

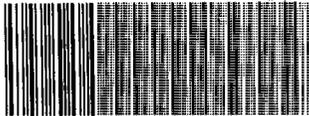
38
PRI



PRUDENTIA IURIS

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia
Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*

UCA - Biblioteca Central Hemeroteca



40110000010982

Abril 1995

AUTORIDADES DE LA FACULTAD:

Decano:

Dr. ALFREDO DI PIETRO

CONSEJO DIRECTIVO

Por los Directores de Instituto, Departamentos y Cursos de Doctorados:

Dr. FRANCISCO ARIAS MELERANO y Dr. JUSTO LOPEZ

Suplente:

Dr. SANTIAGO M. SINOPOLI

Por los profesores titulares:

Dr. ALFREDO BATTAGLIA, Dr. HUGO R. CARCAVALLO,
Dr. JOAQUIN R. LEDESMA

Suplentes:

Dr. OSCAR AMEAL, Dr. JOSE OCTAVIO CLARIA,
Dr. JULIO M. OJEA QUINTANA

Por los profesores protitulares y adjuntos:

Dr. ERNESTO B. POLOTTO

Suplente:

Dr. NESTOR ALBERTO RAIMUNDO

Secretario Académico:

Lic. ROBERTO EDUARDO ARAS

AUTORIDADES DE LA REVISTA:

Director:

Dr. ALFREDO DI PIETRO

Secretario de Redacción:

Dr. SANTIAGO M. SINOPOLI

Junta Asesora:

Monseñor Dr. NESTOR D. VILLA, Dr. HUGO R. CARCAVALLO,
Dr. JUSTO LOPEZ, Dr. JOAQUIN RAFAEL LEDESMA, Dr. NESTOR P. SAGÜES,
Dr. JOSE O. CLARIA, Dr. GERARDO DONATO, Dr. CARLOS STORNI

PRUDENTIA IURIS

NUMERO 37

Abril 1995

SUMARIO

/ Fernando P. Brebbia: El Derecho Agrario y la cuestión ambiental	5	X
/ Nancy Malanos: Agricultura asociativa y recursos naturales	9	X
/ María Rosa Rey: Teoría de la frustración del fin del contrato	13	X
/ Guillermo Jorge Jacobucci: El Defensor del Pueblo en la legislación y la praxis colombiana	59	X
/ Rodolfo Blaquer: Las reformas introducidas a la Constitución Nacional en agosto de 1994	67	X
X Silvana S. González Napolitano: Las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno a partir de la reforma constitucional de 1994	131	X
/ Hernando V. Cañardo: La filosofía política y la teoría de las relaciones internacionales en la perspectiva de Martín Wight	145	X
/ Notas bibliográficas	167	X

Reg. Nac. de la Prop. Intelectual N° 83289.
Queda hecho el depósito que marca la ley.



EL DERECHO AGRARIO Y LA CUESTIÓN AMBIENTAL *

PROF. FERNANDO P. BREBBIA **

Viviendo de la naturaleza y dentro de la naturaleza el agricultor es el primero que la disfruta. (A. Carrozza).

Los temas que tradicionalmente se debatían en congresos, jornadas y seminarios de Derecho Agrario se diferencian de los que hoy ocupan la atención de los agraristas, y podríamos agregar que también se observa que su perfil ha cambiado. Ello parece ser la consecuencia natural de nuevas tendencias doctrinarias que han conducido a una ampliación del objeto de nuestra disciplina y al progreso ininterrumpido y creciente de la ciencia del Derecho Agrario y de su adaptación a los modernos requerimientos de la agricultura, que ha permitido abrir la investigación buscando soluciones a problemas más actuales, como también graves e impactantes que comprometen su desarrollo, la conservación de los recursos naturales, a través de los cuales se realiza la actividad productiva, y pone en peligro el medio ambiente rural y la salud humana.

No obstante, nos apresuramos a indicar que no es totalmente nueva la preocupación de los agraristas respecto de la conservación de los recursos naturales y del ambiente rural; bastaría señalar las Jornadas Ibero-Americanas y Europeas de Derecho Agrario llevadas a cabo en España (Zaragoza-Jaca, 1976) es decir hace más de 18 años, más tarde el Encuentro Mundial de Derecho Agrario de Goiás (Goiania, 1991), y recientemente las Jornadas Internacionales conjuntas de Derecho Ambiental (Buenos Aires, 1993), y el VI Congreso Internacional sobre Derecho Agrario, Recursos Naturales y Ambiente Rural llevado a cabo en Rosario (Argentina, 1994), eventos que tuvieron en nuestra opinión el mérito indudable de tratar cuestiones ambientales vinculadas directamente con el derecho de la agricultura.

Ahora bien, las relaciones del Derecho Agrario con el Derecho de los Recursos Naturales, y más recientemente con el Derecho Ambiental, no han ofrecido siempre puntos de vista coincidentes; así., por un lado, se ha sostenido en las jornadas españolas que el objeto del Derecho Agrario se amplía en dirección a la ecología, y se declaró que se encuentra en el ámbito del derecho agrario, y en consecuencia a

* Relación presentada al Seminario Internacional de Derecho Agrario y Políticas de Tierras, Recife, Brasil, noviembre 1994.

** Prof. de Derecho Agrario de las Universidades Nacional del Litoral de Rosario y de la P.U.C.A.

éste le corresponde la regulación de los recursos renovables, aun en el caso del uso competitivo de los mismos entre la agricultura y la industria, el que debe ser regulado por las normas de nuestro derecho. Es que como lo han señalado prestigiosos agraristas europeos, como Alberto Ballarín Marcial y Antonio Carrozza, constituye sin duda un mérito de la literatura agraria latinoamericana el haber tomado antes que nadie en consideración el fenómeno de los recursos naturales, y entre ellos se destaca Pigretti, quien ha señalado en su reciente obra de Derecho Ambiental, que no ha sido ni es cosa fácil para el mundo del Derecho Agrario comprender acabadamente las relaciones entre los recursos naturales, el medio ambiente y la agricultura, en cuanto se propone una relación legal que se dirija al mundo de la naturaleza separando el todo en partes: aguas, suelos, minerales, flora y fauna, y luego realizar con ellos un ejercicio de recomposición.

En algunos países, principalmente europeos, esta consideración unitaria de los recursos naturales ha sido tomada con cierta reserva, manteniéndose una posición aferrada a una postura mínima del Derecho Agrario y de su objeto, en cuanto éste en rigor debe limitarse a considerar la actividad agraria dirigida a la producción, tendencia ésta fuertemente cuestionada en la actualidad. Así, Antonio Carrozza, en su informe a las Segundas Jornadas Italo-Americanas de Derecho Comparado, llevadas a cabo en Costa Rica (1977), anota que las opiniones expuestas en cuanto a los recursos naturales hacen a la esencia misma del Derecho Agrario, o por lo menos, pone en discusión su contenido; y considera que, habida cuenta de la sensibilidad evidenciada por la opinión pública frente a los problemas ecológicos, nuestro derecho no puede permanecer por más tiempo indiferente, y ello es así, hoy sobre todo, cuando nadie en definitiva pretende, en nuestra opinión, ni tampoco quiere limitar la agricultura a su contenido mínimo, o sea a la mera utilización del suelo en función estrictamente económica e independiente de las conexiones que también existen, en cuanto tiene por objeto el ordenamiento del territorio, con fines diversos. Hace ya tiempo que autorizadas opiniones se han pronunciado en favor de un más amplio Derecho Agrario, y sobre todo Carrozza ha escrito textualmente que nadie puede negar que es necesario prepararse para una transformación estructural y funcional del Derecho Agrario, y para una ampliación de su contenido por efecto del impacto con el tema ecológico. Alberto Germanó, en el VI Congreso Internacional realizado en Rosario este año, ha señalado con acierto cómo ha ido evolucionando la noción de nuestro derecho, tácitamente entendido en los códigos del siglo XIX como un derecho fundiario, es decir, como una rama del Derecho Civil, apareciendo más tarde la identidad de la actividad de producción como una serie de actos preordenados a producir bienes, para después introducirlos en el mercado con la finalidad de conseguir una ganancia, tomando cuerpo entonces, la idea de empresa como actividad económica organizada y dirigida a los fines de la producción y del intercambio, produciéndose la crisis de la idea de la centralidad de la tierra, lográndose un criterio discriminatorio de la actividad agraria respecto a la actividad comercial, elemento individualizado en la Argentina en la teoría agrobiológica de Ringuélet y Carrera, de Savatier en Francia, para luego exponerse por Carrozza en Italia en los años 70, el criterio biológico que individualiza a nuestro derecho, pero dirigido al momento de la producción; y finalmente, en la actualidad, destacándose y centrándose la atención en el mercado de productos agrícolas y en las leyes económicas que lo gobiernan.

Esta idea de un Derecho Agrario más amplio se viene perfilando con fuerza

expansiva y comienza a escribirse acerca de un Derecho Procesal Agrario, de un Derecho Laboral Agrario, de un Derecho Tributario Agrario; y es lícito preguntarse entonces ¿por qué no también de un Derecho Ambiental Agrario? Muy recientemente el profesor Carrozza, en un trabajo publicado en la revista de Derecho Agrario, señala que la actividad agrícola no debe desarrollarse fuera de las reglas establecidas para la tutela del ambiente, porque la agricultura y la naturaleza están siempre indisolublemente ligadas; la agricultura es la actividad más cercana a la naturaleza. Puede agregarse que los recursos naturales llamados "renovables", para diferenciarlos de los que no lo son, constituyen el medio natural para realizar la producción agraria, y es por tanto una obligación del derecho positivo, en el caso, concretamente del Derecho Agrario, establecer normas dirigidas a su cuidado, preservación, conservación y utilización racional, para evitar su progresiva degradación, dejando de ser el sustento de la actividad agraria. No debe olvidarse tampoco que el suelo es un bien finito y que cuando la degradación se torna irreversible ha dejado de ser un recurso renovable. En nuestro continente los mejores suelos de la llamada pampa húmeda en Argentina y Uruguay, están teniendo un destino común y acaído, el lecho del Río de la Plata.

No obstante la Indisolubilidad entre agricultura y naturaleza, se ha puesto de relieve por el licenciado mejicano Ramón Ojeda Mestre la tardía aparición de criterios ambientales referidos a la agricultura; y ha afirmado con razón que este Derecho, refiriéndose al Derecho Ambiental, se encuentra predominantemente nutrido de enfoques y perspectivas urbanas, en detrimento de un equilibrio deseable con el medio rural. Además destaca que la industria es la primera fuente de contaminación mundial y que conjuntamente con las ciudades, ha hecho que los estudiosos miren preferentemente así lo urbano-industrial, más que hacia el campo y a la naturaleza.

Sin embargo es necesario dejar aclarado que tampoco la actividad agraria está libre de culpa y cargo, y que de ninguna manera puede eximirse sin más de la responsabilidad que le compete, toda vez que el medio ambiente rural sufre alteraciones y agresiones como consecuencia del proceso tecnológico o cuando el suelo se usa en forma irracional, agotándolo con prácticas inadecuadas, o por el uso no menos irracional de productos agroquímicos o biológicos, o con la combinación de éstos. La agricultura, como ha señalado María Adriana Victoria, se presenta tanto como actividad contaminada, como actividad contaminante, y en este último aspecto le corresponde al Derecho Agrario un nivel protagónico que debe incorporar una normativa que contenga los principios rectores dirigidos a la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente rural para lograr y mantener una óptima calidad de vida.

Como síntesis pensamos, en cuanto a la relación Derecho Agrario - Derecho Ambiental que nos ocupa, que no es posible reconocer a este último, como dice Carrozza, competencia exclusiva para generar una disciplina jurídica del suelo y de otros recursos naturales, teniendo presente que la clasificación de éstos que suele invocarse es de difícil aceptación, puesto que los llamados "renovables" sufren un empeoramiento cualitativo si no son administrados y utilizados en forma racional. Por otra parte, tampoco es posible sostener una desvinculación total entre el Derecho Agrario y el Ambiental y desconocer las relaciones entre el hombre y la naturaleza, y la influencia de los daños ambientales en la actividad agraria.

Creemos en consecuencia que lo que debe discutirse es la existencia o la factibilidad de un Derecho Agrario Ambiental mediante el estudio de las normas existentes, y a ello parece encaminarse la moderna doctrina.

AGRICULTURA ASOCIATIVA Y RECURSOS NATURALES *

PROF. NANCY MALANOS **

Partiendo de la diferencia existente entre la producción ligada a un ciclo biológico, el cual puede desarrollarse con el elemento tierra o sin él, distinto será el modo de tratar los problemas que surjan de una agricultura del primer tipo, es decir, de una agricultura tradicional, cuya relación con la naturaleza y los recursos naturales exige una normativa diferenciada ¹, y los de aquella otra agricultura donde la tierra funciona sólo como un mero ámbito o sostén físico de la producción misma ² y así, según los casos, podrá aparecer como una actividad contaminada o contaminante ³.

Refiriéndonos específicamente a la agricultura con tierra, donde ésta se presenta como factor de producción y su importancia es decisiva, su conservación requerirá no sólo de cuidado sino, además, de la presencia humana ⁴. Es entonces que con el objetivo de lograr la preservación del suelo, evitando toda explotación irracional, ocasionada por su mal uso o manejo, por la aplicación de agroquímicos, por cultivos intensivos en fundos deficitarios o debido a la presencia de un número de brazos excesivos en relación con la superficie explotada ⁵, o por la cada vez más preocupante celebración de contratos accidentales, o por cosecha en virtud de los cuales se prioriza tan sólo la producción del año o poco más y que ya en nuestra zona de la pampa húmeda alrededor del 30% de la tierra es trabajada de esa forma ⁶, o bien por la aplicación de políticas inadecuadas para el sector, todo lo cual conduce inevitablemente a su degradación pero también a la emigración del campo que tarde o temprano se produce cuando el agricultor, sin incentivos, se enfrenta a esas tierras

* Relación presentada al VI Congreso Internacional de Derecho Agrario, Rosario, junio de 1994.

** Profesora de Derecho Agrario de la Universidad Nacional de Rosario.

¹ CARROZZA, ANTONIO. *Agricultura y tutela de la naturaleza (El impacto ecológico sobre el Derecho Agrario)*, en *Derecho Agrario y Recursos Naturales*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1983, p. 63/64.

² CARROZZA, A. "Recursos naturales y Derecho Agrario", en *Derecho Agrario y Recursos Naturales*, op. cit., p. 40.

³ CARROZZA, A. *Agricultura y tutela...*, op. cit., p. 64.

⁴ CARRACEDO, ORLANDO. *Economía Social Agraria*. Depalma, Bs. As., 1984, p. 37.

⁵ SACCO, RODOLFO, cit. por BREBBIA, FERNANDO P. en *Manual de Derecho Agrario*, Astrea, Bs. As., 1992, p. 602.

⁶ COSCIA, ADOLFO A. *Agricultura Sostenible*. Ed. Hemisferio Sur, Bs.As., 1993, p. 101/102.

agotadas o insuficientes para el cultivo, o a un deficiente sistema de tenencia de la tierra ⁷, es que se hace indispensable encontrar nuevas soluciones.

La actividad agrícola actual nos muestra que producir y conservar no siempre van de la mano, y además, que producir conservando no es tarea fácil de concretar ya que el productor, en definitiva, actuará teniendo en cuenta la rentabilidad y sus posibilidades económicas ⁸. Es así que como alternativa para lograr el objetivo propuesto, si bien indirectamente y dejando de lado los aspectos estrictamente tecnológicos, pensamos en la organización empresarial de la agricultura a través de una Agricultura Asociativa ⁹, la que con una correcta implementación permitirá influir en el comportamiento de la población rural provocando el cambio esperado en cuanto a técnicas de cultivo y manejo del suelo.

Este modelo de agricultura que para nosotros podría calificarse todavía como nuevo, surgió en otros países a partir de la década del 60, dando así respuesta a una realidad social del campo que iba cambiando su carácter individualista, convirtiéndose progresivamente en integral y asociativa ¹⁰.

Y es precisamente a este cambio al que debemos enfrentarnos para dar lugar al nacimiento de una nueva empresa de carácter asociativo, entre aquellos empresarios agrarios individuales que padezcan limitaciones en el desenvolvimiento de su propia actividad ¹¹ y que decidan, por lo tanto, agruparse.

Este fenómeno de integración o asociacionismo al que estamos haciendo referencia tendrá lugar, como señala la doctrina, en una de las etapas o fases de la vida de la empresa como es la de coordinación, calificándose de horizontal si quienes se agrupan son empresarios que pertenecen al mismo sector, en este caso al agrario, pudiendo a su vez ser total o parcial, según que las empresas integradas realicen conjuntamente toda la actividad o determinados aspectos de la misma ¹², pero siempre habrá una nueva empresa de carácter asociativo cuya naturaleza agraria se justificará en tanto y en cuanto en la sucesiva realización de sus actos no se rompa el vínculo con la originaria producción de cada una de las empresas agrarias individuales ¹³.

Ahora bien, preguntándonos cómo llevar a cabo esta agricultura asociativa, a qué figuras podrá recurrir el agricultor en su necesidad de agruparse, la realidad nos muestra una amplia variedad. Ya en ocasión de las X Jornadas Nacionales de Derecho Agrario realizadas el año pasado en Esperanza y Santa Fe, fueron

⁷ SANZ JARQUE, JUAN JOSE. *Propiedad rústica y explotación agrícola en el cuadro de la orientación del territorio*, en IX Congreso y Coloquio Europeo de Derecho Rural. Ed. Servicio de Publicaciones Agrarias, 1979, p. 148.

⁸ COSCIA, A., op. cit., p. 13.

⁹ SANZ JARQUE, J.J., op. cit., p. 148.

¹⁰ SANZ JARQUE, J.J. *Agricultura Asociativa*, en Jornadas Iberoamericanas y Europeas de Derecho Agrario. Zaragoza-Jaca, julio 1976. Ed. Talleres Gráficos Universitarios, Mérida, 1977, p. 26.

¹¹ IRTI, NATALINO. *Appunti per una classificazione dei Contratti Agrari*, en *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, 1961. Giuffrè, p. 691.

¹² ZELEDON ZELEDÓN, RICARDO. *Integración vertical en agricultura y contratos agroindustriales*, en *Teoría General e Institutos del Derecho Agrario*, Astrea, Bs. As., 1990, p. 311.

¹³ SANZ JARQUE, J.J. *Agricultura...*, op. cit., p. 32.

detalladamente analizadas, indicándose además sus ventajas y desventajas. Así las comunidades familiares, las cooperativas agrícolas de carácter mutualístico, los consorcios de productores, el condominio, las sociedades civiles y comerciales, las simples sociedades de hecho y las más recientes agrupaciones de colaboración contenidas en la ley 22.903 modificatoria de la ley de sociedades.

Pero ante esta múltiples opciones y teniendo en cuenta que será a través de la agricultura asociativa que el productor podrá llevar a cabo emprendimientos de distinta envergadura, es decir que tanto servirá para desarrollar una agricultura sostenible como para cubrir las distintas necesidades de cada empresa a lo largo de todo su ciclo productivo, pasando incluso por la industrialización y la comercialización de la producción ¹⁴, no obstante lo cual aún hoy se observa el amplio predominio del productor independiente, será indispensable, en primer lugar, la concientización del sector a través de la correcta difusión de las ideas asociativas, demostrando los beneficios que implica superar el aislamiento y la posibilidad de conciliar los intereses individuales con los del grupo. Pero además y fundamentalmente para poder poner en marcha esta agricultura asociativa se requerirá una regulación integral relativa a la vida de esa empresa agraria de carácter asociativo, su funcionamiento, administración, la responsabilidad de los asociados entre si y respecto de terceros, su disolución y liquidación; la que deberá, sin lugar a dudas, formar parte de una legislación agraria que contenga la regulación de todos los contratos agrarios y de la conservación de los recursos naturales atinentes a la agricultura: el suelo, las aguas, los bosques, la fauna y la flora.

En definitiva, será responsabilidad del Derecho Agrario que, teniendo amplia conciencia de que su época clásica ha terminado ¹⁵ y debiendo prepararse para una transformación y ampliación de su contenido ¹⁶, dada la importancia que tiene la agricultura tanto en la economía como en la protección del medio ambiente y en la calidad de vida humana ¹⁷, deberá configurar esta nueva tipología de empresas agrarias ¹⁸ para evitar caer, como ya se dijo en otras oportunidades y haciendo referencia a la integración vertical en la agricultura y a los contratos a que ésta da lugar, en soluciones sobre la base de normas aproximativas y fórmulas, por lo tanto, inseguras ¹⁹.

¹⁴ *Ibidem*, p. 32.

¹⁵ MASSART, ALFREDO. *Síntesis de Derecho Agrario*, Ed. Sapiencia.

¹⁶ CARROZZA, A. *Agricultura y tutela...*, op. cit., p. 62.

¹⁷ MASSART, A., op. cit., p. 175.

¹⁸ BALLARIN MARCIAL, ALBERTO. *Empresa Comunitaria y Empresa Personalista*, en *Jornadas Iberoamericanas...*, op. cit., p. 73.

¹⁹ BREBBIA, FERNANDO P. *Manual de Derecho Agrario*, Astrea, Bs. As., 1992, p. 597.



TEORÍA DE LA FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO

MARÍA ROSA REY

SUMARIO: I. ORIGEN DEL INSTITUTO. LOS CASOS "DE LA CORONACIÓN". II. ANTECEDENTES DOCTRINARIOS. 1. Cláusula *rebus sic stantibus*. 2. Derecho territorial prusiano de 1794 (Preussisches Allgemeines Landrecht). 3. Teoría de la presuposición. 4. Teoría de la base del negocio. 5. Teoría de la base objetiva del negocio. III. CONCEPTO DE FRUSTRACIÓN. IV. PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD. V. LA TEORÍA DE LA FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO Y EL TEMAS DE LA CAUSA-FIN. VI. LA TEORÍA DE LA FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO Y LA REGLA CONTENIDA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ART. 1198 DEL CÓDIGO CIVIL. VII. LA FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO COMO CAPÍTULO INHERENTE AL CONSENTIMIENTO. VIII. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA FRUSTRACIÓN. IX. EFECTOS JURÍDICOS DE LA FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL NEGOCIO. 1. La frustración como hipótesis de resolución del contrato. 2. La frustración como hipótesis de revisión del contrato. A. La revisión judicial. B. La revisión por las propias partes. X. LA TEORÍA DE LA FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO EN LOS PROYECTOS DE REFORMAS DE LOS AÑOS 1987 Y 1993. 1. Proyecto de reforma del año 1987. 2. Proyecto de reforma del año 1993. XI. CONCLUSIONES.

I. ORIGEN DEL INSTITUTO. LOS CASOS "DE LA CORONACIÓN"

Roberto H. Brebbia expone que la teoría de la frustración del fin del contrato nació en el derecho anglosajón, recibiendo su elaboración específica y autónoma a comienzos de este siglo con los llamados *casos de la coronación*, planteados ante la *Court of Appeal* de Londres en el año 1903¹.

En tales casos se habían arrendado balcones o piezas con ventanas en casas cuyos frentes daban a calles por las que iba a transitar el desfile de la coronación de Eduardo VII, el día 26 de julio de 1902. El desfile debió ser cancelado por enfermedad del rey y, debido a ello, el fin perseguido a través de la celebración de esos contratos de locación quedó frustrado, perdiendo su razón de ser, su sentido².

Tal frustración dio origen a contiendas judiciales entre locadores y locatarios.

¹ ROBERTO H. BREBBIA. *La frustración del fin del contrato*. Revista Jurídica Argentina LA LEY Tomo 1991-B, Sección doctrina, págs. 877/878, punto II, párrafo 2º.

² Idem nota anterior.

Los locadores entendían que se les debía abonar el total del precio pactado en concepto del arriendo, mientras que los locatarios, por el contrario, sostenían que se los debía eximir del cumplimiento de la prestación a su cargo —el pago del precio de la locación— e incluso reclamaban el reintegro de las sumas pagadas por tal concepto, por cuanto en algunos casos los convenios celebrados preveían la efectivización de “adelantos” del precio pactado o bien el pago “al contado” de la totalidad del mismo ³.

En el primero de estos casos de la Coronación: *Chandler v. Webster*, se había convenido el pago de la locación al contado, pero el locatario sólo había abonado una parte del precio, equivalente a los dos tercios del monto total aproximadamente. La litis se traba con la demanda del locatario con el objeto de reclamar la devolución de la suma parcial abonada al locador; éste, a su vez, reconviene reclamando el pago del saldo del precio adeudado. En este caso, la Corte sostuvo que “... el efecto de la frustración no era declarar la nulidad *ab initio* del contrato, sino solamente relevar a las partes de ulteriores prestaciones” ⁴.

En el segundo caso *Krell v. Henry*, fue el locador quien demandó al locatario para cobrar el saldo que se le adeudaba, y éste reconvino para obtener el reintegro de la parte del precio ya abonado. La Corte resolvió el caso de la siguiente manera: no ordenó la devolución de lo pagado ni el pago de lo debido; en otras palabras inmovilizó los efectos del contrato ⁵.

II. ANTECEDENTES DOCTRINARIOS

Un breve análisis sobre la evolución doctrinaria experimentada por el derecho comparado en relación al tema —siguiendo para tal fin el esquema expuesto por Roberto H. Brebbia ⁶— permitirá captar el fundamento de la teoría.

1. Cláusula “*rebus sic stantibus*”

Tal cláusula significa que las partes contratan en consideración a las circunstancias existentes al momento de la conclusión del negocio jurídico, y sobreentendiéndose en virtud de su carácter tácito, que la intangibilidad de los contratos queda subordinada a la persistencia del estado de cosas que existía al momento de la contratación ⁷.

De acuerdo a esta doctrina, el contrato obliga mientras las cosas permanezcan en el mismo estado en que se hallaban cuando se celebró el negocio. La misma nació, según parece, de los trabajos de los post-glosadores, siendo recogida más tarde por la escuela del derecho natural en los siglos XVII y XVIII, adquiriendo, con mayor

³ Idem nota N° 1.

⁴ Conforme bibliog. citada en nota N° 1, punto II, párr. 3º, pág. 878.

⁵ Idem nota anterior, párr. 4º.

⁶ ROBERTO H. BREBBIA, conforme bibliog. citada en nota N° 1, punto III, ps. 878/881.

⁷ JORGE MOSSET ITURRASPE, *La frustración del contrato*, Editorial Rubinzal-Culzoni, año 1991, p. 86.

precisión, fuerza de ley en el Landrecht Prusiano. En el siglo XIX, la teoría pareció abandonada, y recién se intentó su refotamiento en nuestro siglo debido a los bruscos cambios económicos producidos por la primera guerra mundial ⁸.

2. Derecho territorial prusiano de 1794 (*Preussisches Allgemeines Landrecht*)

El Landrecht prusiano constituye un notable paso adelante en el pensamiento jurídico que trata de acordar fundamento al *tus variandi*. Después de consagrar el principio según el cual "excepto en caso de una imposibilidad efectiva, no puede denegarse el cumplimiento de un contrato a causa de la transformación de las circunstancias (párrafo 377); en el párrafo siguiente establece que: "... no obstante si a causa de una imprevista transformación de las circunstancias se hiciera imposible la consecución de la finalidad última de ambas partes, expresamente declarada, o deducida de la naturaleza del negocio, cada una de las partes puede resolver el contrato todavía no cumplido" ⁹.

3. Teoría de la presuposición

Su autoría corresponde al jurista alemán *Windscheid*. La *presuposición* es una condición no desarrollada. La declaración de voluntad negocial sólo tiene validez para el caso de que exista o persista una determinada circunstancia exterior, que no se estableció expresamente en el contrato porque se la dio como presupuesta ¹⁰.

Esta teoría no puede confundirse con la cláusula *rebus sic stantibus*, aunque cabe admitir que las diferencias no resultan tan tajantes. De ahí que se pondera razonable considerar a la *presuposición* como una interpretación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Para un sector de la doctrina, la diferencia se encontraría en que, para la *presuposición*, habría de tenerse en cuenta la cuestión de si la referencia a determinadas situaciones de hecho puede ser tácita o expresa. La diferencia sería de mera perspectiva; en ambos casos serían irrelevantes los efectos producidos por haber acontecido algunos eventos ¹¹.

El excesivo subjetivismo de la doctrina hizo que fuera justificadamente criticada ¹².

Se debatieron no sólo sus semejanzas o diferencias con la cláusula *rebus sic stantibus*, sino las diferencias que pudieran existir entre *presuposición* y *motivos irrelevantes* ¹³.

Precisamente, las críticas del jurista *Lenel* versaron sobre esa cuestión; objetó

⁸ Idem nota N° 6, p. 879.

⁹ Idem nota N° 6, p. 879/880, apart. b), párr. 1°.

¹⁰ Conforme lo expuesto por ROBERTO H. BREBBIA en bibliog, citada en nota N° 1, punto III, apart. c), p. 880, párr. 1°.

¹¹ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 7, p. 91.

¹² ROBERTO H. BREBBIA, bibliog, citada en nota N° 10, párr. 2°.

¹³ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 7, p. 92.

a esta teoría que: a) entre la presuposición —en el sentido que le acordaba *Windscheid*— y un motivo, no existe diferencia alguna; b) que el error en los motivos no autoriza al declarante a desligarse de su declaración, aun cuando la otra parte hubiese conocido el motivo e incluso si éste se lo hubiera comunicado ¹⁴.

Señala *Larenz* que la teoría de *Windscheid* pareció derrotada definitivamente. Sin embargo, continúa precisando el citado jurista, “las perturbaciones de las circunstancias económicas a consecuencia de la Primera Guerra Mundial y la inflación desatada prepararon el terreno para una recepción de la teoría de *Windscheid*” ¹⁵.

Esta recepción tuvo lugar mediante la obra de *Oertmann*, que inicia la exposición de la teoría de la “base del negocio” ¹⁶.

4. Teoría de la base del negocio

Tal como adelantara en el punto anterior, a *Paul Oertmann* se le debe la elaboración de esta teoría. Sienta su fundamento al rebatir la doctrina de la presuposición de *Windscheid*.

Dice al respecto: “Realmente ofrece grandes dificultades admitirla desde el momento en que pretende tomar también en cuenta la presuposición unilateral, no cognoscible por la parte contraria o, en todo caso, no conocida ni aprobada por ella. Todo lo que anteriormente se ha dicho sobre los simples motivos justifica la no admisión de tal presuposición. Otra cosa, sin embargo, sucede tratándose de una presuposición bilateral elevada expresa o tácitamente a elemento integrante del contrato. Sucede en ocasiones que, de una manera cognoscible, las partes quieren apoyar los efectos del negocio exclusivamente sobre la base de un hecho determinado, no elevando éste a condición, simplemente por suponerlo ya dado a considerar indudable un acontecimiento futuro. En tal hipótesis el hecho de que se trata no constituye una condición, pero, de no tomarlo en consideración, se iría contra el deseo y los intereses de las partes. Por ello, no sería demasiado atrevimiento considerar la presuposición, tomada en este sentido, como base del negocio y elemento esencial, por consiguiente, para la existencia del mismo, aunque no se hubiera estipulado expresamente —cosa que raramente ocurre en tales casos— que debía producir esos efectos” ¹⁷.

Jorge Mosset Iturraspe dice que las enseñanzas de *Oertmann* son importantes en la medida que:

a) sirven para el lanzamiento posterior de la doctrina de las bases del negocio de *Karl Larenz*;

b) evidencian las vicisitudes del punto de vista subjetivo, en el afán por separar

¹⁴ Conforme lo expuesto por JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 7, p. 92.

¹⁵ Conforme transcripción efectuada por JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 7, p. 93.

¹⁶ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 7, p. 93.

¹⁷ Conforme transcripción efectuada por ROBERTO H. BREBBIA en bibliog. citada en nota N° 1, punto III, p. 880, apart. d), párr. 1°.

los motivos intrascendentes de aquéllos que son determinantes o comunes a las partes; y

c) en particular para la doctrina nacional, desde que aparece su marcada influencia en la redacción que se recomienda para el art. 1197 del Código Civil en el Proyecto de reformas del año 1987, que como se analizará más adelante, recepciona la teoría de la frustración del fin del contrato.

La presuposición no puede distinguirse de modo suficiente del simple motivo. El quehacer de *Oertmann* estuvo orientado a perfilar esta distinción, a mostrar, dentro de la concepción subjetiva de base del negocio, la diferencia entre un simple motivo y una representación psicológico-real que hubiese determinado la decisión de una de las partes del negocio.

Oertmann pone el acento en:

- 1) el conocimiento por la otra parte de esa representación;
- 2) en su significado para la decisión de contratar y, además;
- 3) en su admisión o aceptación, al menos, de una manera tácita.

Sólo de este modo, con el conocimiento real y la admisión puede considerarse que se está frente a la "base del negocio" ¹⁸. De ahí que *Oertmann* la defina como "la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias en las que se basa la voluntad negocial" ¹⁹.

En la búsqueda de una mayor precisión de la doctrina, *Mosset Iturraspe* recoge el punto de vista de *Locher*. Para el jurista mencionado la base del negocio está constituida por aquellas circunstancias necesarias para que pueda alcanzarse la "finalidad del negocio"; ésta aparece determinada por las propias partes y puesta de relieve en el contrato mediante la conducta de una y otra que sea conforme al mismo ²⁰.

Locher corrige a *Oertmann* en cuanto deja de lado "si la representación sobre la subsistencia de las circunstancias presentes ha constituido una realidad psicológica". Su progreso estriba en la imposibilidad de que sea conseguida la finalidad del negocio. Está justificada la resolución cuando existan o aparezcan circunstancias que impidan que mediante el negocio jurídico pueda alcanzarse la finalidad que las partes perseguían con el mismo y que forma parte de éste. Con este enfoque se eliminan del campo de la base del negocio los casos en los cuales sólo el fin de una parte ha resultado inasequible ²¹.

Empero, su tesis es subjetiva y no meramente objetiva, puesto que *Locher* define a la finalidad del negocio como aquélla que ha nacido como propia de una de las partes que, habiendo sido admitida por la otra, ha pasado a formar parte del

¹⁸ Conforme obra citada en nota N° 7, págs. 97 y 98.

¹⁹ Conforme transcripción efectuada por JORGE MOSSET ITURRASPE, en obra citada en nota N° 7, p. 98.

²⁰ JORGE MOSSET ITURRASPE, conforme lo expuesto en obra citada en nota N° 7, p. 101.

²¹ Idem nota anterior.

contrato. Si bien hay por parte de *Locher* un esfuerzo de objetivización de la denominada "base subjetiva", se le reprocha que, insistiendo en la crítica de un tema ya conocido, "no determina exactamente cuándo la finalidad de una de las partes ha pasado a ser contenido del contrato, y por tanto finalidad objetiva del mismo" ²².

El paso estaba dado hacia un intento de unificación de los elementos subjetivos y objetivos. Concreta esta idea *Lehmann* cuando postula que ha de entenderse a que el otro contratante, obrando de buena fe en atención al fin del contrato, hubiese admitido que éste dependía de ciertas circunstancias, o hubiese debido lealmente admitirlo de haber tenido en cuenta, al concluir el contrato, la inseguridad de estas circunstancias ²³.

5. Teoría de la base objetiva del negocio

La teoría de la base objetiva del negocio ha sido elaborada por el jurista alemán Karl Larenz. Para este autor debe hablarse de "bases" en plural y comprender allí, además de la *subjetiva*, ya mencionada, la *objetiva* ²⁴.

Introduce el tema de la base objetiva diciendo que "cada contrato crea o regula determinadas relaciones entre las partes, relaciones que a su vez son, en mayor o menor medida, una manifestación de las circunstancias sociales existentes y, hasta cierto grado, la presuponen. El que concluye un contrato piensa y obra partiendo de una situación dada, que no es preciso se represente claramente, que tal vez ni siquiera estaba en condiciones de abarcar, pero cuyos sedimentos penetran en el contrato en forma de presuposiciones inmanentes". Agrega *Larenz* que "La interpretación de un contrato no depende, pues, exclusivamente de las palabras usadas y de su significado inteligible para las partes, sino también de las circunstancias en las que fue concluido y a las que aquéllas se acomodaron". Penetrando en el tema de la alteración frustratoria de las circunstancias, sostiene que "Si posteriormente se realiza una transformación fundamental de las circunstancias, posibilidad en la que no habían pensado las partes contratantes y que de ningún modo habrían tenido en cuenta al ponderar sus intereses y al distribuir los riesgos, puede ocurrir que el contrato, de ejecutarse en las mismas condiciones, pierda por completo su sentido originario y tenga consecuencias totalmente distintas de las que las partes habían proyectado o debieran razonablemente proyectar" ²⁵.

Para *Larenz*, la transformación de las circunstancias existentes a la conclusión del contrato tan sólo puede considerarse como desaparición de la base del negocio en caso de que:

1) ambas partes contratantes hubiesen celebrado el contrato precisamente en determinadas circunstancias, cuya aparición o persistencia era positivamente esperada por las partes —*base del negocio subjetiva*—;

²² Idem nota anterior, págs. 101/102.

²³ Idem nota anterior, p. 102.

²⁴ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 7, p. 111.

²⁵ Conforme transcripción efectuada por JORGE MOSSET ITURRASPE en obra citada en nota N° 7, p. 111.

2) la subsistencia de esas circunstancias es necesaria objetivamente para que el contrato (en el sentido de las intenciones de ambos contratantes) pueda existir como regulación dotada de sentido —*base del negocio objetiva*—²⁶.

La *base objetiva del negocio* desaparece cuando:

1) la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación ha desaparecido;

2) cuando la común finalidad objetiva del contrato haya resultado definitivamente inalcanzable, aun cuando la prestación del deudor sea todavía posible²⁷.

III. CONCEPTO DE FRUSTRACIÓN

Roberto H. Brebbia nos recuerda que el Instituto de la frustración del fin del contrato ha sido definido como la dificultad del cumplimiento del contrato por cambio de las circunstancias objetivas imperantes en el momento de la celebración del acto, que integran la base objetiva del negocio²⁸.

En mi opinión, la frustración del fin del contrato no se vincularía con “la dificultad de cumplimiento del contrato”, sino más bien con “la pérdida de sentido o razón de ser de las prestaciones pactadas en el contrato celebrado”.

El eje de la cuestión estaría dado por la idea de *fin*. Díez-Picazo puntualiza que “por fin del contrato debe entenderse el propósito a que el contrato sirve dentro de la vida real, vale decir, el resultado empírico o práctico que en orden a los propios y peculiares intereses se pretende alcanzar”²⁹.

El resultado empírico o práctico que los contratantes persiguen con la celebración del negocio supone la subsistencia de las circunstancias tenidas en mira por los contratantes y que sirvieron para determinar la base del contrato celebrado.

Desde esta perspectiva la frustración del fin del contrato se configuraría cuando “la *finalidad*”, “el *resultado práctico*”, que los contratantes se propusieron conseguir con la celebración del negocio “*pierde su razón de ser*”, *su sentido*, como consecuencia inmediata de la “*alteración de las circunstancias*” que definieron la base objetiva de dicho negocio.

En los casos *de la Coronación*, las circunstancias que sirvieron de basamento para la celebración de los contratos de locación de los balcones o piezas con ventanas que daban a determinadas calles, era que por dichas arterias, el día 26 de julio de 1902, iba a desarrollarse el desfile de la Coronación de Eduardo VII.

²⁶ Conforme lo expuesto por ROBERTO H. BREBBIA en bibliog. citada en nota N° 1, punto III, pág. 881, apart. e), párr. 2°.

²⁷ Idem nota anterior. Conforme —asimismo— con lo expuesto por JORGE MOSSET ITURRASPE, en obra citada en nota N° 7, págs. 111/112.

²⁸ Conforme bibliog. citada en nota N° 1, p. 876, punto I, párr. 3°.

²⁹ Conforme transcripción efectuada por JORGE MOSSET ITURRASPE en obra citada en nota N° 7, págs. 69/70.

La enfermedad del rey y la consecuente cancelación del desfile frustró la finalidad del negocio.

No se trata, pues, de que a raíz de un hecho la obligación a cargo del “deudor” se torne de imposible cumplimiento, sino, por el contrario, de la frustración de la finalidad tenida en mira por ambas partes para la concreción del negocio celebrado; el contrato pierde su razón de ser, porque se “modifican”, se “alteran”, las circunstancias sobre las cuales las partes, “*ambas partes*”, han querido apoyar los efectos del contrato.

Es del caso recordar que el jurista español *Díez-Picazo* señala que “por frustración ... debe entenderse lo que podría llamarse la pérdida de sentido y de razón de ser de la prestación. La prestación convenida o contemplada como contenido del contrato pierde su sentido y su razón de ser cuando deja de ser útil, esto es, cuando no puede satisfacer el interés del acreedor, bien porque es imposible alcanzar el fin pretendido o bien porque el fin ha sido alcanzado por otros medios”³⁰.

El tema de los *fin*es de la contratación ha sido abordado por *Hugo Alejandro Acciarri* y *Silvia Andrea Bonifazi*³¹, algunas de cuyas ideas se verán plasmadas en los párrafos que siguen.

En torno a esta cuestión plantean que, en lo estrictamente subjetivo, existirá para cada contratante una cadena de finalidades, cuyo últimos peldaños penetrarán en lo más profundo de su psiquis³².

Así por ejemplo, quien contrata la adquisición de un departamento en la ciudad de Pinamar tiene por “finalidad inmediata” obtener el cumplimiento de la prestación por parte del co-contratante, esto es, el dominio sobre la cosa, pero —a su vez— con la contratación celebrada perseguirá otras finalidades personales, tal el caso de la utilización del inmueble para esparcimiento, para locarlo con idéntico fin a terceros obteniendo con dicho negocio una renta, o para otros tantos fines que pueden —cosa que generalmente ocurre— emanar desde la intimidad de su pensamiento. Cada uno de esos usos apuntará hacia un “fin cada vez más mediato” respecto del negocio³³.

En este orden de ideas, el gran interrogante parece ser poder identificar el “*fin del contrato*”, la finalidad con relevancia jurídica.

En tal sentido, creen que la respuesta a ese interrogante se encuentra en considerar que el “*fin del contrato*” que debe ser tenido en cuenta es aquél que integra el contenido del acuerdo celebrado³⁴.

En lo personal, pienso que se trataría de aquella finalidad sobre la cual los contratantes decidieron apoyar los efectos del negocio concertado, hecho que la

³⁰ Conforme transcripción efectuada por JORGE MOSSET ITURRASPE en obra citada en nota N° 7, p. 70.

³¹ HUGO ALEJANDRO ACCIARRI y SILVIA ANDREA BONIFAZI. *Apuntes en torno de la frustración del fin del contrato*, Revista Jurídica Argentina LA LEY Tomo 1992-C, Sec. doctrina, págs. 812/819.

³² Conforme bibliog. citada en nota anterior, p. 813, punto II, párr. 2°.

³³ Idem nota anterior.

³⁴ Idem nota N° 32, párr. 4°.

convierte en “*finalidad común para ambas partes*”, adquiriendo trascendencia jurídica desde que su función ha sido —precisamente— determinar la base subjetiva de la relación jurídica de que se trata.

Por este sendero, recuerda que buena parte de la doctrina sostiene que el “fin” puede responder, en una etapa inicial, al interés particular de uno de los contratantes, pero que, con posterioridad, al ser conocido y aceptado sea explícita o implícitamente por el otro contratante pasa a erigirse en fin común ³⁵.

Discrepan con el punto de vista que identifica el “fin” del contrato con la finalidad común tenida en cuenta por las partes al celebrar el negocio, en virtud de que “el fin de cada una de las partes ... sigue siendo fin individual, y es precisamente ello lo que genera el conflicto de intereses sobreviniente ante su frustración. Ocurre que ese fin individual integró el contenido originario de la contratación, determinando su sinalagma específico...” ³⁶.

En la inteligencia de que cuando se habla de “fin común” se apunta al resultado empírico que los contratantes se proponen alcanzar con la celebración del negocio, no comparto la disidencia comentada, por cuanto con tal concepción no se pretende desconocer los intereses individuales de cada una de las partes. En otros términos, la aceptación de que la eficacia funcional de un contrato descansa en la efectiva obtención de la finalidad común perseguida con su concreción, no obsta la existencia de intereses contrapuestos entre los involucrados en el negocio.

Discrepan —asimismo— con lo dicho respecto de que el “fin” puede responder en una etapa inicial a la motivación individual de una de las partes, pero que al ser conocido y aceptado, sea explícita o implícitamente por el otro contratante pasa a erigirse en fin común ³⁷.

En relación a este tema cabe preguntarse si cualquier fin subjetivo de una de las partes, “conocido y hasta —eventualmente— no rechazado o cuestionado”, por la otra, puede ser concebido *per se* como “finalidad común determinante de la base del negocio”.

Como ya se ha examinado, la cadena de finalidades que moviliza la psiquis de un individuo hacia la concreción de un negocio, habitualmente es extensa, difusa y hasta podría calificarse de infinita, e incluso puede fácilmente suceder que con motivo del intercambio previo de ofertas, la persona con la que concretaremos el negocio conozca total o parcialmente dichas expectativas.

Pero de allí a pensar que las motivaciones subjetivas de una de las partes, *aun conocidas y no rechazadas por el otro contratante*, puedan ser consideradas con carácter de “*principio general*”, como *finalidad común*, integrante del contenido del contrato, constituye una apreciación que, obviamente, nos puede conducir hacia una conclusión absurda.

Así por ejemplo, quien celebra un contrato de los popularmente conocidos en el mercado como de “ahorro previo”, con el propósito de adquirir, mediante el pago

³⁵ Idem nota N° 32, párr. 5°.

³⁶ Conforme bibliog. citada en nota N° 31, punto II, párr. 6°. págs. 813/814.

³⁷ Conforme bibliog. citada en nota N° 31, punto II, párr. 6° y 8°. págs. 813/814.

del precio a través de un número predeterminado de cuotas, un automóvil standard y, antes de producirse la entrega del vehículo —cuya compra respondía a la motivación individual de explotarlo como taxímetro—, toma conocimiento de que se le ha denegado el crédito en la Asociación Mutua a la que había concurrido para obtener los recursos dinerarios necesarios para afrontar el pago de la licencia municipal correspondiente, no podría válidamente alegar la frustración del fin del contrato celebrado, desde que los elementos esenciales del negocio nunca se vieron “influenciados”, “determinados”, “modificados”, por el destino que el comprador había ideado para dicho bien, esto es su afectación a la actividad lucrativa descripta.

En el ejemplo dado, la proyección personal de explotar el automóvil como taxímetro no ha trascendido del campo de los motivos netamente individuales del comprador, siendo —en consecuencia— un “*fin mediato al negocio*”, irrelevante jurídicamente, en cuanto los contratantes en ningún momento tuvieron la intención de apoyar sobre ese “fin” los efectos del negocio celebrado.

En esta línea conceptual resulta intrascendente que la finalidad del comprador haya invadido el campo cognoscitivo del vendedor, ya que, en suma el aspecto sustantivo de la cuestión en análisis no se vincula con lo que “el vendedor pudo conocer acerca de los móviles íntimos del comprador en relación a la utilidad que esperaba obtener con la adquisición de la cosa”, sino con los elementos que en forma clara y concreta concurren a la formación de las bases del negocio mediante el cual se relacionaron jurídicamente.

