

REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES

1992

DOCTRINA

CARLOS E. COLAUTTI: *La Constitución de 1853 en el marco de las constituciones de su época*

RODOLFO ERNESTO WITTHAUS: *Jurisdicción especial para los funcionarios del servicio público federal de carrera en la República Federal de Alemania. Reglamento disciplinario federal*

INGEBORG PUPPE: *Causalidad*

TOSHIO YAMAGUCHI: *El contrato de trabajo en Japón*

ALFREDO LEONARDO DURANTE: *Libertad, igualdad y humanismo. Estado, democracia y economía. Apuntes argentinos*

SUSANA FRAIDENRAJ: *La protección de los derechos económicos y sociales en situaciones de emergencia*

JORGE ALEJANDRO AMAYA: *La reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia. Un camino para flexibilizar las relaciones entre los poderes del Estado*

DOCUMENTO

I-II

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

1992

I-II



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

INDICE

DOCTRINA

CARLOS E. COLAUTTI: <i>La Constitución de 1853 en el marco de las constituciones de su época</i>	11
RODOLFO ERNESTO WITTHAUS: <i>Jurisdicción especial para los funcionarios del servicio público federal de carrera en la República Federal de Alemania. Reglamento disciplinario federal</i>	21
INGEBORG PUPPE: <i>Causalidad</i>	35
TOSHIO YAMAGUCHI: <i>El contrato de trabajo en Japón</i>	53
ALFREDO LEONARDO DURANTE: <i>Libertad, igualdad y humanismo. Estado, democracia y economía. Apuntes argentinos</i>	113
SUSANA FRAIDENRAI: <i>La protección de los derechos económicos y sociales en situaciones de emergencia</i>	135
JORGE ALEJANDRO AMAYA (con la colaboración de Marcelo Basterra): <i>La reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia. Un camino para flexibilizar las relaciones entre los poderes del Estado</i>	149

DOCUMENTOS

DAVID BAIGÚN: <i>Apuntes sobre el nuevo plan de estudios</i>	165
<i>Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso. "United States v. Humberto Alvarez Machain". Fallado el día 15 de junio de 1992. (Traducción del Dr. Alberto B. Bianchi)</i>	169

LA CONSTITUCION DE 1853 EN EL MARCO DE LAS CONSTITUCIONES DE SU EPOCA

por CARLOS E. COLAUTTI

El propósito de este trabajo es ubicar a nuestra Constitución de 1853, dentro del marco de las constituciones sancionadas en su época, es decir en el primer período del constitucionalismo, que arranca en las revoluciones francesa y americana. Me propongo hacer esto mientras trato de diseñar en gruesos rasgos como se fue forjando el documento que —con unas pocas reformas (la de mayor envergadura en 1860).— nos rige hoy.

He de partir de dos premisas:

La afirmación de Alberdi en sus *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853* de que: “La verdadera fuente de explicación de la Constitución son los documentos y ensayos realizados durante los cuarenta años anteriores”. Pensamiento que ratificó Adolfo Saldías cuando sostuvo que: “...atribuir al Congreso de 1853 exclusivamente la obra de la organización argentina, es rechazar la labor infatigable de cuarenta años, que nunca transcurren en vano para el progreso de un país”¹.

La segunda, por demás difundida, es que la revolución del Río de la Plata, como las demás de América fue la revolución de la burguesía criolla que al igual que el tercer Estado francés constituía la única fuerza dinámica en estas comunidades. De la Gran Revolución se forjaron los primeros modelos de la organización social.

Por su parte, la experiencia jurídica de los padres de la

¹ Saldías, Adolfo, *Ensayo sobre la historia de la Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, 1878, pág. 48.

Constitución de Filadelfia arrojó las pautas generales para la organización de los poderes del Estado.

Jacques Necker, quien fuera ministro de Luis XVI afirmaba en 1802: "América nos enseña como un vasto continente puede ser sometido a las formas republicanas sin causar inquietud a los amigos del orden público... como una diversidad de poderes soberanos pueden arribar al mismo fin sin confusión... y como un gran número de pequeños resortes pueden ser unidos para componer una sola fuerza" ².

Tengo para mí que nuestra historia institucional comenzó en enero de 1809 cuando el Alcalde de Primer Voto del Cabildo de Buenos Aires encabezó un movimiento cuya bandera fue: "Junta como en España". No creo necesario extenderme sobre el tema, pero me parece oportuno recordar que, a partir de ese momento, el camino hacia el autogobierno, que cristalizó el 25 de mayo, se hizo irreversible ³.

He de avanzar rápidamente sobre los documentos jurídicos sancionados en el Río de la Plata desde 1810 hasta 1813. A pesar de que ratificaron importantes principios del constitucionalismo, considero que en ellos no estaba aún suficientemente definida la idea de un Estado independiente.

Entre éstos, podemos recordar el decreto de seguridad individual de octubre de 1811, seguido del de libertad de imprenta que había sido sancionado en abril. El Dean Funes se atribuyó su paternidad. Concuero con la opinión de Julio V. González de que es aproximadamente una copia del decreto sobre el tema, que las Cortes de Cádiz habían sancionado en noviembre de 1810 ⁴.

Pero en estos años aparecen dos documentos que tuvieron relevante importancia en el desarrollo de nuestras instituciones: el *Proyecto de Constitución Política de la Monarquía Española*

² Necker, Jacques, *Du pouvoir executif des grands Etats*, Oeuvres Complètes, T. VIII. Este libro se hallaba en la biblioteca del Dean Funes.

³ Sobre este tema ver Enrique de Gandía, *Las ideas políticas de Martín de Alzaga*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1962.

⁴ González, Julio V., *Filiación histórica del gobierno representativo argentino*, Buenos Aires, 1936, T. II, pág. 403.

que más tarde se concretaría en la Constitución de Cádiz de 1812⁵ y la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1811, de efímera duración.

La Constitución de Cádiz tuvo gran prestigio en su época, sirvió de antecedente para la Constitución del Imperio de Brasil y fue adoptada por el Reino de Nápoles. También tuvo importancia en nuestro desarrollo institucional, porque de ella surgieron las previsiones sobre la institución ministerial, que como es sabido, no fue prevista en la Constitución de los Estados Unidos. Existe también una norma, aún hoy vigente, que tiene su origen en el trabajo de las Cortes de Cádiz y es la atribución del Congreso de dictar los planes de educación general y universitaria.

La Constitución de Venezuela de 1811 fue la primera Constitución política de América del Sur y una de las primeras que resultó de una asamblea elegida por sufragio universal de todos los hombres libres⁶.

La parte dogmática, el igualitarismo civil, la supremacía de la ley, la separación de poderes y el poder ejecutivo tripartito, son ideas que se expresan según el modelo de las constituciones francesas. La forma de Estado, que la Carta denomina confederal, se estructuró sobre el modelo de los artículos de Confederación y Unión Perpetua de Estados Unidos.

Debo ahora citar el documento que considero fundamental y origen de buena parte de nuestros antecedentes que es la traducción de la Constitución de los Estados Unidos que Eduardo Durnhofer publicó en su libro *Mariano Moreno inédito* (Editorial Plus Ultra, Bs. As., 1972) y que fue donado por él a la Biblioteca Nacional. Durnhofer adjudica la traducción a Mariano Moreno, dado que el manuscrito es de su puño y letra.

Es posible no obstante que ésta fuera hecha por Alexander Mackinnon, presidente del Comité de Comerciantes Británicos quien dominaba el castellano y tenía vinculación con Mariano

⁵ Los antecedentes constitucionales españoles se citan de *Las constituciones de España*, Edición de Jorge Esteban, Madrid, 1982.

⁶ Me parece conveniente recordar que las constituciones francesas de 1793 y 1795 fueron producto de asambleas elegidas por voto censitario.

Moreno y también con Manuel Belgrano desde la época de la Representación de los Hacendados ⁷.

Podemos decir, acompañados por la mayoría de los historiadores de la Constitución del siglo pasado, que nuestra historia constitucional nace en 1813 con los proyectos que fueron presentados a la Asamblea, de los cuales citaré sólo dos, que es posible calificar como oficiales y que son los que constituyen antecedente de los documentos constitucionales posteriores: el de la Comisión *ad hoc* nombrada por el Segundo Triunvirato y el de la Sociedad Patriótica.

En el primer Proyecto se advierten dos fuentes fundamentales: la Constitución americana especialmente en la organización y competencia del Poder Legislativo bicameral, las facultades disciplinarias de las cámaras respecto de sus miembros, los privilegios e inmunidades de éstos y la regulación del juicio político.

Una lectura concordada de las disposiciones sobre este tema y de la traducción de la Constitución norteamericana a la que me he referido, me hace inclinar a la hipótesis de que fue este documento el que utilizó la Comisión, pues numerosos artículos concuerdan textualmente con dicha traducción.

La Constitución de Cádiz sirvió de modelo para la forma de sanción de las leyes, la formación del Consejo de Estado y en lo concerniente a los secretarios de Estado, antecedente de los actuales ministros del Poder Ejecutivo.

En este proyecto la parte dogmática estaba condensada en un solo artículo.

En lo que se refiere al proyecto de la Sociedad Patriótica, podemos hacer las siguientes acotaciones. La influencia de las constituciones francesas del período revolucionario, sobre todo la de 1795, se advierte en la parte dogmática. Pero acá también se da la particularidad de que algunos de los preceptos aparecen de acuerdo con la versión de la Constitución de Venezuela de 1811 que Bernardo de Monteagudo, que fue el “pensamiento dominante” en el proyecto ⁸, había sin duda estudiado.

⁷ Sobre este tema ver los fundamentos que desarrolló Arturo Sampay en *Las constituciones de la Argentina (1810-1972)*, Eudeba, 1975, pág. 89.

⁸ Clemente L. Fregeiro arrima este testimonio: “al revés de lo que ocurre en

A estos proyectos sucedieron el Estatuto de 1815 y el Reglamento de 1817.

No voy a ocuparme de ellos, pero sí quisiera referirme brevemente a las razones de la influencia de la Constitución francesa de 1795 en este período, a través del pensamiento del Dean Gregorio Funes.

La Constitución del año III del calendario revolucionario fue redactada por un grupo de hombres moderados, que de ser posible —según afirma Jacques Godechot, quien fue decano de la Facultad de Letras y Ciencias de Toulouse— hubieran apoyado la adopción de una monarquía constitucional⁹. El Presidente de la Comisión fue el presbítero Pierre Claude Daunou, partidario como el Dean Funes y el presbítero Antonio Sáenz de la reforma civil del clero y asesor de Napoleón en el Concordato con la Santa Sede.

Daunou estuvo vinculado con la política del Río de la Plata a través de Rivadavia y de Funes.

En 1818 escribió su “Ensayo sobre las garantías individuales que reclama el Estado actual de la Sociedad” que fue publicado en forma de entregas en el *Censeur Europeen*. Este trabajo fue reeditado en 1822 junto con sus discursos en el Senado y un estudio sobre el Reglamento de 1817 que sancionó el Congreso de Tucumán y que Daunou tituló *De la América Meridional*.

El ensayo sobre las garantías individuales fue traducido por Funes, por encargo de Rivadavia y publicado en Buenos Aires en 1822. Desde luego que Funes no fue un traductor automático y sus diecinueve notas ocupan treinta páginas en forma de epílogo.

Existe una polémica tácita entre Saldías y Groussac sobre la influencia de Funes en la Constitución de 1819. Groussac aclaró la escasa y tardía intervención que tuvo el Dean de Córdoba en las sesiones de la constituyente¹⁰. Desde luego que esta polémica

la Comisión Oficial, en la constituida por la Sociedad Patriótica se siente o mejor dicho se descubre el pensamiento dominante de Monteagudo, formulado por la pluma laboriosa de Antonio Sáenz”. “Primera Constitución Argentina”, en *La Biblioteca*, año 1, t. I, Bs. As. 1896, pág. 382.

⁹ Godechot, Jacques, *Les constitutions de la France depuis 1789*, Garnier Flammarion, 1970, pág. 94.

¹⁰ Groussac, Paul, *Estudios de historia argentina*, Jesús Menéndez Librero

no tiene hoy la relevancia de fines de siglo, que encubría también un debate implícito entre clericales y anticlericales, típico de la época.

Tengo para mí que la Constitución de 1819 fue el más importante esfuerzo técnico que se realizó en el Río de la Plata con el objeto de completar un trabajo constitucional.

La Comisión redactora estuvo compuesta por estadistas y juristas del mejor nivel del que disponían las Provincias Unidas. Sólo he de citar a José María Serrano, el presbítero Antonio Sáenz y Juan José Paso. El estudio y debate de la Constitución fue excepcionalmente extenso. Se prolongó desde el 11 de agosto de 1817, en que fue designada la Comisión, hasta el 3 de abril de 1819 ¹¹.

Durante estos dos años de trabajos se consultaron los antecedentes más prestigiosos, tanto nacionales como extranjeros. Es así como, en la redacción concreta de los artículos, se utilizaron como antecedentes el Proyecto de la Sociedad Patriótica y de la Comisión Especial de 1813, el Estatuto de 1815, el Reglamento de 1817 y desde luego la Constitución de Cádiz. La influencia de la Carta de Filadelfia se reflejó en las atribuciones de la Alta Corte de Justicia y en la organización del Poder Ejecutivo, dado que se abandonó la forma de triunvirato que había prevalecido hasta entonces. Las constituciones francesas de 1793 y 1795 sirvieron para caracterizar el derecho de propiedad y reglar la institución de la expropiación.

Como es sabido la Constitución fue rechazada por las provincias. Este rechazo desencadenó la anarquía de 1820.

En esta época, sobre las ruinas del Imperio napoleónico, cinco monarquías europeas otorgaron a sus súbditos cartas constitucionales: Francia, los Países Bajos, Polonia, Baviera y Nápoles ¹². En América se dictaron dos importantes constituciones que

Editor, Bs. As., 1918, pág. 334. Saldías, Adolfo, *op. cit.* en nota 1.

¹¹ Ver Ravignani, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, T. 1, pág. 423.

¹² Sobre el tema ver Lastarría, José Victorino, *Historia constitucional del medio siglo*, Gante, 1866 y McBain, Howard & Rogers, Lindsay, *The New*

no tuvieron influencia en nuestro proceso: la del Imperio de Brasil de 1824 ¹³ y la de la República de Chile de 1822.

Las constituciones europeas y la del Brasil de 1824, como la mayoría de las constituciones monárquicas de esta primera época, no emanaron de un cuerpo representativo. Esta forma de emisión fue también la del Estatuto Real Español de 1834. La Constitución Imperial de Pedro I no tuvo influencia en nuestras instituciones ni en las del resto de América.

La Constitución de Chile de 1822 fue redactada por una Comisión bajo la influencia de Bernardo O'Higgins y sin participación popular. Parecía, en cierto modo, más un código monárquico donde la persona del Director era considerada inviolable (arts. 86 y 88), que una constitución republicana.

Jose Victorino Lastarría, político y constitucionalista chileno, sostuvo a mediados del siglo pasado que a pesar de la temporalidad y eligibilidad, el Poder Ejecutivo, tenía su modelo en las monarquías constitucionales a las que nos hemos referido. Consideraba como probable que si la vigencia de este efímero documento (duró poco más de un año) hubiera perdurado, el cargo de director se convirtiera en vitalicio y hereditario. Con esto sólo quiero subrayar la fuerza que aún en 1822 tenían las ideas de un poder concentrado en América del Sur.

En 1824 se sancionaron dos constituciones federales: la de la República de Méjico y la de las Provincias Unidas de Centroamérica.

Ese mismo año, el Gobernador de Buenos Aires, Gregorio de Las Heras convocó al Congreso General que había de dictar la Constitución de 1826.

De alguna manera, tanto Seco Villalba ¹⁴ como Dardo Pérez Guilhou ¹⁵ han retomado las ideas prevalecientes a fin del siglo

Constitutions of Europe, Doubleday, Page & C°, New York, 1923.

¹³ Transcripta en *Constituições do Brasil*, notas e índices de Adriano Campanhole y Hilton Lobo Campanhole, Editora Atlas S.A., São Paulo, 1983.

¹⁴ Seco Villalba, José Armando, *Fuentes de la Constitución Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1943.

¹⁵ Pérez Guilhou, Dardo, *El pensamiento conservador de Alberdi*, Depalma, 1984.

pasado y que fueron vertidas tanto por Groussac como por Luis V. Varela ¹⁶. La Constitución de 1826 fue el principal antecedente de la Constitución de 1853. No creo que sea del caso hacer hoy un relevamiento estadístico. Lo he hecho en alguna otra oportunidad ¹⁷. También lo ha hecho Dardo Pérez Guilhou. Alrededor de setenta cláusulas constitucionales hoy vigentes tienen su fuente en la obra de 1826. Ella ejerció marcada influencia en las constituciones de América que la sucedieron. Esta fue clara en la Constitución de Uruguay de 1829, en la de Ecuador de 1830 (a pesar de que ésta organizaba un Estado Federal) y en la de Chile de 1833.

Dedicaré un breve párrafo a este código, pues existe consenso generalizado acerca de su importancia como fuente de nuestra Constitución, sobre todo a través del Proyecto que Alberdi acompañó a la segunda edición de las *Bases y Puntos de Partida*.

La Constitución de 1833 fue dictada durante el régimen conservador que se inició en 1829 con la Presidencia de Joaquín Prieto y que continuó hasta 1861. Preveía, de acuerdo con los antecedentes trasandinos que hemos visto, un ejecutivo con poderes amplios.

Desde luego que no he de hacer una reseña de sus disposiciones, pero su influencia en el Proyecto de Alberdi se manifiesta en tres temas: la declaración de derechos y garantías, especialmente en la institución de la expropiación, la regulación del indulto y la del estado de sitio.

Tengo para mí que se ha exagerado su importancia como antecedente y que la confusión ha sido generada por las similitudes entre este código y la Constitución de 1826.

De 1832 data el Proyecto de Constitución que Pelegrino Rossi redactó para la Confederación Helvética. Este Proyecto fue aprobado por la dieta federal extraordinaria, pero cuando se lo sometió a referéndum ratificatorio fue rechazado por el voto

¹⁶ Varela, Luis V., *Historia constitucional de la República Argentina*, Taller de Impresiones Oficiales, La Plata, 1910.

¹⁷ Colautti, Carlos E., *Antecedentes de la Constitución Argentina*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979.

popular. Alberdi lo cita en las *Bases* en cuatro oportunidades, así como cita la Constitución del Estado de California de 1846. No obstante la influencia de estos documentos es prácticamente inexistente.

La libertad religiosa que establece nuestra Constitución no tiene su origen en la Constitución de California sino en las constituciones revolucionarias francesas que subrayaron este derecho.

Las semejanzas del Proyecto de Pelegrino Rossi con la Constitución de 1853 radican en la influencia que la Constitución norteamericana tuvo en la estructura federal de nuestra nación y del Proyecto. Es decir que aquello que se supone que es de Pelegrino Rossi, es en realidad de la Constitución de Filadelfia.

Parecería no obstante, que el requisito (que fue suprimido en 1860) de que las constituciones provinciales fueran revisadas por el Congreso de la Nación fue adoptado por Alberdi del Proyecto de Rossi ¹⁸. No he encontrado en este autor, otra cláusula de organización federal que no estuviera en la Constitución de Estados Unidos.

A partir de los sucesos revolucionarios de 1848 se dictaron en Europa más de una decena de constituciones (Holanda, Portugal, la Carta otorgada en España por Isabel II en 1845, el Estatuto Fundamental de Cerdeña que más tarde y hasta 1870 fue adoptado por las diferentes provincias italianas). Entre ellas quizás la más conocida sea la de la Segunda República Francesa de 1848. El aporte fundamental de estos movimientos al constitucionalismo fue la adopción del sufragio universal que reemplazó al voto censitario de las constituciones revolucionarias francesas. La Provincia de Buenos Aires, había aprobado la ley de sufragio universal en 1821.

Estas cartas, que organizaron las monarquías no tuvieron influencia en nuestra Constitución de 1853 porque el esquema integral ya estaba trazado. Alberdi no recurrió a estas fuentes para su Proyecto.

Concluyo entonces con esta recapitulación.

¹⁸ Ver en Rossi, Pelegrino, *Melanges d'économie, politique, d'histoire y de philosophie*, Paris, 1857, 2 vol.

Durante el lapso de medio siglo que va desde las dos grandes revoluciones hasta que se dictó la Constitución de 1853, el sistema de las constituciones escritas se expandió por todo el occidente. Dentro de este esquema podemos distinguir tres períodos.

El primero el de las constituciones del período revolucionario francés y el de la Constitución de Filadelfia dictadas por cuerpos que representaban o debían representar la voluntad popular.

El segundo coincide con el resurgimiento de las monarquías, producido después de la caída de Napoleón y el advenimiento de la Santa Alianza. En él predominaron las constituciones otorgadas como concesión graciosa de los monarcas.

El tercero el de las constituciones que nacen a partir de las revoluciones de 1848.

En América el movimiento constitucional comienza prácticamente con el ciclo de la independencia. Pero los documentos en general tienen una vida efímera.

Creo que en el Derecho comparado de la época existen seis constituciones de las cuales las demás son tributarias.

La Constitución de Filadelfia que organizó el poder ejecutivo presidencialista, la forma de Estado federal y el sistema de control judicial de constitucionalidad, las tres constituciones revolucionarias de Francia y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, como antecedentes que nutrieron la parte dogmática de casi todas las constituciones de Occidente, la Carta de Cádiz como ejemplo de monarquía constitucional, que tuvo influencia en las constituciones de su tipo y la Constitución Argentina de 1826 que fue modelo para las constituciones de América de su época por esa característica bifronte de nuestras constituciones: parte dogmática francesa y organización del poder de América del Norte.

De las constituciones de la primera etapa —que duró aproximadamente medio siglo— quedan hoy vigentes sólo tres documentos: la Gran Declaración de 1789, que forma parte de la Constitución de la V República Francesa, la Carta de Filadelfia con sus enmiendas que hoy son veintiséis; y la Constitución de 1853 con sus reformas históricas.

JURISDICCION ESPECIAL PARA LOS FUNCIONARIOS
DEL SERVICIO PUBLICO FEDERAL DE CARRERA EN LA
REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. REGLAMENTO
DISCIPLINARIO FEDERAL

por RODOLFO ERNESTO WITTHAUS *

SU RAIGAMBRE CONSTITUCIONAL

El derecho a integrar la función pública, las responsabilidades de su ejercicio, el estatuto que rige a sus integrantes y la jurisdicción especial que juzgará su conducta, están expresamente contemplados en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania ¹.

Ella pone de relieve la importancia atribuida a tan relevantes

* Profesor titular interino de Alemán Lengua IV y de Régimen Legal de la Traducción y del Traductor Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

¹ La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949 organizó la República Federal de Alemania después de la Segunda Guerra Mundial y ocupación de Alemania, por intermedio de los representantes de los habitantes de las zonas de ocupación de Estados Unidos de Norteamérica, Reino Unido de Gran Bretaña y la República de Francia. Deliberadamente no ha utilizado la designación de constitución, por cuanto han querido reservarla para la que se dicte por los representantes de todo el pueblo alemán, incluidos los que habitan las regiones ocupadas por los soviéticos. Por ello en su preámbulo se expresa que los constituyentes han actuado “también en nombre de aquellos alemanes a quienes estaba vedada la colaboración, y manteniendo en pie la invitación para que todo el pueblo alemán, en libre autodeterminación, consume la unidad y libertad de Alemania” como así también que han tenido “...el propósito de dar un nuevo ordenamiento a la vida política durante un período de transición...”. La reciente unificación en virtud de la incorporación de los Estados que integraban la llamada República Democrática Alemana, ha materializado tal anhelo.

aspectos para una buena gestión de gobierno y sin duda ha contribuido en gran medida en la eficacia de tal gestión, su continuidad por encima de los circunstanciales cambios en la conducción política, constituyendo un significativo aporte en la recuperación de la nación, al punto de volver a estar situada entre las primeras del mundo, tras la derrota total y ocupación sufridas tras la Segunda Guerra Mundial.

Los artículos 33, párrafos 2 a 5, y el 34 expresamente contemplan los derechos y responsabilidades de referencia ².

La creación de la jurisdicción especial para los funcionarios públicos federales que han de juzgarlos por infracciones al servicio público, está expresamente contemplada en la Ley Fundamental que en su artículo 96, párrafo 4, expresamente dispone que "La Federación podrá crear tribunales que decidan en procedimientos disciplinarios y de queja con respecto a aquellas personas que se hallen frente a ella en una relación de servicio de derecho público".

Esto en cuanto a los funcionarios de la Federación. En relación a los de los Estados que la integran, éstos han organizado su propia jurisdicción específica, como lo prevé el artículo 2º *in fine* de la Ley Fundamental.

De acuerdo a la citada previsión del artículo 96, párrafo 4, se

² Art. 33: (2) "...Todos los alemanes tienen igual acceso a cualquier cargo público sea su aptitud, su capacidad y su labor profesional..." (3) "...El goce de los derechos civiles y cívicos, la admisión a los cargos públicos, así como los derechos adquiridos en el servicio público son independientes de la confesión religiosa. Nadie podrá sufrir perjuicio a causa de pertenecer o no a una religión o ideología..." (4) "...El ejercicio, con carácter permanente, de funciones de soberanía será confiado, por regla general, a funcionarios del servicio público sometidos a normas de servicio y lealtad establecidas con carácter de derecho público..." (5) "El estatuto legal del servicio público se establecerá teniendo en cuenta los principios tradicionales del servicio público de carrera..." art. 34 "...Cuando alguien en ejercicio de una función pública que le fuera confiada, violare los deberes que la función le imponga con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o el órgano a cuyo servicio se encuentre. En caso de dolo o negligencia grave queda reservada la acción recursoria. Para la reclamación de daños y perjuicios, así como para la acción recursoria no podrá excluirse la vía judicial ordinaria".

ha sancionado el Reglamento Disciplinario Federal ³, que crea los tribunales específicos, su ministerio público, establece el procedimiento, contempla las medidas disciplinarias, su aplicación y recursos.

Por su parte el derecho de fondo en torno a los funcionarios públicos en el desempeño de su cargo ha sido expresamente contemplado en una ley especial que lo reglamenta, la Ley de los Funcionarios Públicos Federales ⁴.

Tales leyes, junto a la ley que reglamenta las remuneraciones de aquéllos ⁵, además de otras provenientes del derecho administrativo y laboral, constituyen la base del denominado Derecho de los Funcionarios Públicos ⁶, que Quintano Ripollés ⁷ caracteriza como rama mixta del laboral y administrativo.

La tendencia de las últimas décadas ha sido la de liberalizar tal derecho, no obstante que la Ley Fundamental en su artículo 33, párrafo 5, dispone que: “El estatuto legal del servicio público se establecerá teniendo en cuenta los principios tradicionales del servicio público de carrera”.

Ello para adaptarlo al régimen democrático vigente y en reacción contra el funcionarismo de la época imperial y dictatorial.

En tal liberalización han tenido relevante influencia los fallos de su jurisdicción específica de las últimas décadas, pudiendo afirmarse que el derecho disciplinario es casi exclusivamente creación de la jurisprudencia, debiendo destacarse que el mismo no es parte del derecho penal sino del derecho del servicio público ⁸; como suele designarse modernamente al de los funcionarios

³ “Bundesdienstordnung” citado con frecuencia por su sigla BDO, cuyo texto vigente es el t.o. del 20 de julio de 1967, que nos fuera puesto gentilmente a disposición en su versión oficial por la embajada de la República Federal de Alemania en nuestro país, más las reformas introducidas hasta 1985 que pueden consultarse en la obra de Köhler-Ratz citada en la bibliografía.

