiación en el extranjero, aunque viole el Derecho Internacional consuetudinario³⁹.
- 5) No hay acuerdo en la doctrina sobre los estándares de relevancia de Derecho Internacional en relación a la responsabilidad de los Estados frente a los extranjeros, y la rama política puede atender más efectivamente los problemas planteados por una expropiación que la Judicial⁴⁰. Los conflictos entre las ramas Judiciales y Ejecutivas no se podrían evitar si el tribunal decide con respecto a la validez de una expropiación. Aun donde hay retorsión o represalias, discriminación y una compensación inadecuada, la determinación judicial relativa a la violación del Derecho Internacional no sería lo más adecuado, puesto que podría provocar un conflicto potencial o bochorno para el Ejecutivo en otros litigios posteriores⁴¹.

36. *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, 376 U.S. 408-412 (1964).

37. Ídem, 376 U.S. 413-415 (1964).

38. Ídem, 376 U.S. 418-420 (1964).

39. Ídem, 376 U.S. 421-427, 427-437 (1964).

40. Ídem, 376 U. S. 430, 431-432 (1964).

41. Ídem, 376 U. S. 432-433 (1964).

- 6) Por último, la Corte afirmó que el *status* de un Estado extranjero como demandado no impide la aplicación de la doctrina⁴².

Revirtió, pues, la decisión de la Corte del Segundo Circuito⁴³, y se decidió que la aplicación de la doctrina del acto de Estado vedaba la revisión judicial de los actos oficiales de Gobiernos extranjeros realizados dentro de su territorio, cuando esos actos eran consistentes con la legislación interna de ese Estado.

Del fallo surgen dos elementos que deben tenerse en cuenta para la aplicación de la doctrina: el primero es que la acción gubernamental debe ser válida de acuerdo a la ley del Estado que la realiza; y el segundo, que la conducta en cuestión debe ocurrir dentro del territorio del mismo.

La Corte, en *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino, supra*, se centró en el esquema de separación de poderes, entendiendo que los jueces no deben decidir sobre cuestiones relacionadas con actos oficiales en Estados extranjeros, porque esas decisiones interferirían con la autoridad del Ejecutivo de conducir la política exterior⁴⁴. Es decir, enfatizó el rol de este último en las relaciones exteriores, particularmente en la búsqueda de remedios a nacionales que han sido víctimas de expropiaciones, y concluyó que cualquier excepción basada en el silencio o la neutralidad por parte del Ejecutivo podía llevar a un conflicto entre este y el Judicial.

La Corte Suprema deja a salvo como evidente que algunos aspectos del Derecho Internacional impactan más fuertemente en los sentimientos nacionales de los Estados que otros y que, si las cuestio-

42. Ídem, 376 U. S. 437-438 (1964).

43. *Banco Nacional de Cuba, Appellant, vs. Peter L. F. Sabbatino, As Receiver, and F. Shelton Parr, William F. Prescott, Emet Whitlock, Lawrence H. Dixon, H. Bartow Farr, Elizabeth C. Prescott, Fabio Freyre and Helen G. Downs, Co-partners Doing Business As Farr, Whitlock & Co., Appellees*, 307 F.2d 845 (2d Cir. 1962).

U.S. Court of Appeals for the Second Circuit - 307 F.2d 845 2d Cir. 1962. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/307/845/234192/> (consultado 25/4/2019).

44. *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964).

nes son de menor importancia en relación a los vínculos internacionales de la cuestión, la exclusividad de las ramas políticas sería más débil⁴⁵.

La doctrina del acto de Estado, reflejada en los casos que culminan en *Sabbatino*, demuestra que ésta opera como una limitación a la jurisdicción, si la intervención de los Tribunales pudiera interferir en la conducta del Estado en materia de política exterior: “*In the absence of «unambiguous agreement regarding controlling (...) principles» of international law, the act of state doctrine commands that the acts of a sovereign nation committed in its own territory be accorded presumptive validity*”⁴⁶.

Debe quedar en claro que la doctrina del acto de Estado, si bien es comparable con el principio de inmunidad, sirve a un propósito totalmente diferente, vinculado al orden interno de reparto de las competencias entre los poderes del Estado. Efectivamente, aunque no está establecida en la Constitución, tiene fundamentos constitucionales⁴⁷, en cuanto refleja la noción de que en determinadas circunstancias los actos de un soberano extranjero configuran una cuestión política que no puede ser tratada por las cortes, por diversas razones, a saber: la ausencia de consenso en las reglas internacionales, la inexistencia de estándares basados en Tratados o en normas consuetudinarias, la susceptibilidad ante intereses nacionales y la competencia del Ejecutivo (que eventualmente puede brindar soluciones a los ciudadanos que han sufrido perjuicios a través de los actos)⁴⁸. El fallo, a su vez, revisa en profundidad la evolución de la doctrina con sus raíces en el derecho inglés, con *Blad v. Bamfield* (1674)⁴⁹, y su aparición a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX en los Estados Unidos, con con casos

45. Ídem, 376 U. S. 398, 376- 428 (1964).

46. Ídem, 376 U. S. 438 (1964).

47. *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, 376 U.S. 423 (1964): “*The act of state doctrine is not mandated by the text of the Constitution, but it does have «constitutional» underpinnings*”.

48. *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, 376 U. S. 427-437 (1964).

49. *Blad vs. Bamfield*, 3 Swans. 604, 36 Eng. Rep. 992, Holdsworth, William S., “*The History of Acts of State in English Law*”, *Columbia Law Review* Vol. 41, No. 8 (diciembre, 1941), pp. 1313-1331.

como *Ware vs. Hylton* (1796)⁵⁰, *Hudson vs. Guestier* (1808)⁵¹, *The Schooner Exchange vs. M'Faddon* (1812)⁵², *L'Invincible* (1816)⁵³, *The Santissima Trinidad* (1822)⁵⁴ y otros, hasta llegar al *dictum* de *Underhill vs. Hernández* (1897)⁵⁵.

Ninguno de los casos en que la doctrina del acto de Estado fue mencionada directa o implícitamente se aparta de los postulados de *Underhill, supra*, tales como *American Banana Co. vs. United Fruit Co., supra*; *Oetjen vs. Central Leather Co., supra*; *Ricaud vs. American Metal Co.* (1917)⁵⁶; *Shapleigh vs. Mier* (1937)⁵⁷; *United States vs. Belmont* (1937)⁵⁸ y *United States vs. Pink* (1942)⁵⁹.

Si la doctrina del acto de Estado obliga a los Tribunales sin tener un fundamento internacional, su vitalidad depende de la capacidad de reflejar la distribución de funciones o competencias entre el Poder Judicial y las ramas políticas en materia de relaciones exteriores.

En suma, en *Sabbatino, supra*, lejos de afirmar una regla inflexible y abarcadora, la Corte Suprema decidió que el Poder Judicial no examina la validez de una expropiación, aun cuando se viole el Derecho Internacional consuetudinario. La Corte recuerda que pocas cuestiones había en ese momento sobre las cuales las opiniones estuvieran tan divididas como el poder del Estado para expropiar bienes de extranjeros⁶⁰. El desacuerdo en el Derecho Internacional Público reflejaba las divergencias entre los intereses de los países desarrollados y en

50. *Ware vs. Hylton*, 3 U.S. 199. (1796).

51. *Hudson vs. Guestier*, 8 U.S. 293 (1808).

52. *The Exchange vs. McFaddon*, 11 U.S. 116-117 (1812).

53. *L'Invincible*, 14 U.S. 238 (1816).

54. *The Santissima Trinidad*, 20 U.S. 283 (1822).

55. *Underhill v. Hernández*, 168 U.S. 250 (1897).

56. *Ricaud v. American Metal Co.*, 246 U.S. 304 (1917).

57. *Shapleigh vs. Mier*, 299 U.S. 468 (1937). En el caso, al comentar la validez de una expropiación en México, el juez Cardoso ya había afirmado: "*The question is not here whether the proceeding was so conducted as to be a wrong to our nationals under the doctrines of international law, though valid under the law of the situs of the land. For wrongs of that order, the remedy to be followed is along the channels of diplomacy*".

58. *United States v. Belmont*. 301 U.S. 324 (1937).

59. *United States vs. Pink*, 315 U.S. 203 (1942).

60. *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 429 (1964).

vías de desarrollo, o exportadores e importadores de capital, así como las ideologías intervencionistas de mercado frente a las capitalistas o de libre empresa. Es por eso que la Corte decide no inmiscuirse en un tema tan sensible para los objetivos de la comunidad de Estados.

El concepto de soberanía está tan arraigado que los Estados resienten que las Cortes de otro les nieguen validez a actos realizados en su territorio. Cuando articula principios del Derecho Internacional frente a otros Estados, el Poder Ejecutivo interpreta no solo las reglas aceptadas y tradicionales, sino que aboga por los estándares que cree son deseables para la Comunidad y que protegen sus intereses nacionales, de allí que el conflicto entre los Poderes Judicial y Ejecutivo sea inevitable:

“Aun si se reconociese la invalidez del acto, su efecto repercutiría en los bienes, generando inseguridad y dificultad de determinar una vez que hubieran cambiado de manos varias veces si los artículos en cuestión eran o no producto del acto inválido. No obstante, si bien la noción de soberanía es importante, la misma no dicta la existencia de la doctrina del acto de Estado”⁶¹.

“Sería demasiado optimista entender que las decisiones del Tribunal del país más importante como exportador de capital y principal exponente del libre comercio serían desinteresadas en un mundo con diversas ideologías. El Derecho Internacional no requiere la aplicación de la doctrina ni se opone a su aplicación, ya que el método usual es el de la diplomacia, la responsabilidad internacional o a través de tribunales internacionales”⁶².

Si bien los Estados Unidos aplican Derecho Internacional como parte del derecho interno en determinadas circunstancias, ese derecho no dispone cómo un Estado debe tratar el perjuicio causado dentro sus fronteras⁶³. La Corte, en *Sabbatino*, *supra*, concluyó que tanto

61. *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 422 (1964).

62. *United States vs. Diekelman*, 92 U.S. 520, 524 (1875).

63. *Ware vs. Hylton*, 3 U.S. 199, 281 (1796); *The Nereide*, 13 U.S. 388. 423 (1815); *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 700 (1900).

en aras del interés nacional como en el establecimiento del Derecho Internacional es mejor que se mantenga intacta la doctrina del acto de Estado en este caso⁶⁴.

Como resultado de *Sabbatino, supra*, se sancionó la Enmienda Hickenlooper⁶⁵, y con posterioridad, en *Banco Nacional de Cuba v. Farr* (1965)⁶⁶, una Corte de Distrito estableció que el decreto de confiscación de Cuba violaba el Derecho Internacional consuetudinario⁶⁷.

Esta Enmienda establece que la doctrina del acto de Estado no se aplica a las reclamaciones que estén vinculadas con expropiaciones en violación al Derecho Internacional⁶⁸, incluyendo los principios de compensación, si bien puede ser dejada de lado por intervención del Ejecutivo⁶⁹.

La aplicación de la doctrina del acto de Estado, empero, se vuelve confusa cuando los Gobiernos o Estados extranjeros realizan actividades comerciales *iure gestionis* que, si bien no son ilegales bajo sus leyes, no son estrictamente actos de Estado o gubernamentales de *iure imperium*. Esta cuestión será la examinada a continuación.

64. *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 437 (1964).

65. Hickenlooper Amendment, 22 U.S.C. 2370(e)(2); disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/22/2370> (consultado 27/4/2019).

66. 272 F. Supp. 836(1965); *Banco Nacional de Cuba, Plaintiff vs. F. Shelton Farr, William F. Prescott, Emmet Whitlock, Lawrence H. Dixon, H. Bartow Farr, Elizabeth C. Prescott, Fabio Freyre and Helen G. Downs, Co-Partners doing business as Farr, Whitlock & Co., Defendants and Third-Party Plaintiffs vs. Compañía Azucarera Vertientes-Camaguey de Cuba and Lehman Brothers, Third-Party Defendants*. No. 60 Civ. 3929. United States District Court S.D. New York, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/272/836/1984274/> (consultado 27/4/2019).

67. *Banco Nacional De Cuba vs. Farr*, 272 F. Supp. 836 (S.D.N.Y. 1965).

68. U.S. Code; Title 22; Chapter 32; Subchapter III; Part I; § 2370-22 U.S. Code § 2370; Prohibitions against furnishing assistance. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/22/2370> (consultado 4/5/2019).

69. Precisamente, eso mismo ocurrió en el caso de las expropiaciones de la República Argentina a la industria petrolífera. Luce, Stephen R., "Argentina and the Hickenlooper Amendment", *California Law Review*, Vol. 54, 1966, p. 2078.

III. SABBATINO REVISADO: *FIRST NATIONAL CITY BANK* (1972) Y *ALFRED DUNHILL* (1976)

a) First National City Bank (1972)

Con posterioridad a *Sabbatino, supra*, la Corte comenzó a limitar la amplitud de la doctrina del acto de Estado y permitió que los tribunales estadounidenses fueran un foro adecuado para la resolución de acciones relacionadas con las expropiaciones.

En *First National City Bank vs. Banco Nacional de Cuba* (1972), se determinó que las expropiaciones podían ser analizadas en caso de reconvencción y reclamo⁷⁰. Algunos jueces en la sentencia reconocen que la *Excepción Bernstein* es una base para habilitar el ejercicio de la jurisdicción sobre los actos de un Estado extranjero. A su vez, el Poder Ejecutivo expresó inequívocamente que, en el caso, la aplicación de la doctrina del acto de Estado no sería útil a los intereses de la política exterior norteamericana⁷¹.

El Departamento de Estado informó a la Corte Suprema que las consideraciones de política exterior no requerían la aplicación de la doctrina para evitar una sentencia en casos de reclamaciones como la que estaba en análisis⁷².

Basándose en el precedente de *Bernstein* (1948)⁷³ –cuando el Departamento aconsejó que la doctrina no se aplicase en caso de confiscaciones del régimen nazi–, en *First National City Bank, supra*, la Corte afirmó que la doctrina no necesariamente prohíbe litigar el fondo de una cuestión en forma limitada, contra un Estado extranjero en los tribunales de los Estados Unidos⁷⁴.

70. *First National City Bank vs. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 759 (1972).

71. *First National City Bank vs. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 768 (1972).

72. *First National City Bank vs. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 759 (1972).

73. *Bernstein vs. N. V. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-Maatschappij (Chemical Bank & Trust Co., Third-Party Defendant)*. District Court, S.D. New York. March 5, 1948. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/76/335/2304410/> (consultado 27/4/2019).

74. *First National City Bank vs. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 767 (1972).

En el caso, el demandante era un banco norteamericano, First National City Bank, cuyas agencias en Cuba habían sido nacionalizadas. En esa situación, el Banco había vendido la garantía de un préstamo realizado a una instrumentalidad del Estado cubano: el Banco Nacional de Cuba. Este, a su vez, demandaba por el saldo en exceso a favor tras la venta, y First National reconvino por una suma igual, en concepto de los daños resultados de la expropiación, permitiéndosele a Banco Nacional demandar, pero estando limitado a los fondos que fueran capaces de ser recuperados contra el First National.

La Corte Suprema concedió el *certiorari*, y sin expresar posición sobre los méritos reenvió el caso al Tribunal de Apelaciones a la luz de la posición del Departamento de Estado⁷⁵.

La Corte de Apelaciones insistió en su decisión original (de aplicar la doctrina del acto de Estado a la reconvención del First National City Bank y otorgar 1.8 millones de dólares a Cuba)⁷⁶.

Entendió que la *ratio* en el Caso *Bernstein* era la de compensar a todas las víctimas del nazismo y no solo a los afortunados que presentasen reconvenciones y que el Gobierno de la Alemania nazi no existía ya⁷⁷.

Nuevamente en *certiorari* la Corte Suprema revirtió el fallo, pero ninguna opinión tuvo mayoría, y seis de los nueve jueces entendieron que la doctrina *Bernstein*, *supra*, debía ser rechazada⁷⁸.

En esta oportunidad, debía tenerse en cuenta la llamada *Cuban Assets Control Regulations*⁷⁹, establecida y promulgada por el Departamento de Estado.

75. *First National City Bank vs. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 761 (1972).

76. *Banco Nacional de Cuba vs. First National City Bank*, 442 F.2d 531, 1973. Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/315955820/Banco-Nacional-De-Cuba-v-The-First-National-City-Bank-of-New-York-478> F-2d-191-1st-Cir-1973 (consultado 3/5/2019).

77. *Banco Nacional de Cuba vs. First National City Bank*, 442 F.2d 535, 1973. Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/315955820/Banco-Nacional-De-Cuba-v-The-First-National-City-Bank-of-New-York-478> F-2d-191-1st-Cir-1973 (consultado 3/5/2019).

78. *First National City Bank vs. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 759 (1972).

79. *Cuban Assets Control Regulations*, 31 CFR pt. 515, 1975. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/31/part-515> (consultado 17/5/2020).

mento del Tesoro a través de su Oficina de Control de Bienes Extranjeros, en consonancia con la *Trading With the Enemy Act*⁸⁰.

La norma prohibía, excepto en casos autorizados, todas las transacciones que se refirieran a propiedades en las que Cuba tuviese un interés directo o indirecto, incluyendo sentencias. En este esquema, el Poder Ejecutivo había congelado los bienes cubanos en los Estados Unidos, con el objeto de proteger los intereses de los ciudadanos y las empresas norteamericanas.

La Corte enfatizó nuevamente la competencia exclusiva del Ejecutivo en el campo de las relaciones exteriores, como se había establecido en *United States vs. Belmont* (1937)⁸¹, *United States v. Curtiss-Wright Corp.* (1936)⁸² y *United States vs. Pink* (1942)⁸³, citando, asimismo, jurisprudencia británica: *Luther vs. James Sagor & Co.* (1921)⁸⁴.

Sostuvo que el examen de los casos *ut supra* indicaba que el Tribunal reconocía la primacía del Ejecutivo en la conducción de las relaciones exteriores tan enfáticamente como ha reconocido la doctrina del acto de Estado. Permitir el recupero sin el pago por parte de Cuba no sería justo, pero si el pago de la compensación excedía el monto, se estaría frente a un caso similar a *Sabbatino, supra*. En consecuencia, si el monto de la compensación excedía el límite del reclamo de Cuba, no podría resolverse judicialmente.

Como afirmó el *Justice Brennan*: “(...) el Poder Ejecutivo no puede por estipulación modificar una cuestión política en un reclamo judicial”, pero se debe permitir la compensación por el monto que

80. *Trading With the Enemy Act*, 50 U.S.C. App. § 5. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/app/details/USCODE-2011-title50/USCODE-2011-title50-app-tradingwi> (consultado 27/4/2019).

81. *United States vs. Belmont*, 301 U.S. 324, 331 (1937). “*The responsibility for recognition or non recognition, with the consequences of each, rests on the political advisers of the Sovereign, and not on the judges*”.

82. *United States vs. Curtiss-Wright Corp.*, 299 U.S. 304, 299, 319 (1936).

83. *United States vs. Pink*, 315 U.S. 203 (1942).

84. *Luther v. James Sagor & Co.* [1921], 3 K.B. 532. In The Court of Appeal. *Aksionairnoye Obschestvo Dlia Mechanicheskoyi Obrabotky Diereva* (1) A. M. Luther (Company for Mechanical Woodworking A. M. Luther) v. James Sagor And Company. King's Bench Division, <http://www.uniset.ca/other/cs3/19211KB456.html> (consultado 27/4/2019).

Cuba reclama porque es Cuba quien nos pide ayuda para recuperar la deuda⁸⁵. Los *Justice Rehnquist* y *White*, junto al *Chief Justice Burger*, por su parte, basaron su decisión en la adopción y aprobación de la excepción *Bernstein*, *supra*⁸⁶.

Como el Departamento de Estado había aconsejado al Tribunal que sus intereses no se verían frustrados, la doctrina del acto de Estado no debía evitar que el Tribunal examinara las cuestiones legales de actos del soberano en su territorio⁸⁷.

A su turno, el Juez *Douglas*, que adhirió al resultado, entendió que era el llamado principio de *fair dealing* (discutido en *National City Bank v. Republic of China*, 1955)⁸⁸, y no la excepción *Bernstein*, el que debía controlar la decisión. Según *Douglas*, la Excepción *Bernstein* convertía a la Corte en un mandadero del Ejecutivo, pues en este caso *City Bank* reconvenía por sus pérdidas en la nacionalización, no siendo justo que Cuba recuperase el dinero del préstamo y no compensase⁸⁹.

En *National City Bank v. Republic of China*, *supra*, se estableció que cuando un Estado extranjero demandaba en los tribunales americanos de acuerdo al Derecho americano, renunciaba a su defensa de inmunidad soberana en materia de reconvencción hasta el monto de su reclamo, pero que *Sabbatino* se aplicaba si el mismo excedía el monto⁹⁰.

Por su parte, el Juez *Brennan*, junto a los Jueces *Stewart* *Marshall* y *Blackmun* rechazaron la excepción *Bernstein* y afirmaron que, aun con la aquiescencia del Ejecutivo, juzgar actos de otro Estado violaba la doctrina de separación de los poderes⁹¹.

El resultado de estas diferentes opiniones en *First National City Bank*, *supra*, es la incertidumbre sobre la validez de la excepción *Bernstein* y, asi-

85. *First National City Bank vs. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 773 (1972).

86. *Ídem*, 406 U.S., p. 768 (1972).

87. *Ídem*, 406 U.S., p. 768 (1972).

88. *National City Bank of New York vs. Republic of China*, 348 U.S. 356 (1955).

89. *First National City Bank vs. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S., pp. 772-773 (1972). Concurrencia del *Justice Douglas*, J.

90. *National City Bank of New York vs. Republic of China*, 348 U.S. 356-364 (1955).

91. *First National City Bank, vs. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 790-792 (1972). Disidencia del *Justice Brennan*, J.

mismo, una posible incoherencia en la aplicación de la doctrina del acto de Estado.

b) *Alfred Dunhill of London Inc. (1976): las inmunidades soberanas*

Una limitación mayor a la doctrina del acto de Estado se observa en *Alfred Dunhill of London, Inc. vs. Republic of Cuba* (1976)⁹². En el caso, la Corte Suprema estableció que no se aplica para actos de naturaleza comercial y, mediante una analogía entre la inmunidad soberana y la doctrina del acto de Estado, afirmó que los Estados no quedan inmunizados cuando han actuado en calidad de comerciantes.

Debe destacarse que la sujeción de los gobiernos extranjeros a la ley en las transacciones comerciales presenta menos afrenta a su soberanía que juzgar la legalidad de sus actos gubernamentales. En su capacidad comercial, los Gobiernos extranjeros no ejercitan poderes soberanos y sus poderes son similares a los de los ciudadanos privados⁹³. Repasemos los hechos del caso en comentario, para luego revisar los argumentos de la Suprema Corte.

Tras la nacionalización e intervención de las compañías y bienes de cinco fabricantes de cigarros por parte de Cuba, los antiguos dueños, la mayoría de los cuales habían huido a los Estados Unidos, iniciaron acciones contra el demandante y otros importadores por la compra de cigarros a las plantas nacionalizadas. En una etapa posterior del litigio se permitió que uno de los interventores en las plantas y Cuba fuese parte en las acciones.

Tanto los antiguos dueños, como los interventores afirmaron tener derecho a las sumas debidas por tres de los importadores por embarques posteriores a la intervención. A la fecha de la intervención, los importadores debían varios pagos por embarques previos a la nacionalización que fueron pagados a los interventores, pero que ahora eran reclamados por los antiguos dueños.

92. *Alfred Dunhill of London, Inc. vs. Republic of Cuba*, 425 U.S. 682 (1976).

93. *Alfred Dunhill of London, Inc. vs. Republic of Cuba*, 425 U.S. 704 (1976).

Sobre la base de lo dicho en *First National City Bank v. Banco Nacional de Cuba, supra*⁹⁴, la Corte Suprema entendió que el reclamo de los importadores no estaba prohibido dentro de los límites del mismo, aunque más allá de este quedaría bloqueado por la doctrina del acto de Estado.

La Corte Suprema consideró que nada en el caso demostraba la existencia de un acto de Estado, en cuanto se refiere a las obligaciones de los interventores de devolver las sumas que se les habían pagado erróneamente⁹⁵. Para la Corte, si los interventores cuyo reclamo, incluido el acto de Estado con respecto a los pagos anteriores, representados por la confiscación de 1960, quieren evitar el pago de los fondos erróneamente recibidos por tratarse de un segundo acto de Estado, debían probarlo⁹⁶.

En este caso, el demandado es considerado por el demandante como una instrumentalidad del Gobierno de Cuba, que aceptó la jurisdicción estadounidense, pero que no se somete a la contravención que el demandante efectuó⁹⁷.

En suma, la negativa de los interventores al repago de los fondos erróneamente recibidos no constituye un acto de Estado, ni indica que los mismos tuvieran una autoridad gubernamental diferente de una meramente comercial para esa negativa⁹⁸.

La Corte mencionó casos como *The Anne* (1818)⁹⁹, *The Sao Vicente* (1922)¹⁰⁰, y *The Gul Djemal* (1924)¹⁰¹ para demostrar que la inmunidad no puede pretenderse por un cónsul representando al soberano en cuestiones comerciales en sus funciones, o el capitán de un buque¹⁰². Esta-

94. *First National City Bank vs. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 759 (1972).

95. *Alfred Dunhill of London, Inc. vs. Republic of Cuba*, 425 U.S. 690-695 (1976).

96. *Ídem*, 425 U.S. 691 (1976).

97. *First National City Bank vs. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 769 (1972).

98. *Alfred Dunhill of London, Inc. vs. Republic of Cuba*, 425 U.S. 691-694 (1976).

99. *The Anne*, 16 U.S. 435 (1818).

100. *The Sao Vicente*, 260 U.S. 151 (1922). "A consul general is not competent, merely by virtue of his office, to appear and claim immunity on behalf of his government and its property in admiralty proceedings". Cfr. 260 U.S. 154.

101. *Gul Djemal*, 264 U.S. 90 (1924).

102. *Gul Djemal*, 264 U.S. 90 (1924).

bleció que las declaraciones de los interventores durante el juicio de que el Gobierno de Cuba negaba la responsabilidad y rechazaba el pago no era prueba de acto de Estado, pues ninguna regla, decreto u orden, del Gobierno de Cuba había sido ofrecida como evidencia del repudio por este Estado de sus obligaciones en general o de esta en particular¹⁰³.

Asimismo, la Corte entendió que en su capacidad comercial los gobiernos extranjeros no ejercitaban poderes peculiares a los soberanos, sino aquellos que pueden ejercerse por ciudadanos privados, y, en consecuencia, se sujetaban a las mismas reglas.

Es importante profundizar este caso, ya que establece una clara distinción entre los actos *jure imperium* y *jure gestionis* y referirse a la doctrina de la inmunidad soberana, cuyo estudio revela la existencia de dos posiciones sobre la cuestión.

La primera es la clásica teoría absoluta de la inmunidad soberana: el Estado no puede sin su consentimiento ser demandado ante las cortes de otro. Para la teoría restrictiva, en cambio, esa inmunidad se reconoce con respecto a los actos públicos de *jure imperio*, pero no respecto a los de carácter privado o comercial, de *jure gestionis*.

Hay acuerdo entre los que proponen ambas teorías, y en la práctica, que esta inmunidad no se debe aplicar con respecto a propiedades, excepto las diplomáticas y consulares¹⁰⁴.

Dado que la línea entre los actos comerciales y políticos es difícil de delinear, corresponde al Poder Judicial decidir si la deferencia al Ejecutivo requiere abstención y, salvo que el ejercicio de la jurisdicción interfiera con las relaciones exteriores, se debe atender este tipo de casos.

Con respecto a las inmunidades soberanas, como se ha visto, un reclamo del litigante puede ser dejado sin efecto a partir de la doctrina del acto de Estado o, bien, por aplicación de la doctrina de la inmunidad soberana de los Estados.

Debe destacarse que ambas doctrinas, si bien relacionadas, difieren en su enfoque y en su operación. La inmunidad soberana le da al demandado una exención de proceso basada en su *status*. Por el

103. *Alfred Dunhill of London, Inc. vs. Republic of Cuba*, 425 U.S. 682 (1976).

104. *Alfred Dunhill of London, Inc. vs. Republic of Cuba*, 425 U.S. 712 (1976).

contrario, la doctrina del acto de Estado no exime a ninguna parte del proceso, y es aplicable si la parte es un Estado soberano o no; es decir, la doctrina solo le dice al tribunal qué ley es aplicable, determinando los límites para la validez del acto.

La doctrina de la inmunidad soberana solo se relaciona con el *status* de una de las partes en juicio y no toma en cuenta las consideraciones particulares que subyacen a la doctrina del acto de Estado. Por eso las excepciones a la doctrina de la inmunidad soberana no deben trasladarse automáticamente a la doctrina del acto de Estado.

La Corte Suprema había expresado, mucho tiempo atrás, en *Bank of the United States vs. Planters' Bank of Georgia* (1824)¹⁰⁵, que si el Gobierno participa de actividades comerciales, se quita el manto de la soberanía y se convierte en un igual al resto de los socios en relación al negocio¹⁰⁶.

En *Sloan Shipyards vs. United States Fleet Corp.* (1922)¹⁰⁷ y *South Carolina vs. United States* (1905)¹⁰⁸, se trazó una divisoria, en relación a las inmunidades fiscales, entre las funciones históricamente reconocidas del Estado y los negocios en los que participa, pero que generalmente son llevados a cabo por empresas privadas. A su vez, en *Ohio v. Helvering* (1934), se expresó que si el Estado decide entrar al mercado se despoja de su carácter soberano y asume el de comerciante¹⁰⁹. Resulta, por lo tanto, un concepto común la existencia de una línea constitucional entre el Estado como Gobierno y el Estado como comerciante¹¹⁰.

105. *Bank of United States vs. Planters' Bank of Georgia*, 22 U.S. 904 (1824). "It is, we think, a sound principle, that, when a government becomes a partner in any trading company, it divests itself, so far as concerns the transactions of that company, of its sovereign character, and takes that of a private citizen. Instead of communicating to the company its privileges and its prerogatives, it descends to a level with those with whom it associates itself, and takes the character which belongs to its associates, and to the business which is to be transacted".

106. *Alfred Dunhill of London, Inc. vs. Republic of Cuba*, 425 U.S. 696 (1976).

107. *Sloan Shipyards vs. United States Fleet Corp.*, 258 U.S. 549, 258 U.S. 567-568 (1922).

108. *South Carolina vs. United States*, 199 U.S. 437 (1905).

109. *Ohio vs. Helvering*, 292 U.S. 360-369 (1934).

110. *New York vs. United States*, 326 U.S. 572 (1946); *Parden vs. Terminal Railway Co.*, 377 U.S. 184, 189-190 (1964); *California vs. Taylor*, 353 U.S. 553, 564 (1957); *United States vs. California*, 297 U.S. 175, 183 (1936).

Retomando el análisis del caso *Dunhill, supra*, la posición de los Estados Unidos, establecida a través del *Solicitor General*, era que se debían definir los límites de la doctrina del acto y que el repudio por una de sus deudas comerciales no constituye acto de Estado¹¹¹.

El Departamento de Estado, en una carta, el 26 de noviembre de 1975, a través de su Consejero legal, declara que *Dunhill* no presenta cuestiones relacionadas al acto de Estado, pues se refiere a acciones comerciales y no políticas.

Basado en las opiniones de quienes conducen estas relaciones, no se debía considerar como acto de Estado la conducta puramente comercial de gobiernos extranjeros y que perjudique o produzca conflictos con la rama Ejecutiva. Por el contrario, los conflictos serían más factibles si el repudio de deudas comerciales fuera reconocido como acto de Estado e inmunizado del accionar de las cortes¹¹².

No obstante, tiempo atrás, la Corte Suprema había reconocido la inmunidad absoluta de los Estados en casos como *Berizzi Bros. Co. v. S.S. Pesaro* (1926), donde otorgó la inmunidad a un buque perteneciente a un Estado extranjero¹¹³. La jurisprudencia inglesa de la época era similar, tal como se observa en *Compañía Naviera Vascongado vs. Steamship Cristina* (1938)¹¹⁴.

Esa posición fue modificándose en *Ex parte Peru* (1943)¹¹⁵ y en *Republic of Mexico vs. Hoffman* (1945)¹¹⁶. En ese último se le negó inmunidad a un buque de propiedad pero no de posesión del Gobierno de México, declarando:

“Every judicial action exercising or relinquishing jurisdiction over the vessel of a foreign government has its effect upon our relations with that government. Hence it is a guiding principle, in determining whether a court should exercise or surrender its jurisdiction in such cases, that the

111. *Alfred Dunhill of London, Inc. vs. Republic of Cuba*, 425 U.S. 697 (1976).

112. *Alfred Dunhill of London, Inc. vs. Republic of Cuba*, 425 U.S. 698 (1976).

113. *Berizzi Bros. Co. vs. Steamship Pesaro*, 271 U.S. 562 (1926).

114. *Compañía Naviera Vascongado vs. Steamship Cristina*: (H.L.(E.)) [1938].

115. *Ex parte Republic of Peru*, 318 U.S. 578 (1943).

116. *Republic of Mexico vs. Hoffman*, 324 U.S. 30 (1945).

*courts should not so act as to embarrass the executive arm in its conduct of foreign affairs". "In such cases, the judicial department of this government follows the action of the political branch, and will not embarrass the latter by assuming an antagonistic jurisdiction"*¹¹⁷.

Tras dejar de lado a *Berizzi*, los Estados Unidos adoptaron la política que determina no extender inmunidades soberanas a las actividades comerciales de los Estados extranjeros¹¹⁸. Basó su política en el hecho de que esta doctrina ha sido aceptada por una gran mayoría de Estados en la Comunidad Internacional, y porque los propios Estados Unidos habían adoptado la política de consentir ser demandados ante los tribunales extranjeros en relación con juicios contra sus buques mercantes, así como el aumento en que los Estados soberanos cada vez más han participado en el comercio, lo cual requiere que los individuos que realicen negocios con ellos puedan defender sus derechos ante los Tribunales¹¹⁹.

Todas estas razones llevaron al Poder Ejecutivo a reconocer la teoría restrictiva de la inmunidad soberana en 1952, con la llamada *Tate Letter*¹²⁰, abandonando la teoría absoluta. Según la teoría restrictiva, los tribunales concederían inmunidad solo a las acciones públicas o gubernamentales, y no a las puramente comerciales. En dicho documento se expresó que el repudio de una deuda comercial

117. *Republic of Mexico vs. Hoffman*, 324 U.S. 35-36 (1945).

118. *Alfred Dunhill of London, Inc. vs. Republic of Cuba*, 425 U.S. 702 (1976).

119. *Ídem*, 425 U.S. 714 (1976).

120. *Tate*, Jack B., *Letter from Acting Legal Advisor Jack B. Tate to the Acting Attorney General Philip B. Perman*, 19 de mayo de 1952, in 26 Dept. StatesBull. 984 1952. En la sección más importante se afirma: "(...) Furthermore, the granting of sovereign immunity to foreign governments in the courts of the United States is most inconsistent with the action of the government of the United States in subjecting itself to suit in these same courts in both contract and tort, and with its long established policy of not claiming immunity in foreign jurisdictions for its merchant vessels. Finally, the Department feels that the widespread and increasing practice on the part of governments of engaging in commerce makes necessary a practice which will hereafter be the Department's policy to follow the restrictive theory of sovereign immunity in the consideration of requests of foreign governments for a grant of sovereign immunity".

es consistente con la doctrina restrictiva de la inmunidad soberana y, por ello, no puede ser tratado como un acto de Estado, pues si lo fuera los gobiernos extranjeros que repudiaran la deuda antes o después del proceso tendrían una inmunidad que este Gobierno no consiente en conceder. La misma minaría las bases de la doctrina restrictiva, que es asegurar que las partes en transacciones comerciales con Estados extranjeros puedan hacer valer sus derechos en la medida de lo posible¹²¹.

Por eso, la Corte, al resolver en *Dunhill, supra*, definió que la soberanía como defensa frente a un reclamo en relación a actos comerciales por un Estado extranjero no es más efectiva si se la considera acto de Estado que si se la considera inmunidad soberana¹²².

Al respecto señaló que como los actos en los que se basan los demandados eran actos que surgían de la conducta de agentes de Cuba en las operaciones de cigarros por lucro, el actor no era de Estado. La deuda de Cuba a Dunhill surgía de la conducta de los agentes de un Estado en una actividad comercial por lucro. Lo mismo no podía afirmarse de las expropiaciones de bienes extranjeros localizados *ab initio* dentro del territorio. Dunhill continuó comprando cigarros a los interventores tras las expropiaciones y sabía que estos recibían el dinero. A su vez, la deuda nunca habría sido contraída si Cuba no hubiese entrado en el negocio del tabaco y el caso es igual a cualquier actividad comercial donde el comprador paga de más (algo que es común en el comercio internacional). En consecuencia, para la Corte Suprema el repudio de la deuda no constituía un acto de Estado¹²³.

Bernstein, Farr, First National City Bank y Alfred Dunhill, citados *supra*, representan una determinación del Ejecutivo que permitió a los tribunales revisar un alegado acto de Estado de acuerdo al Derecho Internacional. En cada uno de ellos la actora (o la defensa) estimaba que el acto violaba el Derecho Internacional consuetudinario. De ese modo, la tendencia pasó a ser que las consideraciones de política exterior no pueden ir en contra de las normas internacionales.

121. *Alfred Dunhill of London, Inc. vs. Republic of Cuba*, 425 U.S. 699 (1976).

122. Ídem, 425 U.S. 706 (1976).

123. *Menendez vs. Saks & Co.*, 485 F.2d 1355, 1367-1368 CA2 (1973).

Este criterio se aplicó a otros Estados, y además de los casos citados por el Juez White en *Sabbatino*¹²⁴, hubo otras decisiones en que los tribunales extranjeros revisaron actos de Estado a la luz de las normas internacionales¹²⁵, especialmente en el Derecho inglés del cual la doctrina del acto de Estado deriva y no requiere que las Cortes británicas se abstengan de revisar los actos en el Derecho Internacional¹²⁶. Se observa que el ejercicio de la función judicial en estos casos no ha provocado consecuencias serias en el ámbito de las relaciones exteriores. *Dunhill* presenta similitudes a *Bernstein, Farr* y *First National City Bank, supra*, pues el Departamento de Estado entiende que no habría afectación a la conducción de las relaciones exteriores si la Corte analiza el caso y juzga de acuerdo a los principios del Derecho Internacional que considere relevantes¹²⁷.

124. *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 440 (1964).

125. Akehurst, Michael, "Jurisdiction In International Law", *British Year Book of International Law*, Vol. 46, pp. 145-258. In *The Matter of Minera El Teniente, S.A.*, 12 Int'l Legal Materials 251 (Superior Ct. Hamburg, 1973): Un acto de expropiación de un Estado extranjero que viola el Derecho Internacional no será reconocido por las Cortes alemanas si la materia del litigio tiene un punto de contacto sustancial con Alemania. *Braden Copper Co. v. Le Groupement d'Importation des Metaux*, 12 Int'l Legal Materials 187 (Ct. of Extended Jurisdiction Paris, 1972). Rechazando la inmunidad soberana del Estado que a través de una compañía estatal había comercializado cobre expropiado; *Compagnie Française de Crédit et de Banque vs. Consorts Atard*, Clunet, Journal du Droit International 98 (1971), p. 86 (France: Court d'Appel Amiens, 1970), Decretos de expropiaciones extranjeras no serán reconocidos en Francia sin el pago de una compensación rápida adecuada y efectiva; *Credit Foncier d'Algérie et de Tunisie vs. Narbonne*, Clunet, Journal du Droit International 96 (1969), p. 912 (France: Cou[r] de Cassation, 1969). Los actos de expropiación no serán reconocidos en Francia si no se determina antes una compensación equitativa; *N. v. Assurantie Maatschappij de Nederlanden van 1845 v. P. T. Escomptobank*, 33 *International Law Report*. 30 (D.Ct. The Hague, 1962), rechazando la defensa del acto de Estado si hay una violación del Derecho Internacional. Disponible en: https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1974_tab_20_1_3299 (consultado 27/4/2019).

126. *Banco de Vizcaya vs. Don Alfonso de Borbon y Austria* [1935], 1 K.B. 140, 50 T.L.R. 284; *Re Helbert Wagg & Co. Ltd.* [1956], Ch. 323, 346; Lauterpacht, Herst, *Oppenheim Lassa International Law*, Volume I, London, Longmans Green & Co., pp 267-268 (8th ed. 1955);. *Republic of Peru vs. Peruvian Guano Co.* [1887] 36 Ch.D. 489. En esos casos, las Cortes Británicas, sobre la base del Derecho Internacional, se negaron a dar efecto a leyes peruanas que anulaban actos de gobiernos anteriores de este Estado.

127. *Alfred Dunhill of London, Inc. vs. Republic of Cuba*, 425 U.S. 711 (1976).

**IV. KIRKPATRICK & Co. vs. ENVIRONMENTAL TECTONICS (1990):
LA DOCTRINA DEL ACTO DE ESTADO LIMITADA**

En 1990 la Corte Suprema volvió a tratar la doctrina del acto de Estado pero en un contexto totalmente diferente.

La parte actora, *Environmental Tectonics Corporation International*, alegaba que *W.S. Kirkpatrick & Co. Inc.*, el demandado, había obtenido un contrato militar en Nigeria por medio del soborno a funcionarios del Estado. El reclamo se basaba en las leyes antiextorsión¹²⁸. En el proceso, tanto Kirkpatrick, como algunos de sus ejecutivos se declararon culpables de violar la *Foreign Corrupt Practices Act*¹²⁹.

La Corte de Distrito solicitó y recibió una nota del Departamento de Estado expresando que no afectaría las relaciones diplomáticas si se juzgaba sobre la validez o invalidez de esos actos. No obstante, la instancia rechazó la acción contra Kirkpatrick con sustento en la doctrina del acto de Estado¹³⁰. La Corte de Apelaciones del Tercer Circuito revirtió la decisión fundada en el tenor de la carta del Departamento de Estado¹³¹. La Corte Suprema concedió el *certiorari* y reafirmó la decisión de la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito. Para el Supremo Tribunal, no concurría el presupuesto fáctico para la aplicación de la doctrina¹³², pues la legalidad de los actos del Gobierno de Nigeria no estaba en juego y, por lo tanto, la doctrina no era aplicable¹³³.

Expresó, asimismo, que normalmente las Cortes en los Estados Unidos tienen el poder y la obligación de decidir los casos y las controversias que se les presentan¹³⁴. El acto de Estado no es una excep-

128. Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act, 18 U.S.C. § 1961 et seq. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-I/chapter-96-> (consultado 3/5/2019) y Robinson-Pateman Act, 49 Stat. 1526, 15 U.S.C. § 13 et seq.; disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15> <https://law.justia.com/codes/new-jersey/2009/title-2c/2c-41/2c-41-1> (consultado 3/5/2019).

129. *Kirkpatrick & Co. vs. Environmental Tectonics*, 493 U.S. 400, 402 (1990).

130. *Ídem*, 493 U.S. p. 402 (1990).

131. *Environmental Tectonics vs. W.S. Kirkpatrick & Co., Inc.*, 847 F.2d 1052, 1061 (1988).

132. *Kirkpatrick, & Co. vs Environmental Tectonics*, 493 U.S. p. 405 (1990).

133. *Ídem*, 493 U.S. p. 406 (1990).

134. *Ídem*, 493 U.S. p. 409 (1990).

ción para tratar cuestiones que puedan abochornar a los Gobiernos extranjeros, sino solo que por ser realizados en su jurisdicción son considerados válidos. De allí que no se podía aplicar la doctrina, ya que no estaba en juego la validez de un acto¹³⁵.

En *Kirkpatrick, supra*, se creó un límite a la aplicación de la doctrina del acto de Estado: la validez de las acciones de un Gobierno extranjero deben estar en juego¹³⁶. Si no hay cuestiones de validez, la doctrina no se aplica, sin importar las consideraciones de política, siendo que no había nada en el caso que requiriese que una Corte declarara inválido un acto de un Estado soberano extranjero, y con cita a *Ricaud vs. American Metal Co.* (1918)¹³⁷ y *American Banana vs. United Fruit Co.* (1909)¹³⁸, estimó que la legalidad del contrato no era una cuestión a decidir por las Cortes.

Kirkpatrick, supra, también es importante por lo que no expresa, pues si bien no afecta la validez de la excepción *Bernstein*, ha limitado la discreción del Poder Ejecutivo sobre los casos en que la doctrina aparezca involucrada. Más aún, se podría haber aplicado la excepción ya que el Ejecutivo afirmó que la doctrina no impedía la decisión del caso, pero la Corte fundó su decisorio en que no existía el predicado fáctico, siendo la negativa a aceptar la excepción un indicio de limitar su aplicación.

Kirkpatrick, supra, advierte que el criterio de *Sabbatino, supra*, no debe ser utilizado para evitar decidir sobre un caso cuando la Corte tiene la obligación de juzgar, y que no puede abstenerse de decidir solamente porque la sentencia podría poner en aprietos a un Gobierno extranjero¹³⁹.

Tampoco es suficiente el argumento de que un fallo a favor del demandado requiera que la Corte impute a funcionarios extranjeros motivos ilícitos en el cumplimiento de actos oficiales. La cortesía internacional, el respeto a la soberanía o evitar importunar al Poder

135. *Ídem*, 493 U.S pp. 409-410 (1990).

136. *Ídem*, 493 U.S pp. 409-410 (1990).

137. *Ricaud vs. American Metal Co.*, 246 U. S. 304 (1918).

138. *American Banana Co. vs. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347, 357-358 (1909).

139. *Kirkpatrick & Co. vs. Environmental Tectonics*, 493 U.S. 400, 409 (1990).

Ejecutivo en la conducción de las relaciones exteriores son los fundamentos subyacentes, pero no significa que la doctrina del acto de Estado sea aplicable siempre que esas circunstancias estén presentes.

La doctrina no es una regla de abstención que prohíba a los Tribunales decidir casos correctamente presentados solo porque la conducta del Ejecutivo pueda verse afectada en forma adversa¹⁴⁰, sino que requiere que en el proceso decisorio los actos de soberanos extranjeros, en el ejercicio de su propia jurisdicción, sean considerados válidos¹⁴¹.

La Corte entendió, en forma unánime, que la excepción no era necesaria porque la doctrina del acto de Estado no se aplica a las motivaciones del acto soberano, sino a su validez cuando esta es discutida¹⁴².

La decisión en *W.S. Kirkpatrick & Co., Inc. vs. Environmental Tectonics Corp.* no solo no clarificó el tema de la excepción *Bernstein*, sino que lo oscureció: aquí la Corte solo la consideró como una posible excepción más a la aplicación de la doctrina del acto de Estado¹⁴³. A fin de cuentas, el fallo resultó de poca ayuda para las cortes inferiores en relación a la aplicación por los tribunales inferiores de la doctrina del acto de Estado y sus excepciones.

V. ANÁLISIS DE CASOS: LOS TRIBUNALES Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA DOCTRINA DEL ACTO DE ESTADO

Si bien casos más recientes mantienen la posición de *Dunhill, supra*, la Corte Suprema no ha definido nunca con exactitud los contornos del acto de Estado en sí mismo.

Los Tribunales inferiores y las Cortes de Apelaciones, paulatinamente, construyeron los parámetros del acto, tomando como referencia la distinción entre las conductas que son por su naturaleza soberanas y que no pueden ser llevadas a cabo por una persona o entidad privada de otros actos. La doctrina está limitada a actos oficiales o

140. *Ídem*, 493 U.S. 401 (1990).

141. *Ídem*, 493 U.S. 404-410 (1990).

142. *Ídem*, 493 U.S. 400 (1990).

143. *Ídem*, 493 U.S. 400, 404- 405 (1990).

públicos, dentro del territorio del mismo¹⁴⁴; tales son los casos de la sanción de leyes, decretos, creación de agencias, acciones militares, policiales y otras de Gobierno.

Como ejemplos pueden citarse la negativa a otorgar una licencia oficial para retirar uranio de Kazajistán como un acto soberano, así como la transferencia de acciones a una entidad estatal, que se habían dispuesto a través de un decreto oficial de esa República¹⁴⁵. También es considerado un acto de Estado la acción de un gobierno extranjero que ordena oficialmente, a través de su Ministro de Finanzas, el pago de un impuesto a un banco extranjero por medio de una resolución que de acuerdo al Derecho del Brasil era obligatoria¹⁴⁶.

Similar cuestión se plantea con respecto a la ley inglesa en *Society of Lloyd's vs. Siemon-Netto* (2006)¹⁴⁷. En ambos supuestos, al aplicarse la doctrina se evitó desafiar la validez de normas extranjeras, que por sus características o naturaleza solo podían ser tomadas por un poder soberano. Con respecto a la carga de la prueba, el criterio es que la parte que afirma la existencia del acto de Estado tiene que demostrar la aplicabilidad de la doctrina¹⁴⁸.

144. *Ídem*, 493 U.S. at 409-10 (1990).

145. *World Wide Minerals, Ltd. v. Republic of Kazakhstan*, 296 F.3d 1154, 1165-66 D.C.Cir. 2002. "The act of state doctrine precludes the courts of this country from inquiring into the validity of the public acts a recognized foreign sovereign power committed within its own territory", <https://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1447329.html>- (consultado 27/4/2019).

146. *Riggs National Corporation vs. Commissioner of Internal Revenue Service*, 163 F.3d 1363, 1366-68 D.C.Cir.1999, <https://www.casemine.com/judgement/us/5914bb5dadd7b04934796235> (consultado 27/4/2019).

147. "Si la *Lloyd's Act* de 1982 es una delegación ilegal de los Poderes Legislativos y gubernamentales es una cuestión que solo las cortes inglesas pueden decidir, y es una cuestión que la doctrina del acto de estado impide que nos preguntemos siquiera". United States Court of Appeals-For the District of Columbia Circuit; Argued October 28, 2005 Decided August 8, 2006-No. 04-721, *Society of Lloyd's Appellee vs Gillian Mary Siemon - Netto and Uwe Siemon - Netto Appellants - Appeal from the United States District Court for the District of Columbia* (No. 03cv01524). Disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1421038.html>- (consultado 27/4/2019).

148. *Davenport Ltd. v. Republic of Azerbaijan*, 349 F.Supp.2d 736, 754 (S.D.N.Y. 2004). Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/2477844/davenport-ltd-v-republic-of-azerbaijan/> (consultado 27/4/2019).

Circunstancias especiales se presentaron en *McKesson Corporation vs. Islamic Republic of Iran* (2012), un caso de extrema complejidad y extensión en el tiempo¹⁴⁹. Allí, el demandante afirmó que tras la Revolución Islámica en Irán el Gobierno expropió intereses de la industria láctea y no pagó determinadas sumas por dividendos. El núcleo del debate se refería a las acciones de funcionarios gubernamentales como accionistas mayoritarios y miembros de la junta de directores; en rigor, era más una disputa entre accionistas que un desafío a las acciones de un Gobierno extranjero por violación al Derecho Internacional.

Aquí los hechos difieren de otros donde se ha aplicado la doctrina: no se trataba de una típica expropiación donde un gobierno extranjero actúa en su capacidad soberana para tomar la propiedad privada con un propósito público. En este caso, los agentes del gobierno de Irán, en calidad de representantes de agencias y compañías, tomaron el control de la junta de directores de la empresa Pak Dairy, y dejaron de pagar los dividendos a McKesson, el actor¹⁵⁰. Este inició un reclamo en los Estados Unidos e invocó los casos en que la Corte Suprema determinó que había jurisdicción a partir de la excepción de las actividades comerciales¹⁵¹. Agregaron que la conducta de los agentes de Irán demostraba que no presentaba las características de un acto oficial de un gobierno soberano. Irán no había sancionado una ley, decreto, norma ni otro acto formal que en forma explícita afectara la propiedad de McKesson para beneficio del pueblo de Irán. En vez de eso toma control de la dirección de Pak y abusa de

149. *McKesson Corporation et al. Appellees vs. Islamic Republic of Iran Appellant Financial Organization for the Expansion of Ownership of Productive Units, et al., Appellees*. No. 10-7174, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit Argued October 14, 2011. Decided February 28, 2012. Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/623734/mckesson-corp-v-islamic-republic-of-iran/> (consultado 27/4/2019).

150. *McKesson III*, 271 F.3d at 1103. Disponible en <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cadc/10-7174/10-7174-2012-02-28.pdf?ts=1411134883> (consultado el 27/4/2019).

151. *McKesson I*, 905 F.2d at 449-51; *McKesson II*, 52 F.3d at 350-51; *McKesson III*, 271 F.3d at 1106-07, disponible en: <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cadc/07-7113/07-7113-1135046-2011-03-24.pdf?ts=1411133677> (consultado 27/4/2019).

esa posición de accionista mayoritario, convirtiendo los reclamos del demandante en una disputa corporativa ente accionistas mayoritarios y minoritarios¹⁵². En conclusión, confirmó la decisión de la Corte de Distrito, que había dicho que la doctrina del acto de Estado no se aplicaba a esta situación (es decir, Irán era responsable por la expropiación de los intereses de McKesson en Pak y el no pago de los dividendos).

En el ámbito de un Tribunal Arbitral se determinó a Irán responsable por la retención de los dividendos de McKesson entre 1979 y 1980, e implícitamente se entendió que Pak podía haberlos pagado si la junta de directores lo hubiera decidido¹⁵³.

Otro ejemplo aparece en *Doe vs. State of Israel* (2005); en el caso, las políticas de asentamientos y tácticas de Israel en la Margen Occidental fueron considerados actos de Estado¹⁵⁴. En *Virtual Defense Development vs. Republic of Moldova* (2001)¹⁵⁵, la venta de aviones de guerra no fue considerado un acto de Estado, y en *Owens vs. Republic of Sudan* (2005), se estableció que el apoyo de una agencia gubernamental a una organización terrorista no era un acto de Estado¹⁵⁶.

Los actos aislados de un funcionario, en cambio, pueden o no ser oficiales dependiendo de su competencia para actuar. En *Malewicz vs. City of Amsterdam* (2007), se afirmó que la adquisición de una pintura por un funcionario de la Ciudad no es un acto público para los propósitos de la doctrina¹⁵⁷.

152. *McKesson I*, 905 F.2d at 449-51; *McKesson II*, 52 F.3d at 350-51; *McKesson III*, 271 F.3d at 1106-07, <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cadc/07-7113/07-7113-1135046-2011-03-24.pdf?ts=1411133677> (consultado 27/4/2019).

