

REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

1988

DOCTRINA

JORGE RODRÍGUEZ MANCINI: *Evolución y Permanencia
de las Instituciones del Derecho del Trabajo*

MARCELO URBANO SALERNO: *El accidente de tránsito
ante una encrucijada: Necesidad de una revisión legislativa*

HIROKO YAMANE: *La aplicabilidad de las normas
internacionales de derechos humanos
a las sociedades multinacionales*

Traducción al español: Mónica Pinto y Pedro Aberastury (h.)

BIBLIOGRAFIA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Universidad de Buenos Aires
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Departamento de Publicaciones

REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

1988

I



ABELEDOPERROT

BUENOS AIRES

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT S.A.E. e I.
Lavalle 1280 - 1328 — 1048 - Buenos Aires — Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en
los trabajos, está a cargo exclusivamente de los autores.

I.S.S.N.: N° 0326-7431

Impreso en la República Argentina

Gráfica Pafernor S.R.L., Nicaragua 4462, Buenos Aires

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano: Profesor Jorge Alberto Sáenz.

Secretario Académico: Profesor César A. Siculer.

Secretario Técnico y de Relaciones Institucionales: Profesor Alfredo Suaya.

Subsecretaría Académica: Profesora Norma Beatriz Costoya.

Subsecretario Técnico: Profesor Ricardo Damonte.

CONSEJO DIRECTIVO

Profesores:

Consejeros Titulares: Dr. Alberto Antonio Spota, Dr. Eugenio Bulygin, Dr. Carlos Horacio Vidal Taquini, Dr. Sergio Alfonso Le Pera, Víctor Zamenfeld, Eduardo Angel Russo, Miguel Angel Ekmekdjian, Alejandro Jorge Padilla.

Consejeros Suplentes: Jorge Omar Maffia, Dr. Jaime Eduardo Malamud Goti, Dr. Carlos E. Alchourrón, Norberto Eduardo Spolansky, Dr. Manuel Antonio Laquis, Alejandro M. E. Ghigliani, Hebe Mabel Leonardi de Herbón.

Graduados:

Consejeros Titulares: Ernesto O'Farrel, Alejandro Quiroga López, Guillermo Lousteau Heguy, Carlos Alberto Oscar Cruz.

Consejeros Suplentes: Alejandro F. Núñez Pennazio, Marcelo Taboada, Luis M. González Lanuza, Angela del Carmen Castello.

Alumnos:

Consejeros Titulares: Javier Martín Petrantonio, Héctor María Huici, Fernando Luis Ratti, Flavio González.

Consejeros Suplentes: Virginia Vargas, María Victoria Lambrecht, Mariana Allerand, Claudio Javier Lutzky.

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Director: Profesor (E) Dr. Ignacio Winizky.

Subdirector: Profesor (C) Dr. Carlos J. Colombo.

Secretario General: Profesor Enrique M. Falcón.

REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

Director: Doctor Carlos Eduardo Colautti.

Subdirector: Profesora Ana María M. de Aguinis.

Secretario de Redacción: Profesor Pedro Aberastury (h.).

Consejo de Redacción: Profesores Daniel Lago, Roberto M. López Cabana, Rafael Mariano Manóvil, Mónica Pinto, Adolfo Tamini y Doctora Inés Weinberg.

COLABORADORES ARGENTINOS RESIDENTES EN EL EXTERIOR

Enrique Bacigalupo, Madrid (España)
Hugo Caminos, Washington D. C. (Estados Unidos de Norteamérica)
Roberto Bergalli, Barcelona (España)
Alberto Ciria, British Columbia (Canadá)
Enrique Dahl, Dallas (Estados Unidos de Norteamérica)
Natán Elkin, Ginebra (Suiza)
Alejandro Garro, New York (Estados Unidos de Norteamérica)
Ernesto Garzón Valdés, Mainz (Rep. Federal de Alemania)
Marcos Kaplan, México D. C. (Estados Unidos Mexicanos)
Natán Lerner, Tel Aviv (Israel)
Saúl Litvinof, Baton Rouge (Estados Unidos de Norteamérica)
Antonio Martino, Florencia (Italia)
Carlos Plastino, Río de Janeiro (Rep. Federativa del Brasil)

IGNACIO WINIZKY

El 14 de mayo pasado falleció el Profesor Emérito Ignacio Winizky, quien fundó la Revista Jurídica de Buenos Aires y la dirigió hasta su muerte.

Ignacio Winizky nos deja muchos legados. Amaba la libertad que era el corazón de su ética. Amaba la justicia por instinto y por vocación. Amaba, podemos decir que con su modo juvenil, y admiraba a sus alumnos a quienes brindó afecto y consejo. En el contenido que dio a estas páginas dejó la marca de su humanismo comprometido con la libertad del pensamiento y la investigación, la dignidad del individuo y la importancia de la cultura para su desarrollo, el rechazo de la violencia, la preservación de la paz.

Sólo podemos decir gracias Ignacio, maestro sabio y amigo querido. Hasta pronto.

IGNACIO WINIZKY

1910 - 1988

Abogado, doctor en Jurisprudencia Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires.

Fundador de EUDEBA.

Director del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Director de Revista Jurídica de Buenos Aires y de Lecciones y Ensayos.

Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

Titular de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

Profesor Asociado de la Universidad de París.

Fundador de la Academia Internacional de Jurisprudencia y Derecho Comparado de Río de Janeiro.

Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas.

Secretario General de la Sociedad Hebraica Argentina.

Miembro de Honor de la Sociedad Amigos de la Cultura Ramón Gómez Cornet.

Miembro de Honor de la Asociación de Abogados de México.

Presidente de la Asociación de Amigos de la Universidad Hebrea de Jerusalén.

Presidente de la Fundación Judía Argentina para el fomento de la Salud y la Educación.

INDICE

DOCTRINA

- JORGE RODRÍGUEZ MANCINI: *Evolución y Permanencia de las Instituciones del Derecho del Trabajo* 11
- MARCELO URBANO SALERNO: *El accidente de tránsito ante una encrucijada: Necesidad de una revisión legislativa* 37
- HIROKO YAMANE: *La aplicabilidad de las normas internacionales de derechos humanos a las sociedades multinacionales* 62
- Traducción al español: Mónica Pinto y Pedro Aberastury (h.) .. 63

BIBLIOGRAFIA

Notas de Libros:

- CARRIÓ, Genaro R.: *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso.*
Por CLAUDIO GABOT 87
- Air Worthy, liber amicorum.* I. H. Ph. Diederiksverschoor, por
OSCAR FERNÁNDEZ BRITAL 89

EVOLUCION Y PERMANENCIA DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO

POR JORGE RODRÍGUEZ MANCINI *

I. INTRODUCCION

1. La existencia de una rama científica autónoma dentro del ordenamiento jurídico descansa sobre dos datos o supuestos fundamentales: la vastedad de la materia legislativa y su unidad sistemática, dada por la especialidad de sus principios generales, distintos de los principios informadores de otras ramas. Así lo destaca Justo López con cita de Evaristo De Moraes (filho), tomado de su *Introdução ao direito do trabalho*¹.

Esta doble condición se halla reconocidamente satisfecha en el caso del derecho del trabajo. La primera, por una simple constatación de la frondosa legislación que comprende variadas instituciones propias de las relaciones individuales como de las colectivas. La segunda exigencia resulta del reconocimiento doctrinario y aún legislativo: ha sido precisamente la introducción de un principio jurídico nuevo derivado de las más elementales bases naturales de la justicia, ante las manifestaciones modernas de la sociedad industrial, el que dió nacimiento a esta disciplina y continúa siendo su fundamental elemento diferenciador del derecho común: *el principio de favor hacia el trabajador*. Le-

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Ley de contrato de trabajo comentada, Buenos Aires, 1987, tomo I, pág. 12.

gislativamente este principio se halla expresado en la Constitución Nacional ("El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes...") y la Ley de Contrato de Trabajo hace referencia expresa en su artículo 11 a "los principios generales del derecho del trabajo" diferenciándolos inclusive de los de la "justicia social". No es preciso aquí desarrollar el fundamento último de este principio protectorio que arranca como he tenido ocasión de explicar², de un designio más genérico y profundamente trascendente como es el de posibilitar la realización personal del trabajador en cuanto a persona humana dotada de dignidad.

2. Es precisamente por esa vinculación histórica social que se acaba de recordar, reconocida de manera universal, que relaciona el nacimiento de esta rama jurídica con acontecimientos transformadores de la sociedad moderna que rompían el antiguo esquema tradicional³, que se hace necesario un análisis de cuáles son las reacciones del derecho del trabajo ante situaciones cambiantes de la economía actual y cuáles son las perspectivas que pueden bosquejarse para un futuro preñado de incertidumbre pero que de cualquier manera se presentará con características diferenciadas de las que conocimos en las últimas décadas, sea dicho esto aun para nuestro país que aunque debatiéndose en una crisis de estancamiento fenomenalmente prolongado, terminará por adoptar fórmulas en sus relaciones económicas internas y externas que se adapten a las del concierto universal, o de lo contrario sucumbirá como Nación.

² "La interpretación de las leyes de trabajo. La regla «in dubio pro-operario»", en Estudios sobre derecho individual en homenaje al profesor Mario L. Deveali.

³ Véase dentro de una doctrina totalmente contraria a la versión marxista sobre el carácter superestructural del derecho, el texto de Pío XI en Quadragésimo Anno, Capítulo 2, párrafo 9 y mi trabajo "La autonomía de la voluntad y el intervencionismo estatal en el derecho del trabajo", en revista "Prudentia Juris", Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina, agosto 1984, pág. 69.

II. DERECHO DEL TRABAJO Y REALIDAD ECONOMICA

1. No es la primera vez que encaramos este tema de las relaciones que median entre el derecho —más precisamente del trabajo— y la economía. Sintetizaré mi pensamiento sin perjuicio de reiterar lo explicado en otras ocasiones⁴.

En una línea coincidente de pensamiento se inscriben quienes han percibido claramente cómo se deben articular los altos valores cuya realización se intenta *por medio* de instrumentos como el derecho de trabajo, con las posibilidades concretas que brindan los recursos al alcance. Y esto no significa mediatizar objetivos de jerarquía como la dignidad de la persona humana, sino simplemente tener en cuenta las limitaciones con las que la obra del hombre se enfrenta a cada momento. En este sentido puede recordarse muy oportunamente la prédica de Deveali acerca de las consecuencias de no respetar un principio elemental de la legislación como es el de factibilidad⁵.

Con otras palabras de igual sentido y significado Hueck y Nipperdey señalan que “la aspiración de proteger al trabajador y mejorar su situación no debe considerarse, sin embargo, carente de límites, pues, aunque el Derecho del Trabajo persigue, hasta un grado muy amplio, la protección del trabajador, como todo derecho está en definitiva al servicio de la colectividad, que debe primar sobre el interés de los individuos, aun siendo este interés tan importante como el interés profesional. Por deseable que sea desde el punto de vista social, una protección lo más intensa posible del trabajador y una mejora lo más amplia posible de su situación, *todo ello tiene como límite la capacidad de resistencia de la economía*”⁶.

⁴ Conf. “El rol del convenio colectivo en la economía nacional”. Ponencia en el Ier. Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Eudeba, Buenos Aires, 1987, pág. 167, y sigtes.

⁵ Mario L. Deveali, *Lineamientos de derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1953, pág. 125.

⁶ *Compendio de Derecho del Trabajo*, trad. española, Madrid, 1963, pág. 45.

Agregaré la enseñanza de Alonso García: "El Derecho por su conexión sociológica, por su raíz social, no puede nunca vivir y producirse de espaldas a la realidad. No es que ésta tenga que conformarlo, pero sí ha de condicionar en parte su propia formación. Con lo cual el Derecho no pierde en ningún momento, su misión configuradora y normativa, su auténtica esencia jurídica"⁷.

"Siendo el Derecho una expresión refleja de la sociedad y de sus sistemas de composición de los conflictos, participa plenamente de las inquietudes e incertidumbres en que aquella se encuentra. Las construcciones conceptuales, los criterios de interpretación y aplicación normativas sufren tensiones proporcionales al grado de profundidad y permanencia de la crisis"⁸.

En idéntico sentido una cita que ya se ha utilizado en otras oportunidades: "El derecho del trabajo presupone un sistema económico que garantice el pleno desarrollo de las fuerzas productivas y proporcione beneficios suficientes para satisfacer las necesidades de los hombres"⁹.

Dentro de un marco de necesaria reflexión y equilibrio conceptual puede pues aceptarse una conclusión de Javillier cuyo alcance él mismo se ocupa de precisar: "lo que es socialmente deseable debe ser económicamente posible"¹⁰.

2. Hemos pasado así como una consecuencia lógica de la observación inicial acerca de las relaciones recíprocas entre el derecho y la economía, al tema más concreto de la situación planteada al derecho del trabajo por la crisis económica mundial, la cual parecería que ha tenido para los juslaboralistas europeos la virtualidad de provocar desarrollos de imaginación, agudeza y de capacidad crítica jurídica notables, lo que se evidencia en

⁷ *Introducción al estudio del derecho del trabajo*, Barcelona, 1958, pág. 242.

⁸ Elías González Posada Martínez, *Recomposición del sistema económico y derecho del trabajo*, en *El Derecho del trabajo y de la seguridad social ante la crisis económica*, Madrid, 1984, pág. 17.

⁹ Hugo Sinzheimer, *La crisis del diritto del lavoro*, 1933, en "Laboratorio Weimar", Roma, 1982, pág. 85.

¹⁰ *Derecho del trabajo*, trad. española, Madrid, 1982, pág. 36.

la voluminosa bibliografía sobre el tema. Es que sin duda la crisis económica se ha presentado en esos países con una virulencia y dramaticidad tales que puso en peligro los altos niveles de desarrollo económico que se habían observado hasta los años 70, acompañados por un desenvolvimiento importante de los institutos propios del derecho del trabajo, tanto individual como colectivo. Volveré sobre este punto para intentar una comparación con lo ocurrido en Argentina, ya que si bien se pueden observar situaciones semejantes, a poco que se profundiza en ambas realidades, se constatan diferencias sustanciales que es indispensable tener en cuenta y que explican —me parece— la distinta reacción de los juristas sobre este mismo tema.

3. Al haber puntualizado los vínculos recíprocos antes anotados, surge rápidamente una cuestión central especialmente para nuestro ambiente, en el que se han escuchado algunos planteos tendientes a querer demostrar que la responsabilidad de la crisis cabe adjudicarla a la aplicación de las normas rígidas del derecho del trabajo ¹¹.

Pero la otra cara de esta misma cuestión también es importante que sea mostrada: frente a la crisis económica ¿puede el Derecho del Trabajo dar una solución?; particularmente para la Argentina, donde la crisis viene acompañada de un proceso inflacionario irreductible, ¿puede pensarse que las normas y técnicas jurídicas tengan entidad para superar todos los inconvenientes y daños que a la economía y a la sociedad provoca ese fenómeno? En la postulación de la pregunta se halla la respuesta negativa, pero a pesar de ello, ¿no cabrá al jurista aportar algún elemento que sea eficaz si no por sí mismo, como coadyuvante? ¿De qué modo y hasta qué medida puede hacerse esto?

¹¹ Al respecto el tema no es novedoso y sobre los argumentos que se han esgrimido en el sentido mencionado en el texto, he tenido oportunidad de dar mi opinión en un trabajo publicado con motivo de la sanción de la ley 16.881, titulado *Observaciones de contenido económico a la ley de contrato de trabajo*, en revista *Gaceta del Trabajo*, 1966, págs. 284 y sigtes.

4. Acerca de esta cuestión haré aquí una reseña de ideas ya expuestas¹².

Las observaciones que siguen de todos modos no pueden ser consideradas absolutas, ya que por las mismas razones antes apuntadas sobre las vinculaciones recíprocas del derecho y la economía, resulta indiscutible que el derecho del trabajo y la formación dogmática, en su estructura normativa, en su aplicación social y judicial, no puede estar apartado o permanecer insensible a las variaciones operadas en el sistema económico en su conjunto. ¿Quién puede afirmar seriamente que no debe haber mutaciones en todos los aspectos enunciados cuando se producen cambios sustanciales y de duración en la actividad económica? Porque así como entre países de diverso grado de desarrollo económico y social se observan —como no puede ser de otro modo— diferencias importantes en el grado de desarrollo del derecho de trabajo —piénsese en el nivel de protección de un trabajador alemán y el de uno boliviano, para ejemplificar de un extremo— de la misma manera no puede imaginarse semejante sistema normativo en épocas de expansión o de estancamiento.

De algún modo el derecho debe acompañar la evolución económica sin por eso echar por la borda ni los principios ni la estructura protectora de la disciplina. He aquí el postulado que tratamos de justificar.

5. Pero antes de plantear esta cuestión e intentar algunas conclusiones basadas en la elaboración jurídica, me parece interesante transcribir algunas opiniones sobre las posibilidades en el derecho del trabajo frente a la crisis. Así Alonso Olea expresa que "lo que sí se puede pedir a un sistema de relaciones industriales, en la medida en que se lo controla, es que no dificulte que no obstaculice, lo que parecen ser signos de la marcha general del proceso socioeconómico. Es evidente que hace falta una cierta flexibilidad. La estabilidad en el empleo es hoy una suerte de mito, porque no puede subsistir rígidamente en la fase de pro-

¹² Véase nuestro trabajo ponencia titulado *El rol del convenio colectivo en la economía nacional*, ob. cit.

cesos de cambios tecnológicos que son continuos, y para los que hay que adaptar las plantillas, las estructuras y las expectativas”¹³.

Asimismo nos parecen de gran interés las coincidencias de los juristas europeos reunidos en Ginebra en 1983¹⁴, acerca de que no compete a los juristas luchar contra los fenómenos económicos, limitándose a instrumentar técnicamente las soluciones preconizadas por los economistas y adoptadas por los poderes públicos¹⁵.

Como se desprende de esta postura, se acepta que ante una crisis económica como la que preocupaba a los participantes del coloquio, se esperan soluciones de quienes son competentes para ello y aunque los juristas no pueden permanecer indiferentes al fenómeno, está claro de dónde tienen que venir las soluciones, aceptando como un hecho económico sobre el cual habrá que actuar con instrumentos de la misma especie ya que “mientras no haya un poco de crecimiento será muy difícil hacer otra cosa que no sea repartir el mismo pastel entre más y más invitados, lo que reduce inevitablemente la parte de cada uno”¹⁶. Otra vez se nos presenta el mismo interrogante acerca de si estas soluciones económicas a la crisis, además de ser de discutible eficacia, punto sobre el cual no existe acuerdo, aunque consideramos que es difícil sino imposible valorarlas en tanto se han puesto en práctica junto con otros mecanismos de claro contenido económico y no puede por eso establecerse de qué modo unos y otros medios se combinaron para los resultados obtenidos, implican un retroceso del derecho de trabajo, de sus principios fundamentales basados en la protección del trabajador, o se trata de ajustes referidos a “ventajas”. Creo que es importante utili-

¹³ *Conflictos colectivos de trabajo en la experiencia europea*, en Seminario sobre *Crisis, crecimiento y reforma laboral*, organizado por la Asociación Cristiana de Dirigentes de Empresas, publicado en Cuadernos de Empresas número 15, Buenos Aires, mayo de 1986.

¹⁴ Conf. Alfredo Montoya Melgar, “Coloquio internacional del Centro de Estudios Europeos. Un debate europeo sobre crisis de empleo y reparto de trabajo”. Separata de la revista *Civitas*, Madrid, 1984.

¹⁵ *Ob. cit.*, pág. 494.