⁴ “Bundesbeamtengesetz”, generalmente citado por su abreviatura BBG.

⁵ “Bundesbesoldungsgesetz”, BBesG.

⁶ “Beamtenecht”.

⁷ En su Diccionario de Derecho Comparado citado en la bibliografía pág. 49.

⁸ “Öffentliches Dienstrecht” Cfme. Köhler-Ratz Bundesdisziplinarordnung... pág. 5 y Quintano Ripollés, Diccionario... pág. 49.

públicos para distinguirlo de reminiscencias autoritarias y burocráticas. Cabe recordar aquí que el párrafo 5 *in fine* del artículo 33 de la Ley Fundamental remite al “servicio público de carrera”⁹.

UBICACION EN LA ORGANIZACION DE LA JUSTICIA FEDERAL DE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

Para ubicar esta jurisdicción especial en el marco de la organización de la justicia federal en la República Federal de Alemania, cabe tener presente que la Ley Fundamental, artículo 95, prevé además, con carácter de supremos en el ámbito de sus respectivas competencias, la creación de la Corte Federal, la Corte Federal de Hacienda, los Tribunales Federales en lo Administrativo, del Trabajo y Social. El Tribunal Federal de Constitucionalidad, que prevé el artículo 92 de la Ley Fundamental, es el órgano supremo de interpretación de la misma.

Para resguardar la unidad de la jurisprudencia y conforme a expresas previsiones de la Ley Fundamental, se ha creado el Plenario de los Tribunales Supremos de la Federación a la que al traducir la expresión alemana respectiva se ha denominado “Cámara Conjunta”. Estimo que la expresión por mí utilizada da una idea más cabal de la naturaleza y funciones del citado tribunal.

Como otros tribunales federales que la “Federación podrá crear”... conforme al artículo 96 de la Ley Fundamental, están los de “...para asuntos de la propiedad industrial, ... disciplinarios militares y que decidan en procedimientos disciplinarios y de queja con respecto a aquellas personas que se hallen frente a ella en una relación de servicio de derecho público”¹⁰.

La organización de la primera y segunda instancia judicial, en general, está a cargo de los Estados Federados en los que no hay juzgados federales de primera instancia ni cámaras federales de apelación.

⁹ Cfme. a la traducción en la versión oficial de la expresión alemana “Berufsbeamtentum”.

¹⁰ Art. 96 Ley Fundamental.

Su organización y procedimiento está reglado por la Ley de Organización de la Justicia, la de la Judicatura y la Ordenanza Procesal Civil ¹¹ que rigen en todos los Estados. De manera que tenemos en todos ellos, salvo pequeñas diferencias, la misma organización de la justicia e idéntico procedimiento. Son los tribunales de los Estados federados ¹² los competentes para intervenir en juicios en los que debe aplicarse la legislación federal.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO DISCIPLINARIO ¹³

Como precedente del derecho disciplinario suele invocarse un fallo del superior tribunal del Santo Imperio Romano Germánico de 1759 que calificó de inadmisibile todo despido de un funcionario del imperio sin justa causa. Tal declaración hizo necesaria la sanción de normas jurídicas que prevén las justas causas de despido, además de las de naturaleza penal que siempre se les aplicaron y se les siguen aplicando. Dichas normas apuntan hacia una eficaz, fiel e incorruptible prestación del servicio público y tienen su origen en muchos casos en principios que surgieron de la jurisprudencia. En función de ellos, el derecho disciplinario se fue independizando del derecho penal.

Antecedente legislativo trascendente al respecto es el código prusiano sancionado en 1794, que tanta influencia tuvo en la evolución del derecho alemán, denominado Derecho Regional General para los Estados Prusianos (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*) en el que están contemplados los ele-

¹¹ Las traducciones de los respectivos textos legales de su original en alemán al español pueden consultarse en las obras respectivas indicadas en la bibliografía que aluden a las mismas.

¹² La expresión "Estado Federado" o simplemente "Estado" alude a cada uno de los dieciséis Estados que integran la República Federal de Alemania. En diversas traducciones la respectiva expresión alemana "Land" no es traducida. La expresión "Federación" o "Estado Federal" alude a la República Federal de Alemania. También en este caso, aun en traducciones oficiales, es común no traducir la correspondiente expresión alemana "Bund".

¹³ Köhler-Ratz, *Bundesdisziplinarordnung*, pág. 63.

mentos esenciales del estatuto de los empleados públicos, entre ellos la posibilidad del contralor de los despidos.

En la jerarquización del servicio prestado al Estado y su total dedicación al mismo, han tenido marcada influencia los reyes prusianos entre los que Federico el Grande, que reinó entre 1740 y 1786 afirmara frente “al Estado soy Yo” de Luis XIV, “yo soy el primer servidor del Estado”, afianzándose este principio en los reinados posteriores de la dinastía.

Cuando la actual Ley Fundamental, artículo 33, alude a los “principios tradicionales del servicio público de carrera” a los que también remite la Constitución de Weimar —artículos 128-131— contemplan la desinteresada entrega al servicio, consciente cumplimiento del deber y absoluta incorruptibilidad ¹⁴.

El liberalismo del siglo XIX, su constitucionalismo, su concepción del pueblo soberano, acentuaron la responsabilidad y los derechos de los funcionarios como servidores del interés general, destinándose en la Constitución de Weimar los citados artículos al derecho de los funcionarios públicos.

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania contiene al respecto expresas normas, citadas precedentemente, y en función de ellas se sancionaron el Estatuto del Funcionario Público y el Reglamento Disciplinario Federal que contienen los principios del Derecho de los Funcionarios Públicos.

OBJETO Y FUNCION DEL DERECHO DISCIPLINARIO ¹⁵

El derecho disciplinario define cuando ha sido cometida una infracción, cómo debe ser aclarada y cuál ha de ser la correspondiente sanción.

Conservar y asegurar la administración conforme a derecho es la función del derecho disciplinario.

Los funcionarios en la actual sociedad pluralista han de desempeñar su función equilibrada y neutralmente, asignándose al derecho disciplinario la función de asegurar la eficiente admi-

¹⁴ Schoeps, Hans Joachim, *Ub immer...*, pág. 187, *ob. cit.* en la bibliografía.

¹⁵ Köhler-Ratz, BDO ... págs. 72 y sigs.

nistración pública, sirviendo al mismo tiempo de protección al funcionario.

El derecho disciplinario necesariamente está vinculado al servicio público, cuyo correcto funcionamiento tiende a asegurar. Solamente en estos casos se aplica, no tendiendo sus sanciones a la expiación o represalia; esencialmente se propone influir sobre la eficiencia del funcionario y si ello no fuere alcanzable a anular la relación del funcionario con la administración.

Por ello no le son aplicables los principios del derecho penal. Sus normas no describen tipos de conducta sancionables sino que prescriben conductas a observar por el funcionario, siendo las medidas que en su caso se aplican influidas por la personalidad del funcionario a cuyo mejoramiento tienden. De ahí que las normas que prescriben las obligaciones de los funcionarios sean muy genéricas, teniendo por ello mucha incidencia la apreciación del juzgador en la medida que en cada caso particular se aplica. Desde ya, también por ello los fundamentos jurisprudenciales frente a casos concretos tienen una significativa influencia en el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales específicos, en los que, y es importante señalarlo, los jueces honorarios que integran sus tribunales colegiados y que deben ser funcionarios, siempre tienen la mayoría. Así surge del parágrafo 50 del reglamento que organiza el fuero al disponer que las salas del tribunal estarán integradas por un juez profesional que reúna las condiciones para el desempeño de la magistratura, de conformidad a la Ley de la Judicatura Alemana ¹⁶, y por dos vocales que son funcionarios. Uno de éstos debe reunir las condiciones para el ejercicio de la magistratura o las que enuncia el parágrafo 110 de la misma y también uno debe pertenecer al grupo de funcionarios profesionales y en la medida de lo posible, al sector de la administración del funcionario inculpado. Las listas respectivas de donde anualmente se sortean los funcionarios que se desempeñarán como vocales son remitidas al Tribunal Federal Administrativo y al Disciplinario por el ministro Federal de Justicia. (Cfme. al parágrafo 49).

¹⁶ Véase su texto en *Doctrina Penal*, Depalma, abril-junio 1984, págs. 380 y sigs.

Con ello se ha logrado un adecuado equilibrio de los intereses en juego, además de asegurar la mayor idoneidad y conocimiento específico para el juzgamiento de las conductas sometidas a su decisión, sin perjuicio de implicar además una especial consideración hacia los funcionarios y que los casos judiciales que surgen en y con motivo del servicio público sean resueltos con conocimiento cabal del funcionamiento de éste último en cada caso particular.

TRIBUNALES DISCIPLINARIOS

El Reglamento Disciplinario Federal ¹⁷ prevé como tales el Tribunal Federal Disciplinario con sede en Francfort del Meno y como instancia de apelación se crean en el Tribunal Federal Administrativo, uno de los cinco tribunales que conforme a la Ley Fundamental, artículo 95, tiene jerarquía de supremo, Salas Disciplinarias. Estas salas están integradas por cinco jueces, tres profesionales y dos funcionarios vocales.

En el Tribunal Federal Disciplinario se forman salas con su respectiva competencia territorial. Hasta el 1/I/1989 se organizaron en lo que a dicha fecha comprendía la República Federal de Alemania un total de 18 salas ¹⁸.

COMPETENCIA TERRITORIAL

Es competente la sala en cuyo departamento está el lugar que

¹⁷ "Bundesdisziplinaordnung", comunmente designado por su abreviatura BDO. La expresión alemana "Ordnung" ha sido traducida generalmente por ordenanza. En este caso es una ley. Por ello hemos preferido traducirlo como reglamento, que está más de acuerdo con su contenido. Es en realidad, de acuerdo a nuestra terminología, un reglamento o código sancionado por ley. La expresión ordenanza tiene entre nosotros connotaciones de las normas municipales o administrativas, como lo señala Carlos Elbert, en su traducción de la ley judicial juvenil, Depalma, 1972. Lo mismo cabe decir de la expresión "ordenamiento" que con frecuencia alude al tránsito. El vocablo "código" = "Gesetzbuch" no está contenido en la denominación alemana.

¹⁸ Köhler-Ratz BDO... pág. 458.

fue sede de servicio del funcionario al notificarse la disposición disciplinaria o a la iniciación del procedimiento disciplinario formal. Si la sede de servicio se encuentra fuera del ámbito de validez de la Ley Fundamental, es competente la sala con competencia para la sede del Gobierno Federal.

Las cuestiones sobre la competencia de las salas las decide por solicitud de una de ellas la presidencia del Tribunal Federal Disciplinario por votación.

Miembros del Tribunal Federal Disciplinario: Está integrado por el presidente, presidente de sala y otros jueces. También colaboran vocales funcionarios como jueces honorarios. Ellos deben ser funcionarios federales designados con carácter vitalicio.

SUPERINTENDENCIA

El Presidente del Tribunal Federal Disciplinario ejerce superintendencia sobre los jueces, funcionarios, empleados y trabajadores.

El órgano de superintendencia para el Tribunal Federal Disciplinario es el Presidente del Tribunal Federal Administrativo.

FISCAL FEDERAL DISCIPLINARIO

Le caben a éste importantes funciones en esta jurisdicción. Son sus deberes asegurar el ejercicio homogéneo del poder disciplinario y salvaguardar el interés del servicio público y de la sociedad en cada paso del procedimiento. El y sus colaboradores de carrera del Servicio Superior deben ser idóneos para la judicatura o deben cumplir con los requisitos del § 110, N° 1 de la Ley de la Judicatura Alemana.

A su vez está subordinado a la superintendencia general del Ministro Federal del Interior. En el ejercicio de sus facultades depende de las directivas del Gobierno Federal, dadas por el Ministro Federal del Interior de acuerdo con la suprema autoridad federal competente.

Puede solicitar la iniciación de un procedimiento disciplina-

rio formal, si en el procedimiento se conociera respecto a un traslado a un destino de la misma carrera con un inferior sueldo básico final, a un alejamiento del servicio o privación de los haberes, jubilatorios; debe hacerse lugar a su solicitud. Se le deben presentar según su requerimiento tanto los expedientes que pueden ser de utilidad para la apreciación de una infracción al servicio, así como el legajo personal.

DEFENSA

El funcionario puede valerse, en el procedimiento disciplinario, de la asistencia de un defensor. Lo mismo rige en los casos de los párrafos 121 a 124 y del 126. El defensor debe ser citado a todas las declaraciones y recepciones de prueba en la investigación y en el procedimiento disciplinario judicial, excepto a los embargos y allanamientos.

Los defensores pueden ser tanto los abogados admitidos en un tribunal en el ámbito de validez de la Ley Fundamental como los profesores universitarios de derecho en el ámbito de validez de dicha Ley, y representantes de los sindicatos de funcionarios con sede en el citado ámbito, funcionarios y funcionarios jubilados.

Ante el Tribunal Federal Administrativo solamente es admitido quien reúna las condiciones para ser juez o quien cumpla los requisitos del párrafo 110, parte primera de la Ley de la Judicatura Alemana.

MEDIDAS DISCIPLINARIAS

Las medidas previstas en la ley son: prevención, multa, reducción del sueldo, traslado a un destino de igual carrera con menor sueldo básico final, alejamiento del servicio, reducción de la jubilación, pérdida de la jubilación. En el caso de los funcionarios jubilados sólo son admisibles la reducción y pérdida de la jubilación; en el de funcionarios a prueba o provisionales sólo son admisibles prevención y multa.

La prevención y la multa no impiden el ascenso del funcio-

nario en caso de eficiencia. Las facultades disciplinarias son ejercidas por las autoridades competentes, superiores jerárquicos y tribunales disciplinarios.

Expresiones reprobatorias de un superior jerárquico (amonestaciones, admoniciones, reprimendas y afines) que no son consideradas como prevención, no son medidas disciplinarias.

Para la imposición de multa y prevención es suficiente una disposición administrativa. Las demás sanciones de mayor gravedad, sólo pueden ser impuestas previo procedimiento disciplinario formal ante un tribunal del fuero ¹⁹.

PROCEDIMIENTO

El procedimiento disciplinario formal se divide en investigación y procedimiento por ante los tribunales disciplinarios. Se inicia por una disposición escrita de la autoridad originaria. La disposición se notifica al funcionario y al Fiscal Federal Disciplinario. El funcionario puede solicitar la iniciación del procedimiento disciplinario formal para que se investigue su propia conducta para liberarse de una sospecha de infracción al servicio.

La presidencia del tribunal y la distribución de causas se rigen por las disposiciones del Título II de la Ley de Organización de los Tribunales ²⁰.

Luego de la iniciación del procedimiento disciplinario formal se instruye un sumario. Este puede omitirse con el consentimiento del Fiscal Federal Disciplinario, cuando el funcionario ha sido oído en las investigaciones preliminares.

La autoridad que inició el sumario designa conjuntamente o luego de la iniciación, un funcionario o juez como sumariante y se lo comunica al funcionario inculcado y al Fiscal Federal Disciplinario. Los funcionarios sólo pueden ser convocados cuando tienen idoneidad para ejercer una magistratura o reúnan las condiciones del parágrafo 110, párrafo 1, de la Ley de la Judicatura

¹⁹ §§ 5 a 14 del Reglamento.

²⁰ Véase su texto en *Doctrina Penal*, Depalma, enero-marzo 1984, págs. 122 a 125.

Alemana. El sumariante es independiente en la realización de la investigación y no está ligado a instrucciones.

El sumariante tiene que convocar a un secretario para todos los interrogatorios y para las diligencias de prueba y comprometerlo, si no es funcionario, a ejercer su cargo conscientemente y a guardar silencio.

El Fiscal Federal Disciplinario controla la producción de la prueba, a cuyas diligencias será citado, salvo excepciones específicamente enunciadas, entre ellas secuestros y allanamientos.

Si el sumariante considera alcanzada la meta de la investigación, debe darle al funcionario la oportunidad de expresarse definitivamente. Cuando el funcionario es oído al concluir la causa, hay que citar al Fiscal Federal Disciplinario. Luego de dicha audiencia con el funcionario, el sumariante presenta las actuaciones con un informe resumido a la autoridad de iniciación. El informe debe ser comunicado al Fiscal Federal Disciplinario.

La ley regla luego el procedimiento ante el Tribunal Federal Disciplinario hasta la vista de la causa y su sesión plenaria.

LA SENTENCIA

La sentencia sólo se puede referir a una medida disciplinaria, una absolución o una suspensión del proceso.

Se debe absolver cuando la falta disciplinaria no ha sido probada.

En situaciones excepcionales y expresamente previstas, el proceso puede suspenderse.

RECURSOS

Contra las resoluciones y sentencias procede la queja y la apelación, las que son elevadas a una de las Salas de Asuntos Disciplinarios del Tribunal Federal Administrativo, cuya sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada con la notificación de las resoluciones y con la pronunciación pública de la sentencia.

Por su parte las decisiones de la anterior instancia, o sea las

del Tribunal Federal Disciplinario quedan firmes al expirar el plazo para interponer los recursos legales.

La ley también prevé la reanudación del procedimiento frente a hechos o pruebas nuevas y relevantes, considerándose como tales a las que no eran conocidas por el tribunal al momento de tomar su decisión, si la decisión se fundó en documento falso o emitido con dolo o negligencia, se anule una sentencia, defectuosa integración de un tribunal o cuando uno de sus integrantes fue responsabilizado por violación punible en sus deberes en la causa.

También se prevé la indemnización a condenados inocentes.

La ley también regla lo atinente a las costas, la ejecución de las sentencias, el derecho de gracia que tiene el Presidente Federal, procedimientos en casos especiales que enuncia, refiriéndose entre otras y en el § 129 a los funcionarios de las corporaciones federales descentralizadas y a los establecimientos y fundaciones de derecho público ²¹.

BIBLIOGRAFIA

- AREAL, Leonardo J.: "La actualidad judicial alemana", *J.A.* 1959-V-Doctrina, pág. 46.
- BECHER, Herbert J.: *Diccionario jurídico y económico*, 3a. ed. alemán-español y español-alemán, C.H. Beck, Munich, 2 tomos, 1988/89.
- CANASI, José: *Derecho Administrativo, Parte General*, volumen I, Depalma, 1972.
- ESCOLA, Héctor Jorge: *Tratado general de procedimiento administrativo*, Depalma, 1981.
- HEYDE, Wolfgang: *Die Rechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland*, Oficina de Prensa y Difusión de la República Federal de Alemania.
- JAUERNIG, Othmar: *Zivilprozessrecht*, 18a. ed., C.H. Beck, Munich, 1977.
- KERN-WOLF: *Gerichtsverfassungsrecht*, 5a. ed. C.H. Beck, 1975.
- KOEHLER, Heinz; RATZ, Günther: *Bundesdisziplinarordnung und materielles Disziplinarrecht*, 1a. ed., Bund, Colonia, 1989, 709 págs.

²¹ El texto íntegro del Reglamento Disciplinario Federal (*Bundesdisziplinarordnung*) ha sido traducido por las alumnas del último curso de alemán de la Carrera de Traductor Público en idioma alemán a mi cargo en 1991, integrado por las alumnas Marcela Adad, Claudia Kahan y Carolina Leiranes en la citada Carrera de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, bajo mi dirección, colaboración y aprobación.

- MARIENHOFF, Miguel S.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, 1978, T. III B.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. y HEILPERN de QUINTANO: *Diccionario de derecho comparado, alemán-español*, Revista de Derecho Privado, 1951.
- ROSEMBERG, Leo - SCHWAB, Karl Heinz: *Zivilprozessrecht*, 13a. ed., C.H. Beck, Munich, 1981.
- SANTA PINTER, José Julio: "Sistema judicial federal de la República Federal de Alemania", *L.L.*, t. 97, pág. 737.
- SCHOEPS, Hans Joachim: *Üb immer Treu'und Redlichkeit, Preussen in Geschichte und Gegenwart*, Rau, Düsseldorf, 1978.
- WITTHAUS, Rodolfo E.: "Organización de la Justicia en la República Federal de Alemania", *L.L.*, t. 1978-D, Doctrina, págs. 1051-1060. Leyes comentadas y anotadas cuyos textos fueron traducidos bajo su dirección, aprobación y colaboración: "Ley de organización de los tribunales y ley de introducción, de los Tribunales de la República Federal de Alemania" (*Gerichtsverfassungsgesetz, Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz*) en *Doctrina Penal*, Depalma, enero-marzo 1984, págs. 115 a 167; "Ley de la judicatura alemana (*Deutsches Richterrecht*) de la República Federal de Alemania", en *Doctrina Penal*, Depalma, abril-junio 1984, págs. 373 a 404; "Ley sobre el Tribunal Federal de Constitucionalidad de la República Federal de Alemania" (*Gesetz über das Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) y "Ley para la salvaguardia de la uniformidad de la jurisprudencia de los Tribunales Supremos de la Federación". (*Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der Obersten Gerichtshöfe des Bundes*) en *L.L.* 1986-D- págs. 1133 y sigs.; "Ley sobre los Tribunales del Trabajo de la República Federal de Alemania" (*Arbeitsgerichtsgesetz*), t.o. del 2 de julio de 1979 y modificaciones posteriores hasta noviembre de 1985, en *Trabajo y Seguridad Social*, n° 1, *E.D.*, 1987, pág. 21; "Ley sobre los Tribunales Administrativos de la República Federal de Alemania" ("*VwGO-Verwaltungsgerichtsordnung*") en *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, Año II, n° 4, mayo de 1989, págs. 87 a 98; "Ley sobre los Tribunales Sociales (*Sozialgerichtsgesetz*) de la República Federal Alemania", *L.L.*, Actualidad, 24/X/1989; "Ley de Patentes (*Patentgesetz*) con la organización del respectivo fuero específico"; "Reglamento disciplinario federal de la República de Alemania" (*Bundesdisziplinarordnung*).

CAUSALIDAD *

por INGEBORG PUPPE **

Si ello dependiera sólo de nuestro comandante, ya haría tiempo que habríamos abandonado la órbita de este planeta azul, llamémosle *Terra*.

El considera que la biosfera de este planeta, extremadamente variada y complicada, carece de interés por el mero hecho de que, en su opinión, acabará desmoronándose de todos modos y en tiempo no lejano. Podría tener razón en lo segundo; en lo primero, ciertamente no. Nosotros, los del equipo científico, con una enérgica referencia a las directivas de la oficina de investigación espacial, conseguimos de él una y otra vez unos cuantos cientos de vueltas más alrededor de este cuerpo celeste. Al fin y al cabo, nuestra misión es investigar toda forma de vida que descubramos en nuestro viaje y una vida inteligente es hartamente rara en el conjunto del universo.

Pero todavía no me he presentado. Quizás ustedes me clasificarían como una especie de filósofo o quizás también como un etnólogo. Tan pronto como damos con una forma de vida inteligente, es mi misión investigar la visión del mundo de estos seres vivos, sus religiones, sus mitos, su filosofía y también sus conceptos de la vida ordinaria. Lo último es a menudo lo más difícil. La razón de ello radica en una extraña propiedad de las inteligencias naturales. Estas no se dan a sí mismas cuenta completa acerca

* Artículo publicado en la *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 107 (1990), págs. 141-153, con el título de "Kausalität. Ein Versuch, kriminalistisch zu denken". Traducción de Jesús María Silva Sánchez, Catedrático de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

** Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Bonn.

de sus operaciones, no siempre saben con precisión qué hacen y frecuentemente saben cómo es algo antes de saber por qué es así. A una máquina inteligente no le ocurre nunca algo parecido; puede en todo momento dar cuenta acerca de qué procesos ejecuta. Pero quizás este operar inconsciente, y consiguientemente incontrolado, no es tanto una deficiencia de la inteligencia natural como, más bien, su ventaja decisiva y, desde luego, su verdadero secreto. En efecto, es obvio que un conocimiento no puede estar ahí desde el comienzo, ya listo y completo, sino que tiene que poder desarrollarse a partir de algunos principios.

Personalmente no he experimentado nunca que una máquina inteligente haya inventado o descubierto algo realmente nuevo. Créanme, permitiría sin vacilar que me degradaran por dos veces si a cambio pudiera descubrir el secreto de la intuición: sería nada menos que la respuesta a la pregunta acerca de si hay algo así como un espíritu objetivo o un *lumen naturale*. Pero, sea como fuere, de todos modos a nosotros esta intuición nos amarga la vida. Si una inteligencia no se da a sí misma cuenta completa acerca de sus operaciones, sus informaciones al respecto no merecen confianza. Pueden ser incompletas, pueden incluso ser falsas. Deseo explicárselo a ustedes de la mano de un ejemplo que he vivido personalmente en *Terra*.

Los terráqueos, deben saberlo ustedes, sienten una necesidad irresistible de atribuir todo lo que les sucede, bueno o malo, a alguien, a quien poder alabar o maldecir, premiar o castigar por ello. Antes se imaginaban con este fin seres superiores, los llamados dioses o demonios. Posteriormente han procedido de modo algo más sistemático y han intentado reconducir un fenómeno a fenómenos previos, las denominadas causas, en virtud de regularidades que suponen, las denominadas leyes causales. A esto lo llaman “explicar un fenómeno” y cuando se enfrentan a un fenómeno que no pueden explicar así, no se sienten bien. La mayor parte de su ciencia y también la mayor parte de su ordenamiento jurídico se basa en la pregunta ¿quién (o qué) ha sido? Así, pues, entenderán ustedes que me interese mucho por cómo los terráqueos ponen en relación a un fenómeno con otro, al cual denominan su causa.

Los "abrigos negros"

Para conseguir esto, me busco un edificio en el que se esclarece la cuestión de *¿quien ha sido?* El edificio tiene un aspecto bastante vetusto, amplias escalinatas, largos pasillos y puertas ornamentadas demasiado altas. Entre los terráneos que por allí corretean algunos me llaman la atención por su curiosa vestimenta, un incómodo y largo abrigo negro con mangas anchas. Sus maneras, en parte agitadas, en parte aburridas, se hallan ciertamente en curiosa contraposición con esta digna indumentaria. Me dirijo a uno de estos *abrigos negros*, que se está aburriendo ante una de las grandes puertas, y le pregunto: "Disculpe, por favor, ¿qué entiende usted por causa?" "Una acción es causal cuando no puede ser eliminada mentalmente ¹ sin que desaparezca el resultado" ² responde él en el acto. Por mi parte me muestro escéptico. Cuando un ser vivo contesta a mis preguntas con tal fluidez, en la mayoría de los casos es que está amaestrado. "¿Cómo sabe usted si el resultado habría desaparecido en el caso de que la acción no hubiera tenido lugar?" continúo preguntando. "Para eso tenemos las leyes de la Naturaleza y nuestros enunciados generales de experiencia". "Muy bien, en ese caso la acción debe ser una condición necesaria del resultado, pero no la única; en consecuencia, el autor no tiene en su mano si el resultado se produce realmente o no". "Correcto" señala él "pero eso no es lo decisivo. Lo decisivo es que el autor habría evitado el resultado si él no hubiera actuado".