Distinta es la situación en los famosos *Casos de la Coronación* de Eduardo VII, en la medida que la realización del desfile constituyó la circunstancia tenida en mira por los contratantes, el hecho que los indujo a celebrar los contratos de locación referidos.

Por encima de las motivaciones subjetivas que —en forma indirecta y tangencial— los haya conducido a la concertación del negocio, no cabe duda que la “realización efectiva del desfile del rey el día 26 de julio de 1902” ha constituido la *base objetiva* del contrato en cuestión, a punto tal que sobre esa “circunstancia fáctica”, y contando —obviamente— con su persistencia incólume en las condiciones temporales pactadas, locadores y locatarios han construido las relaciones jurídicas que los vinculaba, delineando el contenido de sus respectivas obligaciones.

El hecho objetivo indicado ha “determinado” los elementos del contrato. Si bien la meta inmediata perseguida por el locador del balcón o pieza ha sido probablemente en su escala de valores prioritarios la obtención de una renta, aprovechando la venta económica que el acontecimiento histórico ponía al alcance de sus manos, éste no podía desconocer que la percepción del beneficio esperado se encontraba enteramente colgada al “fin inmediato” del locatario de presenciar, desde un lugar determinado y en la fecha prefijada, “el desfile de la Coronación del monarca”.

La finalidad subjetiva del locatario, definida por la necesidad de satisfacer su deseo de “presenciar el evento político programado”, pudo estar impulsada desde lo más profundo de su intelecto por una serie extensa y difusa de móviles, verbigracia: la preferencia de observar la ceremonia desde un lugar privilegiado por su ubicación geográfica estratégica; la ambición de ostentar un status social de distinción ocupando una posición cercana al sector de la comunidad identificada con el poder político; la oportunidad de utilizar la concurrencia al evento público

como medio propicio para entablar un contacto con alguna personalidad del gobierno; la manera ideal de manifestar la identificación que siente con el régimen político que se instaura con la asunción del monarca, etc.

Pero lo cierto es que de esos innumerables y variados propósitos personales, el único que rompió las barreras que circundan el campo psíquico e interno del locatario ha sido, indudablemente, el mentado propósito de "presenciar la ceremonia de coronación de Eduardo VII". El punto de inflexión de la cadena se encuentra en esa finalidad omnicomprendiva.

La finalidad de presenciar el desfile que nació como un móvil individual del futuro locatario, en la etapa pre-contractual al ser conocida por el futuro locador, prontamente se convierte en una finalidad común, porque pasará a integrar por "voluntad de los contratantes" el sinalagma contractual, determinando las condiciones del acuerdo, y en su proyección futura la propia suerte del contrato.

La inalterabilidad de las circunstancias, es decir, la efectiva realización del evento que delimita la base objetiva del negocio, ha sido la condición *sine qua non*, sobre la cual las partes, sin claudicar sus propios intereses contrapuestos, han decidido libremente confiar los efectos del negocio.

La modificación de la realidad fáctica que se produce con la enfermedad del rey, y la consecuente cancelación del desfile, altera las bases del negocio, no sólo en su aspecto propiamente *objetivo*, sino también en su faz *subjetiva*, pues a partir de ese acontecimiento el "fin del contrato", el resultado empírico que se ha pretendido aprehender pierde por completo su razón de ser.

Como una relación de causa a efecto, la *base objetiva de este negocio*, configurada por el evento político programado para festejar la Coronación del monarca Eduardo VII, se ha visto violentada por la marcada influencia de un factor exógeno, esto es, la repentina enfermedad del rey, que impone la cancelación del festejo, alterando la *base subjetiva* del contrato, traducida en la finalidad de "presenciar la ceremonia política en cuestión", la que si bien, en principio, nace como una motivación netamente individual de una de las partes, al delinearse las condiciones del acuerdo se erige, con el consentimiento de sus autores en el "fin común del negocio".

Concluyendo, todos los contratos tienen un fin subjetivo jurídicamente relevante. La clave para lograr su identificación se situará en seleccionar dentro de la cadena de finalidades aquel fin instrumental que integró el contenido del contrato, influyendo sustancialmente en su celebración o en sus elementos esenciales ³⁸.

Tal como se destaca, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Buenos Aires entre los días 4 y 7 de setiembre de 1991, la posición expuesta se encuadra dentro de la disidencia al despacho de mayoría numerada como I.b: "... La frustración del fin del contrato debe ser concebida sin recurrir a la noción de causa y se funda en el fin que integra inequívocamente el contenido contractual y por ende se refleja en su sinalagma genético" ³⁹.

³⁸ HUGO ALEJANDRO ACCIARRI y SILVIA ANDREA BONIFAZI, bibliog citada en nota N° 31, punto II, párr. 11, págs. 814/815.

³⁹ Idem nota anterior; ver nota de pie de página N° 6, p. 815.

En síntesis, comparto la observación formulada en lo atinente a que, en un contrato dado, no cualquier motivación subjetiva de una de las partes, conocida y aun no rechazada por su co-contratante, puede identificarse como “fin” del negocio jurídico celebrado. Comparto —asimismo— lo dicho respecto de que todos los contratos tienen un “fin” subjetivo jurídicamente relevante, y que la vía adecuada para lograr su identificación sea averiguar, entre el abanico de finalidades subjetivas que ha motivado el acto volitivo de vincularse, cuál es el “fin instrumental” que —en forma sustancial— ha marcado su influencia en la propia celebración del contrato o en la determinación de sus elementos esenciales. Pero lo expuesto no menoscaba el enfoque dado en lo referente a que el mentado “fin instrumental” —que ciertamente integra el sinalagma contractual— se erige en la “finalidad común” sobre la cual las partes contratantes, en la etapa de celebración del negocio, decidieron apoyar los efectos del contrato, determinando en su proyección futura —etapa de ejecución— la propia suerte del negocio, a punto tal que a sus consecuencias no serán ajenas ninguna de las partes involucradas en el vínculo obligacional.

IV. PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD

Sobre el particular, en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil —precedentemente mencionadas— se arriba a las siguientes conclusiones:

“a) Existencia de un contrato válidamente constituido; b) por mayoría: existencia de un acontecimiento anormal, sobreviniente, ajeno a la voluntad de las partes, que no haya sido provocado por ninguna de ellas, que no haya sido generado en la mora de ellas, que incida sobre la finalidad del contrato de manera que malogre el motivo que impulsó a contratar, al punto que desaparezca el interés o utilidad en la subsistencia del contrato. b. 1. Disidencia: Además de los presupuestos anteriores añade que los acontecimientos deben haber modificado la base objetiva del negocio. c) La causa debe haber sido declarada en el “campo” jurídico, conocida y aceptada por las partes”.

Resulta acertado señalar desde el comienzo que la frustración no acaece en cualquier contrato, en el sentido que es una vicisitud propia de un contrato celebrado válidamente, de donde se distingue de los vicios que llevan a la nulidad.

En cuanto al presupuesto referido a la *existencia de un acontecimiento anormal, sobreviniente, ajeno a la voluntad de las partes*, resulta apropiado efectuar algunas precisiones.

En primer término, parece evidente que los acontecimientos que merecen consideración a los fines de merituar la aplicación del instituto de la frustración, son aquéllos cuya producción en el devenir mundano no obedece a la acción “facultativa” de alguna de las partes contratantes.

El hecho que coadyuva y desencadena la alteración de la base objetiva del negocio, acarreado la frustración de la finalidad perseguida —base subjetiva— debe ser “ajeno”, “externo” y “extraño” a los celebrantes del acuerdo.

A *contrario sensu*, no podría peticionarse exitosamente la frustración del fin del contrato si su satisfacción se alcanza por otros medios, voluntariamente obtenidos.

En los famosos *Casos de la Coronación* la cancelación del desfile a causa de la enfermedad del monarca, constituyó un hecho "ajeno", "externo" y "extraño" respecto de la conducta de los contratantes individuales.

Por otra parte, debe tratarse de un hecho "sobreviniente" a la celebración del contrato, por cuanto la frustración del fin del contrato es el efecto que emerge de la mutación de las circunstancias tenidas en mira por los contratantes al momento de dar contenido al vínculo obligacional establecido. A raíz de una situación fáctica diferente, un estado de cosas distinto al concebido por los contratantes al momento de concretar el negocio, deviene el efecto nocivo inesperado, en tanto el resultado empírico imaginado ha perdido su razón de ser.

Parece justo argumentar que la alteración de las circunstancias previstas por los contratantes debe caracterizarse por su *gravedad*. En tal sentido, cabría reputar en esta categoría aquellos hechos que modifican la base objetiva del contrato de forma tal que a los ojos del intérprete se vislumbra con claridad la desnaturalización de las obligaciones de las partes, la desaparición del sentido funcional de contrato.

Volviendo al ejemplo de los *Casos de la Coronación*, cabe sostener sin recurrir al beneficio de la duda que la enfermedad de Eduardo VII constituyó un hecho *sobreviniente* a los contratos de locación celebrados, cuya consecuencia práctica inmediata ha sido crear una situación diametralmente opuesta a la anticipada por los contratantes (*la cancelación del desfile*).

En este contexto, diría que cabe "razonablemente" concluir que estos contratos han perdido su razón de ser, su sentido funcional.

El hecho motor, la causa generadora de la frustración del fin propio de estos negocios es de una gravedad tal que sostener el mantenimiento incólume de los efectos pactados, en aras del imperio absoluto de la palabra empeñada, constituiría una solución disvaliosa, que conculcaría elementales principios de equidad; significaría persistir en los efectos de relaciones jurídicas en las que el equilibrio de los valores comprometidos se ha quebrado.

Cabe interrogarse si el acontecimiento anormal sobreviniente que debe concurrir como recaudo para que exista frustración del fin del contrato, es asimilable a las circunstancias sobrevinientes que el art. 1198, apartado segundo del Código Civil, califica de extraordinarias e imprevisibles al regular el supuesto de la teoría de la imprevisión.

El profesor *Roberto H. Brebbia* se inclina por la respuesta afirmativa; sostiene esta postura de paralelismo entre ambos institutos, por lo menos, en lo concerniente al presupuesto en análisis ⁴⁰.

Ampliando sus conceptos puntualiza que "... la calificación de extraordinarias e imprevisibles que deben revestir las circunstancias sobrevinientes no son dos requisitos separados sino que constituyen una sola fórmula integrada. Los acontecimientos no sólo no deben haber sido previsibles al tiempo de la celebración del negocio, sino que también deben ser excepcionales y de proyección general, entendiéndose por tal, que deben haber podido afectar a cualquier

⁴⁰ ROBERTO H. BREBBIA, bibliog. citada en nota N° 1, p. 884, punto VII, apart. 1.

persona que se hubiere encontrado en la misma situación de las partes del negocio”⁴¹.

Puede afirmarse con algún grado de certeza que existe unanimidad en la doctrina en lo atinente a que el acontecimiento que aprehende la teoría de la imprevisión tiene un carácter de generalidad y está desvinculado, por ende, con factores relativos a las personas de los celebrantes.

Extraordinario es todo acontecimiento que supere los cánones de la normalidad, pudiendo ser tanto positivo como negativo⁴²; se habla de “alteraciones graves que han transformado la economía general de un país” (Fornieles); de eventos “de índole general o común a muchos sujetos”, que “afectan a toda una categoría de deudores”⁴³.

Imprevisible es el acontecimiento que las partes no pudieron representarse racionalmente, dentro de la habitual y prudente manera de obrar en casos similares⁴⁴.

Jorge Mosset Iturraspe participa de la opinión de que “... los acontecimientos que aprehende la frustración —por alteración de las circunstancias— son personales o particulares de los contratantes, o bien generales; son las circunstancias que determinaron para cada uno de ellos la celebración del negocio, o bien las acaecidas en una región o en un país... Los acontecimientos de la imprevisión deben ser, siempre, “extraordinarios e imprevisibles”; los que conducen a la frustración ... pueden tener o no estos caracteres”⁴⁵.

En lo personal, pienso que el instituto de la frustración está dotado de características propias y —consecuentemente— no cabe trasladar al mismo, como si existiera una suerte de aplicación analógica, los requisitos previstos por el Código Civil para otros institutos, tal el caso de la mentada teoría de la imprevisión.

La teoría de la imprevisión es el remedio ideado por el legislador para contrarrestar la enfermedad que afecta al contrato en el que “la prestación a cargo de una de las partes se ha tomado excesivamente onerosa”.

Teniendo en cuenta el origen genético del instituto —crisis de la economía nacional cuyo elemento sobresaliente es la constante depreciación de la moneda— en determinadas épocas coadyuvados por procesos de características mundiales—, la aplicación del instituto se vislumbra como la inyección del remedio más apropiado para curar el mal denominado “inflación”, en ocasiones de raigambre estructural y endémica, a punto tal que, siendo “la depreciación de la moneda”, en periodos específicos, un factor arraigado en el devenir económico, el agravamiento momentáneo de la enfermedad ha importado que esta fuerza maléfica adquiriera el calificativo de “hiperinflación”.

El fenómeno inflacionario es un hecho dotado de objetividad y generalidad, por

⁴¹ Idem nota anterior.

⁴² LILY R. FLAHERTY Y MIRIAM SMAYEVSKY, *Teoría de la imprevisión*, Editorial Depalma, año 1989, págs. 26/27.

⁴³ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 7, p. 83.

⁴⁴ LILY R. FLAHERTY Y MIRIAM SMAYEVSKY, obra citada en nota N° 42, p. 27.

⁴⁵ Conforme obra citada en nota N° 7, p. 83.

cuanto afecta a todos aquéllos que, de alguna manera, interactúan en el mercado adquiriendo la calidad de agentes económicos.

En periodos de armonía económica un repentino brote inflacionario, o bien en etapas de inflación una notoria explosión hiperinflacionaria, comportará —sin lugar a dudas— la ruptura de la ecuación económica-financiera de los contratos celebrados, todo lo cual tarde o temprano desencadenará la excesiva onerosidad mentada por la norma.

En este contexto, es razonable sostener que los hechos alcanzados por la teoría de la imprevisión deben caracterizarse por su *extraordinariedad*, puesto que se trata de una alteración que corrompe el orden económico imperante con efecto expansivo sobre la comunidad desde que afectará a la categoría de sujetos que, con anterioridad a la situación de anomalía producida, entablaron negocios con sustancia económica; y —además— por su *imprevisibilidad*, ya que, estando los hechos aprehendidos por el instituto dotados de la "objetividad" descripta, resulta coherente establecer, en aras de la *excepcionalidad* que debe imperar en su aplicación, la exigencia de que el hecho sobreviniente que trastoca el campo económico no haya podido ser previsto por cualquier hombre que actúe con prudencia.

En cambio, los hechos aprehendidos por el instituto de la frustración del fin del contrato no necesariamente tienen que estar dotados de *extraordinariedad*, siendo que —por el contrario— la regla general en este supuesto será la *particularidad*. En cuanto a la *imprevisibilidad* entiendo que se trata de un recaudo ajeno al instituto.

Las razones que me conducen a la conclusión antes vertida son las siguientes:

a) El hecho que toma la teoría de la imprevisión es *objetivo* y *singular* puesto que se encuentra "tipificado" en la ley, ya que se trata de la hipótesis de la "excesiva onerosidad".

A *contrario sensu*, el hecho que aprehende la teoría de la frustración es *subjetivo* y *plural*, porque se vincula con el resultado empírico perseguido por las partes contratantes con la celebración del negocio, que ha perdido su razón de ser, por la alteración de las circunstancias que conformaron la base objetiva del mismo.

Es *subjetivo*, en tanto el mencionado "resultado empírico" es sinónimo de "motivaciones del campo sicológico" que, con el consentimiento de ambos contratantes vinieron a configurar el contenido del sinalagma del negocio, y cuyo fracaso, causado por factores exógenos e involuntarios, importa para aquéllos el "sinsentido" del contrato.

Es *plural*, desde que "la finalidad común" anhelada por los contratantes no se encuentra circunscripta, tipificada, a una hipótesis definida y única, y sería saludable que —de resultar recepcionado el instituto— así sea, pues el "fin del contrato" en esencia es el motor que —por medio de la celebración de un contrato— impulsa la voluntad de los sujetos hacia el logro de un objetivo determinado, pero con la característica de que esa "causa impulsora", ese "motivo" que enciende la actividad creadora del hombre es de variada naturaleza y origen, porque resulta "infinita" la "cadena de necesidades subjetivas" que el sujeto humano persigue satisfacer.

Por lo tanto, el hecho aprehendido por la “frustración del fin del contrato” no necesariamente debe ser un evento de índole general o común que involucre a un gran número de sujetos, o a toda una categoría de deudores (*extraordinarios*), porque la esencia subjetiva que nutre al mentado “*fin*” hace que el “efecto frustratorio” pueda o no tener esta proyección general propia de la teoría de la imprevisión, y que —por el contrario— en este instituto lo común sea la “*particularidad*”.

b) Por otra parte, siendo la “finalidad del contrato” de raigambre “*común*” para las partes, resulta a todas luces intrascendente que el evento que frustra la obtención del resultado concebido haya podido ser previsto o no, porque en substancia la alteración de la base objetivo del negocio que provoca el fracaso del fin del negocio involucra a todos los contratantes, y —consecuentemente— la imprevisibilidad, el obrar imprudente, sería en hipótesis imputable a ambos, y jurídicamente de efecto neutro.

Aquí no nos encontramos frente al negocio en el que, por la incidencia de factores económicos, se produce la ruptura de la ecuación económico-financiera del contrato celebrado, tornando la prestación a cargo de una de las partes “excesivamente onerosa”, sino frente al negocio que, por la alteración de las circunstancias tenidas en mira al momento de celebrarlo, el resultado perseguido por *ambos contratantes* pierde “su razón de ser”, haciendo que el “fin querido” no pueda ser alcanzado, y —por ende— la subsistencia del contrato sin sentido.

En los famosos *Casos de la Coronación* el hilo conductor no pasa por la *previsibilidad o imprevisibilidad* de la enfermedad del monarca, sino por el hecho de que, con la alteración de la base objetiva de los contratos de locación celebrados, materializada a través de la cancelación del evento, el negocio se ha frustrado, ha perdido su razón de ser, desde que el *fin* de “presenciar la ceremonia en la fecha y lugar prefijado” constituía el “resultado empírico” perseguido por locadores y locatarios, comprendido como tal en el sinalagma contractual con todas sus consecuencias.

Por propia voluntad de las partes, la ejecutorialidad de estos contratos “dependía” de la efectiva realización de la ceremonia en cuestión, y la inalterabilidad de esa circunstancia fáctica era la “condición rectora” que “comprometía” a ambas partes, dentro del marco de sus propias obligaciones, razón por la cual —en principio— ninguno de los contratantes podía exigir del otro el cumplimiento de la prestación a su cargo, en la medida que el “presupuesto” contenido en dichos contratos sometía y pesaba sobre ambos con idéntica consecuencia para suerte o desgracia del negocio concertado.

En lo atinente a la disidencia referida a que entre los presupuestos de admisibilidad de la teoría cabe añadir “... que los acontecimientos deben haber modificado la base objetiva del negocio...”, entiendo acertada su inclusión, puesto que entre la alteración de la base objetiva del contrato y el “fin” perseguido por los contratantes —base subjetiva— existe una relación de causa a efecto, siendo esa conjunción la columna vertebral que sostiene la génesis del instituto en análisis.

Por último, resta reflexionar acerca del presupuesto que versa en orden a que “La causa debe haber sido declarada en el ‘campo’ jurídico, conocida y aceptada por las partes”.

En primer término, estimo que dicho requisito se vincula directamente con el concepto vertido reiteradamente en este trabajo en cuanto a que la teoría resultaría aplicable en el supuesto de que el "fin" malogrado haya sido concebido en el origen genético del negocio concertado por los contratantes como parte integrante del sinalagma del mismo, es decir, incluido en el contenido del contrato celebrado, excluyendo —por esta vía— aquellas motivaciones meramente personales de los involucrados en el compromiso.

Ahora bien, que "la causa debe haber sido *declarada* en el 'campo' jurídico, conocida y aceptada por las partes", no importa una *declaración expresa*, es decir, una manifestación literal incluida en el instrumento redactado como una cláusula más, ya que, en este caso —en mi opinión— estaríamos frente a un contrato en el que los efectos jurídicos previstos —sea para adquirir virtualidad o bien para quedar extinguidos— se encuentran directamente ligados a la producción de un acontecimiento futuro e incierto que, en el mundo del derecho y en particular en el campo de las obligaciones, se ha bautizado con el término "*condición*".

La condición, estrictamente, implica la subordinación de la existencia de la obligación a un acontecimiento futuro e incierto, el cual es, en sí, el hecho condicionante. La condición más el hecho condicional, conjuntamente, integran un supuesto de hecho jurídico complejo al que la ley vincula las consecuencias del acto jurídico que engendra la obligación, supeditándose la existencia de ésta (mediante la condición) al acontecimiento del hecho condicionante ⁴⁶.

La condición puede ser suspensiva o resolutoria. Es suspensiva cuando el mismo nacimiento de la obligación está supeditado al acaecimiento de un hecho futuro e incierto —art. 545 del Código Civil—, y es resolutoria cuando lo que está subordinado a dicho evento es la extinción de la obligación —art. 553 del Código Civil— ⁴⁷.

En lo atinente a sus efectos, si la obligación es concebida bajo condición suspensiva el artículo 548 del Código Civil establece que "Si la condición no se cumple, la obligación es considerada como si nunca se hubiera formado..."; si —por el contrario— la obligación es estipulada bajo condición resolutoria el artículo 555 dispone que "cumplida la condición resolutoria deberá restituirse lo que se hubiese recibido en virtud de la obligación".

En el mundo de los contratos, fuente de obligaciones, tendría efecto *suspensivo* la cláusula contractual que hubiera supeditado los efectos del contrato, o el perfeccionamiento de las prestaciones asumidas por las partes a la condición de que un acontecimiento futuro e incierto suceda.

En cambio, tendría efecto *resolutivo* la cláusula contractual que hubiera subordinado a un acontecimiento futuro e incierto la resolución de los derechos adquiridos por cada uno de los contratantes con la celebración del negocio.

Así, por ejemplo, volviendo a los famosos *Casos de la Coronación*, si en los contratos de locación celebrados las partes hubieran estipulado que el nacimiento

⁴⁶ ATILIO ANÍBAL ALTERINI - OSCAR JOSÉ Ameal - ROBERTO M. LÓPEZ CABANA. *Curso de obligaciones*. Editorial Abeledo-Perrot, año 1982, Tomo II, págs. 31 y 32.

⁴⁷ Conf. bibliog. citada en nota anterior, p. 34.

to de sus respectivas prestaciones —el locador, de poner a disposición del locatario el uso y goce de un balcón determinado, en una fecha cierta, y el locatario de abonar en concepto de dicho arrendamiento una contraprestación consistente en una suma de dinero— quedaba subordinado al evento de que “se realice el desfile de la Coronación del monarca Eduardo VII” (*hecho positivo*), o bien, a la circunstancia de que “no suceda la cancelación del desfile de la Coronación del rey previsto para el día 26 de julio de 1902” (*hecho negativo*), no cabe duda de que la naturaleza jurídica de estos compromisos hubiera sido la de *obligaciones condicionales con efecto suspensivo*. De modo que, si la “condición” no se cumple, es decir, si acontece la cancelación del desfile de la coronación del monarca, por imperio del art. 548 del Código Civil dicho vínculo obligacional se tendrá por “inexistente”.

En cambio, si los contratantes hubieran pactado a través de una cláusula que el vínculo obligacional consolidado quedaba extinguido de producirse el acontecimiento contingente, expresado en términos positivos o negativos, la naturaleza jurídica de los compromisos asumidos también hubiera sido la de *obligaciones condicionales pero con efecto resolutivo*. De manera que, cumplida la condición, con la no realización del evento público esperado, de conformidad a lo establecido en el art. 555 del Código Civil, las partes deberían restituirse lo recibido, salvo disposición contractual en contrario, lo que resulta jurídicamente viable en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.

De forma tal que si se crea un vínculo contractual sujetando, en forma expresa, a la producción de un hecho futuro e incierto —expresado en términos positivos o negativos—, el nacimiento de las obligaciones pactadas (*función suspensiva*), o bien, la extinción de los compromisos asumidos (*función resolutive*), no cabe duda que dicha relación, en lo que a sus efectos concierne, quedará circunscripta a las disposiciones convenidas por los contratantes en el instrumento celebrado, y —en defecto de aquéllas— por las consecuencias previstas por el legislador en el Libro Segundo, Sección Primera, Título V, del Código Civil dedicado a las “obligaciones condicionales” (arts. 527 y siguientes).

En suma, en esta hipótesis no sería necesario recurrir a la aplicación de la teoría en análisis para juzgar equitativamente los efectos del vínculo *obligacional* creado, porque son los propios obligados los que, a través de la *declaración expresa* de la mentada “condición”, han subordinado la obtención del resultado empírico perseguido —base subjetiva—, a la configuración de determinada situación fáctica, la que —de por sí— delimita la base objetiva del negocio celebrado.

En este supuesto, el efecto frustratorio de la finalidad perseguida con la celebración del contrato ha sido concebido en forma expresa y anticipada por las propias partes, siendo que, según el caso, puede devenir:

a) del no acaecimiento del hecho futuro e incierto estipulado, porque —a *contrario sensu*— de su efectiva producción dependía el nacimiento mismo de las obligaciones pactadas (*función suspensiva*); o

b) del acaecimiento del hecho tangencial establecido, porque precisamente la configuración de tal situación fáctica importaba la extinción de las obligaciones pactadas (*función resolutive*).

V. LA TEORÍA DE LA FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO Y EL TEMA DE LA CAUSA-FIN

No es del caso entrar a analizar en el presente trabajo lo que se entiende por "causa" y la polémica que este concepto suscita desde antaño.

Por el contrario, mi propósito, tal como lo pone de manifiesto el título elegido para este apartado, es reflexionar acerca de si el tema de la "causa fin" guarda alguna vinculación con la mentada frustración del fin del contrato.

Sin embargo, estimo útil reseñar someramente las concepciones doctrinarias elaboradas en torno al problema de la causa, por cierto de largo desarrollo filosófico-jurídico, para luego recién introducirme en el interrogante central indicado en el párrafo que antecede.

La corriente jurídica clásica, especialmente a partir de *Domat*, separó la causa de la motivaciones individuales de las partes. La causa, vacía así de contenido, estaba implicada por la naturaleza del contrato, y era invariable cualesquiera fueren los intervinientes en el acto; los motivos, esencialmente variables, eran referidos a las intenciones de cada sujeto. Estos motivos carecían de virtualidad jurídica, pero la obligación debía tener causa (final) para ser válida (*causalismo*)⁴⁸.

Otra línea, encabezada cronológicamente por el jurista belga *Ernst*, rebate esa posición y sostiene que la noción de causa final resulta superflua y que sus problemas pueden resolverse a través de la regulación del objeto —*anticausalismo*—⁴⁹.

Entre ambas posiciones extremas, aparece como es usual en nuestra disciplina la corriente doctrinaria intermedia. En tal sentido, son los llamados *neocausalistas* los que se inclinan por restablecer el distingo racional que existe entre causa-fin y objeto. Según la fórmula de Oudot la "causa-fin" responde *al cur debetur?*; el "objeto", al *quid debetur?* (¿por qué debo? y ¿qué debo? respectivamente). Asimismo, los seguidores de esta línea de pensamiento se preocupan por la causa-fin en el acto jurídico, no ya en la obligación. Los móviles o motivos impulsivos individuales —que, como vimos, decía desechar *Domat* por irrelevantes—, adquieren importancia para esta corriente. Entre sus sostenedores encontramos a *Capitant* para quien si bien los "motivos" no son jurídicamente relevantes —en esto parece coincidir con *Domat*—, para él el caso es que sólo son "motivos" los retenidos *in mente* por el sujeto, o sea los no exteriorizados; y cuando se los exterioriza, se convierten en "causa" aunque se trate de razones personales y contingentes. De tal manera, en la opinión de este autor, la causa-fin no es hueca e invariable (como lo era para *Domat*), cuando los motivos, por haberse exteriorizado, alcanzan categoría causal⁵⁰.

Las divergencias doctrinarias existen también a propósito de cómo reguló la cuestión el Código Civil, especialmente a través de los arts. 499 a 502. Pueden distinguirse estas líneas de opinión:

⁴⁸ ATILIO ANIBAL ALTERINI - OSCAR JOSÉ AMEAL - ROBERTO M. LÓPEZ CABANA, obra citada en nota N° 46, Tomo I, p. 60.

⁴⁹ Idem nota anterior, p. 61.

⁵⁰ Conforme obra citada en nota N° 48, págs. 61/62.

a) para *Llerena* todos esos preceptos se refieren a la causa-fin;

b) para otros —los llamados “anticausalistas”— todos ellos se refieren a la causa-fuente; así opinan *Salvat, Galli, Risolia, Spota, Boffi Boggero, Llambias, etc.*; esta corriente entiende, en general, que los problemas de la finalidad son resolubles por medio de la teoría del objeto, pero “en el terreno de la pureza técnica” admiten que hay diferencias entre ambos conceptos;

c) otra línea de opinión —los llamados “causalistas”— estima que los arts. 500, 501 y 502 se refieren a la causa-fin; así lo sostienen *Machado, Colmo, Lataille, De Gaspari, Busso, Borda, Videla Escalada*;

d) a su vez *Cordetiro Alvarez* sostiene que los arts. 499, 500 y 501 conciernen a la causa-fuente y solamente el art. 502 a la causa-fin ⁵¹.

Cualquiera sea la posición que se adopte respecto del tema de la “causa” en sí, y la interpretación que merezca la regulación dada en el Código Civil, cuestión sobre la cual no me extenderé por no ser el propósito central de este trabajo, y mucho menos el de este apartado en particular, lo cierto es que un vasto sector de la doctrina está convencido de que la causa-fin es el camino que habilitaría la resolución o mutación del contrato ante la frustración de sus fines. Ello por cuanto se sostiene que, cuando se alude al “fin del negocio”, se está refiriendo a la “causa fin” del acto jurídico, y que —consecuentemente— decir que “el fin del negocio se frustró” es lo mismo que aseverar que se quedó “sin causa” ⁵².

Ante el interrogante de si el tema de la causa-fin tiene que ver con la frustración del contrato, *Jorge Mosset Iturraspe* responde que: “Estamos convencidos que sí...” ⁵³.

El autor citado recuerda la exposición que *Federico Videla Escalada* hace sobre el tema, algunos de cuyos párrafos por su claridad conceptual merecen ser rescatados. En tal sentido, sostiene que: “hay que integrar el contrato a lo largo de toda su proyección jurídica: no es sólo un acto de concordancia de voluntades que se realiza íntegramente en el momento en que se produce la coincidencia, sino que tal coincidencia tiene una razón de ser, recién alcanzada por las partes cuando se han realizado los efectos que al ponerse de acuerdo contemplaron como finalidad buscada por ellos” ⁵⁴.

Continúa diciendo que “creo que esto —la integración o enriquecimiento del contrato— concede particular relieve a la inclusión de la causa o finalidad entre los elementos esenciales del contrato, que conforman la voluntad de los sujetos del acto. Si sólo se exige, como requisito esencial, que el sujeto manifieste su voluntad en la formación del contrato, lo cual se satisface con el requisito del consentimiento válido, es evidente que cuando las partes intercambiaron su voluntad en tal sentido, este elemento se encuentra presente y que nada puede afectarlo con posterioridad. Muy diferente ... es la solución si se pondera a la voluntad de los contratantes en un doble plano: por una parte, en su manifestación para formalizar el contrato, es

⁵¹ Conforme lo expuesto en obra citada en nota N° 48, págs. 62/63.

⁵² ROBERTO H. BREBBIA, bibliog. citada en nota N° 1, punto IV, págs. 881/882.

⁵³ Conforme obra citada en nota N° 7, p. 63.

⁵⁴ Conforme transcripción efectuada por JORGE MOSSET ITURRASPE en obra citada en nota N° 7, p. 63.

decir, en el consentimiento y, por otra, en la consideración de la finalidad que procura alcanzar mediante la celebración del acuerdo, finalidad que no puede faltar en ningún ser humano que realiza un acto voluntario. El contratante tiene en mira el fin desde antes de decidirse a contratar, está en su mente y decide su manifestación de voluntad y constituye, por ello, un elemento esencial para juzgar la eficacia del acto”⁵⁵.

No cabe duda que para *Videla Escalada* la “causa” es el remedio a la frustración del contrato, cuando con total claridad conceptual afirma que: “la frustración tiene como fundamento la consideración de la finalidad de los contratos, o sea, su causa fin, como elemento esencial de los mismos”; de ahí que “una correcta ponderación del significado, el concepto y el funcionamiento de la causa, provea la vía a través de la cual puede encontrar —la frustración— aplicación en nuestro ordenamiento jurídico”⁵⁶.

Ensayo un concepto sobre qué debe entenderse por frustración, cuando afirma: “... para que haya frustración de un contrato, éste debe haber sido inicialmente válido, tratarse de un contrato bilateral, en que la finalidad perseguida por cada una de las partes haya sido conocida por la otra; que esa finalidad, fundamental en la determinación de la voluntad de alguno de los contratantes, no haya podido ser lograda y que esa falla sea producida por alguna razón externa y ajena a la voluntad de las partes”⁵⁷.

Videla Escalada revive la concepción “dualista” que un sector de la doctrina moderna le adjudica a la “causa”, “... a través de la distinción entre la causa genética o abstracta, concretada en la finalidad típica de cada figura contractual —todo comprador tiene la finalidad de obtener el dominio de una cosa a cambio de pagar un precio y todo vendedor tiene la finalidad de lograr la propiedad de esa suma de dinero contra la transferencia del dominio sobre una cosa— y la finalidad específica o concreta, que cada contratante tiene en mira al celebrar un contrato”. Y agrega: “En algunos supuestos esos fines personales —incorporados al contrato expresa o tácitamente— se identifican con los motivos de la parte contratante y pueden revestir la calidad de causa final, como elemento esencial del contrato celebrado”⁵⁸.

Culmina afirmando que: “Pero si el fin personal fue incorporado al contrato — el fin específicamente perseguido por cada contratante al celebrar el contrato, o sea los motivos admisibles para el Derecho, que hayan sido determinantes del sujeto— la situación varía, pues fue un elemento tenido en consideración por todas las partes contratantes y pasó, por ello, a tener relevancia jurídica. Esa situación es, precisamente, la característica del funcionamiento de la frustración del contrato. Esa finalidad es la que no se alcanza cuando la convención se frustra y, ante la falta de un elemento esencial, debe producirse la consiguiente extinción de todos los efectos del contrato”⁵⁹.

⁵⁵ Idem anterior, transcripción que surge de nota de pie de página N° 21, págs. 63 y 64.

⁵⁶ Conforme transcripción efectuada por JORGE MOSSET ITURRASPE en obra citada en nota N° 7, p. 64.

⁵⁷ Idem nota anterior.

⁵⁸ Idem nota anterior, p. 64 y 65.

⁵⁹ Conforme transcripción efectuada por JORGE MOSSET ITURRASPE en obra citada en nota N° 7, p. 65.

Esta posición fue receptada en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: "1. Por mayoría: La frustración del contrato es capítulo inherente a la causa, entendida ésta como móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes han tenido en vista al momento formativo del negocio".

En las citadas Jornadas, se redactó un despacho en disidencia, numerado como 1.b. que reza: "La frustración del fin del contrato debe ser concebida sin recurrir a la noción de causa y se funda en el fin que integra inequívocamente el contenido contractual y por ende se refleja en su sinalagma genético".

Tomando como punto de partida el concepto dual de la noción de "causa", que con tanta precisión explica *Videla Escalada*, cuando estableciendo —por lo menos a mi modo de ver— una relación de género a especie, nos distingue a la "causa genética o abstracta", que late en cada figura contractual y nos remite a su "finalidad típica", de la "causa específica o concreta", entendida ésta como el "fin subjetivo", el resultado empírico o práctico que cada contratante persigue alcanzar con la celebración del negocio, los que de resultar incorporados —expresa o tácitamente— al sinalagma contractual adquieren relevancia jurídica, erigiéndose como la "causa fin" de la relación obligacional entablada, no avizoro la realidad de la disidencia plateada al despacho de la mayoría.

Sostener que la frustración del fin del contrato se funda "... en el fin que integra inequívocamente el contenido contractual y por ende se refleja en su sinalagma genético", en mi opinión, nos conduce necesariamente al concepto de "finalidad específica o concreta", más precisamente, a la idea de causa fin de la que nos habla *Videla Escalada*, y —consecuentemente— siguiendo esta línea argumental la frustración del fin del contrato no dejaría de ser un capítulo inherente a la causa "fin" del negocio concertado.

VI. LA TEORÍA DE LA FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO Y LA REGLA CONTENIDA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ART. 1198 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1198 del Código Civil, primer párrafo, reza: "los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión".

Esta es otra de las vías que se ensaya para habilitar en el sistema de nuestro Código Civil la resolución o mutación del contrato ante la frustración de sus fines, por cuanto se postula que la norma transcrita podría tomarse como punto de partida para tener por recepcionada la teoría de las bases subjetiva y objetiva del negocio en nuestro ordenamiento jurídico. *Mosset Iturraspe*, sin dejar de tomar partido por la consagración explícita y clara del tema, para evitar debates inacabables sostiene que: "Dejando de lado los desarrollos sobre la *causa* y sobre los *impedimentos relativos*, ... la cantera inexplorada la ofrece la parte 1ª. del artículo 1198..."⁶⁰.

Hugo Alejandro Acciarri y *Silvia Andrea Bonfazi* abordaron el estudio del

⁶⁰ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 7, p. 113.

tema ⁶¹. Ponderan que, encuadrando el problema de la frustración del fin del contrato en el artículo 1198, la cuestión parece tornarse más accesible. Esta vía argumental les resulta más persuasiva, en base a su mayor flexibilidad ⁶².

En primer término, parten de la consideración de que la regla actualmente vigente no puede entenderse menos amplia que la derogada en 1968, que admitía la inclusión dentro del núcleo normativo del contrato de las consecuencias virtuales. La nueva norma no sólo acoge tales consecuencias sino que, además, goza de la particularidad de que brinda una pauta para identificarlas, siendo aquéllas que las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión. Por lo tanto, entienden que parece inexcusable que es "consecuencia virtual o implícita" de los contratos, según su actual visión de instrumentos jurídicos con finalidades económicas, la necesidad de su revisión, ante la alteración grave de las bases del negocio. Avala la interpretación apuntada la circunstancia —metodológica— de ser el mismo artículo comentado —1198— el que acoge otra de las especies derivada, al igual que la doctrina de la frustración del fin, del problema generado por la modificación de la base objetiva del contrato, cual es la hipótesis de excesiva onerosidad sobreviniente ⁶³.

En suma, arriban a la conclusión de que la admisión por nuestro derecho del concepto general de bases del negocio, dentro de su contenido natural, no parece discutible. Desde este horizonte, no resulta necesario acudir sobre el punto al concepto de "causa", dado que la sola ruptura de tales bases constituye fundamento suficiente del instituto. Más aún, resulta contradictorio sostener que la teoría de las bases del negocio explica el instituto pero que su funcionamiento práctico se fundamenta en la teoría de la causa. La teoría de las bases del negocio resulta, respecto de la problemática de la frustración del fin, una superación, dentro de la misma línea, de la doctrina de la causa ⁶⁴.

VII. LA FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO COMO CAPÍTULO INHERENTE AL CONSENTIMIENTO

No hay contrato sin la concurrencia de los requisitos o elementos esenciales exigidos por la ley con carácter imperativo, bajo sanción de nulidad, a saber: consentimiento, objeto y causa ⁶⁵.

El consentimiento es el "acuerdo de voluntades" mentado en el artículo 1137 del Código Civil, que expresamente reza: "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.

Savigny ha dicho "Es preciso... tener en consideración el objeto de la voluntad. Si, pues, dos personas acuerdan sostenerse mutuamente por sus

⁶¹ HUGO ALEJANDRO ACCIARRI y SILVIA ANDREA BONIFAZI, bibliog. citada en nota N° 31, punto IV, págs. 816/817.

⁶² Idem nota anterior, párr. 5° y 6°, p. 817.

⁶³ Idem nota anterior, párr. 6°, 7°, 8° y 10°, p. 817.

⁶⁴ Conforme bibliog. citada en nota N° 61, párr. 11° y lo expuesto en nota de pie de pág. N° 15, p. 817.

⁶⁵ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 7, p. 59.

consejos en la adquisición de una ciencia, o de un arte, sería impropio dar a este acuerdo el nombre de contrato, porque en este caso, la voluntad no tiene por objeto una relación de derecho". *Frettas* es más claro en la materia; dice que "... habrá contrato, cuando dos o más personas acordasen entre si alguna obligación u obligaciones recíprocas a que correspondan derechos creditorios"; es decir, que una de las partes se constituye deudora, y la otra en acreedora. *Maynz* dice que "contratos son aquellas manifestaciones de voluntad, que tienen por objeto crear o extinguir obligaciones" ⁶⁶.

El artículo 1144 del Código Civil nos responde al modo, al cómo debe exteriorizarse el acuerdo de voluntades mentado en el artículo 1137 para que haya contrato. En tal sentido establece: "El consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra".

Tal como lo observa *Mosset Iturraspe*, el consentimiento es contemplado en su formación de un modo estático; se ignoran los momentos anteriores, el camino al acuerdo, las conversaciones preliminares, el intercambio de palabras entablado como instancia previa a la formulación de la oferta o propuesta. También se ignoran los momentos posteriores al acuerdo, es decir, si durante la vida del contrato el acuerdo de voluntades se mantiene tal como se manifestó en la formación del negocio, o bien si el virtual cambio de las circunstancias tenidas en mira al contratar hacen que la subsistencia del negocio implique contradecir, desvirtuar, enervar, lo querido, lo "consentido" por los contratantes ⁶⁷.

En palabras del jurista mencionado "acontece que se ha silenciado el *consentimiento implícito* denominado *consentimiento de subsuelo*" ⁶⁸. En otros términos, se ha delimitado el "acuerdo" exigido por la ley a la expresión del acto voluntario de obligarse, de un modo estático, inmovilizado, desechando las circunstancias que sirvieron de marco, las motivaciones tenidas en consideración por los contratantes para llegar a la concreción del negocio, y en resumidas cuentas, los resultados empíricos perseguidos con el mismo. El artículo 1148 del Código Civil establece: "Para que haya promesa, ésta debe ser a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, *con todos los antecedentes constitutivos de los contratos*".

En lo atinente a "los antecedentes constitutivos de los contratos" y el debate que la norma ha suscitado, la doctrina mayoritaria ha sorteado la polémica sosteniendo que los "antecedentes" aludidos no son otros que los "requisitos" generales y los particulares de cada figura típica ⁶⁹.

En cambio, para *Mosset Iturraspe* el artículo 1148 permite otra interpretación. Consecuentemente se pregunta: "¿por qué no considerar que se trata de explicitar *todo lo que llevó a las partes a consentir*, los motivos determinantes y los fines económicos, puesto que ambos integran los *antecedentes* del negocio? La objeción deviene de la exigencia, en la versión literal, de que tales antecedentes formen parte de la oferta, sean aludidos en ella. Ocurre, a nuestro parecer, que los hombre de

⁶⁶ Conforme transcripción que surge de la nota de Vélez Sarsfield al artículo 1137 del Código Civil, Editorial Zabalía, año 1976, p. 270.

⁶⁷ Idem nota N° 65.

⁶⁸ Idem nota N° 65.

⁶⁹ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 7, p. 60.

Derecho, en la Argentina y otros países de base romanizada, nos hemos acostumbrado a redactar contratos callando los *antecedentes*, los constitutivos y los que llevaron a su celebración. Vamos, directamente, a la explicitación de las cláusulas que contienen los deberes y los derechos de las partes. Desde una óptica realista tanto es *constitutivo* mencionar el precio y la cosa vendida, en el contrato de compraventa, como señalar cuáles son los motivos que determinan a las partes a comprar y vender, cuáles las circunstancias económicas que rodean el negocio, cuáles las esperanzas o expectativas, etcétera”⁷⁰.

El Proyecto de Unificación de 1987 deroga el artículo 1148 y, en su lugar, propone al 1147: “Para que haya oferta el oferente debe: 1) realizar una manifestación que razonablemente, y de acuerdo con los usos y costumbres y las circunstancias del caso, indique la intención de obligarse en razón de ella; 2) dirigirla a persona determinada o determinable; 3) contener las precisiones necesarias para individualizar las obligaciones que resultarán en caso de ser aceptadas”.

Cabría preguntarse si el apartado 1) de la norma proyectada contempla el “consentimiento implícito o de subsuelo”, tal como lo ha denominado *Jorge Mosset Iturraspe*. Entiendo que, al menos, la “manifestación” requerida debe indicar la intención de obligarse en función de ella, debiendo ser interpretada atendiendo a los usos y costumbres del lugar y a “las circunstancias que rodearon al caso”.

De forma tal que, de acuerdo al texto proyectado, a los ojos del intérprete “lo consentido” no debería ceñirse a lo expresado literalmente, puesto que desde el horizonte de esta norma “la intención de obligarse” debe ser entendida —razonablemente— en forma consustanciada con los usos y costumbres, y en especial con las circunstancias del caso que, a mi modo de ver, no son otra cosa que el escenario fáctico y los motivos tenidos en mira por los contratantes; elementos que objetivamente determinan la voluntad de concretar el negocio.

Desde esta óptica, el consentimiento dejaría de ser un concepto “estático” para pasar a ser un concepto “dinámico”. En su continente quedan comprendidas no sólo las “palabras” volcadas en el instrumento, sino los antecedentes que sirvieron de marco referencial.

Entonces me pregunto si en este contexto, ante una alteración grave de las “circunstancias del caso”, que conlleve —como consecuencia inmediata— la frustración de los resultados prácticos perseguidos con el negocio, puede sostenerse la insoslayable vigencia de las obligaciones pactadas. Sobre la base de este marco normativo, desde que “lo consentido” estaría “presuponiendo” la subsistencia de las “circunstancias” particulares imperantes al momento de delinearse la concertación de la relación contractual, —desde ya— entiendo que no.

Por último, cabe destacar que en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, precedentemente aludidas, se redactó un despacho en disidencia, numerado bajo el número 1.a cuyo texto dice: “La frustración del fin no en todos los casos alude a la causa, enmarcándose más bien en el respeto al consentimiento de los contratos como una causal objetiva vigente”.

Decir que la frustración del fin puede encuadrarse en el “respeto al consenti-

⁷⁰ Idem nota anterior.

miento” nos remite a un concepto que se aparta de la postura tradicional que ha sostenido que los contratos se “hacen” para ser cumplidos, y que —por ende— el acatamiento de la “palabra empeñada” resulta inexorable, ello por cuanto desde esta óptica el consentimiento es el acuerdo de voluntades que se exterioriza en la declaración, y la declaración ha de merecer una interpretación gramatical o literal. Admitir que la “finalidad del negocio puede verse malograda” —capítulo inherente a la patología del contrato— supone la alteración de la base objetiva del negocio, y que el acto voluntario de obligarse debe ser necesariamente interpretado en el juego dinámico de esta ecuación.