¹⁶ *Ob. cit.*, pág. 495.

zar términos como éste que se vinculan más a los aspectos materiales de la relación laboral, en lugar de hablar de "derechos", porque esta última palabra se asocia inmediatamente con el campo de lo que compone la personalidad del trabajador en sus aspectos más fundamentales ligados a su dignidad, mientras que las llamadas propiamente "ventajas" pueden ser compatibles con un cierto nivel del crecimiento económico, pero no con otros. Como lo ha destacado Mouly¹⁷, quien es firme defensor de una integración auténtica de las preocupaciones sociales y económicas en vez de una yuxtaposición de los dos tipos de preocupaciones como suele darse actualmente, la dificultad estriba en definir el punto óptimo con relación a los niveles de protección. Expresa este autor que para determinar dicho óptimo habría que tener en cuenta dos principios: "por una parte ha de tomarse siempre en consideración la productividad económica de las medidas sociales... directa o indirecta", como ocurre, según sus ejemplos, con las relativas a la educación y a la salud, según bien agrega "las que contribuyen a la mayor eficacia del sistema económico mediante la conservación de la paz social", por la otra, "es sin duda frecuentemente posible mejorar el rendimiento de los medios sociales mediante una organización más racional y una gestión más rigurosa, lo cual permitiría elevar los niveles óptimos".

6. Sin duda que estos planteos nos conducen hacia respuestas posibles de nuestra investigación acerca de la subsistencia de los principios fundamentales del derecho del trabajo a través de todas las alternativas a las que se ve sometida la sociedad actual, —pero también la pretérita y la futura— por los fenómenos económicos sobre los cuales se puede actuar, pero que también hay que padecer. Me adelanto a señalar que en la bibliografía europea, aun la que puede registrar opiniones ideologizadas —no es necesario citar autores tanto franceses, como españoles, italianos o alemanes— no se encuentran, aun dentro de las críticas más serias a las medidas de flexibilización, afirma-

¹⁷ *La protección social y la economía*, en Revista de la OIT, vol. 105, Nº 3, pág. 420.

ciones como las que se escuchan en nuestro medio, según las cuales cualquier retoque a las condiciones de trabajo que implique una modificación *in peius* para el trabajador, está sellado por la nulidad del acto porque vulnera el principio fundamental protectorio sobre el que se asienta el derecho del trabajo. Por el contrario, la opinión serena de los juristas europeos transita por la crítica a los resultados o a la eficacia de la flexibilidad y en todo caso a que no toda medida de ese tipo ataca los principios fundamentales, admitiendo como es natural y lógico y tal como ocurre en todos los campos del conocimiento y de la experiencia humana, que existe “algo” que es lo esencial y “mucho” que es lo accidental. Lo que más interesa en el campo de la investigación que hemos abordado en este trabajo, no es la determinación de esas distinciones referidas a propuestas concretas, porque eso implicaría un análisis total y detallado de posibilidades; más bien eso debe encararse con relación a cada caso particular. Nuestro afán va dirigido a otro enfoque, cual es el de examinar con rigor científico —no pretendemos asepcias absolutas, pero aseguramos el mejor deseo de objetividad— la cuestión planteada y esto sólo puede alcanzarse si tenemos el espíritu abierto a la posibilidad de una observación objetiva para nuestros juicios superando nuestros prejuicios. “Es necesario convencerse de la relatividad de nuestras categorías jurídicas y más aún de las estructuras mentales y culturales en uso. Por lo mismo es necesario concebir al derecho del trabajo en términos dinámicos y de ningún modo de estática jurídica”¹⁸.

“Los juristas del trabajo se encuentran confrontados a evoluciones de una importancia considerable en el terreno del Derecho de los salarios. Los elementos antes nombrados —se refiere a la evaluación de las lógicas jurídicas en materia de protección y adaptación de las normas laborales— no pueden limitar el campo del debate doctrinal. Porque es el conjunto del derecho del trabajo, que se encuentra actualmente confrontado a nuevas ar-

¹⁸ Jean Claude Javillier, *Ordenamiento jurídico, relaciones profesionales y flexibilidad. Enfoques comparativos e internacionales*, en revista Trabajo y Seguridad Social, 1987, pág. 3.

ticulaciones, nuevos conflictos entre lógica de protección y lógica de adaptación"¹⁹.

¹⁹ *La evolución del derecho de los salarios en Francia*, en "Estudios en homenaje del profesor Américo Plá Rodríguez", Montevideo, 1987, pág. 237. Con relación a la inmutabilidad de los principios del derecho del trabajo sucede como en muchos otros campos del pensamiento, con iguales consecuencias de desencuentros semánticos, que no existe un repertorio "oficial" en los principios de esta disciplina, pero lo cierto es que se registra en los últimos años un fenómeno de "inflación" en la materia. En efecto, se puede leer en fallos judiciales y en algunos trabajos doctrinarios enunciaciones de "principios" los cuales no se dejan de calificar como "fundamentales" cuando en realidad se trata de otros elementos figurativos de estructuras jurídicas. Así ocurre con el llamado "principio de ajenidad del riesgo y de indemnidad". Sucede con esto, como en otros casos, que se denomina principios a lo que en todo caso constituye un *contenido estructural de la relación económica* que da lugar a la *relación jurídica* conocida como contrato de trabajo. Es correcto que el principio tutelar o protectorio o de favor del trabajador sirve para apoyar soluciones que tengan en cuenta un sistema de responsabilidad por riesgo distinto del tradicional o civilista, pero esto no implica en modo alguno la existencia de un principio jurídico y mucho menos "fundamental" del derecho del trabajo. Así como no podría hablarse de un "principio de subordinación" referido a la posición jurídica en que se basa el contrato de trabajo, tampoco puede crearse un principio de "ajenidad del riesgo" y de "indemnidad", por cuanto ambos conceptos identifican verdaderos componentes del contrato de trabajo como una derivación del esquema económico sobre el cual descansa, es decir la relación capitalista por el uso del capital como medio de producción cuya propiedad no pertenece al trabajador, dentro de la cual el riesgo económico corresponde precisamente al propietario del capital. Como se puede observar, este dato del reparto del riesgo no tiene origen jurídico, sino económico, o si se quiere sociológico, y por lo tanto mal puede erigírsele en un principio fundamental del derecho del trabajo. En todo caso lo que cabe es valerse de técnicas jurídicas (adecuadas y que respondan al fin propuesto de lograr el orden justo), sobre las situaciones que se plantean en esa relación de subordinación de manera de hacer prevalecer valores fundamentales, como son la dignidad de la persona humana (en el caso la del trabajador) y del trabajo que es una derivación de su acción personal. Es así como se desarrollan instrumentos jurídicos conocidos, como el del orden público, que hace prevalecer la voluntad de la ley sobre la de los particulares, alterando, p. e. una de las bases de la relación contractual cual es su sinalagmaticidad. Sin perjuicio de un análisis más profundo del tema, creo que corresponde precisar el

III. EUROPA Y ARGENTINA: UNA COMPARACION

1. En el curso de este trabajo se ha mencionado reiteradamente doctrina europea para explicar las posiciones de los juristas, frente al desarrollo de políticas que implican modificaciones

concepto de principio jurídico, ya que por no utilizarlo correctamente puede resultar que se adjudiquen virtualidades propias de aquél a meros elementos constitutivos de situaciones o relaciones jurídicas, como se acaba de explicar. La función de los principios jurídicos es bien clara y potente y por lo mismo no es apropiado extender el concepto más allá de lo que por su naturaleza corresponde, evitándose así derivar de un concepto que no es un principio jurídico, conclusiones infundadas que pueden expresar tendencias de justicia pero que carecen de apoyo jurídico, como se ha observado últimamente en alguna doctrina y fallos judiciales.

La postulación de medidas legislativas para atenuar en el trabajador p. e. efectos derivados de una situación económica de crisis, o de la inflación, puede fundarse sin necesidad de crear principios novedosos; también la solución judicial de un conflicto suscitado en un marco económico como el mencionado, puede lograrse sin necesidad de crear principios novedosos que no derivan, como se ha visto, de la naturaleza de las instituciones jurídicas. Sobre las bases socio económicas, sobre sus transformaciones, sean estructurales o meramente coyunturales, puede el legislador, dentro de una determinada política participada, aplicar distintas técnicas jurídico laborales, combinadas con las de otras ramas que atiendan las políticas de empleo y de esa manera satisfacer los fines de una política social escogida. Tales soluciones las hemos propuesto en otra ocasión ("Extinción del contrato de trabajo por causas económicas en la ley 20.744", revista Derecho del Trabajo, 1974, pág. 876), sin que para fundar tales medidas haya sido necesario formular nuevos principios fundamentales del derecho del trabajo.

En el mismo sentido de esas medidas legislativas se puede observar que en nuestro ordenamiento —siguiendo en esto como en otros casos, los ejemplos del derecho extranjero—, se imponen al empleador determinados deberes, como el conocido bajo el nombre de "previsión" o el de "seguridad", o el pago de remuneraciones aunque no exista prestación o puesta a disposición del trabajador (vacaciones, enfermedades, etc.). Todo esto es sin duda fruto de una opción de política legislativa laboral y responde a la orientación que impone el principio fundamental del derecho del trabajo: EL PROTECTORIO, tomando en cuenta las características y contenido de la relación laboral, entre las cuales se cuenta, como ya

de condiciones establecidas en leyes o en convenciones colectivas, tendientes a una disminución de la protección de los trabajadores en aras de un mejor aprovechamiento del factor trabajo. Todo este material doctrinario se ha desarrollado como es

se señaló, la ajenidad del riesgo. Pues bien, esa ajenidad está compensada con la seguridad del crédito salarial. Sin embargo, esta solución no es la que se adopta en otros casos, como son los supuestos de suspensiones dispuestas por el empleador haciendo valer las partes del derecho común en materia de responsabilidad (excesiva onerosidad sobreviniente y fuerza mayor) y otras propias del derecho del trabajo, como es el reconocimiento del poder sancionador del empleador en los casos de faltas disciplinarias, las que pueden ser castigadas por decisión del empleador con suspensión de los deberes recíprocos de prestación y de remuneración, naturalmente sujetas a revisión judicial. Obsérvese que éstas son excepciones respecto de lo que a su vez representan excepciones al régimen de responsabilidad, y en los casos de suspensiones por razones económicas específicamente se aplica la regla del derecho común (aunque no de manera estricta sobre todo en cuanto a la interpretación de lo que es inimpugnabilidad del empleador). Pero aquellas excepciones a la regla del derecho como aplicados a los casos de enfermedad o vacaciones, tomadas como ejemplo, no significan que la solución legislativa responda a un deber jurídico del empleador derivado de responsabilidades provenientes a su vez del esquema de riesgo asumido por el empleador. ¿Qué puede argumentarse para poner a cargo del empleador la "responsabilidad" por una enfermedad que la propia ley califica como "inculpable"? Aquí se trata, como se ha explicado abundantemente, de una solución legislativa dentro de las posibles en una política laboral y de seguridad social, pero no de un principio propio del derecho del trabajo. De hecho otras legislaciones igualmente progresistas, o más aun que la argentina, contemplan otros sistemas que aseguran al trabajador enfermo la percepción total o parcial de su salario, sin que esa obligación esté a cargo del empleador (al menos directa y exclusivamente). Y en esto nadie ha visto marginación u olvido de ningún principio del derecho del trabajo, ni mucho menos negación u olvido de una responsabilidad del empleador derivada del riesgo económico que es consiguiente a la titularidad de los bienes de producción o a su gestión.

En el supuesto de las suspensiones por causas económicas, la solución actual de la ley ha sido criticada antes de ahora (*ob. cit.*, en esta nota) y también en esa oportunidad propuse una reforma legislativa que estuviera encuadrada en un sistema amplio de seguridad social, pero no por razón de un principio de ajenidad o de indemnidad, sino simplemente como un medio de lograr una solución más eficaz y más justa que lo que se

sabido en un contexto de crisis económica que se manifiesta en la década de 1970. Las consecuencias de la modificación súbita y sustancial en el precio de un material esencial para la actividad industrial y el consumo, como es el petróleo, en el mundo europeo, tuvo al poco tiempo consecuencias inesperadas y graves sobre el

pretendió con el sistema actual, que en definitiva data de hace más de cuarenta años (art. 65, dec. ley 33.302/45). De todos modos y en cualquiera de las soluciones que se han mencionado, quedará abierto el posible conflicto sobre la existencia de la responsabilidad del empleador en la provocación de la situación de falta de trabajo, y en tal caso podrían hacerse valer las distintas posturas sobre la extensión de la responsabilidad en el caso concreto para determinar si el empleador puede hacer valer el sistema de seguridad social para eximirse de la carga del gasto (sea salario o indemnizaciones). En ese caso y en otros similares quedará a salvo la ajenidad en el riesgo del trabajador y eventualmente se fijará el alcance de la responsabilidad del empleador, incluyendo o no los "riesgos e incertidumbres" (conf. *ob. cit.*). Pero queda en claro que no hay en todo esto una cuestión de principios del derecho del trabajo, sino en todo caso de una política legislativa, esa sí ligada a un principio básico como es el de factibilidad ya mencionado.

Nos parece oportuno finalmente efectuar una comparación que sirve para poner en evidencia el error de la postulación de principios donde no hay más que elementos configurativos de situaciones o relaciones jurídicas. En el tema de la responsabilidad objetiva por daños de que trata el artículo 1113 del Código Civil encontramos un modelo apto para la demostración de lo antedicho. Como es sabido, el fundamento de tal responsabilidad en el sistema actual, no tiene otra raíz que la necesidad de encontrar una solución justa para las situaciones originadas en la vulgarización de elementos que utilizados en el tráfico diario de las relaciones sociales, generan riesgos de los cuales no puede hacerse responsable en todos los casos solo a quien actúe con dolo o culpa. Es por lo tanto un reparto jurídico, como otros que el legislador ha encontrado apropiado para la realidad socio económica, en la cual la utilización de esas máquinas, artefactos, etc., generan riesgos acompañando el goce de comodidades y otras ventajas. No existe ninguna formulación doctrinaria —al menos seriamente expuesta y difundida— que adjudique el origen de esa responsabilidad objetiva a un "principio fundamental del derecho" a no ser que se remonte al más primigenio de los principios que coincide con la definición misma de la justicia. Ahora bien, como esa técnica jurídica positivizada por el artículo 1113 del Código Civil argentino, se ha proyectado a los riesgos del trabajo industrial, se le aplica en el campo del derecho del trabajo (o de la seguridad social) para cubrir

nivel de empleo y simultáneamente originó aumento generalizado de precios (inflación). Expreso esta situación en muy pocas palabras, porque considero que se trata de un fenómeno por demás conocido, representando numéricamente a manera de ejemplos los efectos en los porcentajes de inflación: 22 por ciento anual para Italia, el más alto de la Comunidad Económica Europea. Los porcentajes de desocupación todavía hoy son altamente preocupantes: en España más del 20 por ciento para fines del año 1987. Datos suficientes, me parece, para comprender la preocupación general de los distintos sectores vinculados con el trabajo. Datos más que suficientes para explicar no sólo un profuso material bibliográfico en la especialidad, conferencias, congresos, etc., sino fundamentalmente, la acción de gobiernos y de los protagonistas sociales, que pusieron en práctica distintos instrumentos para intentar superar los dañosos efectos de esa crisis. Entre esos instrumentos jurídicos destacamos los acuerdos marco o pactos sociales es decir resumiéndolos, la *concertación social* como instrumento aplicado sobre todo en España e Italia, sin perjuicio del ejercicio de esa técnica en los demás países del norte europeo, donde ya eran conocidos con anterioridad. Contención salarial pactada a nivel nacional a cambio de modificaciones im-

ciertos casos de accidentes del trabajo. No parece lícito afirmar que por esta última circunstancia estemos frente a un principio jurídico, o que su aplicación derive del principio de ajenidad en el riesgo o de indemnidad. En todo caso lo que sucede es que guiado el intérprete por el principio, fundamental del derecho del trabajo. EL PROTECTORIO, ha decidido tomar del derecho civil una norma que es más desfavorable incorporar como fuente normativa de la relación laboral, haciendo responsable al empleador por el daño producido por el riesgo o vicio de una cosa de su propiedad o guarda en la persona de uno de sus trabajadores, de la misma forma que respondería cualquier otro propietario o guardador de una cosa con vicio o riesgo por el daño que produjera a ese mismo trabajador o a cualquier persona, salvo las excepciones de responsabilidad contempladas en la misma norma. Al fin y al cabo esa ha sido la fundamentación del fallo plenario que para la Capital Federal extendió la aplicación del artículo 1113 del Código Civil a los casos de accidentes del trabajo (Conf. Fallo Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, N° 169 del 26-X-71).

portantes en el régimen fiscal, corrigiendo sustancialmente la evasión fiscal, para dar un ejemplo tomado de Gino Giugni²⁰. No es el caso del análisis de esas manifestaciones de responsabilidad social, motivadas sin duda por la angustia de la crisis y el temor de la pérdida de niveles de vida alcanzados mediante el esfuerzo y el trabajo de todos a partir de la postguerra.

Aquí lo que me propongo es anunciar suscintamente una serie de datos, de contenido socio económico y también institucional, que sirven para comparar la realidad europea y la argentina. Para ello me valdré de una tipología que he encontrado adecuada para dicha comparación, aunque como es obvio no puede imponerse como única o exclusiva y está expuesta a críticas; sólo la mantengo en cuanto es útil para el fin del análisis propuesto.

a) En un enfoque *macroeconómico*:

Los países industriales de *Europa* en variada escala habían alcanzado para 1970 un grado de avanzado desarrollo económico, que se manifestaba en la elevación notable de sus niveles de vida, lo cual había sido logrado con una apreciable difusión social de los beneficios. Ante el acontecimiento ya mencionado del aumento de los precios del petróleo, se produce una crisis que se manifiesta con inflación y provoca a la vez un alto porcentaje de desocupación. Simultáneamente, este último fenómeno se ve influido a su vez por un proceso de innovaciones tecnológicas, que ya había comenzado antes de la crisis y que no deja de incidir agravando el problema. Con la expresión de Giugni —referida específicamente a Italia— “partiendo de la crisis energética nos hemos encontrado dentro de la tercera revolución industrial; de la sociedad industrial a la post industrial”.

Argentina, por el contrario, se encuentra en una situación de estancamiento con patética urgencia de inversión, acompañada de

²⁰ *La concertación social en época de crisis*. Exposición en el foro almuerzo del 2 de agosto de 1984 publicado en revista *Empresa*, número 69, pág. 10 y sigtes.

un proceso inflacionario irreductible por causas de diverso orden cuyo análisis no siempre es coincidente²¹, pero que alcanzó niveles espectaculares. Con relación al tema del desempleo, distintas razones, entre las cuales la fundamental es de orden demográfico, no se registran situaciones gravísimas y con reducidos impulsos de reactivación sectorial se absorben excedentes de mano de obra. Queda, sin embargo, un grave problema de subempleo y de empleos de muy baja productividad económica.

Desde otro punto de vista, en los países *europeos* campeó en todo el período posterior a la post guerra, y sobre todo dentro del sistema del Mercado Común, y de éste en su conjunto con respecto al resto del mundo desarrollado, un mecanismo de alta competencia internacional.

En *Argentina* la característica ha sido precisamente la contraria, basada en sistemas anárquicos de proteccionismo y de economía cerrada.

Por fin, mientras en los países *europeos* la incidencia de los impuestos en los ingresos de los trabajadores es un dato constatable y que posee relevancia fundamental, por lo que puede actuar sobre aquéllos mediante modificaciones articuladas sobre las bases de gravámenes, en *Argentina* esto no es así, fundamentalmente porque los bajos niveles de ingresos de los trabajadores no son alcanzados por las tasas de impuesto a las ganancias, lo que hace indiferente a su respecto —al menos de la inmensa mayoría— cualquier acción que pretenda ejercerse sobre las escalas del gravamen, lo cual elimina a la política fiscal como instrumento macroeconómico para la acción combinada en cualquier intento de alternativa frente a la restricción salarial.

b) Desde un punto de vista *jurídico* en lo referente a la política laboral.

En los países *europeos* es apreciable una característica clave en la negociación colectiva, consistente en la prescindencia del Estado, considerando que aquella forma parte de la acción

²¹ Conf. nuestro trabajo citado *Rol de los convenios colectivos en la economía nacional* , cit., nota 4.

privada, sobre la cual no debe actuar el gobierno. Si bien las convenciones colectivas no son solamente de actividad, estas últimas existen en una gran proporción, lo cual no obsta a aquella prescindencia principista. Sólo en los años de la crisis, se observa un cambio importante en esta postura, originada en la gravedad de la situación, la que impulsa a los gobiernos a introducirse en las negociaciones, aunque lo hacen principalmente como un tercer sujeto negociador con respecto de las autonomías sectoriales.