"Entonces ustedes imputan a un autor el resultado porque

¹ En alemán el verbo *hinwegdenken* o *wegdenken* significa básicamente "hacer abstracción" de algo. Como traducción al español de este verbo en el contexto en que se mueve el artículo parece haberse impuesto la expresión, por lo demás análoga, de "suprimir mentalmente" o "eliminar mentalmente" (cfr. por ejemplo, la traducción de Mir Puig en Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, PG, I, Barcelona 1981, pág. 380). Esta es la que utilizo. (*N. del T.*)

² Así todavía el punto de partida de la doctrina dominante para la determinación de la causalidad en adhesión a Glaser, *Abh. aus dem österreichischen Strafrecht*, 1858, cfr. Sch-Sch-Lenckner, 23^a ed., *Observaciones previas a los §§ 13 y sigs.*, n^o marg. 73; Wessels, *AT*, 17^a ed., § 613; Ebert, *Jura* 79, 561; Schlüchter, *JuS* 76, 312; *BGHSt* 1, 332; 7, 112, 114.

él habría podido evitarlo; eso es en sí muy razonable” indico yo, pero inmediatamente se me ocurre una objeción. “En tal caso, ustedes nunca pueden hacer responsable a alguien por el hecho de haber matado a otro”. El *abrigo negro* me mira con cierta estupefacción.

“Desde luego” me explico, “por lo que yo sé, son ustedes seres vivos pluricelulares, esto es, mortales. Para que uno de ustedes muera, no es en absoluto necesario que otro le haga algo, sino que de uno u otro modo morirá tarde o temprano por sí solo”.

Mi contertulio se pone algo impaciente. “¡Usted no puede verlo con tanta abstracción! No se trata del resultado en general, sino del resultado en su configuración absolutamente concreta. Hay una diferencia importante entre que a uno lo maten a puñaladas hoy o que muera mañana de un infarto”.

“No entiendo del todo. ¿Qué significa la frase ‘que a uno lo maten a puñaladas’?” inquiero entonces.

“Muy sencillo. Significa que una puñalada ha sido causal para su muerte”.

“Pero si lo que yo quiero que usted me haga saber es precisamente qué es causalidad”.

“La puñalada es causal, cuando no puede ser eliminada mentalmente sin que desaparezca el resultado”.

Bien, vuelta a empezar ³, pienso yo. Le doy las gracias, tal

³ Que la aplicación del “topos” del resultado en su configuración concreta puede convertir la determinación de la causalidad en una argumentación circular, dado que nada impide a quien la aplica incluir en la descripción del resultado las propias supuestas causas, es algo que ya puso de relieve Engisch en su famoso trabajo *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, págs. 15-16, mediante el conocido caso del verdugo. Sin embargo, él extrajo de ello únicamente la conclusión de que los estadios temporales previos del resultado no podían pertenecer a su configuración concreta. Pues bien, incluso este sencillo reconocimiento comienza a imponerse tan sólo ahora, y con lentitud, en la literatura alemana. Una razón de este retraso de más de cincuenta años podría radicar en el hecho de que el propio Engisch no extrajera de aquel reconocimiento la conclusión de que el “topos” de la configuración concreta en sí es carente de contenido y, por ello, manipulable a discreción. Más bien, en la misma obra, págs. 11 y sigs., lo que hizo fue contribuir a la irrupción de la doctrina del carácter decisivo de una configuración absolutamente concreta del resultado, frente a la llamada contem-

como se acostumbra en *Terra*, y me busco otro *abrigo negro*. Pero también de éste obtengo la siguiente respuesta a mi pregunta: “Una acción es causal para un resultado, cuando aquélla no puede ser eliminada mentalmente sin que el resultado desaparezca”. Para avanzar esta vez algo más deprisa, le pongo un caso; a los *abrigos negros* hay que ponerles siempre un caso, de lo contrario no entienden nada.

“Imagínese que alguien tiene una enfermedad de la cual, juzgando según leyes naturales, morirá en poco tiempo. Sin embargo, un heredero impaciente le suministra una dosis de un medicamento mortal para un ser humano. Ahora bien, si me pregunto qué habría sucedido sin esta acción, llego a la conclusión de que el enfermo habría muerto de todos modos. ¿Acaso no fue el heredero causal para su muerte?”

“Naturalmente que lo fue” replica el *abrigo negro* en el acto. “La muerte a consecuencia de la enfermedad es una causa sustitutiva. Usted no puede añadir mentalmente causas sustitutivas”⁴.

“¿Y cómo puedo saber qué es una causa sustitutiva? Todavía no sé siquiera qué es una causa ¿qué es lo que puedo añadir mentalmente cuando tengo que contestar la pregunta de qué habría sucedido sin la acción del autor y qué no?”. “¿Usted no puede añadir mentalmente absolutamente nada, tiene que ceñirse a lo que ha pasado en realidad!”⁵.

plación abstracta del resultado, de Träger. Cfr. la exposición histórica de Samson, *Hypothetische Kausalverläufe*, 1972, págs. 26 y sigs. En realidad, ya la propia premisa de que hay configuraciones del resultado o hechos previamente dados de modo concreto, a partir de los cuales puede abstraerse o no, es insostenible en términos de filosofía del lenguaje; detalladamente al respecto, Puppe, *ZStW* 92 (1980), 863 (870 y sigs.); *idem*, *ZStW* 99 (1987), 595 (596-597).

⁴ Esta es la propuesta correctora de Spindel, hoy aceptada de modo general: Una acción es tenida por causal cuando sin ella —y considerando tan sólo las circunstancias restantes, producidas también en la realidad— el concreto resultado no se habría producido. Cfr. *Die Kausalitätsformel der Bedingugstheorie für die Handlungsdelikte*, 1948, pág. 38. Que tampoco este procedimiento de obtención de la causalidad es correcto aún, lo muestra su fracaso en la llamada causalidad cumulativa. Sin embargo, lo que ante todo queda sin aclarar es qué clase de relación de condición se exige aquí.

⁵ Que la fórmula de la condición necesaria fracasa en los supuestos de

“Muy bien, pero entonces no le puedo contestar a la pregunta de qué habría sucedido si algo hubiera sido de modo diferente a como es en la realidad”. En ese momento se abre una de las grandes puertas y el *abrigo negro* se despide de forma rápida y desabrida.

Vuelvo a la nave espacial y redacto mi informe: los terráqueos creen que tienen un concepto de causa. Parten de que es causa de un resultado toda condición necesaria del mismo según leyes generales. Sin embargo, no se toman en serio esta exigencia. Según las circunstancias, consideran a un acontecimiento causa de un resultado, aunque aquél no fuera condición necesaria de la producción de éste. Si se quiere saber qué es lo que exigen realmente para establecer una relación de condición entre causa y efecto, todo lo que se llega a oír de ellos es una argumentación circular o una contradicción. Por tanto, los terráqueos no tienen en realidad concepto alguno de causalidad.

Apenas he presentado este informe, se me llama por la megafonía de a bordo para que me presente al comandante. Esto es una mala señal, pero aun así no estaba preparado para lo que sucedió.

El anciano

“Te hago objeto de una desaprobación oficial por tu falta de aplicación” es el saludo del anciano a la vez que me tira el informe a los pies. “El departamento de viajes espaciales no te paga para que les enmiendes la plana a los terráqueos, de modo que ya te puedes preparar para una *amonestación por o. i.* si no pones esto en condiciones”. Por mi parte, me llevo un buen susto: una

conurrencia de causas sustitutivas y tanto más en los de causalidad doble, es algo reconocido hoy de modo general; cfr. por todos Rudolphi, SK, n° marg. 40 previo al § 1. Pero el alcance de este reconocimiento se sobrevalora tanto como el del círculo descubierto por Engisch. La exclusión de causas sustitutivas y concurrentes, se efectúe como se efectúe, no es ninguna corrección marginal de la fórmula de la condición necesaria, sino la prueba de que esta fórmula describe la pretendida relación de condición de un modo lógicamente falso; la prueba de que, por tanto, en realidad una causa no tiene que ser una condición necesaria del resultado; cfr. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4ª ed., pág. 253.

amonestación por o. i. es una censura por *orgullo intelectual* desmesurado, prácticamente lo peor que le puede suceder a un agente filosófico en el servicio exterior. Tres de estas reprensiones y te quedas sin licencia de investigación, por ineptitud caracterológica. Y yo ya tengo una.

“Sí, en efecto, una *amonestación por o. i.*”, me echa en cara el anciano ante mi perplejidad. “En tu último informe tú mismo has escrito que una gran parte de la ciencia, toda la civilización y la mayor parte del ordenamiento jurídico de los terráqueos se asientan sobre su concepto de causalidad. Y ahora afirmas que no tienen en absoluto concepto alguno de causalidad. Si tuvieras tú razón con tus jactanciosas tesis, tendrían que venirse abajo sus casas y sus puentes; es más, ni siquiera se habrían levantado. Y los terráqueos se imputarían o dejarían de imputarse recíprocamente cualquier cosa, en función de lo que dispusiera el azar. Sin embargo, su civilización es muy apreciable y su ordenamiento jurídico funciona también hasta cierto punto. ¿Es que no se puede hacer la vista gorda a este o aquel vicio lógico? ¡Haz el favor de esforzarte un poco!”

“Ay, Ay, Señor” voy diciendo todavía, mientras al irme cierro la compuerta quizás con demasiada fuerza.

Así que el anciano quiere dirigirme una *amonestación por o. i.* porque no estoy dispuesto a pasar por alto vicios lógicos. Por lo visto, no se aprende lógica elemental en la escuela espacial. ¡Si en un texto se encierra una contradicción, todo el texto en su conjunto carece de sentido! ⁶. El segundo *abrigo negro* me ha dicho que tengo que preguntar qué habría sucedido (obsérvese el condicional), si el autor no hubiera actuado. Así que tengo que realizar afirmaciones según leyes naturales sobre un suceso que en realidad no ha tenido lugar. Pero al hacerlo no debo añadir

⁶ Sea P un hecho determinado y X un hecho cualquiera. En tal caso, de la contradicción entre P y no P se deriva X en los siguientes términos:

$P \wedge \neg P$
 $P \rightarrow P \vee X$
 $\neg P$
.....
X

mentalmente nada que no haya sucedido en la realidad. Esto es una manifiesta contradicción. Ningún ser vivo inteligente en todo el universo puede cumplir tal indicación y, dicho sea de paso, tampoco uno que carezca de inteligencia. Es algo absurdo en el más estricto sentido del término.

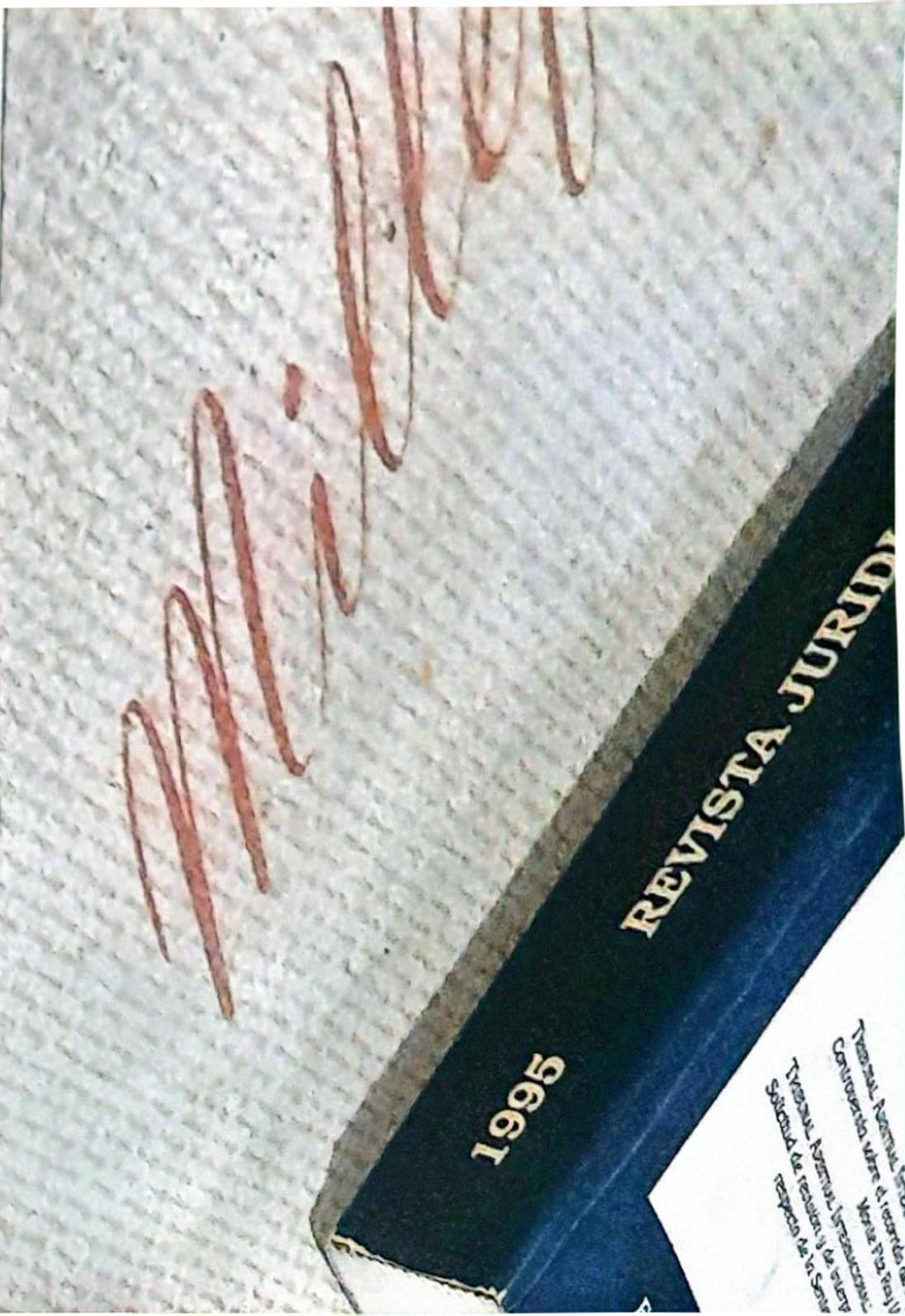
Por su parte, el primer terráqueo me ha indicado que si pretendo establecer la causalidad de una acción para un determinado resultado, tengo que contemplar dicho resultado en su configuración absolutamente concreta ¡y a la configuración concreta pertenece precisamente que la acción en cuestión es causal para el resultado! Según esto, sigo sin saber cuándo una acción es causal para un resultado. En tanto no se me proporcionen otras reglas, ¡puedo declarar a cualquier fenómeno causa de un resultado afirmando que pertenece a tal resultado en su configuración concreta! ⁷.

⁷ Son instructivas al respecto, por ejemplo, las consideraciones de Carnap, *Meaning and Necessity*, 2ª ed., 1955, trad. alemana de Wilhelm Bader, *Bedeutung und Notwendigkeit*, 1967, págs. 36-37, sobre la cuestión de qué es un hecho. Por de pronto, un enunciado que describe un hecho ha de ser verdadero y contingente (no ya verdadero por razones lógicas). Finalmente, debe “ser en un cierto sentido específico o completo”. El enunciado “este trozo de papel es azul” no es completo en este sentido, esto es, no describe de modo completo el hecho al cual se refiere. Pues el papel no puede ser azul sin más, sino que más bien ha de adoptar necesariamente un determinado tono de azul. Una vez que hemos dado dicho tono, el hecho está especificado en cuanto al color del papel, pero no en cuanto al resto de sus propiedades. “¿Debemos exigir una completa especificación en lo que respecta a todas las propiedades de la cosa o de las cosas implicadas y también en relación con todas las relaciones entre las cosas dadas, o quizás incluso en lo que respecta a todas las relaciones entre las cosas dadas y todas las demás? Parece algo arbitrario detenerse en alguno de estos puntos” (pág. 36). Ahora bien, si uno no se detiene en algún punto, “entonces no hay más que un hecho, la totalidad del mundo real en el pasado, presente y futuro” (pág. 37). Ante esta consecuencia se arredra Carnap y en lo sucesivo renuncia al concepto de hecho (como tecnicismo semántico explicitado de modo suficientemente claro). Sin embargo, quizás debería mejor haber renunciado al concepto de la especificación completa; cfr. al respecto Patzig, *Satz und Tatsache*, págs. 31-32, en: *Tatsachen, Normen, Sätze*, 1980, págs. 8 y sigs. El hecho de que cualquier dato incluido en la descripción de un resultado o en una explicación causal sea susceptible de ser de algún modo determinado todavía más, esto es, que se dé —o deba darse— en la realidad una propiedad más determinada (el papel debe en todo momento reflejar un azul muy

Tratado de Derecho Administrativo
Tratado de Derecho Constitucional
Tratado de Derecho Laboral
Tratado de Derecho Penal
Tratado de Derecho Procesal
Tratado de Derecho Tributario
Tratado de Derecho Urbanístico
Tratado de Derecho de Familia
Tratado de Derecho de Fideicomiso
Tratado de Derecho de Sucesiones
Tratado de Derecho de Trabajo
Tratado de Derecho de Vivienda
Tratado de Derecho de Procedimiento
Tratado de Derecho de Regimen Local
Tratado de Derecho de Responsabilidad
Tratado de Derecho de Seguridad Social
Tratado de Derecho de Tráfico
Tratado de Derecho de Turismo
Tratado de Derecho de Urbanismo
Tratado de Derecho de Valores
Tratado de Derecho de Votación
Tratado de Derecho de Vivienda Social
Tratado de Derecho de Vivienda Urbana
Tratado de Derecho de Vivienda Rural
Tratado de Derecho de Vivienda Social Rural
Tratado de Derecho de Vivienda Social Urbana
Tratado de Derecho de Vivienda Social Rural Urbana

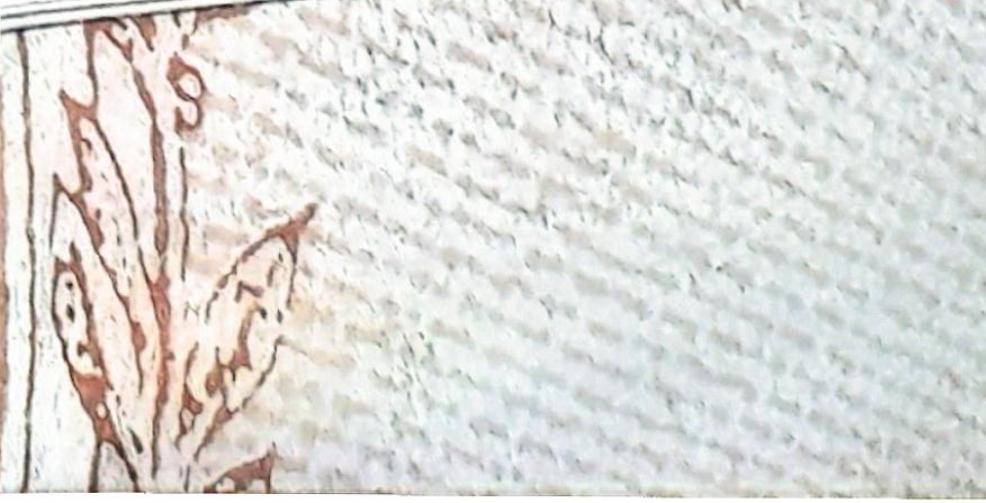
REVISTA JURIDICA

1995



no no es, pues, en más listo!

n de una civiliza-
co? Eso no lo he
ueos deben regir-
a causalidad, que
en cualquier caso
ente falso o bien
o. Así, pues, debo
las que aplican al
aré: concepto de
edir el anciano.
sas en



Lo que el primer *abrigo negro* me ha dicho no es, pues, en realidad falso; ¡sólo que a mí eso no me hace más listo!

Pero ¿cómo es que los terráqueos disponen de una civilización que funciona y de un ordenamiento jurídico? Eso no lo he explicado; ahí tenía razón el anciano. Los terráqueos deben regirse por algunas reglas racionales al determinar la causalidad, que yo no he extraído todavía. Lo que ellos dicen, en cualquier caso lo que dicen los *abrigos negros*, es evidentemente falso o bien absurdo; ahora bien, lo que hacen, obviamente no. Así, pues, debo observar lo que hacen y hallar yo mismo las reglas que aplican al hacerlo. Luego las redactaré y a eso le llamaré: concepto de causalidad de los terráqueos ⁸. Más no me puede pedir el anciano.

Necesito a un terráqueo cuya función sea determinar causas en un caso concreto. Le observaré cuando determine las causas. Sin embargo, debo reparar en que no tenga un caso demasiado fácil. En efecto, cuando uno tiene un caso demasiado fácil no necesita aplicar de modo cuidadoso sus propios métodos. Puede incluso ocurrir que se acepte una fundamentación falsa, al ser el resultado evidentemente correcto. ¿Se acuerdan ustedes todavía de la intuición?

Un "bata blanca"

Al preguntar por un terráqueo así, me recomiendan al médico forense Dr. Quincy ⁹. Su uniforme, una simple bata blanca medianamente larga, no causa una impresión tan digna como la indu-

determinado de una determinada mezcla de longitud de ondas y potencia de luz) no es razón suficiente para acoger tal determinación de propiedades en la descripción del resultado o en la explicación causal (o en el contexto de que se trate), de manera que haya que explicar también sus causas.

⁸ Esto recuerda a la famosa frase de Wittgenstein, "El significado de un término es su uso en el lenguaje", *Philosophische Untersuchungen -43-*, pero no debe entenderse en ningún caso en el sentido de un compromiso con una teoría puramente pragmática de los signos. Nuestro agente filosófico extraterrestre no practica con sus interlocutores juegos lingüísticos wittgensteinianos, sino análisis conceptuales en el sentido de una semántica realista y en esa medida le debe más al autor del *Tractatus logico-philosophicus*.

⁹ El Dr. Quincy es el protagonista de una serie policíaca americana que ha emitido la ARD en su primer programa.

mentaria de los *abrigos negros*; sin embargo, me da la impresión de que los *batas blancas* gozan entre los terráqueos de más respeto y confianza que los *abrigos negros*.

Se les cree siempre, a no ser que discutan entre sí. El Dr. Quincy me recibe muy amablemente y se muestra gustosamente dispuesto a permitir que contemple cómo trabaja —le he dicho que era de la televisión—.

“Precisamente tengo ahí un caso muy interesante” comienza su explicación. “Se trata de un paciente que, poco después de una operación de *bypass*, ha muerto evidentemente de un fallo cardíaco. Supongo que el *bypass* no se suturó correctamente y se rompió. Cuando esto sucede, el pericardio, una piel que envuelve el corazón sin estar unida del todo al mismo, se llena de sangre y aprieta, por así decirlo, al corazón, de modo que éste no puede ya latir”.

“Entiendo. Como médico, usted conoce determinados procesos que, según leyes generales de la naturaleza, han de conducir a la muerte de un paciente. Acaba de proporcionar una condición suficiente según leyes de la naturaleza para la muerte del paciente, y en ella se registra un fallo técnico del médico que le trataba ¹⁰. Así pues, ahora hará usted responsable a este médico por la muerte del paciente”.

“Se advierte que usted no es criminalista, y que tampoco ha leído siquiera muchas novelas policíacas” señala el Dr. Quincy con cierta condescendencia. “Una explicación, por concluyente que pueda ser, no tiene que ser por ello verdadera ni con mucho. Yo no mando a nadie a la cárcel sobre la base de meras especulaciones, desde luego, en absoluto a un colega”.

“¿Qué va a hacer usted ahora, pues?” le pregunto.

“Muy sencillo, voy a comprobar si eso es cierto, es decir, si

¹⁰ Con ello se caracteriza el punto hasta el cual avanzó Engisch en su análisis del concepto de causa. Su denominada fórmula de la condición ajustada a leyes reza así en su forma más abreviada y clara: un comportamiento es causa de un resultado cuando dicho comportamiento está vinculado con el resultado a través de una serie de modificaciones con arreglo a leyes; cfr. nota 2, pág. 29, más detalles al respecto, págs. 21 y sigs. Aquí continúa quedando abierta la estructura lógica de la vinculación que debe crearse entre acción (causa individual) y resultado con ayuda de las leyes de la naturaleza.

realmente el *bypass* estaba realmente mal suturado y en efecto se rompió. ¿Le apetece presenciar una autopsia?”.

“Mejor no”, le contesto con el ánimo algo encogido, “le esperaré aquí”.

Mientras espero, tengo la ocasión de reflexionar. Así, pues, evidentemente no se trata de una condición necesaria, sino de una condición suficiente. Una condición suficiente permite ciertamente una inferencia del resultado a partir de la condición, pero no viceversa de la condición a partir del resultado. Si los terráqueos exigieran realmente como causa una condición necesaria, podrían inferir la causa a partir del resultado. Así, pues, no tendrían más que conocer el resultado para saber a quién tienen que hacer responsable por el mismo. Si, en cambio, se conforman con condiciones suficientes, sólo pueden, viceversa, inferir el resultado a partir de la condición. Sin embargo, la producción del resultado es el punto de partida de todas las consideraciones. Por tanto, no les queda más que ir en busca de condiciones suficientes del mismo, y es hasta cierto punto cuestión de suerte el que las encuentren ¹¹.

¹¹ Esta es una razón del hecho de que la fórmula de la condición necesaria, pese a sus reconocidas deficiencias, siga dominando la praxis del pensamiento jurídico y también, en gran parte, la teoría. Esta simula que existe un procedimiento sencillo y completamente fiable de determinar si un determinado hecho es o no causa de un resultado. Como se ha mostrado, tal procedimiento fiable no existe.

Otra ventaja ficticia, con la cual se defiende hasta nuestros días esta comprobación de la causalidad mediante el procedimiento de “eliminar mentalmente”, consistiría en que éste es adecuado para la determinación de causas incluso cuando no se dispone de leyes causales generales o éstas sólo se pueden presumir, como ocurre en los acontecimientos irrepetibles y en la denominada causalidad psíquica; así Lampe, GS Armin Kaufmann, págs. 189, 190, nota 3. Lo meramente ficticio de tal ventaja radica en que nadie da cuenta acerca de cómo, por el procedimiento de eliminar mentalmente (por ej., una conducta de inducción), se llega al enunciado de que el resultado desaparece o no. Esta es una proposición condicional irreal. Tales proposiciones tienen sólo el sentido de remitir a una regularidad general (ley causal) que se presume; cfr. al respecto, por ejemplo, Stegmüller, *Erklärung, Bedeutung, Kausalität*, 2ª ed., 1983, págs. 319 y sigs.

Cuando Walder, *loc. cit.*, pág. 139, ve la ventaja de la comprobación hipotética del resultado en el hecho de que con su ayuda puede conceptuarse el impedir cursos salvadores como causa del daño, esto tiene como base exclusiva el que él rechaza

En ese momento vuelve el Dr. Quincy. “Ve usted, no estaba en lo cierto”.

“¿Estaba pues en condiciones el *bypass*?” inquiero yo.

“En absoluto, había sido muy mal suturado y el paciente habría muerto a consecuencia de ello a lo sumo en el plazo de una semana. Pero lo cierto es que todavía no se había roto. Otro vaso coronario había estallado y, había llenado el pericardio de sangre. Esta fue la causa de la muerte del paciente; el fallo técnico sería en todo caso una causa sustitutiva”.