VIII. AMBITO DE APLICACION DE LA TEORIA DE LA FRUSTRACION

En la doctrina, se ha sostenido la aplicación analógica del artículo 1198, apartado 2º del Código Civil, referido a la teoría de la imprevisión⁷¹; consecuentemente el ámbito de aplicación de la frustración del fin del contrato estaría configurado por: los contratos bilaterales conmutativos, los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada y —por último— los contratos aleatorios.

Hay prestación diferida cuando su cumplimiento está sujeto a término; es decir, cuando entre el momento de la celebración del contrato y el de ejecución, se ha fijado un plazo⁷².

Son contratos de ejecución continuada, llamados también contratos de duración o de tracto sucesivo o periódico, aquéllos que están destinados por voluntad de las partes a surtir efectos durante un lapso más o menos prolongado “precisamente porque el cumplimiento de las prestaciones a lo largo del tiempo es el presupuesto necesario para que el contrato produzca el efecto requerido por las partes y satisfaga las necesidades tenidas en vista por ellas”. Los contratos de tracto continuado o periódico se dividen en dos categorías: a) contratos en los cuales la prestación es única, pero se prolonga sin interrupción en el tiempo (vgr. locación de cosa); b) contratos en los cuales las prestaciones se ejecutan separadamente en fechas establecidas (vgr. renta vitalicia), o bien en forma intermitente (vgr. apertura de créditos en cuenta corriente)⁷³.

En las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil el tema recibe el siguiente tratamiento: “III. Ambito de aplicación. 1. Por mayoría: la frustración del fin del contrato se desenvuelve en el marco de los contratos bilaterales, de ejecución diferida, o de tracto sucesivo. 2.a) Disidencia: Añaden a los bilaterales, los unilaterales y onerosos. 2.b) Disidencia: Añaden también los contratos aleatorios. 2.c.) Disidencia: Añaden también los contratos gratuitos”.

Sin perjuicio de las disidencias planteadas alrededor del tema, cabe destacar que, tanto en el ámbito académico como en las Jornadas de Derecho Civil comentadas, se ha excluido la aplicación de la “teoría de la frustración del fin” respecto de los contratos de ejecución instantánea, también llamados de “cambio”.

⁷¹ ROBERTO H. BREBBIA, bibliog. citada en nota N° 1, punto VI, ps. 883/884, párr. 2°.

⁷² Idem nota anterior.

⁷³ Conforme bibliog. citada en nota N° 71, párr. 3°.

cuya característica es que sus efectos se agotan en la entrega de la prestación y contraprestación pactada por los contratantes.

IX. EFECTOS JURÍDICOS DE LA FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL NEGOCIO

1. La frustración como hipótesis de resolución del contrato

En las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, sobre el particular se sostiene: "IV. Efectos. 1. La frustración del fin del contrato en tanto importa la desaparición de la causa, sirve de presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria. 2. La resolución importará: a) que las prestaciones cumplidas por una de las partes, antes de producido el acontecimiento frustrante, serán repetibles, con excepción de los gastos realizados por la otra, en la medida de su relación causal con la prestación a su cargo; b) que las prestaciones cumplidas y equivalentes en los contratos de ejecución continuada o periódica, de carácter divisible, se tendrán por firmes. 3. Por mayoría: no es factible la revisión del contrato pues al haber desaparecido los móviles (causa impulsora) que determinaron a una o a ambas partes a contratar, al acto le faltaría un elemento estructural, la causa, que es precisamente la que sirve de soporte a la prestación malograda..."

Como resulta evidente, la postura mayoritaria asigna al instituto que estamos tratando, efectos resolutorios. La posición encuentra fundamento en el hecho de que si la frustración del fin del contrato importa la desaparición de la causa, no queda otro camino que la resolución puesto que no puede haber revisión de un contrato que ha perdido virtualidad jurídica por la desaparición de uno de sus elementos esenciales.

En síntesis, si falta la causa no hay contrato y sólo puede demandarse su resolución. Cualquier nuevo acuerdo importa, en realidad, un nuevo contrato.

Consustanciado con esta postura, *Roberto H. Brebbia* sostiene: "Las circunstancias sobrevinientes que determinan la falta de causa del negocio, y por ende, su extinción, hacen aplicables al caso, por analogía con lo dispuesto en el art. 1198 del Cód. Civil, las normas que rigen la condición resolutoria (art. 553 y sgtes. Cód. Civil). Las circunstancias sobrevinientes —Imprevisibles y extraordinarias— que alteran la base objetiva del negocio, constituyen el "hecho incierto y futuro" a que alude el art. 553 del Cód. Civil determinante de la resolución del contrato. Esta solución... es también la que en el derecho comparado consagra la Law Reformed Act. (*frustrate contracts*) de 1943, inglesa... y del art. 1463 CC italiano vigente. Difiere en cambio, con la tesis establecida en los Casos de la Coronación, en los que se declaró *congeladas* las prestaciones ya efectuadas o devengadas, liberando para el futuro a las partes de la obligación de realizar nuevas prestaciones. Esta es la posición que adopta *Esper Sanz*... y considera aplicable en el derecho español"⁷¹.

"La resolución del negocio tiene efecto retroactivo al día que se contrajo la relación jurídica (art. 543, Cód. Civil). En consecuencia, las partes

⁷¹ ROBERTO H. BREBBIA, bibliog. citada en nota N° 1, punto VIII, págs. 884/885, párr. 1° y nota de pie de pág. N° 32.

deberán devolverse lo entregado por razón del contrato, excepto los frutos (art. 557, Cód. Civil). En la compraventa, el vendedor queda obligado a reembolsar al comprador el precio recibido, con los gastos de entrega de la cosa y el valor de las mejoras no voluptuosas (art. 1383, Cód. Civil); y el comprador deberá devolver la cosa con sus accesorios (art. 1385, Cód. Civil). En los contratos de duración o tracto sucesivo, si al acaecer la resolución ha habido cumplimiento parcial de las prestaciones por una de las partes (vgr. pago de parte del precio total del arrendamiento), ésta podrá solicitar la devolución de lo entregado o pagado, si no hubiere recibido el uso y goce de la cosa antes de la resolución”⁷⁵.

“Cuando el contrato se frustra por circunstancias externas a las partes sin que medie culpa de ninguna de ellas, el riesgo proveniente de dicha ruptura debe ser compartido por ambas partes en materia de responsabilidad civil... La parte a la que es opuesta la frustración sufrida que no permite alcanzar la finalidad perseguida, tendrá derecho a retener del importe que debe devolver, los gastos realizados para cumplir el contrato: proyectos, planos, estudios, arreglos materiales en la cosa objeto del contrato que no sean útiles para otro fin., etc.; vale decir, el interés negativo, sin comprender el lucro cesante... El fundamento de esta obligación de resarcimiento se encuentra también, a nuestro criterio, en el principio de retroactividad impuesto por la ley, que no sólo comprende la devolución de lo recibido en razón del contrato por las partes, sino que va más allá todavía en cuanto obliga a dejar, en la medida de lo posible, a los contratantes, en las situación en que se encontraban antes de la celebración del negocio”⁷⁶.

2. La frustración como hipótesis de revisión del contrato

En contra de la postura desarrollada en el punto anterior, cierto sector de la doctrina brega en favor de la revisión del contrato, cuya finalidad se ha visto repentinamente malograda por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta al momento de su celebración (base objetiva del negocio).

Para *Alejandro Borda* la frustración del fin del contrato como hipótesis de resolución exclusivamente, constituye una tesitura un tanto rígida, atendiendo especialmente a la complejidad y multiformidad de las relaciones negociales del mundo moderno⁷⁷.

La tesis que auspicia la revisión del contrato en caso de producirse la frustración del “fin” se manifiesta —asimismo— en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, a través del despacho en disidencia designado con el número 3.a. que expresamente reza: “La frustración del fin del contrato puede dar lugar a la revisión”.

En dicha reunión se usó el siguiente ejemplo: un grupo de personas, con la

⁷⁵ Idem nota anterior, párr. 2º y 3º.

⁷⁶ Idem nota Nº 74, párr. 4º y 5º.

⁷⁷ ALEJANDRO BORDA. *La frustración del fin del contrato*. Revista Jurídica Argentina LA LEY Tomo 1991-E. Sección Doctrina. Punto III, p. 1450-1454.

intención de esquiar, contrata con una empresa de turismo una excursión a Bariloche. Sucede que falta nieve en el lugar elegido para el viaje y la firma —que conoce la finalidad de aquél— ofrece a cambio otro destino con la seguridad de que allí ha nevado y por ende los turistas podrán cumplir con la finalidad perseguida de esquiar ⁷⁸.

Ante tal situación, la posición mayoritaria se inclinó por la solución de que para modificar el destino de la excursión resultaba necesario formalizar un nuevo contrato; el primero quedaba resuelto porque —a raíz de la frustración del fin contractual— el negocio había quedado privado de uno de sus elementos esenciales, a saber: la causa ⁷⁹.

Va de suyo, que tal solución no se compadece con la posición adoptada por la minoría, desde que han considerado viable la revisión.

En palabras de *Alejandro Borda*, el error de dicha conclusión radica en que sólo se ha considerado la dimensión subjetiva de la causa y se ha olvidado su dimensión objetiva. Más precisamente, sólo se ha tenido en cuenta “el motivo determinante” y no la “finalidad económico-social del contrato”. Siguiendo con el ejemplo elegido, cabe destacar que se ha planteado la necesidad de dilucidar si el “objeto contractual” era “el viaje a Bariloche” o “la práctica del esquí”. Si era este último, el contrato debía mantener su validez porque no tenía trascendencia el “lugar” donde debía llevarse a cabo la práctica deportiva en cuestión, sino que la misma pudiera realizarse. Si —por el contrario— el objeto del contrato era viajar a Bariloche, la frustración de la “finalidad determinante” —esquiar—, en la medida que haya sido conocida y aceptada por la contraparte y —por ende— comprendida en el sinalagma contractual, permitía —desde esta óptica sobre el tema— perfectamente sostener la revisión del negocio celebrado, ofreciendo otro destino alternativo para que pudiera cumplirse con la finalidad mentada. En sí, la finalidad económico-social del contrato podía cumplirse aunque más no sea prescindiendo del lugar elegido primitivamente. Claro está que si lo que motivaba el viaje era “viajar a Bariloche y allí esquiar”, ante la falta de nieve el contrato debía ser resuelto ⁸⁰.

La exégesis de esta línea argumental podría resumirse en torno a que, en aras de privilegiar la finalidad económico-social que indudablemente cumple el contrato en nuestra comunidad, siempre que pueda conservarse el negocio debe favorecerse esta solución ⁸¹.

Revisar un contrato al decir de Jorge Mosset Iturraspe es: “... volver a verlo, a estudiarlo, en conveniencias y perjuicios, ventajas y riesgos” ⁸².

La revisión del contrato puede introducirse como función propia del Estado, a través de la labor del Poder Judicial, o bien ser producto de la propia actividad de los celebrantes (autorrevisión de las partes).

⁷⁸ Idem nota anterior, conforme párr. 5º.

⁷⁹ Idem nota anterior.

⁸⁰ Idem nota N° 77, párr. 4º, 6º y 7º.

⁸¹ Idem nota N° 77, párr. 8º.

⁸² JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 7, p. 117.

A. La revisión judicial

La revisión por los jueces, como tantos otros temas jurídicos importantes, requiere una toma de posición acerca de la función del Estado, su rol frente a la comunidad y principalmente en lo atinente a los acontecimientos vinculados a la vida económica y al mundo jurídico ⁸³, en la medida que la "ley" es el instrumento por medio del cual la sociedad establece sus reglas de convivencia.

En general, la revisión de los contratos por los jueces genera rechazo para quienes propugnan la existencia de un Estado gendarme, el estado del "... dejar hacer, dejar pasar...". Se trata del Estado en el que el intercambio económico se encuentra librado a las leyes del mercado, y en su ámbito los particulares hacen y deshacen en la vida comercial sin que el Estado pueda entrometerse. Al decir de Montesquieu, bajo estas reglas los jueces son sólo "una boca" que repite, al pie de la letra, las palabras de la ley. En cambio, para quienes propugnan un Estado intervencionista, es decir, un Estado que irrumpe en la vida de los ciudadanos, arbitrando en el desequilibrio que puede devenir del libre juego de las leyes del mercado, atemperando —en suma— la desigualdad social y económica que éstas pueden generar en aras de construir, tal como se ha sostenido, una sociedad más justa, aceptan como rol propio de los jueces la revisión de los contratos que por diversas circunstancias se han visto desquiciados, concibiendo a la función jurisdiccional como la tarea de hacer el derecho del caso, aceptando que la resolución se construya en función de las particularidades que lo rodearon y, fundamentalmente, reconozca su fuente de inspiración en el principio de equidad ⁸⁴.

Entonces, no pueden haber dudas acerca del juicio disvalioso con que la tesis tradicional, clásica o decimonónica (tal como la califica *Jorge Mosset Iturraspe*) evalúa la posibilidad de la revisión de los contratos por los jueces ⁸⁵.

El autor mencionado sintetiza los argumentos utilizados por la concepción tradicional, para pronunciarse en contra de la *revisión judicial*, de la siguiente manera:

"a) Intromisión del Estado. La juzga como una intromisión en algo que es ajeno al Estado, en cuyo nombre actúan los jueces; como un ataque a garantías constitucionales, en la medida en que atenta contra la libertad de contratar y menoscaba el derecho de propiedad que las partes han adquirido, sobre las prestaciones nacidas del contrato. Ve en ella... un afán irracional por corregir las estipulaciones libremente concertadas entre dos hombres libres y capaces, contradiciendo lo hecho, arrogándose facultades que son exclusivas y excluyentes de quienes han concurrido a formalizar el negocio.

b) Igualdad y libertad. Como lo sostiene Vélez, conspicuo defensor de este pensamiento: "... dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos

⁸³ JORGE MOSSET ITURRASPE. *Contratos en dólares...*, Ediciones La Rocca, año 1990, págs. 21 / 22, conforme nota de pie de página.

⁸⁴ Idem nota anterior.

⁸⁵ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 83, p. 22.

permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos”.

c) Inmoralidad, deshonor. Como si esto fuera poco, se agrega que el pretender la revisión, por quien antes empeñó su palabra, prometió cumplir y suscribió el negocio, configura una inmoralidad, un deshonor, una falta muy grave, que descalifica a quien procede de esta manera. Acorde con esta concepción, el art. 1197 (Cód. Civ.), en su redacción originaria, no alterada hasta el presente, dispone: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma” ⁸⁶.

Siguiendo la línea argumental del autor citado, a su juicio, en la vereda opuesta se colocaría “las tesis solidarista”, cuyos postulados recoge señalando: “Los argumentos precedentes, de respeto a la palabra empeñada, a lo acordado libremente, siguen siendo la regla, en los tiempos actuales, frente a una concepción del derecho más justa y solidarista, recogida por la reforma de la ley 17.711, de 1968; empero, ese atenerse a lo acordado coexiste ahora con posibilidades plurales de revisión, supuestos excepcionales, fundados en razones que consideramos irrefutables” ⁸⁷.

El tratadista desarrolla los argumentos a favor de la revisión judicial de los contratos, a través de los siguientes puntos:

“a) Injusticia de lo acordado; necesidad de equilibrio. Lo declarado no es siempre justo. Y la justicia es de la esencia del contrato. Ella se traduce, en los onerosos, en la situación de equilibrio: lo entregado debe ser de un valor similar a lo recibido. Los bienes o servicios se entregan o se reciben por su valor. El contrato no es otra cosa que el intercambio justo. De esta manera lo enseñaban los juristas romanos y la mejor tradición jusfilosófica”. *Mosset Iturraspe* cita la obra de *Michel Villey* y agrega: “para este eminente jusfilósofo francés, el contrato basado en el acuerdo sobre una declaración común (nuestro art. 1137), que margina la justicia y privilegia el pacto, es la obra de los filósofos racionalistas del siglo XVII, cuyo saber era grande en filosofía y escaso en derecho. Se aparta, por ende, de la mejor tradición y de las enseñanzas del jusnaturalismo clásico”.

“b) El diferente “poder de negociación”. Lo declarado no es siempre justo, por muy variadas razones, que pasan indudablemente por las fallas en la libertad y en la igualdad de las personas. No es verdad que todos los argentinos somos iguales, ni menos aún libres, a la hora de la contratación. Las necesidades insatisfechas, las carencias, la inseguridad, la falta de medios, van marcando desigualdades en nuestra comunidad. Y es una manera odiosa de discriminar aquélla que consiste en tratar igual a los desiguales, considerar iguales ante la ley a quienes están en situaciones muy diferentes... Y la posesión de riquezas, la acumulación de bienes, hace que existan, frente a tantos débiles o menesterosos, hombres fuertes, poderosos, con un importante poder de negociación, que hecho valer a la hora de la contratación inclinará la balanza a su favor”.

⁸⁶ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 83, págs. 22/23.

⁸⁷ Conforme obra citada en nota N° 83, p. 24.

“c) Los contratos predispuestos; las cláusulas abusivas. Todo ello se vuelve muy visible en la contratación predispuesta, sobre la base de cláusulas generales prerredactadas por una de las partes —el predisponente—, que la otra parte sólo puede aceptar o rechazar, estando vedada la discusión. Rechazar, privándose de bienes o servicios que sus necesidades requieren pungentemente, o bien aceptar, convalidando el aprovechamiento, diciendo sí a cláusulas abusivas, leoninas o vejatorias, a la contratación en desequilibrio, a la usura, pagando mucho por aquello que vale poco o recibiendo un precio vil, a cambio de sus bienes o servicios. El cuadro se completa si reparamos, por un lado, en que no es verdad que el hombre sea libre de contratar o de no hacerlo; puesto que, impellido por sus necesidades, debe, fatalmente, llegar a la contratación. Y, por otro lado, que tampoco es cierta la libertad de elegir con quién contratar, en tanto muchos bienes y servicios sólo se ofrecen monopólicamente u oligopólicamente. Y si bien es cierto que hay bienes y servicios con ofertas plurales, que permitirían, al menos en abstracto, seleccionar al contratante, la realidad de la vida, de sus urgencias, unida a las distancias, a la necesidad de adquirir a crédito y otras circunstancias similares, lleva a contratar con quien está más a mano, en la cuadra o en el barrio”.

“d) Las situaciones de inferioridad. No se puede repetir, a esta altura de nuestra toma de conciencia sobre la realidad nacional, que quien procede de esta manera es un equivocado, porque comete errores, o un imprudente, porque descuida el cuidado y previsión con los cuales hay que actuar en el tráfico, en la vida de los negocios (art. 1198, 1ª parte Cód. Civ.). Tales proceder, ni erróneos ni imprudentes, son, en buena medida, inducidos, resultados del actuar de la otra parte, del enfrentamiento entre débiles y poderosos, hombres libres y hombres menesterosos; traducen la superioridad de unos y la inferioridad de otros, necesidades, ligerezas o inexperiencias, en la síntesis ejemplificativa del art. 954 del Cód. Civil”.

“e) *Pacta sum servanda; rebus sic stantibus*. Por lo demás, desde siempre —tomando como punto de partida el derecho romano— la *pacta sum servanda* o el respeto a la palabra empeñada, ese sometimiento fiel y estricto a lo acordado, estuvo condicionada al mantenimiento de las circunstancias tenidas en vista al celebrar el contrato, denominado en fórmula feliz *rebus sic stantibus*”.

“f) El cambio de las circunstancias. Cuando las circunstancias tenidas en vista por una u otra de las partes, entendiéndose por la expresión circunstancias las de personas, tiempo y lugar, estado de la plaza, alternativas de la moneda, precio de los bienes y servicios, etc., se hubieran alterado, cambiado, fueren distintas a las originales, contemporáneas a la celebración, mantener inalterado el negocio resultaba una sinrazón. Cambiadas las circunstancias del contrato se imponía la revisión del contrato”.

“g) El desequilibrio sobreviniente. Ello aparece como lógico —además de justo y equitativo—. Las partes no se obligan de una manera ciega, cualesquiera que sean los cambios o las vicisitudes. A cumplir a rajatabla, pasare lo que pasare. La justicia, que debe presidir la celebración, acompaña al contrato durante toda su vida, durante la producción de sus efectos, hasta el agotamiento. Si el contrato nacido justo se vuelve injusto, si el contrato que consagraba un cambio equitativo se torna inequitativo, la revisión se impone. *Pacta sum servanda, pero rebus sic stantibus*”.

“h) El derecho intermedio; el justo precio. La idea romana, expresada por

Cicerón, fue luego replanteada en el derecho intermedio con la teoría canonista del justo precio. Eficaz instrumento para el combate contra la usura —que existe siempre que se contrata en desequilibrio o que se pretende mantener intocado un contrato que se ha tornado desequilibrado, haciendo oídos sordos a la realidad nueva”.

“i) La *presuposición* de Windscheid. Reaparece nuevamente —en un verdadero *corsi e ricorsi*, ya en el derecho moderno— con la denominada teoría de la *presuposición*..., que predica la existencia de una cláusula implícita, no desarrollada, en virtud de la cual las partes se reservan el derecho de plantear la revisión judicial cuando las circunstancias tenidas en cuenta han sufrido una alteración importante, que cambia la ecuación o economía del contrato”.

“j) La *base del negocio jurídico* de Oertmann. Se replantea más tarde, ... con la teoría de la base del negocio jurídico de Oertmann, aceptada y precisada por Larenz en las bases, que denomina *subjetiva* y *objetiva*. La base subjetiva es una representación mental o esperanza de ambos contratantes, por la que ambos se han dejado guiar al concluir el contrato. Y la base objetiva es el conjunto de circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, pueda subsistir como regulación dotada de sentido”.

“k) La situación en el derecho argentino. Ninguno de estos argumentos, mejor dicho ninguna de estas explicaciones de la doctrina universal más calificada, son extrañas a nuestro ordenamiento jurídico, ni al pensamiento de nuestros juristas. Sería aberrante sostener que nuestro art. 1197 rechaza las doctrinas de la *rebus sic stantibus*, del justo precio, de la *presuposición* y de la base del negocio jurídico, para exigir el respeto fiel a la palabra empeñada”.

“l) Las *consecuencias virtuales*. El propio Código de Vélez, en su art. 1198 rezaba: “Los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos”... Sus efectos van más allá de la literalidad, abarcan las consecuencias virtuales. Y ellas no son otras que las tenidas en cuenta por las partes. Queridas pero no declaradas que se encuentran implícitas en el negocio, que forman como la raíz del árbol que existe y lo sostiene pero que no se ve. Entendemos que las consecuencias virtuales no son otras que las bases objetiva y subjetiva que propusiera Larenz”.

“ll) La *causa-fin*. El propio Código de Vélez es causalista, en orden a los negocios jurídicos; admite que éstos deben tener una causa fin (arts. 500, 501 y 502). Y la causa fin, cualquiera que sea la concepción que se tenga de ella, abona la idea de respetar la voluntad de las partes más allá de lo literalmente declarado. Atendiendo a las consecuencias virtuales, a las circunstancias de las que hace mérito el art. 512 y su nota, a la finalidad tenida en vista o economía del negocio”.

“m) Los *motivos determinantes*, la finalidad económico-jurídica; la tesis dualista. Es de esta manera, ya sea que se diga que la causa son los motivos determinantes que llevan a las partes a contratar, tesis subjetiva; que la causa-fin es la finalidad económico-jurídica del negocio, tesis objetiva; o bien que se predique, como lo hacen los dualistas, que es todo lo que decide a los celebrantes a contratar, motivos y fines”.

"n) Las *circunstancias tenidas en vista*. Pensamos que cuando el Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial propone un nuevo texto para el art. 1197 (se está refiriendo al Proyecto de Reformas del año 1987), condicionando el respeto de la palabra empeñada, la fuerza vinculatoria del contrato, al mantenimiento inalterado de las circunstancias tenidas en vista por las partes, o por una de ellas y aceptadas por la otra, no hace sino recoger todo este brillante caudal doctrinario; no hace sino explicitar algo que está ya en nuestro derecho positivo o vigente, algo que se desprende del Código, leído inteligentemente y con la reforma de la ley 17.711".

"ñ) Lo que las *partes entendieron*. El actual art. 1198 fuerza a interpretar los contratos de acuerdo con lo que las partes '...entendieron o pudieron entender'; no dice de acuerdo con lo que ellas declararon, exteriorizaron o explicitaron; va mucho más allá, al entendimiento o comprensión de cada una de las partes. Y, sin lugar a dudas, el mantenimiento de las circunstancias tenidas en cuenta está en el entendimiento implícito; la revisión ante el cambio que desequilibra está en ese mismo entendimiento".

"o) La buena fe contractual. No olvidemos que el art. 1198 vigente atiende primordialmente a la buena fe contractual, que debe presidir cada uno de los momentos del negocio: su nacimiento, su vida y su extinción. Obviamente su interpretación, la averiguación de su sentido y alcance. Y la buena fe objetiva es incompatible con el aprovechamiento de circunstancias sobrevenidas, con la deslealtad al equilibrio entendido y querido, con las conductas probas y honestas. Como la buena fe subjetiva es incompatible con la pretensión de no atender a las apariencias, a lo que se muestra como verdad, que, en ocasiones, es la no alteración de las circunstancias. Y la buena fe es la clave de bóveda de la nueva concepción del contrato".

"p) La integración del contrato. En resumen y síntesis, la revisión judicial, contra lo que se ha predicado durante tanto tiempo y desde una óptica individualista, es la consecuencia necesaria del respeto, verdadero, auténtico, total, a la palabra empeñada...".

"q) Finalidad y economía. El juez que revisa reconstruye el contrato en su integralidad; suma lo entendido a lo declarado, atento a las manifestaciones y probanzas de las partes. Se coloca en el tiempo, en el lugar y en las circunstancias personales de los celebrantes, para rehacer el cuadro total, sin limitaciones ni cortapisas. Mira la economía del tiempo de celebración y la economía que sobrevino; y al decir economía apuntamos tanto a la situación del mercado en el cual nace y se inserta el negocio concreto, como a la situación de ese mismo negocio, su función o finalidad" ⁸⁸.

Mosset Iturraspe, analizando en concreto el ordenamiento jurídico vigente, sostiene que la reforma del año 1968 acató lisa y llanamente la revisión del contrato, con base en tres ideas jurídicas fundamentales:

- 1) el finalismo jurídico, finalismo de la ley y de los derechos subjetivos;
- 2) la buena fe subjetiva y objetiva; y

⁸⁸ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 83, págs. 24/35.

3) un nuevo concepto de la moral negocial, de la ética de las transacciones o del tráfico, muy diferente del imperante en el siglo XIX”⁸⁹.

A criterio del jurista mencionado, la máxima consagración normativa se encontraría plasmada en el nuevo artículo 1071 del Código Civil, segunda parte, que reza: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. De modo tal que: “La revisión es una manera de llegar a esa sanción del abuso, sin la cual la declaración sería meramente teórica, no operativa”⁹⁰.

Por último, concluye que en nuestro ordenamiento jurídico los arts. 954 y 1198, segunda parte, que recogen los postulados de la teoría de la lesión y de la imprevisión, respectivamente, constituyen las dos hipótesis concretas de revisión, en dos momentos claves del contrato, a saber:

a) el de la celebración o momento genético —instituto de la lesión—;

b) por hecho ocurridos durante la vida del contrato, hechos sobrevinientes a la celebración —instituto de la imprevisión—⁹¹.

La revisión judicial del contrato debe tender a tratar de volverlo a su quicio, al equilibrio inicial, a la solución equitativa. Por lo tanto, no se procura la extinción de lo desquiciado, sino la restitución del justo equilibrio. Tampoco se le pide al juez que haga un contrato nuevo, ni se le puede exigir que logre el equilibrio perfecto frente a las nuevas circunstancias; su tarea, más bien, se orientará hacia la interpretación de la voluntad de las partes, tratando de desentrañar lo que ellas hubieran pactado, convenido, de haber conocido anticipadamente la situación sobreviniente de alteración de las circunstancias⁹².

En defensa de los postulados reseñados, *Mosset Iturraspe* afirma: “que no compartimos esta visión pesimista y negativa del rol judicial”⁹³; ello en respuesta a lo sostenido por juristas del sector tradicionalista que poniendo en tela de juicio la actividad revisora del órgano jurisdiccional, dudan sobre la posibilidad real y objetiva de que el juez pueda establecer, por la vía interpretativa, lo que las partes hubieran querido, su intención común, frente a la modificación de las circunstancias imperantes al momento de celebrar el contrato, concluyendo que —por el contrario— lo que se conseguirá con la intervención judicial es la creación de un nuevo contrato, diseñado de acuerdo al leal saber y entender del magistrado que resulte competente para intervenir en la causa. Reflexionando acerca de la visión pesimista y negativa del rol judicial, agrega: “Que la atribuímos a una postura jusfilosófica positivista, desconfiada del papel del juez —limitado a ser ‘la boca que pronuncia las palabras de la ley’—. Y en la especie ‘la boca que repite las cláusulas del contrato’, pero no el creador de la ley, no el rehacedor del contrato. El pesimismo apuntado es hijo de la desconfianza en los jueces, de la

⁸⁹ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 83, págs. 35/36.

⁹⁰ Idem nota anterior, págs. 36/37.

⁹¹ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 83, págs. 37/38.

⁹² JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 7, p. 128.

⁹³ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 7, p. 129.

subalternación de su función, de su ubicación en un rincón oscuro del escenario jurídico”⁹⁴.

Para el jurista mencionado, la actividad del juez en materia de revisión de los contratos consistiría en la realización de un “juicio de equidad”. En tal sentido, sostiene que: “Hay en el Derecho universal una vuelta a la equidad. Una revalorización de ese instrumento idóneo para hallar la justicia concreta, particularizada, del caso juzgado”⁹⁵.

A título de ejemplo, cita como antecedente del Derecho Comparado al artículo 437 del código Civil de Portugal, el cual prevé que la resolución o modificación del contrato, a pedido del perjudicado por los hechos sobrevinientes, se hará “según juicio de equidad”. Para explicar el significado de lo que debe entenderse por “juicio de equidad”, se remite a las reflexiones de De Almeida Santos, quien sobre el particular sostiene: “El acceso del perjudicado —por los hechos sobrevinientes— a la resolución —lo mismo que a la modificación— aparece una vez más identificado con el recelo de conferir a los jueces poderes excesivos. Consideramos infundado este recelo. Los jueces portugueses —podemos añadir que también los argentinos— mal pagos, no siempre prestigiados hasta donde deberían estarlo, sólo por milagro serían todos inteligentes y cultos; pero además de admitir que con una frecuencia confortable son una cosa y otra, debe reconocerse en ellos una virtud, que aparece como una constante, a pesar que los tiempos no son inclinados a ella: son ejemplarmente decentes y honestos. Y ésta es, precisamente, la virtud de oro necesaria a una buena administración del poder de rever los contratos según la equidad... la frecuente apelación a la equidad, en el nuevo Código Civil, constituye el mejor homenaje a la magistratura. La equidad es, como la buena fe, un concepto que suaviza la aplicación de la ley. Representa la priorización de la justicia de cada caso frente a la uniformidad y a la certeza en las soluciones jurídicas”⁹⁶.

Mosset Iturraspe observa en la revisión judicial una ventaja respecto de la “renegociación por las partes”, consistente en la “imparcialidad” que puede esperarse de la intervención estatal, materializada a través de la justicia institucionalizada. Ello, por cuanto en la revisión privada, el diferente “poder de negociación” puede fácilmente conllevar que el acuerdo que emerja del proceso de renegociación sea el fruto de la voluntad de una de las partes; en otras palabras, el resultado de la unívoca voluntad del más fuerte en desmedro de los derechos del más débil⁹⁷.

Posteriormente, el jurista se encarga de dejar bien en claro que la actividad del juez no se limita a repartir “lucros suplementarios”, sobrevinientes, riesgos excesivos, perjuicios mayúsculos, y que su tarea —en resumen— no quedará subsumida a proceder salomónicamente sobre la base de una división por mitades. En este punto también se ampara en las enseñanzas del profesor *De Almeida Santos*, quien argumenta que en “el caso concreto de la alteración de las circunstancias, ella —la equidad— permite como actualización de la voluntad de las partes, una como restauración de las bases del negocio, a partir de los nuevos datos de

⁹⁴ Idem nota anterior.

⁹⁵ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 7, págs. 130/131.

⁹⁶ Conforme transcripción efectuada por JORGE MOSSET ITURRASPE, en obra citada en nota N° 7, págs. 131/132.

⁹⁷ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 7, p. 132.

hecho. No se trata —agrega—, es evidente, de buscar una perfecta extrapolación de la relación de valores inicial. Ya se sabe que todos los contratos, en especial los de larga duración, encierran un cierto alea que torna problemáticas las ventajas que las partes esperan recibir. Las partes deben contar con ese alea aceptado. Figura en las bases del negocio”⁹⁸.

En definitiva, el juez debe tender a restablecer el equilibrio perdido, lo cual no importará conseguir el equilibrio ideal o perfecto, ni tampoco repartir los riesgos sobrevenidos salomónicamente sobre la base de una división por mitades. Más bien, la tarea del juez debe orientarse a buscar que cada una de las partes vuelva a la situación que tenía al momento de celebrarse el contrato, respetando —claro está— los riesgos asumidos por uno y otro, como alea propia del negocio que ha devenido en desquiciado. Es lo que *Mosset Iturraspe* denomina en su obra la “economía del contrato”⁹⁹.

Por último, el doctrinario reconoce al juez de la revisión del contrato “amplias facultades”, a punto tal que sobre el punto concluye: “Habiendo optado una parte por el reajuste, fuere la actora o bien la demandada, y existiendo acuerdo sobre la procedencia de esa vía —puesto que la otra parte podría alegar la inconveniencia o imposibilidad y exigir la extinción del negocio y el juez así acordarlo—, las modalidades del reajuste, la magnitud del sobreprecio, son de su incumbencia exclusiva. Lo contrario, combinar la intervención del juez con la fijación de pautas por los contratantes, es una solución intermedia que nos parece insatisfactoria”¹⁰⁰.

B. La revisión por las propias partes

El instituto apareció en el derecho francés, como un recurso alternativo al rotundo rechazo que mereció la revisión judicial, juzgada como “moralmente deseable pero económicamente peligrosa”; ello por cuanto se la ha evaluado como un factor de inestabilidad y de inseguridad. Se ha sostenido que la “revisión llama a la revisión”, y que, por ende, el remedio puede ser peor que la enfermedad, desde que su efecto en cadena puede provocar un desequilibrio generalizado en la economía, y su impacto, el desquicio del mercado¹⁰¹.

Por este mecanismo las partes se anticipan a los cambios y se comprometen, frente a su ocurrencia, a modificar el contrato, a adaptarlo ellas mismas para que mantenga el espíritu asociativo, la ecuación justa, la economía razonable, que las llevó a entrar en una relación duradera¹⁰².

Su obstáculo mayor se fincó en la contradicción que importaba la inclusión de un “pacto de revisión en el contrato instrumentado, puesto que se advertía la dificultad de que las partes pudieran prever lo imprevisible, es decir, cómo podían comprometerse a una futura renegociación del contrato cuando no podían anticipar

⁹⁸ Conforme transcripción efectuada por JORGE MOSSET ITURRASPE, en obra citada en nota N° 7, págs. 132/133.

⁹⁹ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 7, p. 134.

¹⁰⁰ Idem nota anterior, págs. 134/135.

¹⁰¹ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 7, p. 117.

¹⁰² Idem nota anterior, p. 119.

los hechos, las nuevas circunstancias que debían acaecer para la puesta en marcha del mecanismo de revisión¹⁰³. En otras palabras, no pudiéndose adivinar el futuro cuadro de circunstancias y —consecuentemente— el aspecto sustancial de la alteración de la base objetiva del negocio, sobre qué tópicos podía versar el mentado compromiso de revisión.

El camino para su utilización se logra a través de las “cláusulas de estabilización”, denominadas también de “ajuste”. Por medio de estas cláusulas se prevén las pautas de actualización del precio pactado, generalmente mediante la aplicación de índices. Nacieron como consecuencia inmediata de los procesos inflacionarios, y su función primordial ha sido la de atemperar los efectos desquiciantes de la depreciación monetaria¹⁰⁴. Sin embargo, cabe destacar que se trata de un pacto de revisión que versa sobre un aspecto específico del negocio —actualización del precio estipulado, por ejemplo en un contrato de compraventa—, y que la alteración de la base objetiva del contrato sobre este aspecto en particular no resulta imprevisible para las partes, porque —históricamente— la inclusión de estas cláusulas ha servido para acompañar a procesos económicos inflacionarios, en los que el hecho desquiciante —la depreciación de la moneda— no era “imprevisible” para nadie que obrare con cuidado y previsión.

La “revisión convencional” pactada en el contrato originario no deja la renegociación al arbitrio de los celebrantes, sino que la prevé, como algo obligatorio, bajo sanción de caer en incumplimiento responsable. Se trata de una revisión “tasada”¹⁰⁵.

Quizás la máxima expresión de la revisión contractual por las partes sea la “cláusula *hardship*”, en tanto la consagra sin límites ni cortapisas. Dicha cláusula está destinada a provocar la renegociación del contrato en virtud de la alteración de las circunstancias, con el fin de evitar que ese cambio le ocasione a una de las partes, aquélla que reclama la revisión, un rigor injusto. Esta cláusula no anticipa ni establece la causa o causas particulares que podrán provocar el proceso de renegociación del contrato¹⁰⁶.

Justamente por importar un abanico de riesgos más amplio, ya que puede alcanzar a todo aquello que pueda desquiciar el contrato, puede hablarse de una “revisión abierta”, la que para operar debe necesariamente haber sido pactada expresamente por las partes en el instrumento celebrado para formalizar el negocio. Va de suyo que la alteración de las circunstancias ha de ser sustancial, importante, grave, debiendo tener un impacto trastocante en la ecuación económico-financiera del contrato, porque de lo contrario se correría el riesgo de caer en un estado de renegociación permanente, con lo cual el remedio sería peor que la enfermedad, puesto que sin lugar a dudas el mecanismo de revisión se convertiría en un factor de inestabilidad e inseguridad. De ahí que al estipularse la cláusula *hardship* habitualmente se establezca que no podrá ser invocada antes de los cuatro años.

¹⁰³ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 7, págs. 117/118.

¹⁰⁴ Idem nota anterior, p. 118.

¹⁰⁵ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 7, págs. 119/120.

¹⁰⁶ Idem nota anterior, p. 121.

transcurridos desde la celebración del contrato, o que las adaptaciones no serán más de una cada dos años ¹⁰⁷.

Mosset Iturraspe describe el desarrollo del proceso de revisión cuando opera por estipulación convencional la cláusula hardship, a saber: "La parte que estima que ha sido afectada por un hardship debe avisarlo al cocontratante, proporcionándole detalles sobre la naturaleza del cambio de las circunstancias, el impacto económico sufrido y sus proposiciones para remediar el problema. En caso de que no se logre acuerdo se recurre al árbitro, si así está previsto o queda expedita la vía judicial. El árbitro o el juez —por lo común el primero— determina, primariamente, si ha existido hardship. En caso negativo el contrato sigue en vigor sin alteración alguna; en el afirmativo se pasa a las negociaciones, las que se desenvolverán de acuerdo al *modus operandi* y en los plazos que se hubieren estipulado. Lo normal es que las negociaciones tengan éxito, pues el solo hecho de incluir la cláusula hardship en un contrato representa una manifestación de ánimo conciliador y de disposición de buscar la justicia en la repartición de las cargas y de los frutos del mismo a largo plazo. Si las negociaciones fracasan, el árbitro decidirá cómo se adaptaron los términos del contrato a la mayor onerosidad sufrida por quien alegó el hardship. Producida la adaptación del contrato, su nuevo texto, sea que lo determinen las partes o el árbitro, se entiende que se transplanta al primitivo, que lo sustituye. El contrato es el mismo. No hay uno nuevo que reemplaza al anterior u originario. No hay novación objetiva. Subsisten los mismos vínculos jurídicos" ¹⁰⁸.

Lamberterie, jurista francés, clasifica los métodos de adaptación en dos categorías:

a) *automáticos*, si funcionan sin un acto de voluntad de las partes, posterior a la celebración del negocio, y

b) *no automáticos*, que suponen la negociación de las partes.

El método *automático* se distingue a su vez:

1) según que la adaptación resulte de la estructura del contrato, o

2) de cláusulas específicas. Ejemplifica con las "cláusulas de revisión del precio" que, conforme con la jurisprudencia de la Corte de Casación, deben tener una base precisa, independiente de las partes y guardar relación con el objeto del negocio o el rubro negocial.

En cuanto a las técnicas de adaptación que suponen la negociación de las partes, pueden diferenciarse:

1) la adaptación operacional que se logra por vía de ejemplo, con la cláusula hardship, de

2) las que suponen la necesidad de renegociar el contrato inicial; esta renegociación puede originarse en cláusulas muy vagas o generales, respecto de los sucesos que pueden dar pie a ella —por ejemplo las fluctuaciones económicas— o en cláusulas más precisas, que tengan en cuenta aspectos de orden económico o

¹⁰⁷ JORGE MOSSET ITURRASPE, obra citada en nota N° 7, págs. 121/122.

¹⁰⁸ Idem nota anterior, p.122.

comercial, las condiciones de la ejecución o de la inexecución. Las cláusulas precisas pueden versar sobre las modalidades de la renegociación, la manera de plantearla y llevarla adelante, o bien sobre las sanciones frente al apartamiento o negativa de una de las partes ¹⁰⁹.

X. LA TEORÍA DE LA FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO EN LOS PROYECTOS DE REFORMAS DE LOS AÑOS 1987 Y 1993.

1. Proyecto de reforma del año 1987

El Proyecto de Código Civil del año 1987, destinado a procurar la unificación del Derecho Privado Argentino, prevé la inclusión de dos proposiciones normativas que apuntan a regular el instituto en estudio, a saber: los artículos 1197 y 1204.

El artículo 1197 mantiene en su primera parte la regla de la convención-ley, adicionando: "... si las circunstancias que determinaron para cada una de ellas su celebración, y fueron aceptadas por la otra o lo hubieren sido de habérselo exteriorizado, subsisten al tiempo de la ejecución".

El artículo 1204, apartado 6º, inciso 1º, señala: "La resolución puede también ser declarada, 1- Por frustración del fin del contrato, siempre que tal fin haya sido conocido o conocible por ambas partes, que la frustración provenga de causa ajena a quien la invoca, y no derive de un riesgo que razonablemente tomó ésta a su cargo en razón del sinalagma asumido".

Esta regulación no ha estado exenta de críticas. En tal sentido, se ha señalado que no corresponde incluir como parte integrante del principio general indiscutido de la *pacta sunt servanda*, plasmado en la actual norma del artículo 1197 del Código Civil, el precepto que se propicia agregar a dicho artículo; ello por cuanto "La norma de que los contratos... forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma", tiene la jerarquía de un principio general del derecho y constituye el verdadero pilar de la vida en sociedad. Sin el respeto a la palabra empeñada no habría ninguna clase de seguridad en el tráfico jurídico; y ya sabemos que sin seguridad no puede haber tampoco justicia. El agregado que se propone refiere a un supuesto excepcional —que tampoco se define con claridad en cuanto resulta evidente que no cualquier circunstancia sobreviniente, que altera la situación imperante en el momento de la celebración del acto jurídico, es idónea para modificar sus consecuencias— y debe ser tratado como tal en precepto aparte" ¹¹⁰.

Asimismo, respecto del texto proyectado como apartado 6º, inciso 1º del artículo 1204, se ha dicho que: "La primera objeción es de carácter puramente metodológico y refiere a la ubicación del precepto en el art. 1204, que trata la facultad comisoría y otros institutos que no guardan afinidad con la frustración del fin del contrato... Creemos que hubiere correspondido tratar a la frustración del fin del contrato seguidamente al instituto de la imprevisión, que según se ha visto,

¹⁰⁹ Conforme exposición efectuada por JORGE MOSSET ITURRASPE, en obra citada en nota Nº 7, págs. 122-124.

¹¹⁰ ROBERTO H. BREBBIA, obra citada en nota Nº 1, págs. 885/886, punto IX, párr. 3º.

constituye también un caso de frustración por la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación de una de las partes. La segunda acotación se refiere a lo que consideramos una omisión de importancia al determinar los requisitos exigidos para que haya frustración. Pensamos que a la exigencia de que el fin haya sido compartido por las partes y que la frustración provenga de causa ajena, debe agregarse la de que las circunstancias ajenas (extraordinarias e imprevisibles) deben afectar la base objetiva del negocio, de manera tal que la finalidad común ya no pueda alcanzarse aunque se cumplieran las prestaciones establecidas en el contrato (que siguen siendo de posible ejecución)”¹¹¹.

2. Proyecto de reforma del año 1993

Con fecha 26 de marzo de 1993, la Comisión designada por el decreto del Poder Ejecutivo de la Nación N° 468/92 eleva el Proyecto de reformas al Código Civil que se le encomendara, con el objeto de lograr la unificación del régimen de obligaciones y contratos civiles y comerciales, de acuerdo a los lineamientos fijados para esta etapa por el decreto mencionado.

Este proyecto también admite en sus regulaciones el instituto de la frustración del fin del contrato. Se lo legisla como un medio extintivo de los contratos (Libro Segundo, Sección Tercera. *De las fuentes de las obligaciones*. Título XII. *De la extinción de los contratos*); más concretamente como un caso de resolución, estableciéndose —asimismo— los recursos que se deben reunir para que opere y sus efectos.

En tal sentido el artículo 943 del proyecto establece: “La frustración del fin del contrato facultará a la parte perjudicada a resolverlo. Ello acaecerá cuando por un acontecimiento anormal, sobreviniente, ajeno a la voluntad de las partes, no provocado por alguna de ellas y no derivado del riesgo que la parte que la invoca haya tomado a su cargo, se impidiere la satisfacción de la finalidad del contrato que hubiese integrado la declaración de voluntad...”

En primer término, cabe puntualizar que la formulación del precepto sigue en líneas generales las recomendaciones vertidas en las Jornadas de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires en el año 1991.

A diferencia de lo que ocurre con el proyecto de reformas del año 1987, el instituto es tratado como tal en precepto aparte, como un supuesto de excepción, manteniéndose incólume el principio medular que consagra la fuerza obligatoria de los contratos, plasmado en el artículo 897 del proyecto que establece: “Las estipulaciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma”.

En otro aspecto, entiendo que al igual a lo que acontece con el proyecto de reformas del año 1987 en la formulación en análisis, se omite incluir entre los “presupuestos de admisibilidad” del instituto que: el acontecimiento anormal, sobreviniente, ajeno a la voluntad de las partes y no derivado del alea propia del negocio, asumido por cada una de las partes, sea de entidad tal que comporte la

¹¹¹ Idem cita anterior, párr. 6° y 7°.

"alteración de la base objetiva del negocio", de forma tal que el "fin común" que determinó a la época de su celebración la base subjetiva del contrato haya perdido su razón de ser, su sentido funcional, sin perjuicio de que las prestaciones sean aún de posible cumplimiento.

En lo relativo a los efectos de la frustración del "fin" del contrato, la norma proyectada dispone que: "... Las prestaciones realizadas por cada una de las partes que hubiesen sido cumplidas y fuesen equivalentes, quedarán firmes. No habrá indemnización de daños".