En *Argentina* la característica de la negociación colectiva desde que fue reglamentada, hace más de treinta años, ha sido la activa presencia del Estado, sobre todo a través del instituto de la homologación.

c) En el aspecto de la *organización social*.

Los países *europeos* se presentan con caracteres de integración social y geográfica a pesar de las particularidades regionales que reconocen raíces históricas.

En *Argentina* no puede decirse que todo su territorio se halla integrado ni económica ni culturalmente, existiendo todavía verdaderos focos de economías regionales y una desproporcionada distribución de su escasa población.

En los países de *Europa* las organizaciones gremiales empresarias poseen solidez y experiencia.

En *Argentina* todavía no se ha logrado afianzar el gremialismo empresario y recién en los últimos años se observan signos en tal sentido, aunque es patente su falta de organicidad y de comunidad de intereses, los que aparecen controvertidos con motivo de distintas propuestas relativas al desarrollo económico.

En el sindicalismo *europeo* el signo fundamental de la organización es el de la libertad sindical; no se discute.

En el sindicalismo *argentino* se observa uniformidad de pensamiento en los sectores gremiales hacia la unidad sindical.

d) En cuanto a la *política* y su ejercicio.

En un rasgo que se presenta en todos los países de Europa occidental el ejercicio democrático como sistema de gobierno, aún

para el caso español desde la finalización del régimen del General Franco.

No es necesario caracterizar *nuestro sistema* político.

En los países *europeos* es igualmente tradicional la existencia y coexistencia de partidos populistas con los de centro y aun de derecha que alternan las mayorías electorales.

En *Argentina* son hoy partidos mayoritarios los populistas, aunque se encuentren en situación de oficialistas y de oposición. Recién se observa en las últimas elecciones un crecimiento muy escaso de un sector de centro que no es relevante numéricamente, salvo por sus posibilidades políticas de negociación ante las otras minorías.

e) Un dato que puede decirse es participado por países *europeos y Argentina* es la existencia de una *economía subterránea* cuya dimensión, como es natural, no puede ser estimada con precisión, pero que de todos modos es en ambos casos muy importante. Para *Argentina* se ha dicho que alcanza al 25 por ciento medida en ocupación de personas, pero la exactitud de este número puede ser discutida sobre todo porque además de la *economía* totalmente oculta, subterránea o "negra" pueden registrarse otros sectores en los que la actividad se desarrolla sólo parcialmente en esa forma evasora.

2. El estudio comparativo precedente deja planteados varios temas que no sólo pueden ocupar a los juristas; también encontramos elementos de análisis para la historia, para la psicología social, y naturalmente para la investigación económica. Por nuestra parte los hemos puntualizado, con el objeto de que las reflexiones acerca de la evolución y permanencia de los principios del derecho del trabajo se encuadren dentro de la realidad sobre la cual estamos trabajando, y prescindamos de abstracciones, como un modo de acercarnos de una vez por todas a la solución de los grandes problemas nacionales. Ya es hora de que seamos los argentinos los que tomemos conciencia de nuestras capacidades y nuestras limitaciones, y que no sean los extranjeros quienes nos estén llamando la atención —desde Ortega y Gasset hasta Potash— sobre cómo somos y cómo es nuestro país.

3. Desde el punto de vista que acabo de señalar, estimo que la responsabilidad del jurista y particularmente de quienes tenemos la función docente universitaria, por la extraordinaria capacidad transmisora que dominamos, debemos asumirla de manera de dejar de elaborar esquemas irrealizables que quizás satisfagan las ilusiones de quienes los exponen y aun de quienes los escuchan o leen, pero que no conducen sino a frustraciones reiteradas como las que venimos acumulando desde hace décadas. Dejemos para los futurólogos del tipo de Schumacher o Toffler la preparación de ese mundo en el que quizás tengamos que vivir, pero tengamos conciencia de que la Argentina aun no ha dejado una etapa en su desarrollo económico que es previa a la calificación de sociedad industrial, que su dependencia de ese orden es crítica, que su integración geográfica está pendiente desde hace más de un siglo, y finalmente, que sólo por virtud de los desajustes propios de este crecimiento anormal ha sido posible un desarrollo social que no encuentra base suficiente para mantenerse, exponiéndose continuamente a su disolución si no se toma conciencia clara de ello y se adaptan unos y otros campos del conjunto social. Para ello los juslaboralistas tienen un lugar importante y una responsabilidad fundamental, como se ha indicado más arriba.

IV. ORIENTACIONES PARA EL FUTURO

1. Dentro de ese realismo jurídico que propicio, considero necesaria una seria reflexión acerca de cuál debe ser la orientación futura del ordenamiento normativo laboral. Es decir, si se puede seguir prescindiendo de la realidad, elaborando una suerte de modelo abstracto respecto de cómo deberían ser las relaciones laborales, simplemente porque se está convencido de que deben prevalecer los principios del derecho del trabajo dándoles un contenido expansivo, siendo a la vez el Estado el responsable de ese desarrollo progresista mediante su intervención permanente a través de leyes y reglamentaciones; o si por el contrario, tomando conciencia clara y concreta de nuestra realidad, de

su estancamiento casi crónico, aceptamos las siguientes líneas de pensamiento y de acción:

a) El protagonismo del Estado como proveedor de bienestar ha sido puesto en cuestión hace tiempo y la experiencia de los países que más avanzadamente lo practicaron, indica una generalizada "pérdida de confianza en los gobiernos social democratas y también una crisis de legitimidad del propio Estado como agente de bienestar público. En efecto, lo que se cuestiona hoy día es el mismo fundamento de la política socialdemócrata de bienestar: que corresponde al Estado el mantenimiento del pleno empleo y la prestación de una serie de servicios colectivos ofrecidos al margen del mercado (como salud, educación, vivienda, pensiones, transporte, etc.), así como la responsabilidad de erradicar la pobreza y de promover la igualdad... no sólo se pone en duda que el Estado *puede* procurar el bienestar de los ciudadanos, sino que *debe hacerlo*"²². Cada vez más, sea de manera explícita o implícita, se afirma como principio básico para la regulación de las relaciones sociales el enunciado desde la Encíclica Quadragésimo Anno de Pío XI, conocido como de *subsidiaridad*, según el cual el Estado debe dejar que las sociedades menores realicen sus objetivos sin intervenir y que sólo se acuda a su intervención cuando aquéllas no están en condiciones de hacerlo o cuando con su actuación puedan afectar el bien común²³.

²² Conf. Beltrán, *La burocracia*, Revista de Estudios Políticos, Madrid, Nº 48, págs. 7/8.

²³ Conviene tener en cuenta que este principio es aplicable en todos los escalones de la organización social cediendo las sociedades mayores, lo que las menores *pueden* y *deben* cumplir. De esto se deducen por lo menos dos conclusiones: la primera, que el principio de subsidiariedad no es un enunciado relativo a la eficacia de los servicios: se trata de un principio jurídico social, o sea que establece cuáles son los *derechos* de cada organismo social y sus límites. En segundo lugar, que su aplicación arranca de la base misma de la organización social, esto es que también comprende a la persona humana, con lo cual queda en claro y pueden solucionarse los conflictos que pueden originarse con motivo de la excesiva intromisión de los grupos sociales en la vida de las personas, con olvido de su carácter meramente instrumental, afirmando de ese modo también la *responsabilidad* del ser humano y su trascendencia, superior

En el campo del derecho del trabajo como lo he señalado en otras publicaciones, la aplicación del principio de subsidiariedad encuentra adaptación perfecta en la institución de la negociación colectiva, cuyo desarrollo y fomento debe estimularse como un medio a la vez eficaz y justo de dar solución a los problemas que afectan y conocen los protagonistas sociales. En un adecuado equilibrio de las facultades de los grupos sociales y del Estado, responsable último del bien común, puede hallarse un camino adecuado para encaminar las relaciones laborales dentro de un clima de paz basado en la responsabilidad de todos los miembros de la sociedad ²⁴.

Coincidimos con Elías González-Posada Martínez cuando afirma que "la acción estatal, en el orden laboral, ha de seguir manteniendo la función de garantía de unos mínimos que se correspondan con las pautas de adecuación social existentes en el tiempo y en el espacio. Igualmente la acción convencional caracterizada por reglas propias y autónomas, ha de estar presidida por los niveles de información suficiente y por el apoyo institucional que garantice la igualdad material de las partes" ²⁵.

b) Desde un punto de vista estrictamente jurídico legal debe tenerse presente que la variación de la normativa laboral, sea para mejorar o para empeorar las condiciones de trabajo, no está

por jerarquía a la de cualquier organización social, incluyendo por supuesto al Estado.

²⁴ Algunos autores europeos han acuñado una expresión interesante, si se la ubica correctamente, para denominar esta suerte de "dejar hacer" de parte del Estado, admitiendo su incompetencia para atender todos los problemas que afectan las relaciones laborales y aceptando que sean los representantes directos de las partes las que las regulen. Se ha dado en llamar a ese movimiento el *liberalismo colectivo*, o sea un remedo del liberalismo del siglo XVIII trasladado a los sujetos colectivos. Sin embargo, no dejamos de señalar que las ventajas de ese protagonismo colectivo no pueden dejar de lado la responsabilidad última del Estado en materia de bien común, como se ha expresado más arriba en el texto.

²⁵ "Recomposición del sistema económico y derecho del trabajo", en *El derecho del trabajo y de la seguridad social ante la crisis económica*, Madrid, 1984, pág. 27.

constreñida a otros cánones que no sean los que responden a unas directivas aceptadas de política social, dentro de las cuales se encuentran involucradas su eficacia y factibilidad. La crítica a esas normas entra en el campo de la política o la doctrina, pero no es admisible por ninguna razón de orden jurídico que el legislador se halle acotado por una suerte de estratificación progresiva, ligado a una especie de irrenunciabilidad a nivel legislativo. Sólo los mandatos de la Constitución Nacional impulsan y limitan al legislador. En cuanto al impulso, es sabido que sólo puede lograrse que cumpla con mandatos o con reglamentaciones de programas constitucionales, mediante la acción política; el retroceso de esa legislación a su vez, sólo reconoce como valla las garantías que también a nivel constitucional encuentran ubicación. Pero debe tenerse presente que el límite superior de la banda que el legislador asume en leyes no tiene otro control que no sea el político, y dentro de ese esquema el legislador no está atado sino por sus designios políticos o sociales y en todo caso por la plataforma que lo llevó al cargo público, sus promesas, compromisos, negociaciones, etc., pero de ninguna manera al sancionarse una ley asume el deber de no modificarle jamás cualquier sentido. Frente a la ley no existe otro derecho que el de no verse atacado en garantías de nivel constitucional entre las cuales no figura la inalterabilidad de la norma hacia el futuro ²⁶.

²⁶ Acerca de un tema muy vinculado con el que aquí se desarrolla, cabe recomendar la lectura del dictamen del Procurador General de la Nación en el caso fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 2 de febrero de 1987 en autos "Almirón Bismarck versus Cooperativa Eléctrica Limitada de Pergamino", A. 200 L. XX, en el cual se expresan ideas muy claras acerca de la posibilidad de que una ley modifique un convenio colectivo, dejando sin efecto alguna de sus cláusulas en perjuicio del trabajador, recordando el Procurador General la doctrina de la Corte en el sentido de que, "frente al temor de que por el camino de reconocer al Congreso poder de legislación frente a la ley creada por las partes para regir sus obligaciones, se llegue al abuso de suprimir totalmente principios fundamentales del derecho de propiedad, es más fundado el peligro que puede resultar de turbar la acción legislativa, cuando una necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales" ... "En suma quedó establecido allí (se refiere

c) Otro dato que debe retenerse para ubicar correctamente la trascendencia de los principios del derecho del trabajo es el relativo a la posición del bien particular, que en definitiva representa el del sector de los trabajadores dependientes, frente al bien común general que lo contiene necesariamente. Hemos explicado en otra oportunidad²⁷, que el trabajo subordinado es digno de protección porque como el de cualquier otro que no sea subordinado, se origina en la persona humana y esto es lo que lo justifica. Este postulado se liga al concepto del bien común, ya que la dignidad de la persona humana integra este concepto como uno de sus elementos espirituales. Es porque en la relación de trabajo subordinado que el respeto de la dignidad de la persona humana (la del sujeto trabajador) corre mayor peligro de verse comprometida, que nace el principio protectorio propio del derecho del trabajo y no porque sólo el trabajador subordinado sea titular de aquella dignidad que pertenece a toda persona humana. Está claro entonces de qué modo el principio protectorio está ligado íntimamente al bien común de la sociedad y no constituye estrictamente un bien particular sino en la medida que es gozado por un trabajador individual a quien por su dignidad se lo ampara con aquel instrumento. La cuestión debe ser examinada cuidadosamente, para no confundir planos. Así debe subrayarse que una cosa es la primacía de la persona humana sobre la sociedad y otra la primacía del bien común sobre el bien particular. Y esto, simplemente, porque “ni la sociedad es el bien común ni la persona es su bien particular”. En otra palabra—transcribo mi texto— la sociedad puede concebirse como un medio al servicio de la persona humana para los hombres que la integran, pero significa esto que debe prevalecer el bien particu-

a fallos de la Corte Suprema) que la cuestión no es si la acción legislativa afecta a los contratos directa o indirectamente, sino si la legislación está dirigida a un fin legítimo, y si las medidas adoptadas son razonables o apropiadas para esa finalidad, o sea, si guardan relación razonable con el justo propósito legislativo y no son arbitrarias ni discriminatorias”.

²⁷ “La interpretación de las leyes del trabajo, la regla *in dubio pro operario*”, en *Estudios sobre derecho individual*, ob. cit., pág. 71.

lar de la persona sobre el bien común, porque el bien común para que sea tal debe conformarse con el bien particular, pero no queriendo con exclusión del bien de los demás. Si únicamente quiero mi bien particular, expresa Millan Puelles, no quiero todo el bien que me es posible querer, sino, al contrario el mínimo, ya que lo menos que uno puede querer es el bien para sí y lo máximo el bien para uno mismo y para los demás, o sea, el bien común. El bien común debe entenderse pues como una situación en la que ningún bien particular está prevaleciendo para perjuicio de otros bienes particulares y simultáneamente se logra el bien particular sólo dentro de la sociedad en la cual encuentra las posibilidades de su desenvolvimiento pleno tanto en cuanto a sus cualidades individuales como sociales, lo cual no puede verificarse en el hombre aislado.

Recuérdese por otra parte que esta reflexión es válida no sólo respecto del bien común general de la sociedad, sino igualmente para todo bien común de una sociedad menor en la cual las relaciones se dan en la misma forma, actuando entonces como elementos que integran a su vez otro bien común.

Sólo en una interrelación como la que se ha bosquejado, con la intervención y participación activa de personas en sociedades menores y de éstas en la global, puede producirse la formación pacífica del bien común general. En tal sentido, la noción de bien común como una "tendencia", tal como la concibieron Aristóteles y el propio Santo Tomás de Aquino, ha sido pensada en este siglo como un estado o situación alcanzable que está en el orden de los objetivos o logros sociales. "El bien común debe ser obtenido, pero el mejor modo de lograrlo se ha descubierto que radica no en su pretensión directa, sino más bien en el establecimiento de instituciones y reglas que alienten a los ciudadanos a maximizar la inteligencia práctica con la que iluminan sus áreas diarias"²⁸.

Es en función de estas vinculaciones y jerarquías del bien particular y el bien común —sea referido a la sociedad en su

²⁸ Michael Novak, *Personas libres y bien común*, en revista *Valores en la sociedad industrial*, Buenos Aires, Año V, Nº 13, pág. 44.

conjunto o a las sociedades particulares— que debe establecerse la ubicación correcta de los principios que sustentan cualquier rama del derecho y especialmente la que nos ocupa, relativizando sus efectos en la medida que conforman la protección de un bien particular, el cual puede verse subordinado para su mejor realización a valores superiores que son indispensables para la conservación de la sociedad, lo cual se expresa en lenguaje jurídico como el *orden público general*.

V. CONCLUSIONES

Finalizamos este estudio adoptando como conclusiones las que se acaban de mencionar como puntos de referencia indispensables para la construcción del derecho del trabajo. Si como dice Larenz²⁹: “Los principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible”, para cuya enunciación se hace jugar un sistema de valores entre los cuales se perfila como eminente el de la justicia, es preciso adoptar resguardos para evitar caer en alguno de los dos riesgos que el autor citado enseña: “una explicación de los principios que se limite a convertirlos en palabras, sin penetrar en alguna de sus concreciones, corre el peligro de quedarse en un nivel muy general, en el que cada uno entiende cosas diferentes. La objeción de que se trata de una “fórmula vacía” llega rápidamente hasta nosotros. Por otra parte quien vaya demasiado lejos en las particularidades de una regulación corre el riesgo de no ver ya el principio, que en ellas se va perdiendo cada vez más. Es decir que sólo si se tiene en cuenta un sentido teleológico del derecho, al que autores como Devel presaron especial e insistente atención, y se recuerda que el Derecho no es un fin en sí mismo —mucho menos sus principios, que sólo apuntan direcciones axiológicas—, sino que sirve a una finalidad, puede obtenerse una equilibrada y seria construcción

²⁹ Karl Larenz, *Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica*, trad. española, Madrid, 1985, pág. 32.

normativa e interpretativa. Aquella finalidad no puede ser el bien de ningún hombre en particular, ni el de algunos hombres porque para que sea integral, el bien no puede ser otro que el común ³⁰.

El derecho sólo encuentra su justificación y su razón de ser en el bien común hacia el cual está ordenado ³¹.

SUMMARY

The paper outlines the relationship between Labor Law and the historical and social framework. An analysis is made of the responses of this field of Law to the changing economic environments. The paper further suggests a prospect of predictable developments in the area.

The author adheres to the widely held assumption that there is a limit to the much desired protection of the worker. Such limit is set, according to this line of thought, authoritatively held in Europe, by the constraints imposed on the demands of Justice by the economic features of each society. These topics are dealt with from a dynamic viewpoint, after reviewing the Comparative Law experience with the assistance of macroeconomics, political science and sociology. Impressive as the analogies are, there are still deep differences that warrant an approach to the prospective developments in the area, as follows: a) there may be a change in the role of the State, allowing for a broader emphasis on the activity of individuals, and social groups. The State's role may gradually subside into the enactment of minimal ground rules; b) it must be borne in mind that it is not unconstitutional to alter with effect to run only into the future, the contents of legislation enacted at a given time, whatever the repercussions of the alterations may be; c) the underlying traditionally cherished value of the worker's protection that is instilled into Labor Law rests on an overriding value with which it must be reconciled, i.e. the common good of the whole of society, expressed through such legal instruments as the concept of public policy.

³⁰ Conf. nuestro *La interpretación de las leyes de trabajo*, ob. cit., pág. 68.

³¹ Louis Lachance, *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, trad. española, Buenos Aires, 1953, pág. 97.

EL ACCIDENTE DE TRANSITO ANTE UNA ENCRUCIJADA: NECESIDAD DE UNA REVISION LEGISLATIVA

MARCELO URBANO SALERNO *

I. INTRODUCCION

Una abundante información periodística da cuenta todos los días de numerosos accidentes de tránsito, más o menos espectaculares, en los que se registran pérdidas humanas y materiales. La frecuencia e intensidad de estos hechos están corroborados por el testimonio elocuente de las estadísticas¹. Nadie puede ignorar que estamos en presencia de un serio problema social.

Ninguna cuestión social deja de tener una respuesta en el campo del derecho, máxime en este espectro de la responsabilidad, donde se suscitan graves conflictos de variada naturaleza. En este terreno, las soluciones jurídicas se van elaborando paso a paso, a medida que se presenta cada situación en particular. Hay en todo esto una suerte de empirismo que no obsta a respetar ciertos principios generales inspirados en el valor seguridad, y en el ideal de la justicia conmutativa.

Aquí se requiere una toma de conciencia de la realidad, mediante un agudo poder de análisis. Pero, además de ello, es

* Profesor Titular de Derecho Civil de la U. B. A.