En ese momento se me hace la luz: Así es como los terráneos excluyen las causas sustitutivas. Causa es una condición suficiente del resultado conforme a leyes naturales. Ahora bien, no todos los hechos que ponen al resultado en relación conforme a leyes con aquella causa se han producido efectivamente. Se reconoce una causa sustitutiva por el hecho de que la explicación del resultado que la misma proporciona no es verdadera o, mejor, no

el empleo de negaciones en las explicaciones causales; cfr. pág. 123. En la comprobación hipotética de la causalidad aparece, en lugar de la negación de la condición salvadora, su posición. Ciertamente, para Walder, a diferencia de la mayoría de los representantes alemanes de esta concepción —por ejemplo, Wolff, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, pág. 12, nota 4, 18; Jakobs, AT 7/25— esta no es una cuestión ontológica, sino una cuestión de la correcta descripción del concepto de causa en la vida ordinaria, que ciertamente sólo comprende modificaciones; cfr. Walder, *loc. cit.*, págs. 112, 139. Esto puede que sea cierto para el concepto ordinario de causa, pero desde luego no para el concepto de causa de la teoría de la ciencia; cfr. Stegmüller, *loc. cit.*, págs. 591 y sigs.; Carnap, *Einführung in die Philosophie der Naturwissenschaft*, 3ª ed., 1976, pág. 190. Cuando buscamos o establecemos el concepto jurídico de causa, no estamos, pues, vinculados a un único concepto de causa previamente dado, sino que debemos orientarnos a la función que dicho concepto ha de desempeñar en la misión del Derecho, consistente en atribuir resultados: Debe describir correctamente la relación efectiva entre acción y resultado, que constituye el primer presupuesto de la imputación. Queda claro que eslabón inicial y eslabones sucesivos de esta relación no sólo pueden ser modificaciones, sino también actos de impedir modificaciones y omisiones de modificar, esto es, negaciones de modificaciones. Así, pues, es el concepto amplio de causa de la teoría de la ciencia y no el concepto más estrecho de la vida ordinaria la base apropiada para la imputación. Sobre los errores de la argumentación contra los denominados hechos negativos (de la nada, nada surge), Puppe, ZStW 92 (1980), págs. 863, 895.

es completamente verdadera ¹². Por tanto, el segundo *abrigo negro* tenía razón, cuando me dió la indicación de no añadir mentalmente nada que no haya sucedido en la realidad. Sólo que en tal caso no tendría que exigirme dar una respuesta a la cuestión de si el resultado se habría producido asimismo, en el caso de que la acción cuya causalidad debe comprobarse no hubiera tenido lugar.

Pero continúo sin estar completamente satisfecho. “Por lo que he entendido, Dr. Quincy, no se trata de condiciones necesarias, sino de condiciones suficientes. Pero si usted dice que es causa de un resultado toda condición real y suficiente según leyes de la naturaleza para su producción, nunca puede caracterizar la acción de un hombre como causa de un resultado. Una acción así nunca es suficiente por sí sola para explicar el resultado”.

“Eso tampoco es necesario en absoluto”, contesta el Dr. Quincy. “Basta con que la acción aparezca como un componente de esta condición suficiente. En ese caso la llamamos causa o, si usted quiere, concausa del resultado”.

“Pero con ello sigue sin haberse aclarado cuál es la relación que debe existir realmente entre acción y resultado” prosigo, de manera que a mí alguien tiene que darme una explicación, Dr. Quincy. “Si usted me proporciona una condición suficiente para un resultado cualquiera, yo por mi parte puedo añadir cualquier

¹² Para reconocer y excluir las causas sustitutivas no basta con comprobar la veracidad de una condición ajustada a leyes, a la que pertenece la supuesta causa. También las causas sustitutivas son componentes verdaderos de condiciones suficientes, lo que se advierte ya en el hecho de que las mismas, en relación con otras condiciones verdaderas, fundamentan una prognosis segura del resultado. Más bien es preciso reconstituir aquellas cadenas causales que ponen en relación temporal y espacialmente a la causa presuntiva con el resultado a través de las denominadas leyes de efectos próximos, y comprobar entonces si esta cadena de estadios intermedios ajustados a leyes es verdadera, esto es, se ha realizado por completo. Cfr. Puppe, ZStW 92 (1980), págs. 863, 888 y sigs.; sobre las cadenas causales y las leyes que rigen para las mismas, Walder (nota 11), págs. 127 y sigs. La exclusión de causas sustitutivas, que serían absolutamente adecuadas como base de una prognosis relativa al resultado, muestra que el procedimiento de explicación causal descrito no es de pronóstico, como Schultz, FS Lackner, 1987, págs. 39, 41-42, lo entiende, sino que es, desde el principio, de diagnóstico retrospectivo.

hecho a esa condición suficiente y sigo teniendo una condición suficiente. ¿Cómo puede usted asegurar que no cabe inscribir un hecho X cualquiera, por ejemplo un comportamiento humano, en toda explicación causal, a fin de hacer responsable al afectado por el resultado que se produzca?”.

“Pero si eso es lo más sencillo del mundo”, señala el Dr. Quincy con cierta impaciencia. “Imagínese que mi ayudante hubiera practicado la autopsia y hubiera escrito en su informe que el paciente murió de un fallo cardíaco, porque se le rompió un vaso coronario y que además tenía un *bypass* mal suturado. En tal caso, yo le diría que eliminara la referencia al *bypass* mal suturado, dado que no es necesaria para la explicación de la muerte del paciente”. De nuevo vuelve a hacerme la luz: Así, pues, la cosa tiene que ver con eliminar mentalmente. Los terráqueos no exigen ni una condición necesaria ni una condición suficiente. Causa es para ellos, más bien, todo componente necesario de una condición suficiente del resultado según leyes de la naturaleza ¹³.

¹³ Mejor: todo componente necesario de una condición mínima suficiente; más detalladamente sobre ello, Puppe, ZStW 92 (1980), págs. 863, 875 y sigs. La determinación de la relación entre causa individual y resultado se corresponde con la explicación del concepto de causa individual por Mackie en *The Cement of the Universe*, 1974, pág. 62, como la denominada “condición INUS”, que entre tanto se ha impuesto en la teoría de la ciencia (La expresión “condición INUS” es una abreviatura del inglés que designa la “Insufficient but Non-redundant part of an Unnecessary but Sufficient condition” —*N. del T.*—); cfr. al respecto Stegmüller, (nota 12), págs. 591 y sigs. La condición mínima, de la que es componente necesario la causa individual, ciertamente no puede ser descrita de modo completo *in praxi*; más bien ocurre que sólo se alude de modo expreso a una parte de la misma, presuponiéndose tácitamente la restante, en la mayoría de los casos mucho más amplia. Mackie llama a estas partes no mencionadas el *campo causal*.

Qué hechos pertenecen al campo causal y cuáles a la condición explícita es algo que se deja al especial interés explicativo individual o al arbitrio. Cuando se extrae una causa individual de este campo causal, mencionándola expresamente, no se produce una duplicación de la misma, como cree Jakobs, al objetar contra la inclusión de negaciones de condiciones perturbadoras:

“Más bien, la ausencia de impedimentos está ya comprendida en el enunciado de que un resultado ha sido causado de modo suficiente por un suceso; la ausencia *no es, por tanto, una condición más junto* al acontecimiento” (subrayado en el original), AT, 7/25.

Si un hecho es componente necesario de tal condición suficiente, es algo que ellos pueden comprobar borrando este hecho del ámbito de la condición o, como ellos se expresan, eliminándolo mentalmente, para comprobar entonces si el resto de la condición sigue siendo suficiente para la producción del resultado. No se trata, pues, de eliminar mentalmente del mundo determinados hechos y constatar entonces qué habría sucedido sin ellos. Se trata simplemente de eliminar mentalmente de una explicación causal ya establecida un determinado acontecimiento, para comprobar si la explicación sin el mismo sigue siendo concluyente ¹⁴.

¿Por qué no me han dicho esto desde el principio los *abrigos negros*?

Me habrían ahorrado una buena cantidad de disgustos. ¡Entonces es que no lo saben! Las explicaciones causales con las que normalmente han de enfrentarse son tan evidentes y triviales, que no se toman el esfuerzo de hacerse plenamente conscientes de

¹⁴ Tras exponer que sólo las leyes causales empíricas nos enseñan si el resultado habría dejado de producirse una vez eliminada la acción, escribe Walder: “Con todo, la fórmula de la *conditio sine qua non* es útil. Permite probar hasta un cierto grado si *la causalidad hallada en el caso concreto sobre la base de una ley causal o de una experiencia general, o supuesta*, ha entrado en juego efectivamente” (nota 11), pág. 138 (el subrayado no es original). De modo análogo escribe E. A. Wolff, (nota 11), pág. 13: “La causalidad de una acción se determina cuando el resultado *no puede explicarse a partir del acontecer previo sin la acción*” (el subrayado no es original). Pero ambos autores no se limitan a eliminar la acción de una explicación causal del resultado ya obtenida, sino que persisten en la cuestión hipotética de si el resultado habría desaparecido en caso de eliminar mentalmente la acción, esto es, eliminan la acción, no de la explicación del resultado ya establecida, sino del mundo; cfr. Walder, *loc. cit.*, pág. 139; Wolff, *loc. cit.*, pág. 31.

En el caso de que se hallara una condición que, sin más, fuera necesaria según leyes causales u otros enunciados generales para la producción del resultado, esto sería sólo el caso especial en que esta condición fuera componente necesario de toda condición mínima suficiente del resultado que fuera concebible. Por eso es posible sin dificultades, al establecer una explicación causal, emplear enunciados generales de la forma de “sólo si..., entonces...”, como Schultz (nota 13), pág. 44, menciona. Aquí pertenecen también enunciados empíricos como: “Si alguien conoce un hecho debe haberlo adquirido de algún modo” (Los hombres, a diferencia de muchos animales, no disponen de un “saber” innato).

ellas y expresarlo. Qué decir de un proceso como el siguiente: A dispara a B, sujeto sano, y B cae muerto. Sin embargo, dado que los *abrigos negros* están obligados a aportar una fundamentación para todo lo que dicen, aunque sea tan trivial, dan como fundamento aquel último paso de la explicación causal, que consiste en poner de relieve que la acción tomada como causa es realmente necesaria *para la explicación del resultado* (*¡no para el resultado!*) Así las cosas, toman esta parte por el todo y creen por tanto que deben exigir simplemente una condición necesaria del resultado. Este error les va a crear con toda seguridad una gran cantidad de problemas ficticios ¹⁵.

Informe final

De vuelta a bordo, redacto un nuevo informe: “Cuando los terráneos pretenden reconducir un fenómeno (efecto) a otros fenómenos como causas del mismo, parten de que hay reglas generales, las denominadas leyes naturales, según las cuales a una determinada constelación de fenómenos le debe seguir otra determinada. La cuestión de si están convencidos de que esto vale para todo tipo de procesos, es decir, por tanto, que cualquier proceso está determinado previamente de modo completo por estas leyes naturales, puede quedar abierta en el presente contexto. Baste aquí

¹⁵ Además de la causalidad doble y de la exclusión de las causas sustitutivas, debe mencionarse aquí ante todo el problema de la causalidad de la infracción del deber de cuidado. En este punto, el procedimiento de eliminar mentalmente obliga a introducir, en lugar del comportamiento contrario a deber, otro comportamiento cualquiera conforme a deber y a preguntar entonces qué habría sucedido. Sin embargo, no está determinado cuál de las varias modalidades de comportamiento permitidas debe introducirse, de lo cual puede depender por completo el resultado del procedimiento. El conductor ebrio, que no podía evitar mediante el uso de los frenos la colisión con el motorista que se le atravesó, la habría impedido con seguridad si se hubiera ido andando a casa, pero quizás no si hubiera conducido sobrio; cfr. BGH St 24, 31. Si se procede correctamente, no surge tal ambigüedad. Se intenta explicar la producción del resultado a partir de premisas verdaderas, sin recurrir a aquellas propiedades del comportamiento de las que resulta su carácter contrario a deber; más detalladamente al respecto, Puppe, ZStW 92 (1980), págs. 595, 599, con referencias.

con el hecho de que suponen esto para una gran parte de los procesos de su vida ordinaria y de su técnica que tienen importancia práctica para ellos. Estas leyes naturales tienen por lo general la forma lógica de una condición suficiente, esto es, indican que si se da una serie de presupuestos, sigue con necesidad un determinado efecto. Cuando los terráqueos pretenden reconducir un efecto a sus causas, se lanzan a la búsqueda de los fenómenos que se han dado con anterioridad a la producción del efecto y de las leyes naturales que tienen necesariamente tal efecto como consecuencia. Si encuentran tal complejo de fenómenos, que éstos también han tenido lugar en la realidad, y se ha producido su consecuencia conforme a leyes, afirman que han explicado causalmente la consecuencia. Causa individual es para ellos un componente de tal explicación causal, y en concreto un componente necesario. Esto significa que sin tal componente no se habrían dado de modo completo los presupuestos de aquella ley natural con cuya ayuda debe explicarse la consecuencia. Según las circunstancias, entre los terráqueos puede tener repercusiones decisivas la inclusión en una explicación causal de un hecho que no es necesario en la misma. Por eso comprueban la necesidad de un componente individual de una explicación causal del siguiente modo: una vez que han establecido esta explicación, borran de ella este componente o, como ellos dicen, lo eliminan mentalmente. Si el resultado sigue pudiendo derivarse de los hechos restantes, este componente se habrá revelado como no necesario y, por tanto, como no causal. Será una causa sólo cuando la explicación se venga abajo, esto es, cuando el resultado ya no pueda ser derivado una vez que se haya borrado el referido hecho”.

EL CONTRATO DE TRABAJO EN JAPON *

por TOSHIO YAMAGUCHI **

INTRODUCCION

A. EVOLUCION DE LA INSTITUCION JURIDICA DE LAS RELACIONES INDIVIDUALES DEL TRABAJO

I. *Derecho Civil*

Desde la Revolución de Meiji en 1868, las relaciones individuales del trabajo, habiendo formado, hasta ese entonces, el lazo “estatutario” de servidumbre entre el amo y servidor, fueron

* Traducción de Patricia B. Graziano.

Con esta publicación nos hemos propuesto difundir en el medio universitario en particular y en general en todos aquéllos en los que constituye una preocupación la evolución de las relaciones del trabajo, la descripción del régimen jurídico imperante en un país, cuya lejanía geográfica e idiomática, no ha impedido que estuviera presente en la vida económica de todo el mundo. La “curiosidad” por lo que se ha denominado el “milagro japonés” incluye naturalmente la de conocer el sistema jurídico de esas relaciones laborales en torno a las cuales se ha generado ese fenomenal esfuerzo de producción.

Gracias a la aparición de un libro recientemente editado por el Centro Français de Droit Comparé y la Société de Législation Comparée hemos podido tomar contacto directo con trabajos publicados en distintos medios y en épocas recientes que han sido puestos al día por sus propios autores, dedicados al desarrollo de las instituciones del derecho del trabajo en el Japón. Entendimos que semejante material debía ser difundido en nuestros medios académicos para los cuales no es siempre fácil y accesible esta información. Para ello, junto con dos inteligentes y laboriosos integrantes de la Carrera Docente de la cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho y

** Profesor de la Universidad de Tokio.

traspuestas en el marco de una concepción contractual moderna. En 1872, la contratación de servicios que implicaba un servicio personal fue prohibida, y la duración máxima del contrato a plazo fue fijada en siete años. Un decreto de 1875, prescribiendo que los salarios deberían ser fijados, en el futuro, mediante el libre consentimiento entre las dos partes, formuló el principio rector de las relaciones de empleo fundadas en la concepción de estricta igualdad entre las partes contratantes. El primer Código Civil, elaborado por un francés, Gustavo Boissonade, profesor de la Facultad de Derecho de París, y promulgado en 1890 a fin de ser aplicado a partir de 1892, previó en sus doscientos sesenta artículos, las disposiciones relativas a la locación de servicios, a semejanza del Código Civil francés. El Código, cuya fecha de aplicación fue diferida como consecuencia de una “querrela del Código”, fue abandonado finalmente. Un nuevo Código Civil, que constituye el actual Derecho Civil Común, fue promulgado en 1896 y puesto en vigor a partir de 1898 (aun antes de la promul-

Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Patricia B. Graziano y Marcelo Julio Navarro tradujimos los capítulos de esa obra, titulada *Etudes de droit japonais* Cahors, 1989, dedicados al derecho del trabajo. Los cuatro capítulos han sido escritos por el profesor emérito de la Universidad de Tokio, Toshio Yamaguchi y reflejan la sistematización del régimen jurídico actual vigente en el Japón en materia de contrato de trabajo, de organización sindical, de convenciones colectivas y de huelga y *lock out*, los cuales fueron publicados originalmente en la *Revue Internationale de Droit Comparé*.

Sin perjuicio de las características peculiares de todo sistema jurídico que no puede sino reflejar un sostén cultural y sociológico propio —lo cual es especialmente notable en el caso del país del Sol Naciente— no cabe duda de que la lectura de estos trabajos resultará de fácil comprensión, a lo cual contribuirá no en poca medida el conocimiento de que el derecho japonés reconoce como fuente directa el derecho occidental a partir de la “Restauración de Meiji” en 1868 que implicó la apertura también jurídica y más tarde la franca recepción de principios y normas legales de ese origen, a partir de la terminación de la guerra en 1945 con la explícita intención de la democratización de la sociedad japonesa.

Con estos antecedentes a la vista se puede entender mejor la similitud de muchas instituciones jurídicas laborales aunque aparezcan, como es natural, las diferencias propias de un país que para muchos todavía sigue siendo exótico e incomprensible. Esperamos que este trabajo contribuya a la tarea inacabable de abrir nuestras fronteras intelectuales. *Jorge Rodríguez Mancini*

gación del Código Civil alemán el que se inspiró mucho, en su conjunto, en su semejante, a pesar de vislumbrar aún en él, rasgos nada desdeñables de la influencia francesa); en lo concerniente a la contratación de servicios, prevista en los artículos 623 y siguientes, se dispuso que, cuando la duración del contrato superara los cinco años o deba extenderse hasta la muerte de una de las partes, cada una de ellas puede, pasados los cinco años, rescindirlo, en todo momento (art. 626, 1º párr.). La duración se extiende a diez años para los aprendices de comercio o de la industria (2º párr.), cuando las partes no fijaron la duración de la relación, cada una de ellas puede, en cualquier momento, denunciar el contrato con un preaviso de dos semanas (art. 267, párr. 1º). Las disposiciones del derecho común relativas a la contratación de servicios sufrieron, en 1947, restricciones en su aplicación, debido a la promulgación de la ley que contiene normas sobre las condiciones de trabajo. Esta instituye imperativamente el marco jurídico de las relaciones individuales del trabajo, limitando, por ejemplo, la duración máxima del contrato a plazo, en principio, por un año (art. 14) u obligando al empleador a respetar un preaviso al menos de un mes (art. 20).

II. *Legislación protectora del trabajo*

a) *Comienzo (1875/1893)*: La historia de la legislación del trabajo comenzó en 1875 con la indemnización de los accidentes de trabajo sobrevinientes en el seno de la empresa estatal.

La primera reglamentación de las condiciones de trabajo en el sector privado concernía a los marinos (1879) y, más tarde, el gobierno elaboró una ley de carácter general sobre las condiciones y otras que reglamentaron las actividades industriales. Pero, hasta la víspera de la primera Revolución Industrial en ocasión de la guerra chino-japonesa (1894/95), sólo vieron el día la reglamentación del trabajo relativa a los mineros (1890) y la inspección del trabajo, en lo que a ella concierne (1891).

b) *1895/1930*: Con el impulso de la industria en ocasión de las dos guerras, primero contra China, y diez años más tarde, contra Rusia (1904/1905) los primeros movimientos obreros apa-

recen con el objeto de organizarse en sindicatos contra los capitales industriales establecidos y muy consolidados. El gobierno adopta, primero, una actitud represiva (Ley de Seguridad de 1900, art. 17), mas, en sentido opuesto, en lo atinente a la reglamentación del trabajo, se esfuerza —teniendo en cuenta los ejemplos extranjeros— en legislar, a pesar de la gran resistencia opuesta por la organización patronal, una ley sobre las fábricas, cuyo proyecto fue preparado desde 1882 por un grupo de funcionarios públicos “iluminado” y fue votado finalmente en la Dieta de 1911.

La ley aporta restricciones a la duración del trabajo, prohíbe el trabajo nocturno de niños y mujeres, establece un sistema de indemnización de accidentes de trabajo y reglamenta las modalidades del pago de salarios, pero su aplicación recién se efectivizó en 1916. De todas formas, la política intervencionista en materia de trabajo fue puesta en marcha.

Por otra parte, las reglamentaciones preexistentes fueron mejoradas en lo que respecta a marinos (1899), trabajadores mineros (1905/1916) y obreros de las empresas públicas (1907/1918).

Una cierta tranquilidad económica nacida del capital en ocasión de la Primera Guerra Mundial, un florecimiento de las ideas democráticas a la manera occidental entre la clase intelectual, la constitución de la OIT —en tanto— situó a Japón en el lugar de una potencia económica, lo obligó a mostrarse de buen o mal grado, resuelto a hacer progresar la legislación interna y, finalmente, el impulso general de las acciones sindicales de la clase obrera nacida y organizada tanto interna como internacionalmente, todos esos factores constituyeron una coyuntura favorable para mejorar la legislación del trabajo y la protección de los trabajadores.

En ese marco nacieron las leyes sobre el emplazamiento de la mano de obra (1921), la edad mínima de acceso al trabajo industrial (1923), el empleo y edad mínima de los marinos (1923) como así también la modificación de la ley sobre fábricas (1923).

Asimismo, con relación a los movimientos obreros, el gobierno vuelve a la política de represión precedente y se vuelca entonces hacia una nueva destinada a darle un marco institucional. Prepara un proyecto de ley de sindicatos y, mientras tanto, dicta

en 1925, una ley sobre la reglamentación de conflictos de trabajo, combinación de leyes destinadas al mantenimiento del orden y la represión de las vías de hecho. La política adoptada nuevamente por la autoridad pública de la época, explica con claridad su intención de apaciguar (a través de la legislación protectora), el descontento de los trabajadores contra las medidas restrictivas de sus acciones sindicales.

c) *1931/1945*: La legislación del trabajo, puesta en marcha recién en la época precedente, al menos en su aspecto protector, recibe un freno a causa de la grave depresión económica que castigó al mundo entero; luego, la política gubernamental del trabajo da un nuevo viraje, lenta pero inexorablemente y, a medida que sube la tensión internacional, sigue de allí en más, con una cadencia acelerada, la dirección que indica la economía de guerra.

El proyecto de ley sobre sindicatos, presentado en la Dieta en 1931, se abandonó en curso de discusión; los movimientos sindicales obreros expiraron con rapidez ante la política nuevamente represiva, ahogados por la ingerencia cada vez más severa de la autoridad pública en los conflictos de trabajo.

Las leyes que aportaron mejoras en el sistema de indemnización de los accidentes de trabajo e instituyeron el seguro por accidente (1931) son sólo una vía para atenuar las graves consecuencias del aumento del número de accidentes provocados por la expansión demasiado rápida de la industria de guerra.

Con la apertura de las hostilidades, primero contra China (1938) y, enseguida, contra los países aliados (1941) y bajo el régimen de movilización general, la legislación del trabajo no tiene razón de ser.

Para esa época, sólo se puede citar una ley sobre locales de comercio que reglamenta las condiciones de trabajo de los empleadores de comercio (1938) y un decreto limitando la duración del trabajo en las fábricas de municiones (1939) que además, será rápidamente abolida.

d) *A partir de 1945*: Las primeras legislaciones del trabajo de pos-guerra formaron parte de la política de democratización dirigida por el gobierno de la ocupación que, al pregonar como directivas de la misma la eliminación del militarismo, el estable-

El resultado de la armonización y el fortalecimiento de la economía de postguerra, en el período japonés de supervivencia de toda legislación laboral anterior al 1945, a los movimientos obreros y la impuso, a través de la Ley de Relaciones Laborales de Ocupación, una política de estabilización de las relaciones laborales.

En 1945 a 1947 se promulgaron sucesivamente tres grandes leyes fundamentales referentes a las relaciones del trabajo: ley sobre sindicatos (diciembre de 1945), sobre la negociación de las relaciones del trabajo (1946), y sobre las condiciones de trabajo (abril de 1947).

Mientras tanto, se vio igualmente la promulgación de la nueva Constitución (nov. 1946) que proclama solemnemente que todo ciudadano tiene el derecho y la obligación de trabajar (art. 27 párr. 1º), que las normas de las condiciones de trabajo serán determinadas por la ley (art. 27 párr. 2º) y que los derechos de asociarse, de negociar y de actuar colectivamente son garantizados a los trabajadores (art. 28).

Los sindicatos obreros se organizaron en base a una gran escala y muy rápidamente en el seno de cada empresa, formando así sindicatos de empresa que jugarán un rol esencial para modelar las características de las relaciones del trabajo del Japón de pos-guerra (v. *infra*, n.º 7).

Conforme al principio constitucional de la fijación legal de normas sobre las condiciones de trabajo, la Ley de 1947 en la materia, en compañía de otras leyes y decretos que se vinculan, reglamenta imperativamente —y hasta con detalles— las relaciones individuales del trabajo. Su ámbito de aplicación se extiende a casi todos los tipos de empresas, industriales y comerciales, a excepción de los negocios o empresas en cuyo seno trabajan sólo miembros de la familia del empleador que viven con él, y los domésticos (art. 8º). En consecuencia, esta ley se transforma en el eje del desarrollo de las relaciones individuales del trabajo y una nueva ciencia de interpretación de disposiciones legales y reglamentarias toma el primer lugar en la discusión doctrinal sobre los problemas relativos a estos vínculos.

Desde su promulgación hasta nuestros días, no recibió modificaciones sustanciales, salvo algunos pequeños retoques que

resultan obviamente de la promulgación, modificación o abolición de otras leyes que tienen conexión con ella.

B. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO SOBRE LAS RELACIONES INDIVIDUALES DEL TRABAJO

La ley sobre condiciones de trabajo, promulgada en 1947, constituye el núcleo de la legislación protectora del trabajo actual en Japón y formula imperativamente el marco jurídico de las relaciones individuales de trabajo incluido en el contrato de trabajo. La idea directriz de esta ley es inseparable del principio democrático liberal que fue proclamado por la Constitución de 1946 como fundamento de la organización social.

1) Principios constitucionales en materia de trabajo

III. a). *Garantía de la libertad individual*: La Constitución garantiza, primordialmente, que todo ciudadano sea respetado como individuo; sus derechos a la vida, libertad y búsqueda del bienestar deben situarse en la cima de las normas, en la legislación y la reglamentación (art. 13). Esto implica la prohibición de todo constricto servil y cualquier otra servidumbre involuntaria (art. 18) y la garantía a toda persona del libre ejercicio de su profesión (art. 22).

También se declaró que todos los ciudadanos son iguales ante la ley y que no puede admitirse ninguna discriminación fundada en la raza, creencia, sexo, estado social y origen familiar en los vínculos políticos, económicos y sociales (art. 14).

Estas disposiciones constitucionales, que no son sino la proclamación de los principios fundamentales de una sociedad libre y democrática, se ven concretadas en la ley sobre condiciones de trabajo bajo la forma de disposiciones destinadas a liberar al trabajador del estado de servidumbre en que peligra hallarse frente al empleador, a causa de su inferioridad económica y social.

b) *Idea del derecho a la existencia*: La Constitución, por otra parte, proclama que todo ciudadano tiene el derecho a gozar de

una vida asegurándole un mínimo de salud y de cultura, y que la nación debe esforzarse en promover y perfeccionar la previsión social, la seguridad social y la salud pública en todos los ámbitos de la vida (art. 25). Y, más particularmente para los trabajadores, a fin de asegurarles el derecho a la existencia, declara que todo ciudadano tiene el derecho y la obligación de trabajar, y que las normas del salario, de la duración del trabajo, del descanso y de otras condiciones de trabajo serán determinadas por la ley (art. 27).