153. *Tribunal Award, 10 Iran - U.S. Claims. Tribunal. Rep.* 228 (1986).

154. *Doe vs. State of Israel*, 400 F. Supp. 2d 86, 113-14 D.D.C.2005, disponible en: <https://casetext.com/case/doe-i-v-state-of-israel> (consultado 17/5/2020).

155. *Virtual Defense and Development International Inc vs. The Republic of Moldova*, United States District Court, D. Columbia, 20 de febrero 2001. 133 F. Supp. 2d 9 (D.D.C. 2001). Disponible en: <https://casetext.com/case/virtual-defense-dev-v-republic-of-moldova> (consultado el 17/5/2020).

156. *Owens vs. Republic of Sudan*, 74 F. Supp. 2d 1 D.D.C. 2005. Disponible en: <https://casetext.com/case/owens-v-republic-of-sudan-9> (consultado 17/5/2020).

157. *Malewicz vs. City of Amsterdam*, 517 F. Supp. 2d 322 D.D.C. (2007); disponible en: <https://casetext.com/case/malewicz-v-city-of-amsterdam> (consultado 30/4/2019).

La ciudad de Ámsterdam había argumentado que la adquisición de las pinturas era un acto oficial de la ciudad; que las políticas que fundamentan la doctrina no deben interferir con materias que puedan complicar las relaciones exteriores y que una decisión contra la Ciudad afectaría las relaciones culturales. Los demandantes, en sentido opuesto, invocaron que la doctrina del acto de Estado no se aplicaba porque no procede frente a actos políticos de una subdivisión de un Estado, como la ciudad de Ámsterdam. Asimismo, invocaron la Enmienda *Hickenlooper*, ya que la expropiación había sido en violación al Derecho Internacional¹⁵⁸.

El fallo receptó la acción expresando que la adquisición por la ciudad en 1956 no era el tipo de acto que recibía protección por la doctrina del acto de Estado. Puede que la adquisición haya sido un acto *oficial* en el sentido de haber sido realizada por un empleado de la ciudad de Ámsterdam –el director del *Stedelijk Museum*–, actuando en su capacidad como tal; pero no era un acto oficial de un Estado soberano porque no era una acción tomada por derecho de soberanía, pues cualquier persona privada o entidad podría haber adquirido la pintura para su exhibición en un museo público o privado¹⁵⁹. No hay nada soberano en que la ciudad adquiera las pinturas de Malewicz, salvo que fue realizado por un Estado. Asimismo, el hecho de que la adquisición inicial tuviera lugar en Alemania y no en los Países Bajos, ilustra que no era un acto oficial en el sentido de la autoridad soberana de la ciudad¹⁶⁰.

Diferente resultado ocurrió ante la Corte del Segundo Circuito: en *Konowaloff vs. Metropolitan Museum of Art* (2012), se reconoció el

158. 22 U.S.C. § 2370(e) (2).

159. *Alfred Dunhill of London, Inc. vs. Republic of Cuba*, 425 U.S. 682, 697-98 (1976), voto del Justice White, J. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/425/682/> (consultado 27/4/2019).

160. *World Wide Minerals vs. Republic of Kazakhstan*, 296 F.3 d District of Columbia Circuit 2002 at 1164. “The act of state doctrine precludes the courts of this country from inquiring into the validity of the public acts a recognized foreign sovereign power committed within its own territory”. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/296/1154/559844/> (consultado 27/4/2019).

acto de Estado, lo que impidió el recupero de un cuadro de Cézanne confiscado a su dueño durante la Revolución Bolchevique¹⁶¹.

Además de la “acción oficial”, la doctrina requiere que los actos se realicen dentro de su propio territorio. Esta cuestión se trató en *Agudas Chasidei Chabad of US vs. Russian Federation* (2008)¹⁶². La Corte de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia rechazó la alegación rusa de la defensa de acto de Estado frente a una reclamación de un grupo religioso judío. Afirmó que las autoridades rusas habían confiscado determinadas colecciones de libros religiosos y otros documentos tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, pero que la doctrina no podía aplicarse ya que los documentos fueron confiscados en Polonia, fuera del territorio de la Unión Soviética¹⁶³.

El Tribunal analizó, en primer lugar, la expropiación; luego, si fue hecha en violación al Derecho Internacional; luego, el nexos o actividad comercial, para finalizar con la cuestión planteada por Rusia del no agotamiento de los recursos internos antes de entablar la demanda en Estados Unidos.

Con respecto a los derechos de propiedad, la Organización Chabad planteó su interés en la colección, que fue acumulándose a través de varios rabinos que actuaron como custodios y al incorporarse en el Derecho norteamericano como asociación religiosa tomó los derechos de sus predecesoras¹⁶⁴.

161. *Konowaloff vs. The Metropolitan Museum of Art*, No. 11-4338 2d Cir. 2012. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/11-4338/11-4338-2012-12-18.html> (consultado 5/5/2019).

162. *Agudas Chasidei Chabad of US vs. Russian Federation*, District of Columbia Court 2008. Disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1271569.html>, <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cadc/13-7169/13-7169-2015-05-01.pdf?ts=1430494268> (consultado el 17/5/2020).

163. *Ídem*.

164. “All the temporalities and property of an unincorporated church, or of any unincorporated religious society, body, association or congregation, shall, on the incorporation thereof, become the temporalities and property of such corporation, whether such temporalities or property be given, granted or devised directly to such unincorporated church, society, body, association or congregation, or to any other person for the use or benefit thereof”. New York Consolidated Laws, Religious Corporations Law - RCO § 4. Property of unincorporated

Una serie de factores podrían militar en contra de la aplicación de la doctrina del acto de Estado al caso, por ejemplo, se ha dicho que la expropiación debe haber sido hecha por un Estado soberano existente y reconocido al tiempo de la demanda. Esto parece sugerir que la flexibilidad de *Sabbatino, supra*, aumenta cuando el Gobierno ha sido sucedido por otro.

En el caso, Rusia había sido demandada, como también sus agencias o instrumentalidades y no las corporaciones privadas o los gobiernos ya defenestrados. Nadie duda de que el colapso de la Unión Soviética haya provocado cambios radicales de carácter político y económico en el territorio de lo que es hoy la Federación Rusa. Pero la aplicación del criterio de *Sabbatino, supra*, sobre la flexibilidad, colocaría al Tribunal en un enredo vinculado con la evaluación política del cambio de régimen que es similar al proceso de desnazificación en la Alemania de posguerra. Este litigio aun hoy no ha sido resuelto, lo que demuestra el desafío de intentar resolver diferendos históricos internacionales a través de las cortes de un Estado.

VI. EXCEPCIONES A LA DOCTRINA DEL ACTO DE ESTADO

a) *La excepción Bernstein*

De las excepciones a la doctrina del acto de Estado, la más importante es la llamada excepción *Bernstein*, ya mencionada anteriormente, pero que se analizará con profundidad a continuación.

En 1937, Arnold Bernstein fue preso en Alemania y obligado a vender y transferir las acciones de su compañía naviera a un agente alemán¹⁶⁵. Una compañía belga, posteriormente, compró uno de los buques. Finalizada la Segunda Guerra Mundial, Bernstein le recla-

rated society transferred by its incorporation. Disponible en: <https://codes.findlaw.com/ny/religious-corporations-law/rco-sect-4.html> (17/5/2020).

165. *Bernstein vs. N.V. Nederlandsche-Amerikaansche*, 173 F.2d 71, 73 (2d Cir. 1949). Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/1473767/bernstein-v-nv-nederlandsche-amerikaansche-etc/> (consultado 3/5/2019).

mó por el buque y la indemnización del seguro que la compañía belga había obtenido cuando el buque se hundió durante el conflicto. La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito había rechazado dos reclamos previos de Bernstein sobre la base de la doctrina del acto de Estado porque la compañía belga había adquirido el título en Alemania¹⁶⁶.

En *Bernstein vs. Van Heyghen Freres Societe Anonyme* (1947)¹⁶⁷, se inició una acción para recobrar bienes expropiados por el régimen nazi. Si bien se reconoció la naturaleza odiosa de estos actos, en el voto redactado por el Juez Learned Hand, no se los consideró inválidos y se desestimó la demanda. Empero, posteriormente, en *Bernstein vs. N.V. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-Maatschappij* (1954)¹⁶⁸, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito examinó los actos de Alemania (tras la recepción de una nota de apoyo del Departamento de Estado remitida a instancias de la actora) y permitió al demandante Arnold Bernstein desafiar la validez de la expropiación realizada por el Gobierno alemán¹⁶⁹. La decisión se fundó en la postura de mitigar cualquier restricción en el ejercicio de su jurisdicción en relación a la validez de actos realizados por funcionarios del Estado alemán en ese período¹⁷⁰.

Inicialmente, la doctrina consideró que *Bernstein* era un caso inusual y que sería de poca utilidad por las circunstancias únicas que presentaba, pero esto no resultó así. Desde entonces, el precedente otorga al Poder Ejecutivo discrecionalidad para invocar o no la doctrina del acto de Estado: el Departamento de Estado puede emitir una

166. Ídem, 173 F.2d, p. 78; 1949.

167. *Bernstein vs. Van Heyghen Freres Societe Anonyme*, 163 F.2d 246 2nd Circuit 1947. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/163/246/1498457/> (consultado 3/5/2019).

168. *Bernstein vs. N. V. Nederlandsche-amerikaansche Stoomvaart-maatschappij (Chemical Bank & Trust Co., Third-party Defendant)*, 210 F.2d 375. 2d Cir. 1954. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/210/375/393409/> (consultado 3/5/2019).

169. Ídem.

170. *Bernstein, Bernstein vs. N. V. Nederlandsche-amerikaansche Stoomvaart-maatschappij (Chemical Bank & Trust Co., Third-party Defendant)*, 210 F.2d 376 2d Cir. 1954. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/210/375/393409/> (consultado el 3/5/2019).

nota para informar al Tribunal si hay objeciones vinculadas con las relaciones exteriores para que sea improcedente la decisión judicial sobre la validez de un acto de un Estado¹⁷¹.

En esencia, esa nota es una declaración de que la decisión judicial no daña las relaciones exteriores de los Estados Unidos. En los casos más recientes la nota ha sido sustituida por una declaración, *statement of interest* o una comunicación del Departamento de Justicia¹⁷².

La Corte Suprema ha reconocido que el Poder Ejecutivo tiene la responsabilidad primaria en las relaciones exteriores en el sistema de separación de poderes¹⁷³. Respecto de la excepción *Bernstein*, la Corte Suprema ha aplicado dicha excepción en tres casos, mas nunca ha resuelto la validez de su continuidad.

Esto ha generado incertidumbre en los tribunales inferiores. Algunos la adoptan como dispositiva y otros, en cambio, la consideran solo un factor más a tener en cuenta en la determinación de la doctrina del acto de Estado. Algunas Cortes de Distrito, inclusive, han considerado la ausencia de la excepción como un mandato implícito para aplicar la doctrina¹⁷⁴. Esta inconsistencia en la aplicación de la excepción *Bernstein* ha provocado resultados contradictorios en casos similares¹⁷⁵.

Se ha indicado que lo más preocupante es que la excepción afecta la separación de los poderes, pues reconoce al Ejecutivo la posibilidad de entrometerse en el resultado del caso. Cuando el Tribunal se basa en *Bernstein* renuncia a la aplicación de la doctrina y permi-

171. Restatement Third Of Foreign Relations Law Of The United States §443 1987.

172. *National Coalition Government of Union of Burma vs. Unocal, Inc.*, 176 F.R.D. 329, 355 C.D. Cal. 1997. En el caso se afirma que un Statement of Interest tiene los mismos efectos que una Carta Bernstein. Disponible en: <https://casetext.com/case/nat-coalition-govt-of-burma-v-unocal-inc> (consultado el 3/5/2019).

173. *United States v. Curtiss-Wright Corp.*, 299 U.S. 304, 320 (1936).

174. *Bank Tejarat vs. Varsho-Saz*, 723 F. Supp. 516, 520 (C.D. Cal. 1989). En el caso, se estableció que la ausencia de una Carta Bernstein niega la reconversión a ciudadanos iraníes basado en una apropiación de bienes en Irán.

175. Bazylar, Michael J., "Abolishing the Act of State Doctrine", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 134, 1986, pp. 326-398. Disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3985&context=penn_law_review (consultado el 3/5/2019).

te al Ejecutivo reemplazar al Tribunal en la decisión. A su vez, si no la toma en cuenta podría resultar bochornoso para el Ejecutivo en el campo de las relaciones exteriores¹⁷⁶.

La adhesión a rajatabla de la opinión emitida por el Poder Ejecutivo “politiza” al Poder Judicial y coloca a los demandantes que se encuentran en situaciones similares en una condición desigual, pues el resultado del caso depende en gran medida de la influencia del interesado frente a la Administración, como ya se afirmara en *First National City Bank vs. Banco Nacional de Cuba*¹⁷⁷.

Asimismo, la excepción tiene el potencial de convertirse en un medio para que el Ejecutivo aumente su poder y el control sobre las cuestiones judiciales en el marco de la denominada *guerra al terror*. Si un litigante demanda en los Estados Unidos sobre la base de un acto oficial de un Estado y el Gobierno estima que este apoya al terrorismo, el Ejecutivo puede influenciar el resultado del litigio, permitiendo que se deje de lado la doctrina. Si, en cambio, la demanda es contra un Estado amigable, la administración puede rehusarse a la procedencia de la excepción e incluso solicitar activamente a la corte que deje el caso.

En una acción contra Irak, iniciada por hijos de ciudadanos estadounidenses que habían ido presos y alegaban también que habían sido torturados por el régimen de Saddam Hussein, el Gobierno emitió una declaración que afirmaba *inter alia* que un juicio desfavorable dañaría las relaciones exteriores y provocaría una interferencia en el interés de Estados Unidos en la reconstrucción de Irak¹⁷⁸.

176. *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 432-433 (1964). “If the Executive Branch has undertaken negotiations with an expropriating country, but has refrained from claims of violation of the law of nations, a determination to that effect by a court might be regarded as a serious insult. (...) Considerably more serious and far-reaching consequences would flow from a judicial finding that international law standards had been met if that determination flew in the face of a State Department proclamation to the contrary (...) In short, whatever way the matter is cut, the possibility of conflict between the Judicial and Executive Branches could hardly be avoided”.

177. *First National City Bank vs. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 791-792 (1972). Disidencia del Justice Brennan, J.

178. *Beaty v. Republic of Iraq*, 480 F. Supp. 2d 60, 65 (D.D.C. March 26, 2007). Disponible en: <https://casetext.com/case/beaty-v-republic-of-iraq-2> (consultado 3/5/2019).

Por eso, se ha sostenido que debería eliminarse o abolirse la excepción *Bernstein* a través de la Corte Suprema norteamericana, pues ha dado lugar a resultados inconsistentes, a la violación de la separación de poderes, a un tratamiento desigual frente a situaciones semejantes y a la expansión de los poderes del Ejecutivo. Al mismo tiempo, al eliminar la excepción se revivirían los principios originales que subyacían en la doctrina del acto de Estado: la *comitas* internacional, el respeto a la soberanía de otros Estados y se evitaría afectar al Poder Ejecutivo en el campo de las relaciones exteriores, permitiéndosele otros caminos para que exprese su opinión, como podría ser un *amicus curiae*.

Si bien es cierto que la negativa del Poder Ejecutivo a enviar una nota de excepción no indica siempre su posición sobre la aplicación del acto de Estado al caso, la omisión ha sido tomada por algunos tribunales federales como un mandato tácito para aplicarla.

En *Empresa Cubana Exportadora de Azúcar y Sus Derivados v. Lamborn & Co.* (1981), el Gobierno de Cuba inició acciones de recupero contra un *bróker* que tenía una deuda en base a un contrato de azúcar de Cuba¹⁷⁹. El *bróker* reconvino, a su vez, para reclamar la compensación por la expropiación de sus oficinas y cuentas durante la Revolución Cubana¹⁸⁰. Como Lamborn no había obtenido una nota del gobierno, se aplicó la doctrina del acto de Estado y se desestimó su reconvencción¹⁸¹.

Como se ve, la doctrina del acto de Estado es básicamente un tema de elección de normas aplicables, de allí que no corresponde su aplicación si un Tribunal observa la existencia de un Tratado u otro acuerdo que en forma clara se refiere a los principios que se encuentran en juego en el proceso. Así se expresó en *Banco Nacional de Cuba*

179. *Empresa Cubana Exportadora, Inc. vs. Lamborn & Co.*, 652 F.2d 231, 233 .2d Cir.1981. Disponible en: <https://www.leagle.com/decision/1981883652f2d2311847> (consultado el 3/5/2019).

180. *Ídem*.

181. *Empresa Cubana Exportadora, Inc. vs. Lamborn & Co.*, 652 F.2d 237-38. 2d Cir.1981. Disponible en: <https://www.leagle.com/decision/1981883652f2d2311847> (consultado 4/5/2019).

vs. Sabbatino, supra; y en *American Interational. Group, Inc. v. Islamic Republic of Iran, supra*¹⁸².

En esta misma línea, en *Ethiopian Spice Extraction Share Co. v. Kalamazoo Spice Extraction Co.*, una corporación etíope demandó a una norteamericana para recobrar especias vendidas y entregadas. La Corte de Distrito denegó la reconvencción de la empresa americana por la expropiación de sus intereses en Etiopía, e hizo notar la ausencia de una carta *Bernstein*¹⁸³. No obstante, posteriormente, en un caso similar, se admitió una demanda, fundada en un Tratado entre Estados Unidos y Etiopía –1953 Treaty of Amity and Economic Relations–, soslayando la aplicación de la doctrina del acto de Estado (*Kalamazoo Spice Extraction Co., Plaintiff-appellant, vs. the Provisional Military Government of Socialist Ethiopia, 1984*)¹⁸⁴.

Otros casos posteriores provocaron aun una mayor confusión. En *Doe vs Liu Qi* (2004), practicantes de la secta espiritual Falun Gong de China demandaron a funcionarios chinos por la violación de la *Alien Torts Claim Act*¹⁸⁵ y la *Torture Victims Protection Act*¹⁸⁶. La Corte

182. *American International Group, Inc. vs. Islamic Republic of Iran*, 493 F. Supp. 522, D.D.C. 1980. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/493/522/1557756/> (consultado 4/5/2019).

183. *Ethiopian Spice Extraction Share Co. vs. Kalamazoo Spice Extraction Co.*, 543 F. Supp. 1224, 1226 W.D Mich. 1982. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/543/1224/1460984/> (consultado 4/5/2019); *decision rev'd*, 729 F.2d 422 (6th Cir. 1984), disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/729/422/313291/>, *on remand*, 616 F. Supp. 660 (W.D. Mich.1985) *Id.* at 1229. Allí se sostuvo: “[e]s claro que no ha habido una declaración del Ejecutivo que invoque la excepción *Bernstein*”.

184. *Kalamazoo Spice Extraction Co., Plaintiff-appellant, v. the Provisional Military Government of Socialist Ethiopia, defendant-appellee*, 729 F.2d 422 6th Cir. 1984. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/729/422/313291/> (consultado 4/5/2019).

185. U.S. Code § 1350. Alien’s action for tort. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1350> (consultado 4/5/2019).

186. *An Act To carry out obligations of the United States under the United Nations Charter and other international agreements pertaining to the protection of human rights Mar. 12, 1992 by establishing a civil action for recovery of damages from an individual who engages in torture or extrajudicial killing*. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-106/pdf/STATUTE-106-Pg73.pdf>- (consultado 4/5/2019).

entendió que la doctrina del acto de Estado no permitía una indemnización, pero sí una sentencia declarativa¹⁸⁷.

El Departamento de Estado emitió varios *statements of interest* donde aconsejaba que no hubiera sentencia¹⁸⁸: fundados en que el Ejecutivo tenía otros medios para promover el respeto a los derechos humanos en China, estos juicios afectaban esas políticas, ya que juzgar actos de otro Estado interfería en la conducción de la política exterior¹⁸⁹.

A su vez, en *Sosa vs. Alvarez Machain*, admitió la deferencia al Ejecutivo en casos específicos de relaciones exteriores, donde la opinión del Departamento de Estado fue considerada¹⁹⁰.

En *Presbyterian Church of Sudan vs. Talisman Energy, Inc.* (2003), los demandantes residentes en el Sur del Sudán demandaron la violación de la *Alien Tort Act* y aducieron que eran víctimas de genocidio, crímenes contra la humanidad y otras violaciones practicadas por el Gobierno de Sudán y una compañía canadiense¹⁹¹. El Departamento de Estado informó que tanto Sudán como Canadá, por nota diplomática, expresaron su preocupación por el impacto del litigio en el manejo de las relaciones exteriores¹⁹², lo que podría afectar los objetivos de los Estados Unidos en su labor con el Gobierno de Sudán en contra del genocidio en Darfur. Sin afectar el resultado del juicio, la

187. *Doe v. Liu Qi*, 349 F. Supp. 2d 1258 1303 N.D. Cal. 2004, disponible en: <https://casetext.com/case/doe-v-qi-2> (consultado 4/5/2019).

188. *Doe v. Liu Qi*, 349 F. Supp. 2d 1258 1303 N.D. Cal. 2004, disponible en: <https://casetext.com/case/doe-v-qi-2> (consultado 4/5/2019).

189. *Doe v. Liu Qi*, 349 F. Supp. 2d 1271 N.D. Cal. 2004. Disponible en: <https://casetext.com/case/doe-v-qi-2> (consultado 4/5/2019).

190. *Doe v. Liu Qi*, 349 F. Supp. 2d 1271 N.D. Cal. 2004-<https://casetext.com/case/doe-v-qi-2> Consultado 4/5/2019.

191. *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289. S.D.N.Y. 2003. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/244/289/2287736/> (consultado 4/5/2019).

192. *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289. S.D.N.Y. 2003. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/244/289/2287736/> (consultado 4/5/2019).

Corte de Distrito entendió que se debían tener en consideración tales declaraciones¹⁹³.

En líneas generales, puede decirse que un *statement of interest* del Ejecutivo sobre el efecto negativo que tendría el caso en las relaciones exteriores deriva en denegatoria de la acción intentada¹⁹⁴.

Como se ha afirmado, la excepción *Bernstein* depende, en gran medida, de la decisión del Ejecutivo y puede provocar que litigantes en situaciones similares reciban un tratamiento desigual por las Cortes¹⁹⁵. Los *statements* a menudo mencionan consecuencias vagas y especulativas, tal como que los efectos de la sentencia en la política exterior norteamericana generarían hostilidad y pérdida de oportunidades para inversión por las empresas estadounidenses. Es sabido que una corporación con influencia política puede lograr que el Ejecutivo interceda en su favor, especialmente en los casos en que son demandadas multinacionales que oponen la doctrina como defensa. Y algunos Tribunales poco familiarizados con el Derecho Internacional o la política exterior dan prevalencia a estas declaraciones en beneficio de las empresas, afectando a los demandantes, sobre todo, en materia de derechos humanos.

193. *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289 S.D.N.Y. 2003 at 4. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/244/289/2287736/> (consultado 4/5/2019).

194. *Doe vs. Liu Qi*, 349 F. Supp. 2d at 1298; disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/2477807/doe-v-qi/>, con cita de *Sarei vs. Rio Tinto PLC*, 221 F. Supp. 2d 1116, 1192 C.D. Cal. 2002, disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/02-56256/0256256-2011-02-25.html> (los enlaces fueron consultados el 4/5/2019).

195. *First National City Bank vs. Banco Nacional Cuba*, 406 U.S. at 790-93, 1964. Disidencia del Justice Brennan, J. El Juez Brennan apunta que la Excepción Bernstein inyectaría cuestiones políticas del Ejecutivo en el proceso de decisiones judiciales en detrimento de determinados litigantes. El destino de las reclamaciones individuales estaría sujeto a consideraciones políticas del Ejecutivo. Como esas consideraciones cambian como cambian las Administraciones litigantes en situaciones similares no tendrían un tratamiento justo"; disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/759/> (consultado 4/5/2019).

Así ocurrió en *Doe I v. Exxon Mobil Corp.* (2005)¹⁹⁶. Los demandantes reclamaron contra Exxon Mobil y sus subsidiarias bajo el *Alien Tort Statute*¹⁹⁷. Afirmaron que fuerzas de seguridad privadas cometieron ejecuciones, torturas y abuso sexual contra los que residían en el perímetro de seguridad de la planta de gas de la compañía de Exxon Mobil en Aceh, Indonesia¹⁹⁸. Alegaron que Exxon Mobil conocía la existencia de estas violaciones pero no tomó acciones concretas. Exxon y otras asociaciones empresarias se reunieron con el Consejero Legal del Departamento de Estado y el gobierno emitió un *statement of interest*, advirtiendo el efecto negativo que el caso tendría en la conducción de las relaciones exteriores con Indonesia y las inversiones corporativas en ese Estado, así como su posible negativa a participar en la lucha contra el terrorismo¹⁹⁹. En octubre de 2005, la Corte rechazó la demanda como cuestión política no justiciable, en función de las relaciones exteriores de los Estados Unidos, aunque sin invocar la doctrina del acto de Estado²⁰⁰. Esto demuestra las variaciones de aplicación según los cambios en la política exterior y las diferentes Administraciones.

La excepción *Bernstein* también ha sido invocada por el Ejecutivo para expandir su poder en la guerra contra el terrorismo²⁰¹. Desde el 11 de septiembre de 2001 el Ejecutivo ha intervenido en determinados procesos, procurando influenciar al afirmar que determinadas acciones judiciales pueden tener un impacto negativo en las relaciones exteriores y en la mencionada lucha antiterrorista.

196. *Doe vs. Exxon Mobil Corp.*, 393 F. Supp. 2d 20 District Court, District of Columbia 2005.

197. Alien Tort Statute 28 U.S.C. § 1350; <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1350-> (consultado 4/5/2019).

198. *Doe vs. Exxon Mobil Corp.*, 393 F. Supp. 2d 20 District Court, District of Columbia 22, 2005. Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/2455787/doe-v-exxon-mobil-corp/> (consultado 4/5/2019).

199. *Ídem*.

200. *Ídem*.

201. Roberts, L. Kathleen, "The United States and the World: Changing Approaches to Human Rights Diplomacy under the Bush Administration", *Berkeley Journal of International Law*, V. 21, pp. 631-661, 2003, pp. 631, 658. Disponible en: <https://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol21/iss3/8/> (consultado 4/5/2019).

En *Owens vs. Republic of Sudan* (2005), algunas víctimas de los atentados en las Embajadas de Estados Unidos en Kenia y Tanzania demandaron a Sudán, Irán y dos Ministerios sobre la base de la excepción por actividades terroristas prevista en la *Foreign Sovereign Immunities Act*²⁰². Alegaron que ambos Estados habían dado apoyo material a las organizaciones que ejecutaron los ataques²⁰³. Aunque Sudán se amparó en la doctrina del acto de Estado²⁰⁴, invocó asimismo haber asumido activamente la lucha contra el terror. La Corte de Distrito rechazó el argumento, pues si bien Sudán participaba en esfuerzos antiterroristas, no había sido removido de la lista oficial de Estados que apoyaban actividades terroristas.

En *Beaty vs. Republic of Iraq, supra*, los hijos de dos ciudadanos norteamericanos que habían sido detenidos y tomados como rehenes por el régimen de Saddam Hussein en la década del noventa, demandaron a Irak por los daños emocionales sufridos durante el cautiverio de sus padres²⁰⁵, según la excepción a actividades terroristas de la *Foreign Sovereign Immunities Act*²⁰⁶. Al tiempo de la detención de sus padres, Irak era considerado por los Estados Unidos un país que asistía al terrorismo²⁰⁷. Irak argumentó que la doctrina del acto de Estado debería aplicarse porque el régimen que perpetró esos actos ya no existía y había sido reemplazado por un nuevo gobierno cuya estabilidad y éxito eran un objetivo preponderante de los Estados Uni-

202. 28 U.S. Code § 1605A. *Terrorism exception to the jurisdictional immunity of a foreign state*. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1605A> (consultado 18/5/2020).

203. *Owens vs. Republic of Sudan*, 374 F. Supp. 2d 1 D.D.C. 2005. Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/2397314/owens-v-republic-of-sudan-> (consultado 4/5/2019).

204. Ídem, p. 28.

205. *Beaty vs. Republic of Iraq*, 480 F. Supp. 2d 60 D.D.C. 2007 at 62, <https://casetext.com/case/beaty-v-republic-of-iraq-2-> (consultado 4/5/2019).

206. 28 U.S. Code § 1605A. *Terrorism exception to the jurisdictional immunity of a foreign state*. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1605A> (consultado 4/5/2019).

207. *Beaty vs. Republic of Iraq*, 480 F. Supp. 2d 60 DDC 2007, p. 69. Disponible en: <https://casetext.com/case/beaty-v-republic-of-iraq-2-> (consultado 4/5/2019).

dos²⁰⁸. El argumento fue rechazado por la Corte pues, a pesar de que el Presidente públicamente había expresado que no deseaba que Irak asumiera la responsabilidad, el Ejecutivo no había emitido un *statement of interest* ni apoyó la invocación de la doctrina por Irak²⁰⁹. El Tribunal puso significativo énfasis en la negativa del Ejecutivo a apoyar a Irak en su invocación del acto de Estado.

b) La excepción de arbitraje

Respecto de la llamada excepción de arbitraje, la *Federal Arbitration Act* establece: "(...) la ejecución de los acuerdos de arbitraje (...) no será negada en base a la doctrina del acto de Estado"²¹⁰.

Esta disposición también se aplica a las acciones bajo la Convención de Nueva York²¹¹ y la Convención Interamericana²¹². Un razonamiento similar se observó en *Republic of Ecuador vs. Chevron Texaco Corp.* (2005)²¹³.

208. *Ídem*, p. 89.

209. *Ibidem*, p. 90.

210. 9 U.S. Code § 15 - Inapplicability of the Act of State doctrine. "Enforcement of arbitral agreements, confirmation of arbitral awards, and execution upon judgments based on orders confirming such awards shall not be refused on the basis of the Act of State doctrine".

211. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards New York, 1958.

212. Inter-American Convention on International Commercial Arbitration. Disponible en: www.oas.org/juridico/English/treaties/b-35.html - (consultado 4/5/2019).

213. *Republic of Ecuador vs. Chevron Texaco Corp.*, 376 F. Supp. 2d 334, 367 S.D.N.Y. 2005. Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/2469261/republic-of-ecuador-v-chevrontexaco-corp/> (consultado 4/5/2019). *The act of state doctrine, however, does not apply here. The FAA explicitly provides that "[e]nforcement of arbitration agreements (...) shall not be refused on the basis of the Act of State doctrine"*, 9 U.S.C.A. § 15 (West 2005). *Although this provision is located in Chapter One of the FAA rather than in the Convention-implementing Chapters Two and Three, Chapter One of the FAA applies to actions brought under the New York and Inter-American Conventions unless it is "in conflict" with Chapters Two or Three or the Conventions as ratified.* 9 U.S.C.A. §§ 208, 307. *No reason is apparent why 9 U.S.C. § 15 would be in conflict with either of the Conventions or either of the FAA Chapters that implemented them. Thus, 9 U.S.C. § 15 applies here, and enforcement*

VII. LA DOCTRINA DEL ACTO DE ESTADO Y LA LEGISLACIÓN ANTITRUST

En los casos que involucran legislación *antitrust*, la doctrina del acto de Estado surge en dos situaciones. La primera, cuando un soberano extranjero o una dependencia de este es demandado por violar las normas antimonopolios de los Estados Unidos. En tal caso, se estima que esa conducta cabe dentro de la doctrina y, en consecuencia, el tribunal no puede juzgarla.

La segunda situación se produce cuando un particular demandado por violación a las leyes *antitrust* afirma que la reclamación del demandante requiere que el tribunal analice actos de un soberano extranjero, lo cual se encuentra prohibido por la doctrina del acto de Estado.

En realidad, dicha doctrina ha surgido en un contexto diferente y lejano de la legislación antimonopolios, por lo que la interacción entre ambas se ha visto también afectada de confusión: no se ha distinguido en forma apropiada el ámbito extraterritorial de la legislación *antitrust*, las inmunidades soberanas, la *foreign sovereign compulsion*, la doctrina del acto de Estado y los principios del Derecho Internacional Privado.

El acto de Estado fue invocado por primera vez en un contexto de ley antimonopolio en *American Banana vs. United Fruit Company* (1909)²¹⁴. La primera empresa reclamaba que la United Fruit Company había monopolizado y restringido la importación de bananas desde América Central a los Estados Unidos y que la milicia de Costa Rica había desplazado a los empleados de sus plantaciones, ocupado las mismas e impedido la construcción de un ferrocarril. Todas estas acciones de acuerdo al demandante eran instigadas por la United Fruit Company.

La Corte Suprema, a través del Justice Holmes, rechazó la acción. Sostuvo que los actos supuestamente perjudiciales fueron realizados

of the arbitration agreement at issue, if otherwise appropriate, "shall not be refused on the basis of the Act of State doctrine". Plaintiffs' third and final argument in favor of summary judgment therefore fails, and their motion for summary judgment must be denied.

214. *American Banana Co. vs. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909).

fuera de los Estados Unidos y, por lo tanto, no quedaban sujetos a la ley Sherman²¹⁵. Asimismo, dijo que los actos de los soldados de Costa Rica eran los un Estado soberano que no podían ser discutidos por la Corte de acuerdo al *dictum* de *Underhill vs. Hernández, supra*.

Dieciocho años más tarde, en *United States vs. Sisal Sales Corporation* (1927)²¹⁶, la Corte modificó el criterio, afirmando que el demandado, una persona privada, no podía invocar el acto de Estado como defensa, a pesar de que el Gobierno de México y el Estado de Yucatán habían sancionado leyes discriminatorias que lo asistían en monopolizar el comercio del sisal.

Es este caso *Sisal, supra*, el que inició el camino para distinguir la doctrina del acto de Estado de la aplicación extraterritorial de las leyes antimonopolio. Los tribunales en la actualidad toman dos direcciones en la interacción de la doctrina y la legislación antimonopolio.

Por un lado, los que presumen, en general, que no se puede juzgar la validez de un acto por la doctrina del acto de Estado, que solo se admitiría por excepción si lo permite un Tratado, o concurren actos de corrupción, o actos soberanos que no generarían problemas en las relaciones diplomáticas, ni una reacción hostil si son desafiados. No obstante, ninguna de estas excepciones ha sido aceptada en forma unánime. Según el segundo enfoque, estando demandado un país soberano, no se admite partir de dicha presunción, salvo que sea invocada. Al respecto, se puede mencionar la decisión de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito en *International Association of Machinists vs. OPEC* (1981). Allí, se afirmó que la doctrina del acto de Estado constituye una base apropiada para desestimar la demanda antimonopolio presentada por esa asociación para impugnar la fijación de

215. *Section 1 of the Sherman Act, 15 U.S.C. 1, sets forth the basic antitrust prohibition against contracts, combinations, and conspiracies "in restraint of trade or commerce among the several States or with foreign nations". Section 2 of the Act, 15 U.S.C. 2, prohibits monopolization, attempts to monopolize, and conspiracies to monopolize "any part of trade or commerce among the several States or with foreign nations". Section 6a of the Sherman Act, 15 U.S.C. 6a, defines the jurisdictional reach of the Act with respect to non-import foreign commerce,* <https://www.justice.gov/atr/antitrust-enforcement-guidelines-international-operations-> (consultado 4/5/2019).

216. *United States vs. Sisal Sales Corporation*, 274 U.S. 268 (1927).

precio del petróleo y otras prácticas por parte de la Organización de Países Exportadores de Petróleo y sus Estados Miembros²¹⁷.

Dos razones fueron ofrecidas por la Corte. La primera es la regla tradicional de no interferencia del Poder Judicial en la conducción de las relaciones exteriores: una sentencia sería una orden de un tribunal estadounidense a un soberano extranjero (en el caso, la OPEC y sus miembros) sobre cómo manejar sus recursos. Pero por otra parte, si las declaraba legales hubiera implicado una mejora en las posiciones de la OPEC y sus miembros para negociar con Estados Unidos, en el supuesto de que el Congreso o el Ejecutivo condenaran sus acciones.

El segundo argumento refiere a lo dicho en el ya citado *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*: el tribunal debe considerar el grado de codificación o consenso concerniente al tema en discusión, al evaluar la investigación de la validez de la norma en el Derecho Internacional en relación al acto de un soberano²¹⁸.

En razón de ello, en *Sisal*, supra, entendió que, si bien esas actividades eran ilegales en la ley americana, no había consenso en el ámbito internacional sobre su invalidez.

Como se ve, la doctrina del acto de Estado reconoce las limitaciones institucionales de la competencia de los Tribunales y los requisitos peculiares para el éxito de las relaciones exteriores.

Para participar adecuadamente en la comunidad global, los Estados Unidos deben actuar con una voz y observar una cauta política exterior²¹⁹. Es que cuando las Cortes intervienen en adjudicacio-

217. International Association of Machinists and Aerospace workers (Iam), an Association, Plaintiff-appellant, vs. the Organization of the Petroleum Exporting Countries (Opec); the Democratic and Popular Republic of Algeria (Algeria); the Republic of Ecuador (Ecuador); the Gabonese republic (Gabon); Republic of Indonesia (Indonesia); imperial Government of Iran (Iran); Republic of Iraq (Iraq); state of Kuwait (Kuwait); Libyan Arab Republic (Libya); federal Republic of Nigeria (Nigeria); State of Qatar (Qatar); Kingdom of Saudi Arabia (Saudi Arabia); State Of united Arab Emirates (united Arab Emirates); and The republic of Venezuela (Venezuela), Defendants-appellees, 649 F.2d 1354 9th Cir. 1981. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/649/1354/460147/> (consultado 5/5/2019).

218. *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964).

219. *International Association of Machinists vs. Organization of Petroleum Exporting Countries OPEC*, 649 F.2d 1354 9th Circuit 1981-<https://openjurist.org/649/f2d/1354>

nes parciales sobre la legalidad de los actos de Estados soberanos se arriesgan a la disrupción de la línea trazada por la diplomacia. El Ejecutivo tiene una serie de instrumentos propios –como Tratados, sanciones económicas, compromisos y persuasión (o disuasión)– para lograr los objetivos en el campo de la política exterior, y es comprensible considerar que decisiones judiciales que invalidan actos de otros Estados pueden afectar la conducción de la política exterior.

Al analizar las demandas se debe determinar si hay jurisdicción y luego avanzar en el análisis de la cuestión del acto. Este análisis caso por caso del balance de los intereses de los Estados Unidos en su relación con países extranjeros, tomó forma a través de la llamada regla *Timberlane/Mannington Mills*, y tuvo como punto de partida dos fallos: *Mannington Mills vs. Congoleum Corp* (1979)²²⁰ y *Timberlane Lumber Co. vs. Bank of America* (1983)²²¹. Dicha regla puede ofrecer un criterio para sopesar los intereses de los Estados y de las ramas ejecutiva y legislativa vinculadas con la preocupación con las cuestiones de política exterior y la separación de poderes.

Debe distinguirse, asimismo, la doctrina del acto de Estado de la llamada defensa de *foreign sovereign compulsion*²²². El juego de ambas también ha dado lugar a confusión.

En *Interamerican Refining vs. Texaco Maracaibo* (1970)²²³, una corporación norteamericana, procesando crudo de Venezuela en su refinería de New Jersey, demandó a tres compañías por violación a leyes antimonopolio. Los demandados Texaco Maracaibo Inc. y Monsanto Venezuela Inc. tenían concesiones del Estado venezolano para la pro-

(consultado 6/5/2019).

220. *Mannington Mills, Inc., Appellant, vs. Congoleum Corporation*, Appellee, 595 F.2d 1287 3d Cir. 1979 <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/595/1287/324597/> (consultado 5/5/2019).

221. *Timberlane Lumber Co. vs. Bank of America*, 574 F. Supp. 1453 N.D. Cal. 1983. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/574/1453/1867331/> (consultado 5/5/2019).

222. *Interamerican Refining Corp. vs. Texaco Maracaibo, Inc.*, 307 F. Supp. 1291 D. Del. 1970. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/307/1291/1428411/> (consultado 18/5/2020).

223. Ídem.

ducción de crudo y eran proveedores de Amoco Trading Company que, a su vez, proveía a Interamerican.

Texaco y Monsanto habían acatado instrucciones del Ministerio de Minas e Hidrocarburos de Venezuela de no entregar crudo a Interamerican. Esta orden, aparentemente, tenía origen en la hostilidad entre funcionarios del Gobierno de Venezuela y dos accionistas de Interamerican. En segundo lugar, existía interés de Venezuela en que no se reexportara el crudo a mercados como Canadá y Europa. Como consecuencia, cuando Texaco y Monsanto le negaron la venta a Amoco, Interamerican demandó a las tres alegando un boicot ilegal.

El Tribunal se negó a abrir el caso, porque el supuesto boicot, en todo caso, había sido realizado por las autoridades venezolanas, y afirmó: “(...) *such compulsion is a complete defense to an action under the antitrust laws based on that boycott*”²²⁴.

Así, rechazo la alegación del demandante (según el cual, la compulsión sería una defensa válida si esos actos fuesen permitidos por la legislación de Venezuela). La decisión se fundó en la doctrina del acto de Estado: en algunas circunstancias, las acciones de individuos o entidades obligadas a actuar de determinada forma por gobiernos extranjeros quedan exentas de responsabilidad bajo la defensa de la doctrina de *Foreign Sovereign Compulsion*.

En *Interamerican Refininig Corp. Vs. Texaco Maracaibo Inc., supra*, la Corte afirmó que cuando las acciones de un Gobierno obligan a una determinada práctica, las empresas deben obedecer y por este medio los actos de comercio se transforman en actos de Estado. Como la ley Sherman no tiene validez extraterritorial, si la compulsión no fuese una defensa válida, las empresas americanas en el exterior que se enfrentaran a órdenes de un Gobierno deberían elegir qué Estado es el ámbito de sus negocios. En efecto:

“La doctrina del acto de Estado basada en los conceptos de soberanía y separación de poderes afirma, en definitiva, que la conducción de las relaciones exteriores reside en el Ejecutivo prin-

224. Ídem.

cialmente. El accionar de las Cortes analizando los actos de un Gobierno extranjero incide y quizás impida al Ejecutivo ejercer su función. Si las autoridades de Venezuela actuaron dentro de su autoridad o por procedimientos legítimos es algo no relevante para el presente caso²²⁵.

Como vemos, la doctrina de la *Foreign Sovereign Compulsion* tiene como fin evitar el castigo de un particular, por una conducta forzada por un gobierno extranjero y basada en la *comitas* internacional. Si bien es diferente de la doctrina del acto de Estado, ambas comparten algunos aspectos al estar relacionadas con la *comitas* y las cuestiones políticas de un soberano adjudicando los actos y las leyes de otros países.

Las injusticias procesales y sustantivas que pueden darse cuando una persona queda en medio de leyes en conflicto entre Estados soberanos es una de las razones de la doctrina de la *Foreign Sovereign Compulsion*.

Esta nace dentro de la litigación antimonopolios y fue mencionada por primera vez en *Continental Ore Co. vs. Union Carbide & Carbon Corp* (1962)²²⁶, un caso antimonopolio, y en *United States vs. Watchmakers of Switzerland Information Center* (1958)²²⁷.

225. *Interamerican Refining Corp. v. Texaco Maracaibo, Inc.*, 307 F. Supp. 1291, 1296 D. Del. 1970, p. 1299, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/307/1291/1428411/> (consultado 6/5/2019).

226. *Continental Ore Co. vs. Union Carbide Corp.*, 370 U.S. 690 (1962).

227. *United States of America, Plaintiff vs. The Watchmakers Of Swizerland Information Center Inc.; Federation Suisse Des Associations De Fabricants D'Horlogerie; Ebauches, S.A.; Foote, Cone & Belding; American Watch Association, Inc.; Bulova Watch Company, Inc.; Benrus Watch Company; Gruen Watch Company; Longines-Wittnauer Watch Company; Gruen Watch Manufacturing Company, S.A.; Eterna, A.G. Uhrenfabrik; Wittnauer et Cie, S.A.; Montres Rolex, S.A.; Concord Watch Co.; Eterna Watch Company of America; Diethelm and Keller (USA) Ltd.; The American Rolex Watch Corporation; Rodana Watch Company, Inc.; Movado Watch Agency, Inc.; Jean R. Graef, Inc.; Norman M. Morris Corporation; The Henry Stern Watch Agency, Inc.; Cyma Watch Co., Inc.; Wyler Watch Agency, Inc., Defendants.* 229 68 F. Supp. 904 (1958), United States District Court S. D. New York. December 23, 1958. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/168/904/1981724/> (consultado 6/5/2019).

El concepto se refinó en *Société Internationale vs. Rogers*, donde la Corte Suprema justifica la no presentación de documentos bancarios prohibidos por la legislación suiza²²⁸.

Por su parte, en *Mannington Mills Inc. Vs. Congoleum Corporation* (1979)²²⁹, el demandante plantea que el demandado obtuvo patentes extranjeras con fraude. Congoleum, el demandado, afirmó que el otorgamiento de una patente no puede ser revisado por los Tribunales de otro Estado bajo la *Foreign Compulsion*. También que era necesario que la ley extranjera coaccionara al demandado a violar el derecho antimonopolio americano, con amenaza cierta y tangible de sanciones, de modo que no tuviera alternativas ni hubiera actuado con mala fe²³⁰, pues la defensa no procedería si el soberano actuaba en su capacidad o carácter comercial y no en su carácter público, o si la acción es ilegal en el Estado que se produjo, o si ocurre en el territorio de los Estados Unidos²³¹.

Otra cuestión es la referente a la definición de compulsión. Las distintas culturas, gobiernos o sociedades la definen en forma diferente, y los gobiernos pueden no utilizar una legislación formal o administrativa para obligar al cumplimiento de un acto. La posición del Departamento de Justicia, en *Matsushita Electric Co. Ltd. v. Zenith Radio Corp.* (1986), afirma: “Once a foreign government presents a statement

228. *Societe Internationale v. Rogers*, 357 U.S. 197 (1958).

229. *Mannington Mills, Inc., Appellant, v. Congoleum Corporation, Appellee*, 595 F.2d 1287 3d Cir. 1979, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/595/1287/324597-> (consultado 6/5/2019).

230. “Where the governmental action rises no higher than mere approval, the compulsion defense will not be recognized. It is necessary that foreign law must have coerced the defendant into violating American antitrust law”. *Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp.*, *supra*; *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976). “The defense is not available if the defendant could have legally refused to accede to the foreign power’s wishes”, *United States v. Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc.*, 1963 Trade Cases (CCH) P 70,600 (S.D.N.Y. 1962), Order modified, 1965 Trade Cases (CCH) P 71,352 (S.D.N.Y. 1965), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/595/1287/324597/> (consultado 6/5/2019).

231. 233 U.S. Department of Justice Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations (CCH) Nov. 10, 1988). Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/antitrust-enforcement-guidelines-international-operations-> (consultado 6/5/2019).

*dealing with subjects within its area of sovereign authority, however, American courts are obligated to accept that statement at face value; the government's assertions concerning the existence and meaning of its domestic law generally should be deemed «conclusive»*²³².

El hecho y no la forma de la compulsión debe ser el enfoque del análisis. La investigación sobre la validez del acto del soberano, por otro lado, puede estar limitada por la doctrina del acto de Estado. La compulsión tiene elementos en común con la coacción, ya que el Estado tiene más poder y puede hacerlo cumplir con la amenaza de sanciones, de allí que un individuo en infracción pueda no ser sancionado por conductas impuestas por un Estado extranjero, que en definitiva es un caso de fuerza mayor que no puede ser evitado²³³.

VIII. CONCLUSIONES

Tras el análisis de un tema en extremo complejo, surge no obstante con claridad que tanto la doctrina del acto de Estado como de la inmunidad soberana tienen como punto de partida las mismas consideraciones históricas y políticas.

Quizás por su origen común se las confunde en su aplicación. Ambas están basadas en la naturaleza de la soberanía y en la separación de poderes. Si bien la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 coloca en manos del Poder Judicial la determinación, en cuanto aplicar o denegar la *inmunidad*, se entiende que la conducción de las relaciones exteriores está en manos del Ejecutivo. Esto significa que, si la inmunidad se aplica, la situación se debe solucionar a través del Ejecutivo, y si se niega es porque queda fuera del área de las relaciones exteriores. Con la doctrina del acto de Estado ocurre lo mismo.

232. *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986).

233. Al respecto ver *Continental Ore Co. vs. Union Carbide & Carbon Corp.*, 370 U.S. 690, 707 (1962); *Mannington Mills, Inc. vs. Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287, 1293-94 (3d Cir. 1979); *United States v. Watchmakers of Switz. Info. Center*, 1963 Trade Cas. (CCH) 70,600, at 77, 456 (S.D.N.Y.1962).

La situación es a veces extremadamente confusa y por ello algunos opinan que la doctrina del acto de Estado debiera ser abolida. Otros, en cambio, afirman que es la doctrina de la inmunidad soberana la que debe dejarse de lado, admitiendo la excepción comercial al acto de Estado, pues los actos *iure imperii* de los Estados deben estar sujetos a la ponderación política y no judicial.

Debe observarse que la defensa de inmunidad es una excepción procesal de jurisdicción, mientras que la doctrina del acto de Estado admite una defensa sobre el fondo de la cuestión, pues los Tribunales no analizarán ni decidirán la validez de actos públicos de los Estados dentro de su territorio aun cuando tengan jurisdicción y la parte tenga un derecho de acción válido.

El énfasis que ambas doctrinas presentan en relación a la soberanía y a la resolución política de ciertas cuestiones persistirá mientras no haya consenso en la Comunidad de Estados sobre el desarrollo y la aplicación del Derecho Internacional por los tribunales nacionales.

Hasta que ese momento llegue, una política exterior dirigida por el Ejecutivo quizás sea lo más eficaz para la conducción de las relaciones internacionales, siempre que la misma sea coherente, responsable y controlada.

El análisis precedente ha demostrado que la doctrina ha sido utilizada para evitar decidir cuestiones complejas con fuertes ingredientes políticos internacionales.

No obstante que en muchas oportunidades los Tribunales la han aplicado en forma confusa en su significado y en su ámbito, de allí que los litigantes no puedan prever el resultado del juicio, no puede dejar de reconocerse la importancia que en el mundo tienen los Estados Unidos en el ámbito de la aplicación del Derecho Internacional, por razones políticas y económicas, ya que en un gran porcentaje de los casos analizados son los demandantes quienes procuran la jurisdicción de ese país.

Sin embargo, sería un error excederse y establecer una jurisdicción extraterritorial de carácter cuasi universal. De allí que la doctrina del acto de Estado, con sus defectos e imperfecciones, si es aplicada prudentemente, resulte un reaseguro de que los poderes políticos estén limitados por la ley.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Artículos de doctrina

- Akehurst, Michael, "Jurisdiction in International Law", *British Year Book of International Law*, Vol. 46, pp. 145-258.
- Bazyler, Michael J., "Abolishing the Act of State Doctrine", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 134, 1986, pp. 326-398. Disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3985&context=penn_law_review (consultado 3/5/2019).
- Cañardo, Hernando V., "Consideraciones sobre la Cuestión Política y su Aplicación en las Relaciones Exteriores de los Estados Unidos", *Revista de Derecho Universidad de Montevideo*, Año XIV, 2015, N° 27, pp. 67-103, disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2015/09/Revista-Derecho-27.pdf> (consultado 27/4/2019).
- Duval-Major, Jacqueline, "One-Way Ticket Home: The Federal Doctrine of Forum Non Conveniens and the International Plaintiff", *Cornell Law Review*, V. 77, pp. 650-686; 1992. Disponible en: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3522&context=clr> (consultado 27/4/2019).
- Holsworth, William S., "The History of Acts of State in English Law", *Columbia Law Review* Vol. 41, No. 8, diciembre, 1941, pp. 1313-1331.
- Lauterpacht, Herst, *Oppenheim Lassa International Law*, 8th ed., Volume I, London, Longmans Green & Co, 1955, pp. 267-268.
- Luce, Stephen R., "Argentina and the Hickenlooper Amendment", *California Law Review*, Vol. 54, 1966, p. 2078.
- Roberts, L. Kathleen, "The United States and the World: Changing Approaches to Human Rights Diplomacy under the Bush Administration", *Berkeley Journal of International Law*, V. 21, 2003, pp. 631-661, pp. 631, 658. Disponible en: <https://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol21/iss3/8/> (consultado 4/5/2019).
- Tate, Jack B., *Letter from Acting Legal Advisor Jack B. Tate to the Acting Attorney General Philip B. Perman*, 19 de mayo de 1952, in 26 Dept. States Bull. 984; 1952.

Corte Suprema de los Estados Unidos

Ware vs. Hylton, 3 U.S. 199, 281(1796).

- Hudson vs. Guestier*, 8 U.S. 293 (1808).
The Exchange vs. McFaddon, 11 U.S. 116 (1812).
The Nereide, 13 U.S. 388 (1815).
L'Invincible, 14 U.S. 238 (1816).
The Anne, 16 U.S. 435 (1818).
The Santissima Trinidad, 20 U.S. 283 (1822).
United States vs. Diekelman, 92 U.S. 520 (1875).
Jones vs. United States, 137 U.S. 202 (1890).
Underhill vs. Hernández, 168 U.S. 250 (1897).
The Paquete Habana, 175 U.S. 677 (1900).
South Carolina vs. United States, 199 U.S. 437 (1905).
American Banana Co. vs. United Fruit Co., 213 U.S. 347 (1909).
Ricaud v. American Metal Co., 246 U.S. 304 (1917).
Ricaud vs. American Metal Co., 246 U.S. 304 (1918).
The Sao Vicente, 260 U.S. 151 (1922).
Sloan Shipyards vs. United States Fleet Corp., 258 U.S. 549 (1922).
Gul Djemal, 264 U.S. 90 (1924).
Berizzi Bros. Co. vs. Steamship Pesaro, 271 U.S. 562 (1926).
United States vs. Sisal Sales Corporation, 274 U.S. 268 (1927).
Ohio vs. Helvering, 292 U. S. 360 (1934).
United States vs. California, 297 U.S. 175 (1936).
United States vs. Curtiss-Wright Corp., 299 U.S. 304 (1936).
United States v. Belmont. United States v. Belmont, 301 U.S. 324 (1937).
Compañia Naviera Vascongado vs. Steamship Cristina: (H.L.(E.)) [1938].
United States vs. Pink, 315 U.S. 203 (1942).
Ex parte Republic of Peru, 318 U.S. 578 (1943).
Republic of Mexico vs. Hoffman, 324 U.S. 30 (1945).
New York vs. United States, 326 U.S. 572 (1946).
California vs. Taylor, 353 U.S. 553 (1957).
Societe Internationale v. Rogers, 357 U.S. 197 (1958).
Baker vs. Carr, 369 U.S. 186 (1962).
Continental Ore Co. vs. Union Carbide Corp., 370 U.S. 690 (1962).
Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398 (1964).
Parden vs. Terminal Railway Co., 377 U.S. 184 (1964).
First National City Bank vs. Banco Nacional de Cuba, 406 U.S. 759 (1972).
Menendez vs. Saks & Co., 485 F.2d 1355, 1367 (1973).
Environmental Tectonics vs. W.S. Kirkpatrick & Co., Inc., 847 F.2d 1052 (1988).
Kirkpatrick & Co. v. Environmental Tectonics, 493 U.S. 400 (1990).