¹ Una estimación efectuada en nuestro país para el año 1978 arroja estos resultados: 5.800 accidentes fatales, 77.000 accidentes con heridos graves, 234.600 accidentes con heridas leves, 2.124.600 accidentes sin víctimas.

preciso adecuar el accidente de tránsito al derecho en vigor. Y nuestro sistema tiene una estructura basada, fundamentalmente, en normas que se corresponden con otro contexto histórico —como que la versión originaria del Código Civil se remonta a 1869—, las que deben implementarse con sentido de actualidad.

Cuando el automóvil todavía no circulaba por las rutas del país, Vélez Sarsfield redactó su obra legislativa sin imaginar siquiera los progresos científicos y técnicos que sobrevendrían después de la sanción del Código Civil (al pasar se refirió a los carros —artículos 2231 y 3075— y a las máquinas —artículo 2625—; nada dijo empero sobre la locomotora). Todavía subsiste la metodología que utilizó sobre la responsabilidad civil derivada del daño causado con una cosa; la que está circumscripta a estas dos categorías esenciales: cosas animadas y cosas inanimadas. El intérprete se encuentra así frente a una dicotomía que no traduce las exigencias del presente, de modo que se enfrenta con una tarea formidable de conciliar el criterio tradicional con las orientaciones modernas.

Vélez Sarsfield realizó su labor codificadora en las postrimerías de una era pastoril y en el umbral de otra signada por el prodigio de la mecánica (en su época, el ferrocarril ya transitaba por la inmensidad de nuestra llanura). Pero no pudo desprenderse de esquemas concebidos para una civilización que desconocía el flagelo de los accidentes automovilísticos. Sin embargo, las reglas clásicas que sentó en materia de cuasidelitos causados por el hecho del hombre y de las cosas, se siguieron aplicando en la práctica cotidiana, merced a sutiles construcciones jurídicas que requirieron fuerza imaginativa por parte del jurista.

A esta altura de los acontecimientos (han pasado ya más de 70 años desde el famoso voto del "justice" Cardozo en el caso *Mac Pherson vs. Buick Motor Co.*)², parece razonable replantear esas construcciones ingeniosas, que también se apoyan ahora en la reforma legislativa de 1968 (ley 17.711). El ámbito

² Su texto está transcrito en Cueto Rúa, Julio, *El common law*, edit. La Ley, Buenos Aires, 1957, pág. 269.

universitario es el más apropiado para reconsiderar la regulación legal y jurisprudencial de los accidentes de tránsito, en función de la rica experiencia recogida en las últimas dos décadas. De ahí que en este ensayo, propongo, como objeto de debate para profesores y estudiantes, discutir sobre la permanencia o no del esquema jurídico que nos rige.

Ese debate supone previamente resolver un trascendental dilema, a saber: si en la especie resulta conveniente mantener las fórmulas abstractas actuales para aplicarlas a las situaciones concretas; o si, en cambio, es preferible sustituirlas por otras que, en forma específica, contemplen los variados supuestos de este tipo de accidentes en la vida real (de algún modo, esto último es lo que eligió el legislador en el Código Aero-náutico, para los siniestros producidos por aviones, artículos 139/162 y 185/190). Por tanto, se deberá resolver si el accidente automotriz es o no una categoría independiente y autónoma. Para ello cabe tener en cuenta que los daños causados por animales tienen en nuestra ley una regulación prolija y minuciosa (arts. 1124/1131 Cód. Civ.), de la que carecen los daños producidos con motivo del tránsito de automotores.

Es hora, pues, de que se lleve a cabo el debate propuesto, en momentos en que la responsabilidad civil por daños amplía sus dominios y penetra en todas las esferas del quehacer humano: ecología, informática, espectáculos, etc., etc. Este problema social, que hace al bien común, exige ser estudiado en profundidad, a fin de que salgan a la luz iniciativas con sólido fundamento. Es necesario orientar al legislador, sensible ante los dolorosos cuadros de nuestra realidad cotidiana, proporcionándole los elementos idóneos para que pueda acometer la reforma del orden vigente.

En atención a lo expuesto, en este trabajo se considerarán dos aspectos del problema, a saber:

I. los accidentes en la vía pública causados durante la circulación, donde se analizarán las situaciones jurídicas en juego desde una perspectiva general;

II. el encuadre jurídico de esta categoría de accidente, en función del sistema en vigor.

I. LOS ACCIDENTES DURANTE LA CIRCULACION

1. *Los presupuestos.*

El accidente de tránsito, en cuanto es causa física de un perjuicio, reúne ciertas características que le imprimen una fisonomía particular. Estos eventos dañosos difieren fundamentalmente de otros en que participan cosas (por ejemplo, caída de edificios, estallidos de calderas, contaminación ambiental...), desbordando el esquema clásico de la responsabilidad por el hecho de las cosas. La diferencia no está dada por la prioridad de los infortunios, ni por la magnitud de las pérdidas que arrojan, sino proviene del hecho en sí mismo que, ofreciendo un perfil propio, sólo se presenta bajo determinadas condiciones.

¿Cuándo se presenta en el plano fáctico este fenómeno del accidente de tránsito? La respuesta es obvia: el suceso se produce en la vía pública en ocasión en que uno o varios automóviles que están en movimiento, chocan entre sí, o golpean de cualquier manera contra otras cosas o personas. De esta respuesta primaria se desprende con claridad que el hecho reconoce presupuestos específicos que lo configuran como una categoría autónoma.

Los presupuestos consisten en que, para darse esta clase de situaciones, en principio resulta necesaria la participación de un auto, el cual transita por una calle o ruta guiado por un conductor. De manera que en esta categoría están en juego la conducción y la circulación de máquinas. Resulta necesario analizar en concreto cada uno de estos elementos que actúan en forma combinada.

a) *El automotor.*

El automotor es una máquina que tiene movilidad merced a los mecanismos accionados por su conductor. En este sentido, del punto de vista jurídico, es una cosa mueble registrable, superando

el estrecho campo de las cosas animadas e inanimadas que se idearon en una época en que todavía no se había inventado el automóvil. Porque si bien tiene movimiento, carece de vida propia, sin ser considerado semoviente (todo esto en definitiva no es más que un preciosismo).

Además, en cuanto es una cosa susceptible de causar daño, podría encuadrársela dentro de una categoría de cosa riesgosa, línea en que se orientan muchos fallos de jurisprudencia (desde esa óptica resulta ser más peligrosa una ambulancia y una autobomba que un coche particular). Pero la doctrina desechó en general hace veinte años semejante calificación,³ ya que, en potencia, cualquier objeto corpóreo puede producir algún perjuicio. De modo que en la especie una buena directiva sería examinar en cada caso el comportamiento físico del auto durante el accidente, para luego efectuar el encuadre legal.

De todas maneras, lo relevante es que el auto se desplace por una calle en el momento del hecho; si está detenido y en esa situación estática ocurre un daño por su causa, se debe convenir que ello no es un accidente de tránsito. Otro problema se presenta, en cambio, cuando el vehículo circula sin conductor; puede suceder entonces que por una falla mecánica comience a andar solo (aquí podría haber una deficiencia de fábrica), o que su conductor pierda el conocimiento luego de ponerlo en marcha. Como se puede apreciar, son variadas las hipótesis que suelen presentarse en la realidad, debiendo las mismas ser analizadas con criterio flexible, sobre la base del principio de amplitud en la consideración de los daños ocurridos en la vía pública.

Como luego se verá, la ley define qué es un automotor, o sea existe un concepto legal de esta especie de cosa. Este dato importa, desde que por las rutas circulan cosas de muy variada índole: bicicletas, motos, carruajes a tracción animal, triciclos, tranvías, etc. Son cosas que transitan, diríase, casi en las mismas condiciones

³ Bustamante Alsina, Jorge H., *Teoría general de la responsabilidad civil*, 5ª ed. edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, formula, sin embargo, una distinción entre cosas peligrosas y aquellas que no lo son; las primeras —como el automotor—, son a su criterio fuente autónoma de daños (Nº 1043, pág. 360, nº 1049, pág. 362, y nº 1071 bis, pág. 368).

que los automóviles, y, frecuentemente, son causas de accidentes; no parece razonable, pues, excluir dichas cosas del ámbito de esta clase de responsabilidad.

En síntesis: en el accidente de tránsito interviene por lo menos una cosa denominada automotor, u otra cosa que resulte ser equivalente en su desplazamiento. Semejante conclusión, lleva a preguntarse acerca de quién es responsable por el daño causado con dicha cosa. Pregunta que intentaremos responder de seguido.

b) *El conductor.*

En principio, el automóvil debe ser conducido por una persona a quien se denomina conductor (éste puede ser agente del daño o víctima, según como se presente el hecho). Si el conductor es el causante del accidente con el vehículo que dirige, cabe examinar su proceder en el sentido de la culpa en que pudo haber incurrido. Este examen resultará ineludible, aún en el caso de que se considere el suceso como un supuesto de responsabilidad objetiva, ya que siempre habrá que determinar quien fue el culpable, cuando menos para el ejercicio de la acción de regreso.

Como el conductor es una persona física, se plantea el tema de su imputabilidad, pero, más allá de si actuó con o sin discernimiento, el problema básico consiste en determinar si se hallaba habilitado administrativamente para conducir autos. La licencia es un elemento fundamental, ya que su exigencia deriva del poder de policía, el cual vela por la seguridad en el tránsito con fines preventivos. Cuando la habilitación se confiere para conducir vehículos de transporte público de pasajeros, se trata de una licencia profesional (caracterizada por un conocimiento y destreza especiales, cuanto por constituir un medio de obtener ingresos regulares), de manera que su titular tiene agravada su responsabilidad frente a la del conductor ordinario.

El tránsito impone múltiples deberes para circular por las calles, algunos de ellos también alcanzan a los peatones. Una cuidadosa y frondosa reglamentación establece cómo se debe conducir un automotor, en cuanto a su velocidad, dirección, maniobras, derecho de paso, estacionamiento, etc.; asimismo, existen disposiciones de seguridad relativas al estado de los vehículos y sus condi-

ciones mecánicas. Todas estas normas, de mayor o menor jerarquía, ordenan la circulación (que de más en más resulta difícil en las grandes ciudades), constituyendo una compleja trama de ineludible cumplimiento.

Por encima de esos deberes reglados, existe un principio general que es imprescindible ponderar en cualquier circunstancia: el conductor está obligado a mantener un control o dominio absoluto sobre el automotor que dirige. La pérdida de ese control lo torna responsable del accidente que por dicha causa pudiera llegar a ocurrir. Porque éste es un imperativo basado en la idea de que el auto es conducido por una persona, sin que el mismo pueda quedar librado a su propia suerte mecánica; en la medida que haya conducción es evidente que todo riesgo potencial puede ser oportunamente evitado.

La situación del conductor no necesariamente coincide con la calidad de titular del dominio del automotor. Cuando no se da esa coincidencia, el damnificado por el accidente dispondrá entonces de varias acciones, ya que, además de la correspondiente contra quien conducía el vehículo, la tendrá respecto de su dueño y de su guardián. Un problema delicado se plantea cuando el conductor dirige un auto robado, ya sea por él mismo o por otra persona (este supuesto al que luego nos referiremos, enfrenta diversos textos legales que precisan ser conciliados).

He aquí el factor humano, combinado con el accionar de una máquina que no siempre obedece a la dirección imprimida. En cada caso concreto habrá que examinar el factor humano y el factor mecánico, teniendo en cuenta la clase de automotor protagonista del accidente (transporte escolar, camión de carga, ómnibus, etc.). Un juicio certero sobre la causa de cualquier accidente necesariamente debe ponderar esa conjunción de factores.

c) El ámbito del tránsito.

El accidente ocurre en el espacio, en un ámbito determinado, aunque a veces el suceso se desarrolla fuera del lugar reglamentario. Esto supone precisar si el hecho acontece en un sitio donde está permitido transitar, o si media alguna prohibición al res-

pecto. Porque la situación no es la misma cuando un choque se produce en la calle, que en la vereda o en la banquina.

Existen lugares preestablecidos por la administración para transitar, a saber: calles, caminos, y autopistas (incluidos sus respectivos puentes y túneles), los que pertenecen al dominio público, cuyo uso y goce corresponde a toda la población, según las señales indicadoras. Pero, además se suele circular por inmuebles del dominio privado, en especial en el caso de servidumbres civiles tan frecuentes en el medio rural. En cualquiera de estas hipótesis, el accidente que ocurra en esos lugares (resulta indiferente si es pavimento o tierra), estará vinculado con la circulación de vehículos.

En la práctica, los carriles del tránsito no están siempre en condiciones ideales, de modo que a veces la colisión puede suceder a causa del mal estado de la ruta (baches, pozos), o contribuir en alguna medida a la misma. Suele ocurrir, también, que se presenten diversos tipos de obstáculos a la circulación, como obras en la calzada, taponamientos, humo que perturbe la visibilidad, etc. En estas hipótesis, se suscita un problema complementario, cual es determinar si existe algún responsable por las deficiencias de la calle —aquí generalmente se ve comprometida la administración local— y por los obstáculos sobrevinientes.

Asimismo, hay situaciones específicas cuando se corren carreras de automóviles en rutas, circuitos, en calles, o en autódromos, dándose una situación dual ya que, al mismo tiempo, se trata de un espectáculo deportivo. Otro caso probable es la colisión en las pistas de prueba de autos. Y, sin duda, los sucesos más preocupantes ocurren en los cruces de las vías del ferrocarril.

Puede apreciarse así la variedad de lugares por donde los automotores circulan, conforme a reglas de seguridad impuestas para el orden en el tránsito. Fuera de ellos, a veces, se producen accidentes, pero entonces de antemano el conductor se ubica en una infracción que hace presumir su culpabilidad. Estas disquisiciones son útiles para configurar el hecho, ya que permiten comprender el fenómeno de la circulación de automotores.

2. *La dinámica del accidente.*

A fin de que se configure un accidente de tránsito, resulta necesario que se den conjuntamente los tres elementos mencionados: automotor, conductor y ruta. Estos supuestos se dan dentro de una dinámica, porque al producirse el daño aparecen como fuerzas en movimiento. De ahí que sea preciso estudiar, con arreglo a la física, cómo se han comportado las distintas fuerzas actuantes en el siniestro.

El primer problema consiste, pues, en determinar la dinámica del accidente. Ello requiere reconstruir todo el suceso desde su origen, para poder apreciar cómo ocurrió la colisión. Aquí se está ante un terreno fáctico, en el cual debe obrarse con la mayor fidelidad a los hechos acaecidos, valiéndose de toda clase de pruebas (confesional, testimonial, informativa y preferentemente, pericial), para recomponer a pequeña escala un episodio que no siempre se presenta con claridad.

A falta de una proyección fílmica del accidente, las imágenes del mismo deben ser recreadas con el auxilio de expertos que, apoyados en conocimientos y comprobaciones científicas, aporten los datos indispensables para aplicarlos al caso concreto. Los testimonios de las personas que presenciaron hechos suelen ser útiles, en la medida que sus dichos se valoren dentro de las pautas de la sana crítica⁴. Siempre se tiene la sensación de que la labor queda incompleta, ante la imposibilidad de reconstruir todos los detalles, por lo cual la experiencia en la materia y el juego de las presunciones aplicables, resuelven el resto de las cuestiones sin puntual definición.

Si el primer problema a resolver es de índole científica (esta original ciencia bien puede llamarse accidentología), ya que reconstruido el accidente hay que sacar conclusiones sobre la interacción de los "cuerpos" en la emergencia, el paso siguiente

⁴ Gorphe, François, *La crítica del testimonio*, traducción de Mariano Ruiz Funes, 5ª ed., edit. Reus, Madrid, 1971, págs. 43 y sigtes.; Daray, Hernán, *La prueba testimonial y los accidentes de tránsito*, en *La Ley*, 1983, tomo D, pág. 975.

es eminentemente jurídico: establecer la causalidad entre los hechos y el daño. Porque siguiendo con la lógica, a determinadas causas, determinados efectos. Y la tarea del Juez estará dirigida por un agudo poder de análisis y una fina percepción, para establecer cuál ha sido la causalidad en el caso concreto.

La dinámica permite establecer las causas del siniestro (por ejemplo, exceso de velocidad, fallas mecánicas, etc.), pero no la autoría. En muchos casos, la búsqueda de un culpable se torna dificultosa, por falta de pruebas indubitables que acrediten siquiera un mínimo de negligencia o imprudencia (sobre todo en los accidentes ocasionados por rebote). Y entonces, esa búsqueda se detiene, para tratar de encontrar algún responsable, quien pueda ser identificado en forma sencilla, a fin de que se haga cargo del resarcimiento de los perjuicios producidos.

3. *La responsabilidad.*

Este no es un tema abstracto, desde el momento que se requieren respuestas precisas para atender la reparación de los perjuicios derivados de estos siniestros. El jurista debe proceder con un criterio empírico, sobreponiéndose a todo afán teorizador. Porque en la especie no se trata de elaborar una doctrina más o menos ingeniosa, sino de resolver el problema de un choque corriente, uno de aquellos que solemos presenciar de cuando en cuando.

Detrás de cada siniestro hay damnificados que reclaman indemnizaciones de mayor o menor importancia, quienes se ven precisados a desplegar una actividad procesal, no sólo ante los Tribunales civiles, sino también ante los Tribunales penales. A partir del acta labrada en la comisaría, se siguen una serie de diligencias tendientes a que una persona se haga cargo de indemnizar los daños producidos. El panorama se presenta complejo, con trámites y litigios que insumen tiempo y dinero, sin que los mismos puedan asegurar a priori un resultado satisfactorio.

Estas cuestiones prácticas exigen soluciones oportunas. Lamentablemente, no siempre ello ocurre así y, a menos que el siniestro esté cubierto por un seguro, a veces el daño queda sin

resarcir y debe repararlo el propio interesado. Por tanto, en esta materia predomina una tendencia a simplificar la determinación del responsable, aunque para ello sea imposible prescindir de la consiguiente instancia judicial.

Dentro de esa tendencia, va prevaleciendo la idea de que el automotor genera peligro durante su circulación, a la que se lo califica como cosa riesgosa. Sin embargo, ese peligro es uno de aquellos que el hombre asume con mayor naturalidad, ya sea como conductor al frente de un volante, o bien como peatón, caminando por la vereda y cruzando calzadas. Pero esta idea, que facilita identificar al responsable, se aplica sólo al supuesto de colisión de un vehículo contra una persona u otra cosa, no así cuando el choque es entre dos o más automóviles (ello indica naturalmente que tan sólo es una solución parcial).

Pero, además, la aplicación de la teoría del riesgo creado (sobre la base de que con el accidente se ocasiona un daño específico), no elimina la investigación en torno a la culpabilidad. La culpa, como juicio de reproche al autor del perjuicio, sigue en pie debiendo ser dilucidado previamente si ha habido delito del derecho penal. Y la calificación que al respecto se haga en instancia criminal, comprometerá la decisión del juez civil.

Como se puede ver, no es sencillo desplazar a la culpa en un ordenamiento que sanciona a los hechos voluntarios ilícitos, aunque ello complique la sustanciación de los pleitos. Medítese en los numerosos casos de culpa de la víctima, de culpa concurrente, derivados del dolo eventual (las llamadas carreras por picanas)⁵. Así, aparece insuficiente este remedio de establecer la responsabilidad objetiva, ya que no abarca todas las hipótesis posibles.

Diríase que en este tema se entremezclan diversos conceptos e instituciones. Resulta apropiado, pues, procurar un deslinde y precisión de la materia en análisis, partiendo del daño causado por un accidente de tránsito, cuando la palabra accidente no se

⁵ El tema fue abordado hace varios años por López Olaciregui, José María, "En la senda de los plenarios: reflexiones sobre el que afirma la solidaridad de los coautores de un cuasidelito", en *Jurisprudencia Argentina*, 1966, tomo II, sección doctrina, pág. 63.

refiere a un acontecimiento causal, sino que obedece al hecho producido por el factor humano y el factor mecánico. Con esta metodología se puede ir avanzando, sin la pretensión de encontrar una fórmula omnicomprendensiva, pero con la certeza de ir en pos de la verdad material para cada caso específico.