Obviamente, podría surgir una discusión acerca del contenido concreto de una vida asegurada en un mínimo de salud y cultura; por otra parte, en el plano civil y en un régimen de economía capitalista, nadie podría reclamar a un empleador un trabajo a título de derecho subjetivo, ni cuestionar un despido como si consistiera en la violación de su derecho al trabajo. Mas se admite, generalmente, el hecho de que esas disposiciones constitucionales no son simples declaraciones de intención; sino que condenan y anulan a las legislaciones o reglamentaciones que ponen obstáculos tendientes a impedir la realización de los derechos a la existencia y al trabajo. Lo mismo ocurre respecto de los contratos entre partes o en los convenios concertados entre los miembros de una colectividad cuando estos actos presentan similar carácter.

Dichas disposiciones constitucionales exigirían también que las normas sobre las condiciones de trabajo fijadas legalmente satisfagan las necesidades que hacen a la dignidad y personalidad del trabajador y de su familia. En el plano contractual, la autonomía de la voluntad se halla naturalmente limitada para el contrato de trabajo por los principios constitucionales mismos, a pesar de que el mecanismo de la proyección de las disposiciones constitucionales respecto de las relaciones entre particulares, es entendida de forma distinta según los autores (unos sosteniendo la aplicabilidad indirecta de las disposiciones, otros, —la mayoría— limitándose a admitir la aplicabilidad indirecta por intermedio de las normas generales del derecho común, tales como el artículo 90 del Código Civil, que dispone la nulidad de los actos jurídicos que

tengan por objeto atentar contra el orden público y las buenas costumbres).

Finalmente, la concreción del derecho a la existencia y al mejoramiento de las condiciones de trabajo es inseparable de las acciones obreras desplegadas en el plano colectivo de las relaciones de trabajo, ya que el accionar sindicalizado juega un rol esencial en la determinación del contenido del contrato de trabajo, de común acuerdo entre las partes sobre un verdadero pie de igualdad.

La Constitución garantiza los llamados “tres derechos colectivos fundamentales del trabajo”: derecho de agruparse; de negociar; y de actuar colectivamente (art. 28).

En consecuencia, toda medida tomada por el empleador tendiente a entorpecer las acciones sindicales obreras, tales como la discriminación que atenta contra los intereses legítimos de los trabajadores sindicados, será considerada como contraria al nuevo orden público, instituido y sancionado por un principio constitucional, ya sea atacando de nulidad (por ej. un caso de despido o de cambio de puesto), o bien posibilitando al trabajador perjudicado el ejercicio del derecho a reclamar (por ej. en caso de diferencias salariales).

2) Principios generales de la ley sobre condiciones de trabajo

IV. Conforme al principio constitucional de la fijación legal de las normas sobre condiciones de trabajo, la Ley de 1947 en la materia, prevé en sus primeras disposiciones (art. 1º, párr. 7º), los principios generales rectores relativos a las relaciones individuales del trabajo.

Ante todo, la ley declara especialmente, que “las condiciones de trabajo deben ser de forma que permitan al trabajador satisfacer su necesidad de llevar una vida digna de un ser humano” (art. 1º, párr. 1º).

Al ser mínimo el nivel de las condiciones de trabajo fijado por ley, los empleadores no podrán invocar las normas allí enunciadas para transformar en menos favorables las condiciones de

trabajo, sino que, por el contrario, deberán esforzarse en elevar el nivel (art. 1º, párr. 2º).

El segundo principio proclamado por la ley establece que las condiciones de trabajo, deberán ser fijadas de común acuerdo por los trabajadores y los empleadores sobre un pie de igualdad (art. 2º, párr. 1º) (reconociendo allí también, implícitamente, el rol esencial que deberán jugar las asociaciones sindicales obreras en este objetivo, admitidas, de allí en adelante, en el principio de igualdad). De ahí la obligación del empleador de especificar claramente las condiciones de trabajo en el momento de la conclusión del contrato (art. 15), como también una serie de prohibiciones de prácticas contractuales que, de llevarse a cabo, propician la esclavización del trabajador: prohibición del trabajo forzado (art. 5º), la inclusión en el contrato de trabajo, de una cláusula penal por los daños causados por el trabajador (art. 16), la de operar retenciones en los salarios para cubrir las sumas otorgadas en forma anticipada (art. 17), los depósitos obligatorios del ahorro del trabajador (art. 18), etcétera.

El tercer principio, conforme al consagrado solemnemente por la Constitución, es el que establece que no puede hacerse discriminación en favor o detrimento de un trabajador fundado en su nacionalidad, religión o condición social, en materia de condiciones de trabajo (art. 3º) e igualmente para el caso de que se base en cuestiones de sexo, no sólo en materia de salario, como lo prevé expresamente la ley (art. 4º), sino también, según la jurisprudencia, en lo concerniente a otras condiciones de trabajo.

Este principio está igualmente en estrecha relación con una disposición de idéntica naturaleza en la ley de sindicatos que prohíbe al empleador despedir a un trabajador o tomar una medida discriminatoria a su antojo, a causa de su actividad sindical (art. 7º, Ley Sindical).

Señalemos, finalmente, dos disposiciones de carácter general, una relativa a la prohibición de la explotación de los trabajadores por terceros, y la otra relativa a la garantía de los trabajadores en el ejercicio de los derechos cívicos.

No puede obtenerse ningún beneficio profesional cuando se interviene en la contratación de un trabajador, salvo en los casos

legalmente autorizados; es decir, para la ocupación de ciertas categorías profesionales determinadas por la ley (artistas, científicos, médicos, parteras, abogados, enfermeras, peluqueros, cocineros, modelos, marinos, etc.), cuya colocación se ejecuta por oficinas especialmente autorizadas a tal fin y sometidas al control de las autoridades competentes (art. 6º; diversas leyes relativas a colocaciones).

El empleador no puede negar al trabajador el tiempo que le es menester para ejercer su derecho de voto o todo otro derecho cívico, o para ejercer una función pública durante las horas de trabajo. De todas formas, el empleador puede conceder ese tiempo en un momento distinto al propuesto por el trabajador, siempre que esta modificación no obstaculice el ejercicio del derecho cívico o de la función pública (art. 7º).

C. LAS CARACTERISTICAS DEL SISTEMA JAPONES EN LAS RELACIONES DEL TRABAJO

Para una mejor comprensión del derecho de trabajo japonés, previamente es necesario describir, aunque sea sucintamente, algunos rasgos característicos del sistema japonés sobre empleo y relaciones de trabajo. Este sistema se destaca por tres elementos principales: “contratación por tiempo indeterminado” (*engagement à vie*), “salario por antigüedad” (*salairé à l’ancienneté*) y “sindicatos de empresa”. El sistema es naturalmente el resultado de una historia y de una tradición que se remontan a una época anterior a la de la Revolución de Meiji de 1868, el principio de la era moderna en Japón. Sin embargo, en su actual forma, constituye un fenómeno de pos-guerra a causa del rol esencial jugado por el sindicato de empresa a medida que el sistema se desarrolló después de 1945.

1) **Contratación por tiempo indeterminado o “de por vida”**

V. En la mayor parte de los sectores modernos y al menos en lo que concierne a las grandes empresas, la toma de personal en relación de dependencia se hace, en principio, exclusivamente por

la contratación de jóvenes diplomados en escuelas de enseñanza secundaria, media y superior y de universidades, y estos nuevos reclutados como "personal regular" se comprometen a trabajar toda su vida para un empleador. Contratados como "regulares", sin necesidad de poseer una capacitación precisa, son formados a lo largo de toda su vida profesional por el empleador y ubicados según su posibilidad de adaptación personal en función de la evolución de los requerimientos de la empresa. El empleador se esfuerza en garantizarles la seguridad del empleo, bajo la condición de cumplimiento de una buena conducta, hasta la edad de la jubilación obligatoria, habitualmente entre 55 y 60 años. El trabajador es libre de renunciar, pero en general no lo hace, como consecuencia de una combinación de un interés económico personal, de sentimiento de responsabilidad o deber moral, de presiones psicológicas, etcétera. Como resultado de lo precedentemente expresado, existe una muy débil movilidad de la mano de obra en las empresas importantes de los sectores modernos.

2) Principio del salario por antigüedad

VI. El segundo elemento del sistema japonés de relaciones de empleo es la remuneración por antigüedad, lo cual conlleva aumentos de salarios según el número de años de servicio. Por cierto, la antigüedad no es precisamente el único factor de fijación de baremos; los salarios del comienzo de la relación laboral difieren según el nivel de instrucción, la edad, la experiencia profesional tanto como la apreciación del mérito individual. Todo ello cuenta de igual forma. Pero, en tanto y en cuanto se observe una buena conducta, el aumento del salario sigue regularmente una escala cimentada en la antigüedad hasta la edad de la jubilación. Si quien cambia su empleo para entrar en una nueva empresa no comienza en la parte inferior de la escala, percibe generalmente —al menos en los primeros años— una remuneración menor que los asalariados de la misma edad que entraron en la empresa al salir de la escuela.

Este sistema de salario no reposa, entonces, en la capacidad personal de trabajo, pero permite al salario seguir —*grosso*

modo— el aumento progresivo de las necesidades de un jefe de familia.

Por otra parte, si en este sistema falta el rol dinámico del juego normal de las diferencias de salarios y si el empleo de asalariados con mayor antigüedad cuesta lo suficientemente caro al empleador, éste disfrutará de una gran amplitud en la afectación de los trabajadores a los diferentes puestos, en función de los requerimientos de la empresa, ya que cuenta con la garantía de empleo y de ganancia. Así, la estabilidad de los trabajadores —y en particular el escaso riesgo de que el personal de la empresa sea absorbido por un competidor— alienta al empleador a realizar gastos para la formación profesional, puesto que tiene la seguridad de retirar los beneficios de esta inversión.

3) Sindicatos de empresa

VII. La tercera característica del sistema japonés de empleo es el sindicato de empresa, la principal forma que el sindicalismo ha tomado desde 1945, en reemplazo de los sindicatos de oficio y de industria del período anterior a la guerra. La negociación colectiva sobre las condiciones de trabajo y los salarios se hace normalmente entre cada empresa y su sindicato interno. Las grandes confederaciones nacionales sirven, principalmente, para otros objetivos; especialmente para explicar los intereses económicos o políticos de los asalariados sobre el plan general (en particular, mediante la participación en la elaboración de la política general sobre mano de obra y de empleo, en el seno de diversos consejos nacionales tripartitos con los representantes patronales y de los intereses públicos) y para elaborar la estrategia y dirigir la acción de lo que se ha dado en llamar “la ofensiva de primavera” de los salarios.

El empleador sólo contrata, comúnmente, recién recibidos como “regulares” en número suficiente como para responder a las necesidades de expansión a largo plazo de la empresa y únicamente esos “regulares” son miembros del sindicato de empresa para quienes el empleador se esfuerza en garantizar la seguridad del empleo y la remuneración (o ganancia).

Las categorías bien definidas de trabajadores temporarios a tiempo parcial, ocasionales y de temporada se encuentran fuera de estos beneficios. Si los asalariados de las empresas subcontratantes que trabajan en los locales de la principal (aunque tengan ordinariamente un sindicato para ellos) gozan de la calidad de personal regular desde el punto de vista de su empleador, una mayor inestabilidad de esas pequeñas o medianas empresas y de sus necesidades en personal, torna la posición de sus asalariados más aleatoria que la de sus partes de la empresa principal.

Además, las negociaciones o consultas regulares entre sindicato de empresa y empleador, una consulta oficiosa en diferentes niveles, es hoy día, una costumbre muy arraigada. A cambio de la seguridad de empleo y de remuneración (o ganancia), el sindicato de empresa deja a la dirección, la responsabilidad de la gestión y no la cuestionan, aparentemente. En efecto, estos arreglos y entendimientos entre empleador y sindicato son una característica bastante notoria del sistema de empleo japonés en el período de pos-guerra. Fueron ampliamente facilitados, más aún cuando a causa de la separación entre "capital" y "dirigencia empresarial" generalmente muy presionada después de la guerra, la mayor parte de los dirigentes de grandes empresas fueron y son ellos mismos, viejos asalariados, precursores del personal regular.

D. NOCION DE CONTRATO DE TRABAJO

1) **Contratos civiles relativos a las prestaciones de servicios**

VIII. El Código Civil japonés prevé tres tipos de contratos que tengan por objeto la utilización por un contratante, de servicios provistos por otro "contratación de servicios" (*koyo*) (arts. 623 y sigs.), "empresa de obras" (*oukeoi*) (arts. 632 y sigs.) y "mandato" (arts. 643 y sigs.).

Según los textos del Código, "la contratación de servicios produce efectos por el hecho de que una de las partes promete a la otra ciertos servicios, mediando una remuneración que aquélla se obliga a pagarle" (art. 623), en tanto que "la empresa de obras

produce efectos por el compromiso que asume una de las partes de cumplir un trabajo y el compromiso que toma el otro de pagarle una remuneración a cambio del resultado de ese trabajo” (art. 632). La contratación de servicios tiene por objeto la prestación de servicios en sí mismo, que se ejecuta bajo la dirección del empleador, y la remuneración es pagada en tanto el proveedor de servicios se ponga a disposición del empleador. Por el contrario, la empresa de obra tiene por objeto el cumplimiento de un trabajo cuyo riesgo es asumido por el empresario, que tendrá la libre elección en cuanto a las formas o medios de proveer los servicios para obtener el resultado promedio, y la remuneración sólo es pagada a cambio del resultado obtenido.

Por otra parte, el mandato en derecho japonés es un contrato por el cual una de las partes encarga a la otra la realización de un acto o de un negocio. Los textos del Código Civil prevén por una parte que “el mandato produzca efectos por el hecho de que una de las partes encargue a la otra el cumplimiento de un acto jurídico y que aquélla lo consienta” (art. 643), pero, asimismo lo es, igualmente “por analogía cuando una persona fue encargada de un negocio distinto al cumplimiento de un acto jurídico” (art. 656). Sin duda, el mandante podría dar al mandatario instrucciones generales para el cumplimiento de la tarea confiada, pero el mandatario tiene una amplia latitud en el ejercicio de su actividad y no está sometido al control estricto del mandante en la ejecución de su tarea. En este punto, el mandato se distingue de la contratación de servicios.

2) La concepción del “trabajo subordinado” como criterio para la aplicación de leyes protectoras del trabajo

IX. El término “Contrato de Trabajo” (*rodo-ketyaku*) aparece por primera vez en los textos legales después de la guerra en la ley sobre las normas de las condiciones de trabajo. Utilizando ese término, la ley no da, sin embargo, la definición; se limita a proporcionar las definiciones de “trabajador” (art. 9º) y de “empleador” (art. 10) como también las nociones de “salario” (art. 11) y de “elevación del salario medio” (*montant*) (art. 12) a los fines

de la ley; de allí la discusión bastante viva sobre la noción del contrato de trabajo.

De todas formas, la mayoría de la doctrina, inspirándose en diversos derechos occidentales, coincide hoy al reconocer como rasgo esencial del contrato de trabajo el estado de subordinación en que se encuentra el trabajador comprometido por ese contrato con su empleador, el carácter de subordinación entendido de modo bastante diferente según los autores (tesis de la subordinación jurídica o personal, de independencia económica, de la subordinación como miembro perteneciente a una clase social, de la subordinación como miembro perteneciente a una categoría profesional determinada etc.). Además, una parte de la doctrina preconiza la distinción del contrato de trabajo de la contratación de servicios, prevista por el Código Civil, sosteniendo que la noción de contrato de trabajo implica la idea del derecho a la existencia proclamada por la Constitución de 1946, idea extraña a la concepción civilista en base a lo cual se fundó la noción de contratación de servicios. Pero, con mayor frecuencia, las dos expresiones son utilizadas independientemente, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

El hecho más importante es que, en Japón, el criterio de "subordinación" o de "trabajo subordinado" es hoy el que se utiliza con mayor frecuencia, ante todo y sobre todo, con vistas a la calificación del "trabajador a los fines de la ley, sobre normas de las condiciones de trabajo" más que a la distinción entre el contrato de trabajo y los otros contratos que impliquen igualmente una prestación de servicios. Dicho de otro modo, según una tendencia reciente cada vez más dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se preconizó que un proveedor de servicios se benefició con la aplicación de las leyes protectoras de trabajo, desde el momento en que hace reconocer su estado de subordinación, sin tener en cuenta mucho de la naturaleza del vehículo contractual que lo compromete con su contratante. Así, el proveedor de servicios aparentemente ligado por un contrato de mandato o de empresa puede ser considerado como un trabajador según las leyes protectoras del trabajo, cuando las circunstancias concretas de su compromiso permiten desentrañar el carácter de

su trabajo subordinado; por ejemplo, en el caso en que su prestación de servicios era, de hecho, estrictamente dirigida y controlada por su pseudo-mandante, en el caso en que su trabajo era ejecutado desde hacía mucho tiempo y casi únicamente por un patrón determinado que le pagaba una remuneración mensual independientemente del progreso del trabajo, asumiendo, al mismo tiempo el riesgo económico, etcétera.

Por ello, a pesar de una discusión aparentemente bastante viva en la doctrina, el problema de la búsqueda de un criterio distintivo del contrato de trabajo sólo tiene, de ahí en más, una importancia secundaria para la solución de cuestiones prácticas en vista de la aplicación de las reglas relativas a las relaciones individuales de trabajo. En cuanto al origen de esta nueva tendencia de solución, preconizada por la doctrina y ampliamente adoptada por la jurisprudencia, hay que señalar la existencia de un segundo plano económico y social (*arrière plan*) que trajo como consecuencia, sobretudo desde los años 60 con el crecimiento rápido de la economía, una cierta movilidad y penuria de la mano de obra como también la aparición de modalidades particulares del empleo y nuevas categorías de trabajadores, en opinión de quienes, a veces, es delicado dar una calificación neta de la naturaleza jurídica del contrato: diversos tipos de trabajadores a domicilio, a tiempo parcial o beneficiarios de una flexibilidad de la duración del trabajo, diferentes categorías de viajantes o *prospecteurs* de comercio (cuyo número aumentó considerablemente con el desarrollo de nuevos sistemas comerciales de locación-venta, *leasing*, etc.), cobradores que hacen recorridas para recoger las facturas o empleados encargados de registrar las cifras de consumos de gas, electricidad o agua que reciben comisiones, asalariados reembolsados después de su retiro (jubilación) obligatorio a una edad fija, a título de consejeros técnicos fuera del escalafón, beneficiarios de una cierta libertad en el ejercicio de su tarea, etcétera. Teniendo en cuenta que, quizás es demasiado superficial encasillar las relaciones entre los contratantes en una y otra categoría de tipos clásicos de contratos, la doctrina y la jurisprudencia tienden cada vez más a resolver, en favor de los proveedores de servicios los problemas concernientes a la aplicación de las

reglas de leyes protectoras del trabajo, sin insistir en la calificación contractual, recurriendo directamente a la apreciación del estado de subordinación personal o económico de estos proveedores de servicios según sus co-contratantes.

LA CONCLUSION DEL CONTRATO DE TRABAJO

A. CONDICIONES DE FONDO

1) Las partes

El empleador puede ser una persona física o una persona moral. Por el contrario, el asalariado sólo puede ser una persona física, en efecto, él mismo debe proveer el trabajo y no puede, sin consentimiento del empleador, sustituirse en un tercero (art. 625, Cód. Civ.).

Ahora bien, como lo hemos hecho notar precedentemente, en Japón, la noción de trabajador —tanto como la de empleador— es normalmente examinada, no tanto como parte del contrato de trabajo, sino con referencia a la calidad de trabajador (o de empleador) en el sentido de la “ley sobre las normas de las condiciones de trabajo” y existe una neta tendencia a ampliar esa noción a favor de los proveedores de servicios para la aplicación a ellos de las reglas protectoras del trabajo. La tendencia hacia una solución de este género está generalmente considerada como justificada y sostenida en la doctrina, y adaptada igualmente a la jurisprudencia, dado que, por una parte, la ley sobre las condiciones del trabajo, nos dice precisamente que se aplica sólo a las partes del contrato de trabajo y que por otra parte existe, en la práctica, toda una serie de casos de contratos que tienen por objeto la provisión de servicios que sería demasiado artificial clasificarlos categóricamente en la familia del contrato de trabajo.

El *status* (estado) de subordinación, criterio de aplicación de las leyes protectoras del trabajo puede ser designada y apreciada no sólo en el plano individual sino también colectivamente, excediendo así el marco tradicional del contrato de trabajo. Según una

solución jurisprudencial, en lo atinente a la prestación de servicios por una colectividad de trabajadores formando grupo o equipo en cuyo seno los miembros son intercambiables o reemplazables, se decidió que el empleador utilizador de los servicios sea considerado como empleador de los miembros de ese grupo en el seno de la ley sobre condiciones de trabajo, cuando ese grupo está constante y casi únicamente al servicio del llamado utilizador y que también existen, en realidad, lazos de trabajo subordinado entre los miembros de ese grupo con el utilizador, sin tener en cuenta la naturaleza o la forma jurídica de las relaciones que los unen. Lo mismo sucede, por ejemplo, para los casos de relaciones entre una compañía de difusión de radio-televisión y los grupos orquestales o corales que están de continuo al servicio de esa compañía.

Como un proveedor de servicios puede ser un trabajador en el sentido de las leyes protectoras del trabajo, sin ser parte necesariamente de un contrato de trabajo, su co-contratante puede del mismo modo ser empleador sujeto responsable de las prestaciones de dichas leyes, sin ser parte de un contrato de trabajo. Aun fuera de los casos en que un utilizador de mano de obra es considerado como empleador por el efecto directo o automático de la amplitud de la noción de trabajador, encontramos otros casos en los cuales el utilizador de mano de obra es tomado como empleador a los fines de las leyes protectoras del trabajo, independientemente de la existencia del contrato de trabajo; por ejemplo:

— La ley prevé, en lo concerniente a la reparación de los accidentes de trabajo, en vista de proteger a los trabajadores de las empresas de subcontratación, que el empresario principal es considerado como el empleador a los fines de la reparación de los accidentes, y que si está previsto en el contrato celebrado entre el empresario principal y el subcontratante, que la ocupación incumbe a este último, también será considerado como empleador; en este último supuesto, el empresario principal puede en caso de demanda por reparación, invitar al trabajador a reclamar su pago, primero al subcontratante salvo que éste sea insolvente o haya desaparecido (art. 87 Ley de Condiciones de Trabajo);

— Por una jurisprudencia que consagra una teoría llamada

La negación de la personalidad moral", se decidió, en lo referente a los trabajadores de una empresa filial, que la empresa madre es considerada como el empleador responsable de las relaciones de trabajo en el sentido de las normas sobre condiciones del trabajo, cuando la utilización de la personalidad moral por la empresa filial es puramente ficticia y abusiva.

2) Capacidad

El problema de la capacidad en la práctica sólo se planteó para los menores. Es muy raro que un incapaz forme parte de un contrato de trabajo, salvo el caso en que adquiere la situación de empleador por sucesión. Por otra parte, el problema no se plantea más respecto de las mujeres casadas, ya que su capacidad se reconoció en 1947.

Menores

XI. La mayoría, está fijada en los veinte años cumplidos (art. 3º, Cód. Civ.). De todas formas, se lo reputa mayor después de su casamiento, la edad de la pubertad es de dieciocho años cumplidos para el hombre y dieciseis cumplidos para la mujer (arts. 731, 753, Cód. Civ.).

Cuando un menor concluye un contrato de trabajo a título de empleado, está sometido a las reglas del Derecho común: puede celebrarlo con el consentimiento de su representante legal (su padre, o madre que ejerza la patria potestad, o su tutor) (arts. 4º, 823 y 857, Cód. Civ.) o es este último quien lo hace en el lugar y representación del menor con el consentimiento de éste (arts. 824, 859, Cód. Civ.). Pero, para el supuesto de que el menor autorizado para explotar él mismo uno o varios negocios de carácter lucrativo, es íntegramente capaz, en virtud del artículo 6º del Código Civil, de realizar los actos jurídicos necesarios a tal fin, incluidos los contratos de trabajo.

En cuanto al trabajador menor, la edad mínima permitida para ocupar un trabajo remunerado se fijó en 15 años; los adolescentes menores de esa edad, en principio no pueden ser empleados asalariados (art. 56 párr. 1º, Ley de Condiciones de Trabajo). De

todas formas, una excepción es reconocida para los menores de más de 12 años de edad; pueden ser empleados para trabajos ligeros en las empresas no industriales previstas por la ley (arts. 8º, 6º y 17, Ley de Condiciones de Trabajo) con la condición de que esos trabajos no sean perjudiciales a su salud y bienestar y que los mismos tengan lugar fuera de las horas de clase y con la autorización de la autoridad administrativa competente. Además, los niños menores de 12 años pueden ser empleados bajo las mismas condiciones en las empresas de producción cinematográfica o de espectáculos teatrales (art. 56, párr. 2º, Ley de Condiciones de Trabajo). De todos modos, es dable notar que, según la opinión doctrinaria dominante, el contrato que permite hacer actuar al niño en cine o teatro no entra en la categoría de contrato de trabajo, sería un contrato *sui generis* innominado (ver *infra*).

Para celebrar un contrato de trabajo, el trabajador menor debe tener el consentimiento de su representante legal, conforme las reglas del derecho común. Por el contrario, un principio del derecho civil, que permite al representante legal del menor realizar los actos jurídicos en nombre de este último, está expresamente considerado en el artículo 58 de la ley sobre las condiciones de trabajo: para prevenir los abusos susceptibles de ser cometidos por los padres, el artículo 58 de la ley dispone que el padre, madre o tutor no pueden celebrar un contrato de trabajo en nombre de los menores (párr. 1º); además el padre o la madre, el tutor o la autoridad administrativa competente están autorizados a anular para el futuro un contrato de trabajo, si estiman que lesiona al menor (párr. 2º). El interés práctico de este artículo reside esencialmente en el reconocimiento del derecho de anulación a la autoridad competente (director u oficina local de la inspección del trabajo), pues un contrato que lesiona al menor corre el peligro de ser celebrado por la iniciativa de sus mismos padres. Se admite que el ejercicio de este derecho de anulación no está sometido a ningún preaviso.

Por otra parte, con el mismo espíritu protector a favor de los adolescentes y contrariamente a las reglas del derecho común, el artículo 59 de la ley sobre las condiciones de trabajo, prevé que el menor goza del derecho de percibir su salario personalmente y

que el padre, la madre o tutor no pueden cobrar por procuración el salario ganado por el menor ¹.

3) Consentimiento

XII. No existen reglas propias para el contrato de trabajo y el contrato típico de “contrato de adhesión” no está reglamentado en forma general.