Sobre el particular, opino que la solución propuesta se aparta del criterio adoptado por la *Court of Appel de Londres (Año 1903)* en los famosos casos de la *Coronación*, que en lo sustancial se inclina por neutralizar "para el futuro" los efectos de la relación obligacional malograda, quedando firmes las prestaciones cumplidas, cualquiera sea el grado de equivalencia de las mismas. En cambio, la norma proyectada, que supone la existencia de un contrato de tracto sucesivo, sólo tiene por firmes las prestaciones cumplidas por las partes que "fuesen equivalentes"; a contrario sensu, si no existe "relación de equivalencia" entre las prestaciones cumplidas, a mi juicio, por razones de equidad, parecería justo permitir a la parte perjudicada el ejercicio de una acción de repetición.

Esta solución es la que —por lo menos a mi modo de ver— se desprende de las conclusiones arribadas en las Jornadas de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires en el año 1991, que por su claridad y precisión vale la pena recordar: "... La resolución importará: a) que las prestaciones cumplidas por una de las partes, antes de producido el acontecimiento frustrante, serán repetibles, con excepción de los gastos realizados por la otra, en la medida de su relación causal con la prestación a su cargo; b) que las prestaciones cumplidas y equivalentes en los contratos de ejecución continuada o periódica, de carácter divisible, se tendrán por firmes". En mi opinión, resulta lamentable que la norma proyectada no haya recogido en su texto los conceptos antes transcritos.

XI. CONCLUSIONES

1. La frustración integra el capítulo de la patología del contrato. De lo anormal, no de lo común y ordinario. Por lo tanto la consagración del instituto en estudio estará destinada a remediar situaciones *excepcionales*; de ninguna manera cabría interpretar que su tratamiento trastocaría el principio de la *pacta sunt servanda*, que consagra la fuerza obligatoria de los contratos, por cuanto este último es un principio de carácter general y pilar de nuestro Derecho Privado.

2. La frustración del fin del contrato no se vincularía con la "dificultad o imposibilidad de cumplimiento", como ocurre con otras figuras consagradas por nuestro ordenamiento jurídico (tal el caso de la teoría de la imprevisión o el caso fortuito) sino más bien con "la pérdida de sentido o razón de ser de las prestaciones pactadas en el contrato celebrado".

3. El eje de la cuestión estaría dado por la idea de fin. Entendiéndose por "fin del contrato" el propósito a que el negocio celebrado sirve dentro de la vida real, vale

decir, el resultado empírico o práctico que en orden a los propios y peculiares intereses se pretende alcanzar”.

4. Todo contrato reconoce una base *subjetiva y objetiva*. La primera es una representación mental o esperanza de ambos contratantes, por la que ambos se han dejado guiar al concluir el contrato. La segunda es el conjunto de circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia en el tiempo es necesaria para que el contrato, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, pueda subsistir como regulación dotada de sentido.

5. No cabe confundir a los “motive individuales, particulares o personales de las partes contratantes” con el “fin del contrato”. La importancia de la distinción radica en que los primeros son, desde el punto de vista jurídico, irrelevantes. El segundo, en cambio, además de identificar la base subjetiva del contrato, adquiere trascendencia jurídica, puesto que —precisamente— en su “frustración” se apoya uno de los pilares del instituto en estudio.

6. El “fin del contrato” es aquél que integra el contenido del acuerdo celebrado, o en otros términos, aquella finalidad sobre la cual los contratantes decidieron apoyar los efectos del negocio concertado. Es el “fin instrumental” que integra el sinalagma contractual, influyendo sustancialmente en su celebración o en sus elementos esenciales.

7. El “fin del contrato” puede responder en una etapa inicial al interés particular de uno de los contratantes, pero con posterioridad al ser conocido y aceptado por la contraparte, integrando el contenido del contrato, influyendo en su celebración o en sus elementos esenciales, pasa a erigirse en “*finalidad común para ambas partes*”.

8. La “finalidad común” sobre la cual las partes contratantes, en la etapa de celebración del negocio, decidieron apoyar los efectos del contrato, en su proyección futura —etapa de ejecución— determina la propia suerte del negocio, siendo que a sus consecuencias no serán ajenas ninguna de las partes involucradas en la contratación.

9. Como dije anteriormente, la ecuación se completa con las circunstancias, el estado general de cosas, que identifican a la base objetiva del contrato, y que —obviamente— han sido tenidas en cuenta por los contratantes para determinar el contenido del negocio, y la voluntad de obligarse en función de ellas.

10. La subsistencia de las circunstancias tenidas en cuenta por las partes al momento de celebrar el contrato y delinear sus alcances, resulta necesaria para que el contrato pueda existir y persistir como regulación dotada de sentido.

11. La voluntad negocial sólo tendrá eficacia cuando persista inalterado el cuadro de circunstancias tenido en mira por los contratantes al momento de la definición del compromiso contractual asumido; ésta es una “presuposición”, una condición no desarrollada, no expresada en el instrumento, pero implícita, y con relevancia jurídica a la hora de evaluar los efectos del contrato y su sentido funcional.

12. La inalterabilidad de las circunstancias, que delimitan la base objetiva del negocio, es la condición de subsuelo, la presuposición sobre la cual las partes, sin

claudicar sus propios intereses, han decidido libremente confiar la eficacia del negocio.

13. La modificación de las mentadas circunstancias altera las bases del negocio, no sólo en su faz objetiva, sino también en la subjetiva, pues a partir de ese acontecimiento el “fin del contrato”, el “resultado empírico” que se ha pretendido aprehender pierde por completo su razón de ser. Hay una relación de causa a efecto.

14. Los hechos que coadyuvan y desencadenan la alteración de la base objetiva del negocio, acarreado la frustración de la finalidad perseguida, no se deben originar en la acción potestativa de las partes contratantes; por el contrario, deben ser ajenos, externos y extraños a la voluntad de los celebrantes del acuerdo.

15. Por otra parte, debe tratarse de hechos sobrevinientes a la celebración del contrato, por cuanto la frustración del fin del contrato es el efecto que subyace de la mutación de las circunstancias tenidas en mira por los contratantes al momento de dar contenido al vínculo obligacional establecido.

16. Parece justo argumentar que la alteración de las circunstancias previstas por los contratantes debe caracterizarse por su gravedad.

17. El instituto de la frustración es autónomo, y está dotado de características propias.

18. Los hechos sobrevinientes que provocan la alteración de la base objetiva del negocio, y conllevan la frustración del “fin” del contrato, no necesariamente deben caracterizarse por su extraordinariedad e imprevisibilidad, recaudos propios de otras figuras de nuestro ordenamiento jurídico, tal el caso de la teoría de la imprevisión o el caso fortuito.

19. El hecho que aprehende el instituto de la frustración no necesariamente debe ser un evento de indole general o común que involucre a un gran número de sujetos, porque la esencia subjetiva que nutre al mentado “fin” hace que el efecto frustrante pueda o no tener esa proyección general —propia de la teoría de la imprevisión—, y que por el contrario en este instituto la regla sea la particularidad.

20. Por otra parte, siendo la finalidad del contrato de raigambre “común” para las partes, resulta intrascendente que el evento que frustra la obtención del resultado concebido haya podido ser previsto o no, porque en substancia la alteración de la base objetiva del negocio que provoca el fracaso del fin del negocio involucra a todos los contratantes y —consecuentemente— la imprevisibilidad, el obrar imprudente, sería en hipótesis imputable a ambos, y jurídicamente de efecto neutro.

21. En suma, para que haya frustración debe tratarse de un contrato inicialmente válido, en el que la finalidad perseguida por las partes, comprendida en el sinalagma contractual (*base subjetiva del negocio*), no haya podido ser lograda, en orden a la alteración sobreviniente y grave de las circunstancias tenidas en mira al celebrar el contrato (*base objetiva del negocio*), por causas ajenas, externas y extrañas a la persona de los contratantes, es decir, al accionar potestativo de éstos.

22. Aceptando la concepción “dualista” que un sector de la doctrina moderna asigna a la causa, a través de la distinción entre la “causa genética o abstracta”, concretada en la finalidad típica de cada figura contractual, y la “causa específica o concreta”, entendida ésta como la finalidad particular, específica, que cada contratante

te tiene en mira al celebrar un contrato, puede interpretarse que la frustración del fin del contrato es un capítulo inherente a la causa "fin" y —consecuentemente— su operatividad, no ajena a nuestro derecho en la condiciones actuales.

23. Sin embargo, atendiendo a las divergencias interpretativas que conlleva el tema de la "causa fin", entiendo que lo más acertado es propender a la consagración legislativa del instituto, tal como se vislumbra en los proyectos de reformas al Código Civil reseñados en este trabajo.

24. Considerar consagrada la aplicabilidad del instituto por la vía del art. 1198, primer párrafo, del Código Civil que, para un sector de la doctrina, admitiría la integración implícita de la teoría de las bases del negocio en nuestro derecho positivo, o bien como un capítulo inherente al consentimiento, tal como lo ensaya el profesor *Mosset Iturraspe*, recepcionando el respeto al denominado "consentimiento de subsuelo", resultaría —a mi juicio—, en ambos casos, una solución vulnerable, y en cierto modo resistida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que —consecuentemente— correría peor suerte que la postulada en el apartado veintidós, la que —insisto— estimo más convincente.

25. En cuanto a los efectos, si se admite la operatividad del instituto como un capítulo inherente a la causa, no cabe duda que el efecto inmediato y consecuente de la frustración será la resolución del contrato. La frustración del fin del contrato en tanto importa la desaparición de la causa, elemento estructural del contrato, sirve de presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria.

26. Sin embargo, ello no empece que las partes incluyan en el instrumento del contrato "un pacto de autorrevisión", verbigracia a través de la consagración de la cláusula *hardship*, en tanto tal previsión se encontraría habilitada por el principio de la autonomía de la voluntad. Sería, a mi modo de ver, de dudosa eficacia la adecuación convencional que importe "actualización monetaria, indexación de precios, variación de costos o repotenciación de deudas", en contratos celebrados o en curso de ejecución con posterioridad al 1º de abril de 1991, por imperio de la Ley de Convertibilidad, que deroga, para el futuro, todo sistema de reajuste, adecuación o repotenciación de deudas, en la medida que la ley es cuidadosa en señalar que su normativa compromete el orden público. Un acuerdo de esta naturaleza, en mi opinión, estaría expuesto a cuestionamientos serios acerca de su validez jurídica, en tanto estaría violentando una ley imperativa integrante del orden público vigente.

27. En lo atinente a la revisión judicial, rechazada por la postura mayoritaria, circunstancia que se refleja en los proyectos de reformas al Código Civil mencionados, estimo que su rotundo abandono resulta la solución más saludable.

28. Por lo tanto, aun cuando la consagración legislativa del instituto en forma "autónoma" y —por ende— con sus propias implicancias, podría posibilitar la introducción del mecanismo de revisión por el juez, tal como se intenta propender con la teoría de la imprevisión en el proyecto de reforma del año 1993¹¹², entiendo que el remedio sería peor que la enfermedad.

¹¹² Conforme art. 899 que establece: "En los contratos conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornare excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá

29. Tratándose de relaciones del Derecho Privado, en las que no se encuentran —por ende— involucrados intereses públicos que comprometan a la comunidad, sino sólo intereses meramente individuales de los vinculados por el negocio, la revisión judicial —que importa el otorgamiento de facultades de adecuación del contrato a un tercero, el juez, *por imperio legal*—, me parece un exceso que conculca principios elementales de nuestro sistema legal y en especial a la autonomía de la voluntad.

30. Una cosa es que comprobada en sede judicial la frustración del fin del contrato, por elementales principios de equidad, el juez prescindiera de la palabra empeñada, haciendo lugar a la demanda de resolución, en tanto lo contrario importaría persistir en los efectos de relaciones jurídicas en las que el equilibrio de los valores comprometidos se ha quebrado, toda vez que el negocio celebrado en su origen ha perdido su razón de ser, su eficacia funcional; y otra bien distinta es imponer —por vía legal— que el juez se subrogue en la voluntad de los contratantes y los comprometa al cumplimiento de obligaciones mutuas, nacidas del contrato revisado, que siempre resultará ser la adecuación del concertado oportunamente de acuerdo a su leal saber y entender, por mucho esfuerzo que haga el magistrado en discernir cuál habría sido la intención de las partes de haber conocido anticipadamente la alteración de las circunstancias imperantes otrora. La introducción de la revisión judicial excedería —en definitiva— el propósito que se persigue con la consagración del instituto.

Bibliografía consultada

- Jorge Mosset Iturraspe. *La frustración del contrato*. Editorial Rubinzal Culzoni, 1991.
- Jorge Mosset Iturraspe. *Contratos en dólares*. Ediciones La Rocca, 1990.
- Flah y Smayevsky. *Teoría de la imprevisión*. Editorial Depalma, 1989.
- *Reformas al Código Civil*. Editorial Astrea, 1993.
- Atilio Anibal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Cursode Obligaciones*. Tomo I y II Editorial Abeledo-Perrot, 1982.
- Roberto H. Brebbia. *La frustración del fin del contrato*. Rev. Jurídica Argentina *La Ley*, tomo 1991 B, Sec. doctrina, págs. 876/889.
- Hugo Alejandro Acclari y Silvia Andrea Bonifazi. *Apuntes en torno a la frustración del fin del contrato*. Rev. Jur. Arg. *La Ley*, tomo 1992 C, Sec. doctrina, págs. 812/819.
- Alejandro Borda. *La frustración del fin del contrato*. Rev. Jur. Arg. *La Ley*, tomo 1991 E, Sec. doctrina, págs. 1450/1454.

pedir, por demanda o reconvencción, la resolución del contrato o su adecuación. Deducida una pretensión resolutoria, la otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo la adecuación equitativa de las prestaciones. Si se demandare la adecuación del contrato, podrá requerir la resolución y el juez decidirá la resolución o la adecuación, tomando en cuenta la equidad, la naturaleza del contrato, la factibilidad de su cumplimiento y la finalidad económica perseguida por las partes con su celebración...”.

EL DEFENSOR DEL PUEBLO EN LA LEGISLACIÓN Y LA PRAXIS COLOMBIANA

GUILLERMO JORGE YACOBUCCI

La reciente aparición del Defensor del Pueblo a nivel nacional y la importancia que la figura del Ombudsman tiene en distintas legislaciones y sobre todo en el derecho comparado latinoamericano, me ha parecido un motivo importante para presentar, como mero reporte informativo, el carácter institucional y la actividad que viene desarrollando la Defensoría del Pueblo en Colombia. Para ello, me ha sido de especial importancia el material que los integrantes de ese organismo me han facilitado.

Esta breve investigación tiene, además, la finalidad de promover la figura del Ombudsman en nuestro país, incentivar su conocimiento por parte de todos y permitir comparar dentro de un tiempo cuál ha sido la eficacia de este organismo en una y otra Nación. Seguramente, la exposición sobre la labor desarrollada en los últimos dos años en Colombia servirá también, cuando llegue el momento, para verificar cómo se han valido la ciudadanía argentina y los hombres comprometidos en la dirección de esta defensoría, que tiende a ser un medio fundamental en la protección de los derechos de la sociedad civil.

Por eso, cuando el año pasado se reunieron en San José de Costa Rica los Defensores del Pueblo y los Procuradores de Derechos Humanos de América Latina, se declaró que era necesario promover la figura del Ombudsman en el continente, poniendo especial énfasis en la promoción y defensa de los derechos humanos. Para ello, claro está, se remarcó su necesaria independencia orgánica e institucional, que debe ir acompañada de sustento económico y presupuestario. Entre otras cosas, además, se consideró necesario que los Defensores del Pueblo pudieran recurrir directamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de forma tal de dar mayor eficacia a la labor propia de esta figura dentro de un marco de creciente regionalización ¹.

1. Inserción legislativa del Ombudsman

La Constitución de Colombia prevé en el art. 281 la creación del Ombudsman como parte del Ministerio Público, quedando el ejercicio de sus actividades bajo la

¹ Declaración de los Defensores del Pueblo y Procuradores de Derechos Humanos de América Latina. San José de Costa Rica, 17 de junio de 1994.

dirección del Procurador General de la Nación. Si bien esta figura de la nueva Constitución está marcadamente ordenada a la defensa de los derechos humanos, desde 1885 se pueden encontrar en el país hermano, algunos antecedentes relacionados con una estructura institucional que atendiera la defensa de las libertades públicas. Por eso, cuando se reunió la Asamblea Constituyente de 1991, uno de los objetivos fue otorgar rango constitucional al Defensor del Pueblo ².

Tanto la Procuraduría como la Defensoría del Pueblo, recibieron en el texto constitucional colombiano la misión específica de defender la dignidad de la persona humana a través de la protección de sus derechos fundamentales. De manera que el Ombudsman resguarda al ciudadano respecto de las actuaciones del poder político o mejor, público, pero desde el perfil de los derechos humanos básicos y sobre el telón de fondo del denominado "estado social de derecho" que asume el texto legal.

La actividad que despliega de manera incisiva el Ombudsman colombiano, Córdoba Triviño, es de carácter eminentemente moral y se haya regulada por la ley 24 de 1992. En ésta se contempla la posibilidad de dirigir recomendaciones y observaciones a las autoridades y particulares encargados de los servicios públicos, la potestad de advertir a organismos privados sobre el desconocimiento de la ley y la denuncia pública, a través de un informe periódico dirigido a toda la ciudadanía, acerca de la situación de los derechos humanos en Colombia —ver art. 9 de la ley mencionada—.

Según explica Madrid Malo-Garizábal el control "defensorial" es *plenario*, porque no sólo recae sobre la actuación de los servidores públicos, sino también sobre los particulares que prestan servicios públicos. En una época de privatizaciones extendidas, como es la que se lleva adelante en los llamados mercados emergentes, se deja ver la importancia de esta última competencia, para preservar el control que es propio de la comunidad. La labor del Ombudsman se caracteriza además por ser *mixta*, en tanto asume funciones preventivas, concomitantes o posteriores al mal ejercicio funcional. Su tarea es *garantista* pero a la vez *inquisitiva*, pues para la defensa de los derechos puede averiguar e investigar. Resulta sin duda una labor *pedagógica y especializada* que requiere de independencia, sentido crítico e inmediatez. Finalmente, dice el autor colombiano, su labor es *complementaria*, pues no desplaza otros controles constitucionales ³.

Las exigencias que enfrenta esta institución en Colombia son de muy diverso tenor. Por un lado, debe tenerse en cuenta el vínculo que une a la Defensoría del Pueblo con el Procurador General de la Nación. Si se piensa en los recurrentes conflictos que por años afectaron la dirección del Ministerio Público en la Argentina dentro del orden nacional, puede advertirse la delicada coexistencia de dos fuertes figuras institucionales como son las del Ombudsman y el Procurador General, de innegable peso en el orden interno colombiano. En Argentina, hasta ahora, y se verá más adelante con la aplicación de la nueva Constitución Nacional que da autonomía funcional al Ministerio Público —art. 120 de la C.N.—, hubo más allá de la voluntad puesta por los hombres en concreto, carencias, enfrentamientos e ineficacia en la

² JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. *El Defensor del Pueblo*. Ed. Gustavo Ibáñez. Bogotá, 1991.

³ Cfr. MADRID MALO-GARIZÁBAL. *El control defensorial*, Bogotá, 1993.

tarea de los fiscales, sin perjuicio de las tensiones suscitadas entre el Secretario de Justicia, en una época, el Ministro de Justicia en otra etapa y el Procurador General de la Nación.

En el caso colombiano, el art. 257 de la Constitución, el Defensor del Pueblo ejerce sus funciones bajo la "suprema dirección del Procurador" pero, entre uno y otro, existe una dependencia de índole formal más que jerárquica o funcional. El Procurador General diseña el marco general de protección de los derechos humanos, siendo asistido en este punto por el Ombudsman en la protección, especialmente, de todo lo referido a la vida, bienes, creencias, honra y libertades de los particulares. El Defensor del Pueblo es como la voz ética de la comunidad, ya que no posee los medios coercitivos propios de los jueces o las fuerzas de seguridad.

Sin embargo, no es esta cuestión de esferas o competencias dentro del Ministerio Público, la cuestión más compleja que debe resolver el Defensor del Pueblo. Jaime Córdoba Triviño se enfrenta con el enorme desafío que la violencia política, en sus distintos aspectos, golpea a Colombia. La lucha contra la guerrilla armada, los problemas de la represión, la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, la violencia contra la mujer, son temas que se vinculan directamente con la concordia y la paz del pueblo colombiano. A éstos se suman, obviamente, aquellas cuestiones que podríamos llamar clásicas o propias de todo Ombudsman, como son las relativas al mal ejercicio de la administración pública, de los servicios, la protección del medio ambiente, la seguridad social, etc. ⁴.

2. Funciones relevantes de la Defensoría del Pueblo

La ley 24 que organiza la Defensoría del Pueblo contempla cuatro grandes estructuras a partir de las cuales ejercita sus funciones. Existen, pues, una Dirección Nacional de Atención y Trámite de Quejas, la Dirección Nacional de Defensoría Pública, la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales y la Dirección Nacional de Promoción y Divulgación de Derechos Humanos (arts. 21 a 30).

La Dirección de Quejas atiende peticiones dirigidas contra entidades del Estado por el mal desempeño de sus funciones, que lleven aparejadas la afectación de derechos individuales. Además de la intervención inmediata del organismo, la formación de sumarios y el seguimiento del caso, la Dirección lleva un registro de funcionarios que no prestan colaboración adecuada a sus requerimientos. Baste el ejemplo de la problemática que representa la ayuda y protección de este organismo respecto a las personas desplazadas de sus lugares originales de asentamiento por la violencia armada, para tener una idea de la extensión y particularidad de las cuestiones que afronta esta dependencia en colaboración con instituciones del clero colombiano, la Cruz Roja y otros organismo humanitarios.

La Dirección de Defensoría Pública, por su parte, busca asegurar el acceso al servicio de justicia de aquéllos que, por diversas razones, no están en condiciones de atender particularmente a su defensa.

⁴ Se puede consultar *Cartas del Defensor*, primera parte, que reúne textos de Córdoba Triviño, Serie Textos N° 6, Bogotá, 1994.

Sin embargo, la Dirección de Recursos y Acciones Judiciales parece representar uno de los aspectos más incisivos del organigrama de la Defensoría del Pueblo. Desde allí se trabaja en la aplicación de los nuevos mecanismos constitucionales previstos para la defensa de los derechos civiles (Capítulo 4, Título II). Entre ellos vale la pena mencionar la llamada acción de tutela ordenada a la defensa de los derechos fundamentales, la acción popular, destinada a la salvaguarda de los derechos colectivos, la acción de cumplimiento, tendiente a preservar el ordenamiento jurídico y el hábeas corpus.

La acción de tutela representa un verdadero ariete que posee el ciudadano para ejercitar frente a los jueces, impugnando y reclamando por el incumplimiento de la ley o de decisiones administrativas y la renuencia de los funcionarios para aplicarla. A su vez la acción popular, mediante el reconocimiento de intereses difusos, avanza sobre cuestiones de interés comunitario como son los del medio ambiente y la protección del mercado.

En todo esto, claro está, la labor de Alonso Bayona Martínez, Myriam Avila Roldán, Alejandro Valencia Villa, Mario Madrid-Malo Garizábal y un equipo de hombres comprometidos con el desafío de esta nueva institución, tiene muchísimo que ver, pues en definitiva sin llegada a la ciudadanía, ésta difícilmente se acerque a una estructura que aun destinada a defender sus derechos, puede parecer afectada de las mismas taras burocráticas que la administración pública.

Con la reforma de la Constitución Argentina, la protección del medio ambiente, la preservación del patrimonio natural y cultural (art. 41) y los derechos del consumidor (art. 42) han obtenido un rango dentro del ordenamiento jurídico que reclama la puesta en marcha de instrumentos procesales de jerarquía proporcional a su importancia a fin de asegurar su eficaz protección.

En tal sentido, la extensión explícita de la acción de amparo a la protección de los derechos colectivos abre enormes posibilidades de contralor. Justamente en el art. 43 del nuevo texto constitucional, el Defensor del Pueblo aparece legitimado para ejercitar acciones vinculadas a la protección del ambiente, la competencia, la defensa del usuario y el consumidor. Ciertamente, aún falta una adecuada tarea legislativa del Congreso para concretar modos idóneos de llevar adelante las exigencias constitucionales. No es menor la responsabilidad del Poder Judicial Argentino en la tarea de promover, a través de la jurisprudencia, vías de recepción a los reclamos comunitarios sobre bienes que afectan los intereses de las personas a través del daño directo que producen en el contexto de su existencia.

3. La praxis concreta de la Defensoría del Pueblo

En el lapso que va de 1992 a 1993, la Defensoría del Pueblo exhibió una intensa tarea en la convivencia entre la sociedad civil colombiana y los poderes públicos u organismos privados de repercusión en la vida de los ciudadanos.

Vale la pena, para tener una idea de las cuestiones tratadas, quizás como punto de referencia para cuando llegue el momento de evaluar la labor del Ombudsman en la Argentina, considerar los ámbitos donde mayor impacto tuvo esta institución.

Así, en el informe elevado por el Defensor del Pueblo, Jaime Córdoba Triviño,

se advierte un porcentaje importante de quejas relativas a derechos laborales (1.577), así como aquellas relacionadas con irregularidades en la actuación administrativa (1.244). Un lugar también significativo se vincula con la actividad judicial y penitenciaria que suman entre ambas 1.200 casos. La irregularidad de los servicios públicos corre pareja con la sumatoria de la afectación a derechos de vivienda y educación, materias que de alguna forma constituyen exponentes de la calidad de vida ciudadana.

En el primer año se han presentado más de 1.700 cuestiones relativas a acciones de tutela, recursos, acciones populares y hábeas corpus ⁵.

Los funcionarios públicos más cuestionados en este primer periodo han sido los municipales, muestra de que el hombre común tiende a reconocer sus intereses concretos y que en ello la actividad municipal tiene mayor decisión e importancia que las de orden superior o nacional. Por eso, el ámbito municipal es el primer escalón de la convivencia política, pues aparece como un puente entre la sociedad civil y los primeros estratos del organismo político. De allí, obviamente, su relevancia para la conformación de una democracia sana y verdadera.

También se han dirigido acciones contra el servicio de justicia, vinculando especialmente a jueces y en mucho menor medida a fiscales.

La atribución especial que le concede el art. 9 de la ley 24 ya citada, a la Defensoría del Pueblo para demandar, impugnar o defender ante la Corte Constitucional las normas relacionadas con los derechos humanos, dio lugar a importantes tomas de posición. En tal sentido, deben destacarse algunos principios sostenidos por la Defensoría: igualdad de derechos entre hijos naturales y legítimos, el concepto de que el aumento de penas no constituye, de suyo, un factor eficaz para la prevención del delito y la defensa irrestricta del derecho a la vida, especialmente ante las pretensiones en favor del aborto. También dejó en claro la protección sexual de la ley penal respecto de los menores de 18 años, la defensa de la libertad religiosa y criticó situaciones emergentes del llamado "estado de excepción".

La defensa del derecho a la intimidad y la importancia de la responsabilidad ética de los mass-media han sido también motivo de preocupación por parte de la Defensoría ⁶. Es significativa la opinión de Jaime Córdoba Triviño al explicar que el derecho a la verdad es vulnerado cuando no se obra de buena fe al publicar o transmitir los hechos de cada día. Por ello, a su entender, no puede considerarse veraz la información que de manera voluntaria y maliciosa busca engañar al destinatario, o cuando está invadida por el apasionamiento o por la tendenciosidad ⁷. Pero, obviamente, parejo a esta enorme responsabilidad de informar,

⁵ Cfr. *Primer Informe Anual del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia*, Serie Documentos, Bogotá, 1994.

⁶ Sobre el particular se destacan los trabajos de Myriam Avila Roldán *Tutela y Medios de Comunicación* y de María Teresa Herrán *Periodismo y Responsabilidad Social*, Rev. Su Defensor N° 18, Bogotá, enero de 1995, en los que se pone de manifiesto que a la libertad de prensa le va aparejada una proporcional responsabilidad. Por eso afirman que los medios son por la nueva constitución socialmente responsables. De allí la explícita libertad que se les garantiza en el art. 73.

⁷ Revista precedentemente mencionada.

está el amplio ámbito de libertad que deben gozar los periodistas. De ello también se ocupó la Defensoría recordando a funcionarios de distinto nivel la garantía de libre movimiento y acceso periodístico a los lugares de información.

En el campo de la promoción de los derechos humanos, donde se destaca la inteligente y creativa labor de Mario Madrid Malo Garizábal, la Defensoría dicta cursos de capacitación para funcionarios, programas de divulgación popular y diseña actividades que incluyen la publicación de trabajos especializados de alto nivel científico y la edición de la Revista Su Defensor, así como videos y documentales.

4. Una breve reflexión final

Como en la mayoría de las instituciones, la calidad de los hombres que componen la estructura de la Defensoría del Pueblo resulta determinante para la eficacia de aquella labor que dentro del ordenamiento social y jurídico se le ha asignado.

La independencia con la que se trabaja, la valentía, creatividad y decisión resultan fundamentales. Sin embargo, una figura como la del Ombudsman requiere de un perfil muy particular para que los ciudadanos se aproximen a los organismos que componen la institución.

En tal sentido, el caso colombiano resulta paradigmático, pues en el poco tiempo de funcionamiento que lleva ha logrado una comunicación eficaz con la gente. Para ello, ha sabido enfrentar los temas más difíciles de la realidad colombiana a través de sus publicaciones, textos de divulgación y declaraciones de los responsables de las distintas Direcciones. El SIDA ⁸, el Derecho a la Intimidad, la represión y desaparición de personas, la violencia, el cuidado del medio ambiente, la objeción de conciencia ⁹, la búsqueda de la aplicación del Derecho Humanitario para el grave conflicto interno que padece Colombia, son sólo algunos de esos ejemplos ¹⁰.

⁸ Efraín Rojas Alvarez asume en su trabajo *Intimidad, salud pública y VIII-SIDA* la difícil dialéctica entre la seguridad de los ciudadanos, la intimidad de las personas determinada por un ámbito de privacidad que incluye su propia salud y las tentativas legislativas sobre la materia. Su Defensor N° 9, abril de 1994.

⁹ En su estudio sobre *El derecho a la objeción de conciencia*, Mario Madrid Malo Garizábal define al hombre como un ser de elecciones por lo cual goza de libertad de conciencia para poder determinarse. Sin embargo, el autor logra explicar el equilibrio y los límites de esa conducta dentro de la convivencia social. Cfr. Serie de Textos N° 7, Bogotá, 1994.

¹⁰ Un párrafo especial reclamaría la obra de Alejandro Valencia Villa *Derecho Humanitario para Colombia*, Serie de Textos, N° 8, Bogotá, 1994. Allí el autor plantea la problemática del enfrentamiento armado interno que afecta a su país, las formas de diálogo y reinserción política de parte de los grupos armados guerrilleros, la situación de las comunidades civiles, especialmente quienes fueron desplazados de sus lugares originarios de arraigo y, obviamente, el modo en que la lucha entre el ejército y los grupos armados debe desenvolverse. Por eso desarrolla la idea del Derecho Humanitario como una forma de preservar básicamente los derechos de las partes en conflicto y especialmente de los campesinos afectados.

Todo ello ha llevado a que la población se aproxime a las oficinas ubicadas en distintos lugares del país para presentar sus problemas y buscar una representación que, hoy por hoy, resulta imprescindible ante el desarrollo tecnológico de los aparatos gubernativos en sus distintos niveles y aun también de las grandes organizaciones privadas con enorme poder económico-político cuyas actividades aparecen vinculadas con cuestiones cruciales, como son el medio ambiente, la prestación de servicios, la influencia en el mercado y los intereses de los consumidores.

En fin, la sociedad de nuestro tiempo exige que sus legislaciones adopten nuevos institutos que defiendan a las personas y los grupos menos favorecidos, pero sobre todo, reclaman una actuación eficaz de los hombres que están a la cabeza de las mismas.



LAS REFORMAS INTRODUCIDAS A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL EN AGOSTO DE 1994

PRIMERA PARTE

RODOLFO BLAQUIER

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. III. APÉNDICE. SÍNTESIS DE LOS DOCUMENTOS Y TRATADOS MENCIONADOS EN EL ART. 75, INC. 22º, CN. IV. LA CUESTIÓN DEL ARTÍCULO 68 BIS.

I. INTRODUCCIÓN

1.1. *Objeto de este trabajo.* El objeto de este trabajo es señalar las reformas introducidas a la Constitución Nacional —CN—, en agosto de 1994, sin hacer comentarios a las mismas; sintetizar los tratados internacionales mencionados en el nuevo artículo 75, inc. 22º, CN y referirse a la cuestión del llamado artículo 68 bis (correspondiente al nuevo artículo 77).

1.2. *La ley 24.309 que declaró la necesidad de reformar la Constitución Nacional.* La mayoría requerida para que el Congreso Nacional declarase la necesidad de reformar la CN (ex art. 30) en su momento requirió de un pacto entre los partidos Justicialista y Unión Cívica Radical del Pueblo, de manera que su actuación conjunta les asegurara la referida mayoría. Dicho pacto se conoció como Pacto de Olivos y contenía un denominado *núcleo de coincidencias básicas* (las cuales figuran en el art. 2 de la ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma)¹. Dicha ley fue tachada de inconstitucional por la doctrina; básicamente fueron dos los fundamentos esgrimidos para ello²:

¹ El 14 de noviembre de 1993, el presidente la Nación, Dr. Carlos Saúl Menem, quien también actuó en su carácter de presidente del Partido Justicialista, y el presidente del Comité Nacional del Partido Unión Cívica Radical del Pueblo, Dr. Raúl Alfonsín, suscribieron el denominado pacto de Olivos, lo que "a mérito de mutuas concesiones... destrabó" el progreso en el Congreso Nacional del proyecto de ley de declaración de necesidad de reforma de la Constitución. El 13 de diciembre de 1993, los Dres. Menem y Alfonsín suscribieron un acuerdo, llamado "de la Rósada", que complementaba el Pacto de Olivos... El convenio tuvo tres partes: un "Núcleo de Coincidencias Básicas"; otro concerniente a temas que deberían ser habilitados para libre debate en una convención constituyente y un sector final sobre las modalidades de instrumentación del pacto" (SAGÜES, NÉSTOR PEDRO. Introducción a *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994*; Ed. Astrea, Bs. As., 1994, págs. 17/18).

² SAGÜES, NÉSTOR PEDRO. Introducción a *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994*. Ed. Astrea, Bs. As., 1994, págs. 18 y sig.

a) "El texto del Pacto de Olivos fue presentado por el Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados, que ofició entonces como Cámara de origen y lo aprobó sin modificaciones... De allí pasó al Senado, que enmendó el proyecto... pero la iniciativa no retornó a Diputados (sala de origen) según lo prescribía el trámite legisferante del art. 71 de la Const. de 1853/60, atento a la corrección hecha por el Senado operando como Cámara revisora, sino que ésta lo remitió directamente al Poder Ejecutivo", violando así el procedimiento para la formación y sanción de las leyes dispuesto por la Constitución entonces vigente ³.

b) El otro argumento fue la imposición "a la Convención de un régimen de votación conjunta de reformas"; la ley 24.309 dispuso que los temas correspondientes al "núcleo de coincidencias básicas" (ley, art. 2º) si bien podían ser tratados en sesiones diferentes, debían "ser votados conjuntamente, entendiéndose que la votación afirmativa importará la incorporación constitucional de la totalidad de los mismos, en tanto que la negativa importará el rechazo en su conjunto de dichas normas y la subsistencia de los textos constitucionales vigentes" (ley, art. 5º). La doctrina mayoritariamente se pronunció por la inconstitucionalidad de la invasión del Congreso sobre el poder constituyente ⁴.

Sin perjuicio de ello, la ley 24.309, que declaró la necesidad de reformar la Constitución Nacional fue sancionada —por el Congreso Nacional— y promulgada —por el PEN— el 29 de diciembre de 1993, y publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 31 del mismo mes.

³ "La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en *Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo*, donde se petitionó la inconstitucionalidad de la ley 24.309, por nulidad del proceso legislativo, sin entrar a dirimir la cuestión, desestimó el planteo por razones formales (falta de legitimación procesal del recurrente". SAGÜES, NÉSTOR PEDRO. Introducción a *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994*; Ed. Astrea, Bs. As., 1994, págs. 19 y 20.

⁴ a) Al igual que en el caso *Polino* —mencionado en la nota anterior—, por una cuestión procesal la Suprema Corte Nacional rechazó el recurso extraordinario planteado "por el entonces convencional constituyente José Antonio Romero Feris acerca de la inconstitucionalidad de los arts. 5º y 6º de la ley 24.309": LL 12/10/94, con nota de María Angélica Gelli, a quien pertenece el texto entrecomillado.

b) "Se habló así de la *convención cerrojo* (Pedro J. Frías), o de la *convención prisionera* (Miguel Padilla). El grueso de los especialistas reputó inconstitucional esa invasión del poder *preconstituyente* (o de convocatoria) del Congreso, sobre el poder *constituyente* de la Convención (Vanossi, Spota, Loñ, Bidegain, además de Frías, Padilla, Badeni, Linares Quintana, Aja Espil, Cullen, entre otros). Esa fue asimismo nuestra opinión, aunque con la aclaración de que la Asamblea Constituyente bien podía adoptar, por propia decisión, la modalidad de voto prevista por la ley 24.309, en cuyo caso quedaba purgada tal inconstitucionalidad. Por su parte, Roberto Dromi entendió perfectamente constitucional el procedimiento previsto por aquella ley" (SAGÜES, NÉSTOR PEDRO. Introducción a *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994*; Ed. Astrea, Bs. As., 1994, págs. 21/22).

c) La Convención Constituyente por mayoría hizo suyo en su reglamento el método de votación del paquete dispuesto en la ley de convocatoria. Cabe señalar que al haberse la Asamblea Constituyente ajustado al régimen de la ley 24.309, conforme al criterio de Sagües se habría saneado tal inconstitucionalidad (SAGÜES, NÉSTOR PEDRO. Introducción a *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994*; Ed. Astrea, Bs. As., 1994, pág. 23).

1.3. *La Constitución Nacional modificada.* El 22 de agosto de 1994 la Convención Nacional Constituyente sancionó una importante modificación a la Constitución Nacional, tanto por su cantidad cuanto por su importancia.

El texto constitucional reformado entró en vigencia el 24 de agosto de 1994, al día siguiente de su publicación en el BO (ver cláusulas transitorias 16 y 17), reemplazando al anteriormente vigente ⁵.

La reforma también modificó parcialmente la estructura de la CN, agregando una sección *Del ministerio público*, (art. 120) y diversos capítulos. Debido al agregado de 19 artículos, la Convención, de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 de la ley 24.309, reenumeró los artículos, compatibilizó la denominación de títulos, secciones y capítulos de la CN, según resultó de la reforma (la reenumeración fue necesaria a partir del art. 36). Además, se incorporaron 17 disposiciones transitorias. La nueva estructura de la CN hoy vigente es la siguiente:

a) A la anterior primera parte, que constaba de un capítulo único, se le ha incorporado un capítulo primero *Declaraciones, derechos y garantías* (arts. 1 a 35) y un capítulo segundo *Nuevos derechos y garantías* (arts. 36 a 43) ⁶.

b) La segunda parte ha quedado estructurada en la siguiente forma: Segunda parte: *Autoridades de la Nación*. Título primero: *Gobierno Federal*. Sección primera: *Del Poder Legislativo* (art. 44); Capítulo primero: *De la Cámara de Diputados* (arts. 45 a 53); Capítulo segundo: *Del Senado* (arts. 54 a 62); Capítulo tercero: *Disposiciones comunes a ambas Cámaras* (arts. 63 a 74); Capítulo cuarto: *Atribuciones del Congreso* (arts. 75 y 76); Capítulo quinto: *De la formación y sanción de las leyes* (arts. 77 a 84); Capítulo sexto: *De la Auditoría General de la Nación* (art. 85); Capítulo séptimo: *Del defensor del pueblo* (art. 86). Sección segunda: *Del Poder Ejecutivo*; Capítulo primero: *De su naturaleza y duración* (arts. 87 a 93); Capítulo segundo: *De la forma y tiempo de la elección del presidente y vicepresidente de la Nación* (arts. 94 a 98);

⁵ "Desde el punto de vista de su operatividad, la reforma constitucional de 1994 está incompleta. Requiere... una inteligente interpretación por parte de sus operadores (en particular, los jueces) para amoldarla con el resto de la Constitución de 1853/60. Para aclarar las dudas que porta el nuevo texto y para dar sentido razonable y posible a enunciados algunas veces demasiado amplios o ambiguos". Es que el constituyente "ha transferido a quienes legislan la misión de concluir el edificio constitucional, en partes y sectores que no son adorno, sino estructura básica del Estado... En buena medida, pues, la Constitución está todavía por hacerse" (SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. Introducción a *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994*; Ed. Astrea, Bs. As., 1994, pág. 32).

⁶ Si bien el art. 7° de la ley 24.309 dispuso que "la Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional". dicha ley también dispuso en su art. 3° la habilitación "para su debate y resolución en la Convención Constituyente" de diversos puntos, tales como *Preservación del medio ambiente* (K); *Defensa de la competencia, del usuario y del consumidor* (M) y *Consagración expresa del Hábeas corpus y del amparo* (N). El tratamiento de estas cuestiones complementa pero no perjudica a los referidos declaraciones, derechos y garantías (SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. Introducción a *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994*; Ed. Astrea, Bs. As., 1994, pág. 28).

Capítulo tercero: *Atribuciones del Poder Ejecutivo* (art. 99); Capítulo cuarto: *Del jefe de gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo* (arts. 100 a 107). Sección tercera: *Del Poder Judicial*. Capítulo primero: *De su naturaleza y duración* (arts. 108 a 115); Capítulo segundo: *Atribuciones del Poder Judicial* (arts. 116 a 119). Sección cuarta: *Del ministerio público* (art. 120). Título segundo: *Gobierno de provincia* (arts. 121 a 129).

c) Al final se agregaron 17 disposiciones transitorias.

d) Deberán dictarse diversas leyes para implementar varias cuestiones que la reforma constitucional expresamente ha dejado a cargo del Poder Legislativo ⁷.

II. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

1. *Primera parte*. A la primera parte de la CN, que antes contenía un capítulo único (*Declaraciones, derechos y garantías*), se le ha agregado otro capítulo. En consecuencia dicha primera parte queda estructurada en la siguiente forma:

1.1. *Capítulo primero: Declaraciones, derechos y garantías*. El texto de su articulado es igual al del capítulo único anterior a la reforma. Se ha cambiado la denominación *Capítulo primero*, que antes era *Capítulo único*. Comprende los artículos 1 a 35 (incluyendo el art. 14 bis, que no ha sido reenumerado).

1.2. *Capítulo segundo: Nuevos derechos y garantías*. Es un capítulo nuevo, con un articulado que no existía en la constitución anterior, que lleva los nuevos números 36 a 43. Aquí comienza el cambio de numeración de los artículos respecto del texto constitucional anterior.

1.2.1. Art. 36. *Nulidad de actos contra el orden institucional; derecho de resistencia de la ciudadanía*. Los graves delitos que produzcan enriquecimiento mediante dolo contra el estado atentan contra la democracia. Artículo nuevo.

a) Declara la nulidad de los actos contra el orden institucional y el sistema democrático, disponiendo la pena de traidores a la patria (CN, art. 29) para sus autores, quienes quedarán "inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos" no pudiendo ser indultados ni conmutadas sus penas. La usurpación de funciones de "las autoridades de esta Constitución o las de las provincias" acarreará responsabilidad civil y penal. "Las acciones respectivas serán imprescriptibles". Otorga a la ciudadanía el derecho a resistirse contra tales actos.

b) Atenta contra el sistema democrático "quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento", lo cual implicará inhabilitación "para ocupar cargos o empleos públicos".

⁷ La reforma constitucional exigirá "una laboriosa tarea legislativa para dictar el cúmulo de normas que va a completar el organigrama constitucional, y que pueden tanto afianzar el principio de supremacía de la Constitución —si se elaboran inspiradas en espíritu de grandeza— como derrumbarlo —si son guiadas por intereses personales o sectoriales de partido—" (SAGGÉS, NÉSTOR PEDRO. Introducción a *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994*; Ed. Astrea, Bs. As., 1994, pág. 32).

c) "El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función".

1.2.2. Art. 37. *Garantía de derechos políticos. Sufragio universal, igual, secreto y obligatorio.* Artículo nuevo. (Ver disposición transitoria segunda).

a) La constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, conforme "al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia".

b) El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio.

c) Igualdad de oportunidades a mujeres y varones para acceso a cargos electivos partidarios.

1.2.3. Art. 38. *Partidos políticos.* Artículo nuevo.

a) "Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático".

b) La creación, organización y funcionamiento de los partidos políticos conforme a la CN es libre. La CN garantiza, además, la representación de las minorías, "la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas".

c) "El estado contribuye al sostenimiento económico de" los partidos políticos "y de la capacitación de sus dirigentes".

d) "Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y su patrimonio".

1.2.4. Art. 39. *Derecho de iniciativa para proyectos de leyes de la ciudadanía.* Artículo nuevo (Ver disposición transitoria tercera).

a) Otorga a los ciudadanos el derecho de iniciativa para presentar proyectos de leyes en la Cámara de Diputados, debiendo el Congreso darles tratamiento dentro de doce meses. No pueden ser objeto de esta iniciativa proyectos referidos a "reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal".

b) El Congreso, "con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara", deberá sancionar una ley que no podrá exigir la firma de ciudadanos que constituyan más del tres por ciento del padrón electoral nacional, contemplando "una adecuada distribución territorial" para que la iniciativa sea válida.

Nota: El artículo no precisa el comienzo del plazo de doce meses indicado en a).

1.2.5. Art. 40. *Consultas vinculantes y no vinculantes a la ciudadanía.* Artículo nuevo.

a) *Consulta vinculante.* A iniciativa de la Cámara de Diputados, el Congreso "podrá someter a consulta popular un proyecto de ley".

"La ley de convocatoria no podrá ser vetada".

El voto afirmativo del proyecto por la ciudadanía será obligatorio, "lo convertirá en ley y su promulgación será automática".

b) *Consulta no vinculante*. "El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante", en tal supuesto el voto no será obligatorio. La reglamentación de "las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular" serán efectuados por el Congreso, "con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara".