Como conclusión, la responsabilidad por el accidente de tránsito no es *res ipsa loquitur*, sino que éste requiere ser investigado según las características y circunstancias en que el daño se produjo. Puede resultar útil la teoría del riesgo creado para resolver ciertas situaciones en particular. Pero en otros supuestos, es necesario examinar pacientemente el régimen de las presunciones legales (quién es el embistente) o el de la carga de la prueba.

4. El seguro

El contrato de seguro ha devenido, con el tiempo, el medio idóneo para prevenir que el damnificado soporte por sí mismo el perjuicio sufrido. En materia de siniestros provenientes de choques de automotores se ha seguido una evolución semejante a la experimentada en los accidentes de trabajo: hoy día prevalece una opinión en el sentido de que todo el riesgo derivado del tránsito debería contar con una adecuada cobertura. En realidad, los seguros contratados en nuestro país se orientan por lo general a cubrir el campo de la responsabilidad frente a los terceros.

Sin embargo, esta práctica contractual no soluciona todos los problemas. En efecto; los contratos suelen tener cláusulas limitativas, en cuanto al monto máximo indemnizable y en cuanto a la franquicia, de manera que no todos los perjuicios serán reparados en su integridad. Recuérdese la máxima imperante de que en este campo la indemnización es al daño, como la suma asegurada es al valor asegurable (con todo, el monto resarcible es el llamado daño neto sufrido).

La difusión de los seguros ha determinado un fenómeno interesante que, por vía indirecta, puede significar un importante progreso en resolver el problema de la actuación en juicio; quie-

nes litigan ahora son las empresas aseguradoras entre sí para discutir las responsabilidades de sus respectivos clientes. De manera que ello importa la posibilidad de que dos sociedades comerciales resuelvan sus conflictos de intereses con criterio empresario sin connotaciones emotivas. Porque ya no se trata de buscar una suerte de *vindicta*, sino de encontrar un punto de equilibrio entre intereses patrimoniales enfrentados dentro de una actividad negocial compartida.

Mediante los seguros se da la posibilidad de eliminar muchos pleitos inútiles e inconducentes. Pero con todo, subsistirán casos críticos, como los relativos al dolo y la culpa grave del asegurado; tal vez ha llegado el momento de que la legislación y los contratos contemplen esas situaciones críticas, para que no queden sin reparar, de modo que todo daño sea indemnizado sin excepción alguna. Por ese camino, no habría inconvenientes en aplicar la teoría del riesgo creado, si éste se encuentra cubierto patrimonialmente bajo cualquier circunstancia.

II. ENCUADRE JURIDICO DE LOS ACCIDENTES DE TRANSITO

1. *El esquema vigente.*

En la Argentina no existe una ley especial que contemple a los accidentes de tránsito y que abarque todos sus presupuestos. Pero ello no significa que nuestro país carezca de una regulación sobre la materia. Esa regulación existe y está constituida por diversas disposiciones de variada jerarquía, sobre las cuales nos ocuparemos de seguido.

Las fuentes del derecho positivo argentino sobre este tema son: a) *el Código Civil* (con la reforma de la ley 17.711); b) *leyes nacionales*: el decreto ley 6582/58 relativo al Registro de la Propiedad Automotor (con la reforma de la ley 22.977); las leyes 13.893 y 14.224, que tratan sobre el tránsito en jurisdicción federal; y la ley de seguro N° 17.418; c) *normas locales*; para la ciudad de Buenos Aires, el llamado Código de Tránsito, ordenanza 12.116/48, y la ordenanza 41654/86 que impuso la

obligatoriedad del contrato de seguro a favor de terceros; en la provincia de Buenos Aires en cuanto a la ordenación del tránsito las leyes 5800, 7188, 7368, 7412, 7607, y 10.252; d) *decretos reglamentarios*, como el decreto 9722/60 en materia de propiedad del automotor; e) *resoluciones* (como la N° 17.878 del 8 de mayo de 1984 del Superintendente de Seguros de la Nación sobre condiciones generales para el seguro automotor); f) *jurisprudencia*, de los tribunales de todo el país; en la Capital Federal el fuero Especial en lo Civil y Comercial está dedicado a resolver estos conflictos (dec. ley 1285/58, art. 46 inc. d). La enumeración contenida en los incisos c) y d) no es exhaustiva.

Esta breve sinopsis da la idea exacta de la dispersión normativa existente, donde la jurisprudencia cumple la función superior de cubrir las lagunas de nuestra ley. Hace años que la doctrina ha venido insistiendo en cambiar este esquema que despierta lógica incertidumbre en el profano, para reemplazarlo por otro que, sin renegar de los principios acrisolados a lo largo del tiempo, sepa estar a la altura de las circunstancias históricas. Es hora ya de debatir el tema con amplitud de criterio, mediante el replanteo oportuno de las cuestiones fundamentales involucradas en este tema.

A fin de poder apreciar la dimensión de los problemas que ofrece el régimen vigente, corresponde hacer una revisión sucinta del contenido de las fuentes legales de nuestro derecho positivo. Resulta forzoso comenzar por el Código Civil, advirtiendo, nuevamente, que ni su texto originario, ni el actual —después de sus reformas más significativas— hacen referencia a los accidentes de tránsito como casos independientes y autónomos. Las soluciones que brinda este cuerpo legal se dan por obra de una rica interpretación de nuestros Tribunales, acuciados por imperativos de justicia, de conformidad con las pautas orientadoras de los artículos 15 y 16 Código Civil.

Ab initio se abre un interrogante acerca de las normas aplicables en razón de su jerarquía, suscitado por los términos del artículo 1066 Código Civil, que se refiere a la antijuridicidad como uno de los elementos del acto ilícito. Ante esta dispersión normativa, cada texto relacionado con el accidente automotriz

no puede ser considerado en forma aislada, sino que debe ser analizado dentro del ordenamiento en el que está inserto, como integrando una parte del todo, respetándose así el principio de plenitud. La tarea no es nada sencilla, ya que es necesario conciliar normas que no se ajustan a una metodología predeterminada⁶; el intérprete debe, además, seleccionar el material en base a su importancia ante el fenómeno sometido a su estimativa.

La ilicitud proveniente de un daño derivado de la circulación, se produce cuando el conductor viola la ley (en sentido material) o no cumple con lo ordenado por ésta. Este extremo debe ser acreditado debidamente y de ahí la trascendencia de la reglamentación del tránsito en cuanto a giros, velocidad, señales, etc., que configuren la transgresión a la norma. Puede apreciarse así la interrelación de las diversas disposiciones (algunas nacionales, otras locales) que deben hacerse jugar armónicamente, dentro de un ordenamiento asistemático como es el nuestro.

Ya sea preceptiva o prohibitiva, la norma jurídica debe ser cumplida durante la circulación automotriz. Pero su violación por sí sola no es suficiente para hacer nacer a la responsabilidad civil. Resulta necesario además que se lesione el derecho subjetivo de una persona (art. 1075 Cód. Civ.), de modo de causarle un daño material o moral.

2. El Código Civil.

Mediante fórmulas de suma abstracción, este ordenamiento contempla en sus grandes líneas la responsabilidad derivada del daño injusto. Dentro de un método clásico, el Código brinda las hipótesis principales en que ese daño se puede originar, sin descender al casuismo propio del accidente de tránsito. Por fuerza, ese criterio impone la necesidad de distinguir cada situación en particular para poder ubicar la fórmula aplicable.

El Código, en su redacción actual, ofrece tres posibilidades, a saber: 1) la responsabilidad emergente de la culpa de alguno de los protagonistas del accidente por *hecho propio* (art.

⁶ Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en DJBA, tomo 110, pág. 170, y en DJBA, tomo 112, pág. 234; Cámara Primera Civil, Comercial y de Minas de San Juan, La Ley, 1984, tomo A, pág. 255.

1109) la cual tiene que ser probada; 2) la responsabilidad derivada del daño causado *con la cosa* automotor (art. 1113, segundo párrafo) donde el conductor del auto embistente debe probar que de su parte no hubo culpa para quedar exonerado; 3) la responsabilidad objetiva determinada por el *riesgo o vicio de la cosa* automotor (art. 1113, segundo párrafo), en la cual el supuesto responsable sólo puede exonerarse acreditando la existencia de una causa ajena⁷. Estas tres posibilidades se han ido convirtiendo con el tiempo, por obra de una labor pretoriana, en una sola: el *riesgo generado* por la circulación. Sin embargo, no es posible pretender que las otras dos hayan desaparecido, desde que, como vimos antes, la discusión sobre si hubo culpa o no en la causación del daño subsistirá, en la medida en que mediere culpa de la víctima (art. 1111 Cód. Civ.) o si ella fuese concurrente.

De todos modos, esas tres situaciones previstas por el legislador continúan siendo útiles para administrar justicia ante un conflicto determinado, en la medida en que alguna de ellas satisfaga la solución correspondiente. Es decir, no parece razonable cerrar la aplicación a cualquiera de ellas sobre la base de establecer a priori que siempre hay riesgo. Porque, aun cuando ello fuese así, la realidad llevará al magistrado a analizar ciertas particularidades que le permitirán guiarse con acierto estableciendo la prueba de la culpa, su falta de demostración, o la carga de acreditar su inexistencia penetrando dentro del laberinto de las presunciones.

En cuanto a los accidentes producidos con motivo de las competencias automovilísticas, la ley 23.184, sobre espectácu-

⁷ Véase Ponencias debatidas en las Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Civil, realizadas en Mercedes (Bs. As.) en agosto de 1981, en Revista Jurídica del Colegio de Abogados del departamento Judicial de Mercedes (Bs. As.), año I, 1983, págs. 33/63, y el análisis de las mismas por Bueres, Alberto J., en pág. 322. Véase también, Brebbia, Roberto H., *Problemática jurídica de los automotores*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, tomo I; Garrido, Roque F. y Andorno, Luis O., *El artículo 1113 del Código Civil. Comentado y Anotado*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1893; y Gherzi, Carlos A., *Responsabilidad del fabricante, dueño y guardián del automotor*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986.

los deportivos, recoge la teoría del riesgo creado para responsabilizar a los organizadores de la carrera. Aunque dicha ley no integra el Código Civil, ya que es un ordenamiento especial, contiene una disposición de derecho común que merece ser considerada como perteneciente al Código, en tanto y en cuanto se inserta dentro del marco de la responsabilidad patrimonial. Se pone en evidencia así la falta de unidad de criterio del legislador quien, lejos de remediar la dispersión existente, la acentúa con medidas que, si bien pueden resultar convenientes, se encuentran desubicadas en su contexto (a ello cabe agregar que la ley 13.893 también se ocupa en sus arts. 81/88 sobre las carreras de autos, imponiendo la responsabilidad por los daños causados durante su desarrollo a las entidades organizadoras, art 85).

Dentro del amplio marco del Código están reguladas las instituciones esenciales que sirven al hombre en sus relaciones inmediatas y su quehacer cotidiano. En base a un método racionalista se ordenan las distintas figuras que constituyen los instrumentos de trabajo del jurista, quien recurre a ellas para armar la construcción adecuada al caso en estudio, según un plan que lo lleva a los conceptos fundamentales, las categorías generales y particulares, hasta arribar a la respuesta puntual. Y, precisamente, en este tema se debe hacer una extensa recorrida por distintas secciones, títulos y capítulos, buscando afanosamente las líneas orientadoras y las reglas aplicables.

La materia de la imputabilidad, la causalidad y el resarcimiento, aparecen a los ojos del intérprete como las imágenes de un calidoscopio. En cada una de ellas hay que detenerse, hacer un breve descanso estudiándolas con atención, porque son ricas en su contenido y graves en sus consecuencias. Véase, por ejemplo, dos fenómenos dignos de meditar: el del conductor privado del uso de la razón (art. 907 Cód. Civ.), y el agravamiento de la responsabilidad del transportista profesional (art. 902 Cód. Civ.).

Como en el juego del rompecabezas, hay que ir colocando las distintas figuras de manera de cubrir todos los espacios del tablero, que representa el principio de plenitud. Todas las piezas cumplen una función específica dentro del conjunto, desde

la categoría de la cosa automotor, la naturaleza de la vía pública, y el régimen de las servidumbres de tránsito. Se trata, pues, de implementar las nociones técnico instrumentales sentadas en el Código como punto de partida para llegar luego a descifrar la incógnita sometida al juicio.

La primera pregunta que se hace quien busca resarcir un perjuicio sufrido a causa de un accidente, es saber la persona respecto de la cual ha de dirigir su acción; en lo posible, se examinará entonces si existen varios responsables del pago del resarcimiento. Y, a su turno, quien es demandado por daños e intereses ocasionados por una colisión automotriz, se preguntará si la persona que acciona tiene derecho a ejercer esa demanda. Estos interrogantes de la legitimación activa y pasiva (en los cuales se presupone resolver la situación del dueño y guardián del automóvil, como la del damnificado), tienen en el Código Civil su adecuada respuesta, aunque la búsqueda de la misma no siempre es sencilla⁸.

De lo que se desprende que este cuerpo normativo es fuente primordial de nuestro derecho, aun cuando ni siquiera trate de los accidentes del tránsito en particular. Porque en él está la regulación básica de todo el sistema de la responsabilidad, elaborada pacientemente a lo largo de los siglos. El Código se erige así en una ley fundamental, previsor de todos los fenómenos producidos por los daños de la circulación y la conducción, que encuentran cabida en multiplicidad de reglas, algunas de las cuales fueron formuladas por el legislador sin considerar específicamente dicho fenómeno.

⁸ Azpelicueta, Juan José, *Legitimación para reclamar daños causados al automotor*, El Derecho, tomo 117, págs. 874/876. La Cámara Primera Civil y Comercial de San Isidro, en pleno, ha resuelto que: "El usuario tiene legitimación para reclamar la desvalorización del rodado a causa del accidente y los daños materiales ocasionados al mismo, sin acreditar el pago correspondiente a la reparación de tales daños" (El Derecho, tomo 121, pág. 240).

3. *Las otras leyes de fondo.*

Además del Código Civil en cuanto a legislación de fondo, existen las leyes mencionadas que tratan sobre materias específicas de una manera particular, en las cuales se prevén disposiciones que directa o indirectamente se refieren a los daños causados por una colisión durante el tránsito.

En cuanto a los automotores, un estatuto detallado y prolijo comprende todo lo concerniente a su régimen de dominio y, a las consecuencias derivadas de la inscripción registral. Sin insertar el automóvil dentro del esquema de las cosas del Código, allí se enumeran las máquinas que son consideradas como tales, a saber: automóviles, camiones, tractores para remolques, camionetas, rurales, jeeps, furgones de reparto, ómnibus, micro-ómnibus, colectivos y sus respectivos remolques y acoplados (art. 5 dec. ley 6582/58). Como la inscripción es aquí constitutiva del dominio, el transmitente es declarado responsable de los perjuicios que se produjeren con el automotor en su carácter de dueño, aunque se le autoriza a quedar liberado de esa presunción legal si comunica al Registro haber hecho tradición del vehículo (arts. 1, 2, y 27 del dec. ley 6582/58, este último después de su reforma por la ley 22.977).

Cuando el accidente se produce por causa de un automotor que ha sido robado, se enfrentan dos valores ponderables: el resarcimiento para el damnificado, por un lado, y, por otro lado, la exoneración de responsabilidad para el titular del dominio del rodado. ¿Cuál de esos valores debe prevalecer? Un juego estricto de las disposiciones citadas del dec. ley 6582/58, permiten responder a priori que la responsabilidad civil siempre será del dueño, dado el carácter constitutivo de esa inscripción (sobre todo, atento los términos del art. 27); sin embargo, el artículo 1113, segundo párrafo Código Civil, permite exonerar al dueño de la cosa, cuando el daño proviene de un tercero por quien no se debe responder, o sea, prevé esta situación en particular (sería, tal vez, distinta la hipótesis de hurto, por cuanto al propietario po-

dría atribuirsele negligencia en la guarda material). Conciliar estos textos ha sido una ardua tarea para la jurisprudencia⁹.

La circulación por la vía pública cuenta en el orden federal con reglas reunidas en un llamado reglamento general de tránsito (leyes 13.893 y 14.224) que se remonta al año 1949¹⁰. Cada jurisdicción tiene sus propias disposiciones sobre la materia del punto de vista local. No hay uniformidad, pues, respecto de las reglas aplicables en estos infortunios, aunque las soluciones suelen concordar.

Este reglamento define al accidente como el hecho que causa daño a persona, material o a cosa originado por la acción de vehículo, o animal de tiro o silla (art. 4º); más apropiada puede ser la definición brindada por la ley 22.934, que lo considera "todo hecho que produzca daño en personas o cosas como consecuencia de la circulación". (art. 141). Las diversas contingencias de la conducción de un auto están contempladas minuciosamente, de manera que se indican las conductas apropiadas a cada hipótesis, sobre la base de un principio fundamental; hay que tener el máximo de atención y prudencia, dentro de los límites de velocidad (art. 43). Asimismo, se establecen presunciones de culpa (arts. 42, 44, 49, 50), a veces con carácter "absoluto" (art. 48) y de responsabilidad (art. 68); con lo cual la ley 13.893 se interna dentro del debate de la determinación del

⁹ Trigo Represas, Félix A. y Compagnucci de Caso, Rubén H., *Responsabilidad civil por accidentes de automotor*, ed. Hammurabi, 1986, tomo 2b, págs. 363/364 y 398/400. Asimismo los tribunales se han pronunciado en el sentido de que "no subsiste la responsabilidad de quien figura en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor como titular del dominio del vehículo causante del daño, cuando lo hubiere enajenado y entregado al comprador con anterioridad a la época del siniestro, si esta circunstancia resulta debidamente comprobada en el proceso", doctrina plenaria sentada por la Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial de la Capital Federal, La Ley, 1981, tomo B, pág. 98; y Supremo Tribunal de Chubut en *El Derecho*, tomo 107, pág. 737.

¹⁰ Un ordenamiento moderno fue sancionado por la ley 22.934, pero el mismo fue suspendido en su aplicación por 180 días (ley 23.064), para finalmente ser derogado por la ley 23.181, la que reimplantó a las leyes 13.893 y 14.224. Críticas al margen, no se alcanza a comprender la utilidad de estos vaivenes legislativos.

responsable, sancionando a quien omite respetar sus indicaciones acerca de la forma de conducir.

La regulación del contrato de seguro tiene su propia ley (Nº 17.418), siendo su contratación facultativa para los propietarios de automotores, excepto en la ciudad de Buenos Aires, donde ha devenido obligatoria. Las cuestiones que se suscitan aquí son básicamente: subrogación de la aseguradora en los derechos del damnificado, citación en garantía de la aseguradora para intervenir en juicio; culpa grave del asegurado¹¹. No obstante que este negocio pretende cubrir el monto del siniestro, es un valor entendido que en la práctica ello no ocurre así por la vigencia de cláusulas limitativas que impiden el resarcimiento pleno, dando lugar a los consiguientes litigios.

CONCLUSION: HACIA UNA REFORMA

El grado de dispersión normativa a que se arribó en materia de accidentes de tránsito indica la perentoriedad de reformar el régimen en vigor, el cual se asemeja a un paisaje surrealista. Algunas ideas para debatir, con miras a esa reforma, han ido surgiendo a lo largo de esta panorámica exposición. Ese debate no puede demorarse, si es que se aspira a que la Argentina modernice su sistema legislativo, de acuerdo con los avances alcanzados en este campo del derecho.

Los desarrollos que anteceden han contribuido a demostrar la autonomía e independencia de esta especie de responsabilidad, de modo tal que su regulación requiere ciertas disposiciones específicas. Pero ello no significará apartarse del Código Civil, pues bien podrán tener cabida en dicho cuerpo legal los preceptos que se refieran a la colisión provocada por automotores, con todas sus consecuencias patrimoniales. Más aún, un capí-

¹¹ La Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial de la Capital Federal, resolvió en Tribunal Plenario que "la defensa de culpa grave del asegurado es oponible por la aseguradora citada en garantía frente al tercero damnificado que demanda los daños causados en un accidente de tránsito", en *El Derecho*, tomo 100, pág. 605.

tulo dedicado a los daños causados por el automotor como cosa registrable parece ser de absoluta necesidad, donde estén previstas las principales hipótesis que suelen presentarse en la práctica.