El consentimiento tácito puede constituir también la fuente jurídica del compromiso del trabajador y es ahí donde se encuentra el fundamento de la fuerza obligatoria reconocida al reglamento interno de la empresa. Sin embargo, se manifiesta una cierta desconfianza, tanto en la ley como en la jurisprudencia, desde el punto de vista del consentimiento intercambiado entre empleador y trabajador tomados aisladamente. En la jurisprudencia, se destaca una cierta tendencia a preferir, a menudo, por la motivación de sus decisiones, un recurso a la fuerza normativa del “uso profesional” antes que la ficción jurídica del consentimiento tácito por el trabajador. En el plano legislativo está previsto que todo contrato de trabajo que fije condiciones de trabajo inferiores a las establecidas por la ley es nulo en lo concerniente a dichas condiciones, y en caso similar, las disposiciones tachadas de nulidad son reemplazadas por las disposiciones de la ley (art. 13, Ley de Condiciones de Trabajo). Por otra parte, teniendo en cuenta la “debilidad” del consentimiento otorgado por el trabajador indivi-

¹ Como se dijo más arriba, los niños menores de 12 años pueden ser empleados en las empresas de producción cinematográfica o de espectáculos, pero no tienen la capacidad de juzgar el sentido del contrato; por ello, la doctrina considera que el contrato por el cual el niño es empleado como actor no es un contrato de trabajo, sino un contrato *sui generis* innominado, celebrado entre el empleador y el representante legal del menor; por ese contrato el representante legal está obligado a dejar actuar al niño según las instrucciones del empleador, quien se obliga a su vez, a pagar una remuneración al menor, de modo que el mismo niño no está obligado a actuar, pero si lo hace, el derecho a la remuneración nace para su beneficio; de todas maneras como el menor está privado de capacidad para juzgar la recepción de la remuneración, es su representación legal quien está autorizado a recibirla, a pesar del art. 59 de la ley sobre las normas de las condiciones de trabajo.

dual, la misma ley hace intervenir la voluntad colectiva de los trabajadores, especialmente cuando el empleador desea obtener una derogación de las normas establecidas por la ley; por ejemplo, cuando el empleador quiere que los trabajadores realicen horas suplementarias o un trabajo en día de descanso, previamente debe haber celebrado un acuerdo a ese efecto, ya sea con el sindicato compuesto por la mayoría de los trabajadores de su establecimiento, o con los representantes de la mayoría de los trabajadores en defecto de tal sindicato, y con la condición de que el acuerdo escrito sea sometido a la aprobación de la autoridad administrativa competente (art. 36, Ley de Condiciones de Trabajo) ².

El contrato de trabajo puede, en principio fijar libremente las condiciones de trabajo superiores a las normas legales pero aun dentro del marco de esa libertad contractual originaria, pueden darse casos en los cuales el consentimiento individual sea considerado como ilegal; por ejemplo, cuando el empleador acuerda, para el juego contractual a uno o varios trabajadores, ciertas ventajas que no les da a otros, con una intención de discriminación anti-sindical, tales estipulaciones constituyen un acto de “práctica desleal del trabajo” (*futo-rodo-koi*), similar a una *unfair labor practice* americana, prohibido por el artículo 7º de la ley sobre los sindicatos, que abre el derecho a los trabajadores perjudicados a reclamar al empleador un tratamiento igual. Sin duda, normalmente no sería fácil demostrar la intención discriminatoria del empleador, pero sobre ese punto el sistema japonés de empleo calificado de “contratación por tiempo indeterminado” o “de por vida” y “principio de salario por antigüedad” que describimos precedentemente juegan un rol benéfico facilitando considerablemente la tarea de la administración de pruebas difíciles *a priori*. En efecto, en función de este sistema de empleo y del carácter de contrato de adhesión que reviste el contrato de trabajo,

² En lo concerniente al efecto de tal acuerdo, generalmente se admite que el mismo libera al empleador de las restricciones de normas legales relativas a las horas de trabajo, no le da automáticamente el derecho de hacer trabajar a los asalariados involucrados; el empleador debe obtener para hacerlo, el consentimiento de cada asalariado, quien tiene perfectamente el derecho de negarlo.

Las condiciones de trabajo se tornan doblemente homogéneas en una misma empresa según las categorías de los trabajadores (por su naturaleza incomparable con relación a lo que pasa en la mayoría de la mayor parte de los países occidentales); gracias a este sistema, la conformidad general hace que las diferencias excepcionales se destaquen fácilmente, de la misma forma sucede con la intención oculta del empleador.

En cuanto a los vicios del consentimiento, normalmente los que encontramos en la práctica son el dolo y la lesión. Para el dolo la jurisprudencia adopta en general una solución favorable al trabajador; el problema reside, a menudo, respecto de la declaración fraudulenta sobre los antecedentes que registra el trabajador, efectuada antes de vincularse contractualmente con relación, ya sea a sus títulos o diplomas escolares o a su carrera profesional.

No obstante esta declaración fraudulenta, a menudo los tribunales rechazan la pretensión del empleador y juzgan el despido del trabajador como ilegítimo; por ello el empleador no se preocupa suficientemente en verificar la declaración del trabajador, o que la declaración fraudulenta del mismo no tiene una gravedad tal como para que constituya un intento contra los servicios convenidos.

En Japón no existe la noción de lesión, en las normas del derecho común, pero en el derecho del trabajo una disposición legal particular en la Ley sobre condiciones del Trabajo, prevé, a la lesión que el trabajador padece a causa del desconocimiento del empleador, al momento de celebrar el contrato, respecto de su obligación de precisar las condiciones de trabajo. El artículo 15 dispone que, fuera de la conclusión del contrato, el empleador debe especificar las condiciones relativas al salario, a las horas de trabajo, etcétera. Cuando dichas condiciones no responden a la realidad, el trabajador puede rescindir el contrato sin preaviso y, en este caso, el empleador debe soportar los gastos de viáticos si el trabajador, para asumir sus tareas había cambiado su residencia y, como consecuencia de la rescisión, vuelve a su lugar de origen en los catorce días que siguen a la misma.

4) Objeto y contenido

Las relaciones individuales de trabajo son normalmente establecidas por el contrato de trabajo, pero el contenido material de las mismas está fijado, por lo general, directamente por los factores extra-contractuales (leyes, convenciones colectivas, reglamentos internos, usos profesionales). Todo contrato de trabajo que fije condiciones inferiores a las establecidas por la ley, convención colectiva o reglamento interno aplicable a la empresa, es nula en lo relativo a dichas condiciones, y la parte anulada es reemplazada por las disposiciones adecuadas a las leyes, convenciones o reglamentos (arts. 13 y 90, Ley de Condiciones de Trabajo; art. 16, Ley de Sindicatos). Asimismo, el contrato, evidentemente, no puede tener un objeto o contenido ilícito, aunque el efecto pueda ser diferente. Además, la ley sobre condiciones de trabajo, —a través de normas que salvaguardan la integridad y dignidad personal del trabajador—, prohíbe estipular, en el contrato de trabajo, ciertas condiciones susceptibles de provocar un estado de sometimiento de este último, a causa de las necesidades económicas.

a) *Objeto o contenido ilícito*

XIII. Va de suyo que el contrato de trabajo no puede tener un objeto contrario a las disposiciones legales imperativas, al orden público o a las buenas costumbres. El contrato, en principio, es nulo en su conjunto, y ninguna de las partes contratantes puede reclamar la ejecución a la otra. Por ejemplo, contratación para la fabricación de cosas prohibidas (estupefacientes, moneda falsa, etc.) o para el ejercicio de una actividad prohibida (prostitución, contrabando, etc.). Sin embargo, cuando el carácter ilícito del objeto (o de la causa) del contrato no está del lado del trabajador, se tiende a reconocer a este último el derecho a reclamar un salario como contrapartida de la prestación de trabajo legal en sí mismo (por ej. la cláusula de salario ilegal cuando se estipula el pago en moneda extranjera).

Por otra parte, cuando sólo es ilícita una cláusula que no constituye el elemento esencial del contrato, la nulidad la afecta

únicamente a ella, sin que el contrato nulo en su conjunto. Lo mismo sucede, por ejemplo, para la cláusula que estipule la extinción del contrato para el supuesto de que el trabajador contraiga matrimonio. La validez de una cláusula semejante, condición de mantenimiento del contrato, será juzgada normalmente, según sea o no racional, teniendo en cuenta la naturaleza del empleo del asalariado. Según la jurisprudencia, son muy raros los casos en que la cláusula de extinción del contrato por matrimonio del trabajador sea racional; en consecuencia, la misma está viciada de nulidad, sin convertir en nulo al contrato en su conjunto.

b) *Prohibición legal de ciertas cláusulas*

XIV. 1) Prohibición de fijar una tasa indemnizatoria por daños causados por el trabajador.

Según el artículo 16 de la ley sobre condiciones de trabajo, le está prohibido al empleador incluir en el contrato, fijando de antemano, tanto las sumas que le serían abonadas en caso de inejecución del contrato, como el monto de la indemnización que le sería debido en caso semejante, a título de daños y perjuicios. Se considera que el dador de trabajo no puede incluir tal disposición, no sólo con el trabajador sino tampoco con las personas que ejercen la autoridad paternal sobre el trabajador menor o aquél que prestó caución a favor del mismo.

2) Prohibición de operar retenciones sobre los salarios para cubrir adelantos.

Con el mismo espíritu de prevenir el peligro de sometimiento personal, el artículo 13 de la ley prohíbe al empleador operar retenciones sobre los salarios a fin de recuperar las sumas adelantadas o todos otros adelantos consentidos en el marco de las condiciones convenidas. Pero el fin de esta disposición es el de impedir la formación de un lazo directo entre la obligación de trabajo y el crédito de una suma de dinero adelantada, haciendo nacer una situación servil para el trabajador; entonces, no está prohibido establecer relaciones de préstamo entre el empleador y el trabajador, independientemente de la obligación de trabajo. La prohibición tampoco es aplicable al caso, en que el crédito acordado por el empleador al trabajador se reembolsa en cuotas fuera

del pago del salario, en tanto este reembolso se efectúe por el trabajador voluntariamente.

3) Prohibición de depósitos obligatorios.

Según el artículo 18 de la ley, el empleador no puede subordinar la celebración del contrato a la de un contrato de depósito o uno que prevea la guarda del certificado de ahorro del trabajador (párr. 1º). Y, aun en el caso en que el empleador conserve los depósitos libremente confiados a su guarda por el trabajador, la ley lo reglamenta sometiéndola a condiciones estrictamente determinadas. Primero, el dador de trabajo debe celebrar un acuerdo escrito a ese efecto con el sindicato compuesto por la mayoría de trabajadores de su establecimiento o con representantes de la mayoría de los mismos en defecto de sindicato semejante, y debe someter ese acuerdo a la aprobación administrativa competente (párr. 2º). Seguidamente, debe establecer un reglamento fijando el método según el cual asegurará la conservación y llevarlo a conocimiento de los trabajadores (párr. 3º). Asimismo, debe pagar un interés de acuerdo a la tasa fijada por decreto (actualmente 6% anual) (párr. 4º). Finalmente, debe permitir a los trabajadores el libre retiro de los depósitos sin dilación, al momento en que estos últimos lo soliciten (párr. 5º). Cuando el empleador contraviene notoriamente su obligación de permitir a los trabajadores el libre retiro sin demora, la autoridad administrativa competente puede ordenar la cesación de la guarda de los depósitos y su restitución a los trabajadores (párrs. 6º y 7º).

B. CONDICIONES DE FORMA

XV. Al pertenecer el contrato de trabajo a la categoría de los contratos consensuales, su forma es, en principio, libre: puede ser concluido por escrito o verbalmente, y aun tácitamente. Y, en la práctica, ningún escrito es erigido, normalmente, como contrato de trabajo al momento de la contratación.

Sin embargo, en lo atinente a los marinos, cuando los contratos son celebrados, las condiciones de trabajo y cualquier modificación de las mismas deben ser redactadas e inscriptas en el registro de marinos que posee cada navío (art. 36, ley sobre

marinos) y, seguidamente, el registro debe ser sometido a la aprobación de la autoridad administrativa competente (arts. 37 y 38). Por otra parte, para los trabajadores de la industria de la construcción y de empleos públicos, el empleador está obligado a extender un escrito precisando la duración de su vínculo y la naturaleza de sus servicios fuera de su contratación (art. 7º, ley sobre el mejoramiento de empleos de los trabajadores de la construcción y de empleos públicos). Aunque no existe una disposición legal de carácter general, la doctrina considera que la cláusula de no competencia que produzca sus efectos después de la cesación del contrato de trabajo, debería ser constatada de una forma precisa por escrito, para ser válida.

C. LAS MODALIDADES Y EL PROCEDIMIENTO DE LA CELEBRACION DEL CONTRATO DE TRABAJO

1) Término

XVI. El contrato de trabajo puede ser concluido por tiempo determinado o sin limitación del mismo. En lo atinente al primer supuesto, fue previsto en el Código Civil, con vistas a prevenir el peligro de una sujeción demasiado prolongada para el trabajador, la cual, cuando supera los cinco años o continúa hasta la muerte de una de las partes o de un tercero, cada una de ellas puede, al cabo de cinco años, rescindir el contrato en cualquier momento (art. 626, Cód. Civ.). La ley sobre condiciones de trabajo, acortando la duración máxima que las partes contratantes pueden convenir para el contrato por tiempo determinado, dispone que los contratos de trabajo, a excepción de los que pasaron por una duración indeterminada, no pueden ser concluidos por un período superior a un año. Sin embargo, se acepta una excepción para el caso en que es necesario un cierto tiempo para la ejecución de una obra (art. 14). Se permite entonces a las partes, la reconducción del contrato a la expiración de cada período, por una duración fija en el límite legal de un año como máximo. Asimismo, el contrato concluido por término superior al mencionado, puede ser conva-

lidad como contrato por un año, en virtud del artículo 13 de la ley sobre condiciones de trabajo. Finalmente, en base al artículo 629 del Código Civil, cuando ha expirado el término convenido, y la prestación de servicios continúa a sabiendas y sin oposición del empleador, se presume la conversión del contrato en uno por tiempo indeterminado, en virtud de su tácita reconducción.

Este principio de la fijación del plazo que no puede superar un año admite las siguientes excepciones:

— Cuando es necesario emplear a un trabajador por su formación profesional conforme a la ley 64 de 1969 relativa a esta formación, se permite fijar el término del contrato por cuatro años como máximo, mas normalmente se celebre por tres años (art. 70).

— Asimismo, “en los casos en que es necesario un cierto período para la ejecución de una obra” (art. 14 *in fine* Ley Cond. de Trab.). Por ejemplo, se permite celebrar un contrato por dieciocho meses cuando puede preverse la construcción de un edificio en dieciocho meses de trabajo, siempre y cuando se precise expresamente esa duración en el contrato.

Para el problema de saber si se permite o no celebrar contratos por término incierto correspondientes a la conclusión de una obra, algunos admiten la estipulación de ese término para el caso en que la fecha de finalización de la obra pueda ser previsto objetivamente a medida que se progresa en los trabajos; es decir que los trabajadores pueden prever con suficiente anticipación, la fecha de la expiración de su contrato de trabajo.

Pero la mayoría de los autores tiende a no admitir el plazo incierto: según unos, los trabajadores pueden, en todo momento, poner fin a su contrato, cuando los trabajos se continúan pasado el año (arg. art. 14) y, por otra parte, tienen derecho a un preaviso cuando los trabajos se terminan en menos de un año. Según los otros, el contrato de plazo incierto debe ser considerado pura y simplemente como contrato por tiempo indeterminado, las cargas y riesgos resultantes de la variación eventual de la duración de los trabajos deberán ser soportadas enteramente por el empleador.

2) Decisión oficiosa de empleo

XVII. En las empresas donde se estableció el sistema de contratación de por vida y del salario por antigüedad, corrientemente se adoptó un procedimiento de empleo bastante particular. En esas empresas, salvo para los trabajadores temporarios y ocasionales, el reclutamiento de trabajadores “regulares” sólo se hace normalmente una vez por año: una selección llamada “de exámenes de ingreso a la empresa”, destinado a los estudiantes del último año de escolaridad, tiene lugar en otoño, generalmente, es decir, cinco o seis meses antes de la finalización de sus estudios. El empleador notifica su decisión oficiosa de empleo (contratación) (*saiyo-naitei*) a los candidatos admitidos (*naitei-sha*) y de ahí en más, estos últimos son llamados cada tanto, fuera del horario escolar, para efectuar prácticas. Después de su entrada oficial a la empresa (normalmente a partir del 1º de abril ya que el año escolar termina el 31 de marzo), los nuevos reclutados son sometidos a períodos de prueba (en general de dos a tres meses para las categorías subalternas y de seis meses para las superiores), y al cabo de este período, se establece, finalmente el vínculo de “compromiso definitivo” (*hon-saiyo*). En efecto, los trabajadores obtienen una garantía de empleo y de remuneración a título de “regulares” y el precio es la sumisión a este procedimiento de empleo que se extiende por un tiempo bastante largo, vigilado de cerca por el empleador. Tal sistema de reclutamiento sería netamente ventajoso para el empleador y traería aparejado también riesgos de atentar contra los intereses de los trabajadores, si el empleador pudiera arrepentirse de la decisión inicial antes del compromiso definitivo. Sin duda, el empleador no osaría retractar su “decisión oficiosa de empleo” sin una razón lo suficientemente grave, pues eso opacaría la reputación de la empresa y de ahí en más haría difícil atraer buenos elementos entre los nuevos diplomados fuera del reclutamiento. Sin embargo, a menudo sucede que el empleador retracta su decisión inicial antes de la entrada oficial del trabajador a la empresa, y que el estudiante, privado también del empleo con que contaba, cuestiona la legitimidad de la retractación del empleador y exige su integración a

la empresa. El problema se plantea, entonces, al determinar la naturaleza jurídica de la decisión oficiosa de empleo.

La doctrina sostuvo tesis diferentes, a este respecto: promesa en vista a la celebración del contrato con posterioridad, contrato innominado previo al principal, comienzo del procedimiento de la celebración del contrato (constituido por el conjunto de procesos seguidos entre la decisión oficiosa y la contratación definitiva al término de la prueba), conclusión del contrato principal con una condición suspensiva (hasta la finalización de los estudios del trabajador) o una condición resolutoria (ruptura en caso de que el trabajador no logre finalizar sus estudios), celebración del principal retardando simplemente la fecha del comienzo de la prestación de servicios, etcétera. A pesar de esta diversidad de posturas, se percibe una tendencia general que intenta aplicar a esta práctica patronal de reclutamiento, reglas protectoras relativas al contrato de trabajo. La jurisprudencia se alinea igualmente en esta opinión. Recientemente, distintas decisiones de jurisdicciones de 1ª Instancia o de apelación, adoptaron la tesis de la celebración del contrato principal retardando la fecha del comienzo de la prestación de servicios con un derecho a favor del empleador, de rescindir de una forma más amplia que antes, el compromiso definitivo al término del período de prueba. El empleador puede ejercer su derecho de despido inmediato, no sólo para el caso en que el trabajador no llegue a finalizar sus estudios antes de la fecha prevista para el comienzo de la prestación de servicios, sino también cuando existen hechos lo suficientemente importantes como para comprometer la contratación definitiva; por ejemplo una falsa declaración sobre las materias esenciales para la apreciación de la persona del trabajador, la ineptitud del mismo revelada en el curso de la práctica, el acaecimiento de un evento nuevo y grave que torne imposible la contratación de servicios tales como la lesión o enfermedad de una gravedad importante, un acto criminal o delictual grave cometido por el trabajador, un cambio imprevisto y grave en la situación económica de la empresa, etcétera. Por el contrario, la retractación del empleador en su decisión inicial es atacada de nulidad cuando fue tomada sin ningún motivo legítimo y, por lo tanto, el empleador debe integrar

a la empresa al trabajador interesado, en la fecha prevista para la prestación de servicios.

3) Período de prueba

XVIII. Cada vez con mayor frecuencia, el empleador, antes de contratar definitivamente a un trabajador, lo somete a un período de prueba. Las modalidades varían según las empresas y la duración es diferente, en especial, según las categorías profesionales de trabajadores (normalmente dos o tres meses para las subalternas y seis para las superiores). De idéntica forma que para la decisión oficiosa de empleo, se han presentado diferentes tesis para el análisis de la naturaleza jurídica del período de prueba: del contrato particular previo al principal, del principal bajo condición suspensiva o resolutoria, del principal que se consolida progresivamente en el curso del período de prueba, etcétera. Según la mayoría de las recientes decisiones jurisprudenciales que admiten, en principio, la existencia de un contrato principal, es decir, consideran que las partes celebran desde el comienzo, un contrato de trabajo único que comprende una primera fase de prueba; el rasgo esencial del compromiso durante la prueba consiste en que, cada parte contratante se reserva, salvo estipulación expresa en contrario, una amplia facultad de rescisión unilateral de la relación contractual. Sin embargo, esta facultad específica en cuanto trae aparejada la de despedir, está doblemente sometida a restricciones. Primero, el empleador debe respetar la obligación legal de preavisar, al menos por un mes cuando quiera despedir al trabajador que está cumpliendo un período de prueba que exceda de catorce días (art. 21). Asimismo, la jurisprudencia estableció como regla, que el control del abuso puede intervenir aun durante el período de prueba; para negar al trabajador la contratación definitiva una vez pasado el período de prueba, es menester que el empleador invoque una razón objetiva y racional que permita apreciar negativamente la aptitud profesional del trabajador. El despido es nulo cuando no está motivado o está fundado en una razón extraña a la apreciación de la capacidad del trabajador, por ejemplo, discriminación fundada en la pertenencia

a un sindicato, en su opinión política o en las creencias del trabajador.

Durante el período de prueba, el trabajador debe someterse a la prueba impuesta por el empleador, pero sería suficiente con que probara sus capacidades; no estaría obligado a resarcirlo por los daños y perjuicios que pudiera causar al empleador aun por una falta grave (por ej., fabricación de productos defectuosos por un grave error), a menos que la falta sea intencional. Recíprocamente, por así decirlo, sería suficiente con que el empleador pagara un salario mínimo, salvo estipulación contraria (normalmente el salario del comienzo está especialmente fijado en la convención colectiva o el reglamento interno). Sin embargo, aun durante el período de prueba, todas las reglamentaciones legales del trabajo (duración, feriados, descanso) se aplican al trabajador; lo mismo sucede respecto de la seguridad social.

LOS EFECTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

A. OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR

1) **La prestación de servicios**

XIX. La obligación principal del trabajador consiste en ejecutar personalmente la prestación de servicios en las condiciones previstas en el contrato. No puede sustituirse por un tercero, sin el consentimiento del empleador; al mismo tiempo éste se compromete a recibir servicios y no puede ceder sus derechos a un tercero sin el consentimiento del trabajador (art. 625, Cód. Civ.). El trabajador debe ejecutar el trabajo con diligencia y lealtad. Si el contrato no fijó todas las condiciones relativas a la ejecución del trabajo, éste, en principio, deberá ejecutarse conforme a las directivas proporcionadas por el empleador; pero se plantean problemas, a veces, a propósito de la extensión del derecho de dirección. En efecto, cualquiera sea la misma, este derecho tiene límites que resultan de la ley, reglamento administrativo, convención colectiva, reglamento interno, uso profesional, tanto como

del principio de buena fe. Una serie de leyes y reglamentos administrativos sobre la higiene y seguridad del trabajo prevén en detalle las disposiciones relativas a la prevención de accidentes, como también trabajos peligrosos o perjudiciales. El empleador está obligado a respetar estas disposiciones y los trabajadores no están obligados a conformarse a las directivas que contravienen las normas. Según la jurisprudencia, el trabajador tampoco está obligado a obedecer las órdenes del empleador, en tanto los servicios convenidos traigan aparejados, por su naturaleza, ciertos riesgos, cuando presentan mayores peligros que lo normal. Los trabajadores, en principio, deben seguir los cursos y ejercicios prácticos relativos a su formación profesional, conforme las directivas del dador de trabajo. Pero tal como lo establece la jurisprudencia y la doctrina, no están obligados a asistir a cursos de educación ideológica o religiosa, a menos que se trate de asalariados de organismos o asociaciones para las cuales, semejante educación pueda ser considerada como una formación profesional indispensable.

Cuando, fuera de las horas normales de trabajo, en tiempo o días de descanso, los trabajadores son llamados a prestar servicios, en virtud de la autorización al empleador del artículo 33 para el caso de accidente u otra necesidad inevitable, en principio, deben responder, a menos que tengan razones suficientes para no efectuar las tareas. Pero, por el contrario, no están obligados a realizar horas suplementarias o a trabajar en tiempo o días de descanso cuando el llamado del empleador está motivado simplemente por los negocios de la empresa.

2) Otras obligaciones del trabajador

XX. Para los funcionarios públicos del Estado existen restricciones bastante severas para el caso de presentarse una acumulación de empleos o el ejercicio de actividades lucrativas (art. 96, 104, Ley Funcionarios Públicos del Estado), mas no sucede lo mismo respecto de los asalariados del sector privado. Sin embargo, en la práctica los reglamentos internos de las empresas contienen, con frecuencia, disposiciones que prohíben o limitan la

acumulación de empleos o el ejercicio clandestino de actividades profesionales. Estas prohibiciones o limitaciones se relacionan, en especial, con las obligaciones de no competencia o de no divulgación de secretos de fabricación. El asalariado debe abstenerse de entrar al servicio de una empresa competidora de su primer empleador, al superar el límite admitido por el uso profesional; cuando el asalariado hace caso omiso a tal abstención, el empleador puede reclamar al trabajador el cese de su actividad nefasta, y si éste no lo hace, puede legítimamente proceder a su despido inmediato. Por el contrario, con la cesación del contrato de trabajo, el trabajador puede ejercer libremente una actividad profesional aun entrando en competencia con su antiguo empleador, salvo estipulación contraria en particular, que no implique, por otra parte, un atentado al principio del libre ejercicio de la profesión (art. 22, Constitución).

Asimismo, el asalariado debe abstenerse de todo acto que traiga aparejado un riesgo de atentar contra el crédito u honor de su empleador. Aunque esta obligación no esté concebida como una "obligación general de fidelidad" a la manera del derecho alemán, se admite en la mayoría de los casos, que se hace más pesada en tanto el asalariado está más alto en la jerarquía de personal y que todo acto, aun en la vida privada del mismo, si lesiona al empleador, puede ser objeto de una de las sanciones disciplinarias previstas por el reglamento interno de las empresas, independientemente de los daños y perjuicios eventuales.

B. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR

1) El pago de salarios

a) *Noción de salario*

XXI. A los fines de la ley sobre condiciones de trabajo, se entiende por salario todo lo que es pagado como remuneración del trabajo, cualquiera que sea el nombre que tome ese pago (art. 11). Fuera de lo pagado para remunerar los servicios efectivamente previstos durante las horas de trabajo convenidas (salario de base,

primas por antigüedad, de asiduidad o de productividad, gratificaciones periódicas, etc.), el salario comprende también lo abonado para compensar el hecho de que el asalariado está en una situación de dependencia frente a su empleador (prestaciones familiares, indemnización por alojamiento o transporte, asignación por la privación del trabajo, etc.). Por el contrario, el pago a título de reembolso de gastos comprometidos en el ejercicio mismo del trabajo, no constituye salario (por ej., indemnización por gastos de viáticos de VRP, y gastos efectuados en las relaciones con los clientes).

En cuanto a las “indemnizaciones de retiro”, instituidas en el sistema del “salario por antigüedad”, que es una de las características de las relaciones del trabajo en Japón, la jurisprudencia reconoce, hoy día, que aquéllas, en principio, tienen el carácter de salario, salvo casos excepcionales —más bien raros— de puras liberalidades; su pago es analizado como pago diferido del salario, adquirido en razón de la duración de los servicios por un cierto lapso ³.

De todas formas, en la práctica, las condiciones de atribución de esas indemnizaciones son frecuentemente previstas por disposiciones detalladas en la conversión colectiva o reglamento interno. Mas, aun en ausencia de tal cláusula expresa, es suficiente con la atribución por el uso en el seno de una empresa, según la jurisprudencia, para que constituya un elemento del contrato de trabajo.

b) *Reglamentación del monto del salario*

XXII. El monto del salario está, en principio, determinado libremente por las partes contratantes, siempre que no sea inferior al mínimo legal conforme la ley en la materia (Ley 137 de 1959). Pero, normalmente, el reglamento interno o las convenciones

³ Las indemnizaciones por retiro son pagadas normalmente bajo la forma de dinero entregado una sola vez en un plazo de siete días a contar de la fecha de retiro de los trabajadores (art. 23, párr. 1º, Ley Condiciones de Trabajo); pero se considera que son pagables igualmente bajo la forma de pensión por acuerdo entre las partes.

colectivas son los que fijan las tasas mínimas a las cuales deben someterse los contratos individuales. Todo contrato individual contrario a dichas tasas es nulo y reemplazado automáticamente por aquéllas (art. 93, Ley Cond. de Trab.; art. 16, Ley de Sindicatos). Por el contrario, el contrato individual puede fijar un monto de salario superior al que resulta de la convención colectiva o reglamento, aunque eventualmente se reserva la sanción impuesta al empleador para el caso de infringir las obligaciones de igualdad de trato (arts. 3° y 4°), o bien si toma medidas discriminatorias antisindicales (calificadas de “práctica desleal de trabajo” art. 7°, Ley de Sindicatos). Además, en el establecimiento o local en que una convención colectiva ha efectuado una extensión de la aplicación de sus normas, todos los trabajadores de la misma categoría se benefician con idénticas tasas de salario (arts. 17 y 18, Ley de Sindicatos) ⁴.

El monto del salario no puede ser inferior al salario mínimo legal; el contrato que lo contraviene es nulo a ese efecto y se considera celebrado sobre la base del monto igual al salario mínimo (art. 5°, párr. 2°, Ley Salario Mínimo) ⁵.

⁴ Si, al menos, las tres cuartas partes de los trabajadores normalmente ocupados en trabajos de naturaleza similar en una fábrica u otro lugar, se hallan sometidos a una convención colectiva, el resto de trabajadores ocupados en tareas de naturaleza similar en la misma fábrica o establecimiento, estarán ligados *ipso facto* por esa convención (art. 17).

Si la mayoría de los trabajadores ocupados en una localidad determinada, en trabajos de similar naturaleza están sujetos a una convención colectiva, el ministro de Trabajo o el delegado, podrá decidir a requerimiento de cualquiera de las partes, y sobre la base de una decisión de la comisión de trabajo, que se extienda la aplicación obligatoria de la convención colectiva a todos los otros trabajadores ocupados en la misma localidad en trabajos de similar naturaleza, y a sus empleadores (art. 18, párr. 1°).

⁵ El salario mínimo está fijado por una de los siguientes procedimientos:

— Cuando la mayoría de los trabajadores ocupados, en una localidad determinada, en trabajos de naturaleza similar se encuentra sujeta a una convención colectiva, el Ministro de Trabajo decide, en base a la decisión del Consejo Nacional o regional interesado, extender la aplicación obligatoria de la cláusula relativa al salario mínimo de dicha convención, a todos los trabajadores ocupados en la misma localidad en trabajos de similar naturaleza, y a sus empleadores.

— Para los trabajadores ocupados en géneros de empresas, categorías profe-

Además se estableció una garantía a favor de los trabajadores sometidos al sistema de trabajo por piezas: cuando éste está empleado para trabajar por piezas o recibe un salario a destajo, el empleador debe garantizarle un monto determinado que corresponda a la hora de trabajo (art. 27 Ley Cond. de Trab.).

c) *Forma de pago: pago directo, en efectivo, integral, en fecha fija*

XXIII. Conforme el artículo 24, el empleador debe respetar, en cuanto a los modos de pago, cuatro principios fundamentales: pago directo, en efectivo, integral, y finalmente, en fecha fija.

1. *Pago directo*: Los salarios deben ser pagados directamente a los trabajadores. De acuerdo a una jurisprudencia bien establecida, aun cuando la cesión del crédito salarial por el trabajador a un tercero no está prohibida en sí misma, el principio del pago directo al trabajador se aplica siempre y el cesionario del crédito no puede reclamar al empleador el pago del salario en lugar del trabajador cedente.

2. *Pago en efectivo*: El pago mediante cheque no está admitido, porque implica un cierto riesgo. Por giro bancario, no admitido en otro tiempo, en la actualidad es reconocido como válido en condiciones estrictas: consentimiento del trabajador, giro hecho en la cuenta personal del trabajador y, finalmente, la posibilidad que tiene aquél de proceder al retiro inmediato al día de pago. La remuneración en especie, haciendo excepción al principio de pago en efectivo, sólo camina en el supuesto de reconocimiento expreso por parte de la ley, reglamento administrativo o convención colectiva (art. 24, párr. 1° y 2°). Mas, en el presente, no existe ninguna disposición legal o reglamentaria en ese sentido. Cuando una convención colectiva prevé la remuneración en

sionales o localidades determinadas que reciben salarios bajos, el Ministro de Trabajo decide el monto del salario mínimo tomando como base la decisión del Consejo Nacional y de los Consejos Regionales del salario mínimo. En la práctica, el primero fija un monto standard nacional —teniendo en cuenta el movimiento del costo de vida y la tendencia general de la suba de salarios— al cual uno regional puede hacer la modificación adecuada a la situación económica de la región en cuestión.

especie, también debe indicar claramente el valor estimado de las prestaciones a proveerse.

3. *Pago integral*: Los salarios deben ser abonados sin retenciones. En opinión de la jurisprudencia, el empleador, en ningún caso, puede ejercer una compensación entre el crédito del salario y un crédito que él posee con respecto al trabajador. Sin embargo, otra postura sostiene que el reglamento que pretende imputar al futuro salario, una suma que se ha pagado de más, debe ser hecho en vencimientos que sigan razonablemente a la fecha en que el excedente sobrevino y, además, por una suma y método que no hagan peligrar la estabilidad del trabajador, se entiende en su aspecto económico.

De todos modos, a título de excepción, el empleador puede retener una parte del salario para el supuesto en que sea autorizado por una disposición legal o reglamentaria (por ej.: impuestos directos sobre los salarios o cotizaciones del sistema de previsión social) o cuando el empleador celebra un acuerdo con el sindicato que comprenda la mayoría del personal o, en su defecto, con los representantes de la mayoría del personal (art. 24, párrs. 1° y 2° *in fine*). Semejante acuerdo debe establecerse por escrito, precisando los títulos que constituyen el objeto de la retención.

4. *Pago en fecha predeterminada*: El salario es pagadero varias veces por mes o por semana, con la condición de que la fecha sea establecida previamente; por ejemplo, para el salario mensual, una vez los días 15, dos veces los días 10 y 25 de cada mes y, para la remuneración semanal, una vez el sábado de cada semana. En otro sentido, en cuanto al salario mensual, no está permitido elegir una fecha aparentemente fija, pero variable según los meses (por ej.: el tercer jueves de cada mes). Sin embargo, en virtud del artículo 24, 2° párrafo, este principio no se aplica a los salarios extraordinarios (diversas asignaciones o indemnizaciones pagadas en ocasión de fiestas familiares o siniestros) o primas y otras remuneraciones similares determinadas por el artículo 5° del Reglamento de Aplicación de la Ley de Condiciones de Trabajo (es decir, las primas de asistencia o rendimiento o el salario suplementario, eventualmente asignados según la apreciación o el cálculo hecho por un período superior a un mes). Por

otra parte, cuando el trabajador desea obtener fondos para hacer frente a una situación excepcional, tal como nacimiento, enfermedad, accidente y otras circunstancias previstas en detalle en el reglamento de aplicación, el empleador debe pagarle los salarios adeudados antes de la fecha normal de pago (art. 25, Ley Condición de Trab.).

2) Otras obligaciones del empleador

XXIV. Cuando el dador de trabajo no procura una tarea efectiva a los trabajadores, éstos gozan tanto del derecho a la remuneración por el tiempo durante el cual su contrato es mantenido válidamente, como así también a los daños y perjuicios por lo sufrido, eventualmente, a causa de la desocupación (por ej. para un actor que recibió un atentado contra su popularidad a causa de la superación de la representación, no obstante la existencia del contrato). Mas en opinión de la jurisprudencia y doctrina dominantes, además, los trabajadores no pueden constreñir al empleador a que les procure un trabajo; por esa razón, la utilización de servicios es un derecho, mas no obligación para el empleador.

Las otras obligaciones a las cuales está sometido el empleador, además de la ejecución del contrato, son más bien legales que contractuales. El empleador debe respetar una serie de obligaciones relativas a la higiene y la seguridad del trabajo, fijadas en detalle por la reglamentación del trabajo. Asimismo, en virtud de las disposiciones de la Ley sobre Condiciones de Trabajo, el empleador está obligado a asegurar o pagar diferentes emolumentos o indemnizaciones en caso de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales: emolumento médico (art. 75), indemnización por actividad (art. 76), por incapacidad física (art. 77), por muerte (art. 79) y pago de gastos funerarios y de entierro (art. 80).

En cuanto a las enfermedades o accidentes ordinarios, pese a la ausencia de disposición legal en la materia, las convenciones colectivas o reglamentos internos frecuentemente contienen disposiciones que prevén diferentes medidas protectoras en favor de los trabajadores, en especial el mantenimiento de las relaciones

de empleo con el pago de salarios o indemnizaciones por una duración bastante larga (v. *infra* n° XXVI).

C. LA MODIFICACION DE LAS OBLIGACIONES NACIDAS DEL CONTRATO

1) El cambio de puesto y la delegación

XXV. El cambio de puesto de los trabajadores, en la práctica, puede apuntar a la formación profesional en el seno de la empresa, y el principio del salario por antigüedad permite al empleador gozar de una gran amplitud en la designación de trabajadores en diferentes tareas, en función de las necesidades de la empresa (v. *supra* nros. V y VI). No obstante, a veces ocurre que las directivas patronales relativas a la asignación de un trabajador a un nuevo puesto encuentran una resistencia por parte del mismo. Sobre todo, después de los años 60, en función de la rápida expansión de las actividades económicas y las aceleraciones de la racionalización de los medios de producción, las necesidades de la empresa aumentan tan rápidamente y exigen hacer cambiar más a menudo los puestos de los trabajadores de un establecimiento al otro. Así, cada vez con mayor frecuencia suceden casos en que los trabajadores cuestionan ante la justicia la legitimidad de las medidas patronales, la asignación arbitraria a los nuevos puestos, y el despido que sigue a la negativa opuesta por los trabajadores al cambio ordenado.

Durante mucho tiempo se consideró que el empleador poseía un derecho absoluto de disponer libremente del servicio de los trabajadores y que éstos estaban constreñidos a obedecer las órdenes de aquél, bajo pena de ser despedidos a título disciplinario.

Mas tal concepción del poder de dirección del empleador fue criticada. Actualmente, las opiniones concuerdan tanto en doctrina como en la jurisprudencia, al reconocer que el cambio de puesto del trabajador, en principio, está subordinado al consenti-

intento de este último, aunque exista divergencia en los puntos de vista respecto de las modalidades válidas del mismo.

Unos admiten que el empleador puede obtener previamente el consentimiento del trabajador, al momento de celebrar el contrato por medio de una estipulación a ese efecto, en especial mediante una disposición del reglamento interno. Otros, se oponen a la validez del mismo al ser previo y global, pues reconocer su validez significa, en la práctica, dar carta blanca al empleador para fijar y modificar las condiciones de trabajo. Sostienen que esto es contrario al espíritu del derecho del trabajo moderno, y expresan que el empleador debe obtener el consentimiento del trabajador cada vez que propone a este último la afectación a un nuevo puesto. Otra postura intermedia hace un distingo según categorías de trabajadores, admitiendo la validez del consentimiento previo, cuando se trate de asalariados que son tomados en la sede misma de la empresa como directivos o futuros directivos. Por el contrario, no admiten tal consentimiento cuando se trata de obreros o empleados subalternos para quienes la afectación a un nuevo puesto en otro establecimiento u otra sucursal sólo puede hacerse con el consentimiento del trabajador cada vez que se necesite dicho cambio.

La "orden de cambio de puesto", término tradicionalmente empleado, es analizado hoy día, como la simple proposición de una modificación de las condiciones del contrato por parte del empleador, que el trabajador no está obligado a aceptar. Aun cuando la negativa opuesta por este último autoriza al empleador a proceder al despido por vía ordinaria si el cambio se considera necesario para el buen funcionamiento de la empresa, en todo caso no podría constituir un hecho que justifique sanción disciplinaria, pues nadie está obligado a trabajar en condiciones que no le son convenientes. Asimismo, los tribunales hacen intervenir frecuentemente la noción de "abuso de derecho", a fin de condenar las medidas patronales de asignación a un nuevo puesto o despido, cuando están desprovistas de una razón válida resultante de las exigencias de buen funcionamiento de la empresa.

En cuanto a la delegación de los trabajadores a las empresas filiales, doctrina y jurisprudencia concuerdan unánimemente en

reconocer que el empleador está obligado a obtener el consentimiento expreso del trabajador cada vez que le demande tal modificación de las obligaciones resultantes del contrato.

2) Consecuencias de la imposibilidad temporaria de ejecución del contrato

XXVI. a) *Imposibilidad por parte del empleador*: en virtud de una norma de la ley sobre condiciones... está previsto que el empleador despida de inmediato y sin preavisar, sólo en el supuesto en que una calamidad natural u otro evento similar haga imposible el funcionamiento de la empresa (art. 20, párr. 1º, 2ª frase). No obstante ello, no existe disposición general que ordene al empleador mantener los contratos de trabajo en caso de imposibilidad temporaria de ejecución, resultante de problemas sobrevenidos en el funcionamiento de la empresa. Sin duda, en los hechos, el empleador no procedería normalmente al despido de su personal cuando esos inconvenientes sólo implicaran el deteniimiento temporario de la empresa o establecimiento, dado que el sistema de empleo de la “contratación por tiempo indeterminado o de por vida” y también el alto costo de las indemnizaciones por despido (calculadas según el baremo del salario por antigüedad) que debe pagar para despedir a los trabajadores. Aunque lo haga, los despedidos invocarían, ante la justicia, que la imposibilidad de ejecución es sólo temporaria y que el despido está desprovisto de razón; el tribunal exigiría entonces al empleador la justificación del despido y, si éste no lo diera, sería condenado por ejercicio abusivo del derecho a despedir.

En cuanto a los salarios durante el período de cese de actividades de la empresa, el artículo 26 prevé que “por cada cese de actividades que devino necesario por una causa imputable al empleador, éste abonará al trabajador una indemnización equivalente al 60% de su salario medio”. Se entiende por “causa imputable al empleador”, no sólo la que encuadra en la ordinaria noción civilista de “falta”, sino también la correspondiente al riesgo económico de la empresa, tal como la putrefacción de materias primas, falta de energía, dificultades financieras, etcéte-

ra. Esta “indemnización por cese de actividades” es considerada como un emolumento tendiente a asegurar la vida de los trabajadores, cuyo pago se impone al empleador bajo pena de multas y control de la autoridad administrativa (art. 119 Ley Cond. de Trab.). Agreguemos que, si la causa del cese constituye una falta del empleador en el sentido del derecho común (por ej. cierre de la empresa ordenado por la autoridad pública debido a una infracción reglamentaria), los trabajadores suspendidos tienen derecho a reclamar el monto de sus salarios al empleador, es decir, además de esta indemnización legal del 60%, el 40% restante.

b) *Imposibilidad por parte del trabajador*: en virtud de las normas sobre condiciones de trabajo, está prohibido al empleador despedir al trabajador víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, durante todo el período de tratamiento médico y en los treinta días que lo siguen (art. 19) y, por otra parte, el empleador está obligado a pagarle los gastos del tratamiento y la indemnización por inactividad equivalente al 60% del salario (arts. 75 y 76) (v. *infra* n° XXXV). En sentido opuesto, en las hipótesis de enfermedades o accidentes extraños al servicio, no existe disposición legal que prevea el mantenimiento del contrato, y respecto a las normas de los reglamentos internos o convenciones colectivas que los trabajadores, generalmente, se benefician con el derecho al descanso durante un cierto tiempo. La duración de la ausencia autorizada es variable según las empresas y determinada normalmente en función de la antigüedad del servicio. Los reglamentos y convenciones adoptan, muy a menudo, un sistema de mantenimiento de la totalidad de los salarios durante los primeros meses y, luego, la conservación del puesto sin emolumento en los meses siguientes; por ejemplo: tres meses (para trabajadores de una antigüedad de menos de tres años), seis meses (para quienes tienen una antigüedad de entre tres y diez años) o doce meses (más de diez años de antigüedad) con el mantenimiento de salarios, y luego de seis a dieciocho meses de conservación del empleo sin percibir remuneración alguna, según la antigüedad de servicio. En caso de enfermedades que requieren reposo particularmente prolongado, la duración de la licencia autorizada sin

goce de sueldo se extiende por un período de dieciocho a veinticuatro meses.

La duración de las licencias legales por maternidad es de doce semanas, lapso durante el cual está prohibido el despido (seis semanas antes y seis después del parto, art. 19). Los reglamentos internos y convenciones colectivas la prolongan, por lo general, por dos semanas más. Las disposiciones legales no obligan al pago de salarios durante la licencia, mas también en este punto, los reglamentos y convenciones prevén frecuentemente el mantenimiento de los salarios.

Según el artículo 7º, que garantiza a los trabajadores el ejercicio de sus derechos cívicos (v. *supra* n° IV), está prohibido al empleador despedir a trabajadores que son llamados a cumplir sus derechos cívicos o funciones públicas, cuando conllevan sólo una imposibilidad temporaria de ejecución del trabajo. Los contratos son mantenidos, entonces, y a pesar de la ausencia de disposiciones legales a este fin, las remuneraciones se pagan igualmente, gracias a las normas contenidas en los reglamentos, convenciones y uso profesional. Asimismo, para las funciones públicas o sindicales que demandan un período bastante prolongado de ausencia en el trabajo, la normativa precitada, a menudo contiene disposiciones que prevén la conservación de los puestos y, a veces, aún manteniendo el pago de las remuneraciones.

Los trabajadores también gozan del derecho a ausentarse por algunos días, manteniéndose el pago de sus salarios, por acontecimientos o asuntos personales; por ejemplo: muerte de parientes próximos (siete días por muerte de padre, madre o hijo, tres días por la de otros parientes hasta el tercer grado), en caso de matrimonio (cinco días por el del mismo trabajador, un día por el de sus hijos), en caso de nacimiento de un niño (dos días), incendio u otros siniestros (siete días para el jefe de familia, cuatro días para un soltero), etcétera.

Para concluir, señalemos que la huelga legítima no autoriza al empleador a proceder a la ruptura de los contratos de los huelguistas, pues el derecho de huelga está garantizado constitucionalmente (art. 28, Constitución) y el despido en caso de huelga

legítima constituye un acto caracterizado como “práctica desleal del trabajo” (art. 7º, Ley de Sindicatos).

Los contratos de trabajo de los huelguistas son, entonces, mantenidos en el curso de la huelga. En principio, los salarios no se pagan, pero sucede que, de ordinario, los huelguistas obtienen una “indemnización por retomar el trabajo”, cuando cesa la medida de fuerza.

LA EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO

A. DIFERENTES CAUSAS DE EXTINCION

1) **Acuerdo mutuo**

XXVII. El contrato de trabajo, sea por tiempo determinado o indeterminado, siempre puede ser disuelto por mutuo acuerdo. Pero, a veces sucede que la validez de tal disolución más tarde es cuestionada por el trabajador. En efecto, en la práctica, es bastante frecuente que la ruptura del contrato tome como forma la disolución por acuerdo mutuo en lugar de despido: antes de proceder a este último, el empleador sugiere al trabajador que presente su renuncia, prometiéndole una indemnización favorable; la “persuasión” es ejercida sobre el trabajador y también, eventualmente, sobre sus padres cuando se trata de un menor. El reclamo efectuado ulteriormente por el trabajador, es apreciado con libertad por los tribunales al decidir que, ni la renuncia por escrito, ni la recepción de una indemnización por ruptura constituyen necesariamente la prueba de la disolución del contrato y, teniendo en cuenta las circunstancias, admiten la nulidad del acuerdo por diferentes motivos: vicios del consentimiento (error, dolo, violencia), simulación, reserva mental, atentados al orden público o a las buenas costumbres (por ej. en caso de discriminación prohibida), acto calificado de práctica desleal de trabajo (medida antisindical).

2) Cumplimiento del plazo convenido

XVIII. Por definición, un contrato por tiempo determinado finaliza automáticamente cuando se cumple el término convenido. Sin embargo, se prevén derogaciones importantes a este principio. En virtud del artículo 21, el empleador está obligado a observar el plazo de preaviso legal de al menos un mes, aun si se trata de un contrato de trabajo por tiempo determinado, cuando el trabajador pertenece a una de las siguientes categorías:

— Trabajadores ocupados por la jornada y seguidamente empleados durante más de un mes sin interrupción;

— Trabajadores ocupados por un período que no supera los dos meses y empleados por más tiempo que el período fijado;

— Ocupados en un trabajo de temporada por un período que no supera los cuatro meses y empleado seguidamente por un mayor período que el fijado;

— Trabajadores que cumplen un período de prueba y ocupados durante más de catorce días.

Así, hoy día se imprime una notable diferencia entre el contrato por tiempo determinado y el celebrado por tiempo indeterminado, respecto de la extinción de los mismos. Por otra parte, malgrado la ausencia de disposiciones legales, la doctrina considera que la misma solución es aplicable igualmente a los contratos celebrados en principio por seis meses, por ejemplo, y luego reconducidos al finalizar cada período por otro igual, cuando la fijación del término puede ser considerada como una práctica fraudulenta a fin de sustraerse a la obligación legal del preaviso. Señalemos, finalmente que, como dijimos más arriba, un contrato por tiempo determinado se transforma en uno por tiempo indeterminado cuando se procede a la tácita reconducción, al no fijar la duración del mismo luego de vencido el término para el cual se celebró (art. 629, Cód. Civ.) (v. *supra*, n° XVI). En consecuencia, el empleador, en el futuro, está obligado a observar el preaviso para extinguirlo.

3) Jubilación por edad determinada

XXIX. El sistema de paso a retiro por cumplimiento de un límite de edad, está legalmente instituido para ciertas categorías de funcionarios públicos (magistrados, miembros del Tribunal de Cuentas, profesores de las universidades nacionales, funcionarios de los servicios de defensa, etc.). En ausencia de disposiciones legales en la materia para los trabajadores del sector privado, son las convenciones colectivas o, sobre todo los reglamentos internos los que fijan el límite de edad, generalmente entre 55 y 60 años, más allá del cual los trabajadores son puestos en situación de retiro automáticamente o son despedidos.

Tanto la fijación del límite de edad, como su modificación en el reglamento interno, no son enteramente dejados a discreción del empleador. En ocasión de asuntos llevados a la justicia para cuestionar la validez de la cláusula relativa a la fijación de la edad de retiro, especialmente cuando un empleador introdujo un nuevo régimen al jubilar automáticamente a un asalariado para quien no existía, hasta ese momento, un límite de edad, o cuando el mismo fue fijado en plena juventud (por ej. a los 20 años para la categoría de jóvenes de mensajería en una empresa de prensa) o aun cuando fue fijada de manera diferente para los dos sexos (por ej. 55 años para el hombre y 50 para la mujer), la jurisprudencia decidió que la validez de la cláusula depende de su carácter racional en función de la naturaleza de los servicios provistos para la categoría de trabajadores interesados; la fijación de la edad de retiro es, entonces, condenable como ejercicio abusivo del derecho de dirección del empleador cuando está desprovista de semejante justificación racional.

4) Imposibilidad absoluta de ejecución del contrato

XXX. Como el contrato de trabajo presenta respecto del asalariado un carácter personal, la muerte de éste trae aparejada la extinción del contrato de pleno derecho. No sucede lo mismo en caso de muerte del empleador; el contrato subsiste con su causahabiente, salvo en el supuesto en que se había celebrado

intuita personae respecto del difunto (por ej. muerte de un maestro artesano quien enseñaba técnicas artesanales a los aprendices), en estos últimos casos, la ruptura del contrato puede ser inmediata, porque no existe disposición legal relativa a esta hipótesis, aunque no sea posible aportarle una atenuación en virtud del principio de buena fe.

La disolución de una sociedad no implica *ipso facto* la ruptura de los contratos de trabajo, éstos se mantienen con la sociedad liquidadora que procedería, eventualmente, al despido sobre el cual podría ejercerse el control judicial. Para los casos de cesión de fondos de comercio o de fusión de empresas, el problema se discutió, pero en la jurisprudencia hay una neta tendencia a afirmar que, en el caso en que la misma empresa o explotación continúen funcionando, a pesar del cambio de empleadora, las relaciones de trabajo subsisten entre el personal y el nuevo empleador; por ello, en principio, esas relaciones crean un vínculo que no es personal entre los trabajadores y el empleador, sino con la empresa misma.

Cuando un acontecimiento sobreviniente haga imposible absoluta y definitivamente la ejecución del contrato, ya sea respecto del empleador o del trabajador, está justificada la ruptura del mismo, aun inmediatamente en caso de gravedad suficiente (art. 20). Mas, en sentido opuesto, como lo viéramos precedentemente, una imposibilidad temporaria sólo puede tener como efecto una interrupción de la ejecución en cuyo curso el empleador está constreñido legal o convencionalmente a mantener el contrato y pagar el salario o una indemnización (v. *supra* n° XXVI).

5) Rescisión por voluntad unilateral

XXXI. a) Un contrato por tiempo indeterminado puede extinguirse, en principio, por voluntad unilateral de las partes contratantes, siempre que se respete un plazo de preaviso. Según la regla de derecho común (art. 627, Cód. Civ.) está previsto que el contrato finalice al expirar las dos semanas siguientes a su denuncia. En casos particulares, cuando el salario se fijó por períodos determinados, la denuncia sólo surte efectos respecto de los pe-

ródos futuros, y cuando el salario se fijó para períodos de seis meses como mínimo, la denuncia debe hacerse tres meses antes.

La regla del preaviso, durante mucho tiempo fue considerada por los tribunales malgrado la opinión general contraria de la doctrina, no como regla imperativa, sino simplemente como regla supletoria, a la cual un contrato individual podía sustraerse por una estipulación particular.

En cuanto al preaviso en el despido, su carácter imperativo fue reconocido en 1926 por una reglamentación del trabajo.

La ley sobre condiciones de trabajo de 1947 extendió el plazo de preaviso de despido de al menos dos semanas a un mes; al mismo tiempo, admitió la posibilidad de acortar este término, en parte o en su totalidad, mediante el pago de una indemnización compensatoria correspondiente a los días sustraídos y también la posibilidad de suprimirlo en supuestos excepcionalmente graves bajo el control de la autoridad administrativa (art. 20, Ley Cond. de Trab.) (v. *infra* n° XXXVIII).

b) En el contrato a plazo: una regla de derecho común prevé la posibilidad de ponerle fin unilateralmente cuando el contrato se prolonga por demasiado tiempo: (art. 626, Cód. Civ.) primer párrafo “Cuando la duración de la contratación de servicios supera los cinco años o deba extenderse hasta la muerte de una de las partes o de un tercero, cada una de las partes puede, cuando transcurrieron cinco años, rescindir el contrato en todo momento; sin embargo, el plazo aludido es llevado a diez años para los aprendices de comercio o industria” (párr. 2°). “La parte que desea rescindir el contrato en virtud de las disposiciones precedentemente mencionadas, debe otorgar el preaviso con tres meses de anterioridad”.