Cortes de Apelaciones de circuito de los Estados Unidos

Bernstein v. N. v. Nederlandsche-amerikaansche Stoomvaart-maatschappij (Chemical Bank & Trust Co., Third-party Defendant), 210 F.2d 375 .2d Cir. 1954. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/210/375/393409/> (consultado 27/4/2019).- *Continental Ore Co. vs. Union Carbide Corp.*, 370 U.S. 690 (1962); *Texaco Maracaibo, Inc.*, 307 F. Supp. 1291 (D. Del. 1970).

Ethiopian Spice Extraction Share Company, Plaintiff and Counter - Defendant vs. Kalamazoo Spice Extraction Company Kalsec, Inc., and Kalsec International, Inc., Defendants, and Kalamazoo Spice Extraction Company, and Kalsec, Inc., Defendants and Counter-Plaintiffs Kalamazoo Spice Extraction Company vs. The Provisional Military Government of Socialist Ethiopia; United States District Court, W.D. Michigan, S.D. July 6, 1982. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/543/1224/1460984/> (consultado 27/4/2019).

Bernstein vs. Nederlandsche-amerikaansche Stoomvaart-maatschappij (Chemical Bank & Trust Co., Third-party Defendant), 210 F.2d 375 2d Cir. (1954). Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/210/375/393409/> (consultado 27/4/2019).

Banco Nacional de Cuba vs. First National City Bank, 442 F.2d 535. 1973. Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/315955820/Banco-Nacional-De-Cuba-v-The-First-National-City-Bank-of-New-York-478-F-2d-191-1st-Cir-1973> (consultado 3/5/2019).

World Wide Minerals, Ltd. v. Republic of Kazakhstan, 296 F.3d 1154, 1165-66 D.C. Cir. 2002.

Riggs National Corporation vs. Commissioner of Internal Revenue Service, 163 F.3d 1363, 1366-68 D.C.Cir.1999.

Society of Lloyd's Appellee vs Gillian Mary Simeon - Netto and Uwe Simeon - Netto Appellants - Appeal from the United States District Court for the District of Columbia, United States Court of Appeals-For the District of Columbia Circuit; Argued October 28, 2005 Decided August 8, 2006-No. 04-721 (No. 03cv01524).

Daventree Ltd. v. Republic of Azerbaijan, 349 F.Supp.2d 736, 754 (S.D.N.Y. 2004). Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/2477844/daventree-ltd-v-republic-of-azerbaijan/> (consultado 27/4/2019).

Tribunal Award, 10 Iran-U.S. Claims. Tribunal. Rep. 228 (1986).

Doe vs. State of Israel, 400 F. Supp. 2d 86, 113-14 D.D.C.2005, disponible en: <https://casetext.com/case/doe-i-v-state-of-israel> (consultado 17/5/2020).

- Virtual Defense and Development International Inc. vs. The Republic of Moldova*, United States District Court, D. Columbia, Feb 20, 2001. 133 F. Supp. 2d 9 (D.D.C. 2001). Disponible en: <https://casetext.com/case/virtual-defense-dev-v-republic-of-moldova> (consultado el 17/5/2020).
- Owens vs. Republic of Sudan*, 74 F. Supp. 2d 1 D.D.C. 2005. Disponible en: <https://casetext.com/case/owens-v-republic-of-sudan-9> (consultado 17/5/2020).
- Malewicz vs. City of Amsterdam*, 517 F. Supp. 2d 322 D.D.C. (2007), disponible en: <https://casetext.com/case/malewicz-v-city-of-amsterdam> (consultado 30/4/2019).- *McKesson I*, 905 F.2d at 449-51; *McKesson II*, 52 F.3d at 350-51; *McKesson III*, 271 F.3d at 1106-07, <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cadc/07-7113/07-7113-1135046-2011-03-24.pdf?ts=1411133677> (consultado 27/4/2019).
- World Wide Minerals vs. Republic of Kazakhstan*, 296 F.3 d District of Columbia Circuit 2002 at 1164. "The act of state doctrine precludes the courts of this country from inquiring into the validity of the public acts a recognized foreign sovereign power committed within its own territory". Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/296/1154/559844/> (consultado 27/4/2019).
- Konowaloff vs. The Metropolitan Museum of Art*, No. 11-4338 2d Cir. 2012. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/11-4338/11-4338-2012-12-18.html> (consultado 5/5/2019).
- Agudas Chasidei Chabad of US vs. Russian Federation*, District of Columbia Court 2008. Disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1271569.html> <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cadc/13-7169/13-7169-2015-05-01.pdf?ts=1430494268> (consultado el 17/5/2020).
- Bernstein vs. N.V. Nederlandsche-Amerikaansche*, 173 F.2d 71, 73 (2d Cir. 1949). Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/1473767/berstein-v-nv-nederlandsche-amerikaansche-etc/> (consultado 3/5/2019).
- Bernstein vs. Van Heyghen Freres Societe Anonyme*, 163 F.2d 246 2nd Circuit 1947. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/163/246/1498457/> (consultado 3/5/2019).
- Bernstein vs. N. V. Nederlandsche-amerikaansche Stoomvaart-maatschappij (Chemical Bank & Trust Co., Third-party Defendant)*, 210 F.2d 375. 2d Cir. 1954. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/210/375/393409/> (consultado 3/5/2019).
- Beaty v. Republic of Iraq*, 480 F.Supp. 2d 60, 65 (D.D.C. March 26, 2007). Disponible en: <https://casetext.com/case/beaty-v-republic-of-iraq-2>. (consultado 3/5/2019).

- Empresa Cubana Exportadora, Inc. vs. Lamborn & Co.*, 652 F.2d 231, 233 .2d Cir.1981. Disponible en: <https://www.leagle.com/decision/1981883652f2d2311847> (consultado 3/5/2019).
- American International. Group, Inc. vs. Islamic Republic of Iran*, 493 F. Supp. 522, D.D.C. 1980. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/493/522/1557756/> (consultado 4/5/2019).
- Ethiopian Spice Extraction Share Co. vs. Kalamazoo Spice Extraction Co.*, 543 F. Supp. 1224, 1226 W.D. Mich. 1982. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/543/1224/1460984/> (consultado 4/5/2019).
- Decision rev'd*, 729 F.2d 422 (6th Cir. 1984) disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/729/422/313291/>, *on remand*, 616 F. Supp. 660 (W.D. Mich.1985) *Id.* at 1229.
- Kalamazoo Spice Extraction Co., Plaintiff-appellant, v. the Provisional Military Government of Socialist Ethiopia, defendant-appellee*, 729 F.2d 422 6th Cir. 1984. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/729/422/313291/> (consultado 4/5/2019).
- Doe v. Liu Qi*, 349 F. Supp. 2d 1258 1303 N.D. Cal. 2004, disponible en: <https://casetext.com/case/doe-v-qi-2> (consultado 4/5/2019).
- Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289. S.D.N.Y. 2003. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/244/289/2287736/> (consultado 4/5/2019).
- Sarei vs. Rio Tinto PLC*, 221 F. Supp. 2d 1116, 1192 C.D. Cal.2002, disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/02-56256/0256256-2011-02-25.html> (consultado 4/5/2019).
- Doe vs. Exxon Mobil Corp.*, 393 F. Supp. 2d 20 District Court, District of Columbia 2005.
- Owens vs. Republic of Sudan*, 374 F. Supp. 2d 1 D.D.C. 2005. Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/2397314/owens-v-republic-of-sudan-> (consultado 4/5/2019).
- Beaty vs. Republic of Iraq*, 480 F. Supp. 2d 60 D.D.C. 2007 at 62. <https://casetext.com/case/beaty-v-republic-of-iraq-2--> (consultado 4/5/2019).
- Republic of Ecuador vs. ChevronTexaco Corp.*, 376 F. Supp. 2d 334, 367 S.D.N.Y. 2005. Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/2469261/republic-of-ecuador-v-chevrontexaco-corp/>.
- Mannington Mills, Inc., Appellant, vs. Congoleum Corporation*, Appellee, 595 F.2d 1287 3d Cir. 1979, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/595/1287/324597/> (consultado 5/5/2019).

- Timberlane Lumber Co. vs. Bank of America*, 574 F. Supp. 1453 N.D. Cal. 1983. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/574/1453/1867331/> (consultado 5/5/2019).
- Interamerican Refining Corp. vs. Texaco Maracaibo, Inc.*, 307 F. Supp. 1291 D. Del. 1970. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/307/1291/1428411/> (consultado 18/5/2020).
- United States of America, Plaintiff vs. The Watchmakers Of Swizerland Information Center Inc.; Federation Suisse Des Associations De Fabricants D'Horlogerie; Ebauches, S.A.; Foote, Cone & Belding; American Watch Association, Inc.; Bulova Watch Company, Inc.; Benrus Watch Company; Gruen Watch Company; Longines-Wittnauer Watch Company; Gruen Watch Manufacturing Company, S.A.; Eterna, A.G. Uhrenfabrik; Wittnauer et Cie, S.A.; Montres Rolex, S.A.; Concord Watch Co.; Eterna Watch Company of America; Diethelm and Keller (USA) Ltd.; The American Rolex Watch Corporation; Rodana Watch Company, Inc.; Movado Watch Agency, Inc.; Jean R. Graef, Inc.; Norman M. Morris Corporation; The Henry Stern Watch Agency, Inc.; Cyma Watch Co., Inc.; Wyler Watch Agency, Inc., Defendants.* 229 68 F. Supp. 904 (1958), United States District Court S. D. New York. December 23, 1958. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/168/904/1981724/> (consultado 6/5/2019).
- Mannington Mills, Inc., Appellant, v. Congoleum Corporation, Appellee*, 595 F.2d 1287 3d Cir. 1979, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/595/1287/324597-> (consultado 6/5/2019).
- Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp.*, supra; *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976).
- United States v. Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc.*, 1963 Trade Cases (CCH) P 70,600 (S.D.N.Y. 1962), Order modified, 1965 Trade Cases (CCH) P 71,352 (S.D.N.Y. 1965). Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/595/1287/324597/> (consultado 6/5/2019).

Trinunales del Reino Unido

- Luther v. James Sagor & Co.* [1921] 3 K.B. 532.
- Banco de Vizcaya vs. Don Alfonso de Borbon y Austria* [1935] 1 K.B. 140, 50 T.L.R. 284.
- Re Helbert Wagg & Co. Ltd.*, [1956] Ch. 323, 346.
- Republic of Peru vs. Peruvian Guano Co.*, [1887] 36 Ch.D. 489.
- Blad vs. Bamfield*, 3 Swans. 604, 36 Eng.Rep. 992.

Normas

- The Constitution of the United States: A Transcription—Article. IV. Section. 1. *“Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof”*. La constitución de los Estados Unidos se puede consultar en: <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript#toc-article-iv-> (consultado 27/4/2019).
- 28 U.S. Code Chapter 97 – Jurisdictional Immunities of Foreign States Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/part-IV/chapter-97> (consultado 27/4/2019).- 22 U.S. Code § 2370. Prohibitions against furnishing assistance; disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/22/2370> (consultado 27/4/2019).
 - Cuban Assets Control Regulations, 31 CFR pt. 515 1975. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/31/part-515> (consultado 17/5/2020).
 - Trading With the Enemy Act, 50 U.S.C. App. § 5. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/app/details/USCODE-2011-title50/USCODE-2011-title50-app-tradingwi> (consultado 27/4/2019).
 - Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV) 18/10/1907, Tomado de Derecho Internacional relativo a la conducción de las hostilidades, CICR, 1996. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm> (consultado 25/4/2019).
 - Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act, 18 U.S.C. § 1961 et seq. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-I/chapter-96-> (consultado 3/5/2019)
 - Robinson-Pateman Act.- 49 Stat. 1526, 15 U.S.C. § 13 et seq.; disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15>, <https://law.justia.com/codes/new-jersey/2009/title-2c/2c-41/2c-41-1> (consultado 3/5/2019).
 - U.S. Code § 1350. Alien’s action for tort. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1350> (consultado 4/5/2019).
 - *Act to carry out obligations of the United States under the United Nations Charter and other international agreements pertaining to the protection of human rights*, Mar. 12, 1992 by establishing a civil action for recovery of damages from an individual who engages in torture or extrajudicial killing. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-106/pdf/STATUTE-106-Pg73.pdf>- (consultado 4/5/2019).

- 28 U.S. Code § 1605A. Terrorism exception to the jurisdictional immunity of a foreign state. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1605A> (consultado 18/5/2020).- Alien Tort Statute 28 U.S.C. § 1350, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1350> (consultado 4/5/2019).
- 28 U.S. Code § 1605A. Terrorism exception to the jurisdictional immunity of a foreign state. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1605A> (consultado 4/5/2019).
- 9 U.S. Code § 15 - Inapplicability of the Act of State doctrine. "Enforcement of arbitral agreements, confirmation of arbitral awards, and execution upon judgments based on orders confirming such awards shall not be refused on the basis of the Act of State doctrine".
- Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards New York, 1958.
- Inter-American Convention on International Commercial Arbitration. Disponible en: www.oas.org/juridico/English/treaties/b-35.html (consultado 4/5/2019).
- Section 1 of the Sherman Act, 15 U.S.C. 1, sets forth the basic antitrust prohibition against contracts, combinations, and conspiracies "in restraint of trade or commerce among the several States or with foreign nations".
- Section 2 of the Act, 15 U.S.C. 2, prohibits monopolization, attempts to monopolize, and conspiracies to monopolize "any part of trade or commerce among the several States or with foreign nations".
- Section 6a of the Sherman Act, 15 U.S.C. 6a, defines the jurisdictional reach of the Act with respect to non-import foreign commerce. <https://www.justice.gov/atr/antitrust-enforcement-guidelines-international-operations> (consultado 4/5/2019).
- 233 U.S. Department of Justice Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations (CCH) Nov. 10, 1988. Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/antitrust-enforcement-guidelines-international-operations> (consultado 6/5/2019).

**LA CONSTRUCCIÓN DE CANALES NAVEGABLES
EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.
UNA ASIGNATURA PENDIENTE
DE LA CLÁUSULA DEL PROGRESO**

**CONSTRUCTION OF WATERWAYS IN THE NATIONAL
CONSTITUTION. AN UNRESOLVED MATTER
OF THE PROGRESS CLAUSE**

JUAN MARCELO GAVALDÁ¹

Recibido: 12 de junio de 2020
Aprobado: 30 de julio de 2020

1. Abogado (Universidad de Buenos Aires). Profesor en Ciencias Jurídicas (Universidad del Salvador). Diplomado en Derecho Constitucional Profundizado (Universidad Austral). Docente de Derecho Constitucional (Universidad de Belgrano). Docente de Derecho de la Integración (Universidad de Buenos Aires). Docente de Derecho Administrativo y de Derecho Público Provincial y Municipal (Universidad Nacional de José C. Paz). Vocal del Instituto de Derecho Constitucional de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Miembro adherente del Instituto Nacional Browniano. Correo electrónico: juanmarcelogavalda@yahoo.com.ar.

Agradezco al Ing. Luis Braceras y al escritor Eduardo Cormick, que me permitieron entrevistarlos, y a la Abg. Sofia Calderone por su valiosa colaboración en la revisión de los sucesivos borradores. Finalmente, dedico este trabajo a la memoria de mi amigo, el Abg. Pedro Campos –quien aportó a mi investigación información indispensable– y falleció el 20/7/2020 a causa del COVID-19.

RESUMEN

La Constitución Nacional encomendó al Congreso Nacional promover la construcción de ferrocarriles y canales navegables, además de la exploración de los ríos interiores (art. 75, inciso 18). A diferencia de lo sucedido con los ferrocarriles, poco y nada se hizo respecto de los canales navegables.

Este artículo recoge estudios e investigaciones referidas a la navegación interior, aprovechando ríos existentes conectados a través de canales artificiales, como una forma de lograr en el siglo XXI las metas constitucionales encomendadas al gobierno federal hace más de 160 años.

PALABRAS CLAVE

Cláusula del Progreso; Canales navegables; Exploración de los ríos interiores; Manda constitucional.

ABSTRACT

Our Constitution provides that the Congress should enact legislation promoting the construction of railways and waterways, besides the exploration of inland rivers (article 75, subsection 18). Much of this has been accomplished, excepted anything concerning waterways.

This article collects studies and research referred to inland navigation taking advantage of existing rivers connected through man made channels as a way of achieving in the 21st century the constitutional goals entrusted to the federal government more than 160 years ago.

KEYWORDS

Progress Clause; Waterways; Exploration of inland rivers; Constitutional task.

PARA CITAR ESTE TEXTO

Gavaldá, Juan M., "La construcción de canales navegables en la Constitución Nacional. Una asignatura pendiente de la cláusula del progreso", *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 10, 2020, pp. 89-136

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro país, productor mundial de materias primas por excelencia, la cuestión relativa al costo del transporte de mercaderías hacia los puertos de ultramar resulta de vital interés para la competitividad de las exportaciones y, por ende, para el desarrollo de nuestra economía.

Desde hace décadas, las cargas de exportación viajan desde el interior del país hasta los puertos de salida en camiones, mientras que un porcentaje bastante menor lo hace en ferrocarriles. Otra cantidad, aunque insignificante, lo hace a través de barcasas fluviales. Así, por ejemplo, el costo por traslado de una tonelada de granos por camión se aproxima a 60 dólares, monto mucho más elevado al de transportarlos desde Rosario a Rotterdam².

Sobre esto, Gianola Otamendi explica que la canalización de cursos de agua es una vieja artimaña de la ingeniería, inicialmente empleada para llevar agua para beber y regar; existiendo vestigios de acueductos romanos, egipcios, incas, chinos, y agrega que, al presente, el uso del hormigón, los medios de bombeo, de achique y de filtrado, la construcción de ascensores, esclusas y compuertas (móviles y flotantes), así como el manejo de sedimentos, han adquirido un nivel de

2. Los datos fueron tomados de la exposición realizada el 11/4/2018 ante el Consejo Profesional de Ingeniería Civil por los autores del Proyecto de Hidrovía artificial Córdoba - Buenos Aires. Cfr. Braceras, L.; Actis, Raúl y Villa Uría, Alberto, "Exposición sobre el Proyecto de Hidrovía artificial Córdoba-Buenos Aires", publicado el 14 de abril de 2018, <https://www.nuestromar.org/antiguas/exposicion-sobre-el-proyecto-de-hidrovia-artificial-cordoba-buenos-aires-2> (consultado 8/6/2020).

expansión tal que permiten a las sociedades intelectualmente desarrolladas abaratar costos de transporte, acortar distancias, ahorrar el uso de combustibles fósiles, disminuir la contaminación, minimizar tiempos de movimientos de carga y otros factores con el uso de canales³.

La construcción de canales navegables hace al aprovechamiento del agua, que es el recurso natural de mayor multiplicidad de usos: bebida humana, riego, uso pecuario, uso industrial, uso de navegación, uso energético y medio de la flora y la fauna piscícola⁴.

En los primeros tiempos, se construyeron canales solamente en regiones planas y, posteriormente, se logró vencer el inconveniente de las alturas mediante la construcción de esclusas, en tanto que otros obstáculos de diferencias de nivel se han vencido con elevadores hidráulicos o ascensores⁵.

La inserción en nuestra Constitución de los canales navegables como vías de comercio reflejaba algo que se había desarrollado en Europa a partir del siglo XVI, y que fue perdiendo importancia más tarde con el desarrollo del ferrocarril. Pueden mencionarse los de Holanda, el canal construido cerca de Liverpool, Inglaterra, por el Duque de Bridgewater y el Canal de Languedoc, Francia. En Estados Unidos, en 1825 se inauguró el Canal de Erie, una vía navegable artificial que va

3. Gianola Otamendi, Alberto, *Canales*, Boletín del Centro Naval Nro. 846, julio-diciembre 2017, p. 181, <https://www.centronaval.org.ar/boletin/BCN846/846-GIANOLA-OTAMENDI.pdf> (consultado 8/6/2020). Lo cierto es que esta cuestión de los canales ya ha sido resuelta satisfactoriamente por otros pueblos de la antigüedad, como aquellos que habitaron en Egipto, la Mesopotamia, la India y China, a través de la construcción de canales navegables artificiales por donde hicieron circular sus producciones y lograron reducir notoriamente los costos de los fletes.

4. No se han considerado en este artículo las redes de canales destinadas a la irrigación de las tierras como las que se observan en las regiones de Cuyo y Valle del Río Negro, ni tampoco la red de canales bonaerenses que ha tenido por objeto desagotar zonas centrales por inundaciones (p. ej., el desagüe de las lagunas encadenadas y los canales Domingo Mercante y Arturo Jauretche que desembocan en el Río Salado y a través de este, en el Océano Atlántico).

5. Lowey, Leonardo, *Vías navegables y navegación interior, con especiales referencias a la República Argentina*, Buenos Aires, Colección de Tesis Doctorales de la Biblioteca Central "Alfredo L. Palacios", Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires, 1930, p. 26.

desde Búfalo hasta el Río Hudson y conecta los Grandes Lagos con el Océano Atlántico. También, entre otros, el Göta, en 1832, que conecta Estocolmo y Goteborg; de Manchester en 1894. Más recientemente en 1937, en Rusia se inauguró un canal que va desde Moscú al Volga conectando con el Mar Caspio; en Alemania, el Mittelland une el Rin y Elba con una red de canales menores⁶. Actualmente, estos países exhiben interesantes redes de canales de navegación, que no solo son aprovechadas para el intercambio comercial, sino también para el turismo.

En Argentina, como ya mencioné, la temática no es ajena a nuestra Constitución Nacional. En efecto, el artículo 75, inciso 18, establece que corresponde al Congreso Nacional promover la construcción de canales navegables y la exploración de los ríos interiores.

La norma evidencia la preocupación del constituyente por el transporte de cargas como un medio para alcanzar el progreso. Preocupación que, tal como se verá a continuación, desde el Virreinato del Río de la Plata hasta nuestros días, ha sido incumbencia de virreyes, presidentes, gobernadores de provincia, legisladores nacionales y provinciales, productores agropecuarios, empresarios de la navegación fluvial, ingenieros, intelectuales y hasta escritores del género novelesco⁷.

II. CANALES NAVEGABLES Y NAVEGACIÓN INTERIOR ANTES DE LA SANCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

II.1. Durante el Virreinato

En la época hispánica, el transporte se efectuaba en pesadas carretas tiradas por bueyes que tardaban varios meses en cruzar el territorio; también se empleaban mulas en aquellos sitios de menor transitabilidad y el estado de los caminos era, ciertamente, muy rudimentario. Había pocos puentes para el cruce de los ríos, todo lo cual

6. La ubicación geográfica de estos canales puede ser consultada en <https://www.google.com.ar/maps>.

7. Cormick, Eduardo, *El Primer Viaje*, Junín, Ediciones de las Tres Lagunas, 2010.

encarecía el valor de las mercaderías que al llegar a Buenos Aires no podían competir con las extranjeras⁸.

Frente a la carencia de infraestructura, en el año 1778, el Coronel Adrián Cornejo, vecino de Salta, efectuó una presentación ante el Virrey Cevallos por la que propuso hacer navegable –a sus expensas– el Río Bermejo o Grande, que atraviesa el gran charco y desagua en el Paraná, con el fin de facilitar por este medio la más pronta comunicación y comercio entre Salta y las otras Provincias del Tucumán y Paraguay⁹.

El 27 de junio de 1790, Cornejo zarpó con 22 hombres desde el paraje en donde las aguas del Río de Centa se mezclan con las del Bermejo y el 20 de agosto siguiente desembocó en el Río Paraguay, enfrente de Curupaytí, dejando abierta una nueva puerta al comercio¹⁰. Sin embargo, entró ignorado a Buenos Aires: el diario de la expedición que presentó a las autoridades fue a parar a los archivos, sin que se lo honrara por el mérito de haber demostrado la posibilidad de navegar el Río Bermejo.

En 1804, el Virrey Sobremonte envió un oficio a Córdoba, para que se hiciese reconocer el curso del Río Tercero a fin de poder determinar su navegabilidad. Cuando ya estaba designado el expedicionario –y mientras se demoraba el trámite de los fondos para costear la empresa–, las invasiones inglesas y la consecuente salida de Sobremonte truncaron la iniciativa¹¹.

En 1805, el Virrey Sobremonte ordenó la construcción del Canal San Fernando, a instancias del Jefe de la Real Armada Ingeniero Eus-

8. Zorraquín Becú, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino* (1810-1869), T. II, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1988, p. 327.

9. Facultad de Filosofía y Letras –Sección de Historia–, *Documentos para la Historia del Virreinato del Río de la Plata*, T. III, Buenos Aires, Compañía Sudamericana de Billetes de Banco, 1913.

10. Fernández Cornejo, Adrián, *Expedición al Chaco por el Río Bermejo*, Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1886, pp. 13-31.

11. De Angelis, Pedro, “Discurso Preliminar al proyecto de navegación del Tercero”, en García, Pedro A., *Memoria sobre la navegación del tercero y otros ríos que confluyen al Paraná*, Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1886, p. 1, <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/memoria-sobre-la-navegacion-del-tercero-y-otros-rios-que-confluyen-al-parana-> (consultado 8/6/2020).

taquio Giannini y del Capitán de Navío Santiago de Liniers. El canal serviría para mejorar las vidas de los habitantes de la zona de Las Conchas (Tigre, en la actualidad), expuestas con las inundaciones; poder comerciar con la Provincia de Paraguay y hacer fértiles los terrenos para toda especie de cultivos¹². La excavación del canal arrancó a mediados de 1806. Al año siguiente, también por causa de las invasiones inglesas y la salida del Virrey, se interrumpieron las obras, que por diversos motivos recién fueron retomadas en 1864.

II.2. El pensamiento de Manuel Belgrano

Se reconoce en la figura de Belgrano a uno de los primeros impulsores de la navegación en la Argentina. Entre sus valiosos aportes para el desarrollo del país, encontramos –en lo que aquí importa– una propuesta de su autoría para facilitar la navegación de los ríos interiores mediante su reconocimiento, canalización y reglamentación para la viabilidad y la seguridad del tránsito, con miras a la apertura de nuevas rutas navegables para unir los centros poblados, abaratar los fletes y activar el comercio.

Primeramente, proyectó la exploración del Río Negro, la cual, no obstante su empeño y la realización de algunas incursiones en sus corrientosas aguas, quedó en suspenso.

Tal como señala Arnaud, Belgrano aspiraba al reconocimiento y la canalización del Río Bermejo con el objeto de hacerlo navegable y facilitar, así, el comercio de la región. En una carta fechada en Tucumán el 26 de septiembre de 1817, Belgrano le manifestaba a Güemes que la navegación del Bermejo era la única capaz de poner a esa provincia en el estado de mayor prosperidad¹³.

12. García, Sabrina, *Navegando en la historia del dique seco y Canal San Fernando*. Fundación Histarmar, <https://www.sanfernandonuestro.com.ar/wp/navegando-en-la-historia-del-dique-seco-y-canal-san-fernando/> (consultado 6/6/2020).

13. Arnaud, Guillermo, *Manuel Belgrano y el Mar*, Boletín del Centro Naval 847, enero- abril 2018, p. 13, <https://www.centronaval.org.ar/boletin/BCN847/847-ARNAUD.pdf> (consultado 8/6/2020).

Por último, en un oficio fechado en 1810, Belgrano señalaba las ventajas de la canalización del Río Tercero para facilitar el camino de Córdoba a Buenos Aires.

II.3. Bernardino Rivadavia y su “Canal de los Andes”

Rivadavia concibió un plan de viabilidad para dar articulación al comercio exterior. Por un lado, confió la exploración del Río Bermejo a Soria en una embarcación pequeña sin velas ni remos para poner en comunicación a las provincias del norte de la República con el Litoral y, por otro, proyectó el “Canal de los Andes” para dar puerto a las provincias del oeste.

Lowey señala que la iniciativa de construir canales en la Argentina se debe a Rivadavia por el proyecto que en 1826 presentó al Congreso, pidiendo autorización para practicar los estudios de un canal de navegación que, arrancando del Río Jáchal, seguiría los valles de los Ríos San Juan, Desaguadero, Río Quinto, Río IV, Río Tercero hacia el Río Paraná; o desde el Río Quinto por el Salado a la Capital de la República, proyecto conocido como “Canal de los Andes”¹⁴.

En relación al “Canal de los Andes” pensado por Rivadavia, Mitre dijo: “(...) el canal acuático que él proyectó tiene que hacerse y se hará porque es posible y porque es más barato para el transporte, como lo prueba el canal del Erie en competencia con los ferrocarriles, siendo otra idea suya que cambia simplemente de forma por los progresos de la mecánica”¹⁵. En otras palabras, Mitre ha dicho que, si bien ese canal nunca se ejecutó, ha sido ejecutado pero con rieles de acero.

Como señala Lowey, en el año 1826, Rivadavia tuvo en cuenta para recomendar la construcción de canales navegables, su conocimiento de lo que ocurría con ese mismo sistema de transporte en los

14. Lowey, Leonardo, *Vías navegables y navegación interior, con especiales referencias a la República Argentina*, ob. cit., pp. 31-32.

15. Lamas, Andrés (Director), *D. Bernardino Rivadavia. Libro del primer Centenario de su Natalicio*, Buenos Aires, Imprenta de S. Ostwald, 1882, p. 47.

Estados Unidos de Norteamérica. En efecto, hacía un año que en ese país se había inaugurado el Canal de Erie y Rivadavia conocía las publicaciones relativas a esos proyectos norteamericanos de Chevallier (el compañero de Tocqueville), de quien era un apasionado lector¹⁶.

Más allá de la fuerza impulsora de este medio de transporte, Rivadavia también lo concebía como una fuerza orgánica destinada a estrechar y vigorizar la nacionalidad argentina.

II.4. El proyecto de Pedro de Angelis para la navegación del Río Tercero

El intelectual napolitano Pedro de Angelis llegado al país a instancias de Rivadavia, publicó en 1836 sus memorias sobre la navegación del Río Tercero y otros ríos que confluyen sobre el Paraná.

En su discurso preliminar al proyecto de navegación del Río Tercero explicó que las falencias de la agricultura, industria, de las fábricas y del comercio procedían en gran parte de la falta de comunicación cómoda de las provincias entre sí y de todas con el mar, circunstancia que se podía solucionar por medio de ríos navegables, de canales y de buenos caminos¹⁷.

A tal fin, propuso la navegación del Río Tercero, que ya había sido reconocido y navegado en pequeños buques, señalando que las obras que deberían realizarse serían de corta duración, porque la naturaleza tenía hecho el mayor costo y el arte perfeccionaría lo que faltaba, sin grandes dispendios, por lo que solo restaba allanarse el cauce del río en algunos parajes y limpiar el resto de puntas salientes, raigones y árboles que en algunas partes se cruzaban, a fin de que los buques pudiesen desplegar libremente sus velas y arribar lo

16. Lowey, Leonardo, *Vías navegables y navegación interior, con especiales referencias a la República Argentina*, ob. cit., p. 36.

17. De Angelis, Pedro, "Discurso Preliminar al proyecto de navegación del Tercero", en García, Pedro Andrés, *Memoria sobre la navegación del tercero y otros ríos que confluyen al Paraná*, 1836, ob. cit., p. 1.

más pronto posible al puerto de Buenos Aires o al de las Conchas (en Tigre).

De Angelis estaba convencido de que con estas obras Mendoza y San Juan aumentarían sus cosechas de vinos, aguardientes, aceite y otros artículos que en esos tiempos no podían sufragar fletes y que Córdoba, Santiago y el Valle incrementarían las producciones de sus tejidos de varias clases, lanas en rama, algodones, cal, cueros al pelo y curtidos de todas especies, grana en pasta, trigos y otros muchos ramos que por ese entonces no podían cultivar por las dificultades para su transporte. A su juicio, la navegación del Río Tercero daría un giro veloz al comercio porteño con las provincias interiores que conducirían sus frutos por aquel canal y tendrían un recíproco retorno.

II.5. Juan Bautista Alberdi y el desierto

En *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Alberdi afirmó que la Constitución Argentina no será otra cosa por muchos años que la constitución de un desierto y sostuvo que la constitución que más conviene al desierto es la que sirve para hacerlo desaparecer; la que sirve para que el desierto deje de serlo en el menor tiempo posible, y se convierta en país poblado¹⁸.

Entendió así que la constitución, por su índole y espíritu, debe ser absorbente, atractiva y dotada de tal fuerza de asimilación que haga suyo cuanto elemento extraño se acerque al país; una constitución destinada a trasladar la ciudad de Buenos Aires a un paso de San Juan, de La Rioja y de Salta y a llevar a estos pueblos hasta las márgenes fecundas del Plata¹⁹.

Consideró que el medio más eficaz de elevar la capacidad y cultura de los pueblos de situación mediterránea a las mismas condiciones de las ciudades marítimas es aproximarlos a la costa mediante

18. Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1979, pp. 165-166.

19. Ídem, p. 91.

un sistema de vías de transporte grande y liberal que los ponga al alcance de la acción civilizadora de Europa y, para ello, los grandes medios son el ferrocarril, la navegación interior y la libertad comercial. En sus propias palabras: “[p]rolongad el océano hasta el interior de este continente por el vapor terrestre y fluvial, tendréis el interior tan lleno de inmigrantes europeos como el litoral”²⁰.

Si bien puso su acento en la importancia de los ferrocarriles, Alberdi no dejó de referirse al Canal de los Andes que pensó Rivadavia con la misma necesidad.

Recuerda, en este sentido, que el Virrey Sobremonte, en 1804, reestableció el antiguo proyecto español de canalizar el Río Tercero para acercar los Andes al Plata y que, en 1813, ya con un gobierno patrio, surgió la misma idea.

Asimismo, el autor daba cuenta del libro *Navegación del Río Tercero*, escrito por el Coronel Pedro Andrés García, sobre vías de comunicación como medios de gobierno, de comercio y de industria²¹.

Tal como afirma Bianchi, Alberdi fue un hombre abrumado por el desierto y su inmensidad y las *Bases...* reflejan claramente ese sentimiento. Sus reflexiones habrían de consolidarse en el artículo 67, inciso 3º, de su proyecto constitucional²².

En dicho artículo, en referencia a las atribuciones que debería tener el Congreso en el ramo de lo interior, proponía:

“Proveer lo conducente a la prosperidad, defensa y seguridad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, estimulando el progreso de la instrucción y de la industria, de la inmigración, de la construcción de ferrocarriles y canales navegables, de la colonización de tierras desiertas y habitadas por indígenas, de la plantificación de nuevas industrias, de la inmigración de capitales extranjeros, de la exploración de los ríos navegables, por leyes pro-

20. Ídem, p. 65.

21. Ibídem, p. 66.

22. Bianchi, Alberto B., “La Cláusula del Progreso (con especial referencia a los ferrocarriles)”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 398, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2011, pp. 15-16.

tectoras de esos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

Del cotejo efectuado por Sacristán entre el texto del proyecto de Alberdi con el texto constitucional sancionado en 1853, puede inferirse que la inclusión de la construcción de canales navegables y de la exploración de los ríos en la Constitución Nacional se habría aprobado, prácticamente, “a libro cerrado”²³.

II.6. Domingo Faustino Sarmiento y la navegación de los Ríos Tercero y Bermejo

En *Argirópolis*, Sarmiento dio cuenta de la ruinosa organización de nuestro país para la distribución de la riqueza. Precisó que, por el oeste, la escarpada Cordillera de los Andes embarazaba la comunicación inmediata de las Provincias de Mendoza, San Juan, La Rioja, Catamarca, Salta, Jujuy y Tucumán con el Océano Pacífico. Por el sur, a su vez, el país estaba despoblado; por el norte, desierto, mientras que, por el este, existía un envidiable sistema de ríos con un solo puerto, el de Buenos Aires, donde las mercaderías de las provincias habrían de venir a intercambiarse con las europeas, sin el auxilio de canales artificiales, ríos navegables, ferrocarriles ni caminos transitables²⁴.

Sostuvo que la mala distribución de las ventajas comerciales, obrada por la configuración geográfica del territorio de la entonces Confederación, debía remediarla el Congreso Nacional. A tal fin, propone que el gobierno federal (a través de un congreso de diputados provenientes de provincias) se ocupe de facilitar todas las vías de

23. Sacristán, Estela B., “La Constitución de 1853 como instrumento de progreso económico: los capitales extranjeros en Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario”, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Constitucional e Instituto de Derecho Administrativo, 2003, pp. 527-550.

24. Sarmiento, Domingo Faustino, *Argirópolis*, Buenos Aires, Losada, 2007, pp. 84-85.

comunicación entre las provincias y los puertos que se establecerían estudiando las necesidades del país y que, de ese estudio, resultaría para las provincias la prosperidad que echaban de menos y cuya falta solo ellas sentían.

En tal sentido, señala que de la inspección y del viaje de exploración del Río Bermejo hecho por Soria, resulta que Tucumán, Salta y Jujuy encontrarían en esa vía acuática, exportación provechosa a sus productos. Con respecto a la Provincia de Córdoba, Sarmiento avizoró que, en la canalización del Río Tercero, esta provincia encontraría una vía de exportación menos costosa y que podía hacerse común a Santiago del Estero y a Catamarca, no excluyéndose de las ventajas de esta vía a las Provincias de Cuyo, dado que su ferrocarril fue desviado al norte hasta costear las márgenes del Río Tercero hasta el punto en que este busca su unión con el Río Paraná²⁵.

Plantea, asimismo, la necesidad de promover un sistema seguido de trabajos de exploración de los ríos para asegurarse de los que son navegables y de los que pueden ser canalizados.

“¿Que sabemos hoy del Negro, del Colorado, del Bermejo, del Pilcomayo, de los lagos de Guanacache, el Tercero, y otras vías de transporte, sino lo que nos han dejado los jesuitas y algunos exploradores mandados por la corona española? ¿Ni quién puede emprender este cumulo de trabajos, sino un gobierno nacional interesado en el desarrollo de todas las partes del territorio, sin preocupación por favorecer los intereses de una provincia en perjuicio de otra, y con fondos nacionales cuyo empleo deba hacerse en pro común?”²⁶.

III. LA INCLUSIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN DE CANALES NAVEGABLES Y EXPLORACIÓN DE RÍOS INTERIORES EN LA CLÁUSULA DEL PROGRESO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

El Congreso General Constituyente, reunido en Santa Fe en 1853, analizó las ideas de Alberdi sobre este punto, cuya síntesis aparece

25. *Ídem*, p. 87.

26. *Ídem*, p. 161.

plasmada en el artículo 67, inciso 3º, de su proyecto constitucional y las integró en el artículo 64, inciso 16, de la Constitución sancionada el 1º de mayo de 1853.

Este artículo, conocido por todos como la “Cláusula del Progreso”, es para Bianchi una de las muchas normas de nuestra Constitución Nacional que no tiene origen estadounidense y consiste, esencialmente, en una cláusula de fomento que impone al Estado obligaciones de neto contenido económico²⁷.

Asimismo, por imperio del artículo 107 del mismo texto, las provincias pueden promover la construcción de canales navegables y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con recursos propios.

Bianchi advierte que, a primera vista, parece que la Cláusula del Progreso avasalla las autonomías provinciales porque la Constitución encomienda al Congreso llevar a cabo una serie de tareas que deben desarrollarse en territorio provincial; pero no obstante ello, el artículo 107 aventa estos temores al encomendar a las provincias iguales obligaciones dentro de sus territorios. Por eso, el autor concluye que existe una cláusula del progreso “nacional” que se aplica a los emprendimientos interjurisdiccionales y otra “provincial” destinada a promover los emprendimientos que se desarrollan dentro del ámbito de cada provincia²⁸.

Cuando se reformó la Constitución en 1949 se modificó en parte la Cláusula del Progreso, pero se mantuvo inalterable la atribución del Congreso de legislar en materia de construcción de canales navegables y respecto de la exploración de los ríos interiores. Lo mismo sucedió con la potestad de las provincias para la promoción de la construcción de canales navegables y de la exploración de sus ríos. En la reforma de 1994, el inciso 16, del artículo 67 de la Constitución de 1853/60 fue replicado exactamente en el actual inciso 18 del artículo 75.

Hoy, como antes, corresponde al Congreso Nacional la promoción de la construcción de canales navegables y la exploración de los

27. Bianchi, Alberto B., “La Cláusula del Progreso (con especial referencia a los ferrocarriles)”, ob. cit., pp. 17-20.

28. *Ídem*, p. 30.

ríos interiores, por leyes protectoras de esos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo. Asimismo, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 125, se ha mantenido vigente la potestad de las provincias para promover la construcción de canales navegables y la exploración de sus ríos²⁹.

Gelli señala que las atribuciones que pueden ejercer las provincias de acuerdo con lo establecido en el artículo 125 son similares, pero más estrechas, que las acordadas al Congreso en el artículo 75, inciso 18, y que tales competencias, conocidas como poder de policía de bienestar o progreso, pueden ser ejercidas tanto por las provincias como por el Estado Federal en sus respectivas jurisdicciones, pues se trata de una concurrencia de fines³⁰.

Efectivamente, se trata de poderes concurrentes que pueden desplegarse simultáneamente por la nación y las provincias, en la medida en que dicho ejercicio no resulte incompatible (en cuyo caso, prevalece la competencia federal, por imperio del artículo 31 de la Constitución Nacional). Debe tenerse presente que la acción de ambas esferas de gobierno puede concurrir, siempre que derive un beneficio positivo para la nación en su conjunto.

Para la referida autora, la Cláusula del Progreso es un programa que, según las necesidades y circunstancias del país, facilita la elección de diferentes alternativas para que el Poder Legislativo elija, se-

29. El artículo 125 de la Constitución Nacional establece: "Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios. Las provincias y la Ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura".

30. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 1032-1033.

leccione y planifique la consecución de objetivos de bienestar y escale los medios necesarios, convenientes u oportunos³¹.

Sagüés considera que se ha reconocido una jurisdicción concurrente en temas que la Constitución asigna de modo común a la Nación y a las provincias, como la exploración de los ríos y la construcción de canales navegables, o el aprovechamiento y desarrollo de los recursos hídricos³².

A nivel provincial, solamente Entre Ríos y Formosa establecieron disposiciones constitucionales específicas en materia de canales navegables³³. Las provincias de Misiones y Neuquén, sin referirse literalmente a la construcción de canales navegables, han adoptado algunas cláusulas constitucionales de posible aplicación a esta materia³⁴. En el caso de la Provincia de Santa Fe, las referencias constitucionales no apuntan directamente a la navegación, sino más bien al riego de las tierras en miras a la explotación agropecuaria y al desagüe³⁵.

31. *Ídem*, p. 691.

32. Sagüés, Néstor P., *Manual de Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 239.

33. La Constitución Provincial de Entre Ríos, en su artículo 71, establece que la Legislatura promoverá la construcción de canales navegables. En la Constitución formoseña, el artículo 120, inciso 17, pone en cabeza del Poder Legislativo Provincial el dictado de la legislación necesaria para la promoción de los medios de transporte y canales navegables.

34. Según dispone el artículo 101, inciso 7º, de la Constitución de la Provincia de Misiones, corresponde a su Cámara de Representantes facilitar los medios de transporte hacia los centros de consumo y puertos de embarque mediante caminos, vías férreas y medios de transporte fluvial. Por su parte, el artículo 8º de la Constitución de Neuquén establece que la provincia promueve, mediante leyes específicas y con fines de promoción económica y social, la construcción por sí, a través de terceros o asociado a terceros, de líneas férreas y ductos en general destinados a interconectar pueblos y regiones de su territorio o integrar a éste con corredores bioceánicos y a favorecer el intercambio comercial y la complementación económica y el fomento de la navegación de cursos y espejos de agua en su jurisdicción.

35. En Santa Fe, el artículo 17 de su Constitución ordena a la Provincia reglar el uso y aprovechamiento de todas las aguas del dominio público existente en su territorio y el artículo 120 del mismo texto dispone que las obras fundamentales de aprovechamiento de aguas y su distribución mediante canales deben ser dispuestas por ley. Respecto de San Juan, el artículo 88 de la Constitución de la Provincia establece que

Tal como se verá a continuación, y pese a la manda constitucional de promover la construcción de canales navegables y la exploración de los ríos interiores, más de 150 años después de la adopción del texto constitucional de 1853/60 y pese a los intentos realizados, muy poco es lo que se ha podido concretar en estas materias.

Más allá de la construcción de canales navegables o la exploración de los ríos interiores, lo cierto es que pese al extenso litoral fluvial y a la inmensidad de los ríos Paraná y de la Plata, tampoco se ha desarrollado la navegación de cabotaje, es decir, la de cabos adentro, siendo que –tal como sostiene Gálvez– resulta de gran interés para la economía nacional contar con una navegación de cabotaje fuerte, pues es la única base para contemplar después la existencia de una verdadera marina nacional, construida en astilleros nacionales³⁶.

IV. LA CONSTRUCCIÓN DE CANALES NAVEGABLES Y LA EXPLORACIÓN DE RÍOS INTERIORES A PARTIR DE LA MANDA CONSTITUCIONAL DE 1853-1860

IV.1. La pretendida canalización del Río Bermejo y del Río Salado

El Río Bermejo es junto con el Río Pilcomayo el principal afluente del Río Paraguay. Su cuenca se desarrolla en Bolivia y Argentina, abarcando parte de las Provincias de Formosa, Chaco, Salta y Jujuy.

Desde hace más de dos siglos se ha pretendido transformarlo en una vía comercial.

Al respecto puede citarse, en primer término, la expedición de Cornejo, quien, tal como se ha dicho, en 1790 incursionó en sus aguas y alcanzó el Río Paraguay, dejando abierta una nueva puerta al comercio. La expedición de Page, en 1855, logró recorrer el Bermejo casi en toda su extensión, demostrando la posibilidad de navegarlo.

todo lo referido al uso de las aguas públicas superficiales o subterráneas está a cargo del Estado Provincial en la forma que determine la ley.

36. Gálvez, Jaime, *Rosas y la navegación de nuestros ríos*, Buenos Aires, Huemul, 1955, p. 187.

Posteriormente, en varias ocasiones se intentó establecer un servicio regular de navegación para dar salida a la producción del norte argentino y del oriente boliviano³⁷.

Gordillo señala que en 1869 la creación de la Compañía de Navegación a Vapor del Río Bermejo marcó el pináculo de los intentos por transformar el río en una vía navegable. Pero en esos años algunas secciones del Bermejo estaban cambiando de curso, pues el agua se estaba yendo por el Río Teuco, un desprendimiento del curso principal que fluía en paralelo al viejo curso a lo largo de más de 400 kilómetros (salteando Colonia Rivadavia por el norte) y luego convergía nuevamente con el curso principal aguas abajo (a más de 300 kilómetros de la localidad de Rivadavia)³⁸.

Sin embargo, el trabajo de canalización llevado a cabo en 1871-1872 no alcanzó para impedir que el Teuco se convirtiera gradualmente en el río principal y que el viejo curso del Bermejo se secara.

En los años siguientes, nuevos barcos adquiridos por la compañía de navegación intentaron llegar a Colonia Rivadavia, pero usualmente quedaron varados en aguas poco profundas. La Compañía de Navegación respondió a estos desafíos con la implementación de nuevos y ambiciosos planes de canalización que apuntaban a impedir que el viejo brazo del Bermejo se secara. Por varios años, la compañía reclutó a cientos de hombres *wichí* para remover bancos de arena, troncos y árboles del lecho del Bermejo, construir diques y cavar canales. Empero, el trabajo de canalización llevado a cabo en 1871-1872 no alcanzó para impedir que el Teuco se convirtiera gradualmente en el río principal y que el viejo curso del Bermejo terminara secándose definitivamente.

37. En efecto, en 1859, el Congreso de la Confederación Argentina, establecido en Paraná, mediante la sanción de la Ley N° 225, autorizó al Poder Ejecutivo a la celebración de un contrato para la navegación a vapor por el Río Bermejo y en 1860, a través del dictado de la Ley N° 231, se autorizó una contratación con el Sr. José Laverello para la navegación en el Río Bermejo.

38. Gordillo, Gastón, "Barcos varados en el monte. Restos del progreso en un río fantasma", en *Revista Runa*, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Volumen 36, Nro. 2, 2015, pp. 25-55, <http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/runa/article/view/2229> (consultado 8/6/2020).

Enfrentando obstáculos cada vez más insalvables para llegar a Rivadavia, uno tras otro los barcos de la Compañía de Navegación se hundieron, casi todos ellos luego de chocar contra troncos semihundidos en el lecho del río. El último barco de la compañía, el Orán, se hundió en junio de 1881.

Luego de varios años de estudios, se determinó la inconveniencia de canalizarlo, dado el elevado costo de las obras, proponiéndose la construcción de un canal paralelo y de uso mixto, puesto que –además de solucionar el problema del transporte– permitiría suministrar agua para la bebida de la población, riego y simultáneamente proveería energía hidroeléctrica para el desarrollo económico de esa región.

La necesidad de construir un canal paralelo al Río Bermejo se fundó en opiniones técnicas que señalaban los múltiples beneficios que se obtienen de los canales mixtos, comparados con los otros medios de transporte³⁹.

En septiembre de 1908, el Congreso Nacional sancionó una ley de fomento de los Territorios Nacionales, mediante la cual se autorizó al Poder Ejecutivo para invertir fondos para los estudios definitivos de las obras necesarias para hacer navegable el Río Pilcomayo en todo su curso, desde el paralelo 22 y los de construcción de un canal navegable de unión, entre el Pilcomayo superior y su trozo inferior; para hacer frente a la limpieza y rectificación del Río Bermejo; la construcción de una línea telegráfica y la adquisición de una escuadrilla para su navegación⁴⁰. En la misma ley se autorizó al Poder Ejecutivo para expropiar las tierras de propiedad particular, cuya ocupación fuera necesaria para la ejecución de las obras allí autorizadas. Tras varias décadas de anuncios, proyectos y diferentes iniciativas, finalmente la construcción del canal paralelo al Río Bermejo nunca se concretó.

En relación con el Río Salado, en agosto de 2015 se presentó un Proyecto de Resolución ante la Cámara de Diputados de la Nación, por el cual se solicitó al Poder Ejecutivo Nacional que dispusiera el estudio de factibilidad y de impacto ambiental para concretar la na-

39. *Ídem.*

40. Ley Nacional N° 5.559; BO 16/9/1908.

vegabilidad del Río Salado, desde su nacimiento en la Provincia de Salta hasta su desembocadura en el Río Paraná, vinculando este con la alta cuenca del Río Bermejo y posibilitando la salida al mar de la República de Bolivia⁴¹.

IV.2. La expedición Page en el Río Pilcomayo

El Río Pilcomayo es un curso fluvial que nace en el altiplano boliviano y desemboca en el Río Paraguay. Su navegación resulta difícil, pues su caudal es irregular y variado, pudiendo transformarse en un río poderoso y correntoso o, bien, en un simple arroyo con escasa agua, por lo que su cauce resulta cambiante y complicado: se secciona, se divide y se pierde. Así, resulta difícil determinar el cauce principal ya que cuenta con numerosos brazos y afluentes (los brazos Norte y Sur en las Juntas de Fontana, los Ríos Dorado y Confuso).

La exploración más profunda y trascendente que se realizó sobre este curso fue la que tuvo lugar en 1890 y estuvo al mando del Capitán de Fragata Juan Page. Al respecto, resulta sumamente ilustrativa la investigación histórica realizada por Furlan⁴².

De dicha investigación se extrae que la escuadrilla zarpó en diciembre de 1889 y en enero de 1890 se concentró en Barranqueras (frente a la ciudad de Corrientes), punto que fue elegido como apostadero y base principal de operaciones de la expedición.

La navegación se convirtió en una durísima batalla entre los expedicionarios y el Pilcomayo. La amenaza de las bajantes de agua y la presencia de raigones que obstaculizaban la navegación exigieron un esfuerzo colosal y tremendo al Capitán Page y sus hombres, quienes enfrentaron la dificultad para navegar con un ingenioso recurso: fueron construyendo aguas abajo, y por la popa del buque, una serie de

41. Expediente N° 4704-D-2015, iniciado en fecha 28/8/2015, por ante la Cámara de Diputados de la Nación.

42. Furlan, Luis F., *La Expedición Page en el Río Pilcomayo (1890-1891)*, Boletín del Centro Naval 811, mayo/agosto 2005, pp. 183-197, <https://www.centronaval.org.ar/boletin/BCN811/811furlan.pdf> (consultado 8/6/2020).

diques con el objeto de nivelar, contener y aumentar artificialmente el caudal de las aguas para mantenerse a flote y poder continuar la navegación.

Estos diques permitieron a la embarcación “Bolivia” avanzar lentamente por trechos o tramos más o menos largos en una insólita navegación a “fuerza de represas” sucesivas, que no fueron una solución definitiva para las varaduras, ya que cada vez que la embarcación encallaba en el lecho casi seco del Pilcomayo se debía emprender la construcción de un nuevo dique. Esta operación fue efectuada en siete oportunidades, entre el 17 de abril y principios de junio de 1890.

Todo ello generó un enorme cansancio y desgaste físico de la tripulación, a lo que se sumó la presencia de mosquitos, insectos y demás alimañas que castigaron tanto a la tripulación que comenzaron a ser cada vez más frecuentes las enfermedades, que se agravaban ante la carestía de alimentos y la falta de medicamentos. En tales condiciones, sin agua potable, en medio del calor agobiante y con buena parte de la tripulación enferma, el Capitán de Fragata Juan Page falleció a causa de los sufrimientos padecidos.

El Guardiamarina Franklin Nelson Page (hijo del fallecido Capitán Page) se puso al frente de la tripulación y ante la imposibilidad de proseguir con la expedición, inició los trabajos para descender aguas abajo de regreso a Barranqueras, navegando a fuerza de diques. El 5 de junio de 1891 se fondeó en Formosa y cuatro días después en Barranqueras, donde el 1° de julio de 1891 se dio por concluida la dramática expedición.

Furlan considera que la expedición de Page sirvió para conocer con bastante detalle las características del brazo Norte del Pilcomayo (hasta el momento prácticamente inexplorado), aunque no tanto sus territorios adyacentes, y que tales observaciones sirvieron de base para empresas y estudios posteriores; comprobándose las grandes dificultades que presentaban a la navegación el curso principal del Pilcomayo y su brazo Norte, incluso para embarcaciones de reducido calado⁴³.

43. Ídem, p. 196.

IV.3. Exploración de los ríos patagónicos

Mediante el dictado de la Ley de Fomento de los Territorios Nacionales en 1908, el Congreso Nacional autorizó a Poder Ejecutivo para destinar recursos para los estudios y obras necesarios para la limpieza y dragado del Río Santa Cruz y de la vía del Chubut, hasta Rawson⁴⁴.

Por otro lado, se autorizaron los estudios definitivos y obras de regularización del régimen de las aguas del Río Negro, por los medios que fueran más conducentes para evitar las inundaciones del valle y mejorar sus condiciones de navegabilidad y de su distribución para el riego.

En la misma norma se incluyó la autorización para costear los estudios definitivos del Río Colorado, sus afluentes y lagos o cuencas imbríferas, que comprenderían los relevamientos planialtimétricos de toda esa cuenca y los estudios higrométricos para determinar el régimen de las aguas y los embalses máximos, para formar las grandes reservas para la navegación y el regadío.

En relación con el Río Negro, hasta 1911 fue surcado regularmente por vapores de poco calado que principalmente cargaban los frutos del valle. A partir de la llegada del ferrocarril a la región, la rentabilidad de la cuadrilla de vapores comenzó a decaer hasta que debió cerrarse el servicio.

Por el contrario, en el caso de los Ríos Santa Cruz y Chubut no se ha podido concretar ningún proyecto de navegación comercial.

IV.4. Canales porteños

En noviembre de 1889, mediante ley del Congreso de la Nación, se autorizó a Wenceslao Villafañe y Compañía para construir un puerto de abrigo en el Arroyo Medrano y dos canales de navegación⁴⁵.

44. Ley Nacional N° 5.559, art. 10, inciso c), BO 16/9/1908.

45. Ley Nacional N° 2.676 (sancionada el 6/11/1889).

El primero partiría de la desembocadura del Arroyo Medrano y finalizaría en el Paso de las Piedras en el Riachuelo de Barracas; mientras que el segundo lo haría por el Arroyo Maldonado, que desde el Puerto Portalis, en Palermo, empalmaría con el anterior en un punto cercano a Ramos Mejía.

La idea era que, al norte de la boca del Arroyo Medrano, entre la boca de dicho arroyo y la estación Rivadavia del ferrocarril, se construyera un puerto de abrigo, con los talleres indispensables para composuras y carena de buques⁴⁶.

En la misma ley se declaró de utilidad pública a los efectos de la expropiación, por cuenta de la empresa y con sujeción a las leyes de la materia, todos los terrenos necesarios para los canales y demás obras, fijándose un ancho, en toda su longitud, de 136,80 metros, que comprendía en esta extensión los terrenos para los canales, ribera y avenidas. Todos los gastos de conservación de los canales, puertos, puentes y de todo el empedrado en toda la extensión quedarían a cuenta de la empresa constructora y, una vez concluidas las obras, serían entregadas al servicio público por secciones en la forma siguiente: desde Palermo a Ramos Mejía; de Ramos Mejía al Puerto de Abrigo, en Medrano, y de Ramos Mejía al empalme con el Riachuelo.

Las obras previstas nunca comenzaron; probablemente, como consecuencia de la crisis económica que padeció el país en 1890 durante la presidencia de Juárez Celman.

Brailovsky refiere que en 1924 el Concejal Municipal Remigio Iriondo, vecino de Villa Crespo, presentó ante el Concejo Deliberante Porteño un proyecto para la construcción de un canal navegable, pero el director del Departamento de Obras Públicas de la Municipalidad

46. La ley nacional contemplaba que en las orillas de los canales se establecerían dos grandes vías de comunicación empedradas en la extensión de cinco metros, pavimentadas con macadam en las de quince y un espacio de pasto verde con tres hileras de árboles; la puesta en funcionamiento de un tramway a vapor o tracción animal; la construcción de puertos de embarque y desembarque, depósitos, almacenes y demás obras convenientes a juicio de la Empresa. Los terraplenes de las avenidas o bulevares de la Capital que atravesaran los canales, tendrían el ancho de treinta y cinco metros y serían empedrados. Estos canales tendrían un ancho constante de veinte a treinta metros y una profundidad de dos metros cincuenta centímetros a cinco metros.

de la Ciudad de Buenos Aires, Carlos María Morales, decidió que dicho proyecto no era de interés del municipio en ese momento.

Al respecto, da cuenta de lo escrito por el Concejal Iriondo en un periódico vecinal del año 1924, en los siguientes términos:

“Abrir un canal navegable que pusiera en comunicación Palermo con el Riachuelo es procurar para la ciudad uno de los mejores espectáculos de belleza, e incorporar a su economía un elemento de mayor y positivo beneficio. Aparte del abaratamiento de los productos que de esa manera llegarían directamente al consumidor, permitirá establecer una verdadera justicia en cuanto al valor de la propiedad se refiere”⁴⁷.

Pocos años después, la totalidad de los arroyos que atraviesan la Ciudad de Buenos Aires fueron entubados e invisibilizados para siempre.

IV.5. Canal San Fernando

En 1864, se continuaron las obras del Canal San Fernando que se habían interrumpido en 1807. Se amplió su profundidad y se terraplenó la ribera con la intervención del municipio.

En 1863, se otorgó la concesión del ramal ferroviario del canal a una empresa privada que construyó un muelle que se internaba en el Río Luján y un grupo de galpones que quedaron completados en 1869. La empresa se encargó de dragar la boca del canal y establecer un servicio de trenes desde San Fernando hasta el muelle.

En 1873, el Juez de Paz a cargo de la Municipalidad Cruz Martín resolvió efectuar estudios para mejorar el canal y construir, además, un dique de carena. Estas inquietudes se completaron en 1875, cuan-

47. Brailovsky, Antonio Elio, “Buenos Aires, ciudad inundable”, *Le Monde Diplomatique*, Buenos Aires, Kaicron, Capital Intelectual, 2010.

do el Ingeniero Luis Huergo proyectó y dirigió las obras, contratado por el Gobierno Provincial, para los trabajos del canal, y por la Municipalidad de San Fernando, para las del dique seco⁴⁸.

En consecuencia, el canal no solo sirvió de puerto interno para carga y descarga de las frutas, maderas y mimbres provenientes de las Islas del Delta, sino también de dique de carena. Se trataba de un espacio en el que las embarcaciones ingresaban, se cerraban dos compuertas y se vaciaba el agua, oficiando de dique seco para la limpieza, reparación y mantenimiento de los cascos de los barcos⁴⁹.

En agosto de 1911, la Legislatura Bonaerense autorizó al Poder Ejecutivo a convenir con la Municipalidad de San Fernando la forma y proporción en que contribuiría a la reconstrucción y dragado del Dique y del Canal San Fernando, habilitándolo a contratar con la Empresa de Obras Públicas Goedhart Hermanos o a licitar la realización de tales tareas⁵⁰.

IV.6. Canal entre Lobos y La Plata

En diciembre de 1889, la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires aprobó el contrato suscripto entre el gobernador Máximo Paz y el empresario Emilio Poret, para construir y explanar un canal de navegación que ligaría al Pueblo de Lobos con el Puerto de La Plata, pasando por San Vicente, y que se alimentaría con las aguas represadas en la Laguna Culú Culú, corriendo por cuenta del concesionario la construcción de puentes en los cruces de ferrocarriles, caminos y calles existentes⁵¹.

Para tal empresa, se declararon de utilidad pública los terrenos de propiedad particular necesarios para la construcción del canal y sus dependencias, obligándose el concesionario a la atención de los

48. Información obtenida en la entrevista telefónica realizada el 22/5/2020 al Abg. Pedro Campos, Ex Concejal Municipal de San Fernando, Provincia de Buenos Aires.

49. García, Sabrina, *Navegando en la historia del dique seco y Canal San Fernando*, Fundación Histarmar, <https://www.sanfernandonuestro.com.ar/wp/navegando-en-la-historia-del-dique-seco-y-canal-san-fernando/> (consultado 6/6/2020).

50. Ley Provincial N° 3.365 (promulgada el 1/9/1911).

51. Ley Provincial N° 2.317 (promulgada el 17/12/1889).

reclamos que pudieran suscitarse y al pago de las indemnizaciones correspondientes en caso de que las obras a construirse ocasionaran perjuicios en las propiedades particulares.

IV.7. Canal navegable al Sud de la Provincia

En noviembre de 1898, la Legislatura Bonaerense autorizó a los Señores Moreno y Hansen para la construcción y explotación de un canal de navegación desde el partido de Olavarría hasta el Riachuelo, sobre el límite con la Capital Federal⁵².

La cabecera sur del canal se establecería dentro del Pueblo de Olavarría, seguiría el curso del Arroyo Tapalqué, canalizado o por un canal lateral hasta entrar en el Arroyo Las Flores, a inmediaciones del Pueblo de Alvear, continuaría por ese arroyo, mediante su canalización o por un canal lateral en todo o en parte de su trayecto hasta entrar en el Río Salado, seguiría del mismo modo por el Arroyo Saladillo, Cañada de Toro, Cañada de Barrenechea y los arroyos Cañuelas y Matanza, hasta la cabecera norte opuesta que se fijaría en el punto más conveniente del Riachuelo (previo permiso de las autoridades de la Nación si se encontrara en su jurisdicción).

La tracción por el canal sería a vapor o a la sirga de acuerdo con las condiciones de los diferentes tramos; la empresa quedaba autorizada para construir líneas férreas que ligarían el canal con las canteras inmediatas hasta la distancia de 25 kilómetros y la provincia se comprometía a no autorizar la construcción de otros canales paralelos, a menor distancia de 25 kilómetros del Canal del Sur, durante los primeros treinta años en que duraría el primer contrato de concesión.

La empresa constructora fue autorizada por la Provincia de Buenos Aires para expropiar con arreglo a la ley los terrenos necesarios para la construcción del canal y las líneas férreas anexas, obra que fue declarada de utilidad pública en la misma ley.

A más del Canal del Sur, la empresa quedó facultada para construir otros cinco ramales al tronco principal del Canal del Sur, a saber:

52. Ley Provincial N° 2.674 (promulgada el 9/11/1898).

desde el kilómetro 35 hasta inmediaciones de Rauch; desde el kilómetro 50 del canal a Rauch hasta el Puerto de La Plata; desde el kilómetro 45 del canal principal hasta las inmediaciones de Junín y desde Alvear hasta Carhué.

Por último, el Poder Ejecutivo Provincial debería gestionar ante el gobierno nacional el permiso necesario para llegar con el Canal del Sur hasta el Riachuelo, poniendo así en comunicación fluvial el interior de la Provincia de Buenos Aires con el Puerto de la Capital Federal.

IV.8. Desagües de las zonas limítrofes a la Capital Federal

En enero de 1913, la Legislatura Bonaerense autorizó al Poder Ejecutivo Provincial para iniciar gestiones ante el gobierno de la Nación con el objetivo de poner en la práctica el proyecto de Rivadavia de conectar las aguas de los Ríos Luján y Las Conchas (Río de la Reconquista, actualmente), con la de los Ríos Matanza y Riachuelo, o aquel que mejor consultara el propósito de evitar inundaciones en las zonas limítrofes a la Capital Federal⁵³.

Los desagües a construirse oficialiarían a la vez de canales de navegación.

En la misma ley se declararon de utilidad pública los terrenos que fuera necesario expropiar para la construcción de las obras pertinentes y se preveía en un futuro crear un tributo para sufragar la obra proyectada, el cual recaería sobre los propietarios de las zonas a beneficiarse por el saneamiento del desagüe y la vecindad del canal navegable.

IV.9. El Canal de Navegación del Norte

Según las investigaciones realizadas por Banzato, durante la gestión del gobernador Ugarte se encomendó al Departamento de Ingenieros de la Provincia de Buenos Aires la realización de los es-

53. Ley Provincial N° 3.459 (promulgada el 22/1/1904).

tudios necesarios para el trazado de canales de navegación como medio de facilitar la circulación y exportación de productos que por su volumen o peso no resisten las tarifas de los ferrocarriles. La idea era conectar canales con los puertos y ubicarlos en las zonas en que no hubiese ferrocarriles. En los fundamentos de la medida, se tenía en cuenta la necesidad de abaratar los costos de transporte de mercancías debido al alza de las tarifas ferroviarias y en vistas de que los productos agropecuarios no necesitaban la rapidez del ferrocarril para llegar en buenas condiciones a destino; estimaban que los fletes podían reducirse en la navegación por canal⁵⁴.

En septiembre de 1903, el Consejo de Obras Públicas de la provincia aprobó un proyecto del Canal del Norte realizado por los Ingenieros Martínez y Tapia, aconsejando su ejecución. En enero de 1904, la Legislatura Bonaerense aprobó una ley por la que autorizaba al Poder Ejecutivo para construir un canal de navegación que, partiendo de la margen sur del riacho del Baradero, en el Partido de San Pedro, llegaría hasta la laguna de Mar Chiquita, en el Partido de Junín, aprovechando los cursos de agua existentes; y también para mejorar las condiciones de navegabilidad del mencionado riacho y construir un puerto de ultramar en el Río Paraná de las Palmas⁵⁵.

En ese mismo mes y año, el Congreso Nacional autorizó al Poder Ejecutivo para contratar con el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires la construcción de muelles y embarcadero en el Río Paraná, en la boca inferior del Río Baradero. Se trata del puerto de ultramar sobre el Río Paraná de Las Palmas, una de las cabeceras del proyectado canal⁵⁶.

Realizadas las expropiaciones de las tierras necesarias para la construcción de los tramos proyectados, se iniciaron los trabajos. Durante la ejecución de la obra surgieron múltiples dificultades, como la salida de uno de los socios de la empresa constructora, inundaciones,

54. Banzato, Guillermo, *Caminos de agua en la pampa. El proyecto del Canal del Norte en la provincia de Buenos Aires (1902-1930)*, III Congreso Latinoamericano de Historia Económica, Bariloche, 2012, http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.1653/ev.1653.pdf (consultado 8/6/2020).

55. Ley Provincial N° 2.832 (promulgada el 14/1/1904).

56. Ley Nacional N° 4.284 (BO 12/1/1904).

faltantes de materiales, aumentos en los costos y atrasos en los pagos, pues para el año 1906 el crédito se había agotado. En abril de 1907, la Legislatura dictó una ley ampliando el crédito autorizado para solventar los gastos de la construcción del Canal del Norte⁵⁷.

Entre los obstáculos que debió enfrentar la obra no resultó un problema menor la oposición de las empresas prestadoras de servicios ferroviarios. Nuevamente, las tardanzas en los pagos provocarían serias diferencias entre el constructor y las autoridades provinciales y las obras se fueron abandonando.

Cormick explica que el canal tendría una longitud total de 308 kilómetros y contaría con esclusas para sortear las diferencias de cota existentes desde Mar Chiquita hasta el Paraná de Las Palmas, algunas de las cuales se construyeron con sus respectivas compuertas para facilitar la navegación de las barcas, las que tendrían 23 metros de eslora, 4 metros de manga y serían propulsadas por caballos a lo largo del canal; que este proyecto estaba acompañado de puertos, galpones y caballerizas y que las obras serían inauguradas en 1910 en el marco de la fiesta del primer centenario de la patria⁵⁸.

Las discrepancias en torno a los estudios fácticos y la opinión en sentido contrario del Ingeniero Luis A. Huergo, sumadas a todas las dificultades señaladas precedentemente, acabaron por sepultar el proyecto. En el discurso inaugural de las sesiones de la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, el 1° de mayo de 1910, el flamante gobernador José Inocencio Arias anunció la interrupción de las obras del Canal de Navegación del Norte de la Provincia de Buenos Aires. Para ese entonces, no menos del ochenta por ciento (80 %) de la obra estaba finalizada y del total de 22 puertos previstos, unos 17 ya estaban listos (incluso el puerto de ultramar sobre el Río Paraná de Las Palmas)⁵⁹.

57. Ley Provincial N° 3.030 (promulgada el 5/4/1907).

58. Dicha información fue obtenida durante la entrevista realizada el 5/8/2017 en la Librería El Ateneo Grand Splendid, al escritor Eduardo Cormick, autor de la novela *El primer viaje*, publicada por Ediciones de las Tres Lagunas en 2010 y que trata sobre las vicisitudes y desventuras del constructor del frustrado Canal de Navegación del Norte.

59. Telenoche (5 de junio de 2017), "El increíble Canal de Panamá Argentino que no fue (1ª Parte)", <https://youtu.be/XivpU1BcEBY> (consultado 10/5/2020).

En mayo de 1913, la Legislatura autorizó al Poder Ejecutivo Provincial para someter a un arbitraje las diferencias suscitadas con el Señor Luis Defilippi, contratista de las obras del Canal de Navegación del Norte, con motivo de la liquidación definitiva de los trabajos efectuados⁶⁰.

En 1914 las fuertes crecidas obligaron a los vecinos a solicitar permisos para colocar caños de desagües en el terraplén del canal. Hacia 1917, la vigilancia de las obras todavía generaba gastos en sueldos, los que se intentaron reducir otorgando permisos a los propietarios de los campos para que utilizaran las instalaciones con el compromiso de cuidarlas. La obra nunca se terminó y el gobierno provincial perdió todo lo allí invertido.

IV.10. Canales del Delta

En octubre de 1904, la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires autorizó al Poder Ejecutivo a invertir en la ejecución de tres canales de navegación en las secciones segunda y tercera de las Islas del Paraná. El primero, para unir el Arroyo Paycarabí con el Río Carabelas; el segundo, para establecer la comunicación entre el mencionado río y el pasaje y el tercero, para comunicar el Paraná Guazú con el de las Palmas.

Del mismo modo, se autorizó al Gobierno Provincial para invertir en la rectificación del Río Carapachay en su desembocadura al Río Paraná de las Palmas y la ejecución de dos canales o cortes para unir el Paycarabí con el Paraná Miní y el Arroyo Tuyupare con el Largo⁶¹.

En agosto de 1911, la Legislatura Bonaerense aprobó el contrato suscripto *ad referéndum* entre el Poder Ejecutivo y la Empresa de Obras Públicas Goedhart Hermanos para la construcción de una red de canales en las islas del Delta del Paraná, cuyo volumen de excavación sería de 10.000.000 de metros cúbicos, repartidos en varios canales, que irían: desde el Río Luján hasta el Río Paraná de las Palmas;

60. Ley Provincial N° 3.484 (promulgada el 10-5-1913).

61. Ley Provincial N° 2.889 (promulgada el 7/10/1904).

desde el Río Paraná de las Palmas hasta el Río Paraná Miní; desde el Río Paraná Miní hasta el Barca Grande; desde el Río Paraná de las Palmas hasta el Río Carabelas; desde el Río Carabelas hasta el Río Paraná Miní y desde el Río Paraná de las Palmas hasta el Río Paraná Guazú. A ello se debían agregar todos los canales, rectificaciones y ensanches de ríos ordenados por leyes y decretos anteriores.

A tal fin, se facultó al Poder Ejecutivo a expropiar la superficie de tierra necesaria para la ejecución de los canales y sus anexos, en los casos en que los propietarios no estuviesen obligados a cederlos gratuitamente.

Para financiar las obras se fijó el pago de una “contribución especial de canalización y drenaje” que recaería sobre los propietarios de los predios a beneficiarse por las obras. De esta forma, el costo de la apertura de los canales y sus anexos sería cubierto en un 40 % por los recursos provenientes de las contribuciones especiales, mientras que el 60 % se cubriría con recursos del erario público provincial⁶².

En las cláusulas del contrato suscripto con la firma Goedhart Hermanos, en junio de 1911, abundan previsiones de todo tipo referidas a especificaciones técnicas y precisiones de los trabajos a realizar, incumplimientos, casos de fuerza mayor, costos, un depósito de garantía que la empresa debería efectuar en el Banco de la Provincia, rescisión del contrato y arbitraje en caso de conflictos entre las partes⁶³.

Para el año 1915, el Ministro de Obras Públicas Arana consignó en sus memorias que, de los nueve canales a construirse, solo se habían terminado y puesto en servicio el canal que une el Río Luján con el Paraná de las Palmas y el que une el Río Paraná de las Palmas con el Paraná Miní y quedó inconcluso el canal que uniría Paraná Miní con Barca Grande⁶⁴. Al presente, dichos canales continúan habilitados

62. Ley Provincial N° 3.365 (promulgada el 1/9/1911).

63. La inclusión de tamañas previsiones en el contrato de construcción puede considerarse como una consecuencia directa de la mala experiencia verificada durante la malograda construcción del Canal del Norte.

64. Cricelli, Susana; Galcerán, Virginia y Obregón, Susana, “La red hídrica en relación al ferrocarril y los asentamientos poblacionales en el noreste bonaerense: los casos de Zárate y Campana. 1880-1930”, en *Actas del 1^{er}. Congreso Iberoamericano de*

y han sido denominados Canal Arias y Canal de la Serna, respectivamente.

También fueron terminados: el Canal Arana, que comunica el Paraná Miní con el Barca Grande; el Canal Seoane (Canal 5), que conecta el Río Carabelas Grande con el Canal de la Serna que, a su vez, comunica con el Paraná Miní; el Canal Florencio Comas (Canal 6), que une el Río Paraná de las Palmas con el Río Barca Grande, y el Canal Irigoyen, que une el Río Paraná de las Palmas con el Paraná Guazú y que corre paralelo a la Ruta Nacional N° 12 en su traza por la Isla Talavera.

IV.11. Canal Leandro N. Alem

En septiembre de 1903, el Congreso Nacional concedió autorización a la firma J. Rodrigo Botet y Cía. para construir y explotar por su cuenta, por el término de sesenta años, un puerto para buques de ultramar sobre el Río Paraná de las Palmas, en Campana, y un canal de navegación que, partiendo de dicho puerto, terminaría en el paraje denominado “Platos Grandes” en el Río Paraná Guazú⁶⁵.

La conservación del canal correría por cuenta del Poder Ejecutivo, que además intervendría en la ejecución y explotación de las obras, con el fin de vigilar que se llevasen a cabo de acuerdo con los planos aprobados.

La empresa quedaba habilitada por ley nacional para rectificar, profundizar, y ensanchar el cauce del Río Carabelas y también el del Arroyo Ñacurutú, para facilitar y acortar el recorrido de los barcos de cabotaje. En el primer caso, se le acordó la facultad de comunicar las aguas del Paraná de las Palmas con las del Río Luján, partiendo de un punto frente a la desembocadura del Carabelas en el mismo Paraná y terminando en la Isla de Lasalle; y en el segundo, se la facultó

Historia Urbana, Santiago de Chile, 2016, p. 12, http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/69137/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consultado 8/6/2020).

65. Ley Nacional N° 4.205 (BO 19/3/1903).

también para comunicar las aguas del Paraná de las Palmas con las del Paraná-Guazú siguiendo las del Arroyo Ñacurutú.

La empresa debía construir los depósitos para mercaderías y los edificios necesarios para las oficinas de contralor y movimiento del canal. Quedaban autorizados los concesionarios para la construcción de las líneas férreas y de tranvías que se requirieran para el tráfico del canal y puerto, como también ramales para unirlos, con los ferrocarriles existentes o que se construyeran en el futuro y que pasaran por la vecindad del Puerto de Campana. La ley autorizó la expropiación, por causa de utilidad pública, de los terrenos de propiedad particular que atravesara el canal.

Si bien no se cumplió con la planificación original, el canal se inauguró y se puso en servicio, recibiendo la denominación de "Leandro N. Alem". Actualmente, el Canal Leandro N. Alem 1 conecta el Río Paraná de las Palmas con el Barca Grande y el Canal Leandro N. Alem 2 vincula al Río Carabelas con el Río Paraná Guazú.

V. LOS CANALES NAVEGABLES FRENTE A LA REGULACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

En primer término, debe tenerse en cuenta que en nuestro país no es pacífica la discusión acerca de la competencia nacional o provincial en materia de regulación del uso de las aguas públicas. Al respecto, Pigretti explica que debe distinguirse el concepto de jurisdicción con el de propiedad, dado que el primero supone el ejercicio de una atribución originada en la soberanía y, de acuerdo a la Constitución Nacional, estaría limitada al ejercicio del ordenamiento y policía de navegación (cfr. art. 75, inc. 10), en tanto que la propiedad pública estaría dada por el reconocimiento de que ciertos bienes son detentados por el Estado, pero no en razón de autoridad, sino en razón de la finalidad pública de su uso por la comunidad⁶⁶.

66. Pigretti, Eduardo A., *Política legal de los recursos naturales*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975, p. 101.

Partiendo de la premisa de que el aprovechamiento de todo curso de agua ha de ser múltiple, armónico y coordinado, lo cierto es que la multiplicidad de jurisdicciones locales sobre los cursos de agua y las diferentes jurisdicciones en relación a las diversas utilidades conspiran contra la premisa inicial.

En orden a la elaboración de una política hídrica nacional y a la creación de un órgano de aplicación de dicha política, cabe estarse a las disposiciones del Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, en cuanto establece los presupuestos mínimos ambientales, para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional y dispone la creación, para las cuencas interjurisdiccionales, de comités de cuencas hídricas con la misión de asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos y colaborar en la gestión ambientalmente sustentable de las cuencas hídricas⁶⁷.

En cuanto a la navegación interjurisdiccional, resulta cristalina la competencia del Estado Nacional, por imperio del artículo 75, inciso 10, de la Constitución Nacional, que encomendó al Congreso de la Nación la reglamentación de la libre navegación de los ríos.

En materia de ríos interprovinciales, cabe estarse a lo dispuesto por el artículo 235, inciso c), del Código Civil y Comercial de la Nación, que ubica a los ríos dentro de los bienes pertenecientes al dominio público y entiende por tal el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias.

Con respecto a los canales navegables, objeto central de este estudio, cabe señalar que, con la denominación genérica de “canales”, el inciso f) del artículo 235 del referido cuerpo legal los posicionó dentro del marco del dominio público y como parte de diferentes tipos de obras públicas construidas para utilidad o comodidad común.

Una importante figura –que guarda estricta relación con la navegación a través de canales– es la del “camino de sirga” prevista en el artículo 2369 del viejo Código Civil. La norma citada imponía a los propietarios limítrofes con los ríos o con canales que sirven a la comunicación por agua, la obligación de dejar una calle o camino públi-

67. Ley Nacional N° 25.688, BO 3/1/2003.

co de 35 metros hasta la orilla del río, o del canal, sin ninguna indemnización y, al mismo tiempo, la prohibición de realizar construcciones en dicho sector y de reparar las ya existentes.

Se trataba de una limitación al dominio de los propietarios de tierras con salida directa hacia ríos, canales, lagos y lagunas navegables. La expresión “sirga” refiere a las cuerdas, cabos o sogas empleadas para efectuar el remolque de embarcaciones mediante la tracción de animales (caballos o bueyes) que circulan desde la tierra a través de los espacios contiguos al curso de agua que, justamente, se encuentran liberados de obstáculos para facilitar la realización de tales operaciones.

En relación con la extensión inicial del camino de sirga hasta los 35 metros, Marienhoff considera que ello se inscribió dentro del marco de los proyectos para conectar los grandes ríos navegables del país a través de la construcción de canales navegables artificiales⁶⁸.

A partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el artículo 1974 ha reducido el camino de sirga a una franja de terreno de 15 metros de ancho. Considero que tal reducción obedeció a la inexistencia de una red de canales para la navegación fluvial que justificara tamaña restricción, circunstancia que ha tornado innecesario el mantenimiento de la franja en su extensión original pero que no ha resultado suficiente para su eliminación total, manteniéndose vigente la figura, aunque más acotada⁶⁹. Entiendo que la vigencia del camino de sirga (recortado en 20 metros) encuentra hoy su justificación en la satisfacción de otras necesidades de la población que van más allá de la navegación para el transporte de mercancías. Me refiero, por ejemplo, a la preservación del medio ambiente, la comodidad de los vecinos y el derecho de los particulares a poder acce-

68. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo VI, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006, p. 600.

69. El artículo 1974 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone: “El dueño de un inmueble colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o sus riberas, aptos para el transporte por agua, debe dejar libre una franja de terreno de quince metros de ancho en toda la extensión del curso, en la que no puede hacer ningún acto que menoscabe aquella actividad”.

der al disfrute de los cursos de agua –verdaderos bienes de dominio público estatal– para la pesca, la práctica de deportes, la recreación y el esparcimiento.

Sin embargo, es posible que en el futuro estas franjas costeras sirvan a la navegación, no ya para facilitar el paso de animales tirando embarcaciones cargadas de mercaderías como antaño, sino para el soporte, mantenimiento, seguridad e infraestructura de nuevos canales a construirse, cuyos proyectos, seguidamente, paso a explicar.

VI. UNA MIRADA AL FUTURO

La cuestión de los canales adquiere nueva dimensión hoy, a partir de propuestas concretas para modificar la matriz de nuestro sistema de transporte de cargas.

Se trata, tal vez, de una oportunidad histórica para desarrollar un sistema logístico multimodal complementario del actual, que, indudablemente, traerá beneficios económicos directos e indirectos por el desarrollo regional de la zona central de la Argentina, abriendo las puertas al asentamiento de centros logísticos susceptibles de convertirse en núcleos de desarrollo industrial y urbanístico.

Asimismo, resulta implícito que el nuevo sistema logístico que se propone guarda estrecha relación con un mejor aprovechamiento del agua como recurso y con la necesidad de abandonar el uso de los combustibles fósiles en la mayor medida posible.

VI.1. La Hidrovía Artificial Mediterránea

Es un proyecto elaborado tres décadas atrás por los Ingenieros Villa Uría, Actis y Braceras, docentes de la Cátedra de Ingeniería Civil de la Universidad Nacional de Córdoba, y que, con la denominación de “Hidrovía Artificial Mediterránea”, fue impulsado por el Colegio de Ingenieros Civiles de la Provincia de Córdoba.

Consiste en la construcción de un canal artificial navegable de unos 1000 kilómetros de largo, 25 metros de ancho de boca y solo 3 metros de profundidad que correría en sentido norte-sur desde

Arroyito (Provincia de Córdoba) hacia el Océano Atlántico, con destino final en un puerto a construirse en Médanos (un paraje de la costa bonaerense situado entre los balnearios de Mar de Ajó y Pinar), o bien, con una ramificación hacia el Puerto de La Plata (ver Figura N° 1).

A la altura de la localidad bonaerense de General Villegas, el canal se internaría en la Provincia de Buenos Aires para llegar hacia la costa, previo paso por un total de veinticinco (25) esclusas previstas para hacer descender a las barcazas desde la cota 130 hasta el nivel del mar.

La idea de los autores del proyecto es la de trasladar el Litoral al Centro de la República, acercando el puerto al productor agropecuario, en la inteligencia de que los establecimientos distantes a más de 400 kilómetros del puerto resultan inviables, por el alto costo del flete vía camión⁷⁰.

Braceras explica que, en diciembre de 2016, una delegación del Colegio de Ingenieros Civiles de la Provincia de Córdoba presentó este proyecto ante la Secretaría de Políticas Hídricas de la Nación y que, como resultado de ello, en noviembre de 2017 el Gobierno Nacional suscribió un convenio con el Reino de Holanda para asistencia técnica y cooperación para el estudio de la factibilidad de dicho proyecto⁷¹.

70. Los datos fueron tomados de la exposición realizada el 11/4/2018 ante el Consejo Profesional de Ingeniería Civil por los autores del proyecto. Cfr. Braceras, L.; Actis, Raúl y Villa Uría, Alberto "Exposición sobre el Proyecto de Hidrovía artificial Córdoba-Buenos Aires", publicado el 14 de abril de 2018, <https://www.nuestromar.org/antiguas/exposicion-sobre-el-proyecto-de-hidrovia-artificial-cordoba-buenos-aires-2> (consultado 8/6/2020).

71. Información obtenida en la entrevista telefónica realizada el 18/4/2020 al Ing. Luis Braceras, coautor del Proyecto de Hidrovía Artificial Mediterránea.

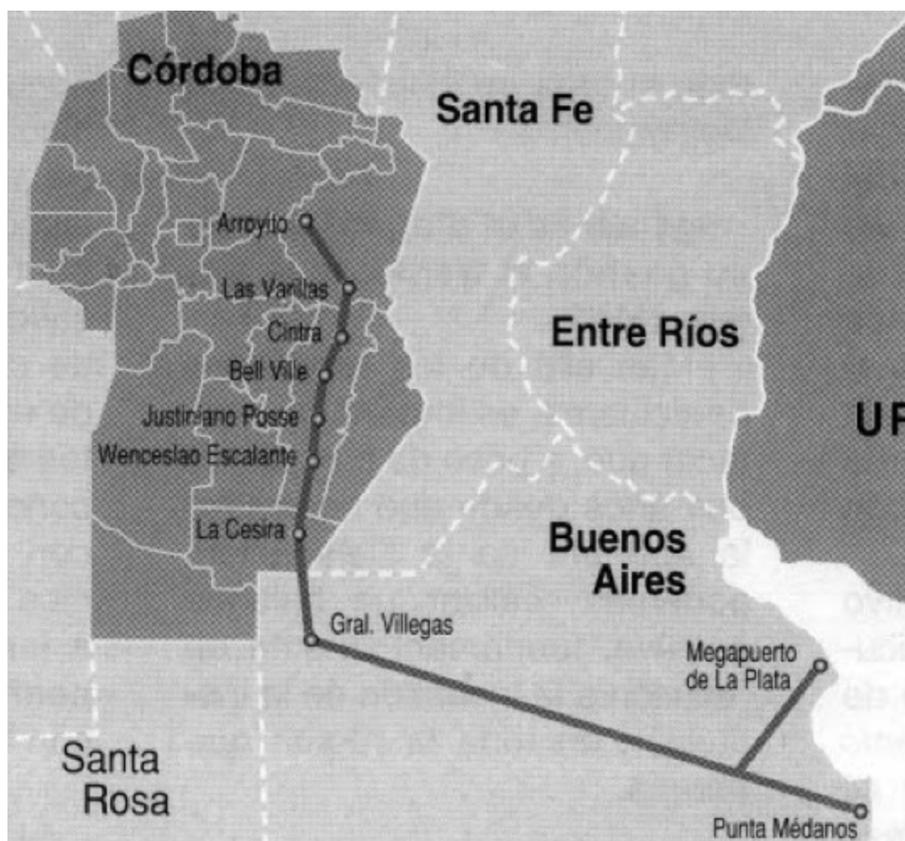


Figura N° 1: Proyecto de Hidrovía Artificial Mediterránea.
Autores: Ingenieros Villa Uría, Actis y Braceras. Cátedra de Obras Hidráulicas.
Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales.
Universidad Nacional de Córdoba (Período 1991-1998)⁷².

El Colegio de Ingenieros de la Provincia de Córdoba giró todos los antecedentes al Instituto Nacional del Agua, para que, como contraparte argentina del convenio, los ponga a disposición de los técnicos holandeses, quienes, tras nueve meses de estudios, aconsejaron tomar una parte del proyecto en lo referente a todo el trazado en Córdoba

72. Agradezco al Ing. Luis Braceras, que me ha facilitado el mapa aquí reproducido.

(que son casi 400 kilómetros) y modificaron el diseño original respecto de la salida al mar. En vez de ir al mar y construir esclusas, plantearon la continuidad del canal hacia el sur, en forma horizontal y cerrada, con una combinación ferroviaria hacia el Puerto de Bahía Blanca⁷³.

VI.2. La Hidrovía Continental Argentina

Se trata de un proyecto para la construcción de un canal navegable a lo largo de 635 kilómetros entre las localidades de Arroyito (Provincia de Córdoba) y Catriló (Provincia de La Pampa) y con un ancho de veinticinco (25) metros.

El transporte por la hidrovía se efectuaría mediante unidades de convoy de dos barcasas con un empujador⁷⁴. Se prevé en la cabecera sur del canal, en Catriló, la construcción de un nodo multimodal (puerto seco) con el objeto de vincular la hidrovía con el Ferrocarril Pampeano, cuya cabecera es el puerto de Bahía Blanca, distante a unos 300 kilómetros.

El canal sería una suerte de tanque longitudinal plano, un verdadero “reservorio lineal” que, además de posibilitar el abaratamiento de los costos de los fletes, podría officiar como amortiguador de extremos climáticos, guardando excedentes hídricos cuando se produzcan inundaciones para lanzarlos en época de sequías.

La traza propuesta conectaría importantes pueblos del centro del país, como Arroyito, Las Varillas, Bell Ville, La Carlota, Laboulaye y General Pico. Asimismo, al cruzarse las redes viales nacionales, provinciales y municipales y la red ferroviaria, podrían diseñarse en el futuro nuevos nodos para la transferencia intermodal⁷⁵.

73. Entrevista telefónica realizada al, ya mencionado, Ing. Braceras, coautor del proyecto de la Hidrovía Artificial Mediterránea, el 18/4/2020.

74. Cada barcaza tendría 52 metros de eslora, 8 metros de manga y su capacidad de carga sería equivalente a la de 42 camiones.

75. El proyecto actual deja abierta la posibilidad de que en una segunda etapa se construyan tres ramales de la hidrovía, a saber: 1. desde Bell Ville (Provincia de Córdoba) hacia el Río Paraná a través de un canal paralelo al Río Tercero, hasta Timbúes (Provincia de Santa Fe); 2. atravesando la Provincia de Buenos Aires hacia Médanos,

La idea es generar un corredor logístico fluvial que, en conjunto con la red vial y ferroviaria existente, establezca una salida alternativa a la de la Hidrovía del Paraná para los productos de exportación. Esto, además, materializaría las condiciones para el eventual asentamiento de centros logísticos que se conviertan en núcleos de desarrollo industrial y urbanístico. Estas ideas se han plasmado en el proyecto multipropósito denominado Hidrovía Continental⁷⁶.



Figura N° 2: Trayecto previsto para la Hidrovía Continental Argentina. Comisión Argentino Holandesa (2018)⁷⁷.

tal como estaba previsto en el proyecto original de la Hidrovía Artificial Mediterránea; 3. desde Catriló hasta Balcarce, pasando por Tandil, desde donde se podría trasladar la carga en tren hasta Mar del Plata y Quequén.

76. Instituto Nacional del Agua, *Hidrovía Continental. Una propuesta para el desarrollo para la Argentina* (Resumen Ejecutivo), Buenos Aires, 2018.

77. Agradezco, nuevamente, al Ing. Luis Braceras que, gentilmente, me ha dado acceso al mapa aquí reproducido.

Este proyecto final es la resultante del proyecto de “Hidrovía Artificial Mediterránea” impulsado por el Colegio de Ingenieros de la Provincia de Córdoba, con las correcciones y mejoras propuestas por los técnicos holandeses.

Considero que esta iniciativa puede inscribirse perfectamente dentro del marco de la Cláusula del Progreso contenida en el artículo 75, inciso 18, de la Constitución Nacional, en cuanto encomendó al Congreso de la Nación legislar en materia de promoción de la construcción de canales navegables pues, justamente, viene a operativizar dicha manda constitucional.

En tal sentido, Hernández tiene dicho que no cabe duda acerca de la correspondencia del proyecto con los altos fines de la Constitución, en cuanto a su objetivo federal, su importancia para la integración regional e incluso por su incidencia para un nuevo ordenamiento territorial del país⁷⁸.

En tales condiciones cabe propiciar que –previo estudio de impacto ambiental– el Congreso de la Nación, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Nacional en su artículo 75, inciso 18, proceda a dictar una Ley Nacional de Hidrovía Continental, autorizando al Poder Ejecutivo para invertir fondos en su construcción, definiendo su trazado y disponiendo el dominio público nacional y la jurisdicción federal en las instalaciones a construirse, características generales, previsiones ambientales, especificaciones técnicas, pautas para la construcción y para su puesta en funcionamiento, mantenimiento y administración, competencia en materia de seguridad en general y de la navegación en particular.

Adicionalmente, nada obsta a que en un inciso de la misma ley se declare la utilidad pública de todos los espacios necesarios para el trazado del canal longitudinal, los puertos y las demás instalaciones conexas, autorizándose al Poder Ejecutivo a llevar adelante las expropiaciones correspondientes, en los términos del artículo 17 de la Constitución Nacional.

78. Hernández, Antonio María, “El Proyecto de Canal Navegable Mediterráneo, sus aspectos Constitucionales”, en *La Voz del Interior*, 30/12/1997, p. 13.

Tratándose de canales navegables interprovinciales, correspondería la aplicación de idénticos criterios que a los ríos navegables interprovinciales. La jurisdicción no será otra que la federal, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional, corresponde al Estado Federal reglar el comercio de las provincias entre sí⁷⁹.

En consecuencia, la seguridad dentro del canal, sus puertos y sus instalaciones conexas correspondería a la Prefectura Naval Argentina, debiendo el Poder Ejecutivo disponer de lo necesario para la creación de una Prefectura de Zona Hidrovía Continental, con sus respectivas subprefecturas y destacamentos ubicados a lo largo de toda su traza, dotados de todos los recursos materiales y humanos necesarios para proveer adecuadamente a la seguridad de la navegación, el control de averías, incendios y contaminación, la protección de las personas y los bienes que por allí habrán de circular, así como también la custodia del canal y sus instalaciones conexas, las que habrán de revestir el carácter de “establecimientos de utilidad nacional”⁸⁰.

Ello no significa que el área afectada a la hidrovía quede “federalizada” o “desprovincializada”, pues, tal como explica Sagüés, estos espacios no pasan a ser territorio de la Nación, sino que continúan como territorio provincial, aunque en ellos la Nación ejerza potestades legislativas administrativas y judiciales⁸¹.

No debe olvidarse que corresponde al Congreso reglamentar la libre navegación de los ríos interiores y habilitar los puertos que considere convenientes (art. 75, inciso 10 de la Constitución Nacional). De modo que en la gestión y operatoria de los puertos locales que hayan de habilitarse a lo largo de la traza de la hidrovía, habrá de tenerse en cuenta la debida intervención de los respectivos municipios.

79. Es más, en el antiguo texto de 1853-1860, el artículo 67, inciso 12, decía “reglar el comercio marítimo y terrestre”.

80. Conviene recordar que el artículo 4º, inciso a) de la Ley N° 18.398, estableció: “La Prefectura Naval Argentina actúa con carácter exclusivo y excluyente en: (...) Mares, ríos, lagos, canales y demás aguas navegables de la Nación que sirvan al tránsito y comercio interjurisdiccional, y en los puertos sometidos a jurisdicción nacional (...)”.

81. Sagüés, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 237.

Sobre este punto, Hernández propone la celebración de convenios entre todas las jurisdicciones participantes⁸², porque, como bien es sabido, las autoridades provinciales conservarán los poderes de policía e imposición sobre los establecimientos de utilidad nacional, en tanto no interfieran con el cumplimiento de los fines específicos de estos establecimientos (art. 75, inciso 30, de la Constitución Nacional).

VII. CONCLUSIONES FINALES

Tal como se ha visto, el Canal de los Andes, la canalización de los arroyos Maldonado y Medrano, la navegación de vapores por los Ríos Bermejo, Salado, Tercero, Santa Cruz y Chubut, el canal de navegación que ligaría al Pueblo de Lobos con el Puerto de La Plata, el proyectado “Canal de Navegación del Sur” que iría desde Olavarría hasta el Riachuelo, la unión de los Ríos Lujan y Reconquista con el Río Matanza - Riachuelo, y la construcción del Canal de Navegación del Norte de la Provincia de Buenos Aires no pudieron concretarse.

La única excepción a esta historia de fracasos ha sido la construcción del Canal San Fernando sobre el continente y la de los canales artificiales sobre las islas del Delta del Paraná, que al presente cuenta con los Canales Leandro N. Alem 1 y 2 y los Canales Arias, De la Serna, Arana, Seoane, Florencio Comas e Irigoyen, todos en servicio.

Alberdi y Sarmiento mantuvieron profundas diferencias personales, llegando incluso a prodigarse –recíprocamente– serias descalificaciones. Sin embargo, del cotejo de *Bases...* con *Argirópolis* surge que, pese a sus diferencias, ambos visionarios fueron coincidentes en destacar la importancia de la navegación de los ríos interiores y de la canalización como vehículo para alcanzar el progreso del país.

Nuestros constituyentes recogieron las ideas alberdianas sobre este punto y, consecuentemente, encomendaron al Congreso Nacional el dictado de leyes de promoción de la construcción de canales navegables y de exploración de los ríos interiores (art. 75, inciso 18).

82. Hernández, Antonio María, “El Proyecto de Canal Navegable Mediterráneo, sus aspectos Constitucionales”, en *La Voz del Interior*, 30/12/1997, p. 13.

No caben dudas de que se trata de una “manda constitucional” que, pese al paso del tiempo, se encuentra plenamente vigente. De hacerla efectiva, dejaríamos atrás esta historia de cancelaciones, proyectos truncos y desilusiones. Es sabida la clara ventaja del transporte fluvial sobre el ferroviario y el camión, como así también la superioridad del ferrocarril sobre el camión. La capacidad de carga de una barcaza es 30 veces superior a la del vagón ferroviario y 50 veces mayor a la de un camión.

Sin embargo, el 80 % del transporte de granos se efectúa mediante camiones, mientras que solo el 15 % se carga en ferrocarriles y apenas el 5 % del total de la carga de granos se transporta por vía fluvial a través de barcas que circulan por la hidrovía Paraná-Paraguay⁸³.

Quizás sea el momento de diversificar la matriz del transporte de cargas, a través del empleo de barcas que, circulando por caminos de agua artificiales, entrelazados con los ferrocarriles y las rutas ya existentes, permitan mejorar la competitividad de nuestras exportaciones y, a la vez, descomprimir el intenso tráfico de camiones en nuestras rutas y autopistas, en beneficio de la seguridad vial y de la reducción de la utilización de combustibles fósiles.

La puesta en marcha de esta iniciativa puede demandar el empleo de miles de trabajadores para las tareas de construcción del canal longitudinal y de sus puertos; contribuir al desarrollo de las poblaciones de la zona de influencia de la proyectada obra, reimpulsar la industria naviera nacional a partir de la construcción en el país de todas las barcas y embarcaciones para empuje necesarias para la operación del canal y ofrecer un nuevo horizonte laboral para los egresados de la Escuela Nacional Fluvial.

Solo basta con desempolvar la solución que el constituyente puso en manos del Congreso Nacional hace ya más de 160 años y que puede dar una “verdadera vuelta de timón” y que está en el artículo 75, inciso 18 de nuestra Constitución. Así, la construcción de canales

83. Braceras, L.; Actis, Raúl y Villa Uría, Alberto, “Exposición sobre el Proyecto de Hidrovía artificial Córdoba-Buenos Aires”, publicado el 14 de abril de 2018, <https://www.nuestromar.org/antiguas/exposicion-sobre-el-proyecto-de-hidrovía-artificial-cordoba-buenos-aires-2> (consultado 8/6/2020).

navegables y la exploración de los ríos interiores puede ser el punto de partida que lleve a la Argentina a buen puerto.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1979.
- Arnaud, Guillermo, *Manuel Belgrano y el Mar*, Boletín del Centro Naval 847, enero-abril 2018, pp. 10-15, <https://www.centronaval.org.ar/boletin/BCN847/847-ARNAUD.pdf> (consultado 8/6/2020).
- Banzato, Guillermo, *Caminos de agua en la pampa. El proyecto del Canal del Norte en la provincia de Buenos Aires (1902-1930)*, III Congreso Latinoamericano de Historia Económica, Bariloche, 2012, http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.1653/ev.1653.pdf (consultado 8/6/2020).
- Bianchi, Alberto B., "La Cláusula del Progreso (con especial referencia a los ferrocarriles)", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública -Rap*: 398, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2011, pp. 15-65.
- Bidart Campos, German J., *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo III, Buenos Aires, Ediar, 1997;.
- Bidegain, Carlos M., *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- Braceras, L.; Actis, Raúl y Villa Uría, Alberto, "Exposición sobre el Proyecto de Hidrovía artificial Córdoba-Buenos Aires", publicado el 14 de abril de 2018, <https://www.nuestromar.org/antiguas/exposicion-sobre-el-proyecto-de-hidrovia-artificial-cordoba-buenos-aires-2> (consultado 8/6/2020).
- Breide Obeid, Rafael L.; Capelluto, Marcelo y Díaz, Pablo D., *Legislación fundamental sobre recursos naturales y ambiente humano sustentable*, Buenos Aires, Gladius, 2005.
- Brailovsky, Antonio Elio, "Buenos Aires, ciudad inundable", *Le Monde Diplomatique*, Buenos Aires, Kaicron, Capital Intelectual, 2010.
- Cormick, Eduardo, *El Primer Viaje*, Junín, Ediciones de las Tres Lagunas, 2010.
- Craveri, Germán, *Tiempos Coloniales. Sociedad y Comercio en el Virreinato*, Buenos Aires, Aquitania Ediciones, 2012.- Cricelli, Susana; Galcerán, Virginia y Obregón, Susana, *La red hídrica en relación al ferrocarril y los asentamientos poblacionales en el noreste bonaerense: los casos de Zárate y Campana. 1880-1930*, Actas del 1^{er} Congreso Iberoamericano de Historia Urbana, Santiago de Chile, 2016, <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/>

- handle/10915/69137/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consultado 8/6/2020).
- De Angelis, Pedro, “Discurso Preliminar al proyecto de navegación del Tercero”, en García, Pedro Andrés, *Memoria sobre la navegación del tercero y otros ríos que confluyen al Paraná*, Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1886, <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/memoria-sobre-la-navegacion-del-tercero-y-otros-rios-que-confluyen-al-parana-> (consultado 8/6/2020).
- Facultad de Filosofía y Letras –Sección de Historia–, *Documentos para la Historia del Virreinato del Río de la Plata*, Tomo III, Buenos Aires, Compañía Sudamericana de Billetes de Banco, 1913.
- Fernández Cornejo, Adrián, *Expedición al Chaco por el Río Bermejo*, Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1886.
- Furlan, Luis F., *La Expedición Page en el Río Pilcomayo (1890-1891)*, Boletín del Centro Naval 811, mayo/agosto 2005, pp. 183-197, <https://www.centronaval.org.ar/boletin/BCN811/811furlan.pdf> (consultado 8/6/2020).
- Gálvez, Jaime, *Rosas y la navegación de nuestros ríos*, Buenos Aires, Huemul, 1955.
- García, Sabrina, *Navegando en la historia del dique seco y Canal San Fernando*, Fundación Histarmar, <https://www.sanfernandonuestro.com.ar/wp/navegando-en-la-historia-del-dique-seco-y-canal-san-fernando/> (consultado 6/6/2020).
- Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005.
- Gianola Otamendi, Alberto, *Canales*, Boletín del Centro Naval N° 846, julio-diciembre 2017, pp. 180-197, <https://www.centronaval.org.ar/boletin/BCN846/846-GIANOLA-OTAMENDI.pdf> (consultado 8/6/2020).
- Gordillo, Gastón, “Barcos varados en el monte. Restos del progreso en un río fantasma”, *Revista Runa*, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Volumen 36, N° 2, 2015, pp. 25-55, <http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/runa/article/view/2229> (consultado 8/6/2020).
- Hernández, Antonio María, “El Proyecto de Canal Navegable Mediterráneo, sus aspectos Constitucionales”, *La Voz del Interior*, 30/12/1997.
- Instituto Nacional del Agua, *Hidro vía Continental. Una propuesta para el desarrollo para la Argentina* (Resumen Ejecutivo), Buenos Aires, 2018.
- Lamas, Andrés (Director), *D. Bernardino Rivadavia. Libro del primer Centenario de su Natalicio*, Buenos Aires, Imprenta de S. Ostwald, 1882.
- Lowey, Leonardo, *Vías navegables y navegación interior, con especiales referencias a la República Argentina*, Buenos Aires, Colección de Tesis Doctorales de

- la Biblioteca Central “Alfredo L. Palacios”, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires, 1930.
- Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo VI, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006.
- Pigretti, Eduardo A., *Política legal de los recursos naturales*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975.
- Sacristán, Estela B., “La Constitución de 1853 como instrumento de progreso económico: Los capitales extranjeros en Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario”, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Constitucional e Instituto de Derecho Administrativo, 2003, pp. 527-550.
- Sagüés, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007.
- Telenoche (5 de junio de 2017), “El increíble Canal de Panamá Argentino que no fue (1ª Parte)”, <https://youtu.be/XivpU1BcEBY> (consultado 10/5/2020).
- Zorraquín Becú, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino (1810-1869)*, T. II, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1988.

Normas citadas

- Ley Nacional N° 2.676 (sancionada el 6/11/1889).
- Ley Nacional N° 4.205, BO 19/3/1903.
- Ley Nacional N° 4.284, BO 12/1/1904.
- Ley Nacional N° 5.559, BO 16/9/1908.
- Ley Nacional N° 18.398, BO 28/10/1969.
- Ley Nacional N° 25688, BO 3/1/2003.
- Ley de la Provincia de Buenos Aires N° 2.317 (promulgada el 17/12/1889).
- Ley de la Provincia de Buenos Aires N° 3.365 (promulgada el 1/9/1911).
- Ley de la Provincia de Buenos Aires N° 2.674 (promulgada el 9/11/1898).
- Ley de la Provincia de Buenos Aires N° 2.832 (promulgada el 14/1/1904).
- Ley de la Provincia de Buenos Aires N° 2.889 (promulgada el 7/10/1904).
- Ley de la Provincia de Buenos Aires N° 3.030 (promulgada el 5/4/1907).
- Ley de la Provincia de Buenos Aires N° 3.459 (promulgada el 22/1/1904).
- Ley de la Provincia de Buenos Aires N° 3.484 (promulgada el 10/5/1913).
- Ley de la Provincia de Buenos Aires N° 3.365 (promulgada el 1/9/1911).

PARTE II

NOTAS Y COMENTARIOS

**LIBERTAD DE EXPRESIÓN,
LIBERTAD DE CÁTEDRA Y DERECHO
AL IDEARIO INSTITUCIONAL**
**FREEDOM OF SPEECH, ACADEMIC FREEDOM AND THE
RIGHT TO INSTITUCIONAL IDEOLOGY**

ALFONSO SANTIAGO (H)¹

Recibido: 1° de octubre de 2020
Aprobado: 2 de octubre de 2020

RESUMEN

La finalidad de este trabajo es vincular la libertad de expresión con la libertad de cátedra y analizar cómo se pueden trasladar a ésta última muchos principios y estándares establecidos por la jurisprudencia constitucional y convencional para tutelar la primera. Por otra parte, se analiza el diferente alcance que la libertad de cátedra tiene en las instituciones públicas y en las de carácter privado, particularmente en aquellas que tienen un ideario.

1. Doctor en Derecho (UBA); Profesor Titular de Derecho Constitucional (Universidad Austral); Miembro Titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; Miembro Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Correo electrónico: asantiago@austral.edu.ar.

PALABRAS CLAVES

Libertad de cátedra; Libertad de expresión; Libertad de pensamiento; Instituciones con ideario.

ABSTRACT

The purpose of this work is to link freedom of expression with academic freedom and analyze how many principles and standards established by constitutional and conventional' case law can be transferred to the latter to protect the former.

KEYWORDS:

Academic freedom; Freedom speech; Freedom of thought; Institutions with ideology.

PARA CITAR ESTE TEXTO

Santiago, Alfonso, "Libertad de expresión, libertad de cátedra y derecho al ideario institucional", *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 10, 2020, pp. 139-158

INTRODUCCIÓN

La finalidad de este trabajo es vincular la libertad de expresión con la libertad de cátedra y analizar cómo se puedan trasladar a ésta última muchos principios y estándares establecidos por la jurisprudencia constitucional y convencional para tutelar la primera.

Del mismo modo que los medios de comunicación cumplen un rol fundamental para el debate de ideas en una sociedad, los centros educativos, de modo especial las Universidades, tienen una misión insustituible en esta materia.

Esta traslación a la libertad de cátedra de los principios y estándares de la libertad de expresión resulta imprescindible ante recientes ataques, limitaciones y amenazas que ella viene sufriendo especialmente en los últimos tiempos.

Recientemente afirmaba Steven Pinker que “hay una tendencia a atacar, acallar y difamar a las personas con ideas o creencias que difieran con la ortodoxia de la izquierda dura, lo cual es peligroso por tres motivos. Primero, porque arruina las vidas de personas inocentes. La segunda, porque intimida a intelectuales, científicos, periodistas o artistas jóvenes o en una posición vulnerable, quienes preferirán callar sus opiniones. Y tercero, lo más importante, porque debilita nuestra habilidad como comunidad para comprender el mundo y resolver nuestros problemas”².

Los profesores universitarios celebramos nuestro día el 17 de septiembre en honor de José Manuel Estrada, quien sufrió en su propia persona la violación de la libertad de cátedra al ser despedido de su tarea docente por defender ideas contrarias al gobierno de su tiempo³.

Todo esto converge en la necesidad de la defensa de la libertad de cátedra por parte de los investigadores y docentes en sus investigaciones, clases y exposiciones.

Claramente, existen modalizaciones del derecho a la libertad de cátedra si ella se ejerce en los centros educativos de gestión pública o se realiza en los centros educativos privados que han adoptado un ideario al que libremente se han comprometido a respetar los docentes que lo integran al momento de su incorporación. De este último aspecto de la libertad de cátedra nos ocuparemos en el segundo apartado de este capítulo.

2. Cfr. Alconada Mon, Hugo, “Steven Pinker. Si solo debatimos sobre ciertas ideas, nos garantizaremos la ignorancia”, *La Nación*, el 5/8/2020, disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/steven-pinker-si-solo-debatimos-ciertas-ideas-nid2413235> (fecha de consulta: 25/9/2020).

3. Un decreto del Presidente Roca expulsó a Estrada de su cátedra de Derecho Constitucional y Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, por su postura en el conflicto a raíz de las maestras protestantes: cfr. Tanzi, Héctor José, *José Manuel Estrada, 1842-1894, apóstol laico del catolicismo*, Buenos Aires, Ediciones Braga, 1994.

I. LA LIBERTAD DE CÁTEDRA EN GENERAL

La libertad de cátedra puede ser definida como la facultad con que cuentan los profesores de los centros educativos⁴ para exponer con plena libertad sus puntos de vistas en sus enseñanzas y publicaciones científicas, sin sufrir censuras previas o sanciones directas o indirectas posteriores por el hecho de no ser compartidas por las autoridades, la opinión pública o un determinado grupo social⁵.

En 1997, y tras cerca de cuarenta años de discusión, la 29ª reunión de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) formuló una resolución sobre la libertad de cátedra en la que se puede leer lo siguiente: “El personal docente de la enseñanza superior tiene derecho al mantenimiento de la libertad académica, es decir, la libertad de enseñar y debatir sin verse limitado por doctrinas instituidas (libertad de cátedra), la libertad de llevar a cabo investigaciones y difundir y publicar los resultados de las mismas, la libertad de expresar libremente su opinión sobre la institución o el sistema en que trabaja, la libertad ante la censura institucional y la libertad de participar en órganos profesionales u organizaciones académicas representativas.

4. Si bien la libertad de cátedra ha surgido inicialmente vinculada a la actividad universitaria, luego se ha extendido a todos los docentes y centros de enseñanza. En ese sentido, el Tribunal Constitucional español ha reconocido la libertad de cátedra de todos los docentes, “sea cual fuere el nivel de enseñanza en el que actúan y la relación que media entre su docencia y su propia labor investigadora”, Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, del Tribunal Constitucional, Fundamento Jurídico.

5. Otros han sostenido que “el derecho fundamental a la libertad de cátedra puede definirse como el derecho de quienes llevan a cabo la función de enseñar a desarrollarla con libertad. Esto supone la facultad que ostenta todo docente de transmitir en su actividad docente sus conocimientos como considere oportuno, de modo que pueda expresar sus ideas y convicciones científicas, técnicas, culturales y artísticas y de elegir el planteamiento teórico y el método, sin más límites que los establecidos en la Constitución y en las leyes y los derivados de la organización de las enseñanzas en la Universidad”, Universidad de Alcalá, “Informe la Libertad de Cátedra en el Espacio Europeo de Educación Superior”, 2016, disponible en: <https://www.uah.es/export/sites/uah/es/conoce-la-uah/.galleries/Galeria-de-descarga-de-Conoce-la-UAH/Galeria-de-descargas-del-Defensor-Universitario/Resumen-Informe-Libertad-de-Catedra.pdf> (fecha de consulta: 25/9/2020).

Todo el personal docente de la enseñanza superior debe poder ejercer sus funciones sin sufrir discriminación alguna y sin temor a represión por parte del Estado o de cualquier otra instancia”⁶.

Por su parte, el *Diccionario panhispánico del español jurídico* define la libertad de cátedra como “el derecho fundamental de los profesores y una de las manifestaciones de la libertad de enseñanza, así como concreción específica de la libertad de expresión, que supone la posibilidad que tienen los docentes de exponer la materia que deben impartir con arreglo a sus propias convicciones –siempre con cumplimiento de los programas establecidos– y a las competencias de los diversos órganos que tienen atribuida la organización de la docencia, por ejemplo, los departamentos en la enseñanza universitaria, en el bien entendido de que éstas sean ejercidas de forma adecuada. Tiene diversa extensión, máxima en la enseñanza universitaria y más matizada en la no universitaria, teniendo en cuenta la edad y consiguiente formación de los alumnos que deben recibirla. En el ámbito de la enseñanza privada también existe la libertad de cátedra, pero debe ejercerse con respeto al carácter propio del centro en el caso de que exista. CE, art. 20.1 c); STC 5/1981, de 13 de febrero (BOE n° 47, de 24 de febrero)”⁷.

La libertad de cátedra tiene una dimensión personal y otra institucional. La primera es la de cada profesor; la segunda hace referencia a las instituciones educativas. En este sentido, cabe recordar que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha extendido este concepto de libertad de cátedra a la libertad académica de la que gozan las universidades, en base a su autonomía, para “determinar por sí misma sobre sus bases académicas: quién puede enseñar, lo que se puede en-

6. UNESCO, “Recomendación relativa a la condición del personal docente de la enseñanza superior”, Actas de la Conferencia General, 29ª reunión. Volumen 1: Resoluciones, 1998.

7. Cfr. Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española, *Diccionario panhispánico de dudas*, 2006, versión online, disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/libertad-de-c%C3%A1tedra> (fecha de consulta: 25/10/2020).

señar, cómo se debe enseñar, y quiénes pueden ser admitidos para estudiar”⁸.

En España, la libertad de cátedra se ha concretado en el ámbito universitario en el artículo 2.3 de la Ley Orgánica N° 6/2001, de Universidades⁹, que dispone que “la actividad de la Universidad, así como su autonomía, se fundamenta en el principio de libertad académica, que se manifiesta en las libertades de cátedra, de investigación y de estudio”. De forma más específica, el artículo 33.2 LOU dispone que “la docencia es un derecho y un deber de los profesores de las Universidades, que ejercerán con libertad de cátedra, sin más límites que los establecidos en la Constitución y en las leyes y los derivados de la organización de las enseñanzas en sus Universidades”.

Como todo derecho, no es un derecho absoluto y pueden existir normas razonables y proporcionadas que encuadren el ejercicio de ese derecho en un determinado marco institucional: organización

8. Cfr. Casos *Regentes de la Universidad de California v. Bakke*, 438 US 265, 312 (1978); *Sweezy v. New Hampshire*, 354 US 234, 262-263 (1957) (voto del Justice Felix Frankfurter); *Stronach c. Virginia State University*, acción civil 3: 07-CV-646-HEH (ED Va. 15 de enero de 2008). En un caso de 2008, un tribunal federal de Virginia dictaminó que los profesores no tienen libertad académica; toda la libertad académica reside en la universidad o el colegio. En ese caso, *Stronach v. Virginia State University*, *supra*, un juez de un tribunal de distrito sostuvo que “no existe ningún derecho constitucional a la libertad académica que prohíba a los altos funcionarios (universitarios) cambiar una calificación otorgada por (un profesor) a una de sus estudiantes”. El tribunal se basó en el precedente obligatorio del caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos de *Sweezy v. New Hampshire* 354 U.S. 234 (1957). Ese tribunal distinguió la situación cuando una universidad intenta coaccionar a un profesor para que cambie una calificación, lo que claramente viola la Primera Enmienda, de cuando los funcionarios universitarios pueden, en su autoridad discrecional, cambiar la calificación ante la apelación de un estudiante. El caso *Stronach* ha recibido una atención significativa en la comunidad académica como un precedente importante.

9. BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2001, pp. 49400 a 49425 (26 pp.), en adelante, LOU.

académica¹⁰, planes de estudio, contenidos mínimos, respeto al orden constitucional¹¹, etc.

Cabe reconocer un aspecto positivo y otro negativo en el contenido de la libertad de cátedra. En relación con lo primero, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que “la libertad de cátedra está relacionada con la existencia de una ciencia libre (y libremente transmisible) no sometida a criterio oficial (...) en el sentido positivo de libre exposición de la propia investigación y de la orientación de

10. Ha sostenido el Tribunal Constitucional español que la libertad de cátedra no puede identificarse con “el derecho de su titular a autorregular por sí mismo la función docente en todos sus aspectos, al margen y con total independencia de los criterios organizativos de la dirección del centro universitario. Es a las Universidades, en el ejercicio de su autonomía, a quienes corresponde disciplinar la organización de la docencia. En consecuencia, los derechos de los artículos 20.1.c) y 27.10 CE lejos de autoexcluirse se complementan de modo recíproco. El derecho a la autonomía universitaria garantiza un espacio de libertad para la organización de la enseñanza universitaria frente a injerencias externas, mientras que la libertad de cátedra apodera a cada docente para disfrutar de un espacio intelectual propio y resistente a presiones ideológicas, que le faculta para explicar, según su criterio científico y personal, los contenidos de aquellas enseñanzas que la Universidad asigna, disciplina y ordena”; Sentencia del Tribunal Constitucional 106/1990, Fundamento Jurídico 6; Sentencia del Tribunal Constitucional 217/1992, Fundamento Jurídico 3. También los tribunales han reconocido la legitimidad de los límites a la libertad de cátedra derivados de la organización de la docencia por parte de la autoridad competente, ya sean las Administraciones Públicas o las propias Universidades. Así, el Tribunal Supremo español ha indicado que la programación general de la enseñanza prevista en el artículo 27 CE habilita a la Administración para tomar medidas de tipo organizativo y limita la libertad de cátedra, “que no puede, en modo alguno, convertir a su titular en omnímodo señor sobre sus alumnos y ajeno a todo control”; Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1989, Fundamento Jurídico 4. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “la existencia de un sistema universitario nacional, impuesto por el artículo 27.8 CE, permite, entre otras cosas, que el Estado pueda fijar en los planes de estudio un contenido que sea el común denominador mínimo exigible para obtener los títulos académicos y profesionales oficiales y con validez en todo el territorio nacional”. Y que “es a las Universidades, en el ejercicio de su autonomía, a quienes corresponde disciplinar la organización de la docencia”; Sentencia del Tribunal Constitucional 106/1990, Fundamento Jurídico 6.

11. El artículo 5º, párr. 3 de la Constitución alemana señala que “la libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución”.

los contenidos docentes”¹². En cuanto a su faz negativa, “la libertad de cátedra habilita al docente para oponerse a la imposición de una orientación ideológica determinada; o dicho de otra manera, la libertad de cátedra es una noción incompatible con la existencia de una ciencia o doctrina oficiales”¹³.

La libertad de cátedra está fuertemente vinculada con la libertad de pensamiento, con la libertad de enseñanza y con la libertad de expresión, pilares de una sociedad abierta y democrática y presupuesto para que se pueda llevar a cabo la tarea de investigación y docencia propia de la vida académica¹⁴.

La vida universitaria es una búsqueda honesta y compartida de la verdad científica, filosófica y teológica. Ello requiere de un espacio plenamente libre para la investigación y el debate de ideas y doctrinas.

No cabe sancionar o silenciar voces y opiniones disonantes por no compartirlas, ni tampoco establecer dogmatismo cerrados, pensamientos únicos hegemónicos, supuestas ortodoxias científicas, rígidas correcciones políticas, listas negras, censuras veladas, exclusiones injustas de los supuestos disidentes o tiranías de la opinión pública, que limiten la exposición respetuosa de las propias ideas, creencias o convicciones en los espacios académicos públicos¹⁵.

12. Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de mayo de 1989, Fundamento Jurídico 2.

13. Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, del Tribunal Constitucional, Fundamento Jurídico 9.

14. Ha afirmado el Tribunal Constitucional español que “la libertad de cátedra, en cuanto libertad individual del docente, es una proyección de la libertad ideológica y del derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones que cada profesor asume como propias en relación con la materia objeto de su enseñanza”, Sentencia 217/1992, de 1º de diciembre de 1992, del Tribunal Constitucional, Fundamento Jurídico 2; Sentencia 179/1996, de 12 de noviembre de 1996, del Tribunal Constitucional, Fundamento Jurídico 2.

15. Para profundizar en estos fundamentos de la libertad de pensamiento para una sociedad libre, puede ser útil la clásica obra John Stuart Mil, *On liberty*, en especial el Capítulo III. Allí señala la uniformidad social como amenaza para la sociedad libre en todo tiempo: “Los hombres leen los mismos libros, escuchan las mismas cosas, ven las mismas cosas, tienen sus deseos y sus miedos dirigidos a los mismos objetos, tienen los mismos derechos y libertades y las mismas maneras de hacerlos valer”. Cfr. Stuart, John, *On liberty*, Kitchener, Batoche Books Limited, 2001, disponible en:

Todo esto daña y distorsiona la vida académica y el desarrollo de la investigación que llega a verdades parciales, necesitadas de la confrontación y la crítica para consolidarse o ser reformulada.

Es importante que las instituciones y espacios de carácter públicos sean especialmente abiertos y plurales. Una sociedad libre, plural y abierta necesita de la protección amplia de la libertad de cátedra, causa y efecto a la vez de libertad de pensamiento, particularmente en su dimensión colectiva.

La teorización y la protección jurídica de la libertad de cátedra cobró un especial impulso ante los intentos totalitarios de excluir la posibilidad de sostener determinadas doctrinas científicas, con el pretexto de que ellas eran “burguesas” o contrarias a los fines estatales en el ámbito de los países comunistas.

Si la libertad de cátedra está vinculada con la libertad de pensamiento, también lo está con la libertad de expresión.

A la hora de fijar el alcance de la libertad de cátedra, resulta especialmente importante tener en cuenta los siguientes fundamentos y criterios ya adoptados para proteger de modo genérico la libertad de expresión, uno de cuyos contenidos es la libertad de cátedra:

- “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”¹⁶.

<https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/mill/liberty.pdf> (fecha de consulta: 25/9/2020), p. 68 (la traducción es propia).

16. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, sobre la colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A No. 5, *párrafo* 70.

- “No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista”¹⁷.
- La libertad de expresión “no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios (...) Es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros”¹⁸.
- “Los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones”¹⁹.
- “La expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles, por lo que para garantizar efectivamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión el Estado no puede limitar indebidamente el derecho a difundir las ideas y opiniones”²⁰.
- “Las opiniones vertidas por el señor Kimel no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio

17. Ídem.

18. Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

19. Ídem.

20. Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor”²¹.

- “El artículo 13 de la Convención protege expresiones, ideas o información «de toda índole», sean o no de interés público. No obstante, cuando dichas expresiones versan sobre temas de interés público, el juzgador debe evaluar con especial cautela la necesidad de limitar la libertad de expresión”²².
- “En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas (...) sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población (...) es mejor para la vida democrática tolerar ese exceso que caer en el contrario, que consistiría en convertir a los jueces en especialistas en ciencia política que –biblioteca en mano– deberían pronunciarse sobre la exactitud de las calificaciones políticas que los *participantes* en el debate social se enrostran mutuamente”²³.
- “En el marco del debate público sobre temas de interés general, y en especial sobre el gobierno, toda expresión que admita ser clasificada como una opinión, por sí sola, no da lugar a responsabilidad civil o penal”²⁴.

Todos estos fundamentos, criterios y estándares tendían a proteger intensamente el ejercicio de la libertad de expresión y procuraban

21. Corte IDH, Caso *Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

22. Corte IDH, Caso *Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265.

23. CSJN, *Quantín, Norberto Julio c/ Benedetti, Jorge Enrique y otros s/ derechos personalísimos*, sentencia del 30/10/2012 (*Fallos*: 335:2150), la cursiva pertenece al original, consids. 11 y 16.

24. CSJN, *Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros*, sentencia del 24 de junio de 2008, *Fallos*: 331:1530, cons. 8°.

reducir al máximo las posibles amenazas a la que ella pudiera estar expuesta. Una doctrina jurídica similar, adaptada específicamente a la realidad y exigencias del mundo académico, corresponde que sea desarrollada para tutelar todo lo posible la libertad de cátedra en los ámbitos públicos.

Al momento de establecer las reglas jurídicas que rigen la actividad de los medios de comunicación, distinguíamos entre hechos, opiniones y agravios, insultos o expresiones de odio y se fijaban criterios. Para los primeros se construyen las doctrinas *Campillay*²⁵ y de la “real malicia”; las opiniones son plenamente libres y por ellas no hay responsabilidad alguna; y los insultos, agravios y manifestaciones de odio no están protegidos constitucionalmente.

De modo análogo, cabría establecer que los hechos científicos están dejados a la libre discusión conforme a las metodologías propias de cada especialidad científica; que las opiniones y juicios de valor sobre una determinada realidad son plenamente libres²⁶; y que los insultos, agravios o expresiones de odio no están comprendidos como contenido de la libertad de cátedra.

Más allá de lo estrictamente jurídico, las exigencias éticas de la actividad universitaria llevarán a exponer las propias ideas de modo fundado de acuerdo con las metodologías propias de cada disciplina científica y de modo respetuoso hacia los demás colegas y alumnos.

La libertad de cátedra está específicamente vinculada a la tarea de enseñar e investigar. Las expresiones públicas de los docentes sobre los diversos temas de debate público, aunque estén relacionados con sus saberes científicos, están protegidos por la libertad de expresión de la cual gozan, al igual que todos los ciudadanos, si bien cabría un particular decoro de los profesores e investigadores cuando expresan sus opiniones en ámbitos públicos.

25. CSJN, *Campillay, Julio César c/ La Razón y otros*, sentencia del 15 de mayo de 1986, *Fallos*: 308:789.

26. La Asociación Americana de profesores universitarios ha elaborado un conjunto de pautas a seguir cuando sus ideas se consideran amenazantes para las agendas religiosas, políticas o sociales: cfr. American Association of University Professors, *Statement on Professional Ethics*, 2009, disponible en: <https://www.aaup.org/report/statement-professional-ethics> (fecha de consulta: 25/9/2020).

II. LA LIBERTAD DE CÁTEDRA EN LOS CENTROS EDUCATIVOS PRIVADOS QUE HAN ADOPTADO UN IDEARIO

Una situación parcialmente distinta en relación a la libertad de cátedra se presenta en las instituciones con un ideario manifiesto y expreso a cuyo respeto se han comprometido libremente quienes trabajan en esa institución²⁷.

Se trata de instituciones educativas que tienen como misión la realización de la tarea docente conforme a una determinada concepción, generalmente fundada en principios de carácter religioso²⁸.

Allí hay que armonizar la libertad de expresión y la libertad de cátedra de los docentes con el derecho de quienes promueven una determinada institución con un fuerte ideario que la dota de sentido y establece su objetivo²⁹.

Así, en relación a la libertad de cátedra en los centros educativos privados, el Tribunal Constitucional español ha afirmado que “la libertad de cátedra es tan plena como en los centros públicos, pero ha de ser compatible con la libertad del centro del que forma parte el ideario del mismo, de manera que la libertad del profesor no le faculta para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, sino sólo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo, no resulten contrarios a aquél”³⁰.

27. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido constantemente que la libertad académica es un derecho de la Primera Enmienda en las instituciones públicas pero no extensible sin más a las instituciones privadas, incluidas las de carácter religioso: cfr. *Sweezy v. New Hampshire*, 354 US 234 (1957); *Keyishian v. Board of Regents*, 385 US 589 (1967); *Regentes de la Univ. of Michigan v. Ewing*, 474 US 214 (1985).

28. Cfr. Santiago, Alfonso, “El derecho al ideario en las instituciones de inspiración religiosa”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2018, Cap. XIV, pp. 343-357.

29. El Tribunal Constitucional español ha sostenido que el derecho a la libertad de cátedra está sujeto a “límites necesarios” que resultan de su propia naturaleza, de su articulación con otros derechos o de lo que el legislador establezca, respetando su contenido esencial; cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, Fundamento Jurídico 7.

30. Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, del Tribunal Constitucional, Fundamento Jurídico 10.

Si una determinada institución cuya finalidad es la difusión de las ideas marxistas contrata a un investigador basado en que él adhiera libre y plenamente a esa ideología y tiempo después esa persona cambia radicalmente su postura y prefiere ahora difundir las ideas del liberalismo, es lógico que esa institución intente prescindir de sus servicios profesionales y contratar a otra persona más afín al ideario y misión propia de la entidad. Si ello se hace de modo correcto y delicado, no cabe considerar que hay allí una presunta discriminación o atentado a la libertad de cátedra del investigador, sino un cambio muy importante de circunstancias que torna lógica y razonable su desvinculación.

Siendo las instituciones con ideario personas de derecho privado, corresponderá la aplicación de las normas laborales que permiten esta clase de desvinculación con la indemnización pertinente.

Recientemente, en julio de 2020, la Corte Suprema norteamericana, en dos casos muy similares, *Our Lady of Guadalupe School v. Agnes Morrissey-Berru* y *St. James School, v. Darryl Biel*³¹, extendió los criterios fijados en el caso *Hossana Tabor* en el año 2012³² respecto de los minis-

31. *Our Lady of Guadalupe School v. Agnes Morrissey-Berru* y *St. James School, v. Darryl Biel*, 591 U.S. ____ (2020).

32. *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 565 U.S. 171 (2012). En este *leading case* la Corte norteamericana señaló que, más allá de la arbitrariedad o no de la decisión adoptada en torno al despido, no era procedente la aplicación de las leyes laborales sobre despido arbitrio y/o discriminatorio vigente en el país a las relaciones entre la comunidad religiosa y sus ministros. Existe en esta materia una “excepción ministerial” que impide esa aplicación directa e inmediata. El tribunal privilegia la no intromisión de las autoridades públicas en los conflictos que se suscitan entre las iglesias y sus ministros. El dique de separación entre autoridades civiles y religiosas impide que las primeras se entrometan en las cuestiones propias de las últimas. Es muy interesante la mención de que, por ejemplo, no podría considerarse discriminatorio y contrario al derecho a la igualdad que la ordenación sacerdotal esté reservada en la Iglesia Católica sólo a los varones. Este respeto a la esfera propia del fenómeno religioso viene, a criterio del máximo tribunal norteamericano, exigida constitucionalmente. El tribunal extrajo de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana la doctrina legal de la “excepción ministerial”, que establece que no aplican las leyes de discriminación en las relaciones laborales entre las instituciones religiosas y sus “ministros”, a fin de que se

tros de una comunidad religiosa a los docentes de los establecimientos educativos católicos.

Dos maestras que estaban empleadas en distintos colegios católicos del Arzobispado de Los Ángeles, Agnes Morrissey-Berru, de Our Lady of Guadalupe, y Darryl Biel, de St. James School, demandan a sus respectivos ex colegios por distintos motivos discriminatorios a la hora de desvincularlas³³.

Los colegios consiguen un fallo a favor en primera instancia, respaldados por la doctrina legal de la *excepción ministerial* surgida del fallo *Hossana-Tabor*, como principio que rige las relaciones entre las comunidades religiosas y sus ministros.

El Ninth Circuit revocó ambos fallos: entendió que en estos casos no aplicaba la *excepción ministerial* para ninguna de las maestras. En el caso de Morrissey, porque no contaba *formalmente* con el título de ministro. En el caso de Biel, por lo anterior y porque no tenía estudios religiosos tan profundos como el actor en el caso *Hossana-Tabor*³⁴. Incluso llegó a decir, en uno de los casos, que la excepción no aplicaba porque la maestra no era “practicante” de la fe con la que se reconoce a su ex colegio.

La Corte Suprema toma el pedido de *certiorari* de los dos colegios y falla 7 votos a 2 a favor de la extensión a los profesores de la excepción ministerial. El voto mayoritario decide que la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, que establece la completa separación entre el Estado y las comunidades religiosas, no le permite al Estado intervenir en disputas laborales que involucren a maestros de instituciones religiosas que tienen como misión transmitir la fe.

El máximo tribunal norteamericano reafirma que la Primera Enmienda protege el derecho de las instituciones religiosas “a decidir por sí mismas, libres de la interferencia del Estado, en cuestiones de gobierno de la Iglesia, así como también en aquellas de fe y doctrina”,

resgarden el derecho de las instituciones religiosas a elegir sus propios ministros y se prevenga el involucramiento del gobierno en decisiones eclesiales.

33. Morrissey alega que por cuestiones de edad; Biel, por haber pedido licencia para un tratamiento.

34. Era maestra general de un curso de primaria y entre las materias que daba estaba catequesis. Es decir que era catequista, pero no teóloga ni filósofa.

como ya había dicho en *Kedroff v. Saint Nicholas Cathedral of Russian Orthodox Church in North America* (1952)³⁵.

También menciona que los colegios religiosos privados existen para la educación y formación religiosa de los estudiantes y que, al ser así, es evidente que la selección y supervisión de los maestros a quienes el colegio confía la transmisión de la fe se vuelve una facultad esencial para que el colegio cumpla su misión. Sostiene el tribunal que “el control de constitucionalidad sobre el modo en el que los colegios religiosos llevan a cabo estas responsabilidades socavaría la independencia de las instituciones religiosas de una manera que la Primera Enmienda no tolera”. Entiende que, en estos dos casos, las decisiones tomadas por los colegios recaen dentro de la esfera de la autonomía de las instituciones religiosas.

La Corte entiende “ministro” en un sentido material amplio y no meramente formal. Por eso, *Morrisey-Berry* y *Biel*, siendo maestras, califican para la aplicación de la *excepción ministerial*: las dos tenían expresamente asumido el deber de transmitir la fe a sus estudiantes y de enseñarles cómo vivirla, independientemente de tener o no el título formal de “ministro”.

De esta manera, la Corte no interfiere en el ámbito religioso al intentar decir quién es ministro y quién no. Sobre el final del fallo dice que basta con determinar si hay o no un rol de “ministro” en el caso que le toca juzgar. “Lo que importa, en el fondo, es lo que el empleado hace”. Asume el riesgo de generar una mayor inseguridad jurídica en pos de salvaguardar la libertad de las instituciones religiosas.

El Ninth Circuit tomó un criterio equivocado al interpretar el precedente *Hossana Tabor* al tratar las circunstancias que la Corte había entendido como relevantes en ese caso, como una *checklist* de ítems que tienen que estar presentes para que se dé la excepción ministerial. Realizó un análisis demasiado formal sobre quién es o no ministro, al evaluar si mediaba el título y el nivel de la formación religiosa del empleado. Llegó a decir que no aplica la excepción a menos que el empleado sea un miembro “practicante” de la religión a la que

35. 344 U. S. 94, 116 (1952).

se le asocia. La Corte rechaza esa interpretación, ya que implicaría la interferencia judicial en cuestiones puramente religiosas.

En estos fallos de la Corte Suprema está implícito el reconocimiento de que educar a los jóvenes en la fe, inculcarles sus enseñanzas e incentivarlos a vivirla son responsabilidades que están en lo más nuclear de la misión de un colegio religioso privado. Y entiende que, para que todo eso se pueda cumplir, resulta indispensable que se reconozca su autonomía en cuanto a decisiones de funcionamiento interno: por ejemplo, en las decisiones sobre a qué maestros o catequistas toma y a cuáles decide desvincular para que la fe se transmita mejor a sus alumnos.

Tenemos aquí una clara defensa por parte de la Corte Suprema norteamericana de la autonomía de las instituciones educativas con ideario fundado en concepciones religiosas, que se proyecta claramente en la libertad de cátedra de los docentes en esta clase de instituciones. Ellas tienen pleno derecho a exigir de sus docentes el respeto de sus idearios si ellos han sido planteados y expuestos públicamente como fundamento de su proyecto institucional.

III. CONCLUSIONES

Luego de los desarrollos que hemos realizado, considero que podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- a) La libertad de cátedra, clave de toda la actividad docente y universitaria, se enriquece fuertemente si se la pone en relación con la libertad de pensamiento y, especialmente, con la libertad de expresión, proyectando sobre ella todo el sistema protectorio ya desarrollado sobre este último derecho constitucional y convencional.
- b) La libertad de cátedra tiene alcance distinto en las instituciones públicas y en las de carácter privado, particularmente en aquellas que adhieren expresamente a un determinado ideario.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Alconada Mon, Hugo, "Steven Pinker. Si solo debatimos sobre ciertas ideas, nos garantizaremos la ignorancia", *La Nación*, el 5/8/2020, Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/steven-pinker-si-solo-debatimos-ciertas-ideas-nid2413235> (fecha de consulta: 25/9/2020).
- American Association of University Professors, Statement on Professional Ethics, 2009, disponible en: <https://www.aup.org/report/statement-professional-ethics> (fecha de consulta: 25/9/2020).
- Santiago, Alfonso, "El derecho al ideario en las instituciones de inspiración religiosa", en *Estudios de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2018, Cap. XIV, pp. 343-357.
- Stuart, John, *On liberty*, Kitchener, Batoche Books Limited, 2001, disponible en: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/mill/liberty.pdf> (fecha de consulta: 25/9/2020)
- Tanzi, Héctor José, *José Manuel Estrada, 1842-1894, apóstol laico del catolicismo*, Buenos Aires, Ediciones Braga, 1994.
- UNESCO, "Recomendación relativa a la condición del personal docente de la enseñanza superior", Actas de la Conferencia General, 29ª reunión, Volumen 1: Resoluciones, 1998.
- Universidad de Alcalá, "Informe la Libertad de Cátedra en el Espacio Europeo de Educación Superior", 2016, disponible en: <https://www.uah.es/export/sites/uah/es/conoce-la-uah/.galleries/Galeria-de-descarga-de-Conoce-la-UAH/Galeria-de-descargas-del-Defensor-Universitario/Resumen-Informe-Libertad-de-Catedra.pdf> (fecha de consulta: 25/9/2020).

Jurisprudencia citada

Corte Suprema norteamericana

Regentes de la Universidad de California v. Bakke, 438 US 265 (1978).

Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234 (1957).

Stronach c. Virginia State University, acción civil 3: 07-CV-646-HEH (ED Va. 15 de enero de 2008).

Keyishian v. Board of Regents, 385 US 589 (1967).

Regentes de la Univ. of Michigan v. Ewing, 474 US 214 (1985).

LIBERTAD DE EXPRESIÓN, LIBERTAD DE CÁTEDRA Y DERECHO...

Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission, 565 U.S. 171 (2012).

Our Lady of Guadalupe School v. Agnes Morrissey-Berru y St. James School, v. Darryl Biel, 591 U.S. ____ (2020).

Tribunal Constitucional Español

Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981.

Sentencia del Tribunal Constitucional 106/1990.

Sentencia del Tribunal Constitucional 217/1992.

Sentencia del Tribunal Constitucional 179/1996.

Corte IDH

Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985 sobre la colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A No. 5.

Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

Caso *Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

Caso *Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Quantín, Norberto Julio c/ Benedetti, Jorge Enrique y otros s/ derechos personalísimos, sentencia del 30 de octubre de 2012 (Fallos: 335:2150).

Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros, sentencia del 24 de junio de 2008, (Fallos: 331:1530).

Campillay, Julio César c/ La Razón y otros, sentencia del 15 de mayo de 1986 (Fallos: 308:789).

Normas citadas

España: Constitución española / Ley Orgánica N° 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2001, pp. 49400 a 49425 (26 pp.).

Estados Unidos: Constitución norteamericana.

UNA MIRADA SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

COLOMBIAN CONSTITUTIONAL CONTROL IN A NUTSHELL

MARÍA MILAGROS FLORES¹

Recibido: 14 de octubre de 2020
Aprobado: 21 de octubre de 2020

RESUMEN

En el presente trabajo se explicará cómo se realiza el control de constitucionalidad en la República de Colombia y luego se realizarán, en forma sucinta, observaciones respecto de dicho control. Resulta llamativo el hecho de que sin perjuicio de que a la Corte Constitucional

1. Abogada, graduada con Diploma de Honor (Pontificia Universidad Católica Argentina, 2016). Alumna de la Especialización en Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica Argentina. 2017-2019 - tesis pendiente. Especializada en Derecho Administrativo por la Universidad de Salamanca (2019). Secretaria Privada en el Juzgado nro. 7 del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ex becaria del programa "Santander Universidades" (2014). Correo electrónico: floresmariamilagros@gmail.com.

El presente trabajo se enmarca en el proyecto IUS de la Universidad Católica Argentina denominado "El precedente en América Latina" (VRI PI 01/2019), dirigido por la Dra. Florencia Ratti Mendaña, a quien agradezco por sus constantes enseñanzas y por sus comentarios y observaciones a la versión preliminar de este trabajo.

se le encomendó la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución Política, el control de constitucionalidad no es concentrado, sino más bien mixto. Ello así por cuanto la jurisdicción constitucional es compartida, por un lado, con el Consejo del Estado y, por otro, con el resto de los jueces. Asimismo, el referido control puede ser realizado por cualquier autoridad administrativa e, incluso, por los particulares, cuando tienen que aplicar una norma jurídica en un caso concreto.

PALABRAS CLAVE

Constitución; Control de constitucionalidad; Colombia, Corte Constitucional; Sistema de control de constitucionalidad mixto.

ABSTRACT

This work explains how the constitutional control is carried out in the Republic of Colombia. It is remarkable that, though the Political Constitution of Colombia trusts the Constitutional Court for the maintenance of its integrity, this country does not have a concentrated constitutional review system, but a mixed one. This is so because the constitutional jurisdiction is shared by the Constitutional Court, the Council of State, and the rest of the judges from the Judicial Branch. Likewise, the constitutional control can be carried out by any administrative authority or individual when, in a specific case, they must apply a particular rule.

KEYWORDS

Constitution; Constitutional Control; Colombia; Constitutional Court; Mixed Constitutional Review System.

PARA CITAR ESTE TEXTO

Flores, María Milagros, "Una mirada sobre el control de constitucionalidad en Colombia", *FORUM: Revista del Centro de Derecho Cons-*

titucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, N° 10, 2020, pp. 159-182.

I. INTRODUCCIÓN

Como bien lo ha expresado Bianchi, el control de constitucionalidad constituye la columna vertebral del mundo de la Constitución. Esta última, a diferencia de las demás leyes que conforman el ordenamiento jurídico, posee una diferencia cualitativa: está destinada a ordenar e infundir los principios rectores del resto de dicho ordenamiento².

El renombrado autor Sánchez Agesta ha señalado que el carácter fundamental de la Constitución se manifiesta de varias maneras. En primer lugar, desde un punto de vista sociológico, la Constitución formula los valores que tienen vigencia para una comunidad y es la expresión consecuente de las fuerzas y los elementos sociales que los representan.

En segundo lugar, desde el punto de vista político, la Constitución contiene el *mínimum* de elementos para que una comunidad política o Estado pueda existir y que le imprimen una forma específica. Desde esta perspectiva, la Constitución es la esencia del orden.

En tercer lugar, desde el enfoque jurídico, la Constitución es el cimiento o base sobre la cual descansa el resto del ordenamiento. Es la premisa mayor de la cual derivan las restantes leyes. La Constitución es la fuente de las restantes leyes y constituye la garantía de unidad del ordenamiento jurídico, estableciendo los órganos de gobierno y el contenido de sus competencias³.

En la citada obra, Bianchi explica que: “[I]a Constitución es el fruto de la idea central que la anima: el sometimiento del gobierno a la ley. Este principio obra como presupuesto de cualquier Estado de Derecho que es, en sí mismo, un Estado controlado desde adentro por

2. Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2002, p. 29.

3. Sánchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política*, Madrid, Editorial Nacional, 1976, pp. 374, 376 y 377, respectivamente.

sus propios órganos en recíproca interacción y desde afuera por la comunidad gobernada”⁴.

A continuación, explica que el intento de someter el gobierno a la ley ha sido realizado a través de dos sistemas que, si bien en sus orígenes han sido diferentes, hoy en día presentan ciertas similitudes, añadiendo que cada uno de estos sistemas “ha engendrado modelos diversos de control de constitucionalidad”⁵.

Así, por una parte, los norteamericanos han desarrollado un modelo de control de constitucionalidad judicial difuso, en el cual son los jueces en general quienes se encuentran facultados para realizar dicho control (quedando reservada la última palabra a la Corte Suprema), y que solo tiene lugar siempre que haya un caso judicial. Este sistema está fundado en un control posterior caso por caso y sin efectos derogatorios sobre la norma cuestionada. “El control norteamericano es así un control incidental ejercido en el curso de un proceso, como excepción a la aplicación de una norma planteada por una de las partes en litigio”⁶.

Por otra parte, los europeos desplegaron un modelo de control concentrado en un tribunal constitucional (ya sea en un tribunal especialmente creado al efecto, o bien, en el superior tribunal del país). En este sistema, el control es previo y abstracto. “El control europeo (...) asume un rol más explícito y se torna en una función jurisdiccional autónoma en cabeza de órganos especialmente dotados al efecto”⁷.

De lo expuesto se desprende que, si bien existe concordancia respecto del carácter supremo de la Constitución, no existe unanimidad respecto de cuál es el medio adecuado para garantizar su cumplimiento.

Ahora bien, pese a que los modelos de control de constitucionalidad se han agrupado a los fines de su clasificación en estos dos grandes grupos, como se verá en el acápite siguiente, no todos los Estados los han adoptado en su estado puro⁸.

4. Bianchi, Alberto B., ob. cit. p. 36.

5. Bianchi, Alberto B., ob. cit., p. 36.

6. Bianchi, Alberto B., ob. cit., p. 108.

7. Bianchi, Alberto B., ob. cit., p. 109.

8. En atención a la extensión del presente artículo, solo se hizo referencia a la clasificación tradicional de los sistemas de control de constitucionalidad. Sin embar-

Precisamente, este trabajo tiene por finalidad explicar el sistema de control de constitucionalidad que ha sido adoptado por la República de Colombia. En primer lugar, se expondrá brevemente la clasificación de los modelos de control de constitucionalidad. A continuación, y para una mejor comprensión del tema, se describirá la conformación del Poder Judicial colombiano para luego pasar al tema central, esto es, el sistema de control de constitucionalidad colombiano. Finalmente, se realizarán, en forma sucinta, observaciones respecto de dicho control.

II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

II.1. *Conformación del Poder Judicial colombiano*

Previo a pasar a la parte medular del presente trabajo, resulta necesario hacer una breve mención sobre la organización del Poder

go, no se me escapa que existe una nutrida multiplicidad de sistemas de control. Por ejemplo, Sagüés clasifica a los diferentes sistemas de control desde diversos ángulos. Así, enseña que, en función de su admisión o rechazo, es decir, según permitan o no el control de constitucionalidad, los regímenes pueden ser positivos (admisorios) o negativos, pudiendo los primeros, a su vez, ser completos o incompletos, expresos o implícitos. Asimismo, en función del órgano de control, pueden encontrarse los regímenes judiciales (o con fisonomía judicial), que pueden ser comunes, especializados, mixtos, difusos o concentrados; y los no judiciales (parlamentario, ejecutivos, comiciales, o por órganos *sui generis*). Dentro de esta clasificación, explica que en razón de la composición del órgano de control dichos cuerpos son letrados, legos o mixtos; por su duración, permanentes o *ad hoc*; por su relación con el Estado, nacionales o supranacionales. Por otra parte, explica que estos sistemas pueden clasificarse en función del procedimiento de control, clasificación que merece, a su vez, subclasificaciones. En razón del momento, el control puede ser preventivo, reparador o mixto. Por el modo de articularlo, como acción o excepción. Por la forma de tramitarlo, condicionado o incondicionado. Y en cuanto a los sujetos que lo impulsan, restringido, amplio o amplísimo. Por otro lado, según el radio de acción, el sistema de control es total o parcial; por actos, omisiones o mixto. Por último, en función del efecto, los sistemas son no decisorios o decisorios (y aquí, con proyección al caso concreto o *erga omnes*). Ver al respecto: Sagüés, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, capítulo II.

Judicial colombiano (denominado en Colombia: “Rama Judicial”), el cual tiene la particularidad, a diferencia de Argentina, de contar con más de una jurisdicción y –como consecuencia de ello– con más de un tribunal supremo.

La organización y el funcionamiento de este Poder se rige, principalmente, por lo establecido en la Constitución Política de Colombia⁹ (Títulos V y VIII;), en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia¹⁰ y en las leyes que regulan cada una de las jurisdicciones.

En el artículo 116 de la Carta Política colombiana se dispone lo siguiente:

“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, Comisión Nacional de Disciplina¹¹, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente, la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

Por su parte, en la LAJ (y sus modificatorias), se precisó que la Rama Judicial está integrada por: a) la Jurisdicción Ordinaria, b) la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, c) la Jurisdicción Consti-

9. Versión publicada en la Gaceta Constitucional No. 116, del 20 de julio de 1991. En adelante, “Carta Política”.

10. Ley N° 270 de 1996, publicada en el Diario Oficial No. 42.745, del 15 de marzo de 1996. En adelante, “LAJ”.

11. El artículo 26 del Acto Legislativo 2 de 2015 dispuso: “Sustitúyase la expresión «Consejo Superior de la Judicatura» por la de «Comisión Nacional de Disciplina Judicial»”. Sin perjuicio de ello, en la actualidad, este organismo todavía no ha sido creado, razón por la cual el Consejo Superior de la Judicatura no ha sido disuelto.

tucional, d) la Jurisdicción de Paz, e) La Fiscalía General de la Nación y f) el Consejo Superior de la Judicatura.

En lo que aquí interesa, y siguiendo el orden establecido en la LAJ, cabe hacer una somera exposición sobre la composición y competencia de la Jurisdicción Ordinaria. Esta es la encargada de resolver los litigios relacionados con asuntos civiles, comerciales, penales, laborales, agrarios y de familia. Es administrada en orden jerárquico por: la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Juzgados del Circuito, los Juzgados Municipales y los Juzgados Promiscuos.

Por otro lado, se encuentra la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la que se dirimen las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas y de las privadas, cuando cumplan funciones públicas, excepto cuando se trate de controversias sobre providencias dictadas en juicios de policía de carácter penal o civil. Es decir, se trata de la jurisdicción que conoce los temas que involucran a las entidades y organismos de la Rama Ejecutiva del Poder Público de Colombia¹². Está integrada, jerárquicamente, por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los jueces administrativos.

Por último, la Jurisdicción Constitucional, constituida por la Corte Constitucional, órgano creado en la reforma constitucional de 1991, es aquella encargada de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución¹³.

A pesar de lo dispuesto en las aludidas normas, hay autores, como Sagüés, que sostienen que “la situación institucional de esta

12. Departamento Nacional de Planeación, “Elementos básicos sobre el Estado Colombiano”, Bogotá, febrero 2010, p. 87.

13. Vale aclarar que, previo a la reforma, la Corte Suprema de Justicia contaba con una Sala Constitucional, la cual proyectaba los fallos de naturaleza constitucional que debían ser aprobados o improbados por la plenaria de esta Corte. De ese modo, la Corte Suprema de Justicia era la cabeza de la jurisdicción ordinaria, a la vez que ejercía el control constitucional de los actos legislativos, las leyes y los decretos extraordinarios.

Corte, ubicada dentro de la «Rama Judicial» (título VIII de la Constitución) tiende a ser, no obstante, la de un órgano extrapoder¹⁴.

A los órganos de cierre de estas tres jurisdicciones, es decir, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, se las suele denominar en el Derecho colombiano “Altas Cortes”.

II.II. Sistema de control de constitucionalidad

Colombia tiene un sistema de control de constitucionalidad mixto, pues, si bien cuenta con una Corte Constitucional, a la cual la Constitución le ha confiado la guarda de la supremacía y de la integridad de aquella, dicho órgano no ejerce un monopolio del referido control.

Ello así, en tanto, por un lado, comparte la función de control abstracto sobre las normas de inferior jerarquía con el Consejo de Estado y, por otro, como consecuencia de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4 de la Carta Política¹⁵, cualquier autoridad (judicial y administrativa) se encuentra facultada para ejercer dicho control. Es decir que, en un caso concreto y con efecto *inter-partes*, dichas autoridades pueden abstenerse de aplicar una norma cuando aquella contradiga en forma flagrante el texto de la Carta Política.

En este sentido, la Corte Constitucional ha afirmado que el control constitucional colombiano ha sido “calificado por la doctrina como un sistema mixto, ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución”¹⁶.

Asimismo, en el segundo párrafo del artículo 43 de la LAJ se dispone que “[t]ambién ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban

14. Sagüés, Néstor P., ob. cit., p. 46.

15. Artículo 4° de la Constitución Política: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)”.

16. Corte Constitucional, sentencia C-122 de 2011, del 1° de marzo de 2011, magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales”.

De conformidad con ello, la Corte ha señalado que, “dentro de los parámetros definidos por el artículo 86 fundamental, cada juez de la República, al momento de resolver un asunto de tutela, también está haciendo parte de la llamada jurisdicción constitucional”¹⁷.

En este contexto, cabe referir cuáles son las acciones en virtud de las que los órganos mencionados ejercen el control de constitucionalidad. Estas son: la acción pública de inconstitucionalidad¹⁸, la acción de nulidad por inconstitucionalidad¹⁹, la acción de tutela²⁰ y, conforme tiene dicho la Corte Constitucional, “aunque no es considerada como una acción, también se puede incluir aquí la excepción de inconstitucionalidad, como un corolario del derecho a la supremacía de la Constitución”²¹.

De lo expuesto se desprende que el control es ejercido *ex post*. Sin embargo, en la Constitución Política también se prevé el control *ex ante*. Así, por ejemplo, en el artículo 241 de aquella se contempla la revisión automática u oficiosa por parte de la Corte Constitucional de determinados decretos y leyes; en el artículo 167²² se establece el

17. Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, del 5 de febrero de 1996. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

18. Prevista en el artículo 241 de la Constitución Política.

19. Estipulada en el artículo 237, inciso 2º, de dicha norma.

20. Establecida en el artículo 86 de la Carta Política.

21. Corte Constitucional, sentencia C-560 de 1999, del 4 de agosto de 1999. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

22. “El proyecto de ley objetado total o parcialmente por el Gobierno volverá a las Cámaras a segundo debate. El Presidente sancionará sin poder presentar objeciones el proyecto que, reconsiderado, fuere aprobado por la mitad más uno de los miembros de una y otra Cámara. Exceptúase el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En tal evento, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Constitucional para que ella, dentro de los seis días siguientes, decida sobre su exequibilidad. El fallo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si lo declara inexecutable, se archivará el proyecto. Si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inexecutable, así lo indicará a la Cámara en que tuvo su origen para que, oído el Ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte. Una vez cumplido este trámite, remitirá a la Corte el proyecto para fallo definitivo”.

examen por parte de aquella Corte de las objeciones presidenciales cuando han sido rechazadas por las Cámaras Legislativas.

II.II.I. Acción pública de inconstitucionalidad

El doctrinario argentino Jorge Alejandro Amaya advirtió que Colombia ha sido destacada por prever, en su ordenamiento jurídico, la existencia de la acción pública de inconstitucionalidad. En ese marco, explicó que aquella, creada en 1910, permite a cualquier ciudadano solicitar el control de constitucionalidad de las leyes y decretos y que, en caso de prosperar la acción, se procede a anular la norma contraria a la Constitución²³.

Por su parte, el autor colombiano Quinche Ramírez ha enseñado que la referida acción es, a la vez, una acción constitucional y un derecho político y que puede ser definida como el derecho político que tienen los ciudadanos (cfr. lo dispuesto en el artículo 40, inciso 6º, de la Carta Política), para acudir ante la Corte Constitucional y demandar un acto reformatorio de la Constitución, una ley o un decreto con fuerza de ley, cuando se considera que cualquiera de ellos vulnera la Constitución Política²⁴.

En el terrero jurisprudencial, la propia Corte Constitucional ha determinado que la finalidad de esta acción consiste en demandar la inconstitucionalidad de actos de carácter general con contenido material de ley, es decir, aquellos que tengan virtualidad de modificar, subrogar o derogar la ley, expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional.

Aparte, agregó que también constituyen objeto de esta acción los “decretos o actos atípicos o especiales, diferentes a los indicados en los artículos 241 y 10 transitorio de la Constitución, que por mandato de la [C]arta Política también contienen fuerza material de ley, como

23. Amaya, Jorge Alejandro, *Control de Constitucionalidad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2015, pp. 320-321.

24. Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *La acción de inconstitucionalidad*, Bogotá, Editorial de la Universidad del Rosario, 2015, pp. 41-42.

los del siguiente listado (...) meramente enunciativo: (i) decretos con fuerza de ley, expedidos con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991; (ii) decretos compilatorios de normas con fuerza de ley; (iii) decretos que declaran un estado de excepción; (iv) decretos expedidos con base en disposiciones constitucionales transitorias diferentes al artículo 10 transitorio; (v) decretos que corrigen yerros de normas con fuerza de ley; etc.”²⁵.

En el mismo pronunciamiento añadió que, también, resultaba competente para “conocer, en específicas circunstancias de control, la exequibilidad²⁶ de (i) decretos de ejecución de la convocatoria a referendo; (ii) acto electoral que determina el censo en el marco de una reforma constitucional mediante referendo; (iii) acto electoral que declara la aprobación de un referendo; (iv) actos de gestores de una iniciativa popular para el trámite de una ley que convoca a referendo; (v) decretos de convocatoria al Congreso a sesiones extraordinarias; (vi) decretos o actos adoptados en cumplimiento de un acto legislativo y (vii) acuerdos internacionales simplificados reguladores de materias propias de un tratado internacional”.

Como bien resaltó el autor argentino en su obra, los fallos que dicte la Corte Constitucional cuando ejerce el control constitucional gozan de fuerza de cosa juzgada y poseen efectos *erga omnes* y hacia el futuro. Esto se encuentra previsto expresamente en el artículo 243 de la Constitución, que dispone: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

25. Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013, del 13 de julio de 2013. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

26. En el derecho colombiano, los términos “exequible” e “inexecutable” se utilizan como sinónimos de lo que en Argentina conocemos como “constitucional” e “inconstitucional”.

En igual sentido, en el Decreto N° 2.067 de 1991²⁷, relativo al régimen procedimental de los juicios y actuaciones que se lleven a cabo ante la Corte Constitucional, se establece que las sentencias que dicte la Corte tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de cumplimiento obligatorio para todas las autoridades y los particulares.

En este contexto, no resulta ocioso mencionar que, en el artículo 48 de la LAJ, respecto del alcance de las sentencias aquí estudiadas (como así también las que expide la Corte al ejercer el control de constitucionalidad cuando realiza la revisión previa de las normas legales o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad), se dispone que solo la parte resolutive goza de carácter obligatorio y de efectos *erga omnes*, en tanto que la parte motiva únicamente constituye un criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general²⁸.

Con el fin de esclarecer la aludida norma constitucional, la Corte ha definido a la “cosa juzgada constitucional” como “el carácter inmutable de las sentencias de la Corte Constitucional, cuyo principal efecto es que una vez [que aquella Corporación] se ha pronunciado de fondo sobre la exequibilidad de un determinado precepto, no puede volver a ocuparse del tema”²⁹.

27. Publicado en el Diario Oficial No. 40.012, del 4 de septiembre de 1991 (por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional). Ver artículo 21.

28. A pesar de lo dispuesto en esta norma, debe señalarse que desde antaño la jurisprudencia constitucional ha identificado que la sentencia se encuentra conformada por distintas partes. Así, indicó que dentro de una decisión judicial pueden diferenciarse los siguientes aspectos: por un lado, la parte resolutive (la cual a veces es llamada “*decisum*”), la *ratio decidendi* y los *obiter dicta* (Corte Constitucional, sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero). A raíz de la identificación de las distintas partes, realizó un análisis sobre la vinculatoriedad de cada una de estas.

En lo que a este apartado ocupa, en la sentencia T-292 de 2006, del 6 de abril de 2006, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, se remarcó que en el artículo 243 de la Carta se indicaba en forma expresa la obligatoriedad de la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad.

29. Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013 citada *supra*.

Asimismo, y en lo que a este trabajo interesa, esta Alta Corte proclamó que una de las consecuencias de otorgar efecto de cosa juzgada constitucional es que estas decisiones “adquieren valor jurídico y fuerza vinculante. En ese sentido, la cosa juzgada constitucional, además de proteger la supremacía normativa de la Carta, está llamada a garantizar la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados, ya que por medio de esta figura, se garantiza que el órgano encargado del control constitucional sea consistente con las decisiones que ha adoptado previamente”³⁰.

En consonancia con lo expresado por la jurisprudencia, el doctrinario Pulido Ortiz³¹ afirmó que las sentencias que dicta la Corte en estas acciones tiene fuerza vinculante, cuyo fundamento reside en el artículo 243 de la Constitución Política³², en el cual se les concede efectos *erga omnes*. Con el mismo criterio, el Dr. Sarmiento Erazo destacó que podría aceptarse que, conforme al artículo 243 de la Constitución Política, “se disponga de una evidente capacidad vinculante del precedente, en la medida en que se consagra la cosa juzgada constitucional, que puede extraer e incorporar normas a las disposiciones que son juzgadas (...)”³³.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha explicado que “la cosa juzgada constitucional «se predica tanto de los fallos de inexecutable como de los de exequibilidad, vincula a todas las autoridades –incluida la misma Corte Constitucional– y se extiende, por igual, al continente de la norma como a su contenido material - precepto

30. Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013 citada *supra*.

31. Pulido Ortiz, Fabio Enrique, “Elementos relevantes para el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana” en *Novum Jus*, Bogotá, vol. 2, nro. 1, 2008, p. 138.

32. Dicho artículo reza: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”, ídem, p. 138.

33. Sarmiento Erazo, Juan Pablo, “Hacia la constitucionalización del precedente judicial en Colombia, ¿un esfuerzo por controlar a las fuentes del Derecho?” en *Revista Opinión Jurídica de la Universidad de Medellín*, Medellín, 2012, vol. 11, nro. 22, p. 69.

o proposición jurídica en sí misma considerada». No obstante, es la misma Corte quien determina los efectos de sus fallos, en razón a su labor de intérprete directa y autorizada de la Carta³⁴.

Por último, esta Corte clasificó la cosa juzgada constitucional en absoluta y relativa. Así, ha dicho que existe la primera cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición no se encuentra limitado por la propia sentencia, esto es que la norma es exequible o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto constitucional; mientras que la cosa juzgada es relativa cuando “el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado”³⁵.

Para finalizar, no está de más mencionar que la regla general es que la declaración de inexecutable de las normas genera efectos

34. Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013 citada *supra*. Asimismo, en el fallo C-122 de 2011 citado *supra* afirmó: “(...) los efectos del fallo de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada y determinan en forma definitiva la continuidad o no de la norma dentro del sistema jurídico, efecto que da coherencia y seguridad jurídica al sistema jurídico colombiano”.

Años antes, en la sentencia C-131 de 1993, del 1º de abril de 1993, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero, la Corte sostuvo: “En el artículo 243 de la Carta se consagra la denominada «cosa juzgada constitucional», en virtud de la cual las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional presentan las siguientes características: Tienen efecto *erga omnes* y no simplemente *inter partes*; por regla general obligan para todos los casos futuros y no sólo para el caso concreto; Como todas las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada, no se puede juzgar nuevamente por los mismos motivos, sino que el fallo tiene certeza y seguridad jurídica. Sin embargo, a diferencia del resto de los fallos, la cosa juzgada constitucional tiene expreso y directo fundamento constitucional –art. 243 CP–; las sentencias de la Corte sobre temas de fondo o materiales, tanto de executable como de inexecutable, tienen una característica especial: no pueden ser nuevamente objeto de controversia. Ello porque la Corte debe confrontar de oficio la norma acusada con toda la Constitución, de conformidad con el artículo 241 superior, el cual le asigna la función de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Carta (...) Todos los operadores jurídicos de la República quedan obligados por el efecto de la cosa juzgada material de las sentencias de la Corte Constitucional”.

35. Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013 citada *supra*.

hacia el futuro. Pese a ello, destaca el Dr. Quinche Ramírez que, en casos excepcionales, la Corte Constitucional ha fijado efectos retroactivos, lo cual implicó que las cosas debieron volver a su estado inicial³⁶.

II.II.II. Acción de nulidad por inconstitucionalidad

Conforme lo dispuesto en el artículo 237, inciso 2°, de la Carta Política, le compete al Consejo de Estado “conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

En este mismo sentido, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³⁷ se establece que los ciudadanos podrán solicitar que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el gobierno nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución, como a su vez también la de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del gobierno nacional.

Entonces, a raíz de esta competencia, los ciudadanos en ejercicio del derecho de acción pueden formular, ante este órgano, la nulidad de decretos gubernamentales por infracción de la Constitución.

Resulta llamativo el parágrafo del artículo 135 del mencionado Código, en el cual se establece que el Consejo de Estado “no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucio-

36. Ejemplos de estos casos son las sentencias C-702 de 1999, del 20 de septiembre de 1999, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz; y C-918 de 1999, del 18 de noviembre de 1999, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo, ambas relacionadas con la liquidación de la antigua Caja Agraria y con la Ley N° 489 de 1998, por la cual se dictaron normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional.

37. Ley N° 1.437 de 2011, publicada en el Diario Oficial No. 47.956 del 18 de enero de 2011.

nal. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales”.

En lo que concierne a esta competencia constitucional atribuida al Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha afirmado que tiene carácter residual, “en la medida en que su intervención está supeditada a aquellos casos en que el control, tanto desde una perspectiva formal como material, no le corresponda a la Corte Constitucional, como guardián e intérprete supremo de Constitución (CP, art. 241)”³⁸.

Ahora bien, respecto de los efectos de estas sentencias de nulidad (cuyo efecto a futuro y *erga omnes* no se encuentra discutido), a *contrario sensu* de lo estipulado en el artículo 189 del Código Procesal mencionado, la Corte Constitucional ha declarado que estas “hacen tránsito a cosa juzgada, mas no «constitucional», nominación exclusiva de las sentencias de la Corte Constitucional”. Ciertamente, el Consejo carece de la potestad de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y “la calidad «constitucional» únicamente está instituida, de manera orgánica y expresa, a los fallos que la Corte Constitucional profiera en ejercicio de su control jurisdiccional (inciso 1° del art. 243 superior)”³⁹.

II.II.III. Acción de tutela

El mencionado autor Pulido Ortiz tiene dicho que, en virtud de esta acción, se establece un mecanismo judicial para garantizar los derechos fundamentales y para asegurar el control constitucional de las acciones u omisiones de las autoridades (tanto públicas como privadas). Añade que, mediante la revisión de las decisiones relativas a esta acción, se instituye a la Corte Constitucional como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, en aras de unificar la jurisprudencia.

38. Corte Constitucional, sentencia C-102 de 2018, del 24 de octubre de 2018, magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

39. Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013 citada *supra*.

dencia constitucional y satisfacer, entre otros, los principios de igualdad y seguridad jurídica⁴⁰.

Se encuentra prevista en el artículo 86 de la Constitución Política (y regulada en el Decreto Ley N° 2.591 de 1991⁴¹), el cual reza:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...) El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)”.

En estos casos, el control constitucional es ejercido por todos los jueces, sin perjuicio de la potestad revisora con que cuenta la Corte Constitucional⁴² y, conforme lo establecido en el numeral segundo del artículo 48 de la LAJ, transcripto en párrafos anteriores, y en el artículo 36 del decreto referido *supra*, las sentencias dictadas en estos procesos tienen efectos *inter-partes*, esto es, para el caso concreto y su motivación solo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.

La constitucionalidad de la disposición del artículo 48 fue analizada por la Corte Constitucional en la sentencia en cita, en la cual resolvió declararla condicionalmente exequible. Preciso que, si bien en dicha norma se establece que las sentencias de revisión de aquella Corte, en las cuales se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, “sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, [en el caso en el cual] éstos decid[ieren] apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera sufi-

40. Pulido Ortiz, Fabio Enrique, ob. cit., pp. 143-144.

41. Publicado en el Diario Oficial No. 40.165, de 19 de noviembre de 1991 (por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política).

42. Ver, en particular, artículos 31 y sigs. del Decreto Ley N° 2.591 de 1991 y capítulo XIV del Reglamento de la Corte Constitucional.

ciente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”⁴³.

II.II. IV. Control de constitucionalidad por vía de excepción

Este control puede ser realizado por cualquier juez, autoridad administrativa e incluso por los particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Se efectúa a solicitud de parte en un proceso judicial o *ex officio* por parte de la autoridad o el particular, al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución.

La Corte Constitucional ha resaltado que la norma que se repute inconstitucional en estos casos no desaparece del sistema jurídico, ya que los efectos del control por vía de excepción solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.

Es por ello que ha afirmado que “una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos *erga omnes* si la norma exceptuada es constitucional o no”⁴⁴.

III. COLOFÓN

Como puede observarse, Colombia cuenta con un sistema de control de constitucionalidad que ha entrelazado el control judicial norteamericano, caracterizado por ser judicial, difuso y concreto, y el europeo, en el cual el control es ejercido por un órgano especializado en lo constitucional.

43. Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996 citada *supra*.

44. Corte Constitucional, sentencia C-122 de 2011 citada *supra*.

Pues bien, como todo sistema de control de constitucionalidad tiene, en palabras de Sagüés, “sus soles y sus bemoles”⁴⁵; no es perfecto, sino, más bien, perfectible.

Por una parte, la existencia de la Corte Constitucional (órgano especializado) garantiza que las materias constitucionales sean estudiadas con mayor profundidad, detenimiento y conocimiento. Asimismo, el hecho de que sus magistrados sean nombrados por períodos⁴⁶ (y no en forma vitalicia) garantiza que las interpretaciones realizadas por esta Alta Corte acompañen las transformaciones y evoluciones sociales.

En esta línea, Sagüés ha resaltado que la “inserción del órgano control dentro del Poder Judicial ha robustecido casi siempre el rol político institucional de la judicatura, puesto que le autoriza a actuar como poder moderador de los otros órganos del Estado y esa potencialización judicial contribuye, naturalmente, a afianzar el principio de equilibrio (que es un presupuesto del de división) de los poderes”⁴⁷.

No obstante, señala que la doctrina adversaria al control condensado argumenta que los órganos jurisdiccionales especializados en el control de constitucionalidad pueden resultar “demasiado politizados o partidarizados, precisamente por su mayor conexión con los otros poderes y la estabilidad con frecuencia transitoria de sus miembros”⁴⁸.

Ahora bien, como se indicó en párrafos anteriores, la jurisdicción constitucional es compartida por la Corte Constitucional, por un lado, con el Consejo del Estado –que posee competencia para decidir en las acciones de nulidad por inconstitucionalidad–, y, por otro, con el resto de los jueces, primordialmente cuando intervienen y deciden en las acciones de tutela.

O sea que se trata de un Poder Judicial multicéfalo, en el que coexiste un tribunal constitucional especializado con otros dos tribunales supremos que, junto con los jueces de instancias inferiores,

45. Sagüés, Néstor P., ob. cit., p. 91.

46. De conformidad con el artículo 239 de la Constitución Política, los magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años y no podrán ser reelegidos.

47. Sagüés, Néstor P., ob. cit., pp. 89-90.

48. Sagüés, Néstor P., ob. cit., pp. 43-44.

también conocen y evalúan planteos concernientes a la inconstitucionalidad de normas.

Considero que esta es la característica que mayor crítica merece, por cuanto el hecho de que la competencia constitucional esté diseminada entre las tres jurisdicciones indicadas, ha dado, da y dará lugar a conflictos de poderes entre estas jurisdicciones, particularmente, entre sus órganos de cierre, lo cual usualmente ocasiona que, ante una misma cuestión jurídica, existan posiciones que difieran entre sí. Este fenómeno ha sido denominado por los colombianos como “choque de trenes”⁴⁹.

Con relación a esta ausencia de posición pacífica respecto de idéntico tema entre las Altas Cortes, la Corte Constitucional ha sostenido que “[e]n la contradicción que puede existir entre precedentes fijados por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones y aquel establecido por la Corte Constitucional, debe tenerse en cuenta que, como fue explicado anteriormente, existe un deber de observancia más estricto en relación con el precedente constitucional”⁵⁰.

Ello así, “(...) en virtud del principio de supremacía constitucional, [por el cual] los jueces y las autoridades administrativas en su labor de aplicación del ordenamiento jurídico deben dar prevalencia a los postulados constitucionales, cuyo contenido abarca no sólo la literalidad de las normas, sino la interpretación que de ellas hace la Corte Constitucional”.

49. En este punto, agradezco a los Dres. Manuel Marín Santoyo y Juan Pablo Pantoja Ruiz, por sus incesantes aportes y explicaciones brindadas a través de varios encuentros en relación con el funcionamiento de la Rama Judicial colombiana.

50. Corte Constitucional, T-109 del 13 de marzo de 2019, magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. El mismo criterio fue receptado, entre varias otras, en el fallo T-737 de 2015, sentencia del 30 de noviembre de 2015, magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado, y en el pronunciamiento SU-298 del 21 de mayo de 2015, magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. En esta última, la Corte afirmó que “[d]e acuerdo con el mandato del artículo 240 de la Constitución, corresponde a la Corte Constitucional «la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución» y por ello debe resolver demandas de constitucionalidad, revisar tutelas, y estudiar la coherencia de proyectos de ley o leyes con la Carta Política”, y añadió que, en virtud del artículo 4º, que reconoce a la Constitución Política como norma de normas, tanto los preceptos constitucionales como la jurisprudencia de la Corte Constitucional deben ser respetados en todo momento”.

Esta Corte concluyó lo siguiente: “[d]icha prevalencia no implica un desconocimiento de la autonomía e independencia judicial, toda vez que responde a la configuración del sistema de fuentes normativas establecido por la Constitución y a la protección de la seguridad jurídica como un valor indispensable para el Estado Social de Derecho”⁵¹.

Sin embargo, este criterio adoptado por la Corte Constitucional no parece ser compartido por el resto de los jueces.

Así, en una sentencia del año 2018, la Sección Segunda de la Sala en lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sostuvo que cuando sobre un mismo tema la Corte Constitucional y el Consejo de Estado tienen posiciones encontradas, “no existe un precedente consolidado”, razón por la cual, en virtud del principio de independencia y autonomía judicial que poseen los jueces, estos se encuentran facultados, argumento mediante, para adoptar la posición que consideren correcta⁵².

De lo expuesto se desprende que, cuando de una cuestión constitucional se trata⁵³, no solo puede ocurrir que no haya unanimidad entre las distintas Altas Cortes, sino que ni siquiera hay, hoy en día,

51. Sentencia citada *supra*.

52. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, radicación nro. 11001-03-15-000-2018-02132-00(AC), sentencia del 21 de agosto de 2018, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

En igual sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02190-00(AC), sentencia del 13 de agosto de 2018, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01924-00(AC), sentencia del 1º de agosto de 2018, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, y, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01621-00(AC), sentencia del 10 de julio de 2018, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

53. Con ello me refiero particularmente al control de constitucionalidad realizado a través de las acciones de tutela, por cuanto, como se vio en el acápite anterior, cuando la Corte Constitucional ejerce el control de constitucionalidad abstracto (mediante la acción pública de inconstitucionalidad), lo decidido hace “cosa juzgada constitucional”, lo que implica que ninguna autoridad puede “reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”. Amén de lo dispuesto a nivel constitucional y en el Decreto N° 2.067, también a nivel jurisprudencial (sentencia T-292 de 2006 citada

un criterio uniforme sobre cuál postura debería prevalecer cuando adopten posiciones jurisprudenciales diversas. Esto ocasiona un gran debilitamiento en la Rama Judicial, como así también la vulneración de la seguridad jurídica, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho y la afectación del principio de igualdad de trato.

Otro punto importante que amerita ser remarcado es que el cumplimiento de la alta misión judicial de actuar como órgano control de constitucionalidad importa una delicada, grave y pesada tarea, que requiere singulares cualidades y responsabilidades en quienes la desempeñan. Esto último es más fácil de determinar cuando el control de constitucionalidad es ejercido por una selecta minoría, circunstancia que no se presenta cuando todos los jueces se encuentran facultados para realizarlo, como ocurre en el sistema jurídico colombiano.

Para concluir, estimo que, ante el amplio abanico de sistemas de control de constitucionalidad vigentes en la actualidad, resulta difícil afirmar cuál de todos ellos es el ideal (si es que realmente existe uno que reúna todos los requisitos para recibir tal calificación).

Sin embargo, al momento de elegir uno, resulta importante optar por aquel que asegure que los poderes constituidos no se aparten de lo sancionado por el poder constituyente. No debe perderse de vista que el fin de dicho control es evitar que la letra y el espíritu de la Constitución se convierta en un postulado meramente académico.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Amaya, Jorge Alejandro, *Control de Constitucionalidad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2015, pp. 320-321.
- Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 29.
- Pulido, Ortiz Fabio E., "Elementos relevantes para el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana" en *Novum Jus*, Bogotá, vol. 2, nro. 1, 2008, pp. 125-152.

supra), se ratificó el carácter obligatorio y vinculante de estas sentencias (en particular, el *decisum* y la *ratio decidendi*).

UNA MIRADA SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD...

- Quinche Ramírez, Manuel F., *La acción de inconstitucionalidad*, Bogotá, Editorial de la Universidad del Rosario, 2015, pp. 41-42.
- Sagüés, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 2002, capítulo II.
- Sánchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política*, Madrid, Editorial Nacional, 1976, pp. 374, 376 y 377, respectivamente.
- Sarmiento Erazo, Juan Pablo, "Hacia la constitucionalización del precedente judicial en Colombia, ¿un esfuerzo por controlar a las fuentes del Derecho?" en *Revista Opinión Jurídica de la Universidad de Medellín*, Medellín, 2012, vol. 11, nro. 22, pp. 65-82.

Normas

- Constitución Política de Colombia. Versión publicada en la Gaceta Constitucional No. 116, del 20 de julio de 1991.
- Decreto N° 2.067 de 1991, publicado en el Diario Oficial No. 40.012, del 4 de septiembre de 1991.
- Decreto Ley N° 2.591 de 1991, publicado en el Diario Oficial No. 40.165, del 19 de noviembre de 1991.
- Ley N° 270 de 1996, publicada en el Diario Oficial No. 42.745, del 15 de marzo de 1996.
- Ley N° 1.437 de 2011, publicada en el Diario Oficial No. 47.956, del 18 de enero de 2011.
- Decreto Ley N° 2.591 de 1991.
- Acto Legislativo 2 de 2015, publicado en el Diario Oficial No. 49.560, del 1° de julio de 2015.

Jurisprudencia

Corte Constitucional

- Corte Constitucional, sentencia C-122 de 2011, del 1° de marzo de 2011, magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, del 5 de febrero de 1996, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional, sentencia C-560 de 1999, del 4 de agosto de 1999, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

- Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013, del 13 de julio de 2013, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional, sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006, del 6 de abril de 2006, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, sentencia C-131 de 1993, del 1° de abril de 1993, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, sentencia C-702 de 1999, del 20 de septiembre de 1999, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional, sentencia C-918 de 1999, del 18 de noviembre de 1999, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional, sentencia C-102 de 2018, del 24 de octubre de 2018, magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Corte Constitucional, sentencia T-109, del 13 de marzo de 2019, magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2015, del 30 de noviembre de 2015, magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional, sentencia SU-298, del 21 de mayo de 2015, magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Consejo de Estado

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación nro. 11001-03-15-000-2018-02132-00(AC), sentencia del 21 de agosto de 2018, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02190-00(AC), sentencia del 13 de agosto de 2018, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01924-00(AC), sentencia del 1° de agosto de 2018, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01621-00(AC), sentencia del 10 de julio de 2018, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

PARTE III

ENSAYOS, CRÓNICAS Y RECENSIONES

RECAPITULACIÓN DEL CONVERSATORIO SOBRE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA FRENTE AL ABORTO: DIÁLOGOS SOBRE UN DERECHO FUNDAMENTAL

SUMMARY OF CONSCIENTIOUS OBJECTION TO ABORTION WEBINAR: DIALOGUES ON A FUNDAMENTAL RIGHT

MARÍA SOLEDAD RICCARDI¹

RESUMEN

El presente artículo recolecta las disertaciones de los Dres. Alberto Bianchi, María Marta Didier y Débora Ranieri de Cechini en ocasión del “Conversatorio sobre la objeción de conciencia de los médicos frente al aborto” convocado por el grupo de investigación UCA - IUS nro. 24 en el mes de agosto de 2020. Así, se exponen las ideas vertidas por los expositores en torno a los aspectos de derecho constitucional de la objeción de conciencia y el caso de los protocolos que regulan la práctica abortiva en la Argentina, el repaso jurisprudencial del tratamiento de la Corte sobre estos tópicos, incluyendo el rol preponderante que tuvo el fallo *FAL*² en la creación de los protocolos, la experiencia jurídica de la provincia de Santa Fe, el tratamiento de la problemática en el derecho comparado y el lugar que la objeción de

1. Abogada (UCA), LL.M. (*with honors*, Georgetown University Law School).
Correo electrónico: msriccardi@gmail.com.

2. *Fallos* CSJN 335:197 (2012).

conciencia institucional ocupa tanto en el exterior como en el entramado constitucional argentino.

PALABRAS CLAVE

Objeción de conciencia; Derecho constitucional; Aborto; Protocolos; Objeción de conciencia institucional; Igualdad; Derecho constitucional comparado.

ABSTRACT

This article collects the words delivered by professors Alberto Bianchi, María Marta Didier and Débora Ranieri de Cechini in a “Conscientious objection to abortion by healthcare workers’ webinar” organized by UCA - IUS research project n.º 24 in August, 2020. It thus presents the ideas expressed by the speakers regarding the constitutional law components of the right to conscientious objection and the status of regulations that govern abortion practices in Argentina, a review of the Supreme Court’s religious objection case-law, including the pivotal role played by *FAL* in building abortion regulations, the legal experience accounted by the province of Santa Fe, the development of such matters in comparative constitutional law and the status of corporate religious objection both abroad and in the Argentine constitutional framework.

KEYWORDS

Conscientious objections; Constitutional Law; Abortion; Agency regulations; Corporate religious objections; Equality; Comparative Constitutional Law.

PARA CITAR ESTE TEXTO

Riccardi, María Soledad, “Recapitulación del Conversatorio sobre la objeción de conciencia frente al aborto: diálogos sobre un

derecho fundamental”, *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 10, 2020, pp. 185-202.

El 24 de agosto del corriente se llevó a cabo el conversatorio titulado “La objeción de conciencia del médico frente al aborto”³, organizado por el grupo de investigación IUS nro. 24 que dirige la Dra. Débora Ranieri de Cechini y co-dirige la Lic. María Inés Franck⁴. El encuentro virtual, transmitido a través de la plataforma Zoom de la Facultad y YouTube –como precisan las circunstancias de los tiempos que corren–, contó con las exposiciones de los Dres. Alberto Bianchi, María Marta Didier y de la misma Ranieri de Cechini, quienes abordaron distintos aspectos de la problemática enunciada en la consigna de la charla.

Las líneas que siguen plasman los conceptos, los análisis y las ideas vertidas por los disertantes en esa oportunidad, así como algunos de los interrogantes que se suscitaron en los asistentes a raíz de sus exposiciones. De igual manera, se destaca que, pese a que la iniciativa se desarrolló en el marco de una investigación jurídica llevada a cabo

3. El conversatorio se encuentra disponible en YouTube en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=Sssd00RYw2I&t=4228s> (fecha de consulta: 7/9/2020).

4. El proyecto se titula: “Libertad religiosa: la objeción de conciencia institucional o el derecho de autonomía de las instituciones y el acomodamiento razonable. Una mirada desde la jurisprudencia nacional y el derecho comparado”. Además de la dirección de la Dra. Ranieri y de la Lic. María Inés Franck, se encuentra integrado por Gonzalo Castellanos, Sofía Calderone, Magdalena Pretel, Inés Agüero Ovejero, Gonzalo Pereda, Carolina Martín, Andrea Patiño, Lucía Campo, y quien suscribe la presente crónica. Las más recientes publicaciones del grupo incluyen: Calderone, Sofía; Ovejero, Inés Agüero; Pereda, Gonzalo & Castellanos, Gonzalo, “La restricción de la objeción de conciencia de los profesionales de la salud al aborto: problemas jurídicos”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas La Ley*, Buenos Aires, año XII, nro. 2, 2020, pp. 153-169; Riccardi, María Soledad; Campo, Lucía & Franck, María Inés, “La objeción de conciencia frente al aborto en el Derecho Comparado”, *El Derecho - Diario*, Buenos Aires, tomo 286, 2020.

en la Facultad de Derecho, el auditorio virtual –que superó, al momento de su transmisión, los 300 asistentes en Zoom y rondó los 500 en YouTube– contó con numerosos profesionales de la ciencia de la salud, quienes encontraron en el espacio una oportunidad para despejar algunas dudas jurídicas que les impone la realidad de su profesión.

Además de los tres expositores mencionados, el encuentro comenzó con unas palabras introductorias del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, Dr. Pablo M. Garat, y otras tantas a modo de conclusión por parte del Dr. Lenin de Janon Quevedo, director de la carrera de Medicina de la misma universidad. Por otra parte, la Lic. Franck se encargó de presentar e introducir el evento, mientras que los profesores Gonzalo Castellanos y Sofía Calderone oficiaron de moderadores. El intercambio de ideas que se generó y la profesión de muchos de sus asistentes manifiestan el diálogo colectivo que atañe al proyecto de investigación y, consiguientemente, a la libertad religiosa.

La primera exposición, a cargo del doctor Bianchi, giró en torno a los aspectos constitucionales de la objeción de conciencia. A modo de anécdota, el doctor relató que fue en un viaje por los Estados Unidos hace más de veinte años cuando, revisando las *yellow pages* en busca de una dirección, le impactó profundamente que con la voz “aborto” existiesen tantos avisos “que publicitaban los abortos como quien vende sombreros”. Ello lo llevó a escribir un libro que abordase la problemática, el que tituló *En contra del aborto* y subtitó *Un genocidio cotidiano, silencioso y protegido*⁵.

De regreso en el país, se refirió a los preceptos constitucionales básicos que sustentan la objeción de conciencia. Así, expuso que la Constitución Nacional permite y reconoce la libertad de cultos como un derecho esencial y que ese enunciado conlleva dos facetas y obligaciones del Estado: la de permitir el ejercicio del culto y la de no obstaculizarlo; es decir, la obligación de no imponer restricciones contrarias a su ejercicio. La objeción de conciencia emana de esta segunda obligación y surge cuando el Estado obliga a una persona –huma-

5. Bianchi, Alberto B., *En contra del aborto: un genocidio cotidiano, silencioso y protegido*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

na o jurídica, como se verá más adelante– a hacer algo en contra de sus convicciones religiosas.

Señaló luego que, en el orden constitucional argentino, el derecho a la objeción de conciencia demoró su aparición. Puntualmente, fue la Corte Suprema quien tardó en receptarlo en su jurisprudencia. El expositor vinculó dicha circunstancia con cierta perspectiva de los constitucionalistas, conforme la cual generalmente entienden que, hasta que la Corte no se expide sobre un tema, este carece de entidad constitucional suficiente, al margen de su presencia en normas o escritos de doctrina.

Luego de ese necesario preludio conceptual, describió la evolución del derecho en tres sentencias de la Corte: el caso *Portillo*, el caso *Bahamondez*, y el más reciente *Albarracini Nieves*⁶. El primero, de 1989, versaba sobre un objetor de conciencia al servicio militar, quien sentía que, en su interpretación de la religión católica, lo violentaba tener que portar armas. En esa oportunidad, la Corte hizo lugar a su pedido, le reconoció el derecho a la objeción y pudo cumplir con el servicio sin portar armas.

En *Bahamondez* (1993), un testigo de Jehová se negó a recibir una transfusión de sangre, en consonancia con las creencias propias de su religión. Cuando el caso arribó a la Corte, este ya se encontraba solucionado desde el punto de vista clínico, pues la cuestión médica había sido resuelta. Entonces, por mayoría, el tribunal entendió que el caso había devenido abstracto; pero ello no fue óbice para que seis de los jueces de ese momento consideraran que igualmente le correspondía a Bahamondez el derecho a ser objetor.

Lo mismo fue resuelto en el año 2012, con motivo de otro objetor de conciencia de idéntica religión. En *Albarracini Nieves*, otro testigo de Jehová –que había sido herido de bala– se negó a recibir transfusiones de sangre. La Corte, que atendió la medida precautoria presentada atento a la urgencia del caso, hizo lugar a su decisión de no recibir ese tratamiento.

Como síntesis de lo expuesto hasta ese momento, Bianchi señaló que no solo existe el derecho a la libertad de cultos, sino que, den-

6. Fallos CSJN 312:496 (1989); 316:479 (1993); y 335:779 (2012), respectivamente.

tro de ese derecho, englobado en él, existe el derecho a la objeción de conciencia. Esta idea matriz, destacó, ha sido reforzada por otros fallos, incluso cuando estos no versaban específicamente sobre la objeción de conciencia. Citó así, a modo de ejemplo, el caso *Castillo*⁷ –que, aunque se ocupa de la enseñanza religiosa en escuelas públicas de la provincia de Salta, también resulta relevante por cuanto la Corte se pronuncia sobre la libertad de conciencia y su rango constitucional.

El último antecedente jurisprudencial en análisis fue el fallo *FAL*. Se explicó que esta sentencia funcionó como la raíz de todos los problemas que atañen a la objeción de conciencia, al ser fuente de los protocolos que afligen hoy en día al personal de salud objetor. En *FAL*, la Corte trató la solicitud de una medida autosatisfactiva de una joven de 15 años que buscaba un aborto tras haber sufrido una violación. El caso arribó a la Corte habiendo devenido abstracto, pues en el transcurso de la tramitación el Tribunal Superior de Justicia de su provincia (Chubut) había habilitado su procedencia. Parte de su gravedad, señaló el doctor Bianchi, radicó en que la Corte se pronunciara de todas maneras, aduciendo que existía un interés general en que ella vertiera expresiones sobre la materia.

La Corte, entonces, se refirió al artículo 86, inc. 2º del Código Penal⁸, y a la ya afamada discusión sobre si la no punibilidad del aborto allí estampada requiere para su procedencia que ambos requisitos allí previstos –que el embarazo sea producto de una violación y que sea perpetrado sobre una mujer idiota o demente– estén presentes fácticamente en los hechos de una causa o si, por el contrario, procede de igual manera cuando se encuentra solo uno u otro de los supuestos.

Esta última fue la tesis enarbolada por la Corte. El doctor explicó que, más allá de que el máximo tribunal interpretó que no era necesario que la violación se practicase sobre una mujer idiota o demente para la habilitación del aborto, lo que suscita mayores inconvenien-

7. Fallos CSJN 340:1795 (2017).

8. Art. 86: “(...) El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: (...) 2º.- Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

tes es la catarata de argumentos ni solicitados ni necesarios –pues no resultaban imperiosos para resolver el caso– que siguen a esa interpretación. De allí que hoy existan protocolos nacionales y locales que ameriten que al aborto pueda entenderse como ilimitado –calificación sobre la que insistió el expositor– puesto que los argumentos jurídicos del protocolo se sustentan en ese caso.

La gravedad, entonces, de *FAL*, radicaría en parte en esa carencia de límites al aborto. Así, Bianchi señaló que incluso interpretando que el requisito de la violación puede obrar de manera autónoma, la Corte podría haberlo igualmente restringido mediante la imposición de límites que no figuran en la sentencia. Recordó entonces a su par estadounidense, *Roe v. Wade* (1973)⁹, donde la Corte norteamericana sí diseñó restricciones temporales mediante el establecimiento de distintas reglas en razón del trimestre de gestación en que se encontrase el bebé. En ese paralelismo, destacó cómo la Corte argentina ignoró los límites temporales interpuestos en *Roe*, sin importarle si el feto tiene viabilidad o no fuera del seno materno.

Para Bianchi, la mayor gravedad en el plano consecuencial es la responsabilidad, tanto penal como civil, de la que pueden ser pasibles los profesionales de la salud que hoy en día se nieguen a practicar un aborto. Asimismo, subrayó que la distinción entre la obligatoriedad y la permisibilidad de una conducta también resulta a esos efectos importante: hoy no solo se ha vuelto al aborto algo permisible, dijo, sino casi obligatorio, lógica que trastoca los principios constitucionales expresados al comienzo de su exposición.

A modo de síntesis, el doctor sistematizó la gravedad de *FAL* en la no interposición de límites al aborto (porque permite abortar a cualquier mujer que manifieste haber sido violada); en la no interposición de una franja temporal (a las veces del mencionado *Roe v. Wade*) que impida la práctica luego de transcurrida una determinada cantidad de tiempo en el embarazo; y en la responsabilidad penal que se suscita de la negativa por parte de los profesionales. Y llamó la atención, además, sobre la disparatada inversión de los crímenes

9. 410 U.S. 113 (1973).

resultante: recalcó que con el mismo texto del Código Penal antes era un delito abortar y hoy resulta un delito no practicar el aborto.

Luego, se abocó al tratamiento del “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo”¹⁰, emitido por el Ministerio de Salud de la Nación mediante Resolución N° 1/2019, de diciembre de 2019, y recientemente aprobado y reglamentado por la Ciudad de Buenos Aires. Sobre ese protocolo nacional, indicó que prevé que el aborto puede realizarse en tres supuestos: cuando exista riesgo de vida para la mujer, riesgo para su salud o en caso de una violación; y que si bien su artículo 5°, inc. 3°, reconoce la objeción de conciencia, esa admisión es, a su entender, meramente formal, y devendría del reconocimiento que la Corte Suprema argentina ha efectuado respecto de ese derecho, cuya omisión hubiera conllevado un inmediato rechazo del protocolo.

El mencionado artículo merece, en la opinión del doctor, las serias objeciones constitucionales que se enumeran a continuación. En primer lugar, se refirió al principio de celeridad, uno de tantos que se establecen en el protocolo. Este indica que el aborto debe ser rápido, a solo requerimiento, y se otorga un plazo de 10 días corridos para que la práctica sea llevada a cabo. “Si no se realiza en ese plazo, alguien será responsable penalmente”, remarcó.

Luego se establecen cuáles son los requisitos para el ejercicio de la objeción. Aquí hizo un paréntesis para referirse a la exclusión de la objeción de conciencia institucional en el protocolo, que sería un tema abordado luego por la doctora Ranieri de Cechini. Sin embargo, sí señaló la inconstitucionalidad de su omisión, añadiendo que la Corte Suprema jamás dijo que se trataba de un derecho individual y razonando, además, que los derechos contemplados en la Constitución no son privativos de los individuos.

El segundo aspecto constitucionalmente cuestionable al que se refirió Bianchi consiste en que la objeción de conciencia no puede ser ejercida al momento de la práctica del aborto, sino que debe manifestarse previamente. Esto incluye a todo el equipo de salud involu-

10. Disponible para su consulta en: <http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000001792cnt-protocolo-ILE-2019-2edicion.pdf> (fecha de consulta: 7/9/2020).

crado (médicos, enfermeros, psicólogos, etc.), los que deben haberse expresado antes de la práctica. En términos fácticos, esto implicaría revelar un dato sensible que estaría protegido constitucionalmente y que podría dar lugar a discriminaciones.

La tercera inconstitucionalidad que mencionó se vincula con la imposibilidad de invocar la objeción de conciencia si el profesional es el único disponible para realizar la práctica en ese momento. En otros términos, esta posibilidad de demandar su inmediatez implicaría que la práctica abortiva prevalece por sobre el derecho de objeción de conciencia del profesional que se encuentre solo.

Previo a finalizar su exposición, el doctor agregó que, en términos generales, los tribunales se encuentran hoy en día sumamente ideologizados e influidos por la opinión pública, y subrayó que este embrollo surge a raíz de un exceso en la capacidad jurisdiccional de la Corte. Concluyó así con una síntesis de las ideas clave de su exposición: la constitucionalidad de la objeción de conciencia, reconocida como tal por la Corte Suprema, inapropiadamente receptada en el protocolo y, además, subordinada al aborto, en los términos allí planteados.

La Dra. María Marta Didier realizó, acto seguido, una presentación sobre la experiencia jurídica en la provincia de Santa Fe respecto a la objeción de conciencia. Preliminarmente, indicó que el plexo normativo provincial se encuentra compuesto por el artículo 12 de la Constitución¹¹; el “Código de Ética de los Profesionales del Arte de Curar y sus Ramas Auxiliares” (Ley provincial N° 4.931)¹²; la Ley provincial N° 12.501¹³, que regula el ejercicio de la enfermería; y la Ley

11. Art. 12: “Todos gozan del derecho a la libre profesión de su fe religiosa en forma individual o asociada, a hacer propaganda de ella y a ejercer el culto en público o privado, salvo que sea contrario al orden público o a las buenas costumbres. No se puede suprimir o limitar el ejercicio de un derecho en razón de profesarse determinada religión”.

12. Ley provincial N° 4.931, art. 132: “Todo profesional debe tener el derecho de ejercer y recetar libremente, de acuerdo a su ciencia y conciencia”.

13. Publicada en *BO* Santa Fe el 21/12/2005. Art. 11, inc. 6°: “Los sujetos comprendidos en el nivel profesional y auxiliar gozan de los siguientes derechos de acuerdo a lo establecido en la presente ley, a saber: (...) Negarse a realizar o colaborar en

provincial N° 11.888¹⁴, sobre la creación del programa de salud reproductiva y procreación responsable: todas ellas, normas que reconocen la libertad religiosa y de conciencia.

Sin perjuicio de ellas, recordó que la objeción de conciencia, por ser un derecho constitucional, no requiere reglamentación legal: aunque no se encontrase expresamente prevista en una ley o norma reglamentaria, su propia naturaleza constitucional la torna directamente operativa. En ese sentido, ilustró que sería impensable sostener que, para el ejercicio de la libertad de expresión, por ejemplo, fuese necesaria una ley que la implemente.

Sobre la normativa de carácter infralegal, explicó que por Decreto provincial N° 7/2020 se adhirió al protocolo nacional del Ministerio de Salud y que, desde el año 2009, se han implementado protocolos que adhieren a las guías técnicas que fueran dictadas por ese mismo Ministerio. Advirtió que ello resulta cronológicamente llamativo, puesto que esas regulaciones anteceden al fallo *FAL*.

Luego, se refirió a la Resolución N° 843/2010 –que creó el Registro de Objetores de Conciencia y estableció un plazo de 90 días para registrar la objeción–, y a la Resolución N° 2.136/2010, que prorrogó el plazo para el ejercicio del derecho hasta el 31 de marzo de 2011.

Estas últimas resoluciones fueron recurridas en sede administrativa por profesionales objetores de conciencia. Ello, con el argumento de que no puede restringirse el ejercicio de un derecho constitucional mediante un reglamento: la doctora remarcó que el Poder Ejecutivo local no tiene autoridad para reglamentar este derecho humano, fundado ello en los Artículos 14 y 28 de la Constitución argentina y también en el Artículo 12 de la Convención Americana de Derechos

prácticas que estén reñidas con sus convicciones morales, éticas o religiosas, las que deben ser justificadas en cada caso concreto. El límite a este derecho es que no resulte un daño a los pacientes sometidos a estas prácticas o un riesgo a su salud. Para el caso que se produzca esta situación, goza del derecho a ser sustituido; a excepción que no haya un reemplazante con idéntica competencia a la suya”.

14. Publicada en *BO Santa Fe* el 21/06/2001. Art. 4°: “(...) La ley reconoce el derecho a formular objeción de conciencia por parte de los profesionales o agentes afectados al mismo (...)”.

Humanos. Esta última, destacó, prevé que la libertad religiosa y de conciencia solo pueden ser limitadas por una ley en sentido formal.

Además de los vicios formales de esos actos administrativos, señaló que también resultan inconstitucionales desde lo sustancial. En primer lugar, porque establecen un plazo para el ejercicio de la objeción de conciencia. A colación de ello, observó que la conciencia no es estática: hoy se puede sostener una posición ética o religiosa, y mañana, otra distinta. En segundo lugar, porque prever un plazo es otra variable manifiestamente irrazonable. Comentó que esto fue cuestionado también, y que, aunque los recursos no fueron resueltos, en la práctica estas resoluciones perdieron eficacia puesto que no son aplicadas. Por otra parte, recalcó que la creación de un registro de objetores de conciencia resulta otro acto manifiestamente inconstitucional, susceptible de discriminar a los objetores.

Didier relató que, frente a esta realidad jurídica y social, la Universidad Católica de Santa Fe elaboró un protocolo de objeción de conciencia¹⁵. Si bien este se encuentra acotado al marco jurídico de esa provincia, contiene conceptos generales que pueden aplicar otros objetores, y anexa una declaración jurada que puede servir de base para declaraciones en otras jurisdicciones. Sobre ellas, aclaró que tienen carácter individual, por lo que no resultaría viable que se agrupen profesionales para la suscripción de una única declaración.

Acerca del fundamento de las declaraciones, explicó que puede ser de carácter ético o religioso, o ambos. El propuesto por la universidad se funda en motivos éticos relacionados con el juramento hipocrático, además de las normas constitucionales y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional que lo acompañan. También propone un fundamento religioso basado en el quinto mandamiento, “no matarás”, que es compartido por las grandes religiones monoteístas. La doctora consideró además que, en caso de que la objeción fuera basada en motivos religiosos, los objetores no deberían tener reparos en incluirlos, puesto que, a su entender,

15. Disponible en el siguiente *link*: https://issuu.com/chocho62/docs/protocolo_web_objeci_n (fecha de consulta: 7/9/2020).

ello permite una mayor protección legal, particularmente respecto de la discriminación.

Ya en un plano más teórico, detalló también que entre el derecho a la igualdad y la objeción de conciencia existe una íntima relación: los seres humanos son todos titulares por igual de los derechos a la libertad de conciencia y religiosa en los que se funda la objeción de conciencia, conforme enuncian los tratados internacionales; y nadie debe ser discriminado con sustento en su religión u opinión ética. De hecho, el artículo 12 de la Constitución de Santa Fe así lo establece expresamente¹⁶.

En lo que respecta a la jurisprudencia, esta relación entre ambos derechos fue puesta de manifiesto por la Corte Suprema en distintos casos, como *Portillo*, *Bahamondez*, *Asociación Testigos de Jehová*¹⁷ y *Castillo*. En el ámbito del derecho comparado también se ha puesto de manifiesto esta conexión: por ejemplo, en la Resolución N° 1.763/2010 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa¹⁸ o en la *Public Health Services Act* de los Estados Unidos¹⁹. En el repaso de la normativa extranjera, concluyó que el derecho a la no discriminación de los objetores de conciencia es un lugar indiscutido de la cultura jurídica occidental.

En el ámbito nacional, se refirió a otra norma que protege a los objetores: la Ley Antidiscriminatoria N° 23.592²⁰, que expresamente

16. *Supra*, en 11.

17. *Fallos* CSJN 328:2966 (2006).

18. La Dra. señaló que la resolución prohíbe coaccionar o discriminar a personas o instituciones que se nieguen a participar o a colaborar en un aborto.

19. Sobre esta ley norteamericana indicó que dispone que ninguna entidad que reciba fondos federales podrá discriminar en el acceso o promoción en el empleo a los médicos u otro personal de salud que se niegue a desempeñarse en un procedimiento de aborto o esterilización en razón de sus convicciones religiosas o morales, y que también prohíbe la discriminación de los concursantes.

20. La Dra. citó, específicamente, el artículo 1° de la ley, que prescribe que “quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán

sanciona las acciones u omisiones motivadas en razón de la religión, entre otras categorías. Además, resaltó que la Corte argentina ha dicho, en reiterados pronunciamientos²¹, que, cuando se encuentren en juego criterios de discriminación expresamente prohibidos por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, se debe aplicar un examen intensivo de razonabilidad pues existe una presunción de inconstitucionalidad.

Previo a finalizar su exposición, destacó que el ejercicio de la objeción no debería acarrear ninguna consecuencia perjudicial para el objetor, entre las que incluyó: la no modificación de tareas, horarios o funciones; el otorgamiento de menor puntaje en la carrera hospitalaria; impedir el ingreso a esa carrera o al sector público de salud en general, o el acceso a la carrera docente o cargos directivos, entre otros. Este tipo de medidas, de ser tomadas por el Estado, podrían encuadrar en supuestos de discriminación.

Otra cuestión importante que apuntó la expositora radica en que las autoridades administrativas o judiciales no son competentes para juzgar la corrección de la objeción: el juez o la administración no pueden transformarse en juzgadores de la conciencia del objetor. Para ilustrar su caso, retomó el pronunciamiento *Portillo*, donde la Corte no evaluó la interpretación que el objetor realizaba de la religión católica, sino que le bastó constatar que un determinado hecho violaba su conciencia. En cambio, consideró ineludible, lógicamente, que las conductas que justifiquen la objeción sean compatibles con estándares mínimos de dignidad humana. El protocolo de la nación, prosiguió, limita tan severamente la conciencia del objetor que le impide, por ejemplo, objetar prácticas previas y posteriores al aborto. La doctora entendió esta limitación como irrazonable, pues quien objeta no solo no quiere ser autor principal del hecho, sino que tampoco quiere ser partícipe necesario.

En suma, concluyó que el protocolo es, a su entender, manifiestamente inconstitucional, pues altera el contenido esencial del dere-

particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión (...)"

21. *Fallos* CSJN 327:5118 (2004), 329:2986 (2006), 331:1715 (2008), 332:433 (2009).

cho a la objeción y obliga a los profesionales objetores a informar y a derivar cuando el Estado posee otros medios para llegar a esos fines sin necesidad de hacer partícipe al objetor, quien considera la práctica intrínsecamente mala. Agregó también que los objetores no deberían ser percibidos como privilegiados ni como incumplidores. Por el contrario, estos cumplen con un deber –y no, enfatizó, con una facultad– impuesto por otro: ese otro es el niño no nacido, quien objeta su conciencia y lo llama a respetar su vida, integridad física y dignidad. Finalmente, opinó que la objeción de conciencia refuerza los valores del sistema democrático; pues representa el pluralismo, la tolerancia y el respeto por el otro.

La última disertación se encontró a cargo de la Dra. Ranieri de Cechini, quien aprovechó para agradecer a la Facultad de Derecho, especialmente a los doctores Nicolás Lafferriere, Pablo Garat y Daniel Herrera, así como el interés de la Facultad de Medicina en estos ejes, quienes justamente inspiraron en parte la idea de concertar el conversatorio.

Así, señaló que el protocolo nacional no tiene más que el aval de la Corte, organismo que no puede legislar. Asimismo, recordó que el proyecto de ley para la legalización del aborto que fuera en 2018 discutido en el Congreso fracasó y, sin embargo, entendió que se hizo caso omiso a esa votación republicana al dar lugar a ese protocolo.

Acto seguido, se refirió brevemente a la situación en el derecho comparado. Explicó que en aquellos países en los que el aborto existe hace más de cuarenta o cincuenta años, la principal barrera sigue siendo la negativa a prestar su aval de médicos y profesionales de la salud, a pesar de los intentos de legalizar la práctica. En conexión con ello, aunque ya en el país, recordó que, en un viaje a la provincia de Salta, un grupo de médicos se acercó a consultarle sobre la objeción de conciencia, comentándole que todos los profesionales médicos de un hospital eran contrarios a la práctica y se negaban a llevarla a cabo en sus salas.

En ese sentido, señaló que no puede existir una objeción de conciencia real mientras exista la obligación de derivar, pues implica la complicidad con un acto respecto del cual se niega a prestar el consentimiento. Reflexionó que no es casual, entonces, que no se incorporara a la objeción de conciencia en el proyecto de ley del año 2018, por cuanto ella obra como un instrumento de freno a la práctica del aborto.

Puntualmente, sobre el protocolo nacional emitido en 2019, agregó también que, si bien prevé la objeción de conciencia, el modo en que se encuentra regulada la vuelve de imposible cumplimiento. Señala que éste, contemplado de manera integral, podría conllevar además otros efectos sobre el personal de salud: que los médicos objetores no se dediquen a esta rama de la medicina, o busquen empleo en lugares privados con ideario, o que los estudiantes de medicina opten seguir otra especialización.

Además, apuntó a la “violencia” de la que habla el protocolo, contra la libertad reproductiva en la obstetricia y en la libertad institucional contra las mujeres, prefigurando a los médicos como “violentos”. En su lugar, la doctora advierte una corrupción de la vocación de los profesionales de la salud, quienes se ven forzados a la práctica, cuando su ocupación natural es salvar vidas.

Respecto a la libertad de conciencia institucional, señaló que el protocolo nacional solo prevé la objeción individual. Sin embargo, en la ley recientemente promulgada del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires²² al respecto, se adjuntaron reglamentaciones que contradicen el protocolo nacional y vuelven a causar confusión para el personal de salud.

La expositora indicó que el concepto de “instituciones objetoras” que brinda la resolución de la Ciudad merece ciertos reparos, pues las define como aquellas “instituciones que cumplen la función de efectores de Salud, cuyos principios fundacionales, estatutos, misiones o reconocidos valores se fundan en un ideario confesional y/o ético que deriva en que la mayoría de profesionales sean objetores de conciencia”²³. Esto implicaría que las instituciones deberían tener ya contenido en sus estatutos y/o reglamentaciones una declaración expresa en este sentido. Pero además, según esta definición, la condición de institución objetora derivaría de que la mayoría de los profesiona-

22. Ver Ley de la Ciudad de Buenos Aires N° 6.312, y Resoluciones Nros. 1.722/2020 y 1.723/2020 del Ministerio de Salud de la Ciudad, y N° 841/2020 del Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat.

23. Ver Resolución N° 1.723/20 del Ministerio de Salud de la Ciudad.

les que allí trabajan sean objetores. Distinguió, entonces, la personería jurídica de los miembros que integran la asociación.

Además, especificó que la norma dispone que este tipo de instituciones deberán inscribirse en un programa de derivación garantizada, pero que se encontrarán supeditadas a la decisión del Ministerio de Salud respecto de si corresponde o no su ingreso al programa en virtud de la definición previamente citada.

En línea con lo expuesto, Ranieri de Cechini explicó que la objeción de conciencia institucional posee, en el derecho comparado, diferentes denominaciones: “autonomía de las instituciones”, “asociaciones de tendencia”, o “asociaciones con ideario institucional”, léxico que se ha vinculado con algunas críticas que sostienen que las instituciones no pueden poseer una conciencia. También que se ha afianzado, además, el núcleo de fundamentos de este tipo de objeción: en la libertad religiosa, de pensamiento y conciencia en sentido colectivo; y en la expresión pública y colectiva de las personas, relacionada con el derecho de asociación.

Para concluir, la doctora reflexionó sobre la necesidad de visibilizar y ayudar en la difusión de las herramientas jurídicas que existen para que los objetores puedan defender su posición, sin desconocer que puede tratarse de un proceso doloroso o tedioso. Resaltó, aun así, la importancia de que los médicos se asesoren y defiendan su vocación.

Finalizadas las disertaciones y previo a la toma de preguntas, el Dr. Lenin de Janon Quevedo dio sus agradecimientos y señaló la complementariedad de las ciencias jurídicas y de la medicina en este caso. Se refirió también, desde un ángulo práctico, al principio de celeridad que había sido destacado por el doctor Bianchi y agregó que este impide que el consentimiento informado se realice como corresponde. Destacó también que la interconsulta es una posibilidad que cualquier otro paciente del sistema de salud tiene, y que no obstante en estos supuestos se encuentra vedada.

Las preguntas que siguieron fueron variadas y abundantes; entre ellas, varios médicos preguntaron cómo formalizar la objeción, pregunta solventada por la doctora Didier. En el plano estrictamente jurídico, los asistentes y los propios expositores formularon varios interrogantes, por ejemplo, respecto al caso *FAL* y al hecho de que no se aprobara la modificación del Código Penal en el año 2018: ¿esto

acaso no genera una distorsión de la división de poderes donde los jueces terminan imponiendo una política pública? ¿Qué sucedería si cada vez que fracasa un proyecto de ley se acudiera al ministro competente y se planteara que lo vedado en el Congreso se imponga por resolución? ¿Cuál es la posibilidad real de que se revierta la vigencia de estos protocolos? ¿Es jurídicamente posible establecer un delito penal y uno civil a través de un protocolo? Teniendo en cuenta que Argentina forma parte de un sistema internacional de protección de derechos, ¿es el recurso a los tribunales nacionales el único camino?

Todas ellas, entre muchas otras, fueron respondidas por los disertantes. Sin embargo, estas interpelaciones permanecen abiertas en el marco jurídico vigente, y este conversatorio y sus participantes no hicieron más que atestiguar que no puede soslayarse la presencia de este derecho, tan íntimo y fundamental, en el debate público que gira en torno a las prácticas abortivas.

CRÓNICA SOBRE EL ENCUENTRO VIRTUAL: “EL PRECEDENTE JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA”

A CHRONICLE ON “JUDICIAL PRECEDENT IN LATIN AMERICA” WEBINAR

MARÍA VÁZQUEZ¹

RESUMEN

El 28 de agosto de 2020, se llevó adelante el *webinar* “El precedente judicial en América Latina”, organizado por el Proyecto IUS homónimo (800 201901 00018 CT) que se lleva a cabo en la Universidad Católica Argentina. El presente texto relata lo acontecido en esa ocasión, recoge las principales ideas de los expositores y da cuenta de las conclusiones del encuentro.

1. Abogada (Universidad Nacional de Córdoba). Especialista en Derecho Tributario (Universidad Austral). Doctoranda (Universidad Católica Argentina). Profesora de “Práctica Profesional I. Cátedra de Jurisprudencia” y de “Finanzas y Derecho Tributario” (Universidad Católica de Córdoba). Docente en diversos cursos de posgrado. Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Bolsa de Comercio de Córdoba y del Departamento de Política Tributaria de la Unión Industrial de Córdoba. Miembro de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales. Correo electrónico: vazquezmaria@yahoo.com.

Agradezco especialmente a Sofía Calderone y Florencia S. Ratti Mendaña por los generosos comentarios y sugerencias que efectuaron para la redacción de esta crónica.

PALABRAS CLAVE

Precedente; Jurisprudencia; *Stare decisis*; *Common law*; Derecho Continental.

ABSTRACT

On August 28, 2020, the webinar “Judicial precedent in Latin America”, organized by the IUS Project (800 201901 00018 CT), was held. This paper recounts what happened on that occasion, collects the main ideas of the exhibitors and gives an account of the conclusions of the meeting.

KEYWORDS

Precedent; Case law; *Stare decisis*; *Common law*; Civil law.

PARA CITAR ESTE TEXTO

Vázquez, María, “Crónica sobre el encuentro virtual: «El precedente judicial en América Latina»”, *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional*, N° 10, 2020, pp. 203-226.

El 28 de agosto de 2020, se llevó adelante el *webinar* “El precedente judicial en América Latina” –organizado por el proyecto *IUS* homónimo (800 201901 00018 CT) de la Facultad de Derecho de la UCA². Parafraseando a Alberto F. Garay, podríamos referir al encuentro como “Variaciones sobre el precedente judicial en América Lati-

2. El *webinar* se encuentra disponible en YouTube, en el siguiente enlace: https://www.youtube.com/watch?feature=youtu.be&v=DB7xB_Yr5-g&app=desktop (fecha de consulta: 15/10/20).

na”³, si atendemos a la riqueza de los trabajos expuestos. Ciertamente, la temática del precedente subyace a cualquier área del Derecho, pero no siempre se le ha dado la relevancia que merece⁴. Para nuestra basta un botón: pensemos, por ejemplo, las ambigüedades con las que se utiliza el término “precedente” en nuestro sistema⁵.

La teoría del precedente, indudablemente, propone desafíos para los diversos operadores jurídicos y abre nuevos caminos que, si comenzamos a transitar, coadyuvarán a mejorar nuestra técnica jurídica. En este sentido, la reunión fue un ambiente valioso para repensar el valor del precedente y, además, propició un intercambio fructífero.

Los integrantes del equipo de investigación –Ignacio Díaz Solimine, Facundo Menem, Damián Ventura, María Milagros Flores e Ivonne Rosales Vera– disertaron respectivamente acerca de los “Indicios e importancia del precedente en la Argentina”; “Aspectos del precedente judicial en Brasil”; “El precedente en Chile”; “Estudio sobre el desarrollo del precedente judicial en Colombia” y “El precedente judicial: su importancia en Perú”. Florencia Ratti Mendaña, di-

3. Me he tomado la licencia de utilizar una idea expuesta por Alberto F. Garay en su trabajo “El precedente judicial en la Corte Suprema”, quien manifiesta que el lector advertirá que “hay ideas y desarrollos que ya ha leído en otro lugar. En realidad, estará en lo correcto. (...) En este sentido, porciones importantes de lo que diré a continuación bien podrían ser acumuladas bajo el rótulo «Variaciones sobre Temas de Genaro R. Carrió». En la nota al pie, alude a que: «[e]l melómano ya habrá advertido que lo he llamado de ese modo teniendo presente la famosa e inolvidable rapsodia de Rachmaninoff (variaciones sobre un tema de Paganini). Obviamente no creo ser Rachmaninoff. Pero sí creo que la riqueza de la inspirada obra de Carrió merece variaciones sobre algunos de sus temas. En particular, el estudio del precedente. Porque gran parte de sus trabajos de análisis jurisprudencial presuponen o tienen como telón de fondo una teoría del precedente”. El trabajo se encuentra publicado *on line* en: http://www.carriogarayabogados.com.ar/wp-content/uploads/2016/pdf/alberto_garay/El-precedente-judicial-en-la-Corte-Suprema-original-UP.pdf (fecha de consulta: 15/10/2020).

4. En nuestro país, el tema ha sido bien tratado por Garay, Alberto, *La doctrina del Precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013; Legarre, Santiago, *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Ábaco, 2016.

5. Cfr. Ratti Mendaña, Florencia S., “¿A qué nos referimos cuando hablamos de «precedente»?”, en *Prudentia Iuris* 2020, n. 89, pp. 149-159.

rectora del proyecto, estuvo a cargo de la presentación, mientras que Tobías Alicino, el más joven de los miembros, ofició de moderador.

En las siguientes líneas, me propongo dar cuenta de lo acontecido en el encuentro. Para mayor orden, se referirá lo expresado por cada uno de los investigadores en acápites separados. Al final, en un nuevo apartado, mencionaré los interrogantes planteados por el auditorio –que dieron origen a un fecundo diálogo entre especialistas de Latinoamérica–, así como las conclusiones que el intercambio arrojó.

I. SOBRE EL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN Y EL PRECEDENTE COMO TEMA DE ESTUDIO

La iniciativa comenzó con una presentación del proyecto de investigación a cargo de su directora, Florencia S. Ratti Mendaña, quien nos introdujo en la temática del precedente judicial y realizó algunas precisiones sobre el abordaje y la metodología que el equipo de investigación utiliza.

Según indicó, existen diversas posturas en torno del precedente judicial. Algunos autores se oponen a reconocerle valor, ya sea por razones vinculadas a la independencia judicial⁶ o en el entendimiento de que, en el sistema del *civil law*, la ley debe tener primacía. En esa línea, consideran que otorgarle fuerza vinculante al precedente judicial puede significar concederle demasiado poder al juez (en desmedro de la ley, claro está). Frente a esto, Ratti Mendaña sostiene que contrariamente a lo que suele creerse –y este es un punto que está muy trabajado en la doctrina norteamericana⁷–, el reconocimiento de valor al precedente marca un límite al poder o discrecionalidad del juez y facilita el escrutinio del poder legislativo.

Por otro lado, están aquellos a quienes el precedente les genera cierto desconcierto o confusión y, como resultado, manifiestan

6. Aclara que esta independencia estaría entendida de manera errónea, si se la considera como la libertad absoluta de criterio personal de cada juez.

7. Puede consultarse Price, Polly J., “Precedent and Judicial Power After the Founding”, en *Boston College Law Review*, vol. 42, 2000, pp. 81-121.

una postura escéptica, aun sin oponerse. En relación con esto, Ratti Mendaña indicó que “esta confusión viene alimentada por una gran imprecisión terminológica” en derredor del precedente⁸; así definir cuestiones relativas a qué referimos cuando hablamos de precedente parece necesario para “generar cierta confianza en la incorporación de la doctrina del precedente en un ordenamiento jurídico”. Por otro lado, continuó, hay cierta confusión entre quienes afirman que el precedente es mirar al pasado para resolver los nuevos casos, cuando en realidad esto se ha hecho siempre, inclusive en el *civil law*⁹. Aquí la confusión reside en que debe distinguirse lo que es citar una sentencia y aplicar un precedente, que son dos cosas diferentes (aunque, muchas veces, se confunden o asimilan erradamente).

La aplicación de un precedente, prosiguió, tiene que venir acompañada, para que sea coherente, con el “razonamiento práctico” de ciertas técnicas de aplicación del precedente, y requiere distinguir tanto los hechos relevantes (que en derecho anglosajón se denominan *material facts*) de los irrelevantes, como la *ratio*¹⁰ del *obiter*¹¹ (pues aquella no puede tener el mismo valor que este¹²), para ver si es posible aplicar un precedente o si justamente hay que hacer una distinción. El uso apropiado del precedente exige, además, justificar un cambio de criterio.

Entonces, frente a ciertos aspectos que generan confusión por cuestiones que son ajenas a una correcta aplicación de la doctrina del precedente, Ratti Mendaña se enrola entre quienes consideran

8. Esta cuestión ha sido abordada por Ratti Mendaña en “¿A qué nos referimos cuando hablamos de «precedente»?”, ob. cit. p. 89.

9. Allí refiere una típica situación propia del ejercicio profesional, en la cual los abogados, al redactar un escrito, miramos lo que se ha resuelto en el caso pasado y lo citamos. Por otro lado, el juez, cuando redacta la sentencia, analiza lo que él mismo resolvió o lo que resolvieron tribunales superiores, u otros jueces.

10. A la que se define como la razón necesaria para resolver el caso.

11. Es decir, aquello que fue dicho “a mayor abundamiento” o al pasar.

12. Aquí parece oportuna la advertencia de Legarre y Rivera, en cuanto a que: “[d]icho todo esto sin olvidar la advertencia de Cueto Rúa, que alerta sobre la dificultad de esta temática: «La línea que separa el *holding* del *dictum* no es clara ni definida»”. Legarre, Santiago; Rivera, Julio C. (h), “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, n° 1, 2006, p. 121 (ver nota n° 7).

que debe reconocerse cierto valor al precedente, pues ello protege la igualdad y la seguridad jurídica, en la medida en que evita que se resuelva una cuestión análoga de modo diferente¹³.

La directora señaló que, progresivamente, muchos ordenamientos de Latinoamérica han ido incorporando alguna noción de precedente en los últimos años. Esa circunstancia inspiró las primeras investigaciones y dio lugar al análisis comparativo del uso del precedente a nivel regional que el proyecto tiene como objetivo a largo plazo.

Las novedades ameritan una reflexión acerca de cómo se ha incorporado y desenvuelto ese precedente, qué desafíos presenta para los operadores jurídicos que pertenecen a la tradición del *civil law* y que permita “poder entender cuáles son las fortalezas y las debilidades de cada doctrina del precedente, para enriquecernos con el análisis comparativo”.

Al referir a la doctrina del precedente, Ratti Mendaña entiende que debe definirse qué es y ello importa explicar la metodología utilizada, que consiste en el análisis de ocho dimensiones, aspectos o manifestaciones del precedente en los ordenamientos jurídicos seleccionados (Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú). Sobre este punto, explicó que cuatro de dichas dimensiones parten del análisis realizado por el profesor italiano Michele Taruffo en su obra *Dimensiones del precedente judicial*¹⁴. Hay otras cuatro dimensiones que, según adelan-

13. Legarre, Santiago; Rivera, Julio C. (h), “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”, ob. cit.; ver la nota n° 4, que refiere: “[c]omo explica Hart, el precepto «*treat like cases alike*» es un aspecto importante (aunque, según el mismo Hart, incompleto) de la idea de justicia”; también Price, que en el trabajo citado refiere: “(...) *the essential function of the judiciary to treat like cases alike or explain the difference*”; Price, Polly J., “Precedent and Judicial Power...”, ob. cit., p. 81.

14. Según se indicó, Taruffo inspiró a los miembros del proyecto, no simplemente desde la dogmática o desde la teoría jurídica, sino en los aspectos analizados de la doctrina del precedente en cada ordenamiento jurídico concreto. Pueden consultarse las dimensiones desarrolladas por aquel autor en Taruffo, M., “Dimensiones del precedente judicial”, en *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Monroy Gálvez, Juan F. (trad.); Castañeda Otsu, Susana (Dir.), Velezmoro, Fernando (Coord.), Lima, Grijley, 2010.

tó Ratti Mendaña, serán abordadas en un *paper* de su autoría, próximo a publicarse¹⁵.

Finalizada la presentación, se dio paso a los investigadores del equipo. Repasaré a continuación los puntos más relevantes de cada una de las temáticas abordadas.

II. INDICIOS E IMPORTANCIA DEL PRECEDENTE EN LA ARGENTINA

El primer disertante, Ignacio Díaz Solimine, refirió al precedente en nuestro país. En este sentido, puntualizó que al hablar del precedente en Argentina lo hacía en “sentido lato”, pues nuestro país no pertenece al *common law*, sino al *civil law* y, por lo tanto, no se aplica el *stare decisis* de aquella tradición.

Argentina, explicó, posee un sistema institucional federal con un control de constitucionalidad difuso, con 24 poderes judiciales locales y un poder judicial de la Nación argentina, es decir, el federal. No existe en la Constitución Nacional referencia al precedente en ninguna cláusula (solo existió brevemente en la Constitución Nacional de 1949¹⁶), pero en el derecho público local las provincias de Formosa, San Juan y Santiago del Estero tienen previsiones al respecto.

15. Me refiero a la dimensión de reconocimiento: dónde tiene recepción la doctrina del precedente (si en la norma, en la jurisprudencia); dimensión temporal: cuánto tiempo conserva el precedente su valor; dimensión de variación: quién y con qué procedimiento se puede modificar un precedente; dimensión axiológica: sobre qué valores o justificaciones recae el reconocimiento del precedente. Ratti Mendaña, Florencia S., “Dimensiones del precedente judicial: Una metodología de estudio de la doctrina del precedente”, en *Perspectivas de las Ciencias Jurídicas y Económicas*, vol. 11, n. 1, 2021 (en prensa).

16. En su artículo 95 preveía, en la parte pertinente: “(...) [I]a Corte Suprema de Justicia conocerá, como Tribunal de Casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos a que se refiere el inciso 11 del artículo 68. La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales. Una ley reglamentará el procedimiento para los recursos extraordinarios y de casación y para obtener la revisión de la jurisprudencia”.

Seguidamente, indicó el valor que la Corte Suprema de Justicia reconoce a sus propios precedentes. Luego de efectuar un repaso por la jurisprudencia de la Corte, desde sus primeros tiempos hasta fechas cercanas a la actualidad¹⁷, refirió dos casos recientes, relevantes en el tema. Por un lado, según dijo, en *Farina*¹⁸ se incorporó la noción del “leal acatamiento” y, por otro, en la causa *Apoderados de la Alianza Frente Patriota Bandera Vecinal Distrito Buenos Aires*¹⁹ se agregó la noción de “rigurosa carga argumentativa” como justificativo para que un tribunal inferior pueda apartarse de un precedente. De ese modo, indicó, existe un avance respecto de las nociones esbozadas por la Corte en la causa *Cerámica San Lorenzo*²⁰. Además, en este último caso del año 2020, entiende que se introduce la dimensión temporal al referirse a la “jurisprudencia reciente de la Corte”²¹.

Respecto de cuántos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación son necesarios para hablar de precedente, Díaz Solimine entendió que con uno solo es suficiente para hablar de sometimiento condicionado, aunque el hecho de que haya más de un precedente le otorga más peso al criterio de la Corte.

Señaló, asimismo, que corresponde distinguir entre las diversas competencias que posee la Corte, para medir la importancia o peso del precedente en ejercicio de una u otra. Primero, habría que efectuar una distinción entre competencia jurisdiccional y no jurisdiccio-

17. Cfr. *Tomás Thomkinson, Fallos: 1:156 (1864)*, en donde se señala que un caso de igual naturaleza debe ser resuelto de igual manera; luego en *Pastorino, Fallos: 25:364 (1883)* se refiere al deber moral de los jueces inferiores de conformar sus decisiones a casos análogos resueltos por la Corte. Muchos años después y luego de varios vaivenes jurisprudenciales, en *Cerámica San Lorenzo, Fallos: 307:1094 (1985)*, la Corte estableció la arbitrariedad de una sentencia que se apartaba de los precedentes de la propia Corte, sin nuevos argumentos, lo que luego se denominó jurisprudencialmente el “sometimiento condicionado”. Sagüés, Néstor, *Recurso Extraordinario*, T. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 162.

18. *Fallos: 342:2344 (2019)*.

19. *Fallos: 343:42 (2020)*.

20. *Fallos: 307:1094 (1985)*.

21. Según indicó el expositor, este análisis pertenece a Ratti, Florencia, “El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina” en *Revista Jurídica Austral*, vol. 1, n. 2, 2020 (en prensa).

nal. Luego, explicó que en la competencia jurisdiccional originaria no hay sometimiento condicionado, en la medida en que se interprete derecho común. En cambio, cuando la Corte resuelve un caso en virtud de la competencia apelada por recurso extraordinario, sí es obligatoria su interpretación del derecho federal. Lo mismo sucede cuando resuelve, en ejercicio de su competencia por apelación ordinaria –respecto de esto último, en relación con los tribunales federales. También, agregó que es obligatoria la jurisprudencia en la medida que la Corte resuelva contiendas de competencia entre jueces. Concluyó, entonces, que el sometimiento condicionado alcanza solo al derecho federal (y no al derecho común) en virtud de lo establecido en el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional²².

A continuación, adicionó que, si no hay mayoría de argumentos, pero sí mayoría en lo resuelto, el valor de la sentencia es de cosa juzgada, pero no de precedente. Por otra parte, puntualizó que, si la Corte deroga un fallo plenario, esa decisión es aplicable solo al caso y que si, posteriormente, un juez inferior debe abordar la cuestión, en virtud de lo previsto por el artículo 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación²³, debe aplicar la doctrina plenaria (en la medida en que se trate de derecho común).

En cuanto a los cambios en el precedente, para Díaz Solimine es fundamental que se respete el derecho de defensa en juicio de las partes, la rigurosa carga argumentativa y, además, agregó que debe es-

22. “Art. 75. Corresponde al Congreso: (...) 12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

23. “Art. 303. La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquélla tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria”.

tablecerse una línea divisoria temporal, de la cual hablaba Benjamin Cardozo²⁴ en Estados Unidos.

III. ASPECTOS DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN BRASIL

Facundo Menem, por su parte, se ocupó del precedente en el sistema jurídico brasileiro. Inicialmente aportó una serie de datos estadísticos que ayudan a comprender las dimensiones del sistema judicial de ese país²⁵. En seguida detalló que en la cúpula del poder judicial se ubica el Supremo Tribunal Federal integrado por 11 ministros. Por debajo de dicho tribunal, se encuentra el Superior Tribunal de Justicia con 33 ministros y, luego, los *Desembargadores*, que son jueces revisores de los tribunales inferiores.

De distinta manera, el *iter* de la reforma judicial brasileira ha tratado de dar respuesta a los desafíos que plantea la administración de justicia y seguridad jurídica. Menem advirtió que Brasil²⁶ se ha distinguido en la evolución de su ordenamiento: de a poco, incorporó un control concentrado de constitucionalidad y, más recientemente, adoptó un sistema de precedente vinculante. Comentó que, en dicho país, los precedentes constituyen un verdadero sistema, lo que se sustenta en una interrelación entre las normas regulatorias y la validez de los precedentes.

Hizo referencia a una enmienda de la Constitución Federal brasileña de 2004 (Enmienda Regimental n° 45) a través de la cual se dotó al Supremo Tribunal Federal de la potestad de dictar un enunciado llamado *sumula*, que a partir de su publicación tendría efecto vincu-

24. Cardozo, Benjamin N., *The Nature of the Judicial Process*, Universidad de Yale, 1937, pp. 148 y sigs.

25. Entre otros datos, comentó que, según la Asociación de Magistrados Brasileños, hay 16.000 jueces sobre 200.000.000 de habitantes y una inmensa cantidad de procesos en curso (superior a los 100.000.000).

26. Menem refirió una interesante cita a una publicación de Vedia y Mitre M., *Concordancias de la Constitución con la de Estados Unidos y Brasil*, T. XXV, Buenos Aires, Imprenta J. Bodner, 1922, en la cual se hacen patentes las similitudes constitucionales entre Estados Unidos, Brasil y Argentina.

lante en relación con los demás órganos del Poder Judicial y con la Administración Pública en las esferas federal, estadual o municipal.

La regulación normativa del precedente judicial no termina allí. El nuevo Código de Proceso Civil, sancionado en el año 2015, estableció que los jueces y los tribunales observarán las decisiones del Supremo Tribunal Federal “en control concentrado de constitucionalidad”. Menem recordó, a su vez, que Brasil tiene un control mixto de constitucionalidad (difuso y concentrado) a cargo del máximo tribunal.

Asimismo, mencionó que la *sumula* del Superior Tribunal de Justicia no tiene obligatoriedad, pero sí está prevista como fuente de derecho por el Código de Proceso Civil. Este último tribunal intermedio (entre el Supremo Tribunal Federal y las cámaras de apelaciones) se creó a partir de la reforma del año 1988 para uniformizar la materia infraconstitucional.

En cuanto al sistema del precedente brasileiro y su regulación, Menem puntualizó que debe atenderse al Reglamento interno del Supremo Tribunal Federal, que contempla el procedimiento por medio del cual el máximo tribunal crea, modifica o cancela los elementos de este sistema –el que más interesa para el objeto de esta investigación, señala, es el sistema de la mencionada *sumula* vinculante.

Sobre la base de lo dicho por Luis Roberto Barroso²⁷, explicó que a partir del comentado Código del Proceso Civil se instituyó un sistema amplio de precedente judicial, con diferentes eficacias: precedentes con eficacia persuasiva –de raíz romano-germánica tradicional, con efectos *inter-partes*, con relevancia para la interpretación del derecho, que pueden inspirar al legislador–; normativa –decisiones judiciales que deben ser seguidas– e intermedia –no son meramente persuasivos, pero no son precedentes fuertes²⁸ y pertenecen a una categoría residual.

27. Quien actualmente se desempeña como Ministro en el Supremo Tribunal Federal brasileiro.

28. En tanto, señaló Menem, que carecen de un sistema recursivo o reclamación particular para hacerlos valer.

Señaló que algunos sectores doctrinarios de Brasil presentan cierta resistencia al precedente vinculante, por considerar que ello interfiere en la independencia de los jueces (veremos más adelante que este pensamiento se replica en otros ordenamientos jurídicos, como, por ejemplo, el chileno).

Por otra parte, agregó que muchos autores se refieren al sistema de precedentes “a la brasilera”²⁹, pues es notoria la relevancia de su regulación, así como las herramientas procesales contempladas con relación a los precedentes para materializar la obligatoriedad o vinculatoriedad que surge de la Constitución Federal³⁰.

Finalmente, el autor resaltó “una especie de contraprestación institucional” a la que el Poder Judicial debe amoldarse para afrontar el aumento en sus atribuciones –verbigracia, la preponderancia institucional de la Corte brasileña al incorporarse al sistema, el control concentrado de constitucionalidad. De ese modo, explicó Menem, muchos estudios afirman que el Poder Judicial de Brasil es de avanzada, en la medida en que está adecuado a las exigencias de la justicia abierta, rendición de cuentas y los estándares de transparencia institucional, entre otros. Por último, indicó que el Supremo Tribunal brasileño tiene una doctrina muy consolidada en materia de publicación de sus decisiones y que el trámite de los procesos puede consultarse en su página *web* oficial.

IV. EL PRECEDENTE EN CHILE

La disertación acerca del precedente en Chile estuvo a cargo de Damián Ventura. El investigador comenzó su espacio con una advertencia: existe un punto de contacto en la doctrina –tanto aquellos que

29. Ello, según puntualizó Menem, denota una originalidad.

30. El Código de Procedimiento permite desechar casi de manera liminar, luego de un breve traslado, aquellas pretensiones contrarias a las decisiones del Supremo Tribunal que tienen carácter obligatorio. Y a la vez, como contrapartida, para darle un cierre a este sistema, otorga la posibilidad de tutela especial para aquellas pretensiones que se corresponden con las decisiones que ya tomó el Supremo Tribunal y tienen carácter de obligatoriedad.

embanderan las bondades del uso del precedente y el desarrollo de una teoría que así lo sustente, como aquellos que lo consideran peligroso y limitativo del Poder Judicial—; unos y otros coinciden en que Chile no cuenta con una práctica arraigada sobre el precedente.

Sobre esto pueden existir diversas explicaciones, algunas son de carácter histórico —que alimentaron la consolidación del sistema legal denominado “continental europeo” en la tradición chilena—; otras se fundan en que el sistema normativo chileno no deja mucho espacio para el uso de la jurisprudencia en general (y menos aún para el precedente en particular).

Ello puede observarse también en la lectura de los fallos de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, en las que resultan escasas las citas y referencias de jurisprudencia y las que existen no son efectuadas en el prisma del “precedente”.

Sin embargo, la doctrina ha señalado que, desde la década de los noventa, se puede ver una serie de reformas que parecen atribuir mayor importancia a la jurisprudencia. Así, por ejemplo, ello se advierte en la ley procesal civil, penal y de la justicia del trabajo, que establecen recursos para unificar la jurisprudencia dispar dictada por sus tribunales superiores.

De a poco, explicó Ventura, la jurisprudencia ha ganado terreno en el sistema jurídico chileno, pues en caso de que existan decisiones contradictorias, se establecen remedios para unificar el criterio jurídico que debe seguirse.

No obstante, el expositor dejó en claro que el tema es controvertido. Recientes pronunciamientos de la Corte Suprema parecen coincidir con esa interpretación. En este sentido, se ha señalado, como fundamento para desestimar un recurso de unificación, que en la actualidad no existía la contradicción alegada por el recurrente y ello en virtud de las decisiones anteriores de esa propia Corte efectuadas al resolver recursos similares en las que habría quedado zanjada la discusión (rol 11.902/19). Sobre esa base, concluyó que aquí sí aparece este “efecto uniformador a futuro”, ya que la existencia de contradicción debe hacerse a la luz de lo ya resuelto en recursos similares pasados.

Por eso, agregó, finalmente, que lo que se pretende con esas reformas es, por supuesto, decidir el caso concreto y, además, que a fu-

turo se vayan consolidando doctrinas jurisprudenciales, para evitar violar el principio de igualdad ante la ley.

V. ESTUDIO SOBRE EL DESARROLLO DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA

María Milagros Flores se refirió al precedente en el derecho colombiano. Para comenzar, señaló que el sistema jurídico de dicho país pertenece a la tradición jurídica del *civil law*, que se rige por el postulado según el cual la fuente primaria del derecho es la ley³¹, mientras que la jurisprudencia es un criterio auxiliar. No obstante, siguió diciendo, en forma progresiva comenzó a reconocerse cierto valor a la jurisprudencia en Colombia, primero en el ámbito jurisprudencial y luego en el legal y doctrinario.

A diferencia de la organización jurídica argentina, Flores indicó que Colombia cuenta con tres órganos supremos: la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, que son órganos de cierre de las jurisdicciones constitucional, ordinaria y contencioso-administrativa, respectivamente (cuya jurisprudencia, en todos los casos, cuenta con un nivel de muy alta publicación).

A estas cortes, continuó, se las suele llamar “Altas Cortes”. Su coexistencia da lugar a lo que en Colombia se llama “choque de trenes”, en tanto que hay casos en los cuales las distintas sentencias de estos órganos se contradicen entre sí aun cuando versan sobre una misma materia.

Actualmente, en lo relativo a las figuras legales más novedosas que han asignado valor al precedente, existen sentencias de unificación de jurisprudencia contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Son dictadas por el Consejo de Estado, sobre la base de su importancia jurídica, trascendencia económica y social; cuando es necesario sentar o unificar jurisprudencia, cuando se resuelven recursos extraordinarios y tam-

31. Con cita del art. 230 de la Constitución de Colombia: los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley.

bién cuando revisan sentencias dictadas en acciones populares o de grupo.

En dos disposiciones distintas de este Código se reconoció valor a estas sentencias de unificación. Por un lado, en el artículo 10 del Código se dispuso que al momento de aplicar normas constitucionales, legales o reglamentarias, los jueces deben tener en cuenta las sentencias de unificación de jurisprudencia en las cuales se hayan aplicado e interpretado dichas normas. Su aplicación queda así garantizada a través del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

El Código también contempla la figura de la extensión de la jurisprudencia de unificación, en virtud de la cual las autoridades públicas deben extender los efectos de la sentencia de unificación al caso que resuelven, en determinados supuestos. Las previsiones de las sentencias de unificación fueron analizadas por la Corte Constitucional en el año 2011, que las declaró constitucionales o “*exequibles*”, siempre que otorguen preferencia a los precedentes constitucionales en los cuales se analizaron las normas constitucionales aplicables al caso. Aunque esto parece no ser acatado por todos los jueces inferiores, en virtud del principio de autonomía e independencia que se les reconoce para optar por la posición que consideren correcta.

La doctrina del precedente se ha desarrollado en Colombia, aunque queda camino por recorrer. Hay ciertos aspectos o dimensiones que ya se encuentran definidas, como la vinculatoriedad del precedente vertical que emana de los órganos superiores, en la *ratio decidendi* (no en relación con el *obiter dictum* ni con la parte resolutive). Es tal la vinculatoriedad que se le reconoce al precedente vertical que, en más de una sentencia, la Corte Constitucional sostuvo que si un juez desconociera el valor de un precedente emanado de cualquiera de las tres Cortes, y con ello causara una infracción directa a una norma constitucional o a un acto administrativo de carácter general, ese juez puede incurrir en el delito penal de prevaricato.

También está definida la dimensión relativa al fundamento de la obligatoriedad del precedente vinculante: este fundamento se sustenta en el principio de buena fe, en la igualdad, la seguridad jurídica y también en la confianza legítima que tienen los ciudadanos en el ordenamiento jurídico. La vinculatoriedad no es absoluta, sino que posee excepciones, como se mencionó, a partir del principio de

autonomía e independencia del juez, que le permiten apartarse con indicación del precedente del cual se va a apartar, de los fundamentos que justifican el apartamiento y con precisión acerca de por qué esa modificación brinda una mejor interpretación del ordenamiento jurídico.

En cuanto a las cuestiones no definidas, Flores señaló que está pendiente dilucidar qué es un precedente vertical en la jurisprudencia. Respecto del precedente horizontal también resta definir su concepto y si resulta o no vinculante. Finalmente, puntualizó que no hay consenso en cuanto a qué cantidad de sentencias se necesitan para hablar de precedente.

VI. EL PRECEDENTE JUDICIAL: SU IMPORTANCIA EN PERÚ

Ivonne Rosales Vera comenzó su exposición señalando que Perú es un Estado moderno con su Carta Magna como norma suprema, que regula las fuentes del derecho, limita el poder, hace valer los derechos y libertades de las personas, organiza los poderes, control e instituciones políticas y sienta el principio de supremacía constitucional. Está previsto, además, el control jurisdiccional constitucional que se apoya en dos pilares: el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

El control de constitucionalidad, en rigor, ya estaba previsto en la Constitución de 1979, con un sistema dual: el difuso de la judicatura y el concentrado en un tribunal de garantías constitucionales. La Constitución actual de 1993, según indicó, mantiene el sistema dual, pero incorpora el Tribunal Constitucional que, asimismo, tiene su propio Código Procesal Constitucional.

El Tribunal Constitucional es un órgano activo que colabora con el Ejecutivo y el Legislativo en la elaboración de normas, pero como órgano especializado de la justicia constitucional, por sobre los demás. Asimismo, ambos Tribunales dictan sentencias en sus ámbitos y esto implica que pueden crear precedentes de carácter obligatorio (es decir, que ambos crean derecho).

Luego, refirió a la acción concreta de los Tribunales en el marco de algunas de las dimensiones correspondientes a la matriz de investigación del proyecto, que a continuación se detallan.

La primera dimensión mencionada es la institucional, vinculada a la jerarquía y relación entre tribunales e instancias dentro de un sistema judicial. En función de ella, el precedente se clasifica en precedente vertical y precedente horizontal. La jerarquía entre los Tribunales presenta sus caracteres propios en Perú: en este sistema el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional actúan en paralelo, pero son independientes con sus propias competencias, por lo que cada uno, al dictar sentencia, puede sentar precedentes. En el caso del Tribunal Constitucional sus precedentes tienen eficacia vertical –*erga omnes*–, sean poderes o particulares; mientras que, en el caso del Poder Judicial, puede ser vertical u horizontal³².

Después, se refirió a los plenos casatorios, acuerdos plenarios y sentencias vinculantes de las salas de la Corte Suprema. En este punto, hizo suya la observación de Figueroa Gutarra, según la cual el Poder Judicial aún adolece del afianzamiento de su jurisprudencia en conjunto, pues si bien parte de esa jurisprudencia es vinculante, al mismo tiempo, “existe facultad de apartamiento de aquellas decisiones que, sin ser Plenos Casatorios, permiten el no seguimiento de esos criterios guía por parte de los jueces de grado inferior, siempre que justifiquen éstos las razones que los conducen a no aplicar el precedente del caso en mención”³³. *Prima facie*, lo que se ve es una diferencia entre el “precedente” y la “doctrina jurisprudencial”.

32. Con cita del art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Perú. En la Ley Orgánica del Poder Judicial de Perú, podemos ver una definición sobre un asunto relevante, el principio del precedente obligatorio para todas las instancias, en el Art. 22: “Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial «El Peruano» de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento”.

33. Figueroa Gutarra, Edwin, “Certiorari y reforma constitucional: entre propuestas y necesidades”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Reforma constitucional, política y electoral, No. 6, 2013, Tribunal Constitucional, pp. 81-100. Disponible en: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/za-certiorari-y-reforma-constitucional-entre-propuestas-y-necesidades/> (fecha de consulta: 11/11/2020).

La segunda dimensión a la que hizo alusión es la objetiva, dirigida a la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum* dentro de una decisión judicial y a la tendencia en ciertos ordenamientos jurídicos a otorgar valor de precedente únicamente a la primera, lo cual se muestra con claridad en Perú. Respecto de la tercera dimensión, la estructural, en Perú no se ha fijado una cantidad de decisiones para constituir un precedente; ni tampoco una limitación temporal: las decisiones tomadas y publicadas son válidas hasta que se dicten otras³⁴.

La cuarta dimensión –referida a la eficacia, es decir, la intensidad con la que un precedente influye en una decisión judicial posterior– evidencia que los precedentes del Tribunal Constitucional, atento su labor de custodia y respeto de la Constitución, son obligatorios; mientras que en el caso de aquellas decisiones dictadas por el Poder Judicial hay que analizar el tema concreto.

La quinta dimensión, del reconocimiento, permite determinar si la doctrina del precedente es recogida en el ordenamiento normativo o es producto de una creación jurisprudencial que evoluciona a partir de decisiones judiciales. Aquí, Rosales Vera indicó que la regulación del precedente es atribuible a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional³⁵ y al Poder Judicial³⁶ existente en Perú. Aunque, vale destacar, que el Código Procesal Constitucional contiene disposiciones relativas a la vinculatoriedad de los precedentes del primero.

34. El art. 400 del Código Procesal Civil distingue entre precedentes y doctrina jurisprudencial; sobre esta última dispone: “[c]uando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio”.

35. Según el art. VII Código Procesal Constitucional, las sentencias del TC que adquieren autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo.

36. En el art. 139, inc. 8°, se consagra el “principio de no dejar de Administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”. (Cap. VIII. Poder Judicial. Art. 138, Supremacía de la CPP).

En cuanto a la dimensión temporal –sexta dimensión–, resulta de aplicación aquel criterio conforme el cual el precedente se mantiene vigente hasta que sea cambiado. Así, acerca de la dimensión de variación del precedente –séptima y relativa a la posibilidad de *overruling*–, manifestó que en Perú está permitido tanto el *retrospective overruling* como el *prospective overruling*. En el caso del Tribunal Constitucional, puede apartarse de su precedente³⁷, aun cuando queda atado a su propia interpretación. En el Poder Judicial se refiere a requisitos previstos en la Ley Orgánica para los casos de apartamiento del precedente obligatorio que desestiman³⁸.

La octava dimensión, la axiológica, comprende los valores o fundamentos que justifican el reconocimiento de cierto respeto o fuerza del precedente³⁹. El precedente garantiza el principio de igualdad, de recibir decisiones idénticas en situaciones jurídicas similares.

Señaló que el punto de encuentro de los Tribunales es el de ser garantes de la primacía constitucional. El Poder judicial efectúa el control difuso, inaplicando una norma contraria a la Constitución cuando resuelve una controversia judicial concreta, pero no derogándola, solo para las partes. El Tribunal Constitucional tiene a su cargo

37. El art. VII del CPC, cuando el TC resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

38. El art. 22 de la Ley Orgánica dice: “[e]n caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial «El Peruano», en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan”.

39. En una primera conclusión en el ordenamiento jurídico de Perú, en lo que se refiere a precedentes, solo es factible analizarlo a la luz de sus dos pilares fundamentales: el poder judicial y el Tribunal Constitucional. Ambos respetan los principios consagrados en la CPP (Título II, Cap. I, art. 43, separación de poderes, art. 51 supremacía de la Constitución; Cap. VIII. Poder Judicial, art. 138, supremacía de la CPP; Capítulo XIV, art. 188, descentralización de los poderes como política permanente y obligatoria).

el control concentrado o abstracto; es el máximo intérprete de la Carta Magna, y está facultado a la derogación de la norma contraria a la Constitucional sin la existencia de un conflicto concreto, declarando inexistente toda ley contraria a la Constitución con efecto *erga omnes*.

VII. APOSTILLAS: COMENTARIOS “DE LA GALERÍA” Y CONCLUSIONES (CON FINAL ABIERTO)

Concluidas las exposiciones, se generó un espacio de conversación que contó con muy valiosas intervenciones, cuyo comentario pormenorizado merecería una mención aparte. Referiré solo algunas de ellas.

Se cuestionó, primero, el fundamento del precedente vertical, a lo que Ratti Mendaña respondió con referencia a la seguridad jurídica, la celeridad o economía procesal y el dispendio jurisdiccional⁴⁰. También se indagó sobre la valoración de la publicidad del precedente en el proyecto. En este caso, Flores tomó la posta y manifestó que, en la matriz del proyecto *Ius*, se analiza tanto el marco constitucional como el legal y jurisprudencial, pero en forma previa al análisis de la jurisprudencia, cada uno de los investigadores incluye en su trabajo una breve referencia que da cuenta de la publicación del precedente en cada sistema, pues lo estiman un requisito indispensable para poder llevar a cabo la investigación.

Otro aspecto que fue materia del conversatorio, a raíz de una pregunta introducida por Alfredo Vítolo, es si la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) hace una adecuada distinción entre *holding* y *dicta* a los fines de identificar el precedente, y cuál es la vinculatoriedad de sus opiniones consultivas. Ello dio espacio a que Ratti Mendaña señalara que, sin perjuicio de que hay ordenamientos

40. Es particularmente interesante, en este sentido, el desarrollo que hizo Díaz Solimine al ampliar, respecto de Argentina, la importancia de los fallos plenarios, el rol de la Casación –cfr. art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 75 inc. 12 de la Constitución de la Nación– y el rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y casos extremos de privación de justicia que llegan al máximo tribunal como la causa *Farina*, Fallos: 343:42 (2020), a la cual aludiera en su intervención.

del *common law* en el que las opiniones consultivas están adquiriendo carácter vinculante, como el de Canadá, el estudio del concepto del “precedente” en el ámbito de la Corte IDH, en rigor, debería ser materia de otro proyecto, inabarcable en el que el equipo ha venido elaborando. Ello es así, continuó diciendo, por la particularidad de que se trata de un precedente emanado no de un tribunal u órgano interno al ordenamiento jurídico, sino externo (es decir, internacional). Señaló, asimismo, que en virtud de que los Estados solo se han obligado a la potestad jurisdiccional de la Corte, en principio, una opinión consultiva “no puede tener la pretensión de vinculatoriedad dentro de un sistema o dentro de un ordenamiento”, más allá de la pretensión contraria de la referida Corte IDH en cuanto a la vinculatoriedad tanto de su *res iudicata* como de su *res interpretata* y el control de convencionalidad que pretende que ejerzan todos los funcionarios⁴¹.

Fernando Tribin, de Colombia, presente en el auditorio, recogió el tema del “choque de trenes” que se había mencionado y refirió aspectos históricos relativos al valor del precedente en el sistema judicial colombiano. Manuel Marín, también colombiano, intervino con reflexiones sobre qué es un precedente en un sistema normativo y señaló que en su país solventó el valor del precedente a través del principio de igualdad y de la confianza legítima, ya que en su Constitución decía que el precedente no era fuente formal del derecho, sino criterio auxiliar.

Pedro Coviello apuntó que en el *common law* el *stare decisis* tuvo el sentido de unificar criterios ante la ausencia de normas positivas y que por ello se tornaron obligatorios los precedentes, cuanto menos en Gran Bretaña. Añadió, para ampliar esa línea argumental, que en Estados Unidos la teoría del precedente no es tan rígida. Luego, se introdujo en la situación en nuestro país y dijo que es importante tener claro que lo que es obligatorio es la doctrina legal del caso, para evitar confusiones. Puntualizó, así, que hay que determinar que

41. Díaz Solimine mencionó el voto propio de Rosenkrantz en *Ingenieros c/ Techint*, Fallos: 342:761 (2019), en donde hace un *distinguishing* con un fallo de la Corte IDH, *Órdenes Guerra c/ Chile* y explica por qué no sería aplicable ese caso, diferenciando el *holding* y *dicta* en los fallos del referido Tribunal que, señaló, son difíciles de hallar.

lo que es obligatorio del precedente es la *ratio* o *legal rule*, no el *obiter dictum*. Ratti Mendaña ahondó sobre el particular. Explicó la importancia de relacionar la *ratio* con los hechos concretos en cuyo marco fue establecida y la necesidad de que esa plataforma fáctica se refleje en la sentencia que la fijó. Esto último, porque, para aplicar esa *ratio* a un caso posterior, los operadores jurídicos deben conocer los hechos relevantes que originaron su creación.

Ignacio Díaz Solimine se refirió a los fallos plenarios de los Superiores Tribunales Provinciales y se adentró en el interrogante acerca de si son inconstitucionales por resultar violatorios de la defensa en juicio y la posibilidad de que se apliquen *cuasi erga omnes*. También intervino Federico Sedlacek, de la Universidad Nacional del Litoral, quien aludió a aspectos de la técnica del *stare decisis* para la construcción de decisiones y la conformación de jurisprudencia. Fue quien hizo referencia, asimismo, a la importancia de la publicidad de la sentencia.

Como cierre del encuentro, Alberto Garay habló del manejo del precedente y señaló la importancia de reconocer que nuestra propia Corte Suprema de Justicia de la Nación se remite a sus precedentes desde el año 1864⁴², no habiendo corte latinoamericana que tenga esta antigüedad en el manejo de los precedentes. Indicó que, en el *common law*, son artesanos en esta tarea y que les llevó setecientos años lograr la obligatoriedad del precedente, que no fue impuesto por una ley.

Por ello, para Garay, pareciera ser aconsejable más bien ver cómo trabajan nuestros tribunales, cómo trabajamos nosotros y cómo podemos perfeccionar nuestro manejo mirando un poco el derecho comparado –puntualiza que este último no se nos impone, dado que nosotros lo hacemos hace más de cien años–, y que, también, leamos nuestra jurisprudencia que nosotros lo venimos haciendo ya. En conclusión, destacó la necesidad de poner el foco sobre la metodología que circunda al precedente, desde el punto de vista constitucional y procesal o de teoría general del derecho⁴³ y no tanto sobre el tema

42. *Fallos*: 1:156 (1864).

43. En su intervención, invitó a los participantes a adentrarse en la lectura del prólogo del primer volumen de la colección de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, escrito por su entonces secretario José M. Guastavino.

puntual de su obligatoriedad o la parte normativa del precedente, que suele suscitar mucho interés en el derecho continental.

En un trabajo reciente de Legarre y Rivera se ha afirmado: “[c]omo se ha señalado en las últimas décadas, existe una tendencia a la convergencia entre las dos grandes familias jurídicas del mundo occidental –*common law* y *civil law*–, tendencia que también se evidencia en el rol que se asigna a la jurisprudencia como fuente de derecho”⁴⁴.

Con lo hasta aquí dicho, es suficiente para comprobar que resulta auspicioso el camino inaugurado por estos jóvenes juristas de Argentina, que han comenzado a transitar la senda del precedente, un tema cuyo estudio merece ser profundizado en estas latitudes, con el rigor metodológico e intelectual exhibido en el evento comentado. Seguramente, estos aportes y los que vengan contribuirán a elevar las discusiones en la comunidad jurídica.

44. Legarre, Santiago; Rivera, Julio C. (h), “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”, ob. cit., p. 110, es ilustrativa su nota.

RECENSIÓN

HERNÁNDEZ, Antonio María; Barrera Buteler, Guillermo (Coords.), *Derecho Público Provincial*, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2020, 944 pp.

MARÍA GABRIELA ÁBALOS¹

La escuela cordobesa de Derecho Público aporta nuevamente un gran baluarte en el fortalecimiento del federalismo argentino. Es la tercera edición de la importante obra sobre derecho público provincial que resalta el trabajo pasado y presente de los miembros de las cátedras homónimas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Cabe rescatar ilustres antecedentes, como fue la primera edición (Lexis Nexis, 2008, 662 pp.), en conmemoración de los primeros cien años de la inauguración de dicha cátedra, seguida

1. Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales; Especialista y Magíster en Magistratura y Gestión Judicial; Profesora titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo; Profesora titular de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza. Jueza del Tribunal de Gestión Judicial Asociada en lo Tributario de Mendoza. Vocal de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos. Miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Correo electrónico: mgabalos@itcsa.net.

de la segunda edición (Abeledo Perrot, 2011, 698 pp.). En esta línea, las fuentes de inspiración fueron, sin duda, el libro *Introducción al Derecho Público Provincial*, del maestro Pedro José Frías², y su *Derecho Público Provincial*³.

En la obra en comentario, como en las dos ediciones anteriores, se advierte el merecido reconocimiento a los hacedores de esta disciplina. Desde la dedicatoria se rinde homenaje a Juan Bautista Alberdi, junto a los profesores de la mencionada cátedra cordobesa, empezando por Arturo M. Bas, siguiendo por Luis Eduardo Molina, Carlos R. Melo y, por supuesto, el querido y recordado Pedro José Frías, de quien se mantienen sus trabajos, cual testimonio de un pensamiento actual y provocador. También cabe destacar la continuidad de los autores en las tres ediciones pues, además de Pedro José Frías, se reiteran y actualizan las enseñanzas de Alberto R. Zarza Mensaque, Luis Cordeiro Pinto, Arturo H. Iturrez, Armando Mayor y Ricardo Vergara, con la atenta y dedicada coordinación de Antonio María Hernández y Guillermo E. Barrera Buteler, actuales profesores titulares de las dos cátedras de Derecho Público Provincial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Esta tercera edición contiene dieciocho frondosos capítulos que abarcan los contenidos fundamentales de la materia. Los primeros cuatro capítulos están a cargo de Antonio María Hernández, que comienza con el Capítulo I dedicado a la denominación, objeto, método, fuentes del Derecho Público Provincial, sin duda la parte más rica con el recorrido de normas nacionales (Constitución, tratados y leyes) y la fisonomía y caracterización de las distintas normas provinciales. Seguidamente, el Capítulo II trata los sistemas políticos federales, comenzando con la Convención de Filadelfia de 1787 y la influencia de *El Federalista*, analizando la clasificación de los sistemas políticos federales (integrativos, devolutivos, simétricos, asimétricos, duales y de coordinación, centralizados y descentralizados, presidencialistas y

2. Frías, Pedro, *Introducción al Derecho Público Provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1980.

3. Frías, Pedro, *Derecho Público Provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1985.

parlamentaristas), lo cual podría ser completado con la obra de Hernández sobre federalismos comparados⁴.

Luego nos encontramos con dos capítulos sobre federalismo argentino: uno, con las cuestiones políticas e institucionales y, el otro, con el desarrollo de los aspectos económicos y fiscales. Se advierte una diferencia con la segunda edición, que concentraba ambos temas en un solo capítulo, mientras que esta tercera se desdobra, dado que se incluyen cuestiones actuales, como las consecuencias acaecidas en este año 2020 por el impacto de la emergencia sanitaria producida por el COVID-19. Así, en el Capítulo III se recuerdan los antecedentes históricos de nuestro federalismo, su evolución y se analiza la reforma de 1994 en lo relativo a los órdenes de gobierno, la conformación del Senado, la distribución de competencias, la intervención federal, los partidos políticos, lo cual podría ser complementado con otras obras de Hernández como, por ejemplo, *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*⁵. Mientras que el Capítulo IV profundiza sobre los aspectos económicos y fiscales del federalismo, desde el análisis de la distribución de competencias tributarias, la coparticipación y el llamado de atención por el incumplimiento constitucional, pasando por la importante función del banco federal y el debate en torno a la autonomía municipal en lo económico financiero. Se ponen de resalto los efectos disvaliosos del hiperpresidencialismo y la centralización fiscal, denunciándose su agravamiento con las normas dictadas en función de la emergencia sanitaria desatada por el COVID-19. Finaliza este capítulo con las veinte propuestas para fortalecer el federalismo, un verdadero desafío que merece ser tenido en cuenta.

Se da paso seguidamente a los aportes de Pedro José Frías, en su recordado trabajo sobre el federalismo como sistema, donde desarrolla con precisión su propuesta de concertación, acompañado por el aporte excelente de Guillermo Barrera Buteler sobre los elementos, caracteres, principios de la relación federal, y sus acertadas aprecia-

4. Hernández, Antonio María, *Estudios de Federalismo comparado. Argentina, Estados Unidos y México*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018.

5. Hernández, Antonio María, *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

ciones sobre los sujetos, que obliga, sin duda, a releer su importante y siempre actual obra, *Provincias y Nación*⁶.

El Capítulo V nos trae el estudio del Estado provincial de la mano del profesor Luis Cordeiro Pinto, que se encarga de analizar los elementos de población, territorio, poder, el contenido de la autonomía provincial, los requisitos y exigencias de la intervención federal hasta los servicios públicos, analizados en clave comparada a partir de las distintas constituciones provinciales.

Vuelve el profesor Hernández con el Capítulo VI, referido al poder constituyente provincial, con un rico análisis del caudal constituyente local y su evolución tanto antes de 1853/60 como después de la sanción del texto nacional. Lo completa con los distintos procedimientos de reforma constitucional a nivel provincial, sus aspectos sobresalientes, abordando también la problemática que acarrea la declaración de inconstitucionalidad de una reforma. Podría agregarse, como antecedente enriquecedor en la historia del constitucionalismo local, la impronta constituyente de Manuel Belgrano, vertida en la Proclama y el Reglamento para el régimen político y administrativo y reforma de los pueblos de Misiones, redactados en el campamento de Tacuarí el 30 de diciembre de 1810, puesto que suponen un importantísimo ensayo, no solo de norma constitucional escrita, sino de programa de gobierno⁷.

En este recorrido, el Capítulo VII, de la mano del profesor Arturo Iturrez, se ocupa de las provincias en la Nación, con el detalle de la distribución de competencias, el análisis de las atribuciones delegadas, reservadas, prohibidas, excepciones, concurrentes y compartidas, sumándole las relaciones interprovinciales. Seguido por el Capítulo VIII que, con gran profundidad, nos ofrece Guillermo Barrera Buteler, sobre el delicado tema del dominio y la jurisdicción federal, provincial y municipal, analizando las disposiciones anteriores y pos-

6. Barrera Buteler, Guillermo, *Provincias y Nación*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996.

7. Ábalos, María Gabriela, "El primer ensayo de constitución escrita de la revolución de Mayo", *Revista Debates de Actualidad. Homenaje al Bicentenario; Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, julio-diciembre de 2010, Año XXV, nro. 203; Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, diciembre 2010, pp. 41-46.

teriores a la reforma de 1994, complementando con el estudio de la jurisdicción federal sobre bienes del dominio provincial en relación a los ríos, los mares adyacentes y los yacimientos de hidrocarburos. Cierra el capítulo con el análisis de la jurisdicción provincial y municipal sobre bienes de dominio federal con el inciso 30, del artículo 75, sobre los establecimientos de utilidad nacional y el alcance de las potestades de policía e imposición de provincias y municipios.

Vuelven las enseñanzas del querido profesor Alberto Zarza Mensaque que, en el Capítulo IX, enriquece la obra con el tratamiento de la problemática de las provincias en las relaciones interjurisdiccionales, con el análisis de los tratados interprovinciales, las regiones y los convenios internacionales en visión comparada, observando las cláusulas constitucionales nacionales que ingresaron a partir de la reforma de 1994, y las normas contenidas en las constituciones provinciales.

A partir del Capítulo X comienzan los estudios del Derecho Público Provincial comparado estrictamente, ya que el maestro Pedro José Frías arranca con los preámbulos y declaraciones generales en el constitucionalismo provincial, analizando en perspectiva comparada aspectos de la forma de gobierno y de Estado, de la defensa de la democracia, los cultos, hasta la prelación de las normas.

Seguidamente, el Capítulo XI está a cargo de los coordinadores de esta edición, Antonio M. Hernández y Guillermo Barrera Buteler; se ocupan, el primero, de los derechos y deberes en el constitucionalismo subnacional que se completa con los aportes del segundo, sobre las atribuciones de las provincias en materia de declaraciones, derechos y garantías. Merece especial mención la contribución novedosa que introduce Barrera Buteler, de la mano del denominado margen de apreciación provincial, que supone la potestad local de ensayar su propio diseño institucional y de imprimir en las instituciones provinciales su identidad particular, configurando un ámbito de originalidad local. Es este autor quien en el XXIII Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional, organizado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, en Resistencia, Chaco, en agosto de 2017, plasma este pensamiento en su trabajo sobre "Justicia y federalismo" y que luego es estudiado por la doctrina y adoptado por la jurisprudencia (v. gr., *Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Mi-*

nisterio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo, sentencia del 12 de diciembre de 2017, *Fallos*: 340:1795, entre otros).

Sigue Barrera Buteler con el Capítulo XII sobre Derechos Políticos en un rico planteo de derecho comparado provincial, nacional e internacional, citando a los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos, rescatando los principios de soberanía y de representación, marcando las características del sufragio, los sistemas electorales, los partidos políticos, los mecanismos de democracia semi-directa con sus características principales en las distintas provincias.

El Capítulo XIII nos ofrece un amplio panorama de la recepción de las garantías de la mano del profesor Arturo Iturrez, en una propuesta general, para dar paso al profesor Alberto Zarza Mensaque, con la particularización del amparo individual y colectivo, el *hábeas corpus*, el amparo por mora y el *hábeas data*, mostrando claramente el avance del Derecho Público Provincial que, con anterioridad a la reforma nacional de 1994, ensaya la constitucionalización de estos institutos de garantía de los derechos.

Por su parte, los Capítulos XIV, a cargo de Alberto Zarza Mensaque; XV, de la mano de Luis Cordeiro Pinto, y XVI, de la pluma de Ricardo Vergara, ofrecen un profundo análisis de las particularidades locales en el diseño del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y del Judicial, incluyéndose el Jurado de Enjuiciamiento respectivamente. En el Legislativo, afora el debate en torno a la uni y la bicameralidad, la configuración y caracterización de cada una, las apreciaciones sobre los temas de Derecho parlamentario, revisando los textos constitucionales provinciales. Se agrega el Ejecutivo, con la diversidad en su recepción local, analizando aspectos de elegibilidad, duración, reelección, responsabilidad; para dar paso al Judicial y las herramientas receptadas en el constitucionalismo provincial en aras a garantizar su independencia, modalidades de designación y remoción con el estudio del jurado de enjuiciamiento.

En esta línea se suma el completísimo Capítulo XVII, a cargo del profesor Armando Mayor que, con gran esmero, se dedica a los órganos de control y auxiliares en los textos constitucionales provinciales. El abordaje se encara desde seis partes, acompañadas con aportes doctrinarios y clarísimos cuadros comparativos, muy útiles para visualizar la riqueza del análisis comparado. La primera parte está

dedicada al control y la participación en una perspectiva horizontal y vertical, interna y externa. El control de la hacienda pública ocupa la segunda parte, con el estudio de los tribunales de cuentas, los juicios de cuentas, los controles externos, contadurías y tesorerías generales, auditorías y sindicaturas, mostrando la diversidad y los puntos de acuerdo que ofrecen las provincias. También se ocupa del control de la legalidad administrativa con el tratamiento de las fiscalías de Estado y de investigaciones en la tercera parte, seguida por la cuarta parte, con el Defensor del Pueblo y sus principales aristas en torno a sus funciones, duración, designación, remoción, mostrando las características diversas que el Derecho Público Provincial ofrece. La quinta parte la completa con el tratamiento de otros órganos auxiliares, como son los Consejos económicos y sociales y los Consejos de partidos políticos, para finalizar con un amplio listado de bibliografía que corona la sexta parte de este frondoso capítulo. Para concluir, el Capítulo XVIII viene de la mano de Antonio María Hernández, que se ocupa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, desde sus antecedentes históricos e institucionales, los debates en la Convención Constituyente de 1994, la recepción constitucional, las normas legales, como la N° 24.588 y la N° 24.620, hasta su Estatuto Organizativo y las principales interpretaciones jurisprudenciales, haciendo especial hincapié en la necesidad de cumplir con la manda de configurar su autonomía plena, lo cual puede completarse con la obra de este autor, *La Ciudad de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino*⁸.

El broche que cierra la obra en comentario es de Pedro José Frías que, con gran actualidad, reflexiona sobre la Metrópoli y el país, mostrando la necesidad de equilibrar esa relación, desde la denuncia de la concentración del poder y la revisión de la necesaria equidad en la distribución competencial y de recursos.

De esta forma, *Derecho Público Provincial* aporta una formidable herramienta de concientización de la importancia de fortalecer las diversidades locales en armonía e integración federal. Desde Córdoba, este imprescindible aporte al Derecho Público Provincial se muestra

8. Hernández, Antonio María, *La Ciudad de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2017.

en sintonía con la interpretación jurisprudencial, en torno a que “(...) el federalismo [es] un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente, sino que interactúan en orden a la finalidad que explica su existencia y funcionamiento, [en el que] el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada” (*Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo - derivación de aguas, Fallos: 342:2136*, sentencia del 3 de diciembre de 2019).

RECENSIÓN

LAPLACETTE, Carlos José, *Acciones declarativas de inconstitucionalidad. En el Poder Judicial de la Nación, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, La Ley, 2020, 376 pp.*

JERÓNIMO LAU ALBERDI¹

Enseña el gaucho Martín Fierro que “la ley es como la lluvia, nunca puede ser pareja, el que la aguanta se queja, más el asunto es sencillo, la ley es como el cuchillo, no ofende a quien lo maneja”. Ese aforismo del poema épico de José Hernández tiene concreción suficiente en la obra de Carlos José Laplacette que tengo oportunidad de reseñar. Intentaré describir, en las breves líneas que siguen, el libro *Acciones declarativas de inconstitucionalidad. En el Poder Judicial de la Nación, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, con la vocación de provocar el anhelo por su lectura.

En esta obra monográfica se desarrolla, con particular claridad expositiva y una calidad técnica supina, específica y exclusivamente

1. Abogado (Universidad Austral). Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Civil (Universidad Austral). Diplomado en Derecho Procesal Civil y Litigación Oral (2014), Derecho Constitucional Profundizado (2018), Derechos Humanos (2019) y Derecho Procesal Constitucional (2020). Integró los Estudios *Badeni, Cantilo, Laplacette & Carricart* (2014-2017) y *Cassagne Abogados* (2017-2020). Correo electrónico: jlualberdi@austral.edu.ar.

la pretensión declarativa de inconstitucionalidad. Este nuevo trabajo reconoce como punto de partida un estudio anterior que el autor publicó en el año 2016, con el título *Teoría y práctica del control de constitucionalidad*². El lector, en esta oportunidad, se encontrará con una obra con la cual se puede dialogar y reflexionar, pero por sobre todo, con la cual resulta ameno comulgar intelectualmente.

Laplacette parte de una explicación correcta al referirse terminológicamente a las “acciones” declarativas de inconstitucionalidad como “pretensiones”, puesto que los conceptos de acción, pretensión y demanda, si bien parecen referirse a lo mismo, en realidad no lo son. Mientras la demanda consiste materialmente en un documento cuya presentación al juez (o al árbitro) exterioriza el ejercicio de la acción (acto que insta a la autoridad), la pretensión se muestra como el continente de un contenido necesario. Así, la pretensión procesal es aquella declaración de voluntad hecha en una demanda mediante la cual el pretendiente aspira a que el juez emita –luego de un proceso– una sentencia que resuelva efectiva y favorablemente el litigio que le presenta a su conocimiento. Y, específicamente respecto del objeto de esta obra, una demanda cuyo contenido sea una declaración de inconstitucionalidad de una norma del ordenamiento jurídico, de acciones y omisiones o de un estado de cosas inconstitucional.

Precisamente como un revólver no comete homicidios, las leyes *per se* no violan la Constitución; sino que son las personas quienes lo hacen. Bien se explica, entonces, que al realizar el control de constitucionalidad de una norma, no solo se debe analizar si esta es compatible en sí misma con la Constitución Nacional, sino también debe revisarse la competencia del órgano que la dictó y si lo hizo siguiendo el procedimiento previsto de modo directo o indirecto en la Ley Fundamental.

En seguida, el autor se cuestiona por qué los jueces ejercen un control de constitucionalidad en nuestro país; máxime cuando, hasta el año 1994, no existía una norma –ni siquiera de manera incidental– que les atribuyera la potestad de dejar de aplicar una ley

2. Laplacette, Carlos José, *Teoría y práctica del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, B de F, 2016.

del Congreso por motivos constitucionales. Para dar respuesta a ese interrogante recurre a una interpretación de los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, que reproducen el artículo III, segunda sección, apartado 1º, de la Constitución de los Estados Unidos. De ese modo, afirma que la competencia asignada a los jueces por el texto supremo es la de conocer y decidir las causas que versan sobre la Constitución y las leyes de la Nación. Al ejercer esa competencia, los jueces deben resolver los conflictos aplicando el ordenamiento jurídico y, en esas ocasiones, es habitual que se encuentren con antinomias en las cuales deban determinar cuál de esas normas aplicar para resolver la disputa.

En ese marco, la declaración de inconstitucionalidad de una ley aparece como una cuestión eminentemente judicial y de naturaleza incidental o concreta. Se trata de aplicar el ordenamiento jurídico en la resolución de los conflictos y, si es necesario, dejar de aplicar las leyes sancionadas por el Congreso de la Nación en tanto sean contrarias a ese ordenamiento.

Lo anterior tiene concreción empírica en el último apartado del segundo capítulo, cuando se menciona la reciente consulta realizada por la Presidenta de la Cámara Alta, Cristina Fernández de Kirchner, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la cual le plantea la duda de si el Senado de la Nación puede sesionar en forma virtual o remota, con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19³. La utilización de una pretensión declarativa de certeza para disfrazar la ausencia de un caso judicial y una supuesta incertidumbre hacen que el autor coincida con el rechazo de la demanda por parte del Máximo Tribunal, en tanto se encuentra expresamente vedado en nuestro sistema jurídico que el Poder Judicial emita opiniones consultivas.

Laplacette sostiene, enfáticamente, que no son los estrados judiciales los lugares apropiados para que los particulares o el propio Estado disipen sus dudas. Si alguien no está seguro de cuál es el régi-

3. Me refiero a la cuestión que tramitó en autos *Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza*, sentencia del 24 de abril de 2020 (Expte. CSJ 353/2020).

men normativo aplicable a una relación jurídica o si una determinada norma es o no aplicable a cierto estado de cosas, no es el proceso judicial el lugar para disipar esa duda. Los particulares pueden concurrir a la propia administración o a un letrado de confianza para disipar su inquietud y, en lo que respecta a las oficinas estatales, ellas cuentan con cuerpos de asesores para tal fin. La posibilidad de que el Poder Judicial emita opiniones consultivas es una alternativa que no tiene lugar en nuestro actual régimen constitucional.

En los capítulos III y IV se ponen límites conceptuales a la noción de la pretensión declarativa de inconstitucionalidad, amén de que se bucea en los antecedentes históricos tanto normativos como jurisprudenciales foráneos y nacionales. Ambos capítulos resultan sumamente importantes en tanto las discusiones históricas de la recepción de las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad en los Estados Unidos resultan aplicables a nuestro sistema judicial y, de hecho, los argumentos contrarios a la adopción de este tipo de juicios fueron sostenidos por la jurisprudencia argentina durante muchas décadas después de que tuviera lugar el cambio jurisprudencial en los Estados Unidos. Más aún cuando en la década de 1980 la Corte Suprema de Justicia de la Nación aceptó las pretensiones declarativas como procesos constitucionales, esta recurrió a los precedentes por los cuales, en la década de 1930, su par estadounidense pusiera fin a la discusión en ese país.

En el capítulo V el autor explica los distintos criterios clasificatorios que pueden darse para ilustrar las pretensiones declarativas, reconociendo que existe un caos discursivo en esta materia. Así, se sistematizan en un solo cuadro los distintos tipos según la relación sea con un conflicto subyacente o el objeto inmediato de la pretensión, el momento en el cual se plantean, el modo de proponer la pretensión con relación a la certeza o, con relación a la legitimación activa o al legitimado pasivo, según el objeto o el tipo de la declaración que se pretende o el efecto de la sentencia. Esta diferenciación es útil en tanto sirve para explicar cuándo una pretensión declarativa de inconstitucionalidad es abstracta (control de la norma) o concreta (control con ocasión del conflicto), directa o indirecta, preventiva o reparadora, de incertidumbre o certeza reparadora, según intervenga un único legitimado activo o se trate de acciones populares, así como también

contra quién se dirija la pretensión o bien la declaración de inconstitucionalidad recaiga en normas, actos o hechos.

Es cierto que una discusión recurrente en la doctrina y en la jurisprudencia está dada por la relación entre las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad y las reguladas por el artículo 322 del CPCCN. En general, se acepta que las pretensiones declarativas constituyen un gran género, dentro del cual la que regula el artículo 322 del CPCCN es solo una especie. Muchos también consideran que existe algún tipo de diferencia entre las pretensiones previstas esa disposición y las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad. En ocasiones se habla de una autonomía entre ambas. El autor se cuestiona en dónde reside esa diferencia o en qué se manifiesta la autonomía declamada, y encuentra explicaciones disímiles y no siempre compatibles.

Ahora bien, tal como se expone en el capítulo VI, el artículo 322 del CPCCN no es un dispositivo pensado para el ejercicio del control de constitucionalidad, por lo que su utilización en este ámbito debe ser cuidadosa y no conducir a una restricción injustificada de las garantías de acceso a la jurisdicción y la tutela judicial efectiva.

En definitiva, la pretensión declarativa de inconstitucionalidad tiene por objeto la declaración de inconstitucionalidad de una norma, pero ello no se da en abstracto, sino con particular referencia a una determinada situación o relación jurídica que une al actor con el demandado. De esta forma, en la pretensión declarativa de inconstitucionalidad, al igual que en la meramente declarativa con un planteo accesorio de inconstitucionalidad, lo que tenemos es un estado de incertidumbre en el cual actor y demandado discuten sobre el alcance o interpretación de normas constitucionales y ello ocurre para establecer la existencia, inexistencia o alcance de una situación jurídica que atañe a las partes.

Otro aspecto que sirve para entender los contornos actuales de las pretensiones directas de inconstitucionalidad en nuestro sistema constitucional está dado por la necesidad de promover la acción contra la parte que se beneficia con la normativa impugnada o que deberá aplicar. Se trata de un aspecto de gran importancia para terminar de configurar los contornos de las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad. Explica el autor que, en tanto la sentencia decla-

rativa procura dar certeza y valor de cosa juzgada, parece irrenunciable la necesidad de asegurar en el proceso la participación de la parte directamente afectada.

El Estado Nacional será el sujeto pasivo de la demanda en las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad cuando éste sea la contraparte de la relación jurídica que justifique la promoción de la demanda o cuando sea este quien deba aplicar la disposición cuestionada o el autor de las conductas que motivan la promoción de la acción, con independencia de que haya sancionado o no la norma cuya inconstitucionalidad se requiere. Así, el Estado será el sujeto pasivo en una multiplicidad de situaciones, pero ello con independencia de que sea el autor de la norma atacada.

Un aporte interesante se observa en los capítulos VII y X, donde se explica, desde un punto de vista de estrategia y táctica procesal, la conveniencia de canalizar una pretensión declarativa de inconstitucionalidad a través del amparo, un juicio ordinario o sumarísimo, junto con una medida cautelar o, bien, a través de otro procedimiento especial. Entre muchos interrogantes a resolver, el autor se pregunta: ¿Cuál es el derecho en juego? ¿Cuál es la jurisprudencia en materia de admisibilidad de cada una de estas vías en el fuero ante el cual se procura litigar? ¿Se necesita con urgencia una medida cautelar? ¿Qué tan relevante es contar con una sentencia de fondo en un plazo breve? Las respuestas a esos interrogantes llevan a optar por uno u otro procedimiento.

Un aspecto central de la obra se ubica en el capítulo XI, en el cual se desarrollan los efectos de la sentencia que resuelve una pretensión declarativa de inconstitucionalidad. Este tema se trata con máxima claridad desde dos perspectivas: por un lado, los efectos en cuanto a las personas y, por el otro, el momento a partir del cual se producen los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

Así, se explica que el juez no declara la inconstitucionalidad para asegurar la corrección del ordenamiento jurídico, ni para dar una simple opinión sobre un conflicto constitucional. Por el contrario, la declaración de inconstitucionalidad tendrá todo el alcance necesario para resolver el conflicto que se presenta. Seguidamente se examinan los inconvenientes que traen los procesos colectivos y los conflictos cuya resolución exige sentencias con efectos expansivos, recurriendo

a distintos casos que se han planteado en la jurisprudencia. Por último, el autor se detiene en la supuesta distinción entre nulidad e inconstitucionalidad, señalando que tanto una como la otra presuponen que se está ante normas incompatibles con el ordenamiento jurídico, no advirtiendo diferencias sustanciales entre ambas categorías.

La tarea de un juez de la Nación no es, en la República Argentina, la de depurar el ordenamiento jurídico: cuando analiza la validez de una norma o acto, lo hace para resolver un conflicto concreto, real y actual, que ha sido llevado a sus estrados por un sujeto con legitimación procesal. Si finalmente declara que la norma es incompatible con el ordenamiento jurídico (lo denomine inconstitucionalidad o nulidad), lo hará a fin de explicar por qué motivo esa norma (*prima facie* aplicable) no será finalmente utilizada para resolver el caso.

En relación con el alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad, el juez deberá resolver el caso como si la norma nunca se hubiera dictado. Si el juez considera que la norma no ha sido creada de conformidad con la Constitución, así deberá declararlo y prescindirá de ella para resolver la controversia. De este modo, al menos como principio, la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos retroactivos, en cuanto resuelve el caso considerando que la norma ha sido siempre inaplicable.

Por último, el capítulo final de la obra ha sido reservado para desarrollar en profundidad las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires. Aquí se destaca no solo la enjundiosa recopilación doctrinaria, sino también la copiosa jurisprudencia relevada que ilustra las vicisitudes que esta herramienta procesal presenta en los tribunales locales. El desarrollo de esta parte del libro se manifiesta como una guía práctica para todo aquel que pretenda plantear o resolver una pretensión declarativa de inconstitucionalidad utilizando alguno de los dos ordenamientos procedimentales.

En el afán de proporcionar una herramienta útil, actualizada y de consulta permanente —especialmente para abogados en el ejercicio de la profesión y de la judicatura—, la obra parte de claras explicaciones teóricas que sistematizan los temas basales de las pretensiones que tienen por objeto la declaración de inconstitucionalidad, para luego vincularlas con la normativa correspondiente. A sabiendas

de la tenacidad de Laplacette, y de su ejercicio práctico con esta herramienta, estoy convencido de que pronto verá la luz una segunda edición de la obra que aquí se reseña, en la que podrá incluirse un análisis exhaustivo de las pretensiones de inconstitucionalidad en el derecho provincial –aunque, en varias ocasiones, se han hecho menciones en distintas notas al pie de página– y un desarrollo de la jurisprudencia local.

Se advierte, en definitiva, que el foco del libro reseñado se ha puesto en la cotidiana problemática que se presenta en la tarea de los operadores del sistema de justicia, específicamente al aplicar los procedimientos de la Provincia de Buenos Aires, de la Ciudad de Buenos Aires y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El aporte conceptual hecho por Laplacette servirá no solo para la aplicación práctica de los distintos ordenamientos procedimentales de nuestro país, sino también para un análisis crítico de indudable interés a la hora de elaborar estrategias procesales y de resolver pretensiones debatidas en un proceso judicial. *Acciones declarativas de inconstitucionalidad...* presenta interrogantes y los soluciona y no tengo duda de que ocupará un espacio en las bibliotecas de aquellos que tengan la inquietud intelectual y asuman el desafío personal de contribuir a una mejora en la construcción de una República que se encuentra amenazada constantemente.

RECENSIÓN

DÍAZ SOLIMINE, Omar L. (Dir.); DÍAZ SOLIMINE, Ignacio L. (Coord.), *El margen nacional de apreciación*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2020, 304 pp.

EMILIO ROSATTI¹

El Derecho Internacional de los derechos humanos es receptado de distintas formas por la comunidad de naciones que integran el sistema de protección regional americano. Ello responde a que los países, en ejercicio de su soberanía, contraen las obligaciones internacionales que estiman convenientes mediante los mecanismos establecidos en sus ordenamientos jurídicos positivos. Las razones y motivaciones pueden ser diversas, pero lo cierto es que ello es consecuencia de la historia y realidad de cada Estado.

Dicho esto, creemos que las discusiones relativas a la doctrina del margen de apreciación nacional –entendido, en términos básicos, como la posibilidad de que los Estados puedan interpretar las normas convencionales de acuerdo a sus propias particularidades nacionales–

1. Abogado (UNL), Especialista en Derecho Procesal Penal (UNL), profesor de Derecho Constitucional I y II en la FCJS de la UNL y de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la UCSF, miembro del Comité Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, autor de diversas obras y numerosos artículos. Correo electrónico: e_rosatti@hotmail.com.

deben tener en cuenta, necesariamente, la jerarquía dada por cada Estado a los instrumentos internacionales y el sistema de control de constitucionalidad adoptado por estos.

El margen nacional de apreciación es una obra que recoge trabajos de profesionales, catedráticos e investigadores, demostrando todos ellos una vasta solidez en el tema que nos ocupa.

La principal característica del libro es, sin duda, la diversidad de aristas que se presentan sobre el margen de apreciación nacional, precedidas de un prólogo, a cargo de Alfonso Santiago, y de las palabras preliminares del director, Omar Díaz Solimine, que se unen perfectamente a la obra.

Los siguientes capítulos, en orden de aparición, se titulan: “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, “El control de convencionalidad y su relación con el control de constitucionalidad”, “El ‘ius cogens’: un ámbito prohibido para el margen de apreciación nacional”, “Precedentes vinculantes de la Corte IDH para los Estados”, “El margen de apreciación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, “Restitución internacional de menores”, “La mirada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a las personas migrantes”, “El margen de apreciación nacional en materia ambiental”, “Jerarquía de una resolución de la Comisión Europea en el proceso judicial argentino”, “Hacia un plazo razonable de duración del proceso en causas civiles” y, finalmente, “Eficacia comparada del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.

Así, se aborda el margen de apreciación desde su génesis y sus orígenes², mencionando antecedentes y documentos en los que se apoyó para dar comienzo al camino que hoy presenciamos.

2. “La doctrina del margen de apreciación nacional encuentra su origen como criterio hermenéutico instaurado por los organismos del sistema europeo, a fin de interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos (...) esta doctrina puede ser entendida como un espacio de discrecionalidad que cuentan los Estados partes, para fijar el contenido y alcance de los derechos del Convenio Europeo, tomando en consideración determinadas circunstancias jurídicas, sociales y culturales”

A su turno, se analiza el tema en el ámbito internacional, tanto europeo³ como americano⁴. Se avanza sobre cuestiones fundamentales, tales como las desiguales realidades de los diferentes Estados y grupos de Estados y, sumado a ello, las distintas materias que, sin lugar a duda, forman parte del asunto que nos ocupa.

A la hora de tocar el tema central del margen de apreciación nacional, esto es, la jurisprudencia de tribunales internacionales⁵, puede concluirse que la obra reafirma no solo su compromiso con la profundidad de su abordaje, sino también por la virtuosa diversidad de aristas que toma.

Sobre este punto es necesario diferenciar dos situaciones posibles en torno a la aplicabilidad de la jurisprudencia de tribunales internacionales. Nos referimos, puntualmente, a un caso en que un Estado sea parte y a otro en que no lo sea. En el primer contexto hipotético, partimos del presupuesto de que el tribunal internacional haya entendido violatoria del orden convencional, por ejemplo, una norma del derecho interno. Para ello, suponemos que ha analizado los hechos del caso, el derecho positivo y el lugar que la Constitución Nacional le dio al derecho convencional.

En el segundo supuesto, es decir, el de un caso en que un Estado no sea parte es más delicado y aconsejamos por ello una posición más prudencial. La aplicación sin más de jurisprudencia internacional a todos los países parte de la convención –pero no del litigio en sí– puede tornarse peligrosa. Por ello, cuando un tribunal internacional entiende que una norma del derecho positivo de un país es violatoria del orden convencional, no podemos automática-

(López Alfonsín, Marcelo Alberto, “La doctrina del margen de apreciación nacional”, en *Revista de Derecho Público*, 2017-1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2017, p. 126).

3. El tema es abordado por Ignacio L. Díaz Solimine, quien lo vincula con la Corte IDH, citando jurisprudencia y enseñándonos su muy bien lograda posición.

4. José Benito Fajre y Santiago Fajre nos introducen al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

5. Gabriela Iturbide, Luciana Wechselblatt y Jonathan Brodsky; Luciano Varela; José María Salgado; Mirian Palmas; Leonardo Villafañe; Isabel Novosad; Santiago Villagran; Federico Vaschetto y el propio Díaz Solimine abordan la cuestión jurisprudencial.

mente aplicar ese estándar a otro país que no fue parte en el litigio. Esto funciona así por razones obvias. Cada Estado tiene sus propias normas y, al momento de merituar si hubo violación del orden convencional, habrá que analizar las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Dicho de otro modo, los Estados tienen un margen para apreciar si la jurisprudencia internacional es aplicable en los casos es que es demandado⁶.

Al tratarse el tema en nuestro país, no solo se lo hace desde la clásica perspectiva del abordaje del ya célebre fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fontevicchia*⁷, sino que –y no tememos ser reiterativos– la obra vuelve a mostrarnos su diversidad. Así, temas ambientales, económicos y procesales echan luz sobre esta cuestión que aún tiene sus sombras.

Sobre el particular agregaremos que conforme nuestra opinión no existe motivo para entender que las sentencias de los organismos internacionales integren –cuanto menos en nuestro país– el máximo peldaño normativo, esto es, el bloque de constitucionalidad⁸.

Ahora, sin perjuicio de la obligatoriedad –o no– de las decisiones de los tribunales supranacionales, aparece como insoslayable el nudo de la cuestión sobre el margen de apreciación nacional en nuestro país. Esto es: la fórmula “en las condiciones de su vigencia” inserta en el inciso 22 del artículo 75 de nuestra Constitución Nacional, por la

6. En igual sentido se expresa Amaya en: Amaya, Jorge Alejandro, “Perspectivas y prospectivas del control de constitucionalidad y convencionalidad”, en *derechoydebate.com*.

7. CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, del 14/2/2017, *Fallos*: 340:47.

8. “(...) [B]ajo la CADH, la Corte IDH no puede imponer otra obligación que la de ‘tener en cuenta’ su jurisprudencia. En efecto, no existe norma alguna en la CADH que le otorgue a la Corte IDH poder para imponer a los Estados integrantes del SIDH la obligación de ‘acatar’ su jurisprudencia bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional. Esta responsabilidad solamente surge frente al incumplimiento de sus fallos recaídos en los casos en los cuales los Estados son parte. Conforme al art. 68 CADH solamente tales sentencias son obligatorias” [Bianchi, Alberto B., “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”, *Sup. Const.* 2010 (septiembre), 23/9/2010, 15 – *La Ley* 2010-E, 1090].

Convención Constituyente de 1994; que hace referencia a la forma en que tienen jerarquía constitucional los Tratados de Derechos Humanos allí enumerados, sumados a los que luego se incorporaron y a los que en el futuro pudieran hacerlo.

Correspondería desentrañar entonces qué quiso decir el convencional constituyente cuando estableció que el orden jurídico constitucional argentino se abriría al Derecho Internacional en materia de derechos humanos con determinadas pautas, es decir, “en las condiciones de su vigencia”. Compartimos la visión de Horacio Rosatti, cuando sostiene que el término “en las condiciones de su vigencia” significa “tal y como eran recibidos por el orden jurídico interno, es decir, con alguna reserva o alguna declaración interpretativa, por ejemplo”. El referido autor agrega que en términos generales el problema no se da con el texto de las convenciones o de los tratados internacionales; el problema se da con “las interpretaciones de esos textos”. Rosatti concluye que “la expresión ‘en las condiciones de su vigencia’ nunca supuso un condicionamiento al derecho interno por parte del Derecho Internacional, sino todo lo contrario”⁹.

De esta manera –y volvemos sobre el punto anterior–, parecería que se pudiera descartar de plano la teoría que asegura que los pronunciamientos del Sistema Interamericano integran las condiciones de vigencia de los tratados y, por ende, son fuente de obligaciones en el derecho argentino. Entendemos que la asamblea constituyente de 1994 no quiso decir que ingresa todo –y de cualquier manera–, sino que ingresa en las condiciones de su vigencia, esto es, tal y como el orden jurídico nacional dice que deben ingresar.

Por último, siguiendo este razonamiento, no podemos dejar de mencionar que todos los textos internacionales deben ingresar respetando la cláusula constitucional del artículo 27, esto es, de “conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Esta es la manera en que se cierra el círculo.

9. Conferencia de Horacio Rosatti en el 1^{er}. Congreso Patagónico de Derechos Humanos y Constitución, Bariloche, 2/11/2018.

Así lo ha entendido nuestro máximo tribunal en el ya citado fallo *Fontevicchia*¹⁰ y, en el mismo sentido, se ha explicado, al decirse que “[l]a expresión en las condiciones de su vigencia significaría que la jerarquización de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos es de acuerdo con la manera en que resultan formalmente válidos para la Argentina, es decir, considerando su entrada en vigor y las reservas y declaraciones interpretativas formuladas respecto de ellos. Desde esta perspectiva, por tanto, dicho enunciado no alcanzaría a la jurisprudencia y opiniones de órganos internacionales de interpretación y aplicación, pues estas remitirían más bien a condiciones de eficacia y no de vigencia; lo cual no implica desconocer que aquellas constituyen una importante guía para la aplicación de los TIDH, sino señalar que el texto del artículo 75, inciso 22 de la CN, en este punto, no impone en sí mismo el deber de su seguimiento”¹¹.

Como hemos visto, el control de constitucionalidad y convencionalidad tiene peso propio en estos tiempos y la obra lo refleja de ese modo. Sin embargo –el control de constitucionalidad y convencionalidad–, no son mecanismos jurisdiccionales independientes. El primero está destinado a verificar la adecuación de las normas infraconstitucionales para con la Constitución Nacional y, además, la compatibilidad de todos los segmentos del orden jurídico nacional. El segundo tiene como misión identificar si una norma infraconstitucional o el accionar de un poder constituido resulta violatorio del orden convencional. A fin de cuentas, son herramientas de tutela que se integran.

En definitiva, entendemos que las riñas entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad no son disputas de

10. “El constituyente ha consagrado en el citado art. 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por ‘los principios de Derecho Público establecidos en la Constitución Nacional’, a los cuales los tratados internacionales –y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realicen– deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad. A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional –sea de fuente normativa o jurisprudencial– sobre el ordenamiento constitucional” (considerando 5º, *Fallos*: 340:47).

11. Dolabjian, Diego A., *Derecho constitucional profundizado*, Buenos Aires, Ediar, 2017, pp. 397 y 398.

índole semántica, sino que, por el contrario, tienen como epicentro la jerarquía de las fuentes y la determinación del derecho aplicable.

No debe obviarse que, dentro de los temas abordados por los autores de la obra, aparecen el ambiental y el plazo razonable. Sin duda alguna, dos temas de suma importancia, cobrando el primero de ellos una destacada actualidad. Si bien no es nueva la cuestión ambiental, la situación global de la era que nos toca vivir lo hace fundamental. El compromiso de cada Estado con el resto del mundo en esta materia es fundamental.

Entendemos que, desde este punto de vista, el margen de apreciación nacional cobra una nueva dimensión, no ya para reservarse un ámbito de aplicación respecto de normas internacionales, sino para aumentar los estándares mínimos allí fijados. Es claro y lógico que cada país tiene realidades distintas en materia ambiental y, asimismo, lo que cada Estado haga –o, mejor dicho, no haga o no proteja– influirá en otros. Ante esta realidad, es difícil que el derecho pueda dar una cabal solución. El tema se vuelve apasionante, aunque al mismo tiempo preocupante.

Hablando de nuevas aristas –o dimensiones– nos permitimos avanzar un poco más e intentar marcar un margen de apreciación local, visto éste desde las provincias y la CABA hacia el gobierno federal –el ejemplo se ciñe en nuestro país, pero es perfectamente aplicable a otros países de tinte federal o confederal. Entendemos que el margen de apreciación local –ya no nacional– supone reconocer a las provincias argentinas y a la CABA un ámbito de apreciación para la aplicación de cierta normativa que pueda tener –en función del federalismo imperante– una percepción normativa parcialmente diferente.

Temas tales como los referentes a pueblos originarios, recursos naturales o incluso la religión deben (o deberían poder) ser tomados de manera diferente entre algunas provincias u otras y la CABA, permitiendo a esos distritos tener interpretaciones disímiles, tanto de normas nacionales como internacionales. El razonamiento es el mismo, pero no ya visto desde la esfera de un país y sus principios de derecho público hacia el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sino siempre desde la órbita interna del propio país. La característica esencial debe ser el sistema federal de gobierno que rija el país en cuestión, pues de otro modo resultaría difícil encontrar una visión de

este tipo: local respecto de lo nacional. El caso argentino es un terreno fértil para desandar el camino de lo que llamamos “margen de apreciación local”.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que esta obra vio la luz en tiempos extraños –si se permite el término–; nos estamos refiriendo a la “emergencia”¹² global generada por la pandemia COVID-19, que –como tal– no fue prevista y genera un sinnúmero de recomendaciones, cobrando especial importancia las de la OMS en el plano internacional. En este sentido, los distintos Estados han adoptado diferentes medidas, que podemos resumir –y simplificar– como las que dieron prioridad a la economía –Estados más liberales– y las que prefirieron centrarse en cuidar la salud de sus habitantes, descuidando el sistema económico –Estados intervencionistas–, restringiendo estas últimas otros derechos como el de locomoción, por ejemplo¹³.

El margen de apreciación nacional ha permitido que los diferentes países tomen decisiones contrapuestas, en razón de que –conforme su ordenamiento interno– pudieron hacerlo como soberanos.

Como conclusión, celebramos la publicación de esta obra, no solo porque es un aporte más a una posición que nació solitaria y que, en estos tiempos va sumando adhesiones, sino porque –y no nos cansamos de repetirlo– aborda temas diversos, abriendo cada uno distintos caminos que tendremos que desandar para continuar el sendero de esta teoría.

12. Desde hace ya tiempo Bidart Campos hacía referencia a que la emergencia o las emergencias implican “la posibilidad de reforzar o aumentar las competencias del poder estatal, y posibilidad de limitar o restringir el ejercicio de los derechos”. Asimismo, afirmaba que “el constitucionalismo democrático no tolera emergencia permanente, ni las emergencias que, con exiguo intervalo, se renuevan y reproducen continuamente” (Bidart Campos, Germán, *La constitución que dura*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 235 y sigs.).

13. En rigor de verdad, diremos que creemos que esta fue una falsa dicotomía, pues hemos visto y estamos viendo –ya con el paso del tiempo– que aún los Estados que han optado por resguardar la economía a riesgo de mayores contagios –y muertes– no lo han logrado. Asimismo, también hemos vivenciado que aquellos que han querido priorizar el sistema de salud no han tenido un gran éxito.

PARTE IV
DOCUMENTOS

DECLARACIÓN SOBRE LA CREACIÓN DE UN OBSERVATORIO DE LA DESINFORMACIÓN Y LA VIOLENCIA SIMBÓLICA EN MEDIOS Y PLATAFORMAS DIGITALES (NODIO)

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

ROBERTO E. LUQUI
ACADÉMICO PRESIDENTE

Ante el anuncio hecho por la Defensora del Público de propiciar la creación de un “Observatorio de la desinformación y la violencia simbólica en medios y plataformas digitales (NODIO)”, en el ámbito de competencia de ese organismo, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires manifiesta que, si se concretara, podrían vulnerarse normas y principios constitucionales que nos rigen.

En nuestro país no es función del Estado ejercer vigilancia sobre la información que difunden las personas humanas o jurídicas y las ideas que expongan en ejercicio de la libertad de expresión (art. 14 de la Constitución Nacional, y art. 13, punto 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos), salvo cuando constituyan un delito o causen agravio jurídico a un tercero, en cuyo caso deben ser juzgado por los tribunales competentes.

Se ha dicho que el observatorio proyectado no sería un órgano con presupuesto y que busca generar insumos que permitan “reflexionar acerca de las prácticas responsables en búsqueda de un periodismo de alta calidad” y debatir “sobre los aspectos éticos del ejer-

cicio de la libertad de expresión en internet”. No obstante, no por ello esta iniciativa deja de ser una intromisión en la libertad de expresión.

A juicio de esta Academia, no le compete al Estado constituirse en promotor de un periodismo de alta calidad, por no ser esta una función propia de nuestro régimen constitucional. Además, por tratarse, la evaluación de dicha actividad, de una cuestión subjetiva, se corre el riesgo de medir la calidad sesgadamente y con criterio ideológico, el cual, cualquiera que sea, debiera prevenirse para evitar avances indebidos sobre la libertad de expresión.

La experiencia indica que la existencia de esos organismos en la esfera estatal abre el camino a que sean utilizados como medios para inducir conductas inspiradas en ideologías político partidarias, incompatibles con nuestro sistema constitucional democrático y pluralista de gobierno.

Lo dicho no implica desconocer o cuestionar la existencia de este tipo de entidades en el ámbito privado, dedicadas a esta clase de tareas, cuya misión está claramente determinada, y pueden aportar ideas u opiniones útiles para esa finalidad, sin constituirse en voceros del Estado y en última instancia sometidos al libre escrutinio de quienes accedan a sus pareceres o dictámenes.

Buenos Aires, 27 de octubre de 2020.

**EXPOSICIÓN DE MIGUEL J. HASLOP,
PRESIDENTE DE PRODECI, EN REPRESENTACIÓN
DE LA COALICIÓN DE LIBERTAD DE
CONCIENCIA Y DE EXPRESIÓN EN EL DIÁLOGO
DE REPRESENTANTES DE LA SOCIEDAD CIVIL
ANTE LA OEA, EN LA ASAMBLEA GENERAL N° 50
9 DE OCTUBRE DE 2020**

MIGUEL J. HASLOP¹

Señor Secretario General y Señores Representantes de los Estados miembros de la OEA:

Para enfrentar esta pandemia, debimos modificar nuestra conducta y hábitos. El uso de tapabocas, las medidas de distanciamiento social, las restricciones a la circulación y el uso de los espacios públicos implican el sacrificio transitorio de ciertas libertades individuales en pos del bien común.

Sin embargo, es necesario denunciar claramente y sin ambigüedades el aprovechamiento político que se ha efectuado de esta pandemia, a resultas del cual se han menoscabado libertades más allá de lo justificable por la crisis sanitaria.

1. Presidente de la Asociación para la Promoción de los Derechos Civiles (PRO-DECI). Correo electrónico: info@prodeci.com.ar.

Entre esas libertades cercenadas se encuentran las de conciencia y expresión, reconocidas en los artículos 12 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Se violenta la libertad de conciencia cuando se impone a los agentes del sistema de salud protocolos que no respetan su juramento hipocrático o sus convicciones morales.

Se violenta la libertad de conciencia cuando el Estado avasalla la legítima autonomía de las iglesias, suspendiendo el culto religioso y poniendo así al individuo en la disyuntiva de violar la norma civil o la religiosa.

Se violenta la libertad de expresión cuando impera una cultura de la cancelación. Cuando se silencia a quien opina distinto, incluso en cuestiones científicas, como el abordaje sanitario de esta pandemia.

Se violenta la libertad de expresión cuando se fomentan observatorios de medios de comunicación y se pretende la reglamentación del uso de Internet y de las redes sociales, fomentando el patrullaje ideológico, la denuncia infundada y la persecución. Se intenta amordazar tanto la actividad periodística como las expresiones de ciudadanos particulares.

Se violenta la libertad de expresión cuando bajo la excusa del distanciamiento social se impiden las reuniones políticas, las manifestaciones ciudadanas y las asambleas de trabajadores.

Todas estas formas de violentar la libertad de expresión constituyen abusos y actos discriminatorios, que silencian una campana en la opinión pública.

Algunas páginas de nuestra historia han sido tristes, con enfrentamientos civiles y desprecio por el hermano. Pero también contamos con páginas llenas de altruismo y magnanimidad. La lucha por la paz y la libertad nos ha enseñado a respetar a quien piensa de modo diferente.

Hoy más que nunca necesitamos comunicarnos y expresarnos. Para ello han de respetarse nuestros valores, creencias y convicciones morales.

Nuestra propuesta para sus gobiernos:

- Tomar nota de la preocupación y del rechazo social por las restricciones a las libertades de conciencia y expresión.

- Declarar públicamente el respeto irrestricto al derecho de objeción de conciencia de los ciudadanos, en cualquier ámbito.
- Asegurar las libertades de culto y el derecho de los enfermos y de sus familiares a ser asistidos espiritualmente, lo cual debe ser expresamente reconocido en los protocolos sanitarios que se implementen con motivo de esta pandemia.
- Abstenerse de instituir, desde el gobierno, observatorios de opinión pública y/o actividad periodística.
- Limitar las medidas de distanciamiento social a lo estrictamente necesario para evitar la propagación del coronavirus. Las personas sanas deben poder gozar de sus derechos y libertades plenamente.
- Permitir las manifestaciones públicas ciudadanas, conforme el artículo 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Señores Embajadores: esta pandemia no debe ser una excusa para retroceder en materia de libertad de conciencia y de expresión en nuestra región. Para salir de esta catástrofe sanitaria, social y económica, necesitamos avanzar, con responsabilidad, respetando los derechos y las libertades de todos los americanos.

REVISTA FORUM

NORMAS DE PUBLICACIÓN

FORUM –Anuario del Centro de Derecho Constitucional– adopta las siguientes *normas de publicación*, en consonancia con su objetivo de ser expresión de los trabajos y estudios académicos de quienes participan como miembros o invitados del Centro de Profesores de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho, así como de otras universidades, respetando los principios de justicia y orden natural que iluminan el ideario y el proyecto integrador de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

I. Cobertura temática

La Revista *FORUM* (en adelante, la Revista) publica textos relacionados con la investigación en el área del Derecho Constitucional y sus disciplinas afines, conforme a su misión, que se inserten en las siguientes categorías temáticas:

- 1.1. Derecho Constitucional;
- 1.2. Filosofía del Derecho (Derecho Natural, Teoría del Derecho, Principios e Instituciones Jurídicas);
- 1.3. Derecho Internacional Público;
- 1.4. Derecho Administrativo;
- 1.5. Historia del Derecho;
- 1.6. Derecho Canónico y Eclesiástico;
- 1.7. Derecho Comparado.

II. Código de conducta y buenas prácticas editoriales

FORUM adhiere al Código de conducta y mejores prácticas del *Committee on Publication Ethics (COPE)*, denominado *Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors y Code of Conduct for Journals Publishers*.

FORUM asegurará la calidad científica de las publicaciones y la adecuada respuesta a las necesidades de los/as lectores/as y los/as autores/as. Los trabajos que se presenten a la Revista deben cumplir con estas normas éticas.

III. Secciones de la Revista

La Revista publica trabajos de distintas categorías, agrupados según distintas secciones, de acuerdo con el siguiente detalle:

Artículos de investigación

Se publican dentro de esta sección trabajos que cumplan con las siguientes características.

- a. Estructura de la investigación
 - El tema tratado debe realizar aportes científicos y ofrecer conceptos novedosos que enriquezcan el conocimiento, en línea con el espíritu del Centro de Derecho Constitucional, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.
 - Deber existir coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones.
 - El trabajo debe contar con bibliografía actualizada y pertinente con la temática.
- b. Requisitos

Los trabajos presentados deben ser escritos en español (la Redacción se reserva la posibilidad de admitir trabajos escritos en otras lenguas con carácter excepcional) y tener como mínimo la siguiente estructura, que se aplicará también a los comentarios, las notas, reseñas, crónicas y ensayos, en cuanto corresponda. Preferentemente se aceptarán trabajos en castellano. No obstante, también pueden recibirse en italiano, francés, inglés o portugués.
- c. Extensión

No podrán tener una extensión menor a las 5.000 ni mayor a las 25.000 palabras. La Redacción se reserva el derecho a publicar artículos en fascículos diferentes.
- d. Otros

El trabajo debe enviarse con el título en el idioma original e inglés, un resumen o *abstract* de entre 150 y 300 palabras y palabras claves en un

número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés. El trabajo deberá incluir la bibliografía utilizada, siguiendo las indicaciones de las presentes *normas de publicación*.

e. Evaluación

Los trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores, siguiendo las reglas definidas en el acápite V.

f. Originalidad

Los trabajos propuestos para esta Sección deberán ser originales. Al momento de su presentación, el autor debe acompañar una carta por vía digital que autorice la publicación y cesión a este efecto de los derechos respectivos, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos luego sin expresa y clara mención de su previa publicación en *FORUM*. Para tal caso, los autores deben enviar por vía digital aviso sobre la difusión de su artículo.

Notas y comentarios

- a. Estructura: Esta sección incluirá trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. La extensión máxima será de 15.000 palabras.
- b. Originalidad: Los trabajos propuestos para esta sección deben ser originales. Al momento de su presentación, el autor debe acompañar por vía digital una carta que autorice la publicación y cesión a este efecto de los derechos respectivos, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos luego sin expresa y clara mención de su previa publicación en la Revista.
- c. En el caso de comentarios de jurisprudencia, la sentencia, con indicación del tribunal interviniente, nombre de los firmantes y fecha de emisión, debe ser entregada junto con el trabajo enviado, como anexo. Si la sentencia fue extraída de una página web debe indicarse dirección de acceso.
- d. Otros: El trabajo debe enviarse con el título en idioma original e inglés, un resumen o *abstract* de entre 150 y 250 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés. El trabajo debe incluir la bibliografía utilizada, siguiendo las indicaciones de las presentes *normas de publicación*.
- e. Las notas y comentarios serán sometidos al arbitraje de evaluadores, siguiendo las reglas definidas en el acápite V.

Recensiones, crónicas y ensayos

La sección incluye reseñas/recensiones de libros de aparición reciente (en principio no más de dos años) con una extensión máxima de 4.000 palabras. Las recensiones no contarán con palabras clave. La Revista podrá publicar crónicas y ensayos que no superen esa extensión de palabras.

Documentos

La Dirección podrá seleccionar documentos que considere relevantes conforme a la temática o problemas atinentes a los objetivos de la Revista, tales como textos del Magisterio de la Iglesia, declaraciones de la Facultad de Derecho o Corporaciones o Colegios de Abogados, o de las múltiples Academias Jurídicas, Políticas y Científicas, etc.

Otras secciones

Según las necesidades del número publicado, podrán incluirse necrológicas, recuerdos de profesores o académicos, noticias, traducción o publicación de textos ya publicados en otras lenguas, publicación de conferencias y/o comunicaciones en congresos o seminarios, etc.

IV. Los autores

1. Deben enviar sus datos personales y los de la institución a la que pertenecen, si la hubiere. Los autores deben informar al menos el máximo grado académico que poseen, junto con la universidad que lo otorgó y el año, los cargos o compromisos laborales o profesionales, dedicatorias o los proyectos científicos patrocinados en los que el trabajo se enmarca podrán incluirse como segundo párrafo de la nota al pie inicial, antes de las notas de numeración correlativa. Los autores deberán indicar además su dirección de correo electrónico para ser publicada en la Revista. Podrán incluir los agradecimientos que estimen pertinentes.
2. Los autores que se encuentren en conflicto de interés con el trabajo presentado deben efectuar la aclaración pertinente en la nota al pie inicial, junto con sus datos personales. También deberán aclarar si la investigación ha sido financiada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una

beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.

3. Los autores conservan los derechos de autor y garantizan a la revista el derecho de ser la primera publicación del trabajo. Se autorizará a los autores que publiquen total o parcialmente sus trabajos en otras revistas, siempre y cuando aparezca al comienzo del artículo la referencia al número de *FORUM* en el cual haya aparecido.
4. Los autores cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, habilitando la reproducción de su trabajo en el Repositorio Digital o Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.
5. Los trabajos que contiene esta Revista representan la opinión de sus autores y no constituyen necesariamente la opinión oficial de la Pontificia Universidad Católica Argentina ni de ninguno de sus órganos.
6. Por lo menos el 50 % de los trabajos publicados en cada número de la Revista pertenecerán a autores externos a la Pontificia Universidad Católica Argentina. Sin perjuicio de ello, la Revista publicará al menos dos trabajos pertenecientes a autores de la Universidad por número.

V. Lista de comprobación para la preparación de envíos

Como parte del proceso de envío, los autores están obligados a comprobar que su envío cumpla todos los elementos que se muestran a continuación. Se devolverán a los autores aquellos envíos que incurran en las siguientes causales de rechazo:

- a. Que el manuscrito haya sido publicado o se haya enviado previamente a otra revista o publicación colectiva.
- b. Si el archivo enviado no está en formato Microsoft Word.
- c. Si el texto no cumple con los requisitos bibliográficos y de estilo indicados en las *normas de publicación*.
- d. Si el autor no ha aceptado y suscripto la declaración de originalidad que será remitida mediante correo electrónico.

VI. Evaluación inicial y arbitraje

1. Los documentos recibidos pasarán por una evaluación inicial realizada por los editores u otros especialistas a pedido del Director de la Revista, para

discernir la originalidad, relevancia e interés científico. En el caso de los artículos de investigación, la evaluación inicial se orienta a decidir el pase del trabajo a arbitraje. La Revista se reserva la posibilidad de rechazar trabajos en forma anticipada.

2. Además, la Secretaría de Redacción hace una corrección preliminar de estilos. Los autores pueden recibir sugerencias o una versión revisada del texto o ser consultados para solucionar dudas, antes de iniciar el proceso de arbitraje en el caso de los artículos de investigación, o bien de su publicación en el resto de las contribuciones.
3. Solo se iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las presentes *normas de publicación*. La adaptación de los originales a las *normas de publicación* de la Revista es responsabilidad de los autores. La Revista no cobra aranceles por el proceso de evaluación de trabajos para publicación.
4. Los textos enviados a la Revista para las secciones de “Artículos de investigación” y “Notas y comentarios” serán evaluados por un árbitro externo a la Revista, designado por la Secretaría de Redacción. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego simple” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros.
5. Los árbitros solicitados deberán evaluar los trabajos según el formulario correspondiente y deberán guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores.
6. El plazo para la realización del arbitraje será como máximo de 30 días desde la recepción del texto. Como agradecimiento por su colaboración se entregará al árbitro un certificado que acredite su labor.
7. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado – Aprobado con cambios (opcional u obligatorio) – Aprobado, pero el árbitro verificará las correcciones – Rechazado. El dictamen será comunicado al autor
8. En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la cuestión será resuelta por el Director de la Revista y el Consejo Editorial (en adelante, la Dirección de la Revista). Se podrá recurrir a un segundo arbitraje si fuera necesario.
9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del trabajo y la fecha de su aceptación por el árbitro académico.
10. Los árbitros o evaluadores externos recibirán los artículos sin la identificación de su autor, para asegurar la objetividad respecto de los autores.

VII. Normas para árbitros

- a) Los artículos, notas y comentarios presentados serán sometidos a arbitraje por parte de evaluadores externos. No serán sometidos a arbitraje las rese-

ñas, crónicas y/o ensayos cuya publicación se reservará a criterio de la Dirección de la Revista.

- b) El *referato* de la Revista está compuesto por árbitros que han alcanzado la máxima titulación académica (grado de doctor) y/o se desempeñan como profesores titulares (catedráticos) y/o investigadores de carrera. Se trata de investigadores de universidades ajenas a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, cuyas áreas de trabajo son la Teoría y el Derecho Constitucional, los Derechos Humanos, el Derecho Político, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal Constitucional, la Historia Constitucional, la Historia de las Ideas Políticas y otras disciplinas afines. La selección del árbitro dependerá de la temática del artículo.
- c) El árbitro que se encuentre en conflicto de interés con el trabajo que se le ha encargado evaluar debe inmediatamente excusarse de participar en el proceso del trabajo que se trate.

VIII. Anexo: Formato básico para textos y citas bibliográficas

1. Formato para textos

Textos Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra *Times New Roman*, negrita de 14 puntos para el título; negrita y cursiva de 12 puntos para los subtítulos de primer nivel; cursiva de 12 puntos para los subtítulos de segundo nivel; 12 puntos para el cuerpo del texto y 10 puntos para las notas a pie de página.

2. Citas bibliográficas

Las referencias bibliográficas siempre deben ir a pie de página y no en el cuerpo del texto. Deben adoptar el siguiente formato:

- a. Referencias de libros: apellidos y nombres del autor, título de la obra (en letra cursiva o bastardilla), lugar de publicación, editorial, año de edición, página o páginas citadas (todo separado por comas).
Ejemplo: Lamas, Félix Adolfo, *Ensayo sobre el orden social*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos "Santo Tomás de Aquino", 1985, p. 250.
Si se trata de una traducción y se requiere mencionar el autor, se anota después de la editorial. Por ejemplo: Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cuarta edición, novena reimpresión, Buenos Aires, EUDEBA, trad. Moisés Nilve, 2009, p. 174.

- b. Referencias de capítulos de libro o artículos que forman parte de una obra colectiva: apellidos y nombres del autor, “título del escrito” (en letra normal y entre comillas), apellidos y nombres del compilador o editor, indicándolo, o emplear AA.VV. cuando se trate de varios autores sin un editor compilador declarado, título de la obra, lugar de publicación, editorial, año de edición, páginas citadas, todo separado por comas.
Ej. Bandieri, Luis María, “En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XXI”, en Palazzo, Eugenio Luis (Dir.), *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*, Buenos Aires, El Derecho, 2012, pp. 34-51.
- c. Referencias de artículos de revista: apellidos y nombres del autor, “título del artículo”, nombre de la revista (en cursivas), lugar de publicación, número, año, páginas citadas, todo separado por comas.
Ej. Castaño, Sergio Raúl, “La idea de una autoridad política mundial. Consideraciones críticas a la luz de las exigencias de la realidad política”, *Foro*, Nueva época, Madrid, vol. 18, núm. 1, 2015, pp. 27-60.
- d. Referencias de artículos de periódicos: nombre y apellidos del autor, “Título del artículo”, nombre del periódico (en cursivas), lugar de publicación, fecha (día, mes y año), páginas citadas, todo separado por comas.
Ej. Ventura, Adrián, “La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso”. *La Nación*, Buenos Aires, 29 de noviembre de 2013, p. 7. Ídem.
- e. Referencias de Internet: apellidos y nombres del autor, “título del artículo”, lugar, fuente editorial, fecha de la publicación (si está disponible), dirección de la página web, fecha de consulta, todo separado por comas.
Ej. Santiago, Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, Buenos Aires, Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, rescatado de: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (consultado el 3-12-2012).
- f. Jurisprudencia citada: las referencias a las sentencias citadas deben contener las partes en cursiva, el año de la sentencia entre paréntesis y, seguido de dos puntos, el tribunal que la haya dictado junto con la fecha de su dictación. Debe especificarse el tomo y página de la publicación oficial; el link respectivo (con más fecha de último acceso) si hubiera publicación online disponible. Si no estuviera publicada oficialmente se incluirá la referencia a una publicación no oficial.
Ej. *Cruz, Felipa y otros c/ Minera Lumbrera Ltd. y otro s/ sumarísimo* (2016): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de febrero de 2016, *Fallos*: 339:142.
En el caso de citarse jurisprudencia extranjera, se deberá emplear el sistema propio de referencia que utilizan las cortes y tribunales de origen de la sentencia para su identificación.

- g. Las citas intertextuales en el cuerpo del texto deben ir “entre comillas”. Si las citas son en idioma distinto del español, deben hacerse “entre comillas y en itálica”. Las citas de caja menor deben ir sin comillas y en fuente *Times New Roman* 12, con un margen izquierdo tabulado de 1,25 cm. 8. Para los términos del texto que estén en un idioma diferente al original del artículo se debe utilizar letra itálica. Para citas textuales dentro de un texto ya entrecomillado (“ ”) se utilizan las comillas angulares de apertura y de cierre (« »). Si en el interior de la cita, se omite alguna frase, debe indicarse con paréntesis y tres puntos (...).

3. *Presentación de la bibliografía*

Al concluir el trabajo, debe presentarse la totalidad de la bibliografía utilizada, expuesta en orden alfabético, según el apellido del autor (o del primer autor, si la respectiva obra tiene más de uno), guardando la misma estructura y forma señalada en los anteriores puntos. Para los casos de referencia de capítulos de libro o artículos que forman parte de una obra colectiva y artículos de revista, se deben citar de forma completa las páginas de inicio y final del respectivo trabajo.

La Dirección se reserva el derecho de ajustar el estilo del aparato crítico a las normas de la Revista.