No descuidar los problemas de metodología y proceder con criterio simétrico, son directivas importantes a seguir para poder concretar la nueva obra legislativa. De ahí que sea conveniente mantener un sistema unitario de responsabilidad dentro del Código, a fin de salvaguardar su coherencia. Habrá, pues, que abandonar el pragmatismo que hoy gobierna el tema, y retomar el cauce amplio del gran caudal de nuestra sabiduría jurídica que es el Código.

Fuera de ello, lo concerniente a la circulación por la vía pública podrá continuar siendo regulado por el Código de Tránsito, al que se despojará de todo lo relativo a las presunciones allí establecidas. En cuanto al contrato de seguro, además de tener que imponerse su obligatoriedad en todo el país, algunos retoques oportunos permitirán una mejor cobertura para los siniestros que ocurran. No podrá prescindirse de esas dos leyes, ya que, por su naturaleza, escapan al ámbito propio de la legislación civil, desde que incumben al derecho administrativo y al derecho comercial, respectivamente.

En cuanto a las cuestiones de fondo, caben dos posibilidades: mantener el *status quo*, reordenando las soluciones decantadas por la jurisprudencia a lo largo de los años; o producir una revisión profunda del actual régimen. Ante esta disyuntiva, suelen prevalecer las posiciones intermedias, que sin ser conservadoras, procuran tan solo perfeccionar las normas y principios en vigor para adaptarlos al presente. De algún modo hay que cuidar de que los cambios puedan asimilarse fácilmente por la población, sin sobresaltos.

Los fenómenos que suscita el accidente de tránsito merecen ser considerados con precisión por el legislador (en especial para delimitar los ámbitos de la culpa y del riesgo), ya que no pueden quedar librados a la suerte de interpretaciones más o menos ingeniosas. Es tiempo ya de reunir sistemáticamente las soluciones más acordes con la escala de valores predominante respecto

de la seguridad de las personas que, de a pie o en auto, transitan por nuestras ciudades y rutas. Y, al así hacerlo, podrán también trazarse las líneas orientadoras de un régimen de prevención de estos infortunios, para que no superen el límite de lo razonable.

La ley de accidentes de trabajo permite apreciar como se ha resuelto prácticamente otro serio problema social. El daño está tarifado, existen tablas que de antemano cuantifican el valor de los menoscabos corporales sufridos. En los infortunios de tránsito, se podría proceder del mismo modo, siempre que hubiere obligación de asegurarse, confeccionando tablas para las lesiones al cuerpo (incluso por muerte) y los perjuicios sufridos en los automotores.

Respecto de las acciones judiciales, habrá que procurar limitar los juicios posibles a los que promoviesen las compañías aseguradoras entre sí. De esa forma se aliviaría la situación de los damnificados, quienes muchas veces no están en condiciones de llevar adelante este tipo de procesos. Podría dejarse librado la solución de algunas desaveniencias entre las partes, a las resultas de una pericia arbitral, sobre monto del perjuicio, entidad de lesiones corporales y causalidad.

Pero este debate será fructífero en la medida que permita esclarecer la esfera de responsabilidad del dueño y del guardián del automotor, respectivamente. Hay que avanzar en este tema para superar las vacilaciones existentes. Un criterio demasiado riguroso es el que responsabiliza en forma conjunta al dueño y al guardián, el cual debería atemperarse.

En esta rápida recorrida se ha procurado llamar la atención sobre algunas deficiencias técnicas de nuestro ordenamiento. El debate propuesto apunta a perfeccionar las normas existentes a fin de dotar a los magistrados de instrumentos eficaces para administrar justicia en estos casos. Una revisión legislativa será sin duda la respuesta madura dada por quienes reflexionan con mentalidad de presente en torno a las consecuencias negativas que provoca este flagelo a nivel humano y económico.

SUMMARY

The University is the most appropriate place to consider the legal and jurisprudential regulation of traffic accidents due to the rich experience gathered in the last two decades. That is why I propose in this essay the discussion about the maintenance or not of the present juridical structure as the subject of this debate for professors and students.

In this essay, we will consider two aspects of the problem:

- I. the traffic accidents caused during the circulation, where we will analyze the juridical situations from a general perspective,
- II. the juridical framework of this category of accidents, in view of the system in force and the feature of a probable future legislation.

In every case we must examine the human factor and the mechanical factor, considering the type of vehicle as a main cause of the accident (school transport, bus, load truck, etc.). To formulate an accurate judgement about the cause of any accident we must necessarily ponder over all this factors.

There is a tendency to think of the car as a risky thing. Nevertheless this danger is assumed naturally by the man, as the driver or the pedestrian. But this idea, which helps to identify the responsible person, is only applied to the fact of the collision between a car and a person or another thing, and not when the collision takes place between two cars.

The application of the theory of the created risk does not eliminate the investigation of the culpability. Before examining the guilt, as a judgement of reproof to the originator of the damage, we must investigate if there is a crime of penal law.

Existing a great dispersion of laws in the subject of traffic accidents, it is peremptory to reform the present regime. This discussion can not be delayed if we want Argentine to modernize her law system according to the advances reached in this area.

L'APPLICABILITÉ DES NORMES INTERNATIONALES DES DROITS DE L'HOMME AUX SOCIÉTÉS MULTINATIONALES

por HIROKO YAMANE *

La société transnationale est une source de pouvoir économique, politique et même juridique. Elle est, de ce fait, susceptible d'en abuser et, par conséquent, de reporter atteinte aux droits de ceux qu'elle emploie dans les divers pays ou de ceux avec lesquels elle entre en rapports (clients, fournisseurs, etc.). Or, du fait de sa taille et, surtout, de son caractère, *trans-national*, les abus et les atteintes de ces sociétés sont souvent difficilement saisissables:

— pour des raisons *politiques* d'abord, car l'Etat, source première et ultime du pouvoir, se trouve face à face avec des sociétés qui apparaîtront d'autant plus comme un pouvoir concurrent que leur puissance économique peut être plus grande que la sienne propre¹;

— pour des raisons *juridiques* ensuite, car le principe de la territorialité des lois ne permet l'application des dispositions protectrices des droits de l'homme à l'encontre d'une société transnationale que sur le territoire de l'Etat concerné et non dans tous les Etats où la société est active.

* Division des Droits de l'homme et de la Paix, UNESCO.

¹ Il n'est pas rare que le budget global d'une société transnationale soit supérieur au budget de l'Etat sur le territoire duquel cette société exerce ses activités.

LA APLICABILIDAD DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS A LAS SOCIEDADES MULTINACIONALES *

HIROKO YAMANE

La sociedad transnacional es una fuente de poder económico, político y también jurídico. Por ello es susceptible de abusar y, en consecuencia, de menoscabar los derechos de aquellos con los que contrata en los distintos países o de aquéllos con los cuales se relacione (clientes, proveedores, etc.). Ahora bien, en razón de su importancia y, sobre todo de su carácter transnacional, los abusos y los perjuicios de esa clase de sociedades son generalmente de difícil aprehensión:

—por razones políticas, primeramente, pues el Estado, fuente primera y última de poder, se encuentra cara a cara con sociedades que aparecen con un poder concurrente ya que su poderío económico puede ser más grande que el del propio Estado ¹.

—por razones jurídicas, además, ya que el principio de la territorialidad de las leyes no permite la aplicación de normas protectoras de derechos humanos respecto de una sociedad transnacional, sino dentro del territorio del estado de que se trata y no todos los estados en los cuales la sociedad actúa.

* Traducción de los doctores Mónica Pinto y Pedro Aberastuy (h.).

¹ No es extraño que el presupuesto global de una empresa transnacional sea superior al presupuesto global del Estado en el que ejerce su actividad.

Les normes internationales des droits de l'homme sont-elles alors applicables aux sociétés multinationales? Cette question est d'autant plus justifiée que ces normes, par définition protectrices de *l'individu*, sont soit de portée universelle (ce qui devrait, *a priori*, faciliter une application uniforme des droits de l'homme à des sociétés qui échappent au contrôle d'un seul Etat) soit d'une portée géographique étendue, comme il en est pour les conventions régionales des droits de l'homme qui couvrent normalement une région géopolitique ou géographique du monde. Encore faut-il être conscient du fait que la nature inter-étatique du droit international conventionnel — dont le droit international des droits de l'homme fait partie — apporte de ce fait même des limites à la mise en oeuvre internationale de telles normes à l'encontre des sociétés transnationales.

Mais avant de rechercher les normes de droits de l'homme applicables aux sociétés transnationales et les moyens de leur mise en oeuvre, il faut définir au préalable ce que nous entendons par société transnationale. Or, le problème de la définition des sociétés transnationales est au centre des débats aux Nations Unies où l'on s'efforce d'élaborer, depuis plusieurs années déjà, un code de conduite sur les sociétés transnationales². Le même problème a ressurgi à l'Unesco lors de la 22ème session de la Conférence générale lorsqu'un groupe d'Etats ont proposé que cet organisme prépare un code de conduite sur les sociétés transnationales travaillant dans les domaines de compétence de l'Organisation et plus particulièrement dans les domaines de l'information et de la comunicación³. D'autres ont vu dans ce projet un moyen pour les Etats de contrôler les grandes agences de presse qui, de par leur rayonnement, peuvent être assimilées aux sociétés transnationales⁴.

² L'Assemblée générale a demandé, par la résolution 3202 (S-VI), que la Commission des sociétés transnationales élabore un code de conduite sur les sociétés transnationales.

³ Le projet de résolution 22C/PLEN/DR. 14.

⁴ Le texte de la Résolution 22C 17.2 qui a été finalement adopté par consensus par la Conférence générale (le 25 novembre 1983) paraît beaucoup plus souple, puisque son dispositif prévoit que le "Groupe de tra-

¿Resultan las normas internacionales de derechos humanos aplicables a las sociedades multinacionales?

Esta pregunta se justifica aún más teniendo en cuenta que las normas son por definición protectoras del individuo, ya sean de alcance universal (lo que llevaría, *a priori*, a facilitar una aplicación uniforme de los derechos humanos a las sociedades que escapan al control de un solo estado) o de alcance geográfico amplio, como es el caso de las convenciones regionales de derechos humanos que cubren normalmente una región geopolítica o geográfica mundial. Es necesario ser consciente del hecho de que la naturaleza interestadual del derecho internacional convencional —del cual el derecho internacional de los derechos humanos forma parte— aporta por ese mismo hecho límites a la aplicación internacional de tales normas respecto de las sociedades transnacionales.

Pero antes de buscar las normas de derechos humanos aplicables a las sociedades transnacionales y los medios para ponerlas en práctica, es necesario definir previamente lo que entendemos por sociedad transnacional. Ahora bien, el problema de la definición de las sociedades transnacionales es centro de debates en las Naciones Unidas donde se hacen esfuerzos para elaborar, desde hace muchos años, un código de conducta para las sociedades transnacionales². El mismo problema surgió en la UNESCO cuando un grupo de estados propuso que este organismo preparara un código de conducta para las sociedades transnacionales que trabajan en las áreas de competencia de la organización, y más particularmente en las áreas de la información y la comunicación³. Algunos han visto en ese proyecto un medio para que los Estados controlen las grandes agencias de prensa que, por su expansión, pueden ser asimiladas a las sociedades transnacionales⁴.

² En su Resolución 3202 (S-VI), la Asamblea general solicitó a la Comisión de empresas transnacionales que elaborara un Código de conducta para las mismas.

³ Proyecto de resolución 22C/PLEN./DR. 14.

⁴ El texto de la Resolución 22C 17.2 finalmente adoptado por consenso por la Conferencia General el 25 de noviembre de 1983 parece

I. UNE DEFINITION DES SOCIETES TRANSNATIONALES

Pour les besoins d'une application des droits de l'homme à l'encontre des sociétés transnationales, une définition *juridique* précise n'est pas indispensable? Mais est-elle possible? Certe l'énumération des éléments essentiels permettrait de mieux circonscrire les données de notre problème. A cet égard, c'est la "Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale" adoptée par le Conseil d'Administration du B.I.T. le 16 novembre 1977 qui apporte les données les plus intéressantes, puisqu'à son paragraphe 6, elle prévoit ce qui suit:

"Les entreprises multinationales comprennent des entreprises, que leur capital soit public, mixte ou privé, qui possèdent ou contrôlent la production, la distribution, les services et autres moyens en dehors du pays où elles ont leur siège. Le degré d'autonomie de chaque entité par rapport aux autres au sein des entreprises multinationales est très variable d'une entreprise à l'autre, selon la nature des liens qui unissent ces entités et leur domaine d'activité, et compte tenu de la grande diversité en matière de formes de propriété, d'en-

vail intergouvernemental du code de conduite sur les sociétés transnationales des Nations Unies tienne compte préoccupations de l'Unesco dans les domaines relevant de sa compétence". Cette résolution invite le Directeur général lors de la mise en oeuvre du Programme et budget pour 1984-1985 à poursuivre et intensifier sa collaboration avec les Nations Unies sur les sociétés transnationales pour que les secteurs relevant de la compétence de l'Unesco soient dûment... (suite) pris en considération par la Commission des sociétés transnationales. La même résolution invite en outre le Directeur général à informer la Conférence générale, lors de sa vingt-troisième session, du résultat de ses efforts et à lui présenter, le cas échéant, des propositions appropriées selon lesquelles les préoccupations des Etats membres de l'Unesco pourraient être prises en considération.

Une étude intitulée "Synthèse des études sur les effets des activités des sociétés transnationales dans les domaines de compétence de l'Unesco" (22C/19) a été soumise à cet effet à la Conférence générale à sa vingt-troisième session.

I. UNA DEFINICION DE SOCIEDAD TRASNACIONAL

A los fines de la aplicación de los derechos humanos respecto de las sociedades transnacionales, ¿no resulta indispensable una definición jurídica precisa? ¿Es ello posible?

Cierta enumeración de los elementos esenciales permitiría circunscribir mejor los aspectos de nuestro problema. Al respecto, la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social adoptada por el Consejo de Administración de la OIT del 16/11/77 es la que aporta los datos más interesantes, ya que su sexto párrafo prevé:

"Las empresas multinacionales abarcan las empresas, cuyo capital sea público, mixto o privado, que posean o controlen la producción, distribución, servicios y otros medios fuera del país en el cual tienen su sede. El grado de autonomía de cada entidad en relación con otras en el seno de las empresas multinacionales es muy variable de una empresa a otra, según la naturaleza de los lazos que unen a esas entidades y su ámbito de actividad, y teniendo en cuenta la gran diversidad en materia de formas de propiedad, envergadura y naturaleza de las actividades de las empresas en cuestión y de los lugares donde ellas operan. Salvo indicación contraria, el término "empresa multinacional", tal como se ha utilizado en la presente Declaración, se refiere a las di-

mucho más flexible, ya que en su dispositivo prevé que "el grupo de trabajo intergubernamental de las Naciones Unidas sobre un Código de conducta para las empresas transnacionales tenga en cuenta las preocupaciones de la UNESCO en las áreas de su competencia". Esta resolución invita al Director General, en ocasión de la puesta en práctica del Programa y Presupuesto para 1984-1985, a continuar e intensificar su colaboración con las Naciones Unidas respecto de las empresas transnacionales a fin de que los sectores de competencia de la UNESCO sean debidamente considerados por la Comisión de empresas transnacionales. La misma resolución invita, además, al Director General a informar a la Conferencia General en su vigésimo-tercera sesión, del resultado de sus esfuerzos y a presentarle, llegado el caso, propuestas adecuadas para que las preocupaciones de los Estados miembros de la UNESCO puedan ser consideradas.

Un estudio intitulado *Synthese des études sur les effets des activités*

vergure, de nature des activités des entreprises en question et des lieux où elles opèrent. Sauf indication contraire, le terme "entreprise multinationale", tel qu'il est utilisé dans la présente Déclaration, se réfère aux diverses entités (société mère ou entité locales ou les deux, ou encore, tout un groupe) en fonction de la répartition des responsabilités entre elles, dans l'idée qu'elles coopéreront et s'entraideront, le cas échéant, pour être mieux à même d'observer les principes énoncés dans cette Déclaration".

Dans cette définition qui prend la forme d'une analyse descriptive des entreprises multinationales, un élément paraît essentiel sous l'angle des droits de l'homme: une entreprise multinationale qui comprend toujours un élément d'extranéité, peut être privée ou publique, c'est-à-dire que, étant dans ce dernier cas, de caractère public, elle sera liée à un Etat étranger. Chargée d'exercer des fonctions publiques, elle pourra même être une entité d'un Etat étranger. Or, dans cette hypothèse, la mise en oeuvre des normes internationales des droits de l'homme — mais non leur applicabilité — ne manquera pas de se heurter à une règle fondamentale du droit international coutumier qui est celle de l'immunité de juridiction et d'exécution dont un Etat étranger jouit devant les tribunaux, à tout le moins pour ses actes de puissance publique (*jure imperii*). La rencontre, pour ne pas dire le conflit, entre la règle de l'immunité d'un Etat étranger avec les droits de l'homme, dont pour la plupart d'entre eux possèdent la valeur d'ordre public, n'a guère été étudiée par la doctrine⁵.

Pour les entreprises multinationales comprises comme des entités de l'Etat, ce problème n'est peut-être pas très aigu dans la pratique. Etant presque toujours des entreprises à vocation industrielle et commerciale, leurs actes pourront être qualifiés de *jure gestionis*, et ne bénéficieront pas, tout au moins selon l'interprétation dominante⁶, de l'immunité de juridiction.

⁵ Voir toutefois W. P. Pahr "Die Staatenimmunität und Artikel 6, Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention" dans *Mélange Modinos*, Paris, Pédone, 1968, p. 222 *seg.*

⁶ Cette conception restrictive de l'immunité de juridiction se trouve reflétée dans tous les instruments internationaux, proposés ou adoptés:

versas entidades (sociedad matriz o entidad local o las dos o aun todo un grupo) en función de la distribución de responsabilidades entre ellas, teniendo en cuenta que ellas cooperarán y se ayudarán mutuamente, llegado el caso para estar en mejor posición para observar los principios enunciados en esta Declaración".

En esta definición que toma la forma de un análisis descriptivo de las empresas multinacionales, aparece un elemento esencial desde el punto de vista de los derechos humanos: una empresa multinacional que contiene siempre un elemento extranjero, puede ser privada o pública, y dándose este último caso, el carácter público, ella estará vinculada a un estado extranjero. Encargada de ejercer funciones públicas, podría aun tratarse de un ente de un Estado extranjero. Ahora bien, en estas hipótesis, la puesta en práctica de las normas internacionales de los derechos humanos —pero no su aplicación— no dejará de tropezarse con una norma fundamental de derecho internacional consuetudinario cual es el de la inmunidad de jurisdicción y ejecución de que goza un Estado extranjero ante los tribunales, por lo menos respecto de sus actos de poder público (*iure imperii*). El encuentro, por no decir el conflicto, entre la norma de inmunidad del Estado extranjero y los derechos humanos, los cuales en su mayoría, poseen carácter de orden público, no ha sido estudiado por la doctrina⁵.

Para las empresas multinacionales entendidas como entes del Estado, el problema no es muy agudo en la práctica. Tratándose casi siempre de empresas con fines industriales y comerciales, sus actos podrán ser calificados de *jure gestionis*, y no se beneficiarán, por lo menos según la interpretación dominante⁶, de la inmunidad de jurisdicción.

des sociétés transnationales dans les domaines de compétence de l'UNESCO, (22C/19). Síntesis de los estudios sobre los efectos de las actividades de las empresas transnacionales en las áreas de competencia de la UNESCO, fue presentado a la Conferencia General en su vigésimo-tercera sesión.

⁵ Ver especialmente W. P. Pahr "Die Staatenimmunität und Artikel 6, Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention" en *Mélange Modinos*, París, Pédone, 1968, p. 222 y sigtes.

⁶ Esta concepción restringida de la inmunidad de jurisdicción se

Il n'en reste pas moins que ce qui précède illustre les obstacles auxquels l'on se heurtera, lorsque l'on voudra faire appliquer aux entreprises multinationales les règles qui protègent les droits de l'homme.

II. LES NORMES INTERNATIONALES DES DROITS DE L'HOMME LIENT-ELLES LES SOCIÉTÉS TRANSNATIONALES?

Si la société transnationale ne se confond pas avec l'Etat et qu'elle est donc une personne morale de droit privé, l'applicabilité des normes de droits de l'homme pose deux questions préalables, inégalement étudiées par la doctrine.