1.2.6. *Art. 41. Protección del ambiente*. Artículo nuevo.

a) Derecho de todos los hombres a un ambiente sano y obligación de preservarlo en sus actividades productivas para generaciones futuras.

b) El daño ambiental deberá ser recompuesto "según lo establezca la ley".

c) Las autoridades deberán proteger y preservar los recursos naturales e informar y educar en materia ambiental.

d) La Nación dictará "las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección", sin alterar las jurisdicciones locales. Las provincias dictarán las normas que fueren necesarias para complementar aquéllas.

e) Prohibición de ingreso "al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

1.2.7. *Art. 42. Derechos de los consumidores*. Artículo nuevo.

a) "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, ..., a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno".

b) Las autoridades, además de proteger esos derechos, tendrán a su cargo: a) "la educación para el consumo"; b) la defensa de la competencia contra la distorsión de los mercados; c) "control de los monopolios naturales y legales"; d) "calidad y eficiencia de los servicios públicos" y e) "constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios".

c) La legislación establecerá procedimientos para la prevención y solución de conflictos derivados de la relación con consumidores, "y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

1.2.8. *Art. 43. Acción de amparo. Derecho de tomar conocimiento y eventualmente exigir rectificación de datos referidos a las personas*. Hábeas corpus. Artículo nuevo.

a) *Acción de amparo*. Toda persona puede interponer acción de amparo (que deberá tramitarse en forma) "expedita y rápida" "siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente" en alguna forma perjudique "con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley". En tal caso, "el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

Respecto de discriminación, protección del ambiente, defensa de la competencia, de los derechos del usuario y del consumidor y "derechos de incidencia colectiva en general" podrán interponer la acción de amparo, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, según lo disponga la ley.

b) Derecho a tomar conocimiento y eventualmente exigir rectificación de datos referidos a las personas (*habeas data*). Toda persona podrá tomar conocimiento de los datos a ella referidos "y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la" corrección pertinente. "No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística" ⁸.

c) *Habeas corpus*. En caso de lesión a los derechos de libertad física, agravamiento ilegítimo de la detención o desaparición forzada de personas, "la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio".

2. Segunda parte. Autoridades de la Nación.

Comprende los artículos 44 a 129 (ya que entiendo que las disposiciones transitorias integran la segunda parte).

2.1. Título primero. Gobierno federal. Comprende los artículos que llevan los nuevos números 44 a 120.

2.1.1. Sección primera. Del poder legislativo. Comprende los artículos que llevan los nuevos números 44 a 86.

2.1.1.1. Art. 44. Composición del Poder Legislativo de la Nación. Modifica el ex artículo 36. El Poder Legislativo Nacional está compuesto por dos cámaras, "una de diputados de la Nación y otra de senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires" (esta ciudad también elige diputados nacionales). En el nuevo texto el término "ciudad de Buenos Aires" reemplaza a la palabra "Capital" del ex artículo 36.

2.1.1.1.1. Capítulo primero. De la Cámara de Diputados. Abarca los artículos que llevan los números 45 a 53.

⁸ El origen del *habeas data* se explica en virtud del desarrollo del llamado *poder informático* que cuenta con protección constitucional "de su actividad, en las reglas que tutelan la libertad de comerciar, trabajar, propiedad, inviolabilidad de los papeles privados, etc. La situación no es la misma para los *registrados* en los archivos o bancos de datos, ya que éstos pueden contener información equivocada, antigua, falsa o con potenciales fines discriminatorios, o lesiva del derecho a la intimidad de las personas, etcétera. El *habeas data* pretende dar una respuesta transaccional a los derechos constitucionales de *registrantes* y *registrados* y atiende a cuestiones de fondo (los derechos de cada uno de aquéllos), y de forma (el tipo de procedimiento para asegurar tales derechos). Con relación a lo primero, el *habeas data* tiene cinco fines principales: a) acceder al registro de datos; b) actualizar los datos atrasados...; c) corregir información inexacta; d) asegurar la *confidencialidad* de cierta información legalmente colectada, pero que no debería trascender a terceros...; e) cancelar datos que hacen a la llamada *información sensible*... potencialmente discriminatoria o que perfora la privacidad del registrado" (SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. *Amparo, habeas data y habeas corpus en la reforma constitucional*; LL, 7/10/94).

2.1.1.1.1.1. Art. 45. *Composición de la Cámara de Diputados*. Modifica el ex artículo 37.

a) Los diputados son elegidos por el pueblo de: a) las provincias; b) la Ciudad de Buenos Aires y c) la Capital, en caso de traslado, "que se consideran a ese fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios".

b) Habrá un diputado por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos, pudiendo el Congreso, después de cada censo "aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado".

2.1.1.1.1.2. Art. 46. *Cantidad de diputados para la primera legislatura*. Igual al ex artículo 38.

2.1.1.1.1.3. Art. 47. *Censo general para determinar la cantidad de diputados*. Igual al ex artículo 39.

2.1.1.1.1.4. Art. 48. *Requisitos para poder ser elegido diputado*. Igual al ex artículo 40.

2.1.1.1.1.5. Art. 49. *Ley nacional para la elección de diputados*. Igual al ex artículo 41.

2.1.1.1.1.6. Art. 50. *Duración del mandato de los diputados*. Igual al ex artículo 42.

2.1.1.1.1.7. Art. 51. *Vacancia de diputados*. Igual al ex artículo 43; sin embargo conforme a la redacción del nuevo art. 45 (ex 37), debería mencionarse a la ciudad de Buenos Aires y a la Capital, en caso de traslado.

2.1.1.1.1.8. Art. 52. *Iniciativa exclusiva de leyes por la Cámara de Diputados*. Igual al ex artículo 44.

2.1.1.1.1.9. Art. 53. *Funcionarios pasibles de juicio político*. Modificación del ex artículo 45.

a) Agrega al jefe de gabinete (ver art. 100) como funcionario al cual la Cámara de Diputados puede acusar ante el Senado para la realización de juicio político.

b) Suprime la posibilidad de juicio político a los jueces integrantes de los tribunales inferiores de la Nación.

2.1.1.1.2. *Capítulo segundo. Del Senado*. Abarca los artículos que llevan los nuevos números 54 al 62.

2.1.1.1.2.1. Art. 54. *Composición del Senado. Elección de los senadores. A quién corresponden las bancas*. Modificación del ex artículo 46 (ver disposición transitoria cuarta).

a) *Composición del Senado*. El Senado Nacional se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires (no aclara si en caso de traslado de la capital, ésta designará senadores). "Cada senador tendrá un voto".

b) *Elección de los senadores*. En forma directa y conjunta (esto último parecería significar que las elecciones de senadores deben hacerse el mismo día en todo el país).

c) *A quién corresponden las bancas.* Corresponden dos bancas "al partido político que obtenga el mayor número de votos y la restante al partido político que le siga en número de votos".

2.1.1.1.2.2. Art. 55. *Requisitos para poder ser elegido senador.* Igual al ex artículo 47.

2.1.1.1.2.3. Art. 56. *Duración del mandato de los senadores.* Renovación del Senado. Modificación del ex art. 48 (ver disposición transitoria quinta).

a) *Duración del mandato de los senadores.* Duran seis años.

b) *Renovación del Senado.* "El Senado se renovará a razón de una tercera parte de los distritos electorales cada dos años".

Nota: A diferencia del ex artículo 48 que establecía que mediante sorteo se decidiría cuáles senadores saldrían "en el primero y segundo trienio" (mandato de nueve años), el nuevo artículo 56 fija la renovación en el primero y segundo bienio (mandato de seis años) "a razón de una tercera parte de los distritos electorales".

2.1.1.1.2.4. Art. 57. *El vicepresidente de la Nación es presidente del Senado.* Igual al ex artículo 49.

2.1.1.1.2.5. Art. 58. *Presidente provisorio del Senado.* Igual al ex artículo 50.

2.1.1.1.2.6. Art. 59. *Juicio político a cargo del Senado.* Igual al ex artículo 51.

2.1.1.1.2.7. Art. 60. *Efectos de la condena en juicio político.* Igual al ex artículo 52.

2.1.1.1.2.8. Art. 61. *Autorización al presidente de la Nación para declarar el estado de sitio.* Igual al ex artículo 53.

2.1.1.1.2.9. Art. 62. *Vacancia de senadores.* Igual al ex artículo 54.

2.1.1.1.3. *Capítulo tercero. Disposiciones comunes a ambas cámaras.* Abarca los artículos que llevan los nuevos números 63 a 74.

2.1.1.1.3.1. Art. 63. *Períodos de sesiones de las cámaras. Convocatoria extraordinaria o prórroga.* Modificación del ex artículo 55.

a) *Sesiones ordinarias.* Las sesiones ordinarias de ambas cámaras del Congreso Nacional comienzan el primero de marzo y terminan el treinta de noviembre de cada año⁹.

b) *Sesiones extraordinarias.* Esto no fue modificado; el presidente de la Nación puede convocarlas extraordinariamente o prorrogar sus sesiones.

c) *Convocatoria.* Anteriormente la CN no se refería expresamente al respecto y era costumbre que mediante decreto del Poder Ejecutivo Nacional se las convocase en cada oportunidad. El nuevo texto dispone que las cámaras "se reunirán por sí mismas", es decir que la nueva CN les reconoce expresamente facultades de autoconvocatoria.

⁹ "Las Cámaras tienen ahora menos pretexto para su ineficiencia: se ha ampliado el período de sesiones, limitando así la discrecionalidad del Ejecutivo, se ha simplificado el trámite" (FRÍAS, PEDRO J. *Los valores sociales en la Constitución reformada (I)*; LL., 14/10/94).

2.1.1.1.3.2. Art. 64. Cada cámara juzga la validez de los títulos de sus miembros. Principio en materia de quórum. Igual al ex artículo 56.

2.1.1.1.3.3. Art. 65. Simultaneidad de las sesiones de las cámaras. Igual al ex artículo 57.

2.1.1.1.3.4. Art. 66. Reglamento de cada cámara. Apercibimiento y exclusión de sus miembros. Renuncias de senadores y diputados. Igual al ex artículo 58.

2.1.1.1.3.5. Art. 67. Juramento de senadores y diputados al incorporarse. Igual al ex artículo 59.

2.1.1.1.3.6. Art. 68. Inmunidad de los senadores y diputados. Igual al ex artículo 60.

2.1.1.1.3.7. Art. 69. Requisitos para el arresto de senadores y diputados. Igual al ex artículo 61.

2.1.1.1.3.8. Art. 70. Separación de senadores y diputados y puesta a disposición de juez competente. Igual al ex artículo 62.

2.1.1.1.3.9. Art. 71. Convocatoria por las cámaras a los ministros. Igual al ex artículo 63.

2.1.1.1.3.10. Art. 72. Principio de consentimiento previo de la cámara respectiva para que un senador o diputado reciba empleo o comisión del PEN. Igual al ex artículo 64.

2.1.1.1.3.11. Art. 73. Prohibiciones para ser miembro del Congreso. Igual al ex artículo 65.

2.1.1.1.3.12. Art. 74. Remuneración de senadores y diputados. Igual al ex artículo 66.

2.1.1.1.4. Capítulo cuarto. Atribuciones del Congreso. Abarca los artículos que llevan los nuevos números 75 y 76.

2.1.1.1.4.1. Art. 75. Facultades del Congreso. Modificación del ex artículo 67.

Inc. 1º. Importación y exportación. Modificación del ex inciso 1º. "Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación".

Inc. 2º. Impuestos indirectos y directos. Coparticipación. Reasignación de recursos en caso de transferencia de funciones. Creación de organismo fiscal federal de control. Modificación del ex inciso 2º.

a) *Impuestos indirectos.* Es una facultad del Congreso concurrente con las provincias.

b) *Impuestos directos.* "Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales" en toda la Nación.

c) *Coparticipación.* Luego de acuerdos entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires, se instituirán regímenes de coparticipación de dichos impuestos, salvo aquéllos que tengan asignación específica. Se garantiza "la automaticidad en la remisión de los fondos".

Tales regímenes de coparticipación se instituirán mediante una ley convenio que tendrá como cámara de origen el Senado y que "deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias".

La distribución de la coparticipación se hará sobre criterios objetivos de reparto, equidad, solidaridad y priorizará un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el país.

d) *Reasignación de recursos en caso de transferencia de funciones.* Cualquier reasignación de competencias, servicios o funciones, requerirá la asignación de los recursos correspondientes y deberá ser aprobada por ley nacional, cuando correspondiere, "y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso".

e) *Creación de organismo fiscal federal de control.* El control de lo dispuesto en este inciso estará a cargo de un organismo federal, según lo determine la ley, "la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición".

Inc. 3º. Establecimiento y modificación de recursos coparticipables. Nuevo inciso. "Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por la ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara".

Inc. 4º. Contraer empréstitos nacionales. Modificación del ex inciso 3º. De conformidad con la moderna evolución de las operaciones financieras, suprime del inc. 3º anterior la exigencia que tales empréstitos sólo puedan serlo en dinero.

Inc. 5º. Disposición del uso y enajenación de tierras nacionales. Texto igual al del ex inciso 4º.

Inc. 6º. Establecer un banco federal pudiendo delegarle la creación de moneda. Creación de bancos nacionales. Modificación del ex inciso 5º. "Establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales". Se amplía la facultad de establecer un solo banco nacional (con eventuales sucursales en todo el país), al establecimiento de un banco federal y otros bancos nacionales.

Inc. 7º. Deuda interna y externa. Texto igual al del ex inciso 6º.

Inc. 8º. Presupuesto de gastos, recursos e inversiones. Modificación del ex inciso 7º. Fijar anualmente según las pautas de distribución de la coparticipación entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires el presupuesto nacional de gastos y recursos de la administración nacional. Aprobar o no las inversiones.

Inc. 9º. Subsidios a las provincias. Texto igual al del ex inciso 8º.

Inc. 10º. Libre navegación de ríos interiores y creación de puertos. Creación y supresión de aduanas. Modificación del ex inciso 9º. Suprime del ex inciso 9º la prohibición de supresión por el Congreso Nacional de "las aduanas exteriores que existían en cada provincia al tiempo de su incorporación" a la Confederación Argentina.

Inc. 11º. Emisión de moneda nacional. Fijación del valor de la moneda nacional y de las extranjeras. Pesas y medidas. Texto igual al del ex inciso 10º.

Inc. 12º. Sanción de códigos. Leyes sobre nacionalidad, concursos, falsificación de moneda y documentos públicos del Estado. Modificación del ex inciso 11º.

a) El texto sobre la sanción de códigos ha sido modificado en el sentido que ello podrá serlo *en cuerpos unificados o separados* (tal lo que en la práctica sucede, por ejemplo, con la ley 19.550 de sociedades comerciales, que si bien su artículo 384 establece que integra el código de comercio, habitualmente figura como apéndice al mismo. Lo mismo sucede con la ley 19.551 de concursos, artículo 315).

b) Modifica el ex inciso 11 que se refería a *naturalización y ciudadanía* y dispone como atribución del Congreso Nacional el dictado de leyes "sobre naturalización y nacionalidad con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina".

c) Curiosamente no se sustituyó la palabra *bancarrotas* por el término contemporáneo *concurso* o *concurso y quiebras* al referirse a la facultad del Congreso Nacional de legislar al respecto.

d) El texto referente a legislación sobre falsificación de moneda y documentos públicos del estado no ha variado.

Inc. 13º. Comercio exterior e interprovincial. Modificación del ex inciso 12. Actualiza el inciso, sin cambiar su sentido, suprimiendo la referencia a la calidad de marítimo y terrestre del comercio.

Inc. 14º. Correo. Modificación del ex inciso 13. Actualiza el inciso, sin cambiar su sentido, suprimiendo la referencia a las postas.

Inc. 15º. Límites de la Nación y de las provincias. Territorios nacionales. Texto igual al del ex inciso 14º.

Inc. 16º. Seguridad fronteras. Modifica el ex inciso 15º, suprimiendo lo referente al trato pacífico con los indios y la promoción de su conversión al catolicismo.

Inc. 17º. Garantías a los pueblos indígenas argentinos. Inciso nuevo. El Congreso Nacional, concurrentemente con las provincias, debe reconocer la preexistencia étnica y cultural de los indígenas; respetar su identidad; educación bilingüe e intercultural; personería jurídica de sus comunidades; régimen de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan; participación de los indígenas en los intereses que los afecten.

Inc. 18º. Legislación tendiente a la prosperidad del país. Igual al ex inciso 16º.

Inc. 19º. Legislación adicional tendiente a la prosperidad del país. Inciso nuevo.

a) El Senado será cámara de origen para los proyectos de leyes tendientes a: a) desarrollo humano; b) progreso económico con justicia social; c) productividad de la economía nacional; d) generación de empleo; e) formación profesional de los trabajadores; f) defensa del valor de la moneda; g) investigación y desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento; h) crecimiento armónico de la Nación y poblamiento de su territorio; i) políticas diferenciadas tendientes a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones.

b) Cualquiera de las cámaras podrá originar proyectos de leyes en materia de:

a) educación, "que consoliden la unidad nacional", que respeten particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del estado, la participación de la familia y la sociedad, promuevan valores democráticos e igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminaciones y garanticen la gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales; b) protección de identidad y pluralidad cultural; libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

Inc. 20º. Establecimiento de tribunales inferiores. Creación de empleos. Otorgamiento de pensiones, honores y amnistías. Modifica el ex inciso 17º. Sólo cambia la denominación de *Suprema Corte* (ex inc. 17º), por *Corte Suprema de Justicia* en el nuevo inc. 20º.

Inc. 21º. Renuncia del presidente o vicepresidente de la Nación. Modifica el inciso 18º. Se suprime la última parte que asignaba al Congreso hacer el escrutinio de la nueva elección y su eventual rectificación.

Inc. 22º. Tratados Internacionales. Su jerarquía es superior a la de las leyes. Modificación del ex inciso 19º.

a) Corresponde al Congreso Nacional aprobar o desechar tratados internacionales y concordatos con la Santa Sede, los que tienen jerarquía superior a las leyes.

b) Los documentos y tratados internacionales mencionados en este inciso, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan el contenido de la primera parte y son complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución. Sólo podrán ser denunciados por el Poder Ejecutivo Nacional, "previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara". Los referidos documentos y tratados internacionales son los siguientes: Declaración americana de los derechos y deberes del hombre; Declaración universal de los derechos humanos; Convención americana sobre derechos humanos; Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales; Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y su protocolo facultativo; Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio; Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y Convención sobre los derechos del niño ¹⁰.

¹⁰ a) Considero que el otorgamiento de *jerarquía constitucional*, en las condiciones de su vigencia a dichos convenios internacionales por su imprecisión terminológica y conceptual constituirá una fuente de incertidumbre y por tanto, de conflictos.

b) "Es inequívoco que la inclusión de nuevos derechos, no puede derogar aquéllos que continúan en la norma constitucional. El problema de la inclusión de textos heterogéneos es que, en muchos casos, implica la derogación del derecho pretoriano y requiere por tanto una nueva labor hermenéutica con el objeto de recrear la armonía. Esta es la responsabilidad que la reforma genera en los jueces y fundamentalmente en la Corte Suprema". Diversas libertades establecidas como principios en algunos de los pactos internacionales que han pasado a integrar nuestra constitución, están sujetas a las "limitaciones prescriptas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el

c) "Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional". Entiendo que no puede constituir una atribución del Congreso el otorgar jerarquía constitucional a cualquier norma; ello es función exclusiva de una convención constituyente.

Inc. 23º. Derechos humanos. Protección del niño y de la madre. Inciso nuevo.

a) *Derechos humanos.* Garantía de igualdad de oportunidades, trato y derechos reconocidos por esta Constitución y tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de niños, mujeres, ancianos y discapacitados.

b) *Protección del niño y de la madre.* Dictar un régimen de seguridad social protegiendo al niño "en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y durante el tiempo de lactancia".

Inc. 24º. Organizaciones supraestatales. Inciso nuevo.

"Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes".

Nota: Considero confusa la redacción ya que siendo la CN una ley, parecería que tales tratados estarían por encima de la misma. Si por leyes no se incluyó a nuestra ley suprema, desconozco la existencia de norma alguna superior a las leyes nacionales e inferior a la CN.

La aprobación de estos tratados con Estados latinoamericanos requiere "la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara".

En caso de tratados supranacionales con Estados no latinoamericanos, el Congreso Nacional, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara declarará la conveniencia de aprobación del tratado, el cual "sólo podrá ser aprobado por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara después de ciento veinte días del acto declarativo".

orden, la salud, o la moral públicos o los derechos y libertades de los demás". lo cual claramente "se halla en colisión con los principios básicos de nuestro derecho constitucional". Tales los casos de "la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos de Niño" las cuales "habilitan restricciones a la libertad de manifestar la religión o las creencias, la libertad de expresión, la libertad de reunión, y la libertad de circulación. Las dos primeras lo hacen también respecto de la libertad de asociación"... Respecto de estas libertades debe regir el principio de que toda regulación estatal tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad. En consecuencia la posibilidad de restricciones no debe tener *jerarquía constitucional*... Será necesario entonces que los tribunales reiteren sus decisiones sobre estos temas y descarten la habilitación que surge de los tratados" (COLAUITI, CARLOS E. *Los tratados internacionales y la reforma de la Constitución*: LL. 6/10/94).

La denuncia de estos tratados requerirá "la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara".

Inc. 25º. Guerra y paz. Igual a ex inciso 21º.

Inc. 26º. Represalias y presas. Modifica al ex inciso 22. Suprime lo referente al otorgamiento de patentes de corso. Curiosamente no suprime los "reglamentos para las presas" (botines de guerra en favor de particulares).

Inc. 27º. Organización y gobierno de las fuerzas armadas. Modifica al ex inciso 23º, el cual queda redactado en forma más sintética y actualizada.

Inc. 28º. Ingreso de tropas extranjeras y salida de fuerzas nacionales. Igual a ex inciso 25º.

Inc. 29º. Estado de sitio. Igual a ex inciso 26º.

Inc. 30º. Legislación exclusiva en territorio de la capital de la Nación. Establecimientos de utilidad nacional. Modifica al ex inciso 27º.

a) *Legislación exclusiva en territorio de la capital de la Nación.* El Congreso Nacional dicta legislación exclusiva dentro de la capital de la Nación.

b) *Establecimientos de utilidad nacional.* El Congreso Nacional dicta "la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República.

Las provincias y municipalidades "conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

Inc. 31º. Intervención federal. Inciso nuevo.

a) Corresponde al Congreso, mientras esté en período de sesiones, "disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires".

b) Estando el Congreso en receso (fuera del período de sesiones), el Poder Ejecutivo Nacional puede decretar tales intervenciones, las cuales deberán ser posteriormente aprobadas o revocadas por el Congreso.

Inc. 32º. Facultades legislativas en general. Igual que ex inciso 28.

Nota: Incisos suprimidos de este artículo. Se suprimieron los ex incisos 20º y 24º.

2.1.1.1.4.2. *Art. 76. Principio de prohibición de delegación legislativa en el PEN.* Artículo nuevo.

a) En principio queda prohibida la delegación de atribuciones legislativas del Congreso Nacional al PEN.

b) La excepción está constituida por "materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca".

c) La caducidad del plazo de delegación legislativa no dará lugar a "revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas" por "la delegación legislativa".

2.1.1.1.5. *Capítulo quinto. De la formación y sanción de las leyes.* Comprende los artículos cuyos nuevos números son 77 a 84.

2.1.1.1.5.1. *Art. 77. Iniciativa en el principio de las leyes.* Modificación del ex artículo 68. Se limita la posibilidad de proyectos de inicio de leyes por el PEN, los cuales se autorizan "salvo las excepciones que establece esta Constitución".

2.1.1.1.5.2. *Art. 78. Aprobación sin rechazo de las Cámaras ni del PEN.* Igual al ex artículo 69.

2.1.1.1.5.3. *Art. 79. Aprobación general de un proyecto de ley y delegación en las comisiones de la aprobación en particular.* Artículo nuevo. "Cada Cámara luego de aprobar un proyecto de ley en general, puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular del proyecto, con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros". La aprobación en comisión requerirá el voto de la mayoría absoluta de los miembros de la comisión. Con igual régimen y número de votos la cámara podrá dejar sin efecto la delegación y retomar el trámite ordinario. "Una vez aprobado el proyecto en comisión, se seguirá el trámite ordinario".

2.1.1.1.5.4. *Art. 80. Aprobación de proyectos por el PEN. Proyectos desechados parcialmente.* Modificación del ex artículo 70.

a) *Aprobación de proyectos por el PEN.* Igual que el ex artículo 70.

b) *Proyectos desechados parcialmente.* En principio no se aprueba su parte restante, salvo que tenga "autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso". Se aplica al caso el procedimiento aplicable a los decretos de necesidad y urgencia (art. 99, Inc. 3°).

2.1.1.1.5.5. *Art. 81. Rechazo y modificaciones efectuadas por las Cámaras a los proyectos de leyes.* Modificación del artículo 71.

a) *Rechazo de proyectos:*

a.1) "Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año".

a.2) Ninguna Cámara puede desechar un proyecto originado en ella y modificado por la Cámara revisora (esto rige aun para el caso que la modificación altere totalmente el espíritu y el sentido del proyecto).

b) *Modificaciones de proyectos:*

b.1) Si la Cámara revisora hubiese modificado el proyecto con las dos terceras partes de los presentes, la cámara de origen deberá aceptar las modificaciones y "el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes", sin poder "introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora".

b.2) Si la Cámara revisora hubiese modificado el proyecto con la mayoría absoluta de los presentes, "la cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria".

2.1.1.1.5.6. *Art. 82. Manifestación expresa de la voluntad de las Cámaras.*

Artículo nuevo. La voluntad de las Cámaras, expresada mediante los votos de los integrantes de cada Cámara debe manifestarse expresamente, no admitiéndose la sanción lácita o ficta.

2.1.1.1.5.7. Art. 83. *Veto del PEN. Procedimiento de confirmación.* Igual al ex artículo 72.

2.1.1.1.5.8. Art. 84. *Fórmula de sanción de leyes.* Igual al ex artículo 73.

2.1.1.1.6. *Capítulo sexto. De la Auditoría general de la Nación.* Es un capítulo nuevo y consta del nuevo artículo 85.

2.1.1.1.6.1. Art. 85. *Auditoría General de la Nación.* Artículo nuevo.

a) *Creación y funcionamiento.* Su creación y funcionamiento será mediante ley "que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara" y que otorgará autonomía funcional a dicho organismo. El presidente de la Auditoría "será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso".

b) *Funciones.* "El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo", cuyo examen estará sustentado "en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación", la cual tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de la actividad de la administración pública y demás funciones que la ley le otorgue; intervendrá necesariamente en la "aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos".

2.1.1.1.7. *Capítulo séptimo. Del defensor del pueblo.* Es un capítulo nuevo y consta del nuevo artículo 86.

2.1.1.1.7.1. Art. 86. *Defensor del pueblo.* Artículo nuevo ¹¹.

a) *Creación, funcionamiento, designación y remoción.* "La organización y funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial". Es un órgano independiente, designado y removido por el Congreso, con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada Cámara, "goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores", "actuará con plena autonomía funcional sin recibir instrucciones de ninguna autoridad". "Tiene legitimación procesal... Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez".

b) *Funciones.* Consisten en la defensa de todos los derechos tutelados por la constitución y las leyes, "ante hechos, actos u omisiones de la administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas".

2.1.2. *Sección segunda. Del Poder Ejecutivo.* Comprende los artículos que llevan los nuevos números 87 a 107.

2.1.2.1. *Capítulo primero. De su naturaleza y duración.* Comprende los artículos que llevan los nuevos números 87 a 93.

2.1.2.1.1. Art. 87. *Poder Ejecutivo Nacional (Presidente de la Nación).* Modifica-

¹¹ Ver leyes 24.284 y 24.379.

ción del ex artículo 74 y el único cambio en su texto es que la palabra “presidente” en el nuevo texto está escrita con una letra “p” mayúscula, mientras que en el anterior era minúscula.

2.1.2.1.2. Art. 88. *Acefalia del presidente de la Nación*. Texto igual al del ex artículo 75.

2.1.2.1.3. Art. 89. *Requisitos para poder ser elegido presidente o vicepresidente de la Nación*. Modificación del ex artículo 76. Se suprime la exigencia de “pertenecer a la comunión católica apostólica romana”.

2.1.2.1.4. Art. 90. *Duración de los mandatos del presidente y vicepresidente de la Nación*. Modificación del ex artículo 77.

a) “El presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años”.

b) “Podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo”; es decir, que: a) el presidente puede ser reelegido presidente por un período consecutivo; b) el vicepresidente puede ser reelegido vicepresidente por un período consecutivo; c) el presidente puede ser elegido vicepresidente por el período inmediatamente posterior al de su presidencia; d) el vicepresidente puede ser elegido presidente por el período inmediatamente posterior al de su vicepresidencia y e) mediano el intervalo de un período intermedio, las mismas personas tendrán iguales posibilidades a las mencionadas de a) a d).

c) “Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período”.

2.1.2.1.5. Art. 91. *Terminación del mandato del presidente de la Nación*. Modificación del ex artículo 78. Los cambios consisten en: a) “cesa en el poder el mismo día en que expira su período”, en vez de “el día mismo”; b) conforme al art. 90 anterior, el período es de cuatro años (renovable por una vez), en vez de seis años, no renovables, del ex artículo 77.

2.1.2.1.6. Art. 92. *Retribución del presidente y vicepresidente de la Nación. Prohibición de ejercer otro empleo o recibir otro emolumento*. Texto igual al del ex artículo 79.

2.1.2.1.7. Art. 93. *Fórmula del juramento del presidente y vicepresidente de la Nación*. Modificación del ex artículo 80. “Al tomar posesión de su cargo el presidente y vicepresidente prestarán juramento, en manos del presidente del Senado y ante el Congreso reunido en Asamblea, respetando sus creencias religiosas de: ‘desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de presidente (o vicepresidente) de la Nación y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina’”. En consecuencia, la carencia de creencias religiosas (como por ejemplo el ateísmo) constituiría una causal de inhabilitación para ser presidente o vicepresidente de la Nación.

2.1.2.2. *Capítulo segundo. De la forma y tiempo de la elección del presidente y vicepresidente de la Nación*. Comprende los artículos que llevan los nuevos números 94 a 98, y reemplaza el procedimiento electoral contemplado en los ex artículos 81 a 85.

2.1.2.2.1. Art. 94. *Elección directa del presidente y vicepresidente de la Nación*.

Modificación del ex artículo 81. El presidente y vicepresidente se eligen en forma directa, en doble vuelta. "A este fin el territorio nacional conformará un distrito único".

2.1.2.2.2. *Art. 95. Plazo para la realización de la elección.* Modificación del ex artículo 81. "La elección se efectuará dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del presidente en ejercicio".

2.1.2.2.3. *Art. 96. Eventual segunda vuelta electoral.* Artículo nuevo. De ser necesaria una segunda vuelta electoral, la misma "se realizará entre las dos fórmulas de candidatos más votadas, dentro de los treinta días de celebrada" la primera elección.

2.1.2.2.4. *Art. 97. Proclamación de presidente y vicepresidente de la Nación por cantidad de votos en la primera vuelta.* Artículo nuevo. Cuando la fórmula más votada en la primera vuelta hubiera obtenido más del 45% (cuarenta y cinco por ciento) de los votos válidos, "sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación".

2.1.2.2.5. *Art. 98. Proclamación de presidente y vicepresidente de la Nación por diferencia de votos en la primera vuelta.* Artículo nuevo. Cuando la fórmula más votada en la primera vuelta hubiera obtenido por lo menos el 40% (cuarenta por ciento) de los votos válidos y superase en más de 10 (diez) puntos porcentuales a los votos válidos obtenidos por la fórmula que le sigue en número de votos, los integrantes de la primera fórmula "serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación".

Nota. En caso de no resultar proclamada una fórmula según lo dispuesto por los artículos 97 y 98, deberá efectuarse una segunda vuelta electoral "entre las dos fórmulas de candidatos más votadas" (conf. CN, art. 96).

2.1.2.3. *Capítulo tercero. Atribuciones del Poder Ejecutivo (Presidente de la Nación).* Comprende el artículo 99.

2.1.2.3.1. *Art. 99. Atribuciones del Poder Ejecutivo.* Modificación del ex artículo 86.

Inc. 1º. Jefe de la Nación y gobierno. Responsable político de la administración. Modificación del ex inciso 1º. El presidente de la Nación es : a) jefe supremo de la Nación; b) jefe del gobierno y c) responsable político de la administración general del país.

Inc. 2º. Facultades reglamentarias. Igual a ex inciso 2º.

Inc. 3º. Participación en la formación de las leyes. Decretos de necesidad y urgencia. Modificación del ex inciso 4º.

a) *Participación en la formación de las leyes.* El PEN "Participa en la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar". En principio el PEN "no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo".

b) *Decretos de necesidad y urgencia.* El PEN podrá dictar "decretos por razones de necesidad y urgencia" siempre que: a) "circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la

sanción de las leyes” y b) tales decretos no constituyan “normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos”.

Los decretos de necesidad y urgencia “serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros”, quien dentro de los diez días (no aclara si dicho plazo se cuenta desde el dictado del decreto o desde su publicación en el Boletín Oficial o su entrada en vigencia) “someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara”, la cual dentro de los diez días elevará su despacho al plenario de cada Cámara para su tratamiento inmediato. “Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

Inc. 4º. Nombramiento de miembros de la Suprema Corte y jueces federales inferiores. Modificación del ex inciso 5º.

a) *Nombramiento de miembros de la Suprema Corte.* Mediante “acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto”.

b) *Nombramiento de jueces federales inferiores.* Lo hace “en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos”.

c) *Mantenimiento en el cargo a dichos magistrados una vez cumplidos setenta y cinco años.* Una vez que cualquier miembro de la Suprema Corte o juez federal inferior hubiera cumplido setenta y cinco años se requerirá “un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo” para mantenerlo en el cargo. Los nombramientos de tales magistrados “cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite”.

Inc. 5º. Indulto y conmutación de penas. Igual a ex inciso 6º.

Inc. 6º. Previsión social. Modifica el ex inciso 7º, reemplazando la expresión *goce de montepíos por pensiones.*

Inc. 7º. Nombramiento y remoción de funcionarios. Modificación de ex inciso 10º.

a) *Con acuerdo del Senado.* “Nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios”.

b) *Por sí solo.* “Nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho, los oficiales de su secretaría, los agentes consulares y los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por esta Constitución”.

Inc. 8º. Apertura anual de las sesiones del Congreso y mensaje del estado de la Nación. Modificación del ex inciso 11º. a) Suprime la exigencia de que con motivo de la apertura de las sesiones del Congreso, ambas Cámaras deban necesariamente reunirse en la sala del Senado y b) suprime que sólo el Congreso sea el destinatario del mensaje del PEN acerca del estado de la Nación, las reformas prometidas por

la Constitución y la recomendación de medidas, ya que dicho mensaje debe dirigirse a la población en general.

Inc. 9°. Convocatoria a sesiones extraordinarias del Congreso. Prórroga de las sesiones ordinarias. Igual al ex inciso 12°.

Inc. 10°. Supervisión de la recaudación e inversión de las rentas nacionales. Modificación del ex inciso 13°. Supervisa la forma en que el jefe de gabinete de ministros recauda e invierte las rentas de la Nación, "con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales".

Inc. 11°. Mantenimiento de buenas relaciones con naciones extranjeras y organizaciones internacionales. Modificación del ex inciso 14°. a) Suprime el detalle de los tratados que pueden ser suscriptos; b) incluye las organizaciones internacionales y c) reemplaza la expresión "potencias extranjeras" por "naciones extranjeras".

Inc. 12°. Comandante en jefe de las fuerzas armadas. Modificación del ex inciso 15°. El PEN "es comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación"; fórmula más amplia que el texto anterior en el cual se mencionaban las fuerzas de mar y tierra; no habiéndose previsto en 1853, por su inexistencia, a la fuerza aérea y a las nuevas tecnologías bélicas.

Inc. 13°. Provisión de empleos y nombramientos militares. Modificación del ex inciso 16°. Se incorpora la fórmula más amplia de "fuerzas armadas".

Inc. 14°. Disposición, organización y distribución de las fuerzas armadas. Modificación del ex inciso 17°. Se incorpora la fórmula más amplia de "fuerzas armadas".

Inc. 15°. Declaración de guerra y orden de represalias. Modificación del ex inciso 18°. Se suprime la facultad de conceder patentes de corso y cartas de represalias, debiendo ser estas últimas ordenadas —al igual que la declaración de guerra— "con autorización y aprobación del Congreso" (al igual que el ex inciso 18).

Inc. 16°. Declaración del estado de sitio. Igual que ex inciso 19°.

Inc. 17°. Pedido de informes administrativos. Modificación del ex inciso 20°. Incluye expresamente al jefe de gabinete de ministros entre aquellos funcionarios a quienes el PEN puede pedir informes sobre la administración pública.

Inc. 18°. Salida del territorio nacional. Modificación del ex inciso 21°. a) El presidente de la Nación puede desplazarse dentro de todo el territorio nacional sin requerir permiso del Congreso; b) para viajar al exterior necesita permiso del Congreso y c) durante el receso del Congreso, sólo podrá viajar al exterior "sin licencia por razones justificadas de servicio público".

Inc. 19°. Nombramientos en comisión que requieran acuerdo del Senado. Modificación del ex inciso 22°.

Inc. 20°. Intervención federal. En caso de receso del Congreso, el PEN está facultado a decretar "la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires", debiendo, en tal caso, convocar simultáneamente al Congreso para el tratamiento de la respectiva intervención.

Nota: Incisos suprimidos. Se suprimieron en este artículo los ex incisos 3º, 8º y 9º.

2.1.2.4. *Capítulo cuarto. Del jefe de gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo.* Capítulo nuevo. Comprende los artículos 100 a 107.

2.1.2.4.1. *Art. 100. Jefe de gabinete de ministros, funciones. Ministros, número y competencia.* Artículo nuevo ¹².

a) *Jefe de gabinete de ministros y ministros; número y competencia.* "El jefe de gabinete de ministros y los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecida por una ley especial, tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia".

b) *Funciones del jefe de gabinete de ministros.* El jefe del gabinete de ministros tiene "responsabilidad política ante el Congreso de la Nación" y "no podrá desempeñar simultáneamente otro ministerio". Son sus funciones:

b.1) "Ejercer la administración general del país".

b.2) Expedir los actos y reglamentos requeridos "para ejercer las facultades que le atribuye este artículo" y aquéllas que le delegue el presidente de la Nación, "con el refrendo del ministro secretario del ramo al cual el acto o reglamento se refiera".

Creo que hubiera sido conveniente aclarar si el refrendo es requerido sólo para las facultades delegadas por el presidente de la Nación o también para las no delegadas, que surgen de este artículo 100.

b.3) Nombrar los empleados de la administración, "excepto aquéllos cuyo nombramiento corresponde al presidente".

b.4) a) "Ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el presidente de la Nación"; b) "en acuerdo de gabinete resolver sobre las materias que le indique el Poder Ejecutivo" y c) resolver "por su propia decisión" sobre las materias "que por su importancia estime necesario, en el ámbito de su competencia".

b.5) "Coordinar, preparar y convocar las reuniones de gabinete de ministros, presidiéndolas en caso de ausencia del presidente".

b.6) "Enviar al Congreso los proyectos de ley de Ministerios y de Presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo".

b.7) "Hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de Presupuesto nacional".

b.8) Refrendar: a) "los decretos reglamentarios de las leyes"; b) "los decretos que dispongan la prórroga de las sesiones ordinarias del Congreso"; c) los decretos que dispongan "la convocatoria del sesiones extraordinarias" y d) "los mensajes del

¹² El jefe de gabinete será el "mediador entre el Congreso, los ministros y el Presidente", su creación tiende a "atenuar el poder presidencial sin volverlo impotente" (FRÍAS, PEDRO J. *Los valores sociales en la Constitución reformada (II)*: LL, 14/10/94).

presidente que promuevan la iniciativa legislativa” (al respecto también ver los incisos 12º y 13º de este artículo).

b.9) “Concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, pero no votar” en las mismas.

b.10) “Una vez que se inicien las sesiones ordinarias del Congreso, presentar junto a los restantes ministros una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a los negocios de los respectivos departamentos”. Cabe señalar que la CN no fija un plazo para ello.

b.11) “Producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo” (nuevamente faltan plazos para el cumplimiento de esta obligación, según que los informes y explicaciones sean verbales o escritos).

b.12) “Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente”.

b.13) “Refrendar conjuntamente con los demás ministros” a) “los decretos de necesidad y urgencia” y b) “los decretos que promulgan parcialmente leyes”. “Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente”.

2.1.2.4.2. *Art. 101. Jefe de gabinete de ministros. Concurrencia periódica al Congreso. Interpelación. Remoción. Artículo nuevo.*

a) *Concurrencia periódica al Congreso.* “El jefe de gabinete de ministros debe concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio” de la facultad de cualquiera de dichas Cámaras de convocar a los ministros para dar explicaciones e informes (CN, art. 71).

b) *Interpelación.* Puede ser interpelado mediante una “moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras”.

c) *Remoción.* Puede ser removido “por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras”.

2.1.2.4.3. *Art. 102. Responsabilidad de los ministros.* Igual al ex artículo 88.

2.1.2.4.4. *Art. 103. Facultades individuales de los ministros.* Igual al ex artículo 89.

2.1.2.4.5. *Art. 104. Memoria anual de los ministros al Congreso.* Igual al ex artículo 90.

2.1.2.4.6. *Art. 105. Los ministros no pueden ser legisladores.* Igual al ex artículo 91.

2.1.2.4.7. *Art. 106. Participación, sin voto, en las sesiones del Congreso.* Igual al ex artículo 92.

2.1.2.4.8. *Art. 107. Remuneración.* Igual al ex artículo 93.

2.1.3. *Sección tercera. Del Poder Judicial* (comprende los artículos 108 a 119).

2.1.3.1. *Capítulo primero. De su naturaleza y duración* (comprende los artículos 108 a 115).

2.1.3.1.1. *Art. 108. Composición del Poder Judicial de la Nación.* Igual al ex artículo 94.

2.1.3.1.2. *Art. 109. Prohibición al presidente de ejercer funciones judiciales.* Igual al ex artículo 95.

Nota: La prohibición no es absoluta; ver arts. 23 y 99, inc. 5°.

2.1.3.1.3. *Art. 110. Inamovilidad y retribución de los jueces.* Igual al ex artículo 96.

Nota: Ver art. 99, inc. 4°, último párrafo, que requiere nuevo nombramiento una vez que cualquier juez haya cumplido setenta y cinco años.

2.1.3.1.4. *Art. 111. Requisitos para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia.* Igual al ex artículo 97.

2.1.3.1.5. *Art. 112. Juramento de los integrantes de la Corte.* Igual al ex artículo 98.

2.1.3.1.6. *Art. 113. Reglamento interno y nombramiento de empleados de la Corte Suprema.* Modificación del ex artículo 99. "La Corte Suprema dictará su reglamento interior y nombrará a sus empleados".

2.1.3.1.7. *Art. 114. Consejo de la Magistratura.* Artículo nuevo (ver disposición transitoria decimotercera ¹³).

2.1.3.1.7.1. *Regulación, finalidad e integración.* a) Será "regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara". b) "Tendrá a su cargo la selección de los magistrados" (se trata de los "jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna"; art. 99, inc. 4°, párrafo 2) "y la administración del Poder Judicial". c) La ley de regulación del consejo establecerá que los integrantes del mismo se renovarían periódicamente. En su integración se procurará "el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal". También será integrado "por otras personas del ámbito académico y científico".

2.1.3.1.7.2. *Atribuciones:* 1) "Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores". 2) Emitir propuestas al Poder Ejecutivo Nacional (ver art. 99, inc. 4°, párrafo 2°) "en ternas vinculantes para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores". Advértase que ello impone los

¹³ a) El Consejo de la Magistratura tendrá la responsabilidad de procurar "la idoneidad profesional y moral de los magistrados" (FRÍAS, PEDRO J. *Los valores sociales en la Constitución reformada (I)*: LL. 14/10/94).

b) "La nueva Constitución no define claramente la situación institucional del Consejo de la Magistratura, que parece perfilarse más bien como un órgano extra poder, ya que si bien está insertado en la sección constitucional relativa al Poder Judicial, no está formalmente subordinado a la Corte Suprema" (SAGÜES, NESTOR PEDRO. *Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional*: LL. 7/10/94).

candidatos al Congreso, que conforme al nuevo art. 75, inc. 20° tiene como atribución "establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia", siendo los integrantes de esta Corte nombrados por el PEN, con acuerdo del Senado "por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública" (nuevo art. 99, inc. 4°, párrafo 1°). 3) "Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia". 4) "Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados". 5) "Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente". 6) Dictar los reglamentos relativos a la organización judicial y todos los que sean "necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia".

2.1.3.1.8. *Art. 115. Remoción de los jueces de los tribunales inferiores de la Nación.* Artículo nuevo (ver disposición transitoria decimocuarta). a) La remoción de los jueces de los tribunales inferiores de la nación estará a cargo de "un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal". b) Las causales de remoción son las expresadas en el art. 53 (mal desempeño o delito en el ejercicio de sus funciones o crímenes comunes). c) El fallo del consejo será irrecusable, "no tendrá más efecto que destituir al acusado" quien quedará sujeto "a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios". d) En caso que "transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo" deberán archivar las actuaciones y "reponer al juez suspendido". e) La ley regulatoria del consejo (ver art. 114) "determinará la integración y procedimiento de este jurado".

2.1.3.2. *Capítulo segundo. Atribuciones del Poder Judicial* (comprende los artículos 116 a 119).

2.1.3.2.1. *Art. 116. Competencia federal.* Igual al ex artículo 100.

2.1.3.2.2. *Art. 117. Competencia derivada y originaria de la Corte Suprema.* Igual al ex artículo 101.

2.1.3.2.3. *Art. 118. Juicio por jurados en causas criminales ordinarias que no provengan de acusación de la Cámara de Diputados* (ver art. 53). Igual al ex artículo 102.

2.1.3.2.4. *Art. 119. Tracción contra la Nación.* Igual al ex artículo 103.

3.1.4. *Sección Cuarta. Del Ministerio Público.* Es una sección nueva, comprende el artículo 120.

3.1.4.1. *Art. 120. Ministerio Público.* Artículo nuevo. a) "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera". b) "tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la república". c) "está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca". d) "Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones".

3.2. *Título Segundo. Gobiernos de provincia* (comprende los artículos 121 a 129).

3.2.1. *Art. 121. Autonomías provinciales.* Igual al ex artículo 104.

3.2.2. *Art. 122. Instituciones y autoridades provinciales.* Igual al ex artículo 105.

3.2.3. *Art. 123. Constituciones provinciales.* Modificación al ex artículo 106, consistente en que las constituciones provinciales (que deben dictarse conforme al art. 5. CN), deben asegurar la autonomía municipal y regular “su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

3.2.4. *Art. 124. Facultades de las provincias. Régimen de la ciudad de Buenos Aires.* Artículo nuevo. Las provincias podrán: a) “Crear regiones para el desarrollo económico y social”. b) “Establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines”. c) “Celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional”. d) “La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca al efecto”. e) “Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

3.2.5. *Art. 125. Poderes concurrentes de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires.* Modificación del ex artículo 107, al cual se le agrega el siguiente texto como última parte. “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”.

3.2.6. *Art. 126. Poderes delegados a la Nación.* Modificación del ex artículo 108 consistente en suprimir la admisión de nuevas órdenes religiosas como poder delegado por las provincias a la nación.

3.2.7. *Art. 127. Prohibición de guerra y hostilidades entre provincias. Obligación de someter sus diferendos a la Corte Suprema.* Igual al ex artículo 109.