En los hechos, esta regla del derecho común encuentra su ámbito de aplicación en supuestos de reconducciones de contratos por tiempo determinado, que se han llevado a cabo varias veces y que, como se ha visto, no pueden concluirse —en principio—, por un período superior a un año, según el artículo 14 de la Ley sobre Condiciones de Trabajo (v. *supra* n° XVI).

c) Finalmente, un contrato que sea a plazo fijo por tiempo indeterminado, puede extinguirse *de inmediato* por voluntad uni-

lateral de cada una de las partes por motivos particularmente graves. El artículo 628 del Código Civil dispone que “aun cuando el contrato haya sido celebrado por un plazo determinado, cada una de las partes puede, en caso de necesidad, rescindir inmediatamente el contrato; sin embargo, si esta necesidad proviene de la falta de una de las partes; ésta está obligada a resarcir a la otra parte por los daños y perjuicios”. Por otro lado, el artículo 20 de la ley dispone, para la dispensa de la obligación del plazo de preaviso, que el principio de la misma no es aplicable “cuando el funcionamiento de la empresa devino imposible por una calamidad natural o por otro acontecimiento inevitable, o cuando el empleador despide al trabajador por un motivo del cual este último es responsable”.

Notamos que la “necesidad” que justifica la ruptura inmediata del contrato en el sentido del artículo 628 del Código Civil, no es siempre idéntica al “acontecimiento inevitable” o a una “falta del trabajador” que justifica la dispensa, para el empleador, de la obligación de preavisar, en el sentido del artículo 20 de la ley, pues según la interpretación admitida generalmente, los motivos liberatorios del preaviso en el despido son mucho más restrictivos.

Así, por ejemplo, se consideró, con relación al artículo 628, que una de las partes contratantes podía proceder a la ruptura inmediata aun cuando tal necesidad fuera el resultado de su propia falta, a condición de cargar con los daños y perjuicios. En tanto que, en virtud del artículo 20 de la ley —modificando restrictivamente la aplicación de la regla del 628—, se consideró que, con relación al despido, el empleador sólo puede ser dispensado de la obligación de preavisar cuando, habida cuenta de las circunstancias del caso, apreciadas de buena fe, el empleador no podía, por la duración del lapso de preaviso, mantener el contrato en vigencia. Esto excluye, naturalmente, el supuesto resultante de una falta del empleador o de una leve falta del trabajador.

B. LA LIBERTAD DE DESPEDIR Y SUS RESTRICCIONES

1) Generalidades

a) *El principio de la libertad de despedir y la tendencia a su eliminación*

XXXII. Tratándose del contrato por tiempo indeterminado, el empleador puede libremente despedir, sin necesidad de invocar una causa legítima, siempre y cuando respete el plazo de preaviso. El hecho de que guarde silencio sobre el motivo de la rescisión no lo transforma en arbitrario *ipso facto*.

Si el dependiente quiere objetar la legitimidad, le corresponde aportar la prueba. Sin embargo, las restricciones fueron aportadas legal, convencional o jurisprudencialmente, en aras del principio de libertad de despido, a tal punto que en la práctica, hoy día, este principio está casi vaciado de su sentido teórico propio.

En este ámbito los tribunales jugaron un gran rol. Así, por ejemplo, según una jurisprudencia bien establecida, cuando el asalariado alega el carácter ilegal o ilegítimo de su despido, invocando hechos concretos que, según él, son reveladores, y el empleador no los contradice por hechos opuestos, se reputará que éste ha actuado por el motivo alegado por el ex-dependiente. Así, el rigor de la regla sobre la carga de la prueba es atenuada considerablemente en favor de este último. De manera general, habida cuenta de la estabilidad del empleo, ampliamente consagrada por el sistema de “contratación por tiempo indeterminado o de por vida”, los tribunales establecieron que, si se procede al despido sin demostrar suficientemente los intereses y necesidades de la empresa, el empleador incurre en una condena por abuso de derecho.

b) *Modalidades del despido*

XXXIII. Según la clasificación enunciada por la doctrina, hay tres categorías de despido. Primero, el “ordinario”, precedido del preaviso o por una indemnización sustitutiva del mismo. Luego, el “inmediato”, sin preaviso ni indemnización sustitutiva (despido inmediato *stricto sensu*). A veces se incluye en esta

categoría un tipo de despido inmediato y ordinario, con indemnización compensatoria (inmediato *lato sensu*). Por último, el calificado como “despido disciplinario” otorgado al empleador por las normas del reglamento o convención colectiva, con o sin preaviso, y su efecto más importante reside en la pérdida, para el asalariado, del derecho a la indemnización por retiro o jubilación, en todo o en parte.

c) *Sanciones para el despido ilegal o ilegítimo*

XXXIV. El despido ilegal o ilegítimo es sancionado con la nulidad, es decir que el empleador debe reincorporar a la empresa al trabajador despedido y, al mismo tiempo, pagarle la totalidad de los salarios perdidos. La solución de la reincorporación normalmente no plantea dificultades particulares en los supuestos de grandes empresas, mientras que no sucede lo mismo respecto de pequeñas y medianas empresas donde el contacto personal entre el empleador y dependiente es mucho más estrecho. Aun cuando la reincorporación tenga lugar una sola vez, el dependiente abandonará tarde o temprano la empresa, pero ahora en forma amistosa, percibiendo una “indemnización por separación” ofrecida por el empleador. Es debido a ello que, en los hechos, las cuestiones de despido en las pequeñas o medianas empresas son, bastante a menudo, regularizadas por una conciliación en el proceso, instancia en la cual los dependientes aceptan dejar su puesto, en tanto y en cuanto los empleadores les paguen indemnizaciones que cubren los perjuicios causados por la pérdida del empleo. Con relación a la suma de los salarios que el empleador debe abonar retroactivamente al reincorporado, los tribunales aplican normalmente las reglas del derecho común, reduciendo de dicho monto las sumas que el trabajador pudo evitar gastar a causa de su ausencia del trabajo o que pudo ganar por un trabajo hecho en otra parte, durante el proceso.

Para el despido irregular, la jurisprudencia dominante proporciona otra solución, a pesar de la opinión en contra de la mayoría de la doctrina.

Especialmente en el caso en que el empleador despide al dependiente sin respetar el plazo legal del preaviso, y donde se aplican las multas previstas por la ley sobre condiciones de traba-

jo (arts. 114 y 119), una jurisprudencia de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores que la siguen reconoce, no obstante, la validez de los despidos cuando existen motivos que los justifican y el empleador ofrece una indemnización compensatoria con ulterioridad a la primera notificación del preaviso, o cuando desde la notificación del despido, transcurrió un lapso superior al del preaviso. Idéntica solución se adoptó para los supuestos en que se comete una irregularidad en el procedimiento convencional, por ejemplo en el seno de una comisión paritaria de orden disciplinaria instituido en la empresa.

2) Restricciones al derecho de despido

a) *Restricciones legales. El artículo 19 de la Ley sobre Condiciones*

XXXV. Según el artículo 19 de la Ley, el empleador tiene prohibido el despido a ciertos trabajadores, durante los siguientes períodos:

— Para el trabajador dañado por una lesión o enfermedad contraída en ocasión del servicio, durante el período de tratamiento médico y en los treinta días que le siguen.

— Una mujer encinta o que dió a luz recientemente, durante el período de licencia por maternidad previsto por el artículo 65 (seis semanas antes y seis después del parto), y en los treinta días que siguen a dicha licencia.

En principio, el empleador debe asegurar o pagar al dependiente víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, el tratamiento médico y una indemnización por inactividad equivalente al 60% del salario, tanto como la indemnización por incapacidad física (arts. 75, 76 y 77, Ley de Cond. Trab.), mas está dispensado del pago de las dos últimas indemnizaciones si la lesión o enfermedad contraída en ocasión del trabajo se debió a una falta grave de la víctima (art. 78); de todas formas, se considera que, aun en este último caso, son aplicables las disposiciones prohibitivas del artículo 19. Sólo dos casos se reconocen excepcionalmente liberados de esta prohibición:

— Si el empleador paga una indemnización equivalente a mil

doscientos días de salario medio del trabajador, pasados tres años de la fecha del tratamiento médico soportado por el dador de trabajo (arts. 19, párr. 1º y 81, Ley Cond. de Trab.).

— Si el funcionamiento de la empresa deviene imposible por una calamidad natural u otro evento (art. 19, párr. 1º *in fine*).

Sin embargo, para prevalerse de ello, el empleador deberá obtener la aprobación de la autoridad administrativa competente (director de la oficina local de Inspección de Trabajo). Notemos que, cuando el deudor de trabajo carece de dicha aprobación, se le aplica una multa (art. 119, párr. 1º); en cuanto al efecto civil de tal despido, según la jurisprudencia, se considera que la licencia otorgada es, no obstante válida, si realmente existe un motivo que la justifique.

b) *Otras restricciones legales*

XXXVI. Son también contrarias a las disposiciones legales y, por ende, sancionados con nulidad:

— El despido motivado en la discriminación del trabajador por razones de nacionalidad, creencia, sexo, estado social, origen familiar o raza (art. 14, párr. 1º, Constitución; art. 3º, Ley Condiciones);

— El motivado en la pertenencia a un sindicato o porque el trabajador cumplimentó actos legítimos en ejercicio de su derecho sindical, tanto como por el hecho de que presentó una queja o prueba, o tomó la palabra ante una “comisión de trabajo”, institución competente para conocer sobre asuntos relativos a las prácticas desleales del trabajo (art. 28, Constitución; arts. 1º, 4º y 7º, Ley de Sindicatos);

— El de un trabajador por haber informado a la autoridad competente, actos o hechos del empleador que contravienen las normas fijadas en la Ley sobre condiciones del trabajo (art. 104, párr. 2º, Ley Condic.).

Asimismo, la jurisprudencia ha dicho que es nulo el despido que atenta contra el orden público o las buenas costumbres, tal como el que tiene motivo por el matrimonio del trabajador (arg. art. 90, Cód. Civ.).

3) El preaviso

a) *Ambito de aplicación*

XXXVII. Como lo señaláramos precedentemente, el artículo 20 de la ley fija legal e imperativamente el plazo de preaviso para el despido. Según esta norma, el dador de trabajo está constreñido a observar un preaviso de, al menos, treinta días y, en su defecto, abonar una suma equivalente al monto total del salario medio de al menos treinta días. La duración del preaviso puede reducirse si el empleador paga el salario medio correspondiente a los días deducidos.

Esta disposición se aplica a todos los supuestos de “despido”, es decir, cuando el empleador ejerce su derecho de rescisión unilateral. Consecuentemente, en principio, no se aplica para el caso en que concluyó el plazo del contrato por tiempo determinado o el de extinción por consentimiento mutuo de las partes. Sin embargo, es aplicable no sólo para la rescisión del contrato por tiempo indeterminado, sino también para los siguientes:

1) Cuando el empleador rescinde el contrato a plazo fijo antes de concluido el término, por un motivo de “necesidad” en el sentido del artículo 628 del Código Civil (v. *supra* n° XXXI), o cuando el administrador de la quiebra denuncia el contrato a causa de la quiebra del empleador, en base al artículo 631 del Código Civil. También cuando este último ejerce el derecho de rescisión de que ha hecho reserva al momento de celebrar el contrato.

2) Cuando el empleador pone fin a la relación de trabajo que se presume concluida por un tiempo indeterminado, en virtud al artículo 629 del Código Civil, como consecuencia de la tácita reconducción después de concluido el término de un contrato inicialmente celebrado por un tiempo determinado.

3) Como lo describiéramos precedentemente, en el supuesto en que un contrato a plazo fijo y según el artículo 21, cuando el empleador quiere poner fin a los contratos concernientes a los trabajadores que pertenecen a una de las categorías legalmente determinadas (v. *supra* n° XXVIII).

b) *Caso de dispensa*

XXXVIII. La obligación de preavisar es estricta y el emplea-

dor sólo puede eludirla en las dos siguientes hipótesis, y aun con la condición de que obtenga la previa aprobación de la autoridad administrativa competente (art. 20, párrs. 1º y 3º):

1) “Cuando el funcionamiento de la empresa se torna imposible por una calamidad natural u otro acontecimiento inevitable”. La jurisprudencia y doctrina interpretan que si se trata, por una parte, de circunstancias en que como resultado de un caso de fuerza mayor u otro acontecimiento similar, no se puede albergar la esperanza de que continúen las actividades de la empresa en su totalidad, o en su mayor parte, aun cuando el empleador haya tomado todas las medidas necesarias según la buena fe, se está esperando que un buen administrador y una situación tan grave y urgente, es lógico no disponga de tiempo suficiente como para respetar el plazo de preaviso.

2) “Cuando el empleador despide al trabajador por un motivo cuya responsabilidad recae sobre este último”. En cuanto a la naturaleza de la falta del trabajador, la existencia de la misma que justifique el despido, no es suficiente para hacer prevalecer la dispensa del preaviso. Es menester que su falta sea tan grave que no se pueda exigir, de buena fe al empleador, el respeto al preaviso.

Para las sanciones por la inobservancia del preaviso, ver *supra* número XXXIV.

c) *Restricciones por los controles administrativos*

XXXIX. Como lo hemos dicho varias veces, los artículos 19 y 20 de la Ley, prevén un sistema de aprobación por la autoridad administrativa, al cual el empleador está sometido para hacerse reconocer el derecho de sustraerse, ya sea a la prohibición de despedir a las víctimas de accidentes o enfermedad profesional, o a mujeres encinta o cuyo parto viene de producirse, ya a la obligación legal del plazo del preaviso.

Si el empleador procede al despido sin obtener previamente esta aprobación administrativa, se lo sanciona con una multa (art. 119, Ley Cond. de Trab.).

Asimismo, el artículo 21 de la ley 132 del 12 de julio de 1966, concerniente a la organización de la mano de obra, obliga al dador de trabajo a notificar al director de la Oficina Pública de Seguri-

dad del Empleo, todo cambio importante interviniente en la situación de empleo de la empresa, a causa de una modificación de instalaciones, reducción de efectivos u otros motivos inherentes a la organización de la empresa. Esta disposición influye, especialmente, en los despidos colectivos; apunta, por medio de este control, no a impedirlo, sino, al menos, retrasarlos hasta el momento propicio. Esta obligación de notificación es igualmente sancionada con multa (art. 24).

d) *Restricciones por las convenciones colectivas*

XL. Las convenciones colectivas traen, muy a menudo, cláusulas que disponen la necesidad del acuerdo o consulta al sindicato obrero para proceder al despido de un trabajador o afiliado.

Las opiniones son compartidas en cuanto a los efectos de un despido efectuado despreciando tales cláusulas. Una parte de la doctrina, apoyada por algunos tribunales, sostiene que si el desconocimiento de una cláusula engendra, para el dador de trabajo, la responsabilidad por daños y perjuicios hacia el sindicato, el despido, no obstante, permanece válido bajo reserva de repetir las condiciones de fondo y de forma. Pero la opinión predominante, tanto en doctrina como en jurisprudencia, sostiene la nulidad del despido debido a que tal cláusula establece una norma sobre condiciones del trabajo y que, al aceptar el empleador que se incluya semejante cláusula en la convención colectiva, él mismo se impuso una restricción al ejercicio de su derecho de prescindir de los servicios del dependiente.

e) *Restricciones por los reglamentos internos*

XLI. La mayor parte de los reglamentos internos, en el capítulo relativo a la disciplina, enumeran ciertos comportamientos justificativos del despido de los trabajadores "a título disciplinario".

El problema se plantea antes de saber si tal enumeración de hechos significa una indicación limitativa de los motivos del despido o si, por el contrario, la simple mención es a título de ejemplo de esos motivos. Salvo el supuesto en que es claro si se trata de este último caso, dado que los términos de la cláusula son demasiado abstractos o someros, según la opinión generalmente admitida tanto en jurisprudencia como en doctrina, se considera

como una enumeración limitativa de los motivos de despido —es decir que el empleador no puede despedir legítimamente por otro motivo que no sea de los allí enumerados—, cuando enuncia estos motivos proscribiendo de una forma más o menos concreta ciertos comportamientos de los trabajadores. Asimismo, el despido es nulo pues el empleador habrá aplicado mal el reglamento interno si despidió al trabajador considerando ciertos hechos de éste como correspondientes a la enumeración mencionada, y esta apreciación del empleador es errónea ante la justicia. Notemos, finalmente, que las cláusulas del reglamento interno no pueden contravenir las disposiciones legales imperativas; en consecuencia, es nula la cláusula que prevé los motivos del despido inmediato de una forma extensa, desconociendo la disposición del artículo 20 de la Ley sobre Condiciones de Trabajo.

LIBERTAD, IGUALDAD Y HUMANISMO. ESTADO, DEMOCRACIA Y ECONOMIA. APUNTES ARGENTINOS *

por ALFREDO LEONARDO DURANTE **

I. ADVERTENCIAS PRELIMINARES

Esta comunicación pretende ser lo más clara, concisa y directa que su autor pueda lograr para el planteo y la transmisión de su tesis.

Por ello: a) hemos preferido escribir de corrido —con algunas transcripciones—, sin remitirnos a notas al pie de página o de apartado, indicándose al final las fuentes consultadas (los temas ya han sido, y son tratados, con originalidad y mayor solvencia intelectual por muchos de los autores citados, en virtud de lo cual será inevitable —aunque involuntaria— la reiteración de ciertas expresiones, “lugares comunes” e ideas al respecto); y b) para prevenir confusiones y equívocos bastante frecuentes, aun en el campo académico, se distingue al “socialismo” (democrático y socialdemocracia) del “comunismo” (soviético) y “democracias populares” —en procesos de transformación—; maoísmo; trotskismo; regímenes cubano y afroasiáticos de partido único; etc.), sin perjuicio de que en ocasiones aludamos —genérica e históricamente— a la filosofía e ideología socialista que, por lo demás, no nació ni murió con Carlos Marx (1818-1883).

* Trabajo presentado en el XV Congreso Mundial de Ciencia Política (Buenos Aires, julio 21-25, 1991).

** Profesor ordinario adjunto de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.B.A.).

II. OBJETO

Son cuantiosas las vicisitudes vividas (y sufridas) en el mundo, y particularmente en América latina (Indoamérica o Iberoamérica), que exhiben una persistente dialéctica entre libertad y justicia (más allá del debate sobre los contenidos, entendemos que aquélla se traduce en la “posibilidad de optar” o de “crear nuevas opciones”; y la segunda en cierta “equidad social”, producto de una auténtica “igualdad de oportunidades”), casi siempre resuelta desfavorablemente para ambos términos, en diversa y cambiante proporción.

Intentaremos el análisis de ello y de cuestiones “familiares”, proponiendo una solución teórica del conflicto y de recurrentes crisis, sobre la base del necesario equilibrio y síntesis de las concepciones liberal y socialista.

Como ya quedó de alguna manera adelantado, prestaremos especial atención a la realidad latinoamericana y argentina, destinatarias principales de nuestras reflexiones y proposiciones.

III. *EL HUMANISMO, “DETRAS” DE LA LIBERTAD Y DE LA IGUALDAD*

En la historia de las ideas y de las luchas políticas y sociales, hubo un combate —manifiesto o encubierto— que todavía perdura: ¿el hombre: primero, después o nunca?

De algo, sin embargo, no hay duda: quiénes promovieron y defienden la libertad, la igualdad y la fraternidad (sean liberales, socialistas, religiosos, ateos o agnósticos) pensaron y piensan que la condición humana está al principio y permanece en el centro de sus preocupaciones y ocupaciones.

Nos parece oportuno transcribir una opinión de “nuestro Marx humanista”, según la convocatoria entusiasta de Mario Bravo (1882-1944; poeta, periodista y legislador socialista argentino) a su compañero de ideales y de bancada senatorial, Alfredo L. Palacios (1878-1965; que además de prolífico escritor y educador, inició la legislación social en nuestro país y fue el primer

diputado socialista de América), publicada en la *Revue Communiste*, con anterioridad al *Manifiesto*:

“No queremos aniquilar la libertad individual para hacer del mundo un cuartel o un taller. Existen en verdad comunistas que así piensan, y niegan esa libertad como contraria a la armonía, pero nosotros no queremos comprar la igualdad al precio de la libertad”.

Desde otra posición, Alexis de Tocqueville (1805-1859) formula idéntico reparo.

Pero a ninguno se le escapó (menos al primero, que concibió y sistematizó un cuerpo de doctrina crítico de la economía capitalista) que las conquistas libertarias deberían complementarse con la corrección de notorias desigualdades y la desaparición de irritantes privilegios; es decir, que logrados estos extremos, se alcanzaría la “verdadera” libertad.

Cabe tener en cuenta, además, la contribución humanística y personalística de las religiones.

Axiológicamente, subyace el sentimiento y la noción primarios de justicia, ideal irracional para algunos (Kelsen) y racional y razonable para otros (Rawls).

Desde el punto de vista de una parte de la teoría política contemporánea, la democracia es el espacio más apropiado para ordenar y resolver las cuestiones referidas (existen diferencias lógicas de grado, en cuanto a las formas e instrumentos).

El sector politólogo “radical” o “maximalista”, estima que únicamente a través de la vía revolucionaria y del consecuente poder dictatorial pueden dárseles respuestas plenas y satisfactorias.

IV. ROL DEL ESTADO

No está demás recordar aquí que el Estado de todas las épocas (aun el Estado de Derecho actual) establece o facilita la instauración de aparatos ideológicos.

Y que ante cualquier controversia extrema, se impondrá la “razón de Estado”, que no es sino la razón de los detentadores del poder.

Sin desconocer los fundamentos técnicos y jurídico-políticos, debemos señalar que —para nosotros— los distinguos entre Estado y Gobierno carecen de importancia práctica, en virtud de que, en todas las circunstancias conflictivas, el que actúa y se hace “sentir” es el Gobierno, o, mejor dicho, los ocupantes de los cargos o roles respectivos.

Descartando los totalitarismos, se discute acerca de la “cantidad” de Estado, aceptable para conseguir y asegurar, por un lado, la independencia respecto de los demás centros de poder; y, en otro sentido, la libertad, la igualdad, la seguridad, la justicia y, en definitiva, la prosperidad de los integrantes de una nación determinada.

Específicamente, las discusiones más ardorosas se vinculan con la mayor, menor o nula participación estatal en la actividad económica.

Pero, según nuestro criterio, el debate es ideológico, pues, por ejemplo, la planificación es vista como un signo de madurez, cuando se trata de países desarrollados, también llamados “centrales”; y como manifestación patológica si es una decisión política soberana, emanada de los órganos institucionales de países subdesarrollados o en vías de desarrollo, conocidos como “periféricos”.

Las aludidas potencias “libre empresarias y cambistas” no pueden exhibir coherencia principista alguna en ese sentido. Son proteccionistas, prebendarias y, por ende, antiliberales, todas las veces que se lo dicten sus intereses.

Asimismo, la ideología surge desde otra óptica opuesta pero igualmente oportunista, cuando se descalifica cualesquiera medida liberalizadora o cooperativa, interna o relacionada con el comercio internacional; glorificándose a la par, dogmáticamente, la intervención reguladora del Estado en la economía toda.

Hoy día, los consejos económicos y sociales —con distintas modalidades— funcionan normalmente en algunos países del mundo democrático.

En Suecia, el noventa por ciento (90%) de lo que se produce está a cargo de empresas privadas, pero el Estado sueco orienta

(planifica) de tal forma la economía, que todos están protegidos “desde la cuna hasta la tumba”.

La crisis (no la muerte) del *Welfare State* (que algunos critican como el modelo socialdemócrata que sólo sirvió y sirve al capitalismo y a la burguesía dominante), pone nuevamente sobre el tapete los medios y los designios políticos, sociales y económicos de las sociedades que eligieron la democracia como marco formal y sustantivo de convivencia.

Gracias a John Stuart Mill (1806-1873) quedó esclarecido para siempre que una cosa son las leyes económicas de la producción, y otra la forma en que la sociedad decide distribuir las cargas, los beneficios y la riqueza obtenida.

Por lo demás, doctrinariamente, el socialismo valoriza a la sociedad y no al Estado, aunque Marx no haya sido muy explícito respecto de la eventual extinción de éste.

Los modelos comunistas (llamados del “socialismo real o realmente existentes”), ahora en abierta y profunda revisión, responden o respondieron a la versión leninista que, más allá de las palabras, de la constitución formal y de la profusión de escritos y alegatos, consagró en los hechos un capitalismo de Estado (Rodolfo Mondolfo, 1878-1976), no imputable al pensamiento de Marx.

V. LIMITES DE LA DEMOCRACIA

Esteban Echeverría (1805-1851), autor del *Dogma Socialista* y de otras obras políticas y literarias, lideró la denominada “generación del 37”, en plena etapa rosista, y propuso una síntesis superadora de las luchas civiles argentinas, que partió de la doctrina revolucionaria de Mayo de 1810, adoptando las tradiciones unitarias y federales; lo dijo con elocuente sencillez:

“La democracia es el régimen de la libertad fundado sobre la igualdad de clases”.

Sin detenernos en las interpretaciones referentes a su “ideología” y en el alcance de los términos utilizados, el sentido es inequívoco: una “democracia” de desigualdades notorias y gra-

ves, asentada en los privilegios y las supremacías arbitrarias e irritantes de los detentadores del “poder real”, político, económico, social y cultural, no es tal sino alguna variedad de autocracia más o menos disfrazada.

Pero el asunto no pasa por los ejemplos burdos, fácilmente detectables y desacreditables.

Tampoco basta contraponer, un tanto críptica y elusivamente, la “democracia social” a la “democracia liberal”.

Nos interesa determinar si la democracia, liberal puede y debe ser, *también*, democracia social, con el objeto de erradicar la marginalidad y la discriminación, eliminando consecuentemente el hondo abismo entre la riqueza de unos pocos y la pobreza y hasta la miseria de muchos.

Desde ya que, parafraseando al conde de Keyserling (1880-1946), somos conscientes de que es imposible, racional y razonablemente (o sea, no platónicamente), medir la realidad con cartabones ideales.

Mientras el hombre siga siendo como es y el poder continúe seduciéndolo y sometiéndolo como ha ocurrido hasta nuestros días, no estimamos que —en el corto plazo— las cosas puedan cambiar demasiado, aunque se logren modificar las normas básicas y las estructuras socio-económicas. La educación, la ejemplaridad y la autocrítica tienen la palabra, amén del tiempo y de los controles democráticos.

Lo cierto es que, como con elogiables franqueza y valentía lo dice Robert A. Dahl:

“... creyendo como creemos en la equidad, o justicia, sería una desgraciada contradicción que nuestro orden político fuera equitativo y nuestro orden económico groseramente injusto”, sin perjuicio de que sea dable exigir que “fuera eficiente” (págs. 86/7).

Y es así como la democracia adquiere el carácter de un cauce obligatorio —de proyecciones sólo limitadas por las limitaciones legales y humanas— para explorar y conquistar modos cada vez más libertarios de vida asociada e individual.

VI. *QUE LIBERALISMO Y QUE SOCIALISMO*

Cuando todavía persiste la tal vez interminable polémica sobre los tópicos anteriores y conexos, se tiende a simplificarla o “maniqueizarla”, lo cual oscurece el análisis y quita valimiento a las conclusiones.

Nos referimos a la identificación entre “liberalismo”, “burguesía” o “Estado burgués”, “capitalismo” etcétera, por un lado; y —en el campo opuesto— entre “socialismo, comunismo”, “estatismo”, “marxismo”, etcétera.

Criticamos la equiparación absoluta, ya que son innegables ciertas afinidades.

Pero también debe aceptarse que el liberalismo es mucho más que el mercado; y el socialismo, algo que trasciende significativamente la propiedad colectiva de los medios de producción.

Sin desconocer la contundencia del factor económico (sólida y definitivamente demostrada por Marx), consideramos que corresponde prestar la debida atención a quienes (ayer y hoy), desde el liberalismo, enjuiciaron a los que Benedetto Croce (1866-1952) calificara como “liberalistas”; y, desde el socialismo, a los materialistas dogmáticos.

En ambos casos, el defecto fue y sigue siendo la unilateralidad.

Que, además, desmerece y desperdicia la