En premier lieu, est-il vrai que les droits de l'homme puissent lier aussi bien les personnes *morales* que les personnes physiques? A cet égard, il est très généralement admis⁷ que les normes des droits de l'homme protègent à la fois les personnes physiques et les personnes morales, dans la mesure tout au moins où la nature intrinsèque de tel droit de l'homme rend celui-ci applicable aux personnes morales: s'il est, en effet, normal de parler du droit de propriété d'une société commerciale ou de la liberté d'opinion et d'expression d'une société éditrice d'un journal, l'interdiction de la torture ou le droit à la vie n'ont guère de sens dans le cas d'une personne morale. Il se peut cependant qu'un instrument international concernant les droits de l'homme limite expressément son champ d'application aux seules personnes physiques: tel semble bien être le cas de la Convention inter-américaine des droits de l'homme de San José de Costa Rica de 1959. Son article 1er, paragraphe 2 contient une disposition, il est vrai assez ambiguë: "Aux effets de la présente Convention, tout être humain est une personne".

le projet de Harvard, la Convention du Conseil de l'Europe et celle de l'O.E.A.

⁷ Voir, *Les personnes morales et les droits de l'homme*, compte-rendu du colloque organisé par le Centre des droits de l'homme de l'Université de Louvain en 1966.

En todo caso, lo expuesto precedentemente ilustra los obstáculos con los cuales se tropezará cuando se intente aplicar a las empresas multinacionales las normas que protegen los derechos humanos.

II. ¿VINCULAN LAS NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS A LAS SOCIEDADES TRANSNACIONALES?

Si la sociedad transnacional no se confunde con el Estado y es entonces una persona jurídica de derecho privado, la aplicación de las normas de derechos humanos plantea dos cuestiones previas distintamente estudiadas por la doctrina.

En primer lugar, ¿es cierto que los derechos humanos pueden vincular tanto a las personas jurídicas como a las personas físicas?

Al respecto es generalmente admitido⁷ que las normas de derechos humanos protegen al mismo tiempo a las personas físicas y a las personas jurídicas, por lo menos en la medida en que la naturaleza intrínseca de tal derecho humano permite su aplicación a las personas jurídicas: si es, en efecto, común referirse al derecho de propiedad de una sociedad comercial o a la libertad de opinión y de expresión de una sociedad editora, la prohibición de la tortura o el derecho a la vida no tienen sentido en el caso de una persona jurídica. No obstante, puede darse el caso de un instrumento internacional relativo a los derechos humanos que limite expresamente su campo de aplicación únicamente a las personas físicas: éste parece ser el caso de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica de 1959. Su artículo 1º, parágrafo 2, contiene una disposición, bastante ambigua, que dice: "A los fines de la presente convención, todo ser humano es una persona".

ve reflejada en todos los instrumentos internacionales, propuestos o adoptados: el proyecto de Harvard, la Convención del Consejo de Europa, y la de la O. E. A.

⁷ Ver *Las personas morales y los derechos del hombre*, informe del coloquio organizado por el Centro de derechos del hombre de la Universidad de Louvain en 1966.

N'est-ce pas dire que chaque fois que la Convention utilise le terme de "personne" (et presque toutes les dispositions de substance commencent par les mots "toute personne"), il faut limiter sa portée aux seuls être humains, c'est-à-dire aux seules personnes physiques, à l'exclusion donc des personnes morales?

La question, en effet, est loin d'être théorique précisément sur le continent américain où le droit de propriété, reconnu par la Convention américaine, mais non par les Pactes relatifs aux droits de l'homme des Nations Unies, avantage souvent les grandes sociétés nord-américaines⁸.

En tout cas, il est probablement plus équitable de considérer que les droits de l'homme lient les personnes morales si, parallèlement, on admet qu'elles peuvent en être aussi les bénéficiaires. Ainsi posé la question n'a pas encore été étudiée dans la doctrine et encore moins en relation avec les sociétés transnationales.

En second lieu, les droits de l'homme lient-ils d'autres entités que les Etats, et d'abord les sociétés transnationales? Il s'agit ici de savoir si les droits de l'homme créent des obligations aux personnes privées, qu'elles soient physiques ou morales⁹: c'est le problème de la "Drittwirkung", de l'effet tiers (improprement appelé), des droits de l'homme. Ayant été posé d'abord dans le droit constitutionnel allemand avec les dispositions relatives aux droits fondamentaux dans le "Grundgesetz", le problème n'a pas manqué de l'être d'abord en relation avec la Convention euro-

⁸ Il est intéressant de relever que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a ignoré ce problème. La Charte africaine est pourtant postérieure à la Convention inter-américaine et le continent africain connaît une présence tout aussi pesante des sociétés transnationales que le continent américain.

⁹ Il serait en effet, absurde de parler des droits de l'homme créant parallèlement des obligations à la charge des personnes morales (et donc des sociétés transnationales) et au bénéfice de l'Etat, dans la mesure où, par définition, les droits de l'homme ne sont pas ceux de l'Etat. Encore faut-il cependant relever la "confusion des genres" à laquelle on assiste désormais assez souvent aux Nations Unies puisque l'on n'a pas hésité à y parler des "droits de l'homme et des peuples" (Voir la résolution 33/130).

Entonces, cada vez que la convención utiliza el término "persona", (y casi todas las disposiciones de fondo comienzan por la palabra "toda persona"), ¿deberá limitarse su alcance solamente a los seres humanos, es decir, solamente a las personas físicas, con exclusión de las personas jurídicas?

La pregunta, en efecto, deja de ser teórica precisamente en el continente americano donde el derecho de propiedad, reconocido por la Convención americana pero no por los Pactos relativos a los derechos humanos de las Naciones Unidas, beneficia a menudo a las sociedades norteamericanas⁸.

En todo caso, es probablemente más equitativo considerar que los derechos humanos vinculan a las personas jurídicas si, paralelamente, se admite que ellas pueden ser también sus beneficiarias. Así planteada, la cuestión no ha sido todavía estudiada por la doctrina y menos aun en relación con las sociedades transnacionales.

En segundo lugar, ¿vinculan los derechos humanos a otros entes distintos de los Estados, y especialmente a las sociedades transnacionales? Se trata aquí de saber si los derechos humanos crean obligaciones a las personas privadas sean ellas físicas o jurídicas⁹: Es el problema de la *Drittwirkung*, del efecto tercero (impropiamente denominado así) de los derechos humanos. Habiendo sido planteado primeramente en el derecho constitucional alemán respecto de las disposiciones relativas a los derechos fundamentales de *Grundgesetz*, el problema no ha dejado de ser tal en relación con la Convención europea de los derechos humanos.

⁸ Es interesante señalar que la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos ha ignorado el problema. Sin embargo, la Carta Africana es posterior a la Convención Interamericana y el continente africano conoce de una presencia de las empresas transnacionales tan pesada como el continente americano.

⁹ En efecto, sería absurdo hablar de derechos humanos en beneficio del Estado y crear paralelamente obligaciones a cargo de personas jurídicas (y, por lo tanto, de empresas transnacionales) ya que, por definición, los derechos humanos no son los del Estado. Incluso hay que señalar la "confusión de géneros" a que se asiste frecuentemente en las Naciones Unidas, ya que no se ha dudado en hablar de "derechos humanos y de los pueblos" (Ver la resolución 33/130).

péenne des droits de l'homme. Si les exégètes sont susceptibles de trouver dans chaque instrument juridique des textes en faveur de la "Drittwirkung"¹⁰, c'est probablement l'essence même de tout ordre juridique conçu selon la vision kelsénienne qui nous permet de conclure qu'il n'y a pas de droit sans obligation correspondante et qu'un droit de l'homme n'en constituait pas le "négatif", tout aussi "obligatoire". Et puisque les droits de l'homme, pour être respectés, doivent être opposables à tous et "tous azimuths", il faut que les devoirs de l'homme soient exigibles dans les mêmes conditions. Ce parallélisme rigoureux dans son principe peut d'autant moins laisser de côté les sociétés transnationales qu'elles sont en mesure, beaucoup plus que de simples particuliers, de restreindre l'étendue des droits de l'homme.

Il n'en reste pas moins que le principe de la "Drittwirkung", s'il est de moins en moins mis en doute, continue à être compris comme une construction doctrinale, sans grandes conséquences pratiques: cela s'explique essentiellement par le fait que le législateur national n'a pas attendu la naissance d'un droit positif, national et international des droits de l'homme pour imposer, par le biais du droit pénal et du droit administratif¹¹ des attitudes qui aboutissent au respect de ce que l'on appellera "droits de l'homme".

Si, maintenant, on cherche à identifier parmi les instruments internationaux des droits de l'homme ceux qui sont applicables aux sociétés transnationales, on doit admettre au préalable qu'en théorie, tous, sans exception, sont susceptibles de leur être opposés, à moins que la nature juridique spécifique de ces sociétés ne le permette pas.

En pratique, cependant, certains textes seront évoqués plus souvent que d'autres. Et d'abord les deux Pactes relatifs aux droits de l'homme des Nations Unies, ainsi que les deux Conven-

¹⁰ Voir par exemple, Marc A. Eissen "La Convention et les devoirs de l'individu" dans *La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen*, Paris, L.G.D.J., 1961, pp. 167-194.

¹¹ Voir *Mélanges René Cassin* (Liber Amicorum Discipulorumque René Cassin) volume III. *Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pédone, 1971, pp. 151-322.

Si los exégetas, son capaces de encontrar en cada instrumento jurídico elementos en favor de la *Drittwirkung*¹⁰, es probablemente la esencia misma de todo orden jurídico concebido según la visión kelseniana la que nos permite concluir que no hay derecho, sin obligación correspondiente y que 'al mismo tiempo, los derechos humanos no tienen dicha correlación obligatoria. Y en razón de que los derechos humanos para ser respetados, deben ser oponibles a todos y en "todas direcciones" es necesario que los deberes del hombre sean exigibles en las mismas condiciones. Este paralelismo riguroso en principio no puede dejar de lado a las sociedades transnacionales, en razón de que ellas están en condiciones mucho más que los simples particulares, de restringir el alcance de los derechos humanos.

En todo caso el principio de la *Drittwirkung* aunque cada vez menos cuestionado, continúa siendo comprendido como una construcción doctrinaria, sin grandes consecuencias prácticas: ello se explica esencialmente por el hecho de que el legislador nacional no ha esperado el nacimiento de un derecho positivo, nacional e internacional de los derechos humanos para imponer, a través del derecho penal y del derecho administrativo¹¹ actitudes que conduzcan al respeto de lo que se denomina "derechos humanos".

Si ahora se trata de identificar entre los instrumentos internacionales de los derechos humanos aquellos que son aplicables a las sociedades transnacionales, debe admitirse previamente que en teoría, todos, sin excepción, son susceptibles de serles oponibles, a menos que la naturaleza jurídica específica de las sociedades no lo permita.

En la práctica, sin embargo, ciertos textos serán citados más frecuentemente que otros. En primer lugar los dos Pactos de derechos humanos de las Naciones Unidas, así como las dos convenciones regionales actualmente vigentes (la europea de 1950

¹⁰ Véase por ejemplo: Marc. A. Eissen, *La Convention et les devoirs de l'individu*, en *La protection internationale des droits de l'homme dans la cadre européen*, París, L.G.D.J., 1961, pp. 167-794.

¹¹ Véase *Mélanges René Cassin* (Liber Amicorum Discipulorumque, René Cassin), Volume III, *Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pedone, 1971, pp. 151-322.

tions régionales actuellement en vigueur (européenne de 1950 et inter-américaine de 1969). Encore faut-il admettre que, applicables à tous, ces instruments régionaux peuvent paraître inadaptés pour répondre aux besoins spécifiques des *victimes* des violations des droits de l'homme par les sociétés transnationales: d'où la tendance à élaborer, sous forme de codes ou de Déclarations, des instruments juridiques visant exclusivement les sociétés transnationales, mais dans une perspective plus large que celle des droits de l'homme. Et c'est ce qui explique qu'un instrument spécifique que la Déclaration de principe tripartite sur les entreprises multinationales de l'O.I.T. n'a pas hésité de reprendre textuellement plusieurs dispositions des conventions internationales du travail relatives aux droits de l'homme. Parmi elles, retenons d'abord, les Conventions sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (Convention no. 14 et no. 87) et celles ensuite concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective (Convention no. 14 et no. 98)¹².

Cette oeuvre d'adaptation des instruments des droits de l'homme aux problèmes particuliers des sociétés transnationales doit-elle être poursuivie? Comme on l'a vu plus haut, la question est désormais posée pour les droits culturels, à l'Unesco en relation avec les travaux en cours aux Nations Unies. Ici, comme pour tout travail d'adaptation des règles des droits de l'homme aux situations particulières, il faudra veiller à ce que l'adaptation ne devienne pas synonyme de dilution et par conséquent d'affaiblissement des droits de l'homme, qui, dans leur principe, doivent rester les mêmes pour tous.

III. MISE EN OEUVRE DES NORMES INTERNATIONALES DES DROITS DE L'HOMME A L'ENCONTRE DES SOCIÉTÉS TRANSNATIONALES

Applicables aux sociétés transnationales, les normes internationales des droits de l'homme ne leur seront appliquées qu'avec

¹² Voir en particulier les paragraphes 40 à 58 de la Déclaration du B. I. T.

y la interamericana de 1969). Además hay que admitir que, aplicables a todos, estos instrumentos regionales pueden parecer inadecuados para responder a las necesidades específicas de las víctimas de las violaciones de los derechos humanos por las sociedades transnacionales: de ahí la tendencia a elaborar, bajo forma de códigos o de Declaraciones, instrumentos jurídicos relativos exclusivamente a sociedades transnacionales, pero en una perspectiva más amplia que la de los derechos humanos. Y ello explica cómo un instrumento específico tan preocupado por asegurar la protección de los derechos sociales del hombre como la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales de la OIT, no ha dudado en retomar textualmente varias de las disposiciones de las convenciones internacionales del trabajo relativas a los derechos humanos. Entre ellas mencionemos en primer lugar las convenciones sobre la libertad sindical y la protección del derecho sindical (Convenciones nº 14 y nº 87) y las concernientes a la aplicación de los principios del derecho de organización y negociación colectiva (Convenciones nº 14 y nº 98)¹².

¿Debe continuarse este trabajo de adaptación de los instrumentos de derechos humanos a los problemas particulares de las sociedades transnacionales?

Como se ha visto más arriba, el tema está actualmente planteado respecto de los derechos culturales, en la UNESCO, en relación con los trabajos en curso de las Naciones Unidas. Aquí, como en todo trabajo de adaptación de las normas de derechos humanos a situaciones particulares, habrá que velar a fin de que la adaptación no se transforme en sinónimo de disgregación y, en consecuencia, de debilitamiento de los derechos humanos que, por principio, deben ser los mismos para todos.

III. LA PUESTA EN PRACTICA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO DE LAS SOCIEDADES TRANSNACIONALES

Si bien las normas internacionales de derechos humanos les son aplicables, en principio, a las sociedades transnacionales, es-

¹² Ver especialmente los párrafos 40 a 58 de la Declaración de la O. I. T.

beaucoup de peine. Comme en matière de droits de l'homme "remedies precede rights" (les recours précèdent et donc créent les droits), les normes applicables aux sociétés transnationales apparaîtront comme des "*leges imperfectae*". comme autant de vœux pieux, plutôt que l'expression d'ordre immédiatement exécutoire. Et par un raccourci soulignant un lien de cause à effet là où il y a, tout au plus, un parallélisme de problèmes, l'opinion publique verra une corrélation entre le caractère transnational de leurs activités et l'impunité qui est la cause même d'une mise en oeuvre plus que limitée des normes applicables: le "par dessus les frontières" deviendra l'équivalent d'"au-dessus des lois".

Sur le *plan international*, tout d'abord, la mise en oeuvre des normes internationales des droits de l'homme à l'égard des sociétés transnationales ne peut être que limitée. Si, en effet, les organes internationaux de protection des droits de l'homme, et par voie de conséquence les recours permettant de les saisir sont considérablement multipliés, seuls les Etats peuvent y être mis en cause, à l'exclusion des entités de droit privé. Dans la mesure où les sociétés transnationales peuvent être identifiées à un Etat —et nous avons vu plus haut que de tels cas seront nécessairement très rares— cet Etat pourra être amené à répondre des violations des droits de l'homme, quelque soit le territoire où des actes illicites auront été commis. Par ailleurs, l'Etat qui a sur son territoire des sociétés transnationales pourra aussi avoir à répondre de leurs actes délictueux par rapports aux droits de l'homme, soit parce que la société en question sera en réalité une émanation directe de cet Etat, soit que l'Etat lui-même sera rendu responsable de ne pas avoir imposé aux personnes physiques et morales relevant de sa juridiction le respect des normes internationales des droits de l'homme.

Mais s'il est lui-même tenu de *les respecter*, l'Etat est-il obligé de *les faire respecter*? La réponse à cette question semble claire pour une catégorie de normes internationales des droits de l'homme que sont les quatre Conventions de Genève de la Croix-Rouge de 1949 et des Protocoles de 1977, puisque l'article Ier commun à ces Conventions prévoit que "les Hautes Parties Contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente

tas sólo difícilmente serán ejecutables. Como en materia de derechos humanos *Remedies precede Rights* (los recursos preceden a los derechos), las normas aplicables a las sociedades transnacionales aparecerán como *Leges imperfectae*, como votos pios, más que como la expresión de un orden inmediatamente ejecutorio. Y por una simplificación excesiva que subraya un vínculo de causa-efecto allí donde, por lo menos, existe un paralelismo de problemas, la opinión pública verá una correlación entre el carácter transnacional de su actividad y la impunidad que es la causa misma de una puesta en la práctica más que limitada de las normas aplicables: y "más allá de las fronteras" se transformará en el equivalente de "por encima de la ley".

En el plano internacional, en principio, la puesta en práctica de las normas internacionales de los derechos humanos respecto de las sociedades transnacionales es muy limitada. Si, en efecto, los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, y por vía de consecuencia los recursos que permiten incitarlos, se han multiplicado considerablemente, sólo los Estados pueden ser cuestionados, lo que excluye desde ya a las entidades de derecho privado. En la medida en que las sociedades transnacionales pueden ser identificadas con un Estado —y hemos visto más arriba que esos casos son necesariamente muy raros— este estado podrá ser llevado a responder por las violaciones de los derechos humanos, no importando el territorio en el cual los actos ilícitos fueron cometidos. Por otra parte, el Estado en cuyo territorio se encuentra una sociedad transnacional deberá también responder por los actos delictivos ocasionados a los derechos humanos, sea porque la sociedad en cuestión es en realidad una delegación directa de este estado, sea porque el estado mismo es considerado responsable por no haber impuesto el respeto de las normas internacionales de derechos humanos a las personas físicas y jurídicas bajo su jurisdicción.

Pero estando el Estado obligado a respetar tales normas, ¿está también obligado a hacerlas respetar? La respuesta a esta pregunta parece clara para una categoría de normas internacionales de derechos humanos como son las cuatro Convenciones de Ginebra de la Cruz Roja de 1949 y los protocolos de 1977, ya

Convention en toutes circonstances"¹³. Encore que l'on ne sache pas avec précision la portée de l'obligation ainsi assumée par les Parties Contractantes aux conventions de Genève¹⁴, qu'en est-il lorsque l'instrument des droits de l'homme ne contient pas des dispositions similaires, ce qui est le cas de tous les autres instruments des droits de l'homme? Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 énonce, il est vrai, à son article 2, paragraphe 1, une disposition qui peut être interprétée dans le même sens: "Les Etats parties au présent pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et à l'égard de leur compétence les droits reconnus dans le même Pacte...". N'est-ce pas dire que l'Etat peut se voir reprocher par toute personne de n'avoir pas fait respecter les droits de l'homme par les sociétés transnationales qui sont établies sur son territoire? Selon cette interprétation, c'est l'Etat national à qui un de ces ressortissants sera, la plupart du temps, amené à imputer la violation de ses droits de l'homme par la société transnationale étrangère, en saisissant l'organe international de protection des droits de l'homme compétent pour la connaître¹⁵.