3.2.8. *Art. 128. Gobernadores de provincia.* Igual al ex artículo 110.

3.2.9. *Art. 129. Régimen de gobierno de la ciudad de Buenos Aires.* Artículo nuevo (ver disposición transitoria decimoquinta). a) “la ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción”. b) “su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad”. c) “una ley garantizará los intereses del Estado Nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación”. d) Conforme a este artículo “el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que” elijan representantes para dictar el estatuto organizativo de las instituciones de la ciudad.

4. *Disposiciones transitorias (son 17).*

4.1. *Disposición transitoria primera. Ratificación de la soberanía sobre las Islas Malvinas, otras islas y espacios marítimos correspondientes.* “La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional. La recuperación de dichos territorios

y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del Derecho Internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino”.

4.2. *Disposición transitoria segunda. Acciones positivas mínimas sobre partidos políticos y régimen electoral.* Las acciones positivas en materia de regulación de partidos políticos y régimen electoral a que alude el art. 37 (último párrafo), CN, “no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta constitución y durarán lo que la ley determine” (corresponde al art. 37).

4.3. *Disposición transitoria tercera. Ley sobre iniciativa popular.* Dicha ley deberá aprobarse dentro de los dieciocho meses de sancionada la presente modificación a la constitución nacional (corresponde al art. 39).

4.4. *Disposición transitoria cuarta. Elección de senadores en reemplazo de los elegidos en 1995 y 1998. Duración de sus mandatos hasta el 9/12/2001.* a) Los actuales senadores continuarán en sus cargos hasta la extinción del mandato correspondiente a cada uno de ellos. b) En 1995 al renovarse un tercio del senado (por finalización de los mandatos de los senadores elegidos en 1986), se designará “además un tercer senador por distrito por cada Legislatura”. Se intentará que el conjunto de senadores por cada distrito se integre con “dos bancas para el partido político o alianza electoral que tenga el mayor número de miembros en la Legislatura, y la restante al partido político o alianza electoral que le siga en número de miembros de ella”. De haber empate prevalecerá el “partido político o alianza electoral que hubiera obtenido mayor cantidad de sufragios en la elección legislativa provincial inmediata anterior”. c) La elección de senadores que reemplacen a aquéllos cuyos mandatos vencen en 1998, así como la elección por reemplazo de los actuales senadores por cualquier causa (ver art. 62, CN) se hará conforme a estas reglas de designación “empero, el partido político o alianza electoral que tenga el mayor número de miembros en la legislatura al tiempo de la elección del senador, tendrá derecho a que sea elegido su candidato, con la sola limitación de que no resulten los tres senadores de un mismo partido político o alianza electoral. d) Estas reglas se aplicarán también a la elección de los senadores por la ciudad de Buenos Aires en 1995, por el cuerpo electoral y en 1998 por el órgano legislativo de la ciudad. e) Estas elecciones de senadores se realizarán “con una anticipación no menor de sesenta ni mayor de noventa días al momento en que el senador deba asumir su función”. f) “los candidatos a senadores serán propuestos por los partidos políticos o alianzas electorales”. La Justicia Electoral Nacional certificará los requisitos legales y estatutarios para ser proclamado candidato, lo cual será comunicado a la legislatura. g) “Toda vez que se elija un senador nacional se designará un suplente, quien asumirá en los casos del art. 62” (vacancias por cualquier causa). h) “los mandatos de los senadores elegidos por aplicación de esta cláusula transitoria durarán hasta el 9 de diciembre del 2001” (corresponde al art. 54).

4.5. *Disposición transitoria quinta. Elección de senadores en el año 2001.* Dentro de los dos meses anteriores al 10/12/2001 todos los integrantes del Senado serán elegidos en la forma indicada en el art. 54º, decidiéndose por la suerte, luego que todos se reúnan, quiénes deban salir en el primer y segundo bienio (corresponde al art. 56º).

4.6. *Disposición transitoria sexta. Régimen de coparticipación.* a) El régimen

de coparticipación dispuesto en el art. 75, inc. 2º, CN, "y la reglamentación del organismo fiscal federal, serán establecidos antes de la finalización del año 1996; "la distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de esta reforma, no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada". b) Hasta que se dicte dicho régimen de coparticipación no "podrá modificarse en desmedro de las provincias la distribución de recursos vigente a la sanción de esta reforma y en ambos casos hasta el dictado del mencionado régimen de coparticipación". c) Lo aquí establecido "no afecta los reclamos administrativos o judiciales en trámite originados por diferencias por distribución de competencias, servicios, funciones o recursos entre la nación y las provincias". (corresponde al art. 75, inc. 2º).

4.7. *Disposición transitoria séptima. Funcionamiento del Congreso Nacional en la ciudad de Buenos Aires mientras sea Capital de la Nación.* Tal funcionamiento lo ejercerá con "las atribuciones legislativas que conserve con arreglo al art. 129" CN (corresponde al art. 75, inc. 30, CN).

4.8. *Disposición transitoria octava. Plazo de caducidad para dictar la legislación delegada preexistente.* "La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición excepto aquélla que el Congreso de la Nación" prorrogue "expresamente por una nueva ley" (corresponde al art. 76, CN).

4.9. *Disposición transitoria novena. Consideración como primer periodo del mandato del presidente en ejercicio al sancionarse esta reforma.* "El mandato del presidente en ejercicio al momento de sancionarse esta reforma, deberá ser considerado como primer periodo" (corresponde al art. 90, CN).

4.10. *Disposición transitoria décima. Duración del mandato del presidente que asuma el 8/7/95.* "El mandato del presidente de la nación que asuma su cargo el 8 de julio de 1995, se extinguirá el 10 de diciembre de 1999" (corresponde al art. 90, CN).

4.11. *Disposición transitoria undécima. Entrada en vigencia de la duración limitada de los cargos de los miembros de la Corte Suprema y demás jueces federales.* "La caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el art. 99 inc. 4º entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional" (corresponde al art. 99, inc. 4º, CN).

4.12. *Disposición transitoria duodécima. Jefe de gabinete de ministros.* a) "El jefe de gabinete de ministros será designado por primera vez el 8 de julio de 1995" (fecha coincidente con la asunción del cargo del próximo presidente de la nación, salvo vacancia en el interin; ver disposición transitoria décima), "hasta esa fecha sus facultades serán ejercitadas por el presidente de la República". b) Lo dispuesto en los arts. 100 y 101 referido al jefe de gabinete de ministros entrará en vigencia el 8/7/95 (corresponde a los arts. 99 [inc. 7º], 100 y 101, CN).

4.13. *Disposición transitoria decimotercera. Designación de los jueces federales inferiores.* "A partir de los trescientos sesenta días de la vigencia de esta reforma los magistrados inferiores del Poder Judicial solamente podrán ser designados por el procedimiento previsto en la presente constitución" (art. 99, inc. 3º). "Hasta tanto se aplicará el sistema vigente con anterioridad (corresponde al art. 114, CN).

4.14. *Disposición transitoria decimocuarta. Causas tramitando en la Cámara de Diputados para la remoción de jueces inferiores de la Nación al instalarse el Consejo de la Magistratura.* a) Las causas en trámite de remoción de magistrados inferiores del Poder Judicial que se encontraren en trámite ante la Cámara de Diputados al momento de instalarse el Consejo de la Magistratura, le serán remitidas a este órgano a efectos de lo dispuesto por el inc. 5° del art. 114, CN. b) Las causas que hubieran ingresado al Senado (conforme al trámite dispuesto por los ex artículos 45 y 51, CN) tramitarán allí hasta su terminación. c) Adviértase que: c.1. Conforme al texto anterior (ex art. 45), los magistrados sujetos a acusación por la Cámara de Diputados ante el Senado eran el *presidente, vicepresidente, sus ministros y los miembros de la Corte Suprema y demás tribunales inferiores de la Nación*. c.2. Conforme al nuevo texto hoy vigente, tales funcionarios son el *presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y los miembros de la Corte Suprema*. c.3. Es decir que se agrega al jefe de gabinete de ministros y se suprimen los jueces de los tribunales inferiores de la Nación (aquellos que no componen la Corte Suprema); la remoción de estos últimos se rige por el procedimiento establecido por el nuevo artículo 115 ("jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal") —corresponde al art. 115, CN—.

4.15. *Disposición transitoria decimoquinta. El Congreso continuará legislando exclusivamente en el territorio de la ciudad de Buenos Aires hasta la constitución de los poderes del nuevo régimen de autonomía de dicha ciudad.* a) Hasta tanto se constituyan los poderes correspondientes al nuevo régimen de autonomía de la ciudad de Buenos Aires, el Congreso continuará legislando con exclusividad en su territorio, "en los mismos términos que hasta la sanción de la presente". b) El jefe de gobierno será elegido durante 1995 (se entiende que será elegido por la población de la ciudad de Buenos Aires, ya que conforme al régimen anterior a la reforma, y de conformidad a lo dispuesto por el art. 86, inc. 3°, el presidente de la Nación elegía al intendente de dicha ciudad; por otra parte, la elección directa del intendente por el pueblo de la ciudad de Buenos Aires figura expresamente en el "Núcleo de Coincidencias Básicas", ley 24.309, art. 2°, F, a), lo cual también figura en el nuevo artículo 129, CN). c) La ley prevista en los párrafos 2° y 3° del art. 129 deberá sancionarse dentro de los "doscientos setenta días a partir de la vigencia de esta Constitución". d) Hasta que se dicte el estatuto organizativo de las instituciones de la ciudad de Buenos Aires, la designación y remoción de jueces de dicha ciudad se registrará por los artículos 114 y 115 de la nueva Constitución (corresponde al art. 129, CN).

4.16. *Disposición transitoria decimosexta. Comienzo de la vigencia de esta reforma constitucional. Jura de la misma.* "Esta reforma entra en vigencia al día siguiente de su publicación". La publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina se efectuó el 23 de agosto de 1994. "Los miembros de la Convención Constituyente, el presidente de la Nación Argentina, los presidentes de las Cámaras Legislativas y el presidente de la Corte Suprema de Justicia prestan juramento en un mismo acto el día 24 de agosto de 1994, en el Palacio San José, Concepción del Uruguay, provincia de Entre Ríos".

"Cada poder del Estado y las autoridades provinciales y municipales disponen lo necesario para que sus miembros y funcionarios juren esta Constitución".

4.17. *Disposición transitoria decimoséptima. Reemplazo del texto anterior de la CN.* "El texto constitucional ordenado, sancionado por esta Convención Constituyente, reemplaza al hasta ahora vigente".

"Dada en la sala de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, en Santa Fe, a los veintidós días del mes de agosto del año mil novecientos noventa y cuatro".

SEGUNDA PARTE

III. *Apéndice. Síntesis de los documentos y tratados mencionados en el art. 75, inc. 22 CN.* Seguidamente sintetizo dichos documentos y tratados. Cabe señalar que conforme al art. 75, inc. 22, CN, los mismos y los concordatos con la Santa Sede "tienen jerarquía superior a las leyes". Además, los documentos y tratados internacionales mencionados en el referido inciso, "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos"¹⁴.

3.1. *Síntesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.* "Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en la ciudad de Bogotá, Colombia, 1948"¹⁵.

3.1.1. *Preámbulo.* Se refiere a la libertad e igualdad de todos los hombres en dignidad y derechos y que los "derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre".

3.1.2. *Capítulo primero. Derechos.* (Art. I) Derecho de todo ser humano a la vida, libertad, seguridad. (Art. II) Igualdad ante la ley. (Art. III) Libertad de cultos. (Art. IV) De investigación, expresión de pensamiento. (Arts. V y VI) Derecho a la protección de la honra, a la privacidad, a constituir familia. (Art. VII) "Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales". (Art. VIII) Derecho de fijar la "residencia en el territorio del estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad". (Art. IX) Derecho a la inviolabilidad del domicilio y (Art. X) de la correspondencia. (Art. XI) Derecho a la salud, alimentación, vestido y vivienda según lo permitan los recursos públicos. (Art. XII) Derecho a la educación¹⁶, a la igualdad de oportunidades en la materia y a la educación primaria gratuita. (Art. XIII) Derecho de participar en la vida cultural de la comunidad y a la protección de los inventos y obras de que se sea autor. (Art. XIV) Derecho de las personas a trabajar dignamente y a seguir su vocación "en cuanto lo permitan las oportunida-

¹⁴ La inclusión expresa de los referidos tratados en la CN constituye "una fuente atípica de derechos que no derogan pero sí complementan a los de la Primera Parte de la Constitución, que" antes de esta reforma "no estaban sujetos a revisión" (FRÍAS, PEDRO J. *Concluida la Convención, comienzan nuestros deberes; La Ley*, 27/9/94).

¹⁵ *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994.* Ed. Astrea, Bs.As., 1994, pág. 115, nota a pie de página.

¹⁶ La educación debe inspirarse en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas.

des existentes de empleo”; derecho a una remuneración que “en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia”. (Art. XV) Derecho a descanso y empleo útil del tiempo libre para el “mejoramiento espiritual, cultural y físico”. (Art. XVI) Derecho a la seguridad social ¹⁷. (Art. XVII) Derecho a ser “sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”. (Art. XVIII) Derecho al amparo de la justicia. (Art. XIX) Derecho a la nacionalidad que le corresponda y de cambiarla “por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela”. (Art. XX) Derecho de las personas legalmente capacitadas a participar en el gobierno de su país “y de participar en las elecciones populares que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres”. (Art. XXI) Derecho de reunión pacífica. (Art. XXII) Derecho de asociación tendiente a la protección de cualquier interés legítimo. (Art. XXIII) Derecho a la propiedad privada. (Art. XXIV) Derecho de peticionar ante las autoridades y “obtener pronta resolución”. (Art. XXV) La privación de libertad sólo procederá según leyes preexistentes, con derecho del detenido “a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación... o... puesto en libertad” y “a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”. “Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil”. (Art. XXVI) Presunción de inocencia hasta la prueba de culpabilidad y derecho de la persona acusada de delito a ser oída “en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas”. (Art. XXVII) Derecho de asilo en territorio extranjero “en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común” ¹⁸. (Art. XXVIII) “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

3.1.3. *Capítulo segundo. Deberes.* (Art. XXIX) Deber de convivir con el prójimo sin impedir el desenvolvimiento íntegro de su personalidad. (Art. XXX) Deber de asistir y educar a los hijos menores de edad; a su vez, éstos tienen el deber de honrar a sus padres y asistirlos cuando éstos lo necesiten. (Art. XXXI) Deber de adquirir por lo menos instrucción primaria. (Art. XXXII) Deber de votar en las elecciones. (Art. XXXIII) Deber de obedecer a las leyes y normas complementarias. (Art. XXXIV) Deber de las personas hábiles de prestar los servicios civiles y militares que su patria les requiera, conforme a su capacidad; deber de desempeñar los cargos electivos correspondientes al estado de que sea nacional. (Art. XXXV) Deber de cooperación con el estado y la comunidad “en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias”. (Art. XXXVI) Deber de pagar los impuestos. (Art. XXXVII) Deber de trabajar “dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad”. (Art. XXXVIII) Deber de no intervenir en actividades políticas que según la ley “sean privativas de los ciudadanos del estado en que sea extranjero”.

¹⁷ El derecho a la seguridad social, lo es en protección de *la desocupación, de la vejez y de la incapacidad proveniente de cualquier otra causa ajena* a la voluntad de la persona, que *la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.*

¹⁸ El derecho de asilo se concederá *de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.*

3.2. *Sintesis de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. “Aprobada por la resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948”¹⁹. Contiene un preámbulo²⁰.

3.2.1. (Art. 1º) Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y deben comportarse fraternalmente entre ellos. (Art. 2º) Sin distinción “de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole” e independientemente de la “condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona”. (Art. 3º) Todo ser humano tiene derecho a la vida, libertad y seguridad. (Art. 4º) Nadie estará sometido a esclavitud ni servidumbre. (Art. 5º) Ni a “torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. (Art. 6º) Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano. (Art. 7º) Todos los seres humanos son iguales ante la ley y “tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración”. (Art. 8º) Derecho de recurrir ante los tribunales para ser amparado “contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”. (Art. 9º) Nadie puede ser “arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”. (Art. 10º) Derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial. (Art. 11º) Presunción de inocencia de todo acusado de delito mientras no se pruebe su culpabilidad mediante debido juicio conforme a la ley y contado con las garantías necesarias para su defensa. Nadie será condenado por actos u omisiones que al cometerse no constituyeran delitos según el derecho nacional o internacional. “Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. (Art. 12º) Derecho a la privacidad personal y familiar, a la inviolabilidad del domicilio y correspondencia y a no ser objeto de ataques contra la honra o reputación. (Art. 13º) Derecho a la libre circulación y a la elección de “residencia en el territorio de un Estado”. “Derecho a salir de cualquier país, incluso del propio y a regresar a su país”. (Art. 14º) Derecho de asilo en cualquier país excepto “contra una acción judicial... originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”. (Art. 15º) Derecho a nacionalidad y a cambiar la misma. (Art. 16º) Derecho irrestricto a casarse “a partir de la edad núbil... sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión” —aun “en caso de disolución del matrimonio”— y fundar una familia sobre la base del libre y pleno consentimiento de los futuros esposos. “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. (Art. 17º) Derecho a la propiedad. (Art. 18º) Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y a la exteriorización de ello en público o en privado. (Art. 19º) Derecho a la libertad de opinión y de expresión. (Art. 20º) Derecho a la libertad de reunión y asociación pacífica²¹. (Art. 21º)

¹⁹ *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994*. Ed. Astrea, Bs.As., 1994, pág. 121, nota a pie de página.

²⁰ El preámbulo se refiere a que la libertad, la justicia y la paz en el mundo se fundamentan en el reconocimiento “de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, y que es “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho”. Esta declaración universal de derechos humanos es un ideal común que debe inspirar a pueblos y naciones quienes deben promover, mediante la educación, el respeto a los mismos y asegurar mediante “medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos”.

"Derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos"; derecho de acceder "en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país". "La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público" la cual "se expresará mediante elecciones auténticas" y periódicas mediante "sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto". (Art. 22º) Derecho a la seguridad social y de conformidad a los recursos de cada estado a "la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables" a la dignidad de cada persona "y al libre desarrollo de su personalidad". (Arts. 23º y 24º) Derecho al trabajo²². Derecho a fundar sindicatos y a asociarse a los mismos. (Art. 25º) Derecho a un nivel de vida adecuado²³; derecho a seguros de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez²⁴. "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales "todos los niños nacidos dentro o fuera del matrimonio tienen derecho a igual protección social". (Art. 26º) Derecho a la educación que debe ser "gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental", que será obligatoria. "La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada, el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. "Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos" ²⁵. (Art. 27º) Derecho a participar de la vida cultural de la comunidad y del progreso científico. Derecho a la protección de los intereses correspondientes a "las producciones científicas, literarias o artísticas" de que se sea autor. (Art. 28º) Derecho a un orden social e internacional en el que las libertades y derechos "proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos". (Art. 29º) Toda persona debe cumplir con sus deberes respecto a la comunidad estando "solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley" con el fin de asegurar el respeto de los derechos y libertades ajenos "y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática" ²⁶. (Art. 30º) Los estados, grupos o personas no podrán desarrollar actividades "tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración".

²¹ "Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación".

²² El derecho al trabajo incluye su libre elección, condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, protección contra el desempleo, a igual salario por igual trabajo, sin discriminación alguna, a una remuneración equitativa y satisfactoria que asegure al trabajador, "así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social". Derecho a "una limitación razonable de la duración del trabajo" al descanso "y a vacaciones periódicas pagadas".

²³ El derecho a un nivel de vida adecuado debe asegurar, junto con la familia, "la salud y el bienestar... la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales".

²⁴ Tales seguros incluyen "otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

²⁵ La educación tendrá por objeto el desarrollo de la personalidad humana, el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, la comprensión y amistad entre las naciones, y grupos étnicos y religiosos "y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz".

²⁶ Estos derechos y libertades no deben ejercerse "en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas".

3.3. *Síntesis de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*. "Firmada en la Ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Aprobada por la República Argentina según Ley 24.054 (sanccionada el 1/3/84; promulgada el 19/3/84; publicada, BO. 27/3/84)"²⁷.

3.3.1. *Preámbulo*. Los derechos esenciales del hombre "tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional".

3.3.2. *Parte I. Deberes de los estados y derechos protegidos*.

3.3.2.1. *Capítulo I. Enumeración de deberes (arts. 1º y 2º)*. Obligación de los estados partes de respetar los derechos y obligaciones reconocidos en esta convención²⁸.

3.3.2.2. *Capítulo II. Derechos civiles y políticos. (Art. 3º)* "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica". (Art. 4º) Derecho de toda persona al respeto de su vida "a partir del momento de la concepción"; limitación de la pena de muerte por delitos graves que no tengan naturaleza política; derecho a solicitar amnistía, indulto o conmutación de la pena de muerte; esta pena no podrá aplicarse "mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente". (Art. 5º) Derecho al respeto de la integridad física, psíquica y moral; prohibición de torturas y "penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Los detenidos serán tratados con la "dignidad inherente al ser humano"²⁹. (Art. 6º) Prohibición de esclavitud y servidumbre; sólo se aceptarán los trabajos forzosos establecidos por ley y en la forma que la misma lo disponga. (Art. 7º) Derecho a la libertad y seguridad personales salvo por disposiciones legales anteriores a la privación de la libertad y en la forma que tales leyes lo dispongan³⁰. "Nadie será detenido por deudas" salvo las órdenes judiciales "por incumplimientos de deberes alimentarios". (Art. 8º) Garantías judiciales: derecho al debido proceso; a que se presuma la inocencia mientras no se establezca legalmente la culpabilidad, especialmente en lo referente a los inculcados de delitos penales. (Art. 9º) Nadie puede ser condenado por actos u omisiones que al cometerse no fueran sancionados por la ley ni "se puede imponer una pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito"; si con posterioridad a ello la ley disminuyera la pena "el delincuente se beneficiará de ello". (Art. 10º) Derecho a ser indemnizado conforme a la ley en caso de haber sido indebidamente condenado por "sentencia firme por error judicial". (Art. 11º) Protec-

²⁷ *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994*. Ed. Astrea, Bs.As., 1994, pág. 181, nota a pie de página.

²⁸ Los Estados partes de esta Convención deben "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona" —persona es todo ser humano a los efectos de esta convención— "que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación... de cualquier... índole o cualquier... condición social" (art. 1º); y a adoptar las leyes y demás normas internas que garanticen tales derechos y libertades (art. 2º).

²⁹ Principio de separación entre procesados y condenados y de menores y adultos en materia de privación de libertad. "La pena no puede trascender de la persona del delincuente" y tendrá "como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados".

³⁰ Lo cual no deberá ser arbitrario, y deberá otorgar el derecho de ser juzgado dentro de un plazo razonable y ser liberado sin perjuicio de la continuidad del proceso.

ción legal de la honra, dignidad, privacidad y correspondencia. (Art. 12^ª) Libertad de conciencia y de religión, únicamente limitada por las normas “ que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”. Los padres y tutores “tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. (Art. 13^ª) Libertad de pensamiento y de expresión³¹; la censura previa de los espectáculos públicos tendrá por exclusivo objeto el acceso a ellos “para la protección moral de la infancia y la adolescencia”. Derecho de buscar, recibir y difundir información. (Art. 14^ª) Derecho de rectificación o respuesta³². (Art. 15^ª) Derecho de reunión, que deberá ejercerse pacíficamente, sin perturbar el orden, la seguridad, la salud, la moral pública o los derechos o libertades de los demás. (Art. 16^ª) Libertad de asociación, siempre que no atente contra la seguridad, el orden público, la salud, la moral pública o los derechos y libertades de los demás. Se admiten “restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía”. (Art. 17^ª) “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. Derecho a contraer matrimonio con “el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”, debiendo asegurarse “la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio... y en caso de disolución del mismo”; en este último supuesto “se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos sobre la base única del interés y conveniencia de éstos. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”. (Art. 18^ª) Derecho de toda persona a “un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos”. (Art. 19^ª) Todo niño tienen derecho a la protección de su condición de menor “por parte de su familia, de la sociedad y del estado”. (Art. 20^ª) Derecho a tener la nacionalidad del estado en cuyo territorio se nació y a no ser privado arbitrariamente a cambiarla. (Art. 21^ª) Derecho a la propiedad privada, que podrá subordinarse al interés social. La privación de bienes sólo procede “mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social” y conforme a la ley. “Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por ley”. (Art. 22^ª) Derecho de circulación y de residencia, que deberá ejercerse conforme a las disposiciones legales³³. Derecho de asilo en territorio extranjero en caso de persecución por

³¹ La libertad de expresión no puede estar sujeta a censura previa sino a responsabilidades ulteriores expresamente fijadas por la ley con la finalidad del respeto de los derechos ajenos, de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas (como la propaganda en favor de la guerra, del odio nacional, racial o religioso que inciten a la violencia u otras acciones ilegales similares contra cualquier persona, por cualquier motivo que fuere).

³² “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión... tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”. La rectificación o respuesta no eximirá de “otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido”. Los medios de difusión tendrán “una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

³³ El derecho de circulación abarca tanto la circulación dentro del territorio del estado en que legalmente se encuentre una persona cuanto “a salir libremente de cualquier país, inclusive el propio”. Tales derechos sólo podrán ser restringidos por ley y por motivos de

derechos políticos ³⁴. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros. (Art. 23^o) Derechos políticos, mediante la participación "en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos" y teniendo acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas y votando y siendo elegidos "en elecciones periódicas auténticas realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores" ³⁵. (Art. 24^o) La igualdad ante la ley de todas las personas les otorga derecho, "sin discriminación, a igual protección de la ley". (Art. 25^o) La protección judicial otorga derecho a recurrir ante la justicia para ser amparado contra actos que violen "derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención".

3.3.2.3. *Capítulo III. Derechos económicos, sociales y culturales.* (Art. 26^o) Compromiso de los estados partes a "lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos" en materia económica, social, educativa, científica y cultural ³⁶.

3.3.2.4. *Capítulo IV. Suspensión de garantías, interpretación y aplicación.* (Art. 27^o) La suspensión de las obligaciones contraídas en esta convención procederá en caso de guerra u otro peligro o emergencia públicos que amenacen la independencia o seguridad de un estado parte. En tal caso, éste podrá por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación suspender tales obligaciones siempre que ello no viole el derecho internacional ni importe "discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión y origen social". No podrán suspenderse los siguientes derechos: reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3^o); a la vida (art. 4^o); a la integridad personal (art. 5^o); prohibición de esclavitud y servidumbre (art. 6^o); principio de legalidad y retroactividad (art. 9^o); libertad de conciencia y religión (art. 12^o); protección a la familia (art. 17^o); derecho al nombre (art. 18^o); derechos del niño (art. 19^o); derecho a la nacionalidad (art. 20^o) y derechos políticos (art. 23^o) "ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos" ³⁷. (Art. 28^o) Mediante la cláusula federal, los estados se obligan al cumplimiento de esta convención en la totalidad de su territorio ³⁸. (Art. 29^o)

interés público. "Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo". "El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley".

³⁴ Ningún extranjero puede ser "expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas".

³⁵ La reglamentación de tales derechos exclusivamente podrá ser "por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal".

³⁶ Son las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles.

³⁷ Todo Estado que suspenda derechos deberá informar inmediatamente las disposiciones suspendidas "a los demás Estados partes en la presente Convención... de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión".

³⁸ Los gobiernos nacionales en los casos de los Estados constituidos bajo la forma federal cumplirán las disposiciones de esta convención y adoptarán las medidas legales

Ninguna interpretación de esta convención admitirá que se limiten los derechos contenidos en ella ³⁹. (Art. 30º) Las restricciones a los derechos reconocidos en esta convención sólo podrán ser aplicadas “conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. (Art. 31º) Podrán incluirse en esta convención otros derechos y libertades reconocidos según los procedimientos de los artículos 76 y 77.

3.3.2.5. *Capítulo V. Deberes de las personas.* (Art. 32º). Correlación entre deberes y derechos: a) “toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad” y b) “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

3.3.3. *Parte II. Medios de la protección.*

3.3.3.1. *Capítulo VI. De los órganos competentes.* (Art. 33º) “Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (capítulo VII de la convención) ⁴⁰, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (capítulo VIII) ⁴¹.

requeridas para que las entidades componentes de la federación (en la Argentina, las provincias) adopten las disposiciones tendientes a tal cumplimiento. En las asociaciones entre Estados, el respectivo pacto deberá contener “las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención”.

³⁹ Las normas de esta convención no pueden interpretarse como: a) permitiendo a algún Estado parte, grupo o persona suprimir o limitar los derechos y libertades reconocidos en ella; b) limitar los derechos reconocidos por las leyes de cualquiera de los Estados partes o de otra convención de la cual sea parte alguno de dichos Estados —entre ellos la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*— y c) “excluir otros derechos y garantías... inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

⁴⁰ *Capítulo VII. La comisión interamericana de derechos humanos.* Se compone de: a) una *sección 1. Organización.* (Arts. 34 a 40), que trata aspectos organizativos; b) una *sección 2. Funciones.* (Arts. 41 a 43), siendo la principal la “de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos”; c) una *sección 3. Competencia.* (Arts. 44 a 47). Dispone que “cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte” (Art. 44). Se requiere el reconocimiento de la “competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención”. Las denuncias deben ser hechas por Estados partes que reconozcan la competencia de la comisión y ésta no aceptará ninguna denuncia contra un Estado parte que no haya reconocido su competencia (Art. 45). Los artículos 46 y 47 se refieren a cuestiones de procedimiento y, d) una *sección 4. Procedimiento.* (Arts. 48 a 51). Establece las normas procesales referidas a las denuncias de violación de cualquiera de los derechos de la convención. “Si en el plazo de tres meses a partir de la remisión a los Estados interesados el informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría

3.3.4. *Parte III. Capítulo IX. Disposiciones comunes* ⁴².

3.3.4.1. *Capítulo X. Firma, ratificación, reserva, enmienda, protocolo y denuncia* ⁴³.

3.3.4.2. *Capítulo XI. Disposiciones transitorias* ⁴⁴.

3.3.4.3. *Denominación de esta convención.* El último párrafo de la Convención dispone que la misma, firmada en la Ciudad de San José, Costa Rica, el 22/9/79, se llamará "Pacto de San José de Costa Rica".

3.4. *Síntesis del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.* "Firmado en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Aprobado por la República Argentina según ley 23.313 (sanccionada el 17/4/86; promulgada el 6/5/86; publicada, BO, 13/5/86". El art.

absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración", pudiendo hacer recomendaciones y fijar un plazo para que el Estado involucrado adopte las medidas "que le competan para remediar la situación examinada". Vencido este plazo la comisión decidirá "si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe" (art. 51).

⁴¹ *Capítulo VIII. La corte interamericana de derechos humanos.* Se compone de: a) *Sección 1. Organización.* (Arts. 52 a 60) y se refiere a la designación y duración en el cargo de los jueces y otras cuestiones organizativas; b) *Sección 2. Competencia y funciones.* (Arts. 61 a 65). "Sólo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte" (Art. 61). La Corte tendrá competencia respecto de los Estados miembros que la hubieren reconocido (Art. 62). Cuando la Corte decida la existencia de violación de un derecho o libertad protegidos por la convención, dispondrá que se los restituya y en caso que "fuera procedente que se reparen las consecuencias de ...la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada" (Art. 63). A pedido de un Estado miembro, la Corte "podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas" y los siguientes instrumentos internacionales: convención americana sobre derechos humanos; "otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos". También podrán consultar a la Corte "en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires (Art. 64) y c) *Sección 3. Procedimiento.* (Arts. 66 a 69). "El fallo de la Corte será definitivo e inapelable" (Art. 67). "Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes" (art. 68).

⁴² *Capítulo IX. Disposiciones comunes.* (arts. 70 a 73). (Art. 70^º) Los jueces de la Corte y miembros de la comisión tendrán inmunidad diplomática; no se les podrá exigir responsabilidad "por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones". (Art. 71^º) Incompatibilidades de los jueces de la Corte y miembros de la comisión. (Art. 72^º) Retribución y gastos de dichos funcionarios. (Art. 73^º) La asamblea general de la organización resuelve sobre las sanciones aplicables a los miembros de la comisión o jueces de la Corte.

⁴³ (Art. 74^º) La ratificación o adhesión; entrada en vigencia de la convención. (Art. 76^º) Enmiendas. (Art. 78^º) Denuncia. La denuncia no desligará del incumplimiento de las obligaciones de esta convención, anteriores a la fecha en que la denuncia produzca efecto.

⁴⁴ *Sección 1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.* (Arts. 79 y 80). Integrada por candidatos de los Estados miembros. *Sección 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos.* (Arts. 81 y 82). Integrada por candidatos de los Estados miembros.

3º de esta ley formula una reserva efectuada a dicho pacto por la República Argentina, que se sintetiza al final de la presente ⁴⁵.

3.4.1. *Preámbulo.* La introducción se refiere a que todos los seres humanos tienen derechos iguales e inalienables que se desprenden de su dignidad de persona y que su realización requiere "que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos". Cada individuo "por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este pacto".

3.4.2. *Parte I. (Art. 1º) Derecho a la libre determinación de los pueblos* ⁴⁶. "En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia".

3.4.3. *Parte II. (Art. 2º) Compromiso de los Estados partes de adoptar medidas tendientes a la plena efectividad de los derechos reconocidos en este pacto, sin discriminaciones por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones, origen nacional, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.* Los países en vía de desarrollo podrán determinar "en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos". (Art. 3º) Los Estados partes "incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y... en fideicomiso" promoverán y respetarán el derecho de libre determinación (ver al final de esta síntesis la reserva efectuada al respecto por la República Argentina). (Art. 4º) Los derechos garantizados por este pacto sólo podrán limitarse por ley "en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática". (Art. 5º) No se admitirá restricción o menoscabo de derechos humanos fundamentales bajo el pretexto que no están total o parcialmente reconocidos en este pacto.

3.4.4. *Parte III. (Art. 6º) Derecho de toda persona a trabajar y obligación de los estados de tomar medidas para lograr su plena efectividad con libertad.* (Art. 7º) Las condiciones de trabajo tienen que ser equitativas y satisfactorias ⁴⁷. (Art. 8º) 1. a) "Derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección,... para promover y proteger sus intereses económicos y sociales". b) Derecho de los sindicatos a agruparse en federaciones o confederaciones nacionales y de éstas "a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas". Las restricciones a estos derechos deberán surgir de la ley y ser "necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para

⁴⁵ Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994. Ed. Astrea, Bs.As., 1994. pág. 131, nota a pie de página.

⁴⁶ En virtud del cual los mismos "establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural", pudiendo "disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones" derivadas de la "cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional".

⁴⁷ Básicamente consistentes en: salario equitativo; condiciones de existencia dignas para el trabajador y su familia; seguridad e higiene en el trabajo; igual oportunidad en materia de promoción y descanso apropiado con vacaciones pagas tendiente al disfrute del tiempo libre.

la protección de los derechos y libertades ajenos". c) Derecho de huelga, ejercido según las leyes de cada país. 2. Este artículo no "impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado" ¹⁸. (Art. 9º) "Derecho de toda persona a la seguridad social, incluyendo el seguro social. (Art. 10º) 1) La familia "es el elemento natural y fundamental de la sociedad" por lo tanto debe concedérsele "la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución, y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges". 2) Protección a las madres durante un "tiempo razonable antes y después del parto" con licencia remunerada o prestaciones de seguridad social a las que trabajen. 3) Protección y asistencia a niños y adolescentes sin discriminación alguna. Los estados deben fijar los límites de edad por debajo de los cuales esté prohibido el empleo a sueldo de mano de obra infantil. (Art. 11º) 1) Derecho de toda persona "a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, ... y a una mejora continua de las condiciones de existencia. 2) Derecho de toda persona "a estar protegida contra el hambre". (Art. 12º) 1) Derecho de las personas "al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". (Art. 13º) Derecho de toda persona a la educación, la cual "debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales", así como "capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre", tendiente a la comprensión, tolerancia y amistad entre las naciones y grupos raciales, étnicos o religiosos y en pro del mantenimiento de la paz. 2) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y gratuita; se fomentará o intensificará la educación fundamental para aquellas personas que no hayan completado la instrucción primaria. La enseñanza secundaria —en todos sus aspectos— debe ser generalizada, accesible a todos especialmente mediante su implantación en forma progresivamente gratuita. La enseñanza superior deberá hacerse "accesible a todos sobre la base de la capacidad de cada uno", particularmente "por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita". Desarrollo de todos los ciclos del sistema escolar, implantación de becas y mejoramiento de "las condiciones materiales del cuerpo docente". 3) Derecho de los padres o tutores a elegir para sus hijos o pupilos las escuelas públicas o privadas que prefieran, "siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza" y que sus hijos o pupilos "reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". 4) Libertad de los particulares "para establecer y dirigir instituciones de enseñanza", siempre que respeten lo dispuesto en 1) de este artículo y que "la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado". (Art. 15º) Reconocimiento de : 1) Derecho de "participar en la vida cultural"; "gozar de los beneficios del progreso científico"; "la protección de los intereses morales y materiales" correspondientes a las "producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora". 2) Conservación, desarrollo y la difusión de la cultura". 3) "Libertad para la investigación científica y para la actividad creadora". 4) Reconocimiento de los beneficios derivados del fomento y cooperación en cuestiones científicas y culturales.

¹⁸ Los Estados partes del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y protección del derecho de sindicación no podrán menoscabar las garantías contempladas en dicho convenio.

3.4.5. *Parte IV. (Arts. 16º y 18º)* Informes periódicos a cargo de los estados partes y de organismos especializados ⁴⁹. (Art. 25) Ninguna disposición de este pacto menoscaba el derecho de todos los pueblos a disfrutar y utilizar sus riquezas y recursos naturales.

3.4.5. *Capítulo X. Firma, ratificación, adhesión, vigencia, enmiendas, fecha del pacto* ⁵⁰.

3.4.6. *Reserva de la República Argentina.* Conforme al artículo 3º de la ley Nº 23.313, la Argentina rechazó la aplicación del pacto a las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur “que fue notificada por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al secretario general de las Naciones Unidas el 20 de mayo de 1976 y reafirma sus derechos de soberanía sobre los mencionados archipiélagos que forman parte integrante de su territorio nacional”; asimismo hace referencia a diversas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas tendientes a que las partes mantengan “negociaciones a fin de encontrar lo antes posible, una solución pacífica y definitiva” sobre la disputa de soberanía que mantienen sobre dichos archipiélagos, “con la interposición de los buenos oficios del secretario general de las Naciones Unidas quien deberá informar a la Asamblea General acerca de los progresos realizados” ⁵¹.

3.5. *Síntesis del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de su Protocolo Facultativo.* “Firmado en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Aprobado por la República Argentina según ley 23.313 (sanccionada el 17/4/86; promulgada el 6/5/86; publicada, BO, 13/5/86). Los arts. 3º y 4º de esta ley formulan las reservas que se transcriben al final del Protocolo facultativo de este Pacto” ⁵².

3.5.1. *Preámbulo.* El ideal del ser humano libre requiere “condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos,... económicos, sociales y culturales”.

3.5.2. *Parte I. (Art. 1º) 1)* “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación” conforme al cual “establecen libremente su condición política y

⁴⁹ (Art. 16º) Los Estados partes se comprometen a presentar al secretario general de las Naciones Unidas informes acerca de las medidas adoptadas y progresos realizados “con el fin de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el mismo”. (Art. 18º) Las atribuciones de la Carta de las Naciones en materia de derechos humanos y libertades fundamentales permiten que el Consejo Económico y social celebre “acuerdos con organismos especializados sobre la presentación por tales organismos de informes, relativos al cumplimiento de las disposiciones de este Pacto, que correspondan a su campo de actividades”.

⁵⁰ (Art. 26) Invitación a Estados a ser partes en este pacto; ratificación o adhesión. (Art. 27) Entrada en vigencia del pacto. (Art. 28) Este pacto será aplicable “a todas las partes componentes de los Estados federales”. (Art. 29) Propuestas de enmiendas al pacto por cualquier Estado parte. (Art. 31) Firmado en la ciudad de Nueva York, el 19 de diciembre de 1966.

⁵¹ *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994.* Ed. Astrea. Bs.As., 1994, pág. 142.

⁵² *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994.* Ed. Astrea. Bs.As., 1994, pág. 143. nota a pie de página.

proveen... a su desarrollo económico, social y cultural". Este derecho será respetado incluso por los estados partes "que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y... en fideicomiso" (ver al final de esta síntesis la reserva efectuada al respecto por la República Argentina). 2) "Todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales", conforme a las "obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional"; no podrá "privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia".

3.5.3. *Parte II. (Art. 2º) (1 y 2)* Los Estados partes dictarán las normas "que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente pacto" y respetarán y garantizarán "a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente pacto", sin distinción alguna. (3) Los Estados partes garantizan que "toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso"⁵³. (Art. 3º) Los Estados partes garantizan "a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados" en este Pacto. (Art. 4º) "En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación" los estados partes podrán suspender "las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto"... "en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación" y siempre que ello respete el derecho internacional y no entrañe discriminación. El Estado que adopte tal clase de medidas deberá informar ello a los demás estados partes e igualmente lo hará con motivo de la suspensión de las mismas. Los estados partes no podrán suspender las siguientes obligaciones a su cargo: respetar el derecho a la vida (art. 6); prohibición de torturas (art. 7); prohibición de esclavitud y/o servidumbre (art. 8); prohibición de encarcelamiento por no poder cumplir obligaciones contractuales (art. 11); prohibición de condenas por actos u omisiones que no fueren delictivos al momento de producirse (art. 15); reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano (art. 16) y respeto a la libertad de pensamiento (art. 18). (Art. 5º) No admisión de restricción o menoscabo a "derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte" por normas o costumbres pretextando que este pacto no los reconoce o lo hace en menor grado.

3.5.4. *Parte III. (Art. 6º) Derecho a la vida.* 1) "Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente". 2) La pena de muerte "sólo podrá imponerse por los más graves delitos", conforme a las leyes vigentes al momento de cometerse el delito, que no sean contrarias a este pacto ni a la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse mediando sentencia firme de tribunal competente. 3) En caso que la privación de la vida constituyese delito de genocidio, los estados partes podrán cumplir con sus obligaciones emergentes de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. 4) Derecho de todo condenado a muerte a solicitar indulto o conmutación de la pena; también procederá la amnistía. 5) No se impondrá pena de muerte a menores de dieciocho años ni a mujeres embarazadas. 6) Este artículo no podrá invocarse para "demorar

⁵³ El derecho a interponer tal recurso regirá aunque la violación proviniera de personas "que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales". La autoridad competente del Estado en cuestión decidirá sobre los derechos de quien interponga el recurso "y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial". Las autoridades competentes cumplirán toda decisión al respecto.

o impedir la abolición de la pena capital". (Art. 7º) Prohibición tanto de torturas y/o "penas o tratos crueles o degradantes" cuanto del sometimiento sin libre consentimiento "a experimentos médicos o científicos". (Art. 8º) (1 y 2) Prohibición de esclavitud, trata de esclavos y servidumbre. (3, a) y b)) Prohibición de imponer trabajos forzosos u obligatorios, salvo en los casos de delitos que conlleven esa pena. (3, c)) No se considerará trabajo forzoso u obligatorio: I) aquéllos que, aparte de los anteriormente mencionados, "se exijan normalmente de una persona presa... o... en libertad condicional". II) El servicio militar, incluyendo el que deban prestar los objetores de conciencia en los países en que ello sea admitido. III) Servicios impuestos "en casos de peligro o calamidad que amenace la... comunidad". IV) "El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales". (Art. 9º) 1) Derecho a libertad y seguridad personales; prohibición de "detención o prisión arbitrarias... Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley"⁵⁴. 5) Derecho de obtener indemnización por las personas ilegalmente detenidas o presas. (Art. 10º) 1) Obligación de tratar humana y dignamente a toda persona privada de libertad. 2) a) "Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales"; los primeros recibirán un trato adecuado a no condenados. b) "Los menores procesados estarán separados de los adultos" y serán llevados ante juez competente "con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento". 3) La finalidad del régimen penitenciario será "la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica". (Art. 11º) "Nadie será encarcelado por...no poder cumplir una obligación contractual". (Art. 12º) 1) Derecho de toda persona a circular libremente por el territorio del estado en que se encuentre y a elegir libremente en él su residencia. 2) Derecho a salir "libremente de cualquier país, incluso del propio". 3) Prohibición de restringir tales derechos, salvo restricciones "previstas en la ley", o "para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en" este pacto. 4) Prohibición de privar arbitrariamente a una persona la entrada a su país. (Art. 13º) La expulsión de un extranjero requiere "una decisión adoptada conforme a la ley", y aquél podrá apelar la medida "a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello". (Art. 14º) 1) "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia". Derecho de las personas a recurrir a tribunal competente ante acusaciones penales o "para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil". La prensa y el público podrán ser excluidos de todo o parte de los juicios por motivos debidamente fundados. Las sentencias serán públicas "excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos

⁵⁴ Obligación de informar en el momento de la detención acerca del motivo de la misma y de la acusación formulada. Los detenidos o presos por infracción penal serán llevados sin demora ante la autoridad judicial competente y tendrán derecho a ser juzgados en un plazo razonable o a ser puestos en libertad. "La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general" y su libertad podrá subordinarse a garantías que aseguren la comparecencia del acusado cuando así corresponda conforme a la ley. Toda persona privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un tribunal para "que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal".

matrimoniales o a la tutela de menores". 2) Toda persona acusada de un delito "tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley". 3) Garantías mínimas de toda persona acusada de delito durante la sustanciación del proceso⁵⁵. 4) En el procedimiento a menores de edad se tendrá "en cuenta... la importancia de estimular su readaptación social". 5) Derecho de todo condenado por delito a apelación ante un tribunal superior según correspondiere por ley. 6) Derecho a indemnización de todo condenado erróneamente, salvo que éste fuera responsable en todo o parte de no haber "revelado oportunamente el hecho desconocido". 7) "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país". (Art. 15^º) 1) Nadie será condenado por actos u omisiones que al producirse no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional. No se impondrá pena más grave que la vigente al tiempo de comisión del delito. En caso que posteriormente a la comisión del delito se disminuyese la pena, "el delincuente se beneficiará de ello". 2) Lo dispuesto en este artículo no "se opondrá al juicio ni la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional" (ver reserva de la Argentina a este apartado 2º en 5.5.8.3.2.b). (Art. 16^º) Derecho de toda persona, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. (Art. 17^º) Derecho de las personas a protección legal contra "injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación". (Art. 18^º) 1) Derecho "a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión". 3) La libertad de manifestar la propia religión o creencias podrá limitarse exclusivamente por la ley "para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás". 4) Libertad de padres y tutores para que sus hijos (o pupilos) "reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". (Art. 19^º) 2) Derecho a la libertad de expresión. 3) El cual podrá limitarse legalmente para: a) "Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás. b) "Protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas. (Art. 20^º) La ley prohibirá: 1) Toda propaganda en favor de la guerra. 2) Toda apología del odio nacional, racial o religioso que incite a la discriminación, hostilidad o violencia. (Art. 21^º) Derecho de reunión pacífica, que podrá limitarse legalmente por las necesidades de una sociedad democrática, de la seguridad nacional o pública "o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás". (Art. 22^º) 1) Derecho de libre asociación, incluyendo la fundación y afiliación a sindicatos. 2) El cual podrá limitarse legalmente por las necesidades de una sociedad democrática, de la seguridad nacional o pública "o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los

⁵⁵ a) A que se le informe la causa de su acusación. b) Al tiempo adecuado para su defensa y a elegir su defensor. c) A ser juzgada sin demoras indebidas. d) A ser informada de su derecho de defenderse personalmente o mediante defensor de su elección y a que "siempre que el interés de la justicia lo exija" a que se le nombre defensor si careciese de medios para pagarlo. e) A la interrogación de testigos tanto por la acusación cuanto por la defensa. f) A asistencia gratuita de un intérprete en caso de no comprender o hablar el idioma del tribunal. g) "A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable".

demás". Podrán imponerse restricciones legales a tal derecho "cuando se trate de miembros de la fuerzas armadas y de la policía" ⁵⁶. (Art. 23^o) 1) "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". 2) Derecho del hombre y mujer a casarse y "fundar una familia si tiene edad para ello". 3) El matrimonio requiere "el libre y pleno consentimiento de los contrayentes". 4) Igualdad de derechos y responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el mismo y en el supuesto de disolución, en cuyo caso deberá asegurarse la protección de los hijos. (Art. 24^o) 1) Derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a su protección, tanto por su familia cuanto de la sociedad y del estado. 2) Inscripción de todo niño después de su nacimiento "y deberá tener un nombre". 3) "Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad. (Art. 25^o) Todos los ciudadanos gozarán sin discriminaciones ni restricciones indebidas de los siguientes derechos y oportunidades: a) "Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos". b) "Votar y ser elegidos en elecciones periódicas... por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores". c) "Tener acceso en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país". (Art. 26^o) Igualdad de todas las personas ante la ley, la cual prohibirá cualquier clase de discriminación. (Art. 27^o) "Los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas" permitirán a los integrantes de éstas, "a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma".

