

LOS PACTOS PREEXISTENTES Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Susana Albanese*

Homo res sacra homini
Séneca

* Profesora titular consulta, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Consejera suplente en representación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires del Consejo Académico del Centro de Formación Judicial.

1. INTRODUCCIÓN

Un preámbulo encuadra un enunciado de valores y principios, una declaración de aspiraciones, una exposición de motivos generales, una agrupación de reglas básicas que ocupa un lugar inicial en un documento tanto interno como internacional **// ¿es correcta la expresión?//**.

La Constitución Nacional establece en su Preámbulo, en tanto parte de su normatividad y de su juridicidad,¹ que el Congreso General Constituyente se reúne en cumplimiento de pactos preexistentes.

A su vez, la Carta Constitutiva de las Naciones Unidas comienza su Preámbulo con estos términos: “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles...”.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos manifiesta en el segundo párrafo de su parte introductoria: “...que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos ha originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”.

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio reconoce en su exposición de motivos que “...en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad”.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional señala entre los fundamentos de la creación del Tribunal Internacional y en referencia al siglo pasado que “...millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”.

Hasta aquí transcribimos algunos párrafos de documentos referenciales.² De los internacionales fueron extraídos textos vinculados

1. Bidart Campos, Germán J., “La filosofía de la Constitución”, *Universitas Rerum*, Escuela de Filosofía Práctica, Año 1, Nº 4, La Plata, junio de 1999. p. 7 y ss., sostiene que el Preámbulo “...no es una suerte de mera orientación y de puro consejo (...) sino la expresión primaria y primordial del sistema axiológico de la Constitución, (...) [contiene] una normativa jurídica aplicable, obligatoria y exigible”.

2. Si bien entendemos que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no es un tratado de derechos humanos lo hemos incluido porque su creación ha constituido un hito en la construcción de la exclusión de tribunales creados con posterioridad a los hechos que debe juzgar. Ver al respecto nuestro trabajo “El Estatuto de Roma de 1998 y los tratados sobre derechos humanos”, en *Defensa de la Constitución*, Ediar, obra colectiva en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos, 2003, pp.121-142.

con la mención a conflictos bélicos y sus consecuencias aciagas, degradaciones humanas; de la Constitución Nacional los pactos preexistentes que aluden a su vez a contiendas del pasado.

Con respecto a nuestra carta magna, Bidart Campos al tratar el Preámbulo sostiene que la invocación a los pactos “da razón de una fuente instrumental a través de la cual se arribó al acto constituyente”.³ Esa fuente es la que nos invita a trazar una especie de mapa paralelo entre la situación que precede al momento en el que se promueve *la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior* y la situación que lleva a firmar la carta constitutiva de las Naciones Unidas, la Declaración Universal y el cimiento de los tratados de derechos humanos.

Como el plan propuesto no es unidireccional y los momentos históricos no se reiteran como una reproducción de imágenes a través de incautos espejos es preciso acudir a ejemplos fijos, pruebas documentales, con la finalidad de acercar situaciones históricas demarcadas, reconocibles como pertenecientes a diferentes contextos y, de ser posible, arribar a alguna conclusión. Esta es la idea base que desarrollaremos a continuación.

2. CIERTOS TEXTOS INDICATIVOS

Nos ubicamos en la época de la denominada Revolución de Mayo. Con respecto a los territorios que formaban el Virreinato del Río de la Plata, debe destacarse la existencia de un largo proceso de sustitución de responsabilidades entre el Estado predecesor y los Estados sucesores hasta la obtención, por parte de estos últimos, de su reconocimiento en el ámbito internacional.⁴

Para ello debemos acudir a 1810 -fecha fundamental en cuanto a la iniciación del proceso independentista- para valorizar la gravitación de las provincias en la formación del estado federal argentino, su poder originario y su voluntad constituyente.

Las teorías que comenzaron a circular en el Virreinato del Río de la Plata hacia fines del siglo XVIII sirvieron de sustentación doctrinaria al movimiento sucesorio, adaptándolas a las circunstancias particulares. De ese modo, se sostenía que disuelto el poder sustentado por el monarca, los pueblos reasumían la soberanía. De toda la amplia documentación existente sobre la materia y exhaustivamente analizada por los historiadores, se encuentra el término “reasumir”, reiteradamente expuesto en la época.

3. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, 1996, T. I, p. 296.

4. *Historia de la Nación Argentina*, Academia Nacional de la Historia, El Ateneo, 3ª ed., 1961, vols. V 2, VI 1, VII 2.

En este orden de ideas es interesante evocar la carta que en 1809 el Tte. Gobernador de Santa Fe le envía al virrey Cisneros explicando el contenido de ciertos “papeles anónimos” que circulaban por el Virreinato, afirmaba que “...contienen en el sentido y sustancia las expresiones siguientes: que teniendo en Rey dn. Fernando 7º Sucesor, la misma España da la norma, de que no puede ser Rey sin antes haberse jurado Príncipe de Asturias; y que en su defecto a los Pueblos toca elegir y poner quien los gobierne porque los Pueblos hacen al Rey y no el Rey a los Pueblos, agregando que la herencia de los Pueblos no se debe considerar como la de los animales, negando por consiguiente el derecho de sucesión...”⁵

El Grito de Mayo, que no fue el primero, surgió en un momento especial, las ideas básicas para justificarlo encontraron ecos favorables en todas las ciudades y se gesta la idea de igualdad de todos los pueblos constituyendo el germen de lo que se dio en llamar algún tiempo después “la autodeterminación de los pueblos”.

Entre estos conceptos generales se debe detallar que en Salta Nicolás Laguna sostenía que no se debe mirar “...a la Capital de Buenos Aires con ánimo hostil... sin que por esto se entienda obediencia sino solamente concordia con honor y sin baxeza...”⁶ Asimismo, el gobierno de Mendoza reaccionó ante el rechazo de su diputado por parte del Cabildo de Buenos Aires, manifestó al respecto: “...Ese honorable Cabildo (el de Buenos Aires) carece de facultades para rever nuestras resoluciones y de superintendencia para anularlas y el hecho es como si nosotros pretendiéramos a nuestra vez, interferir en sus actos y reglarlos a nuestro arbitrio. En consecuencia, queda firme la elección de Diputado en la persona del doctor Bernardo Monteagudo y hacemos presente que no nos sentimos obligados a ninguna resolución que se tome en la Asamblea sin la intervención de nuestro diputado...”⁷

Los ejemplos citados, que constituyen un reflejo de otras posiciones similares surgidas en el seno de las provincias, llevarían a decir a Alberdi: “El Rey nombró siempre a los gobernadores de las provincias argentinas y jamás desde su fundación habían sido nombrados en Buenos Aires. Proclamado el principio de la *Soberanía del pueblo* por la Revolución contra España, al pueblo de las Provincias le correspondía naturalmente la elección de sus gobernadores, en ejercicio de su soberanía...”, afirmando más adelante: “Cuando las Provincias quedaron desunidas del gobierno común español (...) ninguna tenía derecho a intervenir en el régimen doméstico de otra.”⁸

5. *Ibíd.*, vol. V 2, Caillet-Bois, Ricardo “La Revolución en el Virreinato”, pág. 67 y ss., doc. del Archivo General de la Nación, Buenos Aires, División Colonia, Sec. Gobierno, leg.: Santa Fe, 1807-1809.

6. *Ibíd.*, vol. VII, primera parte, p. 135.

7. *Ibíd.*, vol. X, p. 28, Archivo de Mendoza, Protocolo de Barcalá, 1812, citado por Raffo de la Reta, Julio S. en “Mendoza 1812-1820”.

8. Alberdi, J. B. *Obras Completas*, t. V, pp. 399 y 491.

3. ETAPA DE ACUERDOS PARCIALES

Con posterioridad a Mayo se presenta la etapa de ensayos institucionales donde se perfilan determinadas características hasta llegar a la Constitución federal. En efecto, junto con la lucha contra los realistas, las provincias se reúnen en asambleas, nombran representantes, dictan Reglamentos, Estatutos y Constituciones, se independizan de antiguas unidades territoriales, firman acuerdos de paz, declaran la guerra, celebran tratados de comercio, establecen tasas de peaje, recaudan impuestos, se unen regionalmente a través de pactos.

Las relaciones interprovinciales desbloquean sus diferencias en pactos que convergen en la Constitución histórica de 1853-1860.

3.1. Actos de potestad provincial

Retomando el principio de potestad provincial retratado por Alberdi, sintetizaremos en determinadas acciones fidedignas la naturaleza de los actos realizados por las provincias en la búsqueda de soluciones institucionales y en el ejercicio efectivo de mandatos propios que demuestran la autonomía existente en el tiempo señalado, sus actividades culturales⁹, sus empeños de desarrollo socio-económico.

Con respecto a las segregaciones interprovinciales corresponde detallar algunos pasajes. Prueban los primeros intentos centralistas algunas Resoluciones de la Asamblea que dividió, por ejemplo, en 1813 la Intendencia de Córdoba y bajo el título de Intendencia de Cuyo agruparon a las tres provincias con capital en Mendoza. La subintendencia de La Rioja se declaró Provincia en 1816 por decisión de su Cabildo pero el Congreso Constituyente de 1817 volvió las cosas al estado anterior. Por decretos del Director Supremo se instituyen las Provincias de Entre Ríos, Corrientes y Misiones; se divide la Intendencia de Salta y se constituye la Provincia de Tucumán con jurisdicción en las ciudades de Santiago del Estero y Catamarca.

No obstante las resoluciones nombradas, otras decisiones dictadas por las autoridades locales determinan la conformación territorial de las provincias. Corrientes se declara independiente y se organiza en 1814¹⁰. En ese año, Tucumán nombra a Bernabé Aráoz como su primer gobernador intendente, quien presta juramento ante el Cabildo el 1º de diciembre.¹¹

9. Es conveniente recordar que el 12 de agosto de 1821 fue inaugurada la Universidad de Buenos Aires, su primer rector fue el Dr. Antonio Sáenz, desde sus orígenes los conflictos socio-políticos repercutieron en la vida universitaria.

10. *Historia de la Nación Argentina*, op. cit., vol. X, p. 510.

11. *Historia de la Nación Argentina*, op. cit., vol. IX, p. 444.

Al independizarse San Juan de Mendoza el 1º de marzo de 1820 proclama que "...reasumida su soberanía, se declara el pueblo independiente de la que hasta aquí había sido capital de provincia y que el actual señor teniente gobernador, lo elevaba el pueblo a la clase de gobernador, con todas las prerrogativas y facultades anexas a esa clase". Términos semejantes se encuentran, entre muchos otros, en el momento de la separación de Catamarca de Tucumán en 1821, declarando su independencia el 25 de agosto de ese año y el 15 de julio de 1823 Catamarca jura su primera Constitución¹². Jujuy se separa de Salta en 1834.¹³

En el orden general, la búsqueda de los medios aptos para llegar a la organización nacional instó a recurrir a varias vías representativas, una de ellas convergió en la desestimada Constitución de 1819. La Comisión nombrada para su redacción tuvo en cuenta como antecedentes los siguientes documentos: a) los Proyectos elaborados en 1813; b) el Estatuto de 1815; c) el Reglamento de 1817; d) la Constitución norteamericana; e) las constituciones francesas, en especial la de 1791 y f) la constitución española de 1812.

El resultado de esta Constitución fue estéril: "...estéril, por su índole demasiado centralista, que la colocaba al margen de la vida del país, al no respetar los localismos, dio pábulo a la guerra civil y al no presentir las instituciones provinciales, precipitó la crisis".¹⁴

La Constitución sancionada el 24 de diciembre de 1826 obtuvo un desenlace similar. Fue precedida por un Manifiesto que contenía en su parte final estas palabras: "Sea la Constitución el iris de la serenidad entre pueblos hermanos, que la naturaleza ha destinado para unirse, y no para destruirse; sea el monumento eterno de nuestra justicia y del inocente designio con que, en la gran causa de nuestra Revolución, hemos procurado solamente nuestro bien y el bien de nuestros hijos...".¹⁵

12. *Historia de la Nación Argentina*, op. cit., vol. X, p. 295-296.

13. En este contexto, se debe mencionar a Juan Gorriti, quien reacciona ante la creación de las Juntas Provinciales, reiterando el pedido del Cabildo que solicita la independencia de Jujuy de la de Salta el 10 de febrero de 1811 y afirma: "...Hemos proclamado la igualdad de derechos de todos los pueblos y está en oposición con nuestros principios un orden que exalta a unos y deprime a los demás", agregando: (...) "Es ingrato porque se falta en el punto más esencial a los pactos con que todas las ciudades se unieron a este gobierno". Antonio Sagarna sostiene que por primera vez se invocan los pactos tácitos o implícitos entre los pueblos, antecedentes de los *pactos preexistentes* a los que alude el Preámbulo de la Constitución; ver, Sagarna, Antonio, "Los pactos preexistentes en el Preámbulo de la Constitución Nacional", Universidad Nacional del Litoral, Instituto Social Nº1, Santa Fe, 1937.

14. Ravnigani, Emilio, *Historia Constitucional de la República Argentina*, T. I, p. 423, 2ª ed., Buenos Aires, 1930.

15. Dice Joaquín V. González con referencia a la Constitución de 1826 que "...no fue aceptada y tales fueron los sucesos que en seguida se desarrollaron que la Nación hubo de caer en el más informe caos constitucional en que sólo imperaron la voluntad y el terror que

Las provincias que desconocieron los ensayos de constituciones de líneas centralistas, dictaron sus propias cartas magnas. La sancionada por Tucumán en 1820, reflejo del momento que vive toda la región, regula en su Preámbulo: "La Provincia de Tucumán en uso libre de los imprescriptibles derechos con que el Supremo Autor de la Naturaleza caracterizó a sus habitantes, y que el orden de los sucesos le ha ejecutado a reasumirlos, se declara por su representación legítima una República libre e independiente, unida sí con las demás que componen la Nación Americana del Sud, y entretanto el Congreso Nacional de ella determine la forma de gobierno, establece por medio de sus Diputados para su interior administración la Constitución siguiente".¹⁶

De 1823 a 1826 Santiago del Estero acuñó monedas de plata y lanzó su circulación, acción que repitió entre 1836 y 1846.¹⁷

Cuando en 1824, Juan L. Solas reemplazó al gobernador de Entre Ríos Lucio Mansilla, una de sus primeras medidas fue proponer al Congreso una amnistía general que restituyera a los emigrados a sus hogares y ocupaciones, suprimiera los procesos y devolviera la calma a los espíritus, medida que se acordó el 31 de marzo dejando su aplicación a la "prudencia del gobernador".¹⁸

Desmembraciones territoriales, rechazos a constituciones que no respondían a las aspiraciones de emancipación y al sistema federal en la búsqueda de la organización nacional, aprobación de Constituciones provinciales, acuñación de monedas, iniciativas gubernamentales sobre ***amnistías//,va en cursiva?//***, constituyen un inequívoco ejercicio de soberanía de los gobiernos de las provincias.

talaban y cubrían de sangre nuestro suelo", *Manual de la Constitución Argentina, 1853-1860*, Ed. Estrada, 1983, p. 68.

16. *Historia de la Nación Argentina*, op. cit., vol. IX, p. 445.

17. *Historia de la Nación Argentina*, op. cit., vol. IX, pp. 400 y 409.

18. Provincia de Entre Ríos, *Leyes, Decretos y acuerdos*, T. I, pág. 366-373, 376-384, citado por Sagarna, A. en *Historia de la Nación Argentina*, p. cit., vol. IX, p. 222, "Entre Ríos (1820-1861)".

3.2. Los pactos

Al destrabar el cerrojo y recorrer los documentos vinculados con este complejo período del pasado se observa que el desconocimiento de los principios de igualdad, justicia y libertad de los pueblos, despejados e interpretados a la luz de la gesta de Mayo, provocó una intemperancia constante¹⁹ que coadyuvó a la extensión de guerras fratricidas que devastaron el territorio.

Como testimonio de los principios realzados se debe recordar el artículo 5 del Acuerdo de San Nicolás, firmado el 31 de mayo de 1852, uno de los últimos pactos a los que hace referencia el Preámbulo, que menciona a los tratados existentes, y que establece: *“Siendo todas las Provincias iguales en derechos, como miembros de la Nación, queda establecido que el Congreso Constituyente se formará con dos Diputados por cada Provincia”*. Más de 40 años debieron transcurrir para fijar las bases institucionales teniendo en cuenta la igualdad de las provincias para su representatividad y no solamente el número de habitantes que determinaban superioridades ásperas de tolerar.

Con respecto a los múltiples y variados contenidos de los acuerdos interprovinciales, también emblemáticamente se apela al tratado de paz firmado entre Santa Fe y Buenos Aires celebrado en la estancia de Benegas, en las márgenes del Arroyo del Medio el 24 de noviembre de 1820.²⁰ Así leemos en su artículo 3: *“...será libre el comercio de armas, municiones y todo artículo de guerra entre las partes contratantes”*. En cuanto a la decisión de olvidar el pasado extraemos el artículo 4 para retener la reiteración encontrada en múltiples tratados de los siguientes términos: *“...se pondrán en libertad todos los prisioneros que existiesen recíprocamente pertenecientes a los respectivos territorios con los vecinos y hacendados extraídos de ellos”*. Es garante del cumplimiento de las normas convencionales la Provincia de Córdoba (artículo 7).

19. Con posterioridad a la Revolución de Mayo surge la desavenencia entre los principales protagonistas. Subraya Roberto Marfany, al tratar el período de 1810 a 1829, que a Rivadavia le importa asegurar un cuerpo deliberativo que apoye su política en Buenos Aires, por ello no son los ciudadanos calificados por el Reglamento del 19 de febrero quienes nombran a los electores sino el Cabildo, así se llega a prohibir que los que fueron parte de la Asamblea de abril puedan serlo nuevamente en la próxima. *“El Cabildo, juez de las elecciones de los diputados, revisa los diplomas y rechaza por imposición del Gobierno los de los delegados de Mendoza y Córdoba (Bernardo Monteagudo y Juan L. Aguirre) por ser contrarios al sistema rivadaviano, en medio de la indignación de las provincias...”*, Buenos Aires 1810-1829, *Historia de la Nación Argentina*, op. cit. T. IX, págs. 21 y 22. Mencionamos precedentemente (2. *Ciertos textos indicativos*) la oposición de Mendoza frente al rechazo de Buenos Aires con respecto al diputado propuesto.

20. Asambleas Constituyentes Argentinas, T. VI, 2ª parte, p. 146.

El Pacto celebrado en la Capilla del Pilar entre los Gobernadores de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos el 23 de febrero de 1820²¹ *“con el fin de terminar la guerra suscitada entre dichas Provincias, de proveer a la seguridad ulterior de ellas y de concentrar sus fuerzas y recursos en un gobierno federal”* señala, una vez más, el conflicto precedente. En una de sus disposiciones definen a la guerra como *“cruel y sangrienta”* (artículo 2), manifiestan que los individuos que por diferencias de opiniones políticas tuvieron que emigrar de sus provincias pueden regresar a ellas y *“serán repuestos al goce de sus propiedades en el estado en que se encontraren y se echará un velo a todo lo pasado”* (artículo 5).

El Tratado del Cuadrilátero celebrado entre Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes, 15 al 25 de enero de 1822 *“con el digno e importante objeto de solemnizar la paz”*, también fija entre sus cláusulas que *“los desertores que de una provincia se pasaren a otra, serán devueltos recíprocamente luego que sean reclamados”* (artículo 12). También justifica su inasistencia al Congreso reunido en Córdoba por el *“estado de indigencia y devastación en que están envueltas las Provincias de Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes, por dilatadas guerras civiles que han soportado a costa de sangre, desembolsos, ruinas y sacrificios de todo género...”* (artículo 13).

El 20 de abril de 1822 se firmó un tratado entre las provincias de Mendoza y San Luis por el que la primera se compromete a remitir desterrados a Chile a los prisioneros puntanos tomados en Punta del Médano al ser derrotado el general Carrera. Dice Pastor que Mendoza tuvo un sentimiento humanitario al negarse a entregar los prisioneros de guerra para ser juzgados en San Luis, prefiriendo el traslado a un lugar neutral *“...y correr con la responsabilidad de su custodia y de la garantía de que en el futuro no reincidirían en sus intentos subversivos...”*²²

El acuerdo celebrado entre Mendoza, San Juan y San Luis el 22 de agosto de 1822 (denominado Pacto de Unión en San Miguel de las Lagunas) declara el compromiso de las provincias firmantes de influir ante las restantes provincias para la reunión de un Congreso General para presidir los destinos de la nación.

El Tratado de Huanacache se firma entre las Provincias de Mendoza, San Luis y San Juan el 1º de abril de 1827 y señala en su texto: *“deseosos de firmar la paz y amigables relaciones que siempre han mantenido pero que por una fatalidad demasiado sensible están expuestas a ser alteradas si se introducen recelos y desconfianzas capaces de producir*

21. Ruiz Moreno, I. J., *La lucha por la Constitución 1820-1853*, Astrea, 1975, el autor reconoce que es *“el primero de los pactos preexistentes... el primero de los compromisos interprovinciales previo a la reunión del Congreso de 1853”*, p. 10.

22. *Historia de la Nación Argentina*, op. cit., vol. X, p. 210, San Luis, (1810-1832) por Reynaldo A. Pastor.

esas rivalidades funestas que desgraciadamente han precipitado a otras provincias en las horrosas convulsiones en que se advierten, cuya condición reclama imperiosamente sean robustecidas por medio de convenios especiales...".²³

Se señala que no menos importante que el Tratado de Huancache es el Pacto de mayo de 1827, firmado por las tres provincias citadas y refrendado por Santa Fe, Córdoba, San Luis, Salta, La Rioja, Entre Ríos, Corrientes y Santiago del Estero, donde se rechaza la constitución unitaria del año anterior, ya citada, consagrando una alianza ofensiva-defensiva y comprometiéndose a organizar un congreso para constituir el país con un sistema federal.²⁴

Continuando la cita de tratados interprovinciales, se debe indicar la firma de una serie de acuerdos entre 1829 y 1831, que reafirmaban la paz, la unión comercial, política, la ayuda mutua, la futura reunión de una Convención Constituyente, etc. Dichos acuerdos interprovinciales son los siguientes: a) Tratado de amistad e intereses económicos entre Córdoba y Santa Fe (7 de agosto de 1829); b) Tratado de paz, amistad y unión entre Buenos Aires y Santa Fe (19 de octubre de 1829); c) Tratado similar al anterior entre Buenos Aires y Córdoba (27 de octubre de 1829); d) Tratado de paz y amistad entre San Juan y Córdoba (16 de abril de 1830); e) Tratado de paz, amistad y alianza defensiva y ofensiva entre Córdoba, San Luis, Mendoza y La Rioja (5 de julio de 1830); f) Tratado "de unión y alianza" entre las anteriores provincias y las de San Juan, Catamarca, Santiago del Estero, Salta y Tucumán (31 de agosto de 1830).²⁵

El Pacto de Cañuelas del 24 de junio de 1829 implica un acuerdo especial entre la ciudad y el campo en el contexto de su época. Nos interesa transcribir los siguientes términos "Ningún individuo de cualquier clase y condición que **sea//¿es textual?//será** molestado ni perseguido por su conducta u opiniones políticas anteriores a esta convención; las autoridades serán inexorables con el que de palabra o por escrito contravena a lo estipulado en este artículo" (artículo 7). De alguna forma se regla el olvido. Por no corresponder con la naturaleza del acuerdo, se omite la fijación de la pena y su alcance para el que transgrediere la norma.

Los mismos firmantes del Pacto de Cañuelas –Lavalle y Rosas– llevan a cabo el Pacto de Barracas el 24 de agosto de 1829, nombrando Gobernador Provisorio de la Provincia de Buenos Aires a Juan José Viamonte. Para ello explican que "el resultado incompleto, alarmante y equívoco de las últimas elecciones de representantes se opone a la reunión

23. *Historia de la Nación Argentina*, op. cit., vol. X, p. 146, San Juan, (1810-1862) por Juan R. Fernández.

24. *Ibid.*, vol. X, p. 211.

25. Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina*, Ed. Estrada, 1983, p. 73.

de una Legislatura...". Así lo deciden teniendo en cuenta que por estos medios los ciudadanos pueden volver al ejercicio de sus primeros derechos para constituir una autoridad legal. Texto que refleja con más nitidez que otros un momento determinado del pasado.

Corresponde nombrar en esta secuencia de tratados al Pacto Federal del 4 de enero de 1831 entre Santa Fe, Entre Ríos y Buenos Aires donde ratifican los tratados anteriores celebrados entre los mismos Gobiernos en la parte que estipulan la paz firme, amistad y unión estrecha y permanente, reconociendo recíprocamente su libertad, independencia y derechos (artículo 1). Establece una alianza ofensiva y defensiva, exhaustivamente analizada por los historiadores, que proyecta la unión nacional abriendo la posibilidad de adherirse a sus cláusulas por parte del resto de las provincias. Nos interesa subrayar la norma que regula la actitud frente al delito: "Prometen no dar asilo a ningún criminal que se acoja a una de ellas huyendo de las otras por delito, cualquiera que sea, y ponerlo a disposición del Gobierno respectivo que lo reclame como tal. Entendiéndose que el presente artículo sólo regirá con respecto a los que se hagan criminales después de la ratificación y publicación de este tratado." (artículo 7).

El texto del artículo 7 del Pacto Federal fija pautas para el futuro sin diferenciar la naturaleza del delito. Se observa la regulación de la obligación mutua de la entrega del supuesto infractor al "Gobierno respectivo". A su vez, el proyecto aceptado sobre la regulación de la amnistía en Entre Ríos en 1824 que dejaba librada su aplicación a la "prudencia del Gobernador", **en el caso, Juan L. Solas, permite subrayar para su estudio estas posiciones.// Revisar redacción. ¿Queda claro quién es Juan L. Solas?//** También resulta interesante la resolución del gobierno de Mendoza en el tratado firmado con San Luis en 1822 donde envía a los prisioneros a un territorio neutral (Chile). De esta forma, se registra en los pactos el ejercicio asiduo de la independencia de los gobiernos provinciales en temas vinculados con el asilo, la extradición y los indultos.

Omitiendo la presentación de numerosos pactos²⁶ mencionaremos el ya citado Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos firmado el 31 de mayo de 1852 por Entre Ríos –Urquiza, que también representaba a Catamarca y era el Encargado de las Relaciones Exteriores de la República– y los representantes de Buenos Aires, Corrientes, San Luis, San Juan, Mendoza, Tucumán, Santiago del Estero, La Rioja y Santa Fe. Su base estructural está constituida por el tratado celebrado el 4 de enero de 1831 por haberse adherido a él las provincias de la Confederación.

26. Ekmekdjian, M. A., *Tratado de Derecho Constitucional*, T. I, p. 67. Señala que existen un centenar de pactos interprovinciales de carácter estrictamente institucional, citando la fuente.

En este memorable documento se fijan las bases para la **instalación // *instauración//** del Congreso General Constituyente que sancionará la Constitución Nacional a mayoría de sufragios estableciendo, como ya lo destacamos, el mismo número de diputados por cada provincia e invitando a las provincias ausentes a adherirse al Acuerdo.

Para finalizar la propuesta limitada de la presentación de acuerdos interprovinciales, el Pacto del 11 de noviembre de 1859 marca la finalización de otra batalla, en este caso entre Buenos Aires y la Confederación, y la unión de las provincias preexistentes.²⁷

Los poderes de las provincias para las declaraciones de guerra y los acuerdos de paz quedaron testimoniados en los textos de los *pactos preexistentes*. Por eso entendemos que debe rescatarse la importancia del estudio de los pactos interprovinciales y su poder resolutivo dentro del sistema constitucional argentino. A través de ellos los estados provinciales generaron una fuente de derecho propio y fundamental para la comunicación y armonización de intereses, contribuyendo al afianzamiento de la unión y sirviendo de base para la obtención del consenso plasmado en la Constitución.

En este marco, no debemos olvidar que los acuerdos, pactos y tratados se firmaron, en general, después de actos aberrantes como fueron los conflictos bélicos, siempre y en cualquier circunstancia. Se trataba de construir estructuras que, en parte, relacionaban el poder con el territorio, **las estructuras supuestamente posibles//No queda suficientemente claro//.**

También la creación de las Naciones Unidas y la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos **se inscriben en la página posterior a la denominada “segunda guerra mundial”// *se inscriben en la página posterior a la Segunda Guerra Mundial//.** Y en esto estriba la existencia de situaciones comparativas tanto en los ámbitos regional como universal, como mencionamos en la introducción.

Sin que invadan al discurso simplificaciones fáciles sobre la lectura de la historia// *Sin incurrir en interpretaciones simplistas de la historia//, se puede destacar que los conflictos, procedentes de múltiples y no siempre complejas causas, se dirimían en general a través del empleo de las armas, cada vez más perfeccionadas//; Queda claro?//.²⁸

27. El 5 de enero de 1860 se reunió la Convención del Estado de Buenos Aires que propuso los cambios a la Convención Nacional constituida al efecto. El juramento a la Constitución se llevó a cabo el 21 de octubre, clausurando el ciclo del poder constituyente.

28. “Una mejora de la técnica militar es habitualmente, sino siempre, el síntoma de la decadencia de una civilización”, A. Toynbee, *Guerra e Civilizaçao*, Lisboa, Ed. Presença, 1963, p. 178 (citado por A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Derecho Internacional dos Direitos Humanos*, V. III, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 2003, p. 439).

4. DOCUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Si bien es cierto, como afirma Sagarna que “*La historia verdadera no es siempre la que los documentos oficiales expresan y la realidad de las vidas de los pueblos suele quedar al margen de las instituciones juradas por los mismos*”²⁹, entendemos que la reiteración de hechos conflictivos y la necesidad de fijar pautas convencionales para encontrar la *paz eterna*, olvidando el pasado, se transforma en una particularidad y una generalidad que simultáneamente marca parte del proceso desarrollado entre 1810 y 1853-60 y su posterior evolución.

En efecto, circunscribiendo el comentario a una parte reciente de la historia, al resaltar el motivo central de la creación de las Naciones Unidas subrayando el primer párrafo del preámbulo de su carta constitutiva, no debe soslayarse el hecho de la conformación de la Sociedad de las Naciones el 28 de junio de 1919, pocos meses después de finalizada la Primera Guerra Mundial”. Y nuevamente la reflexión sobre la protección del derecho a la paz cubre la exposición de motivos del Pacto de 1919: “*Las Altas Partes contratantes considerando que para fomentar la cooperación entre las naciones y para garantizar la paz y la seguridad, importan aceptar ciertos compromisos de no recurrir a la guerra, mantener a la luz del día relaciones internacionales fundadas sobre la justicia y el honor...*”.

Por ello, después de dos experiencias bélicas acumuladas en el término de treinta años, con hechos aberrantes que agravaron a la humanidad, se impulsa la creación de una nueva organización internacional, sobre la fracasada Sociedad de Naciones. En ese contexto se proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁰ y se comienzan a proyectar numerosos tratados de derechos humanos en distintos escenarios geográficos y de diversa naturaleza.

En la evolución del Derecho Internacional en relación a derechos humanos han tenido un destacado rol, insistimos, las cartas constitutivas de las organizaciones internacionales al reflejar algunas motivaciones centrales acerca de los hechos que las precedieron, proponiendo el compromiso con principios y valores universales. Así, la Carta de las Naciones Unidas –en su Preámbulo, como entre los propósitos y principios, en la regulación de las atribuciones de la Asamblea General, en el capítulo relacionado con la cooperación económica y social, entre las funciones del Consejo Económico y Social– establece pautas acer-

29. Sagarna, Antonio, *Historia de la Nación Argentina*, op. cit., T. X, p. 221.

30. La Carta constitutiva de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945, y la Declaración Universal el 10 de diciembre de 1948.

ca del respeto, la fe y el compromiso de hacer efectivos los derechos humanos, sin discriminación.³¹

En efecto –sin desconocer, entre otros símbolos de la internacionalización de los Derechos Humanos, el aporte del derecho internacional humanitario³² que emergiendo de la necesidad de preservar a las víctimas de los conflictos armados fueron generando diversos instrumentos internacionales; o bien la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919 como respuesta al desarrollo técnico-industrial; o la protección de minorías y la interpretación de normas convencionales a través de la Corte Permanente de Justicia Internacional; o la iniciativa de Simón Bolívar concretada en el Tratado de Unión, Liga y Confederación perpetua firmado en 1826, como el primer antecedente internacional (en el contexto americano) de protección internacional de los derechos humanos– es a partir de 1945 cuando se desarrollan simultáneamente con el sistema universal, nacido en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, algunos de los actuales sistemas regionales, creándose órganos de control cuyas funciones van delineándose no siempre en el mismo sentido.³³

A título de pincelada, cabe reconocer que la Corte Internacional de Justicia, órgano judicial principal de las Naciones Unidas,³⁴ ofreció su aporte al esclarecer que en virtud de artículos emanados de la carta constitutiva de la ONU –artículos 55 y 56– la cuestión del respeto y efectividad de los derechos y libertades dejó de ser un tema exclusivo del ámbito interno de los Estados; así, en ocasión de la Opinión consultiva sobre la interpretación de los tratados de paz entre Bulgaria, Hungría y Rumania, manifestó que en base al artículo 55 de la carta constitutiva de la ONU se debe promover el respeto universal y la efec-

31. Carta de las Naciones Unidas, Preámbulo; Capítulo I. Propósitos y principios, Artículo 1.1, 2, 3 y 4; Capítulo IV. La Asamblea General, Artículo 13. b); Capítulo IX. Cooperación internacional económica y social. Artículo 55, a), b) y c), Artículo 56; Capítulo X. El Consejo Económico y Social. Funciones y Poderes. Artículo 62.2, Artículo 68; Capítulo XI. Declaración relativa a territorios no autónomos, Artículo 73 a); Capítulo XII. Régimen internacional de administración fiduciaria, Artículo 76.

32. Merecen ser apreciados los esfuerzos llevados a cabo por Henry Dunant para organizar la Cruz Roja Internacional, sus orígenes y su testimonio sobre la catástrofe producida en el campo de batalla en Solferino el 24 de junio de 1859. La primera Convención de Ginebra, que garantiza el paso de las ambulancias, el personal sanitario, sus equipos, etc., el compromiso de asistir a los soldados capturados, a organizar la necesaria asistencia, a recoger a los heridos entre otras disposiciones, fue firmada el 22 de agosto de 1864.

33. Cassese Antonio, *Los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo*, Ed. Ariel, Barcelona, 1991, sostiene que “Los Derechos Humanos constituyen el intento de introducir la razón en la historia del mundo”, p. 228.

34. La CIJ, creada sobre la base de la anterior Corte Permanente de Justicia Internacional, está facultada para dirimir litigios interestatales así como para emitir pronunciamientos a través de opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que se presenten en la esfera de las actividades de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad u otros órganos u organismos especializados autorizados por la Asamblea a esos fines.

tividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, siendo ésta una cuestión que no queda reservada al ámbito interno de los Estados.³⁵

Al respecto, sostuvo Jiménez de Aréchaga: “A la luz de este pronunciamiento y del reconocimiento expreso que hizo la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) en la Opinión Consultiva sobre Namibia, acerca de la existencia de obligaciones jurídicas directamente emanadas de los artículos 55 y 56 de la Carta, puede concluirse que para la CIJ la cuestión del respeto y la efectividad de los derechos humanos sin discriminación alguna deja de recaer exclusivamente dentro de la jurisdicción interna de los estados miembros.”³⁶

En este marco conceptual, se firman Declaraciones, se ratifican Convenciones generales y específicas de acuerdo a los derechos protegidos, ampliándose su nómina y perfeccionándose los sistemas, demostrando una expansión de singular relevancia teniendo en cuenta que ello sucede en ámbitos reservados, hasta poco tiempo atrás, exclusivamente a las relaciones interestaduales.

Los tribunales internacionales de derechos humanos, en la dimensión reseñada, han desarrollado un rol trascendente. Así, en el ámbito interamericano la interpretación de ciertas cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de la “institución judicial autónoma” con competencia específica para ello, permite aprehender con precisión el camino trazado en la protección de los derechos, donde se perfila como mayor conquista el reconocimiento de la plena capacidad jurídica internacional del ser humano.³⁷

El panorama temático central abordado por la Corte Interamericana y la Comisión, en tanto órgano primario para la recepción de denuncias,³⁸ se halla vinculado al llamado “núcleo irreductible de los derechos humanos” sin perjuicio de la interpretación de otros derechos y garantías convencionales en el ejercicio de la competencia contenciosa del tribunal americano y de nuevos casos que han llegado al tribunal.³⁹

35. CIJ, Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania, opinión consultiva, Recueil 1950, pp. 70.

36. Jiménez de Aréchaga, E., *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, pp. 212.

37. Cançado Trindade, Antonio A. “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano”, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, T. I, 2001, OEA, San José, Costa Rica, pp. 5 a 69.

38. La Comisión Interamericana recepta denuncias de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de todos los Estados miembros de la OEA y no sólo de los que ratificaron la Convención Americana; en el caso, el documento aplicable es la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre y su Reglamento.

39. En este sentido, el Juez Sergio García Ramírez en su voto concurrente en el *Caso Eschery y otros vs. Brasil*, del 6 de julio de 2009, reconoce que llegan a la Corte “temas nove-

Rescatamos la repercusión de las opiniones consultivas de la Corte que han dejado sus huellas en la jurisprudencia de los estados.⁴⁰

El contenido de los temas tratados por el tribunal europeo⁴¹ y sus proyecciones –desde la integridad personal o el derecho a la vida, el proceso equitativo a través del alcance otorgado tanto a las intervenciones de las conversaciones telefónicas relacionadas con la legislación y su aplicación en el ámbito interno de un Estado hasta la falta de tiempo para preparar eficientemente una defensa, o la dimensión del tratamiento sesgado de “víctima potencial”, o el término “plazo razonable”– incorporan algunos desarrollos doctrinarios válidos en todas las regiones. Se trata de la complementariedad, integración y universalidad de los derechos. Principios que han sido definitivamente receptados en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en 1993.

4.1. Los “instrumentos vivos”

A fin de destacar la valiosa jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos desarrollada en el ámbito de sus funciones, presentaremos una de sus contribuciones vinculadas con la interpretación y aplicación de las cláusulas convencionales.

Si de reseñas se trata, podemos sostener como regla general que un tratado debe interpretarse de buena fe de acuerdo al texto y con-

dos –para esta jurisdicción–...”. Así, en el extenso ámbito del derecho a la intimidad la Corte Interamericana encuentra una violación a la respectiva norma convencional (Art. 11) debido a la interceptación de conversaciones telefónicas que vulnera “un espacio que sólo gobierna el individuo, en el que éste asegura –o confía– su desenvolvimiento” por no haber cumplido el Estado con los requisitos establecidos en la Convención en materia de restricciones permitidas. Sobre el tema, la Corte Europea tuvo oportunidad de fijar su posición en el *Caso Huvig c. Francia*, 24 de abril de 1990, entre otros casos; ver Albanese, Susana, *Derechos Humanos. Estudio de Casos y Opiniones Consultivas*, Editorial de Belgrano, T. II, 1997, p. 549.

40. Albanese, Susana y otros, *Derecho Constitucional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 458 y ss.; Albanese, Susana, *Derechos Humanos, Estudio de casos...* op. cit., T. I, 1997, p. 50 y ss; Albanese, Susana, “La calidad de la ley”, *Jurisprudencia Argentina*, Fascículo 11, 9 de septiembre de 2009. Hemos mencionado en múltiples publicaciones la jurisprudencia de la Corte Interamericana, precisando algunos párrafos emblemáticos de las opiniones consultivas, además de casos contenciosos. Entre las primeras, la Opinión Consultiva OC-5 por su excelente apreciación sobre el principio *pro homine*, el orden público, el bien común, la libertad de expresión y sus dimensiones. En varias oportunidades la Corte Suprema acudió a la jurisprudencia del Tribunal Interamericano, en una de las últimas causas ha mencionado puntualmente la Opinión OC-5/85 para fundamentar su decisión (CS, Recurso de hecho, Arriola, Sebastián y otros s/causa Nº 9080, considerandos 22 y 23).

41. Celebra 50 años del ejercicio de sus funciones (1959-2009). La Corte europea ha aplicado el Preámbulo de la Convención Europea como parte de los fundamentos en sus sentencias. Ver, entre otras recientes, *Caso Zdanoka c. Letonia*, 16 de marzo de 2006, p. 98 y sus citas.

texto y teniendo en cuenta su objeto y fin⁴². En este marco debe tenerse en cuenta su *efecto útil* al momento de la interpretación.

Por una parte, desde las primeras opiniones consultivas, la Corte Interamericana puntualizó las diferencias entre tratados en general y tratados de derechos humanos. Así, en la primera de ellas advirtió que “los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano...”.⁴³ En la siguiente opinión, **acrecentó/*añadió//** al respecto que “...al aprobar los tratados de derechos humanos los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.”.⁴⁴

Un lúcido enfoque en materia de interpretación de cláusulas convencionales se encuentra en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, corresponde recordar la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos.⁴⁵

Sin acudir a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia,⁴⁶ la Corte Europea identificó a los tratados de derechos humanos como *instrumentos vivos* que deben ser interpretados a la luz de las condiciones de la vida actual.⁴⁷ A partir de ese caso continuó en la misma línea interpretativa en cuanto al concepto citado, de tal forma que disminuye proporcionalmente la influencia de la intención del legislador, sin perjuicio de llegar a los trabajos preparatorios del tratado para acudir, de ser necesario, al sentido resultante de la regla general de interpretación señalada con anterioridad.⁴⁸

Como punto de referencia debemos recordar que la voluntad del legislador, en el ámbito americano, fue expuesta hace 40 años cuando fue firmada la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esa voluntad puede ser contrabalanceada con fórmulas interpretativas que

42. Arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

43. Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-1/82, párr. 24.

44. Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-2/82, párr. 29.

45. Bidart Campos, Germán J., *El derecho constitucional humanitario*, Ediar, 1996, p. 24. Afirma la necesidad de un dinamismo creativo que opere sobre la realidad a fin de que el sistema global de derechos no se atrofie en el anquilosamiento de la letra. Asimismo, Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, 1º de octubre de 1999, párr. 114.

46. CIJ, Opinión Consultiva s. Namibia, 1971, p. 53, incorporó la necesidad de establecer el alcance de un tratado al momento de la interpretación.

47. Corte EDH, *Caso Tyrer c. Gran Bretaña*, 25 de abril de 1978, p. 31.

48. Art. 32 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En el ámbito interno y en cuanto a las varias interpretaciones que admite la Constitución, ver Sagüés, Néstor P., “Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)”, *Jurisprudencia Argentina*, 2003-IV, fascículo 9.

sin descuidar los valores y principios, reflejen el contexto de los hechos que llegan a un tribunal, recordando que "... a medida que la ley envejece los antecedentes legislativos se tornan menos importantes".⁴⁹

El alcance de *instrumentos vivos* encuentra su escenario en los hechos que se van denunciando ante los tribunales internacionales de derechos humanos que deben ser encuadrados en la base normativa ofrecida por las respectivas convenciones. Un caso vinculado con torturas infligidas a un detenido por personal policial da lugar a que la Corte Europea pueda reafirmar que la Convención es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de la vida actual, destacando que "*el nivel de exigencia creciente en materia de protección de derechos humanos implica paralela e ineluctablemente una mayor firmeza en la apreciación de los atentados a los valores fundamentales en las sociedades democráticas*".⁵⁰ Este es el alcance que queremos subrayar, guía central de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos.

Existen préstamos conceptuales en materia de interpretación de tratados internacionales. De esta forma la Corte Interamericana de Derechos Humanos recepta posiciones de la Corte Europea al sostener: "*Ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas...*".⁵¹

Con posterioridad, la Corte Interamericana al hacer referencia a las convenciones internacionales reitera el reconocimiento de su calidad de instrumentos vivos "cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales", termina manifestando que estas pautas interpretativas convergen con el artículo 29 de la Convención Americana y con las normas correspondientes sobre interpretación insertas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁵²

A más de seis décadas de la internacionalización de los derechos y garantías, nuevas y diferentes situaciones necesitan respuestas proporcionadas y concordadas con las circunstancias actuales. Por ello, los documentos internacionales sobre derechos humanos son consi-

49. Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 2ª edición, Eudeba, Buenos Aires, 1997, p. 171 y ss.

50. Corte EDH, *Caso Selmouni c. Francia*, 28 de junio de 1999, p. 101 (la traducción es de la autora, versión no oficial), la demora en la investigación interna dio lugar a la violación de normas convencionales vinculadas con el debido proceso legal. Ver, asimismo, *Loizidou c. Turquía*; *Ocalán c. Turquía*, entre otros.

51. Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides v. Perú*, 18 de agosto de 2000, p. 99.

52. Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, 1º de julio de 2006, p. 155; además, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, p. 117; *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, 17 de junio de 2005, p. 125; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, 8 de julio de 2004, p. 165

derados "instrumentos vivos", su interpretación debe responder a los cambios sociales y culturales sobre la base de valores universales. Desde esta perspectiva, ningún Estado debe acudir al fundamento de circunstancias excepcionales, sean cuales fueren, para dejar de respetar los derechos y garantías de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, consagrados y reconocidos como estándares internacionales mínimos a través de las grandes decisiones jurídicas obtenidas.

En la actualidad se ha superado casi definitivamente la objeción de competencia nacional exclusiva,⁵³ se reconoce la capacidad de las personas para acudir a los órganos internacionales y la modificación o derogación de leyes, la revisión de pautas jurisprudenciales y la anulación de actos administrativos en cumplimiento de las decisiones de los tribunales internacionales que interpretan las cláusulas convencionales correspondientes.⁵⁴

4.2. El control de convencionalidad

Como corolario parcial del tema tratado anteriormente queremos precisar algunos conceptos sobre el control de convencionalidad.

Si tenemos en cuenta que desde el derecho constitucional fue necesario un tiempo más que prudencial para acoger con algunas disidencias que llegan hasta la actualidad la teoría del *control de constitucionalidad*, es atendible que desde el derecho internacional de los derechos humanos se continúe elaborando el alcance de este destacado mecanismo.

Podemos definir al control de convencionalidad como una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente. Control enraizado en la efectiva vigencia de los derechos y garantías. Lugar donde confluyen ambos controles.

Por un lado, desde larga data se ha intentado establecer algunas pautas sobre la obligación de aplicar abiertamente en el ámbito interno no sólo las Convenciones Internacionales de las que el Estado es parte⁵⁵ sino las interpretaciones que de sus normas llevaron a cabo los órganos internacionales con aptitud de obrar. En palabras recién-

53. Cançado Trindade, Antonio A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 377.

54. Albanese, Susana y otros, *Derecho Constitucional*, op. cit., p. 523. Se marcan las diferencias entre los 35 Estados integrantes de la OEA; así, 25 Estados son parte de la Convención Americana; 10 Estados no han ratificado aún la Convención y 4 Estados, siendo parte, no han reconocido todavía la competencia de la Corte Interamericana, por ello la Asamblea General de la OEA insta a la universalización del sistema.

55. La teoría de la operatividad o programaticidad de las cláusulas de los tratados internacionales sobre derechos humanos encontró en el mundo jurídico un amplio debate en los años 80 a medida que se fueron ratificando las diversas convenciones sobre derechos humanos.

tes de la Corte Interamericana: "...el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana."⁵⁶

Desde el ámbito interno, examinando los últimos tiempos –siempre se acude a algún caso testigo– nuestros tribunales en la causa *Ekmejdjian c. Sofovich*⁵⁷ reinstalaron la obligación de no invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Después de reformada la Constitución, y desde el caso *Giroldi*,⁵⁸ continúan el encuentro con las tendencias hacia la internacionalización del derecho constitucional que ha estructurado su alcance a lo largo de las últimas décadas. No obstante, surgen **zigzagueos//vaivenes//** propios de reubicaciones posteriores a los cambios.

Por otro lado el *control de convencionalidad* constituye la función esencial de los órganos internacionales competentes que, según expresan, no se erigen en funcionarios, legisladores o jueces nacionales sino que interpretan los actos internos al amparo de la Convención.

Se menciona desde el campo internacional la constitucionalización del derecho internacional en el sentido de construir un orden jurídico constitucional de respeto a los derechos, posición que se viene manifestando desde hace aproximadamente dos décadas. La Corte Europea –al referirse a la Convención Europea de Derechos Humanos– utilizó la expresión "*instrumento constitucional del orden público europeo*"⁵⁹ enfoque que ha sido reseñado en una sentencia de la Corte Interamericana por Cançado Trindade.⁶⁰

Las opiniones vertidas en recientes trabajos se dirigen a desarrollar la importancia de la precisión de la doctrina judicial de los tribuna-

les internacionales a fin de allanar las dificultades que podrían presentarse para los tribunales locales en la aplicación, principalmente, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶¹

4.3. El derecho a la paz

Si debiésemos transcribir los documentos internacionales en los que se menciona *el derecho a la paz* precisaríamos un extenso espacio solo para proceder a su enunciación. En efecto, tratándose de una de las finalidades principales de la creación de las Naciones Unidas –así como la de la Sociedad de las Naciones–, a través de Resoluciones de la Asamblea General, por nombrar a un órgano perteneciente a esa organización universal, se ha reiterado en numerosas oportunidades que la paz y la seguridad internacionales son elementos esenciales para la plena realización de los derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo.

Repasaremos algunos hitos del pasado reciente. Además de ser sostenido (el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales) por la Carta de las Naciones Unidas y reafirmado en la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, el reconocimiento de la existencia de un derecho individual y al mismo tiempo colectivo del derecho a la paz se proclamó en la Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz donde se afirma que "...*toda nación y todo ser humano independientemente de su raza, convicciones, idioma o sexo, tiene el derecho inmanente a vivir en paz. El respeto de ese derecho, como también el de los demás derechos humanos, redundan en el interés común de toda la humanidad y es una condición indispensable para el adelanto de todas las naciones, grandes y pequeñas, en todas las esferas...*"⁶². En su extenso y fundamentado Preámbulo "...*reafirma el derecho de las personas, los Estados y toda la humanidad a vivir en paz. Consciente de que, puesto que las guerras comienzan en la mente de los hombres, es allí donde debe construirse la defensa de la paz*". También se menciona como antecedentes la Declaración Universal y el Pacto

56. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párr. 124. Asimismo, Corte IDH, *Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

57. CS, *Ekmejdjian c. Sofovich*, 7 de julio de 1992, "19. Que la necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos citados del art. 27".

58. CS, *Giroldi, Horacio D. y otros*, 7 de abril de 1995.

59. Corte EDH, *Caso Loizidou c. Turquía*, excepciones preliminares, 23 de marzo de 1995, párr. 75. Ver asimismo A. A. Cançado Trindade, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001, pp. 40 y ss. El autor manifiesta que los tribunales internacionales de derechos humanos y otros órganos convencionales de derechos humanos han construido una jurisprudencia convergente en cuanto a la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos, pág. 54.

60. Corte IDH, Juez A. A. Cançado Trindade, voto disidente en el *Caso de los Trabajadores cesados del Congreso*, solicitud de interpretación, 30 de noviembre de 2007; el análisis del caso de la Corte Europea *Loizidou c. Turquía*, 23 de marzo de 1995, Grande Chambre, en F. Sudré y otros, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 3ª edición, Themis, Paris, 2005, cap. I "Un instrumento del orden público europeo".

61. Abordamos el tema en la obra *Garantías Judiciales*, segunda edición, Ediar, Buenos Aires, 2007, Capítulo IX; en la obra colectiva *El control de convencionalidad*, coordinación S. Albanese, Ediar, 2008; en el comentario: "El control de convencionalidad. La Corte Interamericana y La Corte Suprema. Convergencias y divergencias". *Jurisprudencia Argentina*, 2007, relacionado con los casos *Bueno Alves y Derecho*, sentencias de la Corte IDH y de la CS, respectivamente. Asimismo en el ámbito de la Facultad de Derecho (UBA) a través de dos Jornadas, una celebrada el 29 de abril de 2008 bajo el título *El control de convencionalidad* y la última el 5 de junio de 2009 sobre *Legalidad y Legitimidad*, y en el último trabajo "La calidad de la ley", op. cit. Ver, asimismo, "Los criterios consagrados para evaluar el plazo razonable", *Jurisprudencia Argentina*, 18 de enero de 2009, fasc. 7 y "Un nuevo criterio para determinar el plazo razonable", *Jurisprudencia Argentina*, 10 de junio de 2009.

62. Artículo 1.1 de la Res. 33/73 del 15 de diciembre de 1978.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos donde se establece que toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por la ley.

De la Resolución anterior emerge la convicción trasladada a las palabras sobre el valor supremo que se otorga a la paz.

En 1984, se adoptó otra resolución de la Asamblea General sobre el derecho de los pueblos a la paz. Dice en su primer párrafo que "... *todos los pueblos tienen el derecho sagrado a la paz*". En el artículo 2 "... *declara solemnemente que preservar el derecho de los pueblos a la paz y promover la realización de ese derecho constituyen una obligación fundamental para cada Estado*", asentando al alcance del derecho colectivo.⁶³

En otro documento se señalan los medios para prevenir los conflictos a través de una adecuada infraestructura, destacándose entre las medidas propuestas el respeto a los derechos de las minorías; la importancia de un poder judicial independiente e imparcial; la libertad de expresión como una de las más trascendentes libertades; también se **releva // *revela//** la importancia de las universidades, las organizaciones profesionales y los sindicatos para su participación en el fomento de la cultura de la paz; las fuerzas de seguridad deberían recibir educación en materia de derechos humanos; los Estados deberían dar información fehaciente sobre gastos militares y todos deben recibir una educación que impulse la paz y rechace la violencia en todas sus manifestaciones.⁶⁴

También la Conferencia General de la UNESCO en varias oportunidades proclamó el derecho a la paz como un derecho de todos los hombres.

A su vez la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos establece en su artículo 23 el derecho de todos los pueblos a la paz y a la seguridad nacional e internacional.

Retomando el principio y a modo de síntesis, se debe reafirmar que el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales constituyen el propósito-base de la creación de las Naciones Unidas.⁶⁵ El propósito así enunciado demuestra, entre otras consideraciones, la importancia que asignaron los fundadores al *statu quo* obtenido después de la Segunda Guerra Mundial⁶⁶.

63. Res. 30/11 del 12 de noviembre de 1984.

64. Para una nómina general de los documentos internacionales sobre el tema ver Moyano Bonilla, César, "El derecho a la Paz", *El Derecho*, 26/12/2001; ver, asimismo, el documento de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1994/29, bajo el título *La paz y la seguridad internacional como condición esencial para el disfrute de los derechos humanos, ante todo el derecho a la vida*.

65. Art. 1, inc. 1, cap.1 de la Carta ONU.

66. Moncayo, Guillermo, "Empleo de la fuerza y otras cuestiones de Derecho Internacional", Director y coordinador, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho, UBA, Abeledo Perrot, 2002/2003.

Gros Espiell señala que la idea de paz es consustancial con la idea de derecho y, recordando a Kelsen, transcribía que "El derecho es, por esencia, un orden para preservar la paz".⁶⁷ Finalmente el autor uruguayo manifestaba que "la guerra es la más monstruosa violación a los derechos humanos".

Entendemos que no debe existir justificación para la existencia de conflictos bélicos, llámense justos, santos, o cualquier otra adjetivación que el ingenio humano decida emplear.

Los mapas paralelos a los que hicimos referencia al comienzo de esta presentación en cuanto a las situaciones pergeñadas que dejaron la huella de actos crueles e inhumanos quizá se imprimen en lo que se dio en llamar *la tragedia de la condición humana*.⁶⁸

El derecho a la paz como un derecho individual y colectivo ha obtenido cierto espacio normativo mas es de desear su arraigo en la conciencia de la humanidad⁶⁹. Un austero panorama de la historia reciente confirma estas premisas.

5. A MANERA DE PALABRAS FINALES

En la primera parte del trabajo se estableció el alcance de los pactos y su influencia en la organización nacional. Sus textos y el contexto. En la segunda parte, se describió someramente el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos a partir de las cartas constitutivas de las organizaciones internacionales –se ha citado la de las Naciones Unidas– rescatando como símbolo de esa evolución la interpretación de los tratados y su influencia en el ámbito interno, asimismo la trascendencia del reconocimiento de la plena capacidad jurídica internacional de las personas. El derecho a la paz mereció un lugar y un valor singulares teniendo en cuenta su ensamble con los aspectos temáticos abordados.

La importancia de evitar turbulencias socioculturales que desembocan en conflictos cuyas dimensiones pueden expandirse hasta provocar una tragedia social, así como la convicción de la relevancia

67. Gros Espiell, Héctor, "El derecho a la paz", en *Congreso Internacional sobre la Paz*, México, DF, 1987, T I, p. 62.

68. Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, 4 de julio de 2006, los términos destacados fueron empleados por el ex Juez Cançado Trindade en su voto, al referirse a la violencia desencadenada por parte de algunos integrantes de una institución dedicada al servicio de salud contra una persona con capacidades diferentes y el dolor proyectado también a su familia. Alberdi decía que "*Todo pueblo en el que el hombre es violento, es pueblo esclavo*", *El crimen de la guerra*, Editorial Heliasta, 2009, p.24.

69. "*La guerra es el fruto de la depravación de los hombres*", *L'Encyclopédie, Paix* (1751-1766).

del conocimiento de esos desencadenamientos con el objeto de transitar caminos diferentes, motivó este acercamiento sucinto a los preámbulos de la Constitución en su referencia a los pactos preexistentes, de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal y de otros instrumentos internacionales, como representación del complejo y violento pasado y como creación de expectativas acerca de la existencia de sociedades pacíficas, tolerantes, diferentes, pluralistas y fraternas.

A través de pruebas documentales se han perfilado fragmentos de una época de la historia que demuestran que los *pactos* al igual que las *cartas constitutivas* fueron, en parte, el canal para aligerar situaciones litigiosas nacionales e internacionales. En numerosas circunstancias se juramentaba la paz después del conflicto. Se trata de datos empíricos. Algunas batallas terminaron con la firma de alianzas ofensivas y defensivas, en el trayecto quedaron las víctimas, los muertos y heridos en combate y fuera de combate, la interrupción violenta de proyectos de vida.

Las provincias preexistentes regularon la institucionalización de sus relaciones a través de *pactos* ante las incertidumbres generadas por la falta de otros documentos constitutivos que unificando criterios apoyaran la organización de la sociedad en su conjunto. Así surgen estructuras que evidencian la vinculación esencial del poder con el territorio, documentos que constituyen una fuente instrumental de la Constitución que regula derechos y garantías, sin olvidar los múltiples

ensayos que involucraron esquemas constitucionales y las normas provinciales dictadas de análoga naturaleza.

Los Estados, a su vez, se organizaron consintiendo la creación de la Corte Internacional de Justicia, el órgano judicial de las Naciones Unidas que forma parte integrante de la carta constitutiva de ese organismo internacional, así como la formación de sistemas internacionales de protección de los derechos y garantías que incluyeron, en algunos espacios regionales, tribunales internacionales específicos.

La Constitución histórica de 1853-1860 y sus reformas, por su parte, se transforman en fuente por la que se arribó a la institucionalización y complementariedad de los tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos que permitieron la inserción jerárquica de estos últimos en la normativa interna. En esa escala, el reconocimiento de las personas como sujetos de derecho internacional quedó expedito. Se despliega así una amplia interacción entre los ámbitos internos e internacionales.

Las fases señaladas son progresivamente acumulativas. En esas gradas ascendentes, las normas –pactos, Constitución, cartas constitutivas de organismos internacionales e instrumentos internacionales de derechos humanos–, su aplicación e interpretación, se van consolidando unas con otras para alcanzar un *nivel de exigencia creciente en materia de protección de derechos humanos que implica paralela e ineluctablemente una mayor firmeza en la apreciación de los atentados a los valores fundamentales en las sociedades democráticas.*

UNA SEGUNDA OPORTUNIDAD PARA QUE EL CONTRATANTE CUMPLA

Atilio Aníbal Alterini*

* Decano de la Facultad de Derecho (períodos 2002/2006 y 2006/2010).

1. La reforma del año 2002 al Código Civil alemán (BGB) introduce estas normas¹

§ 281. *Indemnización de daños en sustitución de la prestación por el no cumplimiento de la misma o por no ser conforme a lo debido.* Cuando el deudor no realice una prestación vencida o no sea realizada conforme a lo debido, podrá el acreedor solicitar, según los presupuestos establecidos en el § 280, apartado 1, la indemnización de daños en lugar de la prestación, si éste hubiese otorgado sin éxito al deudor un plazo razonable para realizar la prestación o para su cumplimiento posterior. Si el deudor hubiese efectuado una prestación parcial, sólo podrá el acreedor solicitar indemnización de daños en lugar de la prestación total si no tiene ningún interés en la prestación parcial. Si el deudor hubiese realizado la prestación no conforme a lo debido, no podrá el acreedor solicitar indemnización de daños en lugar de la prestación, cuando la lesión del deber no sea de consideración. (2) No será necesario fijar un término cuando el deudor denegare la prestación seria y definitivamente o cuando se den circunstancias especiales que, teniendo en cuenta el interés de ambas partes, justifiquen la inmediata reclamación del derecho a indemnización por daños. (3) Si no se pudiera tomar en consideración la fijación de un término por el tipo de lesión del deber, se sustituirá por un requerimiento. (4) La pretensión de la prestación queda excluida tan pronto como el acreedor haya solicitado la indemnización de daños. (5) Si el acreedor reclamara indemnización de daños en lugar de la prestación total, podrá el deudor exigir la restitución de lo cumplido según los §§ 346 a 348 [Resolución].

§ 323. *Resolución por no cumplimiento de la prestación o por no ser ajustada al contrato.* (1) Si el deudor en un contrato bilateral no cumple una prestación debida o no se ajusta a lo estipulado, podrá el acreedor, cuando le haya otorgado sin éxito un plazo razonable para la prestación o su cumplimiento posterior, resolver el contrato. (2) Se puede prescindir de fijar un plazo cuando: el deudor deniegue la prestación seria y definitivamente; el deudor no efectúe la prestación en el momento fijado en el contrato o dentro de un plazo determinado y el acreedor hubiese ligado el cumplimiento a su tiempo de la prestación con su interés en mantener el contrato, o se den circunstancias especiales que justifiquen la inmediata resolución del contrato, equilibrando los intereses de ambas partes. (3) Si no se pudiera considerar la fijación de una fecha concreta por la clase de incumplimiento, se sustituirá por un requerimiento. (4)

1. Trad. de María Luisa Vives Montero, revisada por K. J. Albiez Dohrmann, en *Anuario de Derecho Civil*, Tº LV, fasc. III, julio-septiembre 2002, Madrid, 2002, pág. 1229.

El acreedor puede resolver incluso antes del vencimiento de la prestación cuando sea manifiesto que se van a producir los presupuestos para resolver. (5) Si el deudor ha efectuado un cumplimiento parcial de la prestación, sólo podrá el acreedor resolver el contrato entero si no tuviese ningún interés en el cumplimiento parcial. Si el deudor no cumpliera la prestación con arreglo a lo pactado en el contrato, no podrá el acreedor resolver el contrato si la lesión del deber no es de importancia.

2. Por consiguiente, el BGB reformado contiene la regla de que, en caso de cumplimiento tardío o defectuoso, quien pretende la resolución del contrato o daños, en vez del cumplimiento efectivo, debe otorgar al deudor un plazo suplementario para que cumpla la prestación a su cargo.

3. Esta segunda oportunidad que se le otorga al deudor ha sido justificada con varios argumentos. En principio se invoca el efecto vinculante del contrato, que sería reforzado al otorgarse al deudor esa nueva posibilidad de cumplir pues, debiendo haber razones plausibles para que procedan las soluciones resolutoria o indemnizatoria, “el mero transcurso de un plazo puede no ser suficiente”. Además, se señala que si el contrato ha sido ejecutado parcialmente suele ser complicado determinar cómo se rectifica esa ejecución, por lo cual es un incentivo para las partes que el cumplimiento –aunque sea tardío– evita abordar esas difíciles cuestiones.²

4. En Europa, la segunda oportunidad también resulta de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. En su art. 3 dispone: 1. El vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien. 2. En caso de falta de conformidad, el consumidor podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad mediante la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno, de conformidad con el apartado 3, o una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato respecto de dicho bien, de conformidad con los apartados 5 y 6. 3. En primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, en ambos casos

2. Smits, Jan M., “The german *schuldrechtsmodernisierung* and the new dutch civil code: a study in parallel”, Faculty of Law, Tilburg University. Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law, Working Paper N° 2008/7, September 2008, en Remien, Oliver (ed.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht*, Tübingen, 2008, pág. 117, <<http://www.ssrn.com/link/Tilburg-TICOM.html>>.

sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado. Se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta: el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad, y si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor. Toda reparación o sustitución deberá llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor. 4. La expresión “sin cargo alguno” utilizada en los apartados 2 y 3 se refiere a los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contrato, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales. 5. El consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato: si no puede exigir ni la reparación ni la sustitución, o si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en un plazo razonable, o si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento sin mayores inconvenientes para el consumidor. 6. El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia.

En Francia, el Proyecto Catalá dispone que el acreedor puede “constituir en mora al deudor incumplidor de satisfacer su obligación en un plazo razonable, en defecto de lo cual tendrá derecho de resolver el contrato” (art. 1.158).³ También el Proyecto de Terré⁴ establece que el acreedor “debe previamente constituir al deudor en mora de ejecutar en un plazo razonable, precisando que en defecto de ejecución tendrá derecho de resolver el contrato” (art. 110).

Los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT prevén que la parte cumplidora otorgue a la otra un plazo suplementario para cumplir (art. 7.1.5. [a]) y, bajo ciertas condiciones, también permiten que la parte incumplidora subsane su incumplimiento (art. 7.1.4).⁵ “Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial” (art. 7.3.1 [1]), y “En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte

no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el Artículo 7.1.5” (art. 7.3.1 [3]).

El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Jusprivatistas Europeos (Comisión Gandolfi), a su vez, dispone: “Art. 114. *Derecho a la resolución del contrato*. Si se produce un incumplimiento de importancia notable en el sentido del art. 107, el acreedor tiene el derecho de proceder a la resolución del contrato, requiriendo al deudor para que le ejecute en un plazo razonable que, en cualquier caso, no puede ser inferior a quince días y notificándole que si el plazo transcurre inútilmente, el contrato será considerado como resuelto de derecho”.

Los Principios del Derecho Europeo de Contratos de la *Commission on European Contract Law* (Comisión Landö) matizan la cuestión. Conforme al art. 9:301: “*Derecho a resolver el contrato*. (1) Una parte puede resolver el contrato si existe un incumplimiento esencial de la otra parte. (2) En caso de retraso, la parte perjudicada también puede resolver el contrato conforme al artículo 8:106 (3)”. Éste dispone: “Ante un retraso en el cumplimiento que no revista el carácter de esencial, si la parte perjudicada hubiera concedido a la otra parte una prórroga de duración razonable para proceder el pago, el perjudicado puede resolver el contrato al concluir el plazo previsto en la prórroga. Al comunicar la concesión de la prórroga, el perjudicado puede disponer que el contrato concluirá automáticamente si la otra parte no cumple en el plazo fijado. Si el plazo dispuesto es demasiado breve, la parte perjudicada sólo puede resolver el contrato o, en su caso, concluir éste de manera automática, cuando haya transcurrido un tiempo razonable desde el momento de la notificación”.

En sentido semejante, la Convención de Viena sobre Compra-venta Internacional de Mercaderías de 1980 (ley 22.765) dispone: Art. 47.1. “El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban”. Art. 49.1. “El comprador podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o b) en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1 del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado”.

En el Código Civil español, conforme al art. 1.124, “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe” y “El Tribunal decretará la resolución que se reclame, **a!!!** no haber cau-

3. Catalá, Pierre (Dir.), *Avant-projet de réforme du Droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*.

4. Terré, François (Dir.), *Pour une réforme du Droit des Contrats*, Paris, 2009.

5. Art. 7.1.4. Subsanación del incumplimiento. (1) La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando: (a) notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación; (b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias; (c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla y (d) dicha subsanación se lleve a cabo sin demora.

sas justificadas que le autoricen para señalar plazo". La Comisión General de Codificación⁶ proyectó estos textos: Art. 1.199. "Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial. La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte". Art. 1.200. "En caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquél le hubiera fijado para ello, no cumpliera o subsanare la falta de conformidad [...]".

5. En el Derecho argentino, el art. 216 del Cód. de Comercio –según decreto ley 4.777/63– y el art. 1.204 del Cód. Civil –según ley 17.711–, que lo reprodujo, también requieren que, para resolver el contrato, el acreedor otorgue al deudor una nueva oportunidad de cumplir en un *plazo de gracia* que de ordinario es de quince días.

Pero en materia de compraventa, ese sistema sólo rige en la compraventa comercial, conforme al art. 467 del Cód. de Comercio –según decreto ley 4.777/63–, que dispone: "Cuando el vendedor no entregue los efectos vendidos en el plazo estipulado o en el establecido por el artículo 464 [veinticuatro horas siguientes al contrato], se aplicará lo dispuesto en el artículo 216".

En cambio, para la compraventa de consumo el art. 10 bis de la ley 24.240 –según ley 24.787– establece que "el incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a: a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan".

Para la compraventa civil, el art. 1.412 del Cód. Civil –con el cual coinciden los arts. 1.420 y 1.422⁷– dispone en el mismo sentido que "si el vendedor no entrega la cosa al tiempo fijado en el contrato, el comprador puede pedir la resolución de la venta, o la entrega de la cosa". Esas normas le atribuyen al comprador insatisfecho un derecho resolutorio autónomo, que le permite extinguir el contrato desde la mora del vendedor sin estar precisado a otorgarle la segunda oportunidad para cumplir que regula el art. 1.204.

6. Comisión General de Codificación. Sección de Derecho Civil, *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, Boletín de Información. Gobierno de España. Ministerio de Justicia, Año LXIII, enero de 2009.

7. Llambías, Jorge J. - Alterini, Atilio A., *Código Civil Anotado - Contratos*, Tº III-A, Buenos Aires, 1982, pág. 504, Nº 2.

Cabe señalar que el sistema ordinario de otorgamiento de una segunda oportunidad puede coexistir con dispositivos resolutorios especiales que no la prevén, como lo admite expresamente el Proyecto de Código Civil de 1998.⁸

6. El ámbito de aplicación del citado art. 467 del Cód. de Comercio es tan problemático como limitado. Por lo pronto quedan aparte las compraventas derivadas de una relación de consumo, que están regidas por las normas de orden público de la ley de defensa del consumidor 24.240 (art. 65).

No tratándose de una relación de consumo, la compraventa de cosa mueble está sujeta al Código de Comercio cuando el vendedor o el comprador es comerciante (arts. **7 y 5//5 y 7//**, Cód. Com.); cuando el vendedor –aunque no sea comerciante– la compró con la intención de enajenarla obteniendo un lucro, bien sea en el mismo estado, o después de darle otra forma de mayor o de menor valor (art. 8, inc. 1º, Cód. Com.); y cuando el comprador –aunque no sea comerciante– la compra con la intención de lucrar, vendiéndola o alquilándola luego (arts. 8, inc. 1º y 450, Cód. Com.).

La compraventa de cosa mueble no está sujeta al Código de Comercio cuando es accesoria de un inmueble (art. 452, inc. 1º, Cód. Com.; art. 2.328, Cód. Civ.),⁹ cuando tiene por destino el consumo del comprador (art. 452, inc. 2º, Cód. Com.) o de su grupo familiar o social (ley 24.240, art. 1),¹⁰ cuando el vendedor es un labrador o hacendado que vende su cosecha (art. 452, inc. 3º, Cód. Com.),¹¹ y cuando el vendedor ha recibido la cosa como renta, como precio por el trabajo, o por "otro cualquier título remunerativo o gratuito" (art. 452, inc. 4º, Cód. Com.).¹²

8. Art. 1056. *Resolución por ministerio de la ley*. El requerimiento dispuesto en el artículo anterior [para que el deudor cumpla en un plazo no menor de quince días] no es necesario en los casos en que la ley faculta a la parte para declarar unilateralmente la extinción del contrato, sin perjuicio de disposiciones especiales.

9. Aunque esta compraventa resulta comercial si es accesoria al comercio y tiende a "prepararlo o [...] facilitarlos" (Art. e inc. citados) o si alguna de las partes es comerciante (arts. 5; 7; 8, incs. 5º y 6º, Cód. Com.).

10. Si luego el comprador vende "el resto" de lo que había comprado "para su consumo particular", aunque obtenga beneficios, esta venta es considerada civil (Art. 452, inc. 5º, Cód. Com.), pero en dos situaciones tal venta del sobrante es comercial: si es "mayor cantidad la que vende que la que hubiese consumido" (Art. e inc. citados) o si quien realiza la compra del resto es comerciante (arts. 5; 7; 8, incs. 5º y 6º, Cód. Com.).

11. Pero dicha compraventa es considerada comercial si el vendedor de la cosecha es una empresa o una sociedad comercial (Art. 8, incs. 5º y 6º, Cód. Com.) o si el comprador de la cosecha es comerciante (arts. 5; 7; 8, incs. 5º y 6º, Cód. Com.).

12. Pero dicha compraventa es considerada comercial si alguna de las partes es comerciante (arts. 5; 7; 8, incs. 5º y 6º, Cód. Com.).]

7. De ello resulta que, no obstante que en la regulación del pacto comisorio tácito el derecho argentino prevé el otorgamiento de una segunda oportunidad al deudor incumpliente –que es de rigor en la legislación comparada moderna–, tal segunda oportunidad no rige en

la gran mayoría de los contratos de compraventa, pues no se aplica ni en las compraventas de consumo, ni en las compraventas civiles y, por lo tanto, su vigencia queda confinada a escasísimas hipótesis de compraventas comerciales.