D'une manière générale, on peut se demander si l'obligation de *faire respecter* les normes internationales des droits de l'homme n'est pas la simple conséquence de leur *opposabilité générale* à toute source de pouvoir, public ou privé, individuel ou collectif. Si, en d'autres termes, tous les droits de l'homme ne bénéficient pas, au niveau de leur mise en oeuvre, de la "mittelbare Dittwirkung", c'est-à-dire par l'intermédiaire de l'Etat. Si elle est valable au plan international, cette conclusion l'est à plus forte raison au plan interne.

¹³ Voir aussi l'article 1er du Protocole I.

¹⁴ Voir le "Commentaire" des Conventions de Genève publié sous la direction de Jean S. Pictet, volume I, pp. 25-28. Selon ce commentaire, la portée de l'obligation paraît finalement assez limitée.

¹⁵ L'Etat ainsi en cause pourrait-il se retourner par la suite contre l'Etat étranger dont relève la société transnationale "coupable", par le jeu des règles de responsabilité internationale? En théorie, on pourrait bien concevoir une telle situation (cf. Alexandre C. Kiss, en *La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen*, 1961, p. 239 et seq.

que el artículo 1º común a estas Convenciones dispone que "las altas partes contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Convenio en todas circunstancias"¹³. Aun cuando no se sepa con precisión el alcance de la obligación así asumida por las Partes Contratantes en las convenciones de Ginebra¹⁴, ¿qué sucede con el resto de los instrumentos internacionales de derechos humanos que no contienen disposiciones similares? El Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 enuncia, en verdad, en su artículo 2, parágrafo 1, una disposición que puede ser interpretada en el mismo sentido: "Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentran en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto...". ¿No implica ello que el Estado puede resultar inculcado por cualquier persona por no haber hecho respetar los derechos humanos por las sociedades transnacionales que se han establecido en su territorio? Según esta interpretación, es al Estado Nacional a quien un súbdito imputará, las más de las veces, la violación de los derechos humanos por la sociedad transnacional extranjera, incitando al órgano internacional de protección competente para conocer el caso¹⁵.

En general, puede uno preguntarse si la obligación de hacer respetar las normas internacionales de derechos humanos no es la simple consecuencia de su oponibilidad general a toda fuente de poder, pública o privada, individual o colectiva. Si, en otros términos, todos los derechos del hombre gozan, en cuanto a su puesta en práctica de la *Mittelbare Drittwirkung*, esto es de la facilidad

¹³ Ver también el art. 1 del Protocolo I.

¹⁴ Ver el *Commentaire* de los Convenios de Ginebra publicado bajo la dirección de Jean S. Pictet, vol. I, pp. 25-58. Según este comentario, el alcance de la obligación parece finalmente bastante limitado.

¹⁵ ¿Podría el Estado en cuestión volverse contra el Estado extranjero del que depende la empresa transnacional "culpable", por el juego de las normas de la responsabilidad internacional? En teoría podría concebirse tal situación (cf. Alexandre C. Kiss, en *La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre europeen*, 1961, p. 239 y sigtes.).

Au plan national, les normes internationales des droits de l'homme ne pourront être mises en oeuvre à l'encontre des sociétés transnationales que si dans l'Etat en question ces normes sont considérées comme "self executing", y étant directement applicables en vertu des règles et de la pratique constitutionnelle en vigueur. La victime des agissements des sociétés transnationales contraires aux droits de l'homme pourra alors saisir les tribunaux nationaux en se basant sur les normes internationales des droits de l'homme. Une telle possibilité qui existe théoriquement dans un grand nombre d'Etats n'est guère utilisée en pratique, car elle n'est pas comme des "usagers" potentiels et suppose toujours un combat —judiciaire certes, mais inégal tout de même— entre un David et un Goliath, sous les yeux indifférents, sinon complices de l'Etat, pourtant tenu de *faire respecter* les droits de l'homme.

Dans les pays où les normes internationales des droits de l'homme ne sont pas self-executing, une action judiciaire sera néanmoins possible pour autant que ces normes seront directement ou indirectement reprises dans la législation nationale. Le caractère inégal du combat n'en aura disparu pour autant.

Arrivée au terme de cette rapide étude, on s'aperçoit qu'elle pose plus de questions qu'elle n'offre de certitudes. Le caractère transnational de ces sociétés leur donne sinon la vocation du moins la tentation d'agir au dessus des lois et d'abord au dessus des plus contraignantes d'entre elles, celles relatives à la protection des droits de l'homme.

Le projet d'imposer aux transnationales un droit international qui les lient reste contradictoire, puisque par leur constitution même, leur mobilité et leur taille, elles s'efforcent d'échapper à toute contrainte nationale. Plus les pays sont vulnérables, et moins les transnationales sont prêtes à faire des concessions.

de la mediación del Estado. Si esta conclusión es válida en el plano internacional, *a fortiori* lo es en el plano interno.

En el plano nacional, las normas internacionales de derechos humanos sólo podrán ser puestas en práctica respecto de las sociedades transnacionales cuando el estado en cuestión considere dichas normas como *Self-executing*, es decir directamente aplicables en virtud de las normas y la práctica constitucional vigentes. La víctima de la actuación de la sociedad transnacional contraria a los derechos humanos podrá entonces incitar a los tribunales nacionales basándose en los normas internacionales de derechos humanos. Tal posibilidad, que existe teóricamente en gran número de estados, no ha sido utilizada en la práctica, ya que no es como un "usuario potencial" y supone siempre un combate —judicial pero desigual— entre un David y un Goliath, bajo los ojos indiferentes o sino cómplices, del estado obligado a hacer respetar los derechos humanos.

En los países en los cuales las normas internacionales de derechos humanos no son *Self-executing*, una acción judicial será no obstante posible en la medida en que esas normas sean directa o indirectamente retomadas por la legislación nacional. Sin embargo, el carácter desigual del combate no habrá desaparecido.

Habiendo llegado a la conclusión de este breve estudio, uno se da cuenta que son más numerosas las preguntas que se plantean que las respuestas brindadas. El carácter transnacional de las sociedades les otorga sino la vocación por lo menos la tentación de actuar por encima de las leyes y en especial por encima de las más compulsivas, aquéllas relativas a la protección de los derechos humanos.

El proyecto de imponer a las transnacionales un derecho internacional que las vincule no está exento de contradicciones, ya que por su constitución misma, su movilidad y su dimensión se esfuerzan para escapar de todo control nacional. Cuanto más vulnerables son los países, están menos dispuestas las transnacionales a hacer concesiones.

SUMMARY

The transnational society as a source of power, in many cases superior to that of the states where it develops its activities may cause damages.

The article examine the applicability of international human rights protection normes to those societies and the legal consequence derived from there.

BIBLIOGRAFIA

NOTAS DE LIBROS

CARRIÓ, Genaro R. *"Cómo estudiar y cómo argumentar un caso"*, Ed. Abeledo-Perrot, 1987, 78 págs.

Utilizando un lenguaje sencillo y directo, el Dr. Genaro Carrió persigue en esta obra dos propósitos claramente definidos: Por un lado revelar ciertos aspectos prácticos elementales de lo que él mismo llama el "oficio de abogado". Por el otro, dejar sentada la necesidad de un profundo replanteo en la enseñanza del derecho a efectos de suplir las carencias que obstan a una formación adecuada del profesional, con las consecuencias disvaliosas que esto supone.

El presente trabajo —que como su autor lo indica consiste en la transcripción de disertaciones efectuadas por éste en la Asociación de Abogados de Buenos Aires, con motivo de los cursos de iniciación profesional realizados en dicha entidad— está dirigido a aquellos abogados que comienzan el ejercicio de la profesión, pero, no obstante, entendemos que el ámbito de aplicación no debería restringirse a lo señalado, sino que debería hacerse extensivo a todos aquellos profesionales para los cuales es menester contar con ciertos elementos básicos en orden al planteamiento y desarrollo de una cuestión.

La obra comprende dos partes. En la primera —cómo estudiar un caso— se describe el proceso por el cual atraviesa el profesional al iniciar su actividad, contando para ello con las insuficientes armas que provee su formación universitaria. Como punto de partida señala la necesidad de despojarse, a priori,

de aquellos mitos, rótulos, frases hechas, tan arraigadas en esta actividad, que pretenden inclinar al joven profesional hacia posturas facilistas, de consecuencias negativas para su evolución. Sin embargo advierte también sobre los riesgos de pecar por ingenuidad, mediante enfoques excesivamente idealistas y distantes de la realidad. Por ello, resulta para el autor necesario un adecuado conocimiento del terreno en el cual se desenvuelve el profesional, pero sin dejar de lado el esfuerzo y el trabajo necesarios para cumplir acertadamente su labor.

Dentro de este capítulo se destacan los intentos que sugiere el Dr. Carrió para la caracterización de "un caso", utilizando para ello dos caminos. El primero consiste en una adecuada combinación de los elementos que lo componen, acentuando la importancia del "resultado" como base de la pretensión del cliente, y de los medios empleados para obtenerlo, como característica de la función del abogado. A través del segundo se procura desvirtuar la característica de asimilar al litigio a una partida de ajedrez, enumerando las diferencias que separan unos de otros, procurando que el joven abogado adquiera una visión amplia de todas las circunstancias que comprende una cuestión.

Adquiere particular relevancia el análisis que se realiza sobre la función del abogado y la diferencia entre su punto de vista y el de un juez o legislador, ya que se considera esencial para que el profesional pueda enfocar adecuadamente un problema, el ofrecer una solución práctica y eficaz que evite las divagaciones y posturas dogmáticas que tanto abundan en nuestra actividad.

Concluye este primer capítulo con la sugerencia de determinadas pautas que deben observarse en orden a una solución provisional del caso, la cual debe ser formulada y puesta a prueba por el profesional, como paso previo a la solución definitiva. Para llegar a ésta, se propone la aplicación de ciertas reglas fundamentales como base para la obtención de un resultado eficaz.

La segunda parte de esta obra presupone una acabada comprensión de la primera. Partiendo de la base de que el abogado se encuentra correctamente situado frente al problema, teniendo en claro su objetivo y los medios necesarios para cumplirlo, res-

ta muestra la faz extrínseca del mismo. El letrado deberá plantear su posición ante un tribunal, sin perder de vista para ello una serie de circunstancias particulares, relativas a la naturaleza del pleito, el rol a desempeñar, el resultado pretendido, las características de la contraparte y del tribunal, etc. que hacen a un adecuado enfoque de la cuestión.

Habiendo considerado estas circunstancias, y encontrándose apto para intervenir, el abogado deberá observar las recomendaciones que el autor ofrece para una adecuada argumentación del caso. Dentro de estas, se encuentra la premisa esencial para todo planteo procesal: la claridad del lenguaje. Una exposición concreta y precisa de las pretensiones y sus fundamentos constituye la base para una adecuada comprensión del reclamo por parte del tribunal.

Como complemento de singular relevancia para la regla anterior, el Dr. Carrió nos sugiere la necesidad de analizar las posibles conductas de la contraparte y del tribunal en el pleito, lo cual brinda al abogado un conocimiento más amplio y menos apasionado de las cuestiones en juego, permitiéndole subsanar defectos, reforzar argumentos y evaluar con mayor objetividad las posibilidades de éxito en el proceso.

Las restantes recomendaciones funcionan como "normas subsidiarias" —aunque no de menor importancia—, que se integran a las ya mencionadas, conformando un completo y práctico esquema de permanente consulta y aplicación en nuestra actividad.

En síntesis, el trabajo satisface plenamente los objetivos que señaláramos al comenzar esta nota, toda vez que ofrece no sólo al joven abogado sino a todo aquel que lo considere una herramienta necesaria para el eficaz desempeño de la profesión, una suerte de "compendio práctico" de desenvolvimiento frente al cliente y de actuación ante la justicia.

CLAUDIO GABOT

"Air Worthy, Liber Amicorum I.H.Ph. Diederiksverschoor", Ed. Kluwer, Deventer, The Netherlands, 1985, 301 págs.

Esta publicación, en homenaje a la destacada especialista holandesa, Profesora I.H.Ph. Diederiks-Verschoor, constituye un importante aporte a los derechos aeronáutico y espacial de nuestros días, por la calidad de los trabajos y la amplia gama de los temas tratados en él.

Como no podía ser de otra manera, tratándose de una ofrenda de amigos a quien durante más de treinta años, se desempeñara como profesora de estas materias en la Universidad de Utrecht y continuara con singular empuje como Presidente del Instituto Internacional de Derecho Espacial, el espectro es muy amplio.

El profesor indonesio Priyatna Abdurrasyid, en *"Towards the new indonesian aviation law"*, nos introduce en los problemas que se plantean en la elaboración de las normas jurídicas aéreas, para un país cuyo territorio es un archipiélago.

Se destaca en él, el estudio comparativo previo que propone, con el objeto de individualizar posibles fuentes de utilidad nacionales, que conjuntamente con las internacionales vigentes, sirvan de guía en la futura elaboración.

En *"Aviation sports bound to legal hushkittings"*, F. A. van Bakelen, nos introduce en un tema escasamente considerado por los autores, la regulación de los aeromodelos, que pueden causar serias interferencias en materia de ruido y daños a terceros en las inmediaciones de los campos en que se los utiliza.

El justo equilibrio, entre los que denomina como "aerofóbicos", que inútilmente pretenden detener el avance técnico y los "aerócratas", será la solución final en el disputado asunto.

El tantas veces discutido tema de las competencias, es analizado por Karl-Heinz Bockstiegen en *"Competences for civil and military aviation in German Law"*, —luego de su análisis tanto a la luz de las disposiciones constitucionales, como de las que regulan la actividad, concluye por señalar que de su juego se desprende una presunción a favor de la administración de la aviación, para regir todos los aspectos que hacen a la aviación. E.R.C. van Bogaert se ocupa luego en *"The political impact of*

remote sensing" de un controvertido problema del derecho espacial, aún no resuelto por las normas internacionales. De su análisis, concluye que en éste, como en otros temas aún no resueltos de la materia, por las tremendas implicancias de tipo político y económico que presentan, se debe procurar armonizar los intereses de todos los involucrados. En este supuesto, remarca el autor, además del clásico enfrentamiento entre las llamadas superpotencias, aparecen los intereses muy importantes de los países en vías de desarrollo.

El Profesor Bing Cheng, analiza la última modificación sufrida por el Convenio de Chicago en su aporte "*The destruction of KAL flight KE007, and article 3 bis of the Chicago Convention*". A pesar de resaltar los puntos oscuros que la misma presenta, enfatiza que dicha modificación ha sido la de mayor importancia en sus años de vida y se transforma en un importante medio para lograr una mayor seguridad en los vuelos internacionales. El nuevo tema de la desregulación en el transporte aéreo, es analizado en dos trabajos. — Roderick D. van Dam lo enfoca en "*Licensing as an instrument of deregulation*" con relación a la situación en Holanda, concluyendo que aunque parezca paradójico, se debe llegar a ella por medio de la regulación y que en su enfoque hay que tener en cuenta la situación monopólica de los transportadores aéreos.

P. P. C. Haanappel, lo hace con respecto a un ámbito mayor, en su aporte titulado "*Deregulation of air transport in North America and Western Europe*".

La desregulación que se originara en USA, se encuentra firmemente implementada. Canadá procura seguir dicho esquema, mientras que en Europa, las posiciones si bien tienden a la liberalización, en muchos países aún se mantienen esquemas anteriores, sobre todo en las líneas internacionales.

El Director del Instituto de Derecho Aeronáutico y Espacial de la Universidad de McGill, Nicolás Mateesco Matte, analiza otro controvertido tema del derecho espacial en "*Military uses of outer space and the 1967 outer space Treaty*", — Estudia así con detenimiento el indudable contrasentido que implica, la acti-

vidad militar en un ambiente que los estados han consagrado por el Tratado, a los fines pacíficos del desarrollo humano.

Apoya el autor — aunque señalando las dificultades que implica — la creación de la Agencia Internacional de Control Satelital, que propusiera el presidente de Francia en 1978 durante la sesión especial de la Asamblea General de las NU, dedicada al desarme. — A. E. du Perron en "Eurocontrol Liability and Jurisdiction" examina la nueva situación del organismo de control del tránsito aéreo en Europa, concluyendo que en un futuro seguramente se volverá a su antigua importancia, como regulador del tránsito.

El importante tema de la investigación de los accidentes de aviación, con sus múltiples repercusiones e implicancias, es estudiado por J.W.E. Storm van's Gravesande en "*Some observations on fifty years of aircraft accident investigation in the Netherlands*".

El futuro dictado de la nueva ley holandesa de investigación de los mismos, le permite realizar importantes consideraciones, por comparación de dicho proyecto con las normas internacionales que han servido de guía a los mismos, con gran beneficio para la seguridad aeronáutica. Se destaca la importancia que da el autor a la difusión de las investigaciones, asunto espinoso pues puede contrariar intereses particulares; pero en última instancia debe primar el interés que apunta a la seguridad.

Incluyendo alguna nota oportuna de humor, Jacob W. Sundberg se ocupa en "*The aircraft commander in legal turbulence*", de diversas situaciones en que aparecen opuestas las funciones y accionar de estos, con pasajeros, empresa aérea y autoridades. Con criterio lógico apoya las funciones de quien tiene en sus manos y decisión la vida de cientos de personas, que sólo confían en su pericia y madurez, que alguna vez hemos sintetizado con aquella antigua figura del buen *pater familiae*.

Federico Videla Escalada, se ocupa de un tema novedoso en la materia y no debidamente estudiado aún, en su aporte "*The international regulation of liability in the field of air traffic control services*".

Luego de considerar a los diversos involucrados en el asunto,

concluye opinando que se debe establecer claramente la responsabilidad de los organismos de control de tránsito aéreo, independientemente de quien sea su operador y que dicha responsabilidad debe basarse en la culpa, entre otras conclusiones también importantes.

Los problemas de la política económica en el transporte, son considerados por H. A. Wassenberg en *"The 'right to fly' and the 'right to carry traffic by air' in international air transport, after 40 years"*.

Luego de distinguir entre el derecho a volar y el derecho a transportar pasajeros, entre orden en la navegación aérea y orden económico en el aire, encuentra que para lograr un verdadero equilibrio en el negocio del transporte aéreo, se debe practicar la libre competencia.

El último aporte, corresponde al holandés Aart A. Van Wijk titulado *"Visual and oral signal between aircraft in flight as means to convey instructions issued by a state"*, tema de gran importancia, que se vincula con cuestiones relacionadas con el control de aeronaves extranjeras sobrevolando el espacio aéreo nacional.

El autor favorece un endurecimiento de los términos utilizados en los Anexos del Convenio de Chicago, con el objeto de permitir que no se repitan acontecimientos tales como el del avión surcoreano, ya considerado por Bin Cheng en el mismo libro.

Concluye el tomo comentado con una amplia bibliografía cronológica de la homenajead.

Las virtudes de la benemérita del aire, como la denomina el título, se realizan con los trabajos aquí tan sólo indicados, que constituyen en su conjunto una inigualable puesta al día del derecho aeronáutico y espacial.

OSCAR FERNÁNDEZ BRITAL

MIGUEL S. MARIENHOFF

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Tomo I
TEORIA GENERAL

Tomo II
SERVICIO PUBLICOS.
ACTOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Tomo III - A
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.
TEORIA GENERAL

Tomo III - B
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.
DE LOS CONTRATOS EN PARTICULAR

Tomo IV
LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD PRIVADA
EN INTERES PUBLICO.
POLICIA. PODER DE POLICIA.
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Tomo V
DOMINIO PUBLICO



ABELEDOPERROT

PATRICIA OLGA MAZZUCO

Traductora Pública de Inglés de la Universidad de Buenos Aires. Ex-docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y del Departamento de Lenguas Vivas de la Universidad Católica Argentina.

ALEJANDRA HEBE MARANGHELLO

Traductora Pública de Inglés de la Universidad Católica Argentina.

DICCIONARIO BILINGÜE DE TERMINOLOGIA JURIDICA

INGLES - CASTELLANO

CASTELLANO - INGLES



ABELEDOPERROT

ESPECIALIZARSE ES UNA GARANTIA