3.5.5. Parte IV. Creación de un Comité de Derechos Humanos ⁵⁷.

3.5.6. Partes V y VI. Disposiciones generales ⁵⁸.

3.5.7. Protocolo facultativo. Referido a las atribuciones del Comité de Derechos Humanos "para recibir y considerar.... comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto" ⁵⁹.

⁵⁶ Los Estados partes en el Convenio de la Organización Internacional de Trabajo de 1948 sobre libertad sindical y derecho de sindicación no podrán menoscabar las garantías previstas en dicho convenio.

⁵⁷ (Art. 28) 1) Creación de un Comité de Derechos Humanos. 2) Compuesto de nacionales de los estados partes de este pacto "con reconocida competencia en materia de derechos humanos", considerándose de utilidad "la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica". 3) "Los miembros del Comité serán elegidos y ejercerán sus funciones a título personal". (Arts. 29 a 39) Organización del comité. (Art. 40). Los Estados partes "presentarán al secretario general de las Naciones Unidas, quien los transmitirá al Comité para examen", informes sobre "las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos". (Arts. 41 a 45) Procedimiento ante el comité. Únicamente los Estados partes que hubieran reconocido la competencia del comité podrán comunicar que "otro Estado parte no cumple las obligaciones que le impone este Pacto". En la declaración y reserva de la República Argentina, ésta reconoce la competencia del comité (art. 2^o). El reconocimiento de tal competencia podrá ser retirado, pero podrá examinarse cualquier comunicación transmitida antes de tal retiro.

⁵⁸ a) Parte V. (Art. 46). Ninguna disposición de este pacto podrá "interpretarse en menoscabo de... la Carta de las Naciones Unidas" o de las normas de organismos especializados sobre

3.5.8. *Lugar y fecha de firma.* Firmado en Nueva York, el 19 de diciembre de 1966.

3.5.9. *Declaración y reservas de la República Argentina.* La República Argentina formuló en los arts. 2º a 4º de la ley 23.313 una declaración y dos reservas a este pacto ⁶⁰:

3.5.9.1. *Declaración. (Art. 2º)* Reconocimiento de la competencia del Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

3.5.9.2. *Reservas.* a) Rechazo de "la extensión de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966— a las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur, que fue notificada por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al secretario general de las Naciones Unidas el 20 de mayo de 1976 y reafirma sus derechos de soberanía sobre los mencionados archipiélagos que forman parte de su territorio nacional". La Asamblea General de las Naciones Unidas urge a ambos países "a mantener negociaciones a fin de encontrar lo antes posible, una solución pacífica y definitiva de la disputa, con la interposición del secretario general de las Naciones Unidas". b) La aplicación del apartado 2º del pacto deberá sujetarse a lo dispuesto por el art. 18º de la Constitución Nacional de la República Argentina.

3.6. *Síntesis de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de*

las materias de que trata este pacto. (Art. 47). Ninguna disposición de este pacto podrá "interpretarse en menoscabo del derecho... de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales". b) *Parte VI. (Arts. 48 a 50).* Invitación a la firma del pacto; entrada en vigencia del mismo y su aplicación a todas las partes componentes de los estados federales, sin excepción. (Art. 51) Propuesta de enmiendas al pacto por los Estados partes. *Lugar y fecha de la firma del pacto.* En Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

⁵⁹ (Art. 1º) Todo Estado parte en el pacto que también sea parte en el "Protocolo reconoce la competencia del comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto". (Art. 2º) Cualquiera de dichos individuos "que haya agotado todos los recursos internos disponibles [o que los mismos no se prolonguen injustificadamente: art. 5º, inc. 2, b)] podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita". (Art. 4º) El Comité pondrá en conocimiento del Estado respectivo las comunicaciones que reciba, debiendo el referido Estado, en un plazo de seis meses dar "explicaciones o declaraciones en las que se aclare el asunto y señalen las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto". (Art. 5º) Examen de las comunicaciones recibidas por el Comité. (Art. 6º) Informe anual del comité. (Art. 7º) Derecho de petición ante el Comité de los países y pueblos coloniales. (Art. 8º) Ratificación o adhesión del protocolo. (Art. 9º) Entrada en vigencia del pacto. (Art. 10º) Aplicación del pacto a todas las partes componentes de los Estados federales, sin excepción. (Art. 11º) Enmiendas al protocolo. (Art. 12º) Denuncia del protocolo.

⁶⁰ *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994.* Ed. Astrea, Bs.As., 1994, pág. 166.

Genocidio. "Aprobada por la III Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de abril de 1948. Ratificada por la República Argentina según decreto ley 6286/56 (sanccionado y promulgado el 9/4/56; publicado, BO, 25/4/56)". La República Argentina formuló reservas a esta convención, que figuran al final de esta síntesis ⁶¹.

3.6.1. *Preámbulo*. El genocidio ha causado a lo largo de la historia grandes pérdidas a la humanidad; la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró el 11712/46 "que el genocidio es un delito de derecho internacional".

3.6.2. (Art. I) "El genocidio... es un delito de derecho internacional". (Art. II) En esta convención se entiende por genocidio a cualquiera de los actos mencionados en este artículo, "perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso". (Art. III) Compromiso de castigar determinados actos vinculados con el genocidio. (Art. IV) Compromiso de castigar a las personas que hayan cometido genocidio o determinados actos vinculados al mismo. (Art. V) Los estados partes se comprometen a que su legislación, "con arreglo a sus constituciones respectivas" asegure la aplicación de las disposiciones de esta convención. "Y, especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio" o de los actos que tiendan a su facilitación y/o logro enunciados en el artículo III. (Art. VI) Las personas acusadas de genocidio o de los referidos actos "serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquéllas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción". (Art. VII) "A los efectos de extradición, el genocidio" y los referidos actos del artículo III "no serán considerados como delitos políticos". (Art. VIII) Derecho de los estados contratantes a recurrir a las Naciones Unidas para que ésta tome las medidas apropiadas para la prevención y represión del genocidio y de determinados actos vinculados con el mismo. (Art. IX) "Las controversias entre las partes contratantes..., incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio" o en cuanto a los demás actos enunciados en el artículo III, "serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las partes en la controversia". (Art. X) Esta convención está fechada el 9 de diciembre de 1948. (Arts. XI a XIX) ⁶².

3.6.3. *Reservas de la República Argentina* ⁶³.

a) *Al artículo IX*. La Argentina se reserva el derecho de no someter a la Corte Internacional de Justicia "cualquier controversia directa o indirectamente vinculada a los territorios mencionados en la reserva que formula el art. XII".

b) *Al artículo XII*. "Si otra parte contratante extendiera la aplicación de la

⁶¹ Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994. Ed. Astrea. Bs.As., 1994, pág. 127. nota a pie de página.

⁶² (Art. XI) Invitación a la ratificación y adhesión de esta convención. (Art. XII) Los Estados partes podrán extender la aplicación de esta convención "a todos los territorios o a uno cualquiera de los territorios de cuyas relaciones exteriores sea responsable". (Arts. XIII y XIV) Entrada en vigencia de la convención. Plazo de vigencia. (Art. XV) Denuncias de la convención. (Art. XVI) Revisión de la convención.

⁶³ Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994. Ed. Astrea. Bs.As., 1994, pág. 130.

convención a territorios que pertenecen a la soberanía de la República Argentina, tal extensión en nada afectará los derechos de esta última”.

3.7. *Sintesis de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. “Suscripta en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 13 de julio de 1967. Aprobada por la República Argentina según ley 17.722 (sancionada y promulgada el 26/4/68; publicada, BO, 8/5/68)”⁶⁴.

3.7.1. *Parte I*. Precedida de un preámbulo⁶⁵. (Art. 1) 1) En esta convención se entiende por discriminación racial a “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, o en cualquier otra esfera de la vida pública”. 2) “Esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte... entre ciudadanos y no ciudadanos”⁶⁶. (Art. 2) 1) “Los Estados Partes condenan la discriminación racial” y se obligan a seguir una política adecuada a tal condena⁶⁷. (Art. 3^a) Condena de la segregación racial y el apartheid. (Art. 4) Condena de los Estados partes de toda propaganda y organización que se inspire “en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial” y compromiso de tomar medidas “destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación”. (Art. 5) Compromiso de los

⁶⁴ Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994. Ed. Astrea, Bs.As., 1994, pág. 167, nota a pie de página.

⁶⁵ *Preámbulo*. La carta de las Naciones Unidas “está basada en los principios de la dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos”, y teniendo en cuenta “que la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, y “considerando que todos los hombres son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley contra toda discriminación y contra toda incitación a la discriminación”, el propósito de esta convención “es el de promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

⁶⁶ a) Esta convención no afectará las leyes de los Estados partes “sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular”. b) No se considerarán medidas de discriminación racial aquéllas adoptadas para asegurar el progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de personas que requieran determinadas protecciones, en condiciones de igualdad, y siempre que no otorguen derechos “distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”.

⁶⁷ Los Estados adoptarán las medidas requeridas “para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a esos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”. Tales medidas no mantendrán “derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”.

Estados partes de prohibir y eliminar toda forma de discriminación racial y "garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico" especialmente en el goce de los siguientes derechos: a) Derecho de igualdad de tratamiento ante la justicia. b) Derecho a la seguridad personal y protección del estado contra actos de violencia o atentados contra la integridad personal cometidos por funcionarios públicos, individuos, grupos o instituciones. c) Derechos políticos, particularmente el de participar en elecciones, "elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos... y el de acceso de condiciones de igualdad, a las funciones públicas. d) otros derechos civiles: I) circular libremente y elegir residencia en el territorio de un estado. II) salir de cualquier país, incluso el propio y regresar a su país. III) "derecho a una nacionalidad". IV) "derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge". V) "derecho a ser propietario, en forma individual o asociados con otros". vi) "derecho a heredar". vii) "derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión". viii) "derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas". e) "derechos económicos, sociales y culturales", particularmente: I) derecho al trabajo, a la libre elección del mismo, a condiciones equitativas y satisfactorias, "a la protección contra el desempleo", a igual salario por igual trabajo y a remuneración equitativa y satisfactoria. II) "derecho a fundar sindicatos y a sindicarse", III) "derecho a la vivienda". IV) "derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales". V) "derecho a la educación y a la formación profesional". VI) "derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales". I) "derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques". (Art. 6) Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos ante la justicia y demás instituciones que pudieren corresponder contra todo acto de discriminación racial que viole sus derechos humanos y libertades fundamentales. Asimismo asegurarán a tales personas "el derecho de pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo el daño de que puedan ser víctimas como consecuencias de tal discriminación". (Art. 7) Compromiso de los Estados partes de "tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos" de conformidad con los principios de las Naciones Unidas.

3.7.2. Parte II. (Art. 8) Constitución de un Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ⁶⁸.

⁶⁸ (Art. 9) Los Estados partes presentarán al secretario general de las Naciones Unidas, para su examen por el comité, un informe periódico sobre las medidas adoptadas para hacer efectiva esta convención. (Arts. 11 a 13 y arts. 16 y 22) "Si un Estado Parte considera que otro Estado Parte no cumple las disposiciones de la presente Convención, podrá señalar el asunto a la atención del Comité". Procedimiento. (Art. 14) 1) reconocimiento por los Estados partes de "la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones de personas o grupos de personas comprendidas dentro de su jurisdicción, que alegaren ser víctimas de violaciones por parte de ese Estado, de cualquiera de los derechos

3.7.3. *Parte III. Aspectos generales* ⁶⁹.

3.7.4. *Lugar y fecha de firma*. En Nueva York el 7 de marzo de 1966.

3.8. *Síntesis de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. "Aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980. Ratificada según ley 23.179 (sanccionada el 8/5/85; promulgada el 27/5/85; publicada, BO, 3/6/85)". Ver reserva de la República Argentina al final de esta síntesis ⁷⁰.

3.8.1. *Parte I. Precedida de un preámbulo* ⁷¹. (Art. 1) Para esta convención "la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera". (Art. 2) Condena de los Estados partes a la "discriminación contra la mujer en todas sus formas", a cuyo efecto se comprometen a tomar todas las medidas legislativas y de otro carácter conducentes a ello. (Art. 3) Compromiso de los Estados partes de tomar medidas apropiadas "para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer" a efectos de garantizarle los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre. (Art. 4) 1) Las medidas transitorias que adopten los Estados partes para "acelerar

estipulados en la presente Convención. El Comité no recibirá ninguna comunicación referente a un Estado Parte que no hubiera hecho tal declaración. 3) Dicho reconocimiento "podrá retirarse en cualquier momento.... pero... no surtirá efecto con respecto a las comunicaciones que el Comité tenga pendientes". Procedimiento. (Art. 15) 1) y 2) Derecho de petición a lo dispuesto por esta convención otorgado a los países y pueblos coloniales, habitantes de territorios bajo administración fiduciaria o no autónomos.

⁶⁹ (Art. 17) Invitación a los Estados a ser parte de esta convención. (Art. 18) Ratificación y adhesión. (Art. 19) Entrada en vigencia. (Art. 20) Reservas: no podrán ser incompatibles con la finalidad de la convención ni inhibir el funcionamiento de cualquiera de los órganos que la misma establece. (Art. 21) Denuncia de la convención por los Estados partes. Efecto. (Art. 23) Propuestas de los Estados partes para revisar esta convención.

⁷⁰ *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994*. Ed. Astrea, Bs.As., 1994, pág. 207, nota a pie de página.

⁷¹ *Preámbulo*. La Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de no discriminación, reconoce que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, sin distinción de sexo; que las Naciones Unidas favorecen la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer. La discriminación contra la mujer dificulta su participación, "en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural" entorpeciendo "el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad". Preocupa "el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades". Debe tenerse presente "el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad... el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto".

la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se” considerarán discriminación, pero deberá suprimirse “el mantenimiento de normas desiguales o separadas... cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”. 2) Las medidas especiales para proteger la maternidad no se considerarán discriminatorias. (Art. 5) Los Estados partes adoptarán medidas para: a) Eliminar prejuicios y prácticas “basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos”. b) “garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos” siendo el interés de éstos la consideración primordial. (Art. 6) Adopción de medidas “para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer”.

3.8.2. *Parte II. (Art. 7)* Adopción de medidas “para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país”. (Art. 8) Adopción de medidas para que la mujer “en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna” tenga “la oportunidad de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales”. (Art. 9) 1) “Los Estados partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad”. El matrimonio con un extranjero o cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio no cambiarán “automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge”. 2) La mujer tendrá los mismos derechos que el hombre respecto de la nacionalidad de los hijos.

3.8.3. *Parte III. (Art. 10)* Adopción por los estados partes de medidas “para eliminar la discriminación contra la mujer, con el fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación...” h) “asesoramiento sobre planificación de la familia”. (Art. 11) 1) Eliminación de “la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo”. 2) Adopción de medidas adecuadas para “impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio y maternidad...” c) “Para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública” se alentará el suministro de “servicios sociales de apoyo... especialmente mediante el fomento de ... una red de servicios destinados al cuidado de los niños”. d) Durante el embarazo la mujer no deberá realizar trabajos que le sean perjudiciales. 3) Revisión periódica de las cuestiones que trata este artículo en función de los adelantos científicos y tecnológicos. (Art. 12) 1) Adopción de medidas para eliminar discriminación contra la mujer en materia de atención médica, para “asegurar, en condiciones de igualdad entre hombre y mujeres el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”. 2) Sin perjuicio de ello se garantizará a la mujer “servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”. (Art. 13) Adopción de medidas para eliminar la discriminación contra la mujer para que en condiciones de igualdad con los hombres participe en otras esferas de la vida económica y social, tales como los derechos a: a) “prestaciones familiares”. b) realizar operaciones financieras. c) actividades de esparcimiento, deportes y culturales. (Art. 14) 1) Se tendrá “en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia

económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía..." 2) ... b) "asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia".

3.8.4. *Parte IV. (Art. 15)* 1) "Los Estados partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley". 2) La capacidad jurídica civil de la mujer será idéntica a la del hombre... 4) El hombre y la mujer tendrá los mismos derechos en cuanto "a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio". (Art. 16) 1) Eliminación de "discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares", en que habrá igualdad entre hombres y mujeres... d) "los intereses de los hijos serán la consideración primordial". e) Ambos cónyuges tendrán "los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos..." g) Iguales derechos tales como elegir apellido, profesión y ocupación. h) Iguales derechos "en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso". 2) No tendrá efecto jurídico alguno el matrimonio entre niños y se fijará "una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial".

3.8.5. *Parte V. (Art. 17)* Con la finalidad "de examinar los progresos realizados en la aplicación de" esta convención se establece un Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ⁷².

3.8.6. *Parte VI. (Art. 23)* Nada de lo dispuesto por esta convención afectará cualquier norma de un estado parte o de cualquier convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese estado "que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres". (Art. 24) Compromiso de todos los Estados partes de conseguir en sus respectivos ámbitos nacionales "la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención". Aspectos generales ⁷³.

3.8.7. *Reserva de la República Argentina.* Según lo establecido por el art. 2º de la ley 23.179, la República Argentina no está obligada en materia de controversias con otro u otros Estados partes derivadas de esta convención a someter el diferendo a arbitraje y eventualmente ante la Corte Internacional de Justicia ⁷⁴.

3.9. *Sintesis de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.* "Suscripta en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985, en el 15º Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la

⁷² Composición del comité. Elección de sus integrantes. Apoyo de las Naciones Unidas. (Art. 18) Los Estados partes someterán periódicamente al secretario general de las Naciones Unidas, para su examen por el comité un informe sobre las medidas adoptadas y progresos realizados en lo referente a esta convención. (Arts. 19 a 22) Comité: organización, reuniones, informes, recomendaciones y sugerencias y participación de organismos especializados.

⁷³ (Arts. 25 a 29) Ratificación y adhesión de la convención. Revisión de la misma. Entrada en vigencia. Reservas. Controversias entre Estados partes con respecto a la interpretación o aplicación de esta convención.

⁷⁴ *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994.* Ed. Astrea, Bs.As., 1994, pág. 220.

Organización de Estados Americanos. Aprobada por la República Argentina según ley 23.652 (sancionada el 29/9/88; promulgada el 20/10/88; publicada, BO. 2/11/88)⁷⁵.

3.9.1. *Preámbulo*. Los estados americanos reafirman "que todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana"; son violatorios de los derechos humanos libertades fundamentales de la persona humana.

3.9.2. *Articulado*. (Arts. 1 y 6) "Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura" conforme a esta convención⁷⁶. (Art. 2) A los efectos de esta convención "se entenderá por tortura a todo acto realizado intencionalmente por el cual se infrinjan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales" con cualquier fin. También se entenderá "como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular" su personalidad "o a disminuir su capacidad física o mental". No se considerará tortura "las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales" y que no incluyan los actos precedentemente indicados en este artículo. (Art. 3) Responsabilidad por delito de tortura de empleados o funcionarios públicos y de quienes a instigación de aquéllos lo cometan directamente o sean cómplices. (Art. 4) La actuación bajo órdenes superiores no exime de responsabilidad penal por delito de torturas. (Art. 5) No justificarán el delito de tortura circunstancias tales como estado o amenaza de guerra, estado de sitio o emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. "Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura". (Art. 7) Adopción por los Estados partes de medidas para que en el adiestramiento de la policía y otros funcionarios públicos responsables de custodiar personas privadas de su libertad, "se ponga especial énfasis en la prohibición del empleo de la tortura" y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. (Art. 8) Derecho de toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura a que su caso sea examinado imparcialmente. Actuación de oficio de las autoridades "cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura". Una vez agotado el procedimiento conforme al ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado "el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado". (Art. 9) Incorporación a las legislaciones nacionales de los estados partes de "normas que garanticen una compensación adecuada para las víctimas del delito de tortura". (Art. 10) Ninguna declaración obtenida mediante tortura se admitirá como medio de prueba en un proceso, salvo el proceso seguido contra el acusado de haber obtenido tal declaración mediante tortura "y únicamente como prueba de que por ese medio" la referida declaración fue obtenida por el acusado. (Art. 11) Los Estados partes concederán la extradición de toda persona acusada o condenada de haber cometido tortura "de conformidad con sus respec-

⁷⁵ Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994. Ed. Astrea, Bs.As., 1994, pág. 221, nota a pie de página.

⁷⁶ Los actos e intentos de tortura constituirán delitos penales de cada Estado parte, sancionados severamente según su gravedad. Asimismo los Estados partes prevendrán y sancionarán "otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes".

tivas legislaciones nacionales sobre extradición y sus obligaciones internacionales en esta materia". (Art. 12) Casos en los cuales los Estados deberán tomar medidas en sus respectivas jurisdicciones acerca del delito de tortura ⁷⁷. (Art. 13) 1) "Los Estados partes se comprometen a incluir el delito de tortura como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro" ⁷⁸. (Art. 14) "Cuando un estado parte no conceda la extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiera cometido en el ámbito de su jurisdicción", para investigar el caso y, de corresponder, llevar a cabo el proceso penal conforme a su legislación nacional y comunicar la respectiva decisión al Estado que hubiera solicitado la extradición. (Arts. 15 y 16) Esta convención no limita el derecho de asilo, cuando proceda, ni modifica las obligaciones de los Estados partes asumidas en tratados internacionales que traten la materia de extradición. Aspectos generales ⁷⁹.

3.10. *Convención sobre los Derechos del Niño*. "Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989. Aprobada por la República Argentina según la ley 23.849 (sancionada el 27/9/90; promulgada de hecho el 16/10/90; publicada, BO, 22/10/90). El art. 2º de esta ley formula una reserva y tres declaraciones" que figuran al final de esta síntesis ⁸⁰.

3.10.1. *Parte I*. Precedida de un preámbulo ⁸¹. (Art. 1) Para esta convención "se

⁷⁷ a) Cuando la tortura haya sido cometida en el ámbito de la jurisdicción del Estado parte. b) Cuando el presunto delincuente tenga su nacionalidad en el Estado parte. c) Cuando la víctima sea nacional del Estado parte y éste lo considere apropiado. Además, todo Estado parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito de tortura "cuando el presunto delincuente se encuentre en el ámbito de su jurisdicción y no proceda a extraditarlo".

⁷⁸ El delito de tortura será causal de extradición entre los Estados partes. Si no existiere tratado de extradición entre alguno de los mismos y alguno subordinara la extradición a la existencia de un tratado, podrá considerar esta convención como base jurídica para la extradición referente al delito de tortura. No se concederá la extradición por este delito "cuando haya presunción fundada de que corre peligro" la vida del acusado, "de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o... que será juzgado por tribunales de excepción... en el Estado requirente".

⁷⁹ (Art. 17) Obligación de los Estados partes de informar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de las medidas que hubieren adoptado para la aplicación de esta convención. Dicha Comisión analizará en su informe anual la situación existente en los estados miembros de la Organización de los Estados Americanos lo referente a la prevención y supresión de la tortura. (Art. 18) Invitación a la firma de la convención por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos. (Art. 19) Ratificación. (Art. 20) Adhesión. (Art. 21) Reservas. (Art. 22) Entrada en vigencia de la convención. (Art. 23) Vigencia indefinida y derecho de cualquier estado parte a denunciarla.

⁸⁰ *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994*. Ed. Astrca. Bs.As., 1994, pág. 227, nota a pie de página.

⁸¹ *Preámbulo*. Entre los principios sostenidos por las Naciones Unidas está el "reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos; "que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales"; que la familia "como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento

entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". (Art. 2) 1) Compromiso de los Estados partes de respetar dentro de sus respectivas jurisdicciones los derechos enunciados en esta convención en favor de los niños sin distinción alguna. 2) Protección contra discriminación o castigo al niño por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. (Art. 3) En todas las medidas concernientes a los niños que adopten las instituciones públicas o privadas de bienestar social será consideración primordial atender el interés superior del niño⁸². (Art. 4) Compromiso de los Estados partes a adoptar las medidas que den efectividad a los derechos reconocidos en esta convención. En materia de derechos económicos, sociales y culturales, cada Estado adoptará las medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga y de ser necesario con la cooperación internacional. (Art. 5) Derecho de la familia de impartir al niño "en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en" esta convención. (Art. 6) Los estados partes: 1) "Reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida". 2) "garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y del desarrollo del niño". (Art. 7) 1) Derecho del niño a ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre desde que nace, a adquirir una nacionalidad "y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"⁸³. (Art. 8) Compromiso de los Estados "a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares". (Art. 9) 1) Los niños no serán separados de sus padres contra la voluntad de éstos salvo que la autoridad competente determine "que tal separación es necesaria en el interés superior del niño". 3) En caso que el niño estuviera separado de uno o ambos padres tendrá derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo que ello fuera contrario al interés superior del niño⁸⁴. (Art. 10) 1) Compromiso de los Estados partes de atender "de manera

y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad"; "que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión"; que el niño debe "ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad"; que el "niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales.... tanto antes como después del nacimiento" y en reconocimiento de "la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo".

⁸² a) Compromiso de los Estados partes a asegurar al niño la protección y cuidado necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres u otras personas responsables. b) Control por los Estados partes de que las instituciones encargadas del cuidado o protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes.

⁸³ Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos conforme a su legislación nacional y a las obligaciones internacionales que hubieren contraído, "sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida".

⁸⁴ "Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el

positiva, humanitaria y expeditiva" toda solicitud hecha por un niño o sus padres para entrar o salir de un Estado parte a efectos de la reunión de la familia y que "la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares. 2) Derecho del niño cuyos padres residan en estados diferentes "a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres". "El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de otras personas" y que sean conformes a los demás derechos reconocidos en esta convención. (Art. 11) Adopción de "medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero". (Art. 12) 1) Garantía "al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que" lo afecten, teniendo en cuenta en tales opiniones la edad y madurez del niño. 2) Dicha garantía se extenderá a la oportunidad del niño a ser escuchado directamente o por representante en todo procedimiento que lo afecte. (Art. 13) 1) Derecho del niño a la libertad de expresión. 2) Este derecho podrá estar sujeto a restricciones legales necesarias para: a) "el respeto de los derechos o la reputación de los demás"; b) protección de la seguridad nacional, orden público, salud o moral públicas. (Art. 14) 1) "Derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión". 2) Derecho de los padres y/o representantes legales de guiar al niño en el ejercicio de los referidos derechos "conforme a la evolución de sus facultades". 3) La libertad de religión y creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones legales "necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás". (Art. 15) 1) Derecho del niño a libertad de asociación y a celebrar reuniones pacíficas. 2) Sólo podrá limitárselo legalmente mediante medidas "que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás". (Art. 16) Derecho del niño a protección legal contra "injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. (Art. 17) Los Estados partes velarán para que el niño tenga acceso a medios de comunicación nacionales e internacionales, especialmente "la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental" ⁸⁵. (Art. 18) 1) Los padres y/o representantes legales tienen "la responsabilidad primordial en la crianza y desarrollo del niño". Los Estados partes podrán el máximo empeño en garantizar el

fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado)" de uno o ambos padres o del niño, el Estado parte proporcionará a pedido de los padres, el niño o; si procede a otro familiar, información sobre el paradero del ausente, salvo que ello resultare perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

⁸⁵ A tal efecto los Estados partes alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de utilidad para los niños y promoverán la cooperación internacional para el intercambio de esa información y materiales, evitando todo aquello que fuera perjudicial para el niño.

reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño". 2) Los Estados partes asistirán a los padres y/o representantes legales "para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños". 3) Los Estados partes "adoptarán las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas". (Art. 19) Los Estados partes adoptarán medidas "para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos... mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres... o de cualquier... persona que lo tenga a su cargo". (Art. 20) 1) "Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado" ⁸⁶. (Art. 21) Los Estados que reconozcan la institución de la adopción "cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial" en la legislación respectiva, que asegurará que "las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción", la cual podrá efectuarse en un país distinto del de origen del niño, pero con todas las salvaguardias para el niño de la legislación de su país de origen: sin que genere beneficios financieros (y/o económicos) indebidos para quienes participen en la adopción ⁸⁷. (Art. 22) 1) Los Estados partes adoptarán las medidas adecuadas para que "el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado" según el derecho internacional o nacional, reciba "la protección y asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos" enunciados en esta convención. 2) Los Estados partes cooperarán junto con las Naciones Unidas para "proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia" a fin de que se reúna con ellos. De no poderse localizar a los padres o miembros familiares, "se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporariamente de su medio familiar" según lo dispone esta convención (art. 23) 1) Los Estados partes reconocen "que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente" con dignidad y que "le permitan bastarse a sí mismo" y faciliten su vida activa en la comunidad ⁸⁸. (Art. 24) 1, 3 y 4) Los Estados partes reconocen el derecho del niño a

⁸⁶ a) Los Estados garantizarán otros tipos de cuidados para esos niños, considerando la conveniencia de la "continuidad en la educación del niño y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico". b) "La kafala del derecho islámico", mencionada en el art. 20, inc. 3, esencialmente, significa la protección de los niños "de origen islámico, bajo el imperio de sus propias leyes" (GUADALUPE, GRACIELA. *La Nación*, 23/8/94, pág. 6, sección 1). Téngase en cuenta que este tipo de cuidados debe hacerse de conformidad con las leyes de cada Estado firmante de la convención.

⁸⁷ En caso de corresponder se promoverán acuerdos internacionales al respecto que garanticen "que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes".

⁸⁸ a) Derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales de parte del Estado, según los recursos disponibles, los que serán gratuitos en la medida de lo posible y conforme a la situación económica de los padres o de quien cuide al niño y estará destinada al desarrollo individual e integración social del niño. b) Intercambio entre los Estados partes de información acerca de atención preventiva y tratamiento médico de niños impedidos.

la salud, al tratamiento de las enfermedades y a la rehabilitación de la salud; a adoptar las medidas eficaces posibles "para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños"; y a promover la cooperación internacional tendiente a la salud de la niñez, a cuyo efecto se tendrán "en cuenta las necesidades de los países en desarrollo". 2) Especialmente: a) la reducción de la mortalidad infantil y en la niñez. c) Combatir las enfermedades y la malnutrición, aplicando la tecnología disponible, el suministro de alimentos nutritivos y adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros de contaminación del medio ambiente. d) "Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres". e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, particularmente los padres y los niños, tengan acceso a la educación pertinente en materia de salud. f) "Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia". (Art. 25) Reconocimiento por los Estados partes del derecho del niño "que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental" a una atención adecuada. (Art. 26) Reconocimiento por los Estados partes del derecho de los niños al derecho de la seguridad social. (Art. 27) 1) Reconocimiento del "derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social". 2) Los padres o personas a cargo del niño tienen la responsabilidad de proporcionarle, dentro de sus posibilidades, "las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño". 3) Los Estados partes colaborarán al respecto en caso necesario y con arreglo a sus medios. 4) Adopción de medidas necesarias por los Estados partes para asegurar el "pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño". Cuando el obligado resida en otro Estado, los Estados partes promoverán los arreglos apropiados tendientes a la efectivización de dicha responsabilidad. (Art. 28) Derecho del niño a la educación. Para alcanzar progresivamente el goce de ese derecho en igualdad de oportunidades, los Estados partes deberán: a) Implantar "enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos". b) Fomentar el desarrollo de la enseñanza secundaria, incluida la general y profesional y permitir el acceso a ella de todos los niños a cuyo efecto implantarán la enseñanza gratuita y la asistencia financiera en caso de necesidad. c) "Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad". d) Acceso de los niños a información y orientación sobre cuestiones educacionales y profesionales. e) Adopción de medidas tendientes a fomentar la asistencia escolar y reducir la deserción. 2) La disciplina escolar será compatible con la dignidad del niño y esta convención. 3) Cooperación internacional en materia educativa, especialmente para la eliminación de la "ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza", teniendo especialmente en cuenta a los países en desarrollo. (Art. 29) 1) Finalidad de la educación del niño: a) Desarrollar la personalidad, aptitudes y capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades. b) Inculcar al niño respeto por los derechos humanos, libertades fundamentales y principios de la Carta de las Naciones Unidas. c) Inculcar el respeto por sus padres, "de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya". d) "Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia" y respeto por los demás seres humanos. e) Inculcarle "el respeto del medio ambiente

natural". 2) En la medida que los particulares y/o entidades de enseñanza respeten lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo y que la educación que impartan "se ajuste a las normas mínimas que prescriba el estado", nada de lo dispuesto en el mismo ni en el art. 28, se interpretará como una restricción a la libertad de los particulares. (Art. 30) No se negará a los niños que pertenezcan a minorías étnicas, religiosas, lingüísticas o indígenas su derecho a tener, junto "con los demás miembros de su grupo a tener su propia vida cultural", su propia religión o su propio idioma. (Art. 31) "Derecho del niño al descanso y el esparcimiento,... a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes. (art. 32) 1) "Derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica" y desempeño de cualquier trabajo perjudicial para su educación, salud, desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. 2) A tal efecto los Estados partes adoptarán medidas tales como: a) edades mínimas de trabajo. b) Honorarios y condiciones de trabajo. c) Establecimiento de penalidades en caso de violación. (Art. 33) Adopción de medidas "para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas" nocivas, "y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícito de esas sustancias". (Art. 34) Protección del niño contra toda forma de "explotación y abuso sexuales", a cuyo efecto los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes. (Arts. 35 y 36) Adopción de medidas nacionales e internacionales "para impedir el secuestro, la venta, o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma", así como para proteger al niño "contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar". (Art. 37) "Los estados partes velarán por que": a) "Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad". b) "Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente". c) Todo niño privado de libertad será tratado con la dignidad inherente a todo ser humano y teniendo en cuenta las necesidades de su edad. A menos que ello sea perjudicial a su interés, estará separado de adultos y podrá comunicarse con su familia, "salvo en circunstancias excepcionales". d) Derecho de todo niño privado de libertad a asistencia jurídica y a cualquier otra asistencia adecuada que necesite. (Art. 38) Compromiso de respetar el derecho internacional humanitario en los conflictos armados en lo que hace a la obligación de proteger a la población civil y a la adopción de medidas para la protección y cuidado de los niños afectados. (Art. 39) Adopción de medidas adecuadas para la recuperación física y psicológica y reintegración social de todo niño víctima de "cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados". (Art. 40) 1) Derecho de todo niño acusado de haber cometido un delito, de ser tratado dignamente, teniendo en cuenta su edad y tendiendo a la reintegración del niño en la sociedad. 2) a) No se acusará penalmente a un niño por actos u omisiones no "prohibidos por las leyes nacionales o internacionales" al momento de cometerse. b) A todo niño acusado de comisión de delito, se le garantizará, por o menos: I) "Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley". II) Que se le informará sin demora de los cargos que pesan contra él y que dispondrá asistencia apropiada para su defensa. III) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad... competente, independiente e imparcial..., teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales". IV) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable" y que el interrogatorio de

testigos de la acusación y de la defensa será en condiciones de igualdad. V) Derecho de apelación, para el caso de ser condenado (en primera instancia). VI) Asistencia gratuita de un intérprete en caso de no comprender o hablar el idioma utilizado en la sustanciación del procedimiento. VII) Respeto a su vida privada en todas las etapas del procedimiento. 3) Creación de leyes, autoridades e instituciones específicas para niños acusados de comisión de delitos, contemplando en particular: a) Edad mínima para presumir que los niños tienen capacidad para cometer delitos (imputabilidad). b) "Siempre que sea apropiado y deseable", "tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales", respetando los derechos humanos. 4) Se intentarán posibilidades alternativas a la internación en instituciones, "para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción". Entre tales alternativas se mencionan: "el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional". (Art. 41) Lo dispuesto en esta convención no afectará "las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño" y que puedan constar en: a) la legislación de un Estado parte; o b) "El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado".

3.10.2. *Parte II. (Art. 42) Compromiso de los Estados partes de difundir adecuadamente esta convención, "tanto a los adultos como a los niños". (Art. 43) 1) Establecimiento de un Comité de los Derechos del Niño*⁹⁰.

3.10.3. *Parte III. Aspectos generales*⁹⁰.

3.10.4. *Reserva y declaraciones de la República Argentina. Formuladas en el art. 2º de la ley 23.849*⁹¹.

1) En cuanto a qué se entiende por "niño", según el art. 1º de la convención, "la República Argentina declara que debe interpretarse que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad" (ley 23.849, art. 2º).

⁹⁰ Integración. Organización, reuniones, colaboración de las Naciones Unidas, retribución. (Art. 44) Compromiso de los Estados partes de informar al comité las medidas que hayan tomado para dar efecto a los derechos reconocidos por esta convención y los progresos logrados al respecto; así como las dificultades para dicho logro. El comité podrá solicitar información adicional. "Los Estados partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos". (Art. 45) Los organismos especializados "tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención, comprendidas en el ámbito de su mandato. El Comité podrá invitar a los organismos especializados..." Otras facultades del comité referidas a la aplicación de esta convención.

⁹⁰ (Arts. 46 a 48) Firma, ratificación y adhesión de esta convención. (Art. 49) Entrada en vigencia. (Art. 50) Propuestas de enmiendas a la convención por los Estados partes: procedimiento. En caso de aprobación, obligará a los Estados partes que las hayan aceptado. (Art. 51) 1) Reservas formuladas por los Estados *en el momento de la ratificación o adhesión*. 2) No podrán ser incompatibles con el objeto de esta convención. 3) Retiro de las reservas. (Art. 52) Denuncia de la convención: surte efecto al año de la notificación.

⁹¹ *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994*. Ed. Astrea, Bs.As., 1994, pág. 249.

2) Respecto de los incisos b, c, d y e del art. 21, referidos a la adopción internacional, la República Argentina manifiesta que no registrarán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta (ley 23.849, art. 2º).

3) En cuanto al art. 24, inc. f), que menciona la planificación familiar, la República Argentina, considerando que tales cuestiones "atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales, interpreta que es obligación de los Estados, en el marco de este artículo, adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable" (ley 23.849, art. 2º).

4) Respecto al art. 38 que se refiere a los niños y a los conflictos armados, "la República Argentina declara que es su deseo que la Convención hubiese prohibido terminantemente la utilización de niños en los conflictos armados, tal como lo estipula su derecho interno, el cual, en virtud del art. 41" de la convención, "continuará aplicando en la materia".

IV. LA CUESTIÓN DEL ARTÍCULO 68 BIS

El "núcleo de coincidencias básicas" (incluido en el art. 2º de la ley 24.309, que declaró la necesidad de reformar la CN), en su punto "L", dispone: *Establecimiento de mayorías espectales para la sanción de leyes que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos*. "Los proyectos de leyes que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos actualmente vigente deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de cada una de las Cámaras. Por agregado al art. 68 de la Constitución Nacional". Dicho texto, de ser aprobado por la Convención Reformadora, se incorporaría al art. 68 de la CN 1853/60, es decir al texto anterior al de la reciente reforma (constituiría el segundo párrafo del nuevo art. 77).

Dicha norma tiene por finalidad establecer un régimen de mayorías para la modificación legislativa de las cuestiones referentes al régimen electoral y al de partidos políticos, superior o más estricto que el generalmente requerido para la aprobación de las resoluciones de las Cámaras ⁹².

Adviértase que el texto se refiere a la modificación del "régimen actualmente vigente" en materia electoral y de partidos políticos, lo cual permitirá interpretar que su aplicación es por una sola vez en cada uno de esos dos campos y que para

⁹² La CN antes de su reforma contenía una norma expresa en materia de quórum (número mínimo de miembros para que un cuerpo colegiado pueda sesionar válidamente) exigiendo la mayoría absoluta de sus miembros para el funcionamiento de cada una de ambas cámaras (ex art. 56), pero no establecía un principio general que dispusiese la mayoría requerida para la aprobación de sus decisiones, salvo que la CN dispusiese expresamente otra cosa en algún caso especial. El mismo artículo se repite en la CN reformado (nuevo art. 64) y tampoco se prevé el referido principio general acerca de las mayorías, cuestión que a mi juicio hubiera sido conveniente incorporar en el texto constitucional y no dejarlo librado a normas reglamentarias.

posteriores reformas de los mismos no se exigirá el requisito especial de “mayoría absoluta del total de los miembros de cada una de las Cámaras”.

La norma responde “a la necesidad de asegurar que el dictado de ciertas leyes vitales para la vida democrática, tuviese un acuerdo o consenso mínimo de la clase política, y no fuese producto de la voluntad de un solo partido”. Aparentemente, como resultado de un error, el artículo posteriormente “desapareció”. “ya que no fue incluido en el texto reenumerado y compatibilizado que en definitiva aprobó la Convención en su última etapa, según la previsión del art. 15 de la ley 24.309, ni aparece en la edición del Boletín Oficial”⁹³.

Respecto de dicho “artículo perdido”, “la omisión de su inclusión en el texto definitivo de la Constitución únicamente podría haber sido reparada por la propia Convención Constituyente, dada la específica previsión del mencionado art. 15 de la ley 24.309. Además, los poderes constituidos (presidente, Congreso, Jueces) no están habilitados para corregir aquel texto reenumerado, por más que contuviese lagunas o faltantes, precisamente porque no son poder constituyente. En resumen, el artículo extraviado no debe ser entendido como norma vigente”⁹⁴. Por otra parte, la disposición transitoria decimoséptima, CN, dispone que el texto ordenado y sancionado por la Convención Constituyente reemplaza al anterior texto constitucional; y en dicho texto ordenado y aprobado no figura la norma en cuestión.

“¿Podría, tal vez, alguna addenda, alguna fe de errata remediar el grave error? La opinión predominante entre los juristas es que, habiendo ya jurado los convencionales reformadores el texto conocido, ningún nuevo acto podría, hasta una eventual reforma, enmendarlo. Los legisladores, por su parte, han mostrado una cierta predisposición para corregir mediante una ley que tenga el consenso de todos los sectores, la amputación de lo votado en Santa Fe. Pero una ley quedaría, de todos modos, sujeta a las fluctuaciones en el ánimo de los legisladores y a los cambios en las tendencias parlamentarias, influidas con notable frecuencia por conveniencias electorales de circunstancias”⁹⁵.

⁹³ a) SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. Introducción a *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994*; Ed. Astrea, Bs. As., 1994, pág. 30. b) “El propósito del desvanecido artículo 68 bis era, a todas luces, que las normas referentes a partidos y sistemas electorales, de decisiva significación para la marcha del proceso democrático, ya que ellas podrían engendrar proscripciones, discriminaciones ideológicas o repartos *non sanctos* de las bancas parlamentarias, no fuese producto de la voluntad de un solo partido, sino el resultado de un consenso apreciable entre las fuerzas políticas argentinas” (SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. *Reflexiones sobre un fantasma constitucional*; La Nación, 8/10/94, sección 1º, pág. 7). c) Conforme al *artículo perdido*, para modificar el régimen electoral y de partidos políticos actualmente vigente, se requería la mayoría absoluta del total de los miembros de cada una de las Cámaras, es decir, 125 diputados y 25 senadores. “que pasarían a ser 38 una vez que a la Cámara alta se sume el tercer senador de cada distrito”. De no aplicarse dicha norma, se requiere la mayoría absoluta de los presentes siendo “suficientes los votos de sólo 63 diputados y 13 senadores (después, 19), con las Cámaras en sesión con quórum estricto” (Diario *La Nación*; editorial del 6/9/94).

⁹⁴ SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. Introducción a *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994*; Ed. Astrea, Bs. As., 1994, pág. 30.

⁹⁵ Diario *La Nación*; editorial del 6/9/94. Discrepo con que una nueva reforma constitucional efectuada adecuadamente no pueda incorporar este artículo (conf. SAGÜÉS, NÉSTOR

Según el diario "La Nación" del 28/9/94⁹⁶, el PEN habría resuelto no solucionar el problema mediante una fe de erratas, incluyendo el texto en cuestión en la CN, y en cambio intentar superar el escollo mediante la sanción de una ley, para lo cual habría dos proyectos: uno incorporando la norma en la CN⁹⁷ y el otro estableciéndola sin jerarquía constitucional.

Al día de escribir estas líneas (16 de octubre de 1994), las últimas noticias que tengo al respecto son:

a) El PEN redactó un proyecto de ley mediante el cual se incluye la referida norma como apartado segundo del artículo 77 de la CN. La defensa del proyecto, antes para satisfacer necesidades políticas circunstanciales que para respetar principios jurídicos de visión a largo plazo, sería que en el Congreso "están representadas todas las fuerzas que participaron en la reforma constitucional y, por tal motivo, un acuerdo entre ellas tendría entidad para incluir el artículo olvidado". La Procuración del Tesoro de la Nación interpretaría "que el artículo 127 del reglamento de la Convención establece que la votación afirmativa de los temas contenidos en las coincidencias básicas "importará su incorporación constitucional total" y que el Congreso, "según el artículo 75 de la Constitución reformada, tiene atribuciones para controlar el uso que ha hecho la Convención de las facultades conferidas por la ley declarativa de la reforma"⁹⁸.

b) Las diversas ediciones —efectuadas por imprentas privadas— de la CN varían en cuanto a incluir o no el llamado "art. 68 bis" (reitero que correspondería al nuevo art. 77, CN); las distintas versiones estarían generando confusiones a los alumnos en los colegios⁹⁹.

Independientemente de la solución política que se quiera dar —y eventualmente se dé— al asunto, opino que sólo una convención constituyente con facultades al respecto puede incluir válidamente en la CN la norma en cuestión.

Una ingeniosa y constructiva solución al problema ha sido propuesta por el Dr. Néstor Pedro Sagüés, consistente en que los operadores de la CN actúen "como si el artículo 18 'bis' fuese norma constitucional"; de admitirse, como se lo hace, que se trata de una buena norma, ¿por qué no cumplirla e incorporarla así a nuestras prácticas constitucionales como regla "no escrita", como costumbre (derecho consuetudinario) constitucional? Al igual que el derecho anglosajón contiene muchos usos "producto de los hábitos parlamentarios, de la observancia de las

PEDRO. *Reflexiones sobre un fantasma constitucional*. La Nación, 8/10/94, sección 1, pág. 7: "El camino más claro y seguro, naturalmente, es que una futura convención resuelva el problema y sancione la vigencia del artículo desaparecido".

⁹⁶ Sección 1, pág. 10.

⁹⁷ En nuestro Derecho Constitucional resulta absolutamente inaceptable la modificación de la CN por una ley.

⁹⁸ a) Diario *La Nación*, 5/10/94, sección 1ª, pág. 10. b) Ni en el nuevo art. 75, CN, ni en ninguna otra norma de la misma —única que podría hacerlo— encuentro que el Congreso tenga "atribuciones para controlar el uso que ha hecho la Convención de las facultades conferidas por la ley declarativa de la reforma", según afirmaría la Procuración del Tesoro de la Nación.

⁹⁹ Diario *La Nación*, sección 1ª, pág. 12, artículo firmado por Graciela Guadalupe.

tradiciones, de los pactos de caballeros, del *fair play* legislativo". En esta reforma, "el extravío del artículo 68 'bis' puede entonces tener una faceta positiva: dar la oportunidad, a nuestra clase política, de respetar la palabra dada, aunque no esté en letra de imprenta, y de generar un saludable precepto consuetudinario constitucional"¹⁰⁰.

A mi juicio, la idea del Dr. Sagüés brinda una magnífica oportunidad para que en nuestro país podamos dar un nuevo paso tendiente a transitar el camino que conduce a que la palabra "política", por propio y bien ganado prestigio, pase a gozar del respeto de la población y a escribirse con mayúscula.

¹⁰⁰ SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. *Reflexiones sobre un fantasma constitucional*; diario *La Nación*, 8/10/94, pág. 7.

LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

SILVANA S. GONZÁLEZ NAPOLITANO *

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL. 1. La incorporación de los tratados en nuestro Derecho Interno. 2. La incorporación del Derecho Internacional consuetudinario en el Derecho Argentino. II. LA RELACIÓN JERÁRQUICA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO. 1. Solución en el Derecho Internacional. 2. Solución en el Derecho Argentino. a) La Constitución Nacional y los tratados internacionales. b) Jerarquía de los tratados frente a otras fuentes de derecho. III. LA APROBACIÓN Y DENUNCIA DE LOS TRATADOS SEGÚN LA REFORMA CONSTITUCIONAL. 1. La aprobación por el Congreso. 2. La denuncia. IV. OPERATIVIDAD DE LOS TRATADOS. 1. Tratados operativos y programáticos. 2. Operatividad de los tratados sobre derechos humanos. V. OTRAS NORMAS CONSTITUCIONALES REFERENTES A LOS TRATADOS. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Son dos los problemas que atañen a las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno: la incorporación del Derecho Internacional al Derecho Estatal y la relación jerárquica entre ambos. En el presente trabajo se analizarán las normas constitucionales así como los tratados vigentes suscriptos por nuestro país, que nos permitan resolver ambas cuestiones, en confrontación con la jurisprudencia de nuestros tribunales.

I. LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Existen dos formas de incorporación del Derecho Internacional (convencional o consuetudinario): automáticamente o a través de un acto formal del Estado (que puede ser una ley u otra fuente) que lo recepte, transforme o integre al derecho interno. La incorporación automática o directa de los tratados o costumbres internacionales es tenida en cuenta por lo que la doctrina denomina "teoría monista", que considera al

* Profesora de Derecho Internacional Público de la U.C.A. y U.B.A.

Derecho Internacional y al Derecho Interno como dos subsistemas que pertenecen a un mismo ordenamiento jurídico. Por oposición, la "teoría dualista", al considerar que ambos derechos pertenecen a dos ordenamientos distintos, requiere la transformación del Derecho Internacional para poder ser aplicado en el orden jurídico interno.

1. La incorporación de los tratados en nuestro derecho interno

Lo relativo a los tratados celebrados por escrito se encuentra regulado en dos acuerdos internacionales: 1) la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscripta en 1969, ratificada por nuestro país el 05/12/72 y en vigor desde el 27/01/80, que se aplica a los tratados celebrados por escrito entre Estados, y 2) la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, suscripta en 1986 (la R.A. la firmó el 30/01/87) ratificada por nuestro país el 17/08/90, aunque aún no ha entrado en vigencia.

Los tratados celebrados "en buena y debida forma" (por oposición a los acuerdos en forma simplificada que se concluyen con la negociación y la firma) atraviesan distintas etapas: negociación, adopción del texto, autenticación y manifestación del consentimiento en obligarse. Esta última etapa puede realizarse por medio de la ratificación, adhesión (en el caso de terceros Estados), etc. ¹.

Para nuestro derecho, el tratado es un acto complejo federal ², por cuanto en su celebración intervienen el Poder Ejecutivo y el Legislativo de la Nación.

En sede *internacional*, es el Poder Ejecutivo Nacional quien negocia y ratifica los tratados. Así, el actual art. 99 de nuestra Carta Magna (conforme la reforma de 1994), en su inciso 11º establece que el P.E.N. "*concluye y firma* ³ *tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras...*" Este párrafo concuerda con el anterior artículo 86, inciso 14º ⁴, destacándose que en su

¹ El art. 2.2. de la Convención de Viena de 1969 establece que "se entiende por *ratificación, aceptación, aprobación y adhesión*, según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado". O sea que a través de la ratificación "el órgano competente de un Estado causa la vinculación obligatoria de éste a un tratado" (Cfr. DE LA GUARDIA, ERNESTO Y DELPECH, MARCELO. *El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*. Edit. LA LEY, Buenos Aires, 1970, pág. 213).

² Así lo confirmó la jurisprudencia de la C.S.J.N. en el caso "Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros", del 07/07/92, considerando 17º del voto de la mayoría (en LA LEY, Tomo 1992-C, pág. 547).

³ El término *concluir* ha sido empleado por nuestros constituyentes como sinónimo de *negociar*, ya que como acertadamente manifiestan De la Guardia y Delpech: "no podría pensarse que el Presidente *concluyera* en el sentido de expresar el consentimiento definitivo y luego *firmara*" (op. cit. pág. 511).

⁴ Anterior texto del art. 86, inciso 14: "Concluye y firma *tratados de paz, de comercio, de navegación, de alianza, de límites y de neutralidad*, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las *potencias* extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules".

nueva redacción se amplió su ámbito de aplicación al evitar hacer referencia al objeto de los tratados; además se incluyeron los celebrados con las organizaciones internacionales.

En el ámbito *interno*, nuestra C.N. exige que los tratados con las Naciones extranjeras sean aprobados por el Congreso de la Nación, tal como prescribe el reformado art. 75, en el inciso 22º: "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede". También en este artículo se hizo referencia a las organizaciones internacionales, a diferencia del anterior art. 67, inciso 19º⁵.

Por lo tanto, para el Derecho Argentino, la celebración de los tratados comprende las siguientes etapas: negociación, adopción y autenticación del texto (por el Poder Ejecutivo Nacional, —generalmente a través de la Cancillería—); aprobación del texto (efectuada a través de una ley del Poder Legislativo Nacional) y ratificación (acto que realiza el Poder Ejecutivo —Presidente de la Nación—).

Resulta imprescindible destacar que la aprobación que realiza el Congreso Nacional en el orden interno —por medio de una ley— es sólo un paso intermedio en el proceso de conclusión de los tratados, previo a la ratificación en el ámbito internacional, y por ende, no implica la incorporación de los mismos al Derecho Interno⁶. Cuando el P.L. aprueba (el texto del futuro tratado —o del tratado, en el caso de adhesión—), solamente está dando conformidad para que el Poder Ejecutivo se obligue posteriormente en base a dicho texto (o con las reservas que se indiquen). Luego el P.E.N. podría ratificarlo o no, ya que se encuentra dentro de sus facultades. Hasta ese momento, sólo es un tratado inconcluso, no obligatorio, puesto que aún nuestro Estado no ha prestado su consentimiento en obligarse. Los tratados adquieren fuerza obligatoria recién a partir de su entrada en vigor⁷, y para que esto ocurra se deben dar dos requisitos: 1º) que el tratado se encuentre en vigor y 2º) que el Estado se haya obligado —por ejemplo a través de la ratificación o adhesión—, ello sin perjuicio de la obligación de no frustrar el objeto y fin del tratado antes de su entrada en vigencia, previsto en el art. 18 de la Convención de Viena de 1969⁸.

Una vez ratificado por nuestro Poder Ejecutivo, el tratado se incorpora automáticamente a nuestro derecho, sin necesidad de ser receptado o transforma-

⁵ Anterior texto del art. 67, inciso 19º: "Aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones y los concordatos con la Silla Apostólica; y arreglar el ejercicio del patronato en toda la Nación".

⁶ Cfr. MONCAYO, G.; VINUESA, R.; GUTIÉRREZ POSSE, H. *Derecho Internacional Público*, Tomo 1, Edit. Zavalia, 2ª reimp., 1987, pág. 64.

⁷ Conforme con los arts. 26 de las convenciones de Viena de 1969 y de 1986: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

⁸ Al art. 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 enuncia: "Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y fin de un tratado: a) Si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o b) Si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que precede a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente". Este artículo es coincidente con el art. 18 de la Convención de Viena de 1986.

do a través de una ley u otro acto interno formal. Si ello no fuera así, y consideráramos que el tratado es transformado en Derecho Interno por una ley, esto derivaría en el absurdo de existir dos normas jurídicas: el tratado, que sería válido para el Derecho Internacional, y la ley del Congreso, obligatoria en el orden jurídico argentino⁹.

Por lo expuesto, es incorrecto asimilar al tratado internacional con la ley interna aprobatoria, ya que el tratado y la ley son dos fuentes de derecho autónomas y distintas (de lo contrario nuestra C.N. no haría referencia a los "tratados" sino solamente a las "leyes"). Asimismo es incorrecto confundir al acto internacional de "ratificación" con la ley interna que lo aprueba, tal como erróneamente lo han establecido nuestros tribunales en numerosos precedentes¹⁰. Además, dicha ley aprobatoria no puede tener la función de incorporar el tratado al Derecho Interno —como equivocadamente obra en la jurisprudencia de la C.S.J.N.¹¹, puesto que en

⁹ Cfr. BARBERIS, JULIO A., *La relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la República Argentina*, en *Jornadas sobre los Sistemas Internacionales de Protección Jurídica de la Persona Humana*, Buenos Aires, 1991, pág. 19.

¹⁰ En el caso "Ponzetti de Balbin, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A." del 11/12/84 (L.L. T° 1985-B, pág. 114 y ss.), se hace referencia a "... la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por ley 23.054..." (consid. 4° del voto de los Dres. Caballero y Belluscio); "toda vez que está en vigencia la ley 23.045, que ratifica la Convención Americana de Derechos Humanos, y cuyo instrumento de ratificación ha sido oportunamente depositado..." y "el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, cuyo proyecto de ley ratificatoria..." (consid. 8° del voto del Dr. Petracchi). En el caso "Campillay, Julio C. c/ La Razón y otros" (C.S.J.N., del 15/05/86, en el L.L. T° 1986-C, pág. 411 y ss.) también se hace referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos "... ratificada por la ley 23.054..." en el considerando 4° del voto de la mayoría. En el caso "Capalbo, Alejandro C." (C.S.J.N., del 29/08/86, en L.L. T° 1986-D, pág. 582 y ss.), los Dres. Caballero y Fayt en su voto en disidencia hacen la siguiente referencia: "... la Convención Única de Estupefacientes de 1961 de las Naciones Unidas (ratificada por decreto-ley 7672/63: ley 16.478)..." (consid. 8°).

En el caso "Eusebio, Felipe E. s/ sucesión" (C.S.J.N. del 09/06/87, en L.L. T° 1987, pág. 335 y ss.), el Procurador General de la Nación expresa: "La aprobación exteriorizada de la ley 23.054 no ha podido tener otro sentido, pues, que el de ratificar la asunción de ese compromiso por parte de la República, es decir, el compromiso de adecuar su legislación a los principios contenidos en la convención" (pág. 340). En el caso "Jáuregui, Luciano A." (C.S.J.N., del 15/03/88, en Rev. L.L. del 21/10/88, pág. 3 y ss.), la Corte expresaba: "Cabe agregar, en tal sentido, que el requisito previsto en el art. 8°, apart. 2°, inc. h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada por la ley 23.044)..." (consid. 6° del voto mayoritario y consid. 6° del voto del Dr. Petracchi). En el caso citado "Sánchez Abelenda c/ Ediciones de la Urraca" (causa S-454.XXI, del 01/12/88), el Juez de primera instancia hace referencia al derecho de réplica diciendo "que a partir de la sanción de la ley 23.054 [EDIA, 1984-22], que ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos... tal garantía ha quedado consagrada normativamente..." (según surge del considerando 3° de la sentencia de la C.S.J.N.), no siendo tal imprecisión advertida por el Tribunal Supremo. Asimismo la C. Nac. Civ., Sala A, repite el error en el considerando 4° de su sentencia de fecha 03/03/88 (Rev. L.L. del 25/04/88, pág. 7).

¹¹ En el caso "L. C. s/ sucesión" (C.S.J.N., del 24/12/85), el Procurador General de la Nación hace referencia al "Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (incorporado a nuestro derecho por decreto-ley 771/56...)" (E.D., T° 119, pág. 228). En

esa etapa, como ya se ha señalado, el tratado aún no ha sido ratificado y por ende tampoco está en vigor. Por otra parte, hay que señalar que pueden variar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado transcrito en la ley aprobatoria, a causa de reservas efectuadas por el P.E. al momento de obligarse, o por la aceptación u objeción de las formuladas por otros Estados.

2. La Incorporación del Derecho Internacional Consuetudinario en el Derecho Argentino

Nuestra Constitución hace referencia al *derecho de gentes* en la actual redacción del art. 118, concordante con el anterior art. 102¹².

Asimismo, la actual reforma incorporó en la primera disposición transitoria, una referencia a los *principios del Derecho Internacional*, en relación con la recuperación de las islas australes¹³.

Por ende, las costumbres internacionales integran directamente nuestro ordenamiento interno, tal como lo confirma la jurisprudencia¹⁴ y la doctrina¹⁵

el ya citado caso "Campillay, Julio C. c/ La Razón y otros" se expresa: "... es de destacar que el derecho de réplica de que se trata, ha sido incorporado a nuestro derecho interno, conforme lo normado por el art. 31 de la Constitución Nacional, mediante la aprobación por el art. 1º de la ley 23.054 del llamado *Pacto de San José de Costa Rica...*" (consid. 6º del voto en disidencia del Dr. Fayt).

En el caso "Eusebio", ya mencionado, el Procurador General de la Nación, confundiendo incorporación con operatividad, expresa: "En primer lugar, el art. 2º de dicho tratado es bien claro en el sentido de que los derechos y libertades mencionados en el artículo precedente —que son todos los que consagra la propia convención— deben ser específicamente incorporados al derecho interno de los Estados partes, en caso de no encontrarse ya garantizados en ellos, mediante la disposiciones legislativas o de otra índole que deberán adoptarse con arreglo a los procedimientos constitucionales de cada país" (pág. 340 del citado repertorio —ver nota Nº 10—).

¹² El art. 118 prescribe: "Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el *derecho de gentes*, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio".

¹³ "La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescindible soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional. La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los *principios del Derecho Internacional*, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino".

¹⁴ La Corte Suprema de Justicia ha establecido en el caso "Gómez, Samuel c/ Embajada Británica", del 24/06/76 (en E.D., tomo 68, pág. 237 y ss.) que "...no se han aplicado correctamente las disposiciones vigentes ni se dio cumplimiento a los principios de derecho internacional que rigen la convivencia entre las naciones (considerando 4º). "Que en tal supuesto, se impone dar adecuada solución al problema planteado, según principios del derecho de gentes, de modo que no resulten violadas las bases del orden público internacional que, por encima de las formas en que se encauza el proceso, son

argentinas. Esto prueba, una vez más, que no se requiere de un acto formal interno para incorporar al Derecho Internacional.

II. LA RELACIÓN JERÁRQUICA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

1. *Solución en el Derecho Internacional*

En el Derecho Internacional se observa que dicho orden prevalece sobre el interno. Así, la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, en el art. 27 establece que "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado" (idéntico principio adopta la Convención de 1986 referente a los tratados con Organizaciones Internacionales), ello sin perjuicio de que la violación manifiesta de una norma de fundamental importancia del Derecho Interno relativa a la manifestación del consentimiento del Estado, pueda dar lugar a la nulidad relativa del tratado (conforme al art. 46 de las citadas convenciones). Asimismo, la Resolución 2625/XXV de la Asamblea General de la O.N.U. (de 1970) enuncia el siguiente principio: "Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos".

Esta postura es corroborada por la jurisprudencia internacional ¹⁶.

2. *Solución en el Derecho Argentino*

El art. 31 de la Constitución Nacional establece: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...". Esta disposición otorga a la Constitución, las leyes de la Nación y los tratados internacionales

de aplicación prioritaria en el caso" (considerando 5º). Esta postura ha sido compartida en el caso "Cabrera, Washington, J.E. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", del 05/12/83 (en E.D., Tomo 107, pág. 616 y ss.); "Que los suscriptos comparten las consideraciones y la conclusión del voto de la minoría del Tribunal, en cuanto fundadas sustancialmente en el derecho de gentes" (Considerando único del voto de la mayoría), "... el deber de preservar por razones de prudencia la estabilidad de los pactos internacionales válidos celebrados por la República Argentina según el derecho de gentes..." (Considerando 7º del voto de la minoría). "De acuerdo con criterios elementales del derecho internacional consuetudinario, aplicables por esta Corte..." (considerando 10º del mismo voto).

¹⁵ Cfr. MONCAYO, VINUESA, G. POSSE: op. cit., pág. 68.

¹⁶ La Corte Permanente de Justicia Internacional consideró en el caso de "Los Intereses alemanes en la Alta Silesia", sentencia del 25/05/1926, que las leyes nacionales son simples hechos (C.P.J.I., Serie A, N° 7, pág. 19), postura mantenida por la C.I.J. y la jurisprudencia arbitral.

rango de "ley suprema de la Nación", prevaleciendo sobre el ordenamiento provincial, sin establecer jerarquía alguna entre ellos (puesto que si el orden en que se encuentran enunciados implicara preeminencia, tendría que haberse explicitado en la misma norma). Como señala Gros Espiell, "*La expresión 'Ley Suprema' en estas constituciones de Estados Federales, como son México y la Argentina, no significa que tengan los tratados una jerarquía superior a las leyes federales, sino que la Constitución, las leyes federales y los tratados ratificados y en vigor, forman el conjunto normativo que asegura la supremacía federal respecto de las constituciones y legislaciones de los Estados federados o de las Provincias*"¹⁷.

Para analizar la relación jerárquica entre la Constitución, las leyes y los tratados, debemos recurrir a otras disposiciones.

a) La Constitución Nacional y los tratados internacionales.

Hasta la entrada en vigor de la actual reforma, la Constitución Nacional ocupaba la cúspide de la pirámide jurídica, en virtud de los arts. 27 y 30.

Art. 27: "El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución".

Art. 30: "Esta Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto".

Una interpretación armónica de estos artículos nos indicaba que, por una parte, los tratados debían respetar los principios de derecho público constitucional¹⁸, y por la otra, al establecerse un procedimiento rígido para la reforma constitucional, consecuentemente, la C.N. no podría ser modificada por un tratado o una ley (sino sólo a través de una convención constituyente)¹⁹.

La supremacía constitucional, recogida también en el art. 21 de la ley 48²⁰, era confirmada por la jurisprudencia²¹.

¹⁷ Cfr. GROS ESPIELL, HÉCTOR. *Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno*, en *Temas de Derecho Internacional* en Homenaje a Frida M. Pfirter de Armas Barea. Editor Raúl E. Vinuesa, Fundación del Centro de Estudios Internacionales de Buenos Aires, 1989, pág. 62.

¹⁸ Es de destacar que el artículo 27 de la C.N. obliga al tratado a "ajustarse a los principios de derecho público y no a cualquier disposición secundaria de la Constitución" (Cfr. BARBERIS, J.: op. cit., pág. 20).

¹⁹ Esta postura es concordante con la mayoría de los sistemas constitucionales latinoamericanos. Para un análisis más profundo del tema ver GROS ESPIELL, op. cit., pág. 61/72.

²⁰ El art. 21 de la ley 48 establece: "Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con las naciones extranjeras, las leyes particulares de las provincias, las leyes generales que han regido anteriormente

En este aspecto, la reforma actual produjo modificaciones notables al texto constitucional, si bien se mantuvieron inalterados los artículos 27, 30 y 31.

Por una parte, se diferencian distintas categorías de tratados: según su objeto (sobre derechos humanos, sobre integración, para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, de carácter político) y según los sujetos intervinientes (tratados con Estados de Latinoamérica, con otros Estados, con organizaciones internacionales, concordatos con la Santa Sede).

El nuevo art. 75, en su inciso 22° (párrafos 2° y 3°) establece:

"La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

A primera vista pareciera que a partir de dichos párrafos, la cúspide de la pirámide jurídica, actualmente se encuentra compartida por la C.N., las dos "declaraciones" y los siete tratados sobre derechos humanos, enunciados taxativamente (jerarquía comparable con la Constitución peruana de 1978, que en su art. 105 preceptúa que "los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional"). Sin embargo, la referencia a que dichos instrumentos "no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos", así como la vigencia de los artículos 27 y 30, nos lleva a interpretar que siguen prevaleciendo los principios de derecho público constitucionales por sobre todo tipo de tratados, puesto que esa

a la Nación, y los principios del Derecho de gentes según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento en el orden de prelación que va establecido".

²¹ La C.S.J.N. en el caso citado "Cabrerá, Washington c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", declaró inconstitucional el art. 4 del Acuerdo de Sede suscripto entre nuestro país, con fecha 15/04/77, por otorgar a la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande inmunidad de jurisdicción, y ésta al carecer de órgano jurisdiccional para entender en las controversias, violaba el art. 18 de la C.N. (que establece el derecho a la jurisdicción).

es la condición que deben cumplir incluso los tratados sobre derechos humanos para gozar la llamada "jerarquía constitucional". En realidad, esta expresión pareciera significar que estos tratados sobre derechos humanos son superiores a toda otra norma inferior a la Constitución, puesto que está bien claro que los tratados "no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución" y, además, tampoco se previó la posibilidad de contradicción entre las normas de un tratado con aquella (aunque ello no quita la posibilidad de que en el futuro la jurisprudencia pueda hacer prevalecer las cláusulas de este tipo de tratados por sobre la Constitución misma). En definitiva la única innovación consiste en darle un contenido concreto al art. 33 de la C.N., cuyos derechos y garantías no enumerados quedarían explicitados por vía de estos tratados (aunque el art. 33 deja abierta la posibilidad de considerar en el futuro otros derechos no contemplados actualmente).

No obstante, resulta criticable que la mención al orden jerárquico de los tratados se haya ubicado dentro del art. 75, referido a las facultades del Congreso, y no en la primera parte, donde se encuentran situados los arts. 27 y 31 (ya que, si bien la Convención Constituyente no podía modificar los artículos 1º al 35, por otra parte también se incorporaron nuevos derechos y garantías —arts. 36 al 43— en dicha primera parte).

b) Jerarquía de los tratados frente a otras fuentes de derecho.

Respecto de los tratados y las leyes de la Nación, ante la falta de normas constitucionales que brindaran un orden jerárquico, la C.S.J.N. durante varias décadas consideró a las leyes (o decretos-leyes) y a los tratados en igualdad de rango, recurriendo para resolver un conflicto entre ambos, a dos principios generales de derecho: *ley posterior deroga ley anterior* y *ley especial deroga ley general*. En consecuencia, un tratado posterior podía derogar²² una ley anterior, así como una ley posterior podía derogar un tratado anterior (sin perjuicio de que ello generara responsabilidad internacional por el incumplimiento de un tratado en vigor). Esta postura se afirmaba en los casos: "S.A. Martín y Cia Ltda. c/ Administración General de Puertos s/ repetición de pago"²³ y "Esso S.A. c/ Gobierno Nacional"²⁴.

En 1992 la C.S.J.N. revierte su doctrina, en el caso "Ekmekdjian, Miguel c/

²² Parte de la doctrina considera incorrecta la utilización del término *derogar* en estos casos. Tal como opina el Dr. Barberis, el término derogación "se trata simplemente del incumplimiento o de la violación de un tratado internacional (op. cit., pág. 25), y comparándolo con el Derecho Interno: "quien no da cumplimiento a un contrato, no puede expresar que lo anula o deroga, sino simplemente debe decir que no lo respeta o que lo transgrede", además agregando: "la Argentina no podría *derogar* unilateralmente un tratado que ha concertado con otro Estado y tampoco podría revocar el consentimiento otorgado para obligarse mediante esa convención" (Cfr. BARBERIS, JULIO A., *La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución Argentina*, en *Revista Prudentia Iuris*, Diciembre 1985-Abril 1986, Buenos Aires, pág. 186).

²³ Fallos 257:99, en *La Ley*, Tomo 113, pág. 458.

²⁴ Fallos 271:7, en *La Ley*, Tomo 131, pág. 771.

Sofovich, Gerardo y otros”²⁵ sosteniendo que “la derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado” (Considerando 17º) y “que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados ... confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno” (Considerando 18º).

Esta postura es reiterada en fallos posteriores: “Servini de Cubría, M. c/ Arte Radiotelevisivo Arg. S.A. y Borensztein, Mauricio”²⁶; “Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande s/ recurso de hecho”²⁷; “Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ recurso de hecho”²⁸; “Hagelin, Ragnar c/ P.E.N. s/ juicio de conocimiento”²⁹; “Artigue, Sergio Pablo s/ incidente de restitución de detenido”³⁰.

En resumen, la jurisprudencia consideraba a los tratados celebrados de acuerdo con la C.N. como superiores a las leyes y al resto de nuestro ordenamiento jurídico.

La actual Constitución Nacional adoptó una postura concordante con la doctrina de la C.J.S., prescribiendo en el art. 75, inciso 22º: “*Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*”. En realidad, la reforma constitucional superó la postura de la Corte, teniendo en cuenta que eleva la jerarquía de ciertos tratados sobre derechos humanos, como ya se trató en el punto anterior.

Por otra parte, en el inciso 24º, señala también entre las funciones del Poder Legislativo: “*Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes*”.

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

²⁵ Fallo citado en nota N° 2, pág. 540.

²⁶ Fallo de fecha 08/09/92, en Rev. J.A. Tomo 1992-IV, pág. 10.

²⁷ Causa F.433.XXIII, del 07/07/93, en E.D., tomo 154, pág. 161.

²⁸ Causa S.182.XXIV, del 26/10/93.

²⁹ Causa H.19.XXV, del 22/12/93.

³⁰ Causa 281.XXV, del 25/03/94.

perjuicio de la responsabilidad internacional que acarrearía el incumplimiento de la norma internacional en vigor.

III. LA APROBACIÓN Y DENUNCIA DE LOS TRATADOS SEGÚN LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

1. La aprobación por el Congreso

El nuevo art. 75 de la C.N., en sus incisos 22º y 24º, reconoce distintos tipos de mayoría en la votación de las leyes aprobatorias de los tratados. Aquí es donde tiene relevancia la clasificación de los tratados antes mencionada según su objeto y según los sujetos intervinientes.

El resto de los tratados sobre derechos humanos no enumerados en el inciso 22º, para gozar de la jerarquía constitucional, *"luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara"* (inciso 22º in fine).

Respecto de los tratados *de integración con Estados de Latinoamérica* para su aprobación se requiere la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara (inciso 24º). Por el contrario, para el caso de tratados de integración con *otros Estados* será necesario la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara para declarar la conveniencia de la aprobación, *"y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo"*.

2. La denuncia

La reforma constitucional al incluir normas relativas a la denuncia de los tratados, puso fin a la discusión doctrinaria sobre quién tenía la facultad de denunciarlos. Debido a que el antiguo art. 67, inciso 19º limitaba las atribuciones del Congreso a aprobar o desechar los tratados, se interpretaba que la denuncia correspondía exclusivamente al Poder Ejecutivo, lo cual no parecía justo, puesto que los tratados, al igual que las leyes, ya formaban parte del ordenamiento jurídico interno.

Acertadamente, los incisos 22º y 24º del nuevo art. 75 hacen referencia a la denuncia, estableciendo que los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional *"sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara"* (inc. 22º) y respecto de los tratados de integración: *"... se exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara"*. No obstante, el vacío se mantiene, ya que no hay referencia a la denuncia del resto de los tratados sobre diferentes materias.

IV. OPERATIVIDAD DE LOS TRATADOS

1. Tratados operativos y programáticos

Los tratados operativos (*self-executing*) son aquéllos cuyas normas "resultan

aplicables en el ordenamiento interno de forma directa por contener en sí mismas todas las medidas necesarias al efecto”³¹.

Pero hay tratados que contienen cláusulas que no son susceptibles de aplicación inmediata, sino que requieren para su efectividad la adopción de medidas legislativas o reglamentarias internas, a fin de fijar sus ámbitos de aplicación (límites). A estos tratados se los denomina “programáticos” (*non self-executing*), por oposición a los “operativos”.

No obstante, esta clasificación no es tan absoluta, puesto que pueden darse tratados que contengan cláusulas operativas y cláusulas programáticas, como se da en la mayoría de los casos.

Tanto los tratados operativos como los programáticos que se encuentren en vigor son igualmente obligatorios, en forma contraria a lo que sostuvo —erróneamente— la C.S.J.N. en algunos precedentes con anterioridad a 1992³² e integran nuestro ordenamiento jurídico interno.

En cuanto a los tratados programáticos o con cláusulas programáticas, el Estado tiene la obligación de promover las medidas necesarias a fin de conferirles operatividad, dentro de un plazo prudencial, que dependerá de las circunstancias de cada caso.

2. Operatividad de los tratados sobre derechos humanos

En 1992 la C.S.J.N. consideró que la falta de reglamentación del derecho a réplica contenido en el art. 14, inc. 1º de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscripta el 22/11/69, aprobada por ley 23.054 (del 19/03/84), ratificada el 05/09/84, la cual se encontraba en vigor, podía hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional³³.

La reforma constitucional puso en manos del Poder Legislativo la obligación de dar operatividad a las normas de los tratados sobre derechos humanos al explicitar en el nuevo inciso 23º —primer párrafo— del art. 75, que corresponde a dicho órgano: “*Legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre*

³¹ Cfr. RODRÍGUEZ CARRIÓN, ALEJANDRO J. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Edit. Tecnos. Madrid, 1987, pág. 222.

³² La C.S.J.N. reiteró en diversos fallos que la falta de reglamentación legal impide tener al tratado como derecho positivo interno (Caso “Costa, Héctor R. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros”, C-752.XIX y C-753.XIX, sentencia del 12/03/87 —considerando 16º del voto de las mayoría y considerando 11º del voto del doctor Caballero—; Caso “Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de La Urraca S.A. y otro” (ya citado) —consid. 7º de la mayoría y consid. 7º del voto del Dr. Petracchi—; Caso “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo”, E-60.XXII, sent. del 01/12/88 —consid. 3º, entre otros.

³³ Caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, considerandos 15º, 16º y 19º del voto de la mayoría.

derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Recordemos que en el mencionado caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, ante la ausencia de reglamentación legal del artículo 14 del tratado, la C.S.J.N. suplió dicha omisión, estableciendo las medidas necesarias para aplicar la norma al caso concreto.

V. OTRAS NORMAS CONSTITUCIONALES REFERENTES A LOS TRATADOS

La reciente reforma constitucional ha mantenido el control de constitucionalidad de los tratados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del nuevo art. 116: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por... los tratados con las naciones extranjeras...” (coincidentalmente con el anterior art. 100).

Asimismo, en el art. 125 se recepta la facultad de las provincias de “celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal” (poder que anteriormente le confería el art. 107) y se incorpora el art. 124: “*Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines, y podrán también celebrar conventos internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional*”.

Concordantemente con el anterior art. 108, el nuevo art. 126 impide a las provincias celebrar tratados parciales de carácter político.

Por otra parte, la reforma ha incorporado en la primera parte de la Constitución nuevos derechos y garantías. Así, en el art. 39 se reconoce a los ciudadanos el derecho de iniciativa popular para presentar proyectos de ley, pero impidiendo su ejercicio respecto de proyectos de tratados internacionales.

También merece destacarse el nuevo art. 43, que incorpora a la Constitución Argentina el recurso o acción de amparo: “*contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesiones, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley*”.

CONCLUSIONES

Respecto de la incorporación del Derecho Internacional, es de destacar que la reforma constitucional de 1994 no introdujo modificación alguna. Por el contrario, se reestructuró el orden de las Leyes Supremas de la Nación, jerarquizándose a ciertos tratados sobre derechos humanos (así como a ciertas “declaraciones”, que si bien receptan normas consuetudinarias, no deben ser asimiladas a los tratados, por no ser vinculantes internacionalmente), así como dando primacía al resto de los

tratados, concordatos y normas dictadas por organismos supranacionales —como consecuencia de los tratados de integración— sobre las leyes del Congreso y, por ende, sobre el resto del ordenamiento interno.

Si bien se intentó dar primacía al Derecho Internacional —al estilo de las constituciones europeas— no se previó el conflicto que podría suscitar un tratado “con jerarquía constitucional” que contuviera disposiciones contrarias a la Constitución misma. Esto hace concluir que, en definitiva, sigue prevaleciendo la Constitución sobre el resto de las normas. En segundo lugar se encontrarían los tratados enumerados taxativamente sobre derechos humanos —y los que se adquirieran esta categoría en el futuro—; en tercer lugar, el resto de los tratados (y concordatos), así como las normas dictadas como consecuencia de los tratados de integración y por último, las leyes del Congreso, cerrándose así la categoría de “Leyes Supremas”, prevaleciendo sobre el resto del ordenamiento interno.

No obstante los defectos y omisiones no suplidos por la reforma constitucional, ésta significó un avance para nuestro sistema jurídico, al receptor las modernas tendencias internacionales en materia de derechos humanos y dar un marco legal para la integración del derecho comunitario.

Diciembre 2023

La Dirección Editorial de la revista Prudentia Iuris de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires", ha decidido la retractación del artículo: "La filosofía política y la teoría de las relaciones internacionales en la perspectiva de Martin Wight", Prudentia Iuris, n. 37, 1995, pp. 145-165, de Hernando Cañardo.

Tal decisión se adoptó en razón de advertirse que se consignó erróneamente como de autoría del mencionado un trabajo que era una traducción. Se ha seguido el protocolo del Comité de Ética en las Publicaciones (COPE) para este tipo de casos, realizando la correspondiente notificación al autor.

<https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2444>

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

URBAN, ANGEL. *El origen divino del poder* (Córdoba, El Almendro, 1989). 457 pp.

No se trata, como pudiera parecernos de primera impresión por el título, de un libro de pensamiento político (aunque el tema no le es totalmente ajeno), sino que la editorial El Almendro, en su importante y erudita serie de Estudios de Filología Neotestamentaria, publica hoy un estudio filológico e histórico sobre la hasta ahora no controvertida interpretación de Juan (19, 11 a).

Obra surgida a partir de la tesis doctrinal de un prestigioso investigador, licenciado en Teología en la Gregoriana, en Ciencias Bíblicas en el Pontificio Instituto Bíblico y doctorado en Filología Bíblica en la Complutense, que en este nuevo trabajo de investigación que publica estudia, con gran puntilliosidad y erudición, el desarrollo histórico-interpretativo de un texto del apóstol Juan que tuvo gran trascendencia y fue uno de los pilares de la doctrina del origen divino del poder. El texto en sí se refiere a una frase de Jesús a Pilatos durante el interrogatorio de su juicio: "No tendrías ningún poder sobre mí si no te hubiera sido dado de lo alto".

La obra consta de dos partes claramente diferenciadas. En la primera se presenta el análisis gramatical, lingüístico y semántico de Juan (19, 11 a), mostrando que este versículo del evangelio ha sido frecuentemente mal traducido a lo largo de los siglos. El autor sostiene que hasta la primera mitad del siglo V los testimonios griegos han sido correctamente interpretados, mientras que los latinos —a excepción del Ambrosiater y de Gaudencio de Brescia— han sido incorrectos. Los traductores cometieron hasta cuatro errores gramaticales que dan lugar a una falsa interpretación del texto, como si éste fundamentase "el origen divino del poder". Según el autor, el párrafo no habla de "poder", sino de la "libertad" del hombre que Dios respeta.

Este análisis queda confirmado en la segunda parte de la obra en la que se estudian los autores (políticos, filósofos, exégetas, teólogos, moralistas o predicadores) que han utilizado el citado texto de Juan hasta el final de la Edad Media.

Como causante de la falsa interpretación del texto, el autor pone a Agustín de Hipona (s. V) en plena etapa de lucha por la consolidación del cristianismo como religión oficial del estado, ya que éste vincula el texto con la versión de la primera carta de Pablo a los romanos (XIII, 1), tradicionalmente considerada básica para fundamentar el origen divino del poder.

La interpretación de Agustín, sin seguidores en los siglos siguientes (a excepción de Beda el Venerable o de Alcuino), no encuentra eco hasta la mitad del siglo XII en la *Glossa Ordinaria*, básicamente por obra de Pedro Lombardo. A partir de esta fecha, y en medio de luchas ideológicas de poder cada vez más intensas, la falsa interpretación del texto queda consagrada oficialmente.

No obstante, la verdadera interpretación del texto, la que lo refiere a la "libertad", tiene en cada siglo algunos defensores, no pocos de ellos tenidos por

herejes. Estos, sin embargo, han quedado relegados por la interpretación oficial que pretende utilizar el texto como prueba del origen divino del poder.

El autor sostiene que "estas dos herencias invadirán los siglos siguientes, hasta nuestros días. La interpretación política agustiniana seguirá su ritmo de influjo y conquista, especialmente entre los juristas, canonistas y políticos; y, aunque recibirá duros golpes a partir del siglo XVIII, todavía se dejará sentir en la actualidad. La interpretación del plan salvífico, por su parte, acogida por famosos exégetas del siglo XVI, terminará por suplantarse a la recta interpretación. La combinación entre estas dos interpretaciones medievales dio paso a otra interpretación, sincretista, que intenta conciliarlas, así como en siglos pasados se ha intentado conciliar la recta interpretación con la agustiniana" (p. 413).

Cabe agregar que el autor defiende en el prólogo la metodología elegida para su trabajo —originariamente exegético—, ya que parte del análisis del texto, antes que de sus interpretaciones, metodología que, por otra parte, venimos defendiendo desde años en los seminarios de investigación histórica que hemos tenido a cargo y que consideramos indispensable para una revisión de la historia universal que aprendimos y enseñamos (el "regreso a las fuentes", más allá del llamado "principio de autoridad").

En otros aspectos Urban sostiene la importancia de reflejar, al margen de la exégesis, el ambiente exterior en que se manejan los textos.

Finalmente el autor plantea algunas observaciones interesantes sobre el criterio de tradición, recordando que el único criterio válido es el de fidelidad al texto original y no, como suele considerarse, el número de autores que defienden una traducción, muchas veces interesada; ni tampoco la mayor cercanía al original y —agrega— ni siquiera la ortodoxia del contenido del texto en cuestión.

Urban señala en su reflexión final que "en resumen, el texto de Juan (19, 11a) ha sido desviado en la historia bien por categorías teológicas, bien por errores gramaticales. En nuestros días, pocas huellas nos quedan de su correcta interpretación, exenta de prejuicios teológicos. Lo que en realidad desvelan las diferentes etapas interpretativas de Jn. 19, 11a es una progresiva corrupción del mensaje evangélico: la teologización que se ha hecho de dicho pasaje, quizás tomando como norma de interpretación más el Antiguo Testamento que el Nuevo, ha ido desviando poco a poco el sentido original del texto" (p. 421).

Nos parece de gran importancia el intento de volver al sentido originario de los textos bíblicos, pero nos parecen arriesgadas las conclusiones en la medida que llevan una crítica implícita al principio de autoridad y más aún a la tradición, pues la Iglesia ya ha vivido en otras épocas de crisis el intento por parte de los escrituristas de anteponer el texto bíblico a la tradición eclesial con las consecuencias que conocemos.

Al margen de su importancia como trabajo de exégesis bíblica, caracterizada por la erudición y detallismo del trabajo, el autor pretende —y estimamos que lo logra— aportar interesantes datos e interpretaciones a la historia del pensamiento político y/o a la filosofía del derecho y del estado en un tema tan significativo y permanente como el del origen del poder.

Florencio Hubeñák

BAUZÁ, HUGO FRANCISCO, *El imaginario clásico. Edad de Oro. Utopía y Arcadia*. (Universidad de Santiago de Compostela, 1983), 226 pp

La publicación de un libro de un colega y amigo es siempre motivo de agrado y satisfacción en un medio tan difícil como el del común interés por las humanidades. En este caso la alegría es mayor porque se trata de una obra y un autor que comparte muchas líneas de investigación con quien esto escribe.

Hechas estas aclaraciones preliminares valga señalar que Hugo Bauzá es doctor en Letras en la Universidad de la Sorbona-Paris IV —bajo el patrocinio de nuestro conocido consejero Pierre Grimal— y también de la Universidad Nacional de La Plata y docente e investigador en nuestro país, habiendo publicado gran cantidad de estudios y traducciones de clásicos del latín, especialmente del período augusteo.

Sus inquietudes intelectuales le han llevado dos años a España y su estadia en la Universidad de Santiago le facilitó completar sus investigaciones en el campo del imaginario colectivo o las evasiones en el espacio y en el tiempo: la Arcadia y la Utopía. Consecuencia de ello es este libro publicado por dicha Universidad.

La obra está dividida en tres partes dedicadas respectivamente a la Edad de Oro, la Utopía y la Arcadia y en ellas se interna en esos temas que siempre han subyugado al ser humano en momentos de angustia o nostalgia, como también de plácida evasión hacia tiempos felices pasados o futuros, reales o muchas veces imaginarios.

El análisis de la Edad de Oro lleva a Bauzá a rastrear el mito en sus fundamentos hindúes, hesiódicos y latinos (especialmente Virgilio, Horacio y Ovidio) con interesantes observaciones en cada caso. Coincidimos con el autor cuando opina que “probablemente en Virgilio opere un sincretismo de todos esos elementos lo que no descarta una intuición de lo divino-humanidad, tal como sugiere E. Paratore, pero, *sin* que ello, por cierto, aluda en forma directa al cristianismo” (p. 46).

A manera de conclusión Bauzá señala que “el topos de la aurea aetas se les presenta como una ensoñación poética ubicada en el pasado, como una añoranza sólo recuperable por el recuerdo” (p. 55).

En el capítulo siguiente analiza el mismo tema en relación con las distintas concepciones sobre la temporalidad, retomando —con referencias de los más importantes estudiosos— la discusión actualizada entre tiempo cíclico y lineal, especialmente en griegos y latinos, remarcando que éstos últimos tenían una concepción temporal eminentemente lineal y por ende histórica. Tampoco le es ausente el tema de la aparición de la noción de progreso, relacionada con estas cuestiones y motivo también de grandes discusiones entre los especialistas.

Pasando a la evasión espacial desfilan por las páginas de su obra interesantes datos y fundadas interpretaciones sobre temas tan significativos como los Campos Elísios homéricos o la pindárica Isla de los Bienaventurados, para concluir con la renombrada IV Bucólica de Virgilio que “propone la reinstauración de una edad de oro mítica a partir de la llegada de un niño que acaba de nacer” (p. 116).

Los estudiosos de las utopías suelen identificar el origen de éstas con la

célebre obra de Thomas More que lleva tal nombre pero Bauzá, muy atinadamente, nos remonta hasta la gestación del pensamiento utópico en la Hélade, comenzando —como era obvio— en la obra de Platón. “Una atenta lectura de su Política (tal el verdadero nombre de la obra que conocemos como República) nos revela —según el autor— que más que hablar de la formulación de una utopía, de la propuesta del filósofo se desprenden, en rigor, dos utopías que, usando los mismos términos platónicos, podemos denominar como la del “Estado sano” (369 a) y la del “Estado lujoso o afebrado” (376 c). Una tercera utopía podría hallarse en las Leyes” (p. 136). Luego Bauzá analiza la crítica de Popper al “presunto totalitarismo platónico”.

En una de las partes más novedosas del libro para nuestro medio, Bauzá estudia detalladamente las ideas utópicas en las comedias (Cratino, Crates, Aristófanes), en autores escasamente estudiados como “utópicos” en el período helenístico como Teopompo, Hecateo de Abdera, el Pseudo-Callístenes, Jambulo, Evémero y Antonio Diógenes y en las parodias utópicas de Luciano en el mundo latino.

La tercera parte de la obra, destinada a la Arcadia —considerada como forma espacial de utopía— el autor distingue una Arcadia material o histórico-geográfica y otra espiritual o idealizada, que es la que estudia. En primer lugar se ocupa de Virgilio, indudablemente uno de los escritores más conocidos y que mas atraen al autor, y fundamentalmente en este caso de su Egloga X.

Merece una referencia especial en este punto el Renacimiento, al que Bauzá caracteriza como “nostálgico de ese ámbito privilegiado y a pesar de estar alertado de la imposibilidad de recuperarlo, imaginó —además de la mítica Arcadia— otros paraísos artificiales por medio de los cuales poder apartarse del *déroutement* de la Historia y vivir, aunque sea fugazmente, en el marco de un espacio privilegiado” (p. 207).

A modo de conclusión el autor explica las causas de este “imaginario colectivo” en que “con el propósito de evadirse de una realidad sentida como asfixiante, o bien fundado en la visión soterológica de una vida *post mortem* de bienaventuranza, los antiguos imaginaron la existencia de esas comarcas privilegiadas” (p. 214), observando finalmente que las utopías sobreviven transfiguradas en distintas creencias y supersticiones que reflejan el anhelo del ser humano de retornar a la edad feliz de los orígenes o que soterológicamente proyectan la salvación redentora hacia el futuro.

Creemos que la obra de Bauzá cubre de manera académica y amena un vacío importante de una literatura que se está poniendo de moda pero que, en general, inmersa en el a-historicismo que nos rodea ha omitido ocuparse de sus raíces, equivocando por ello sus conclusiones.

Florencio Hubenáček



Se terminó de imprimir en
los Talleres Gráficos CYAN,
Potosí 4471, Buenos Aires, tel. 982-4426
en el mes de abril de 1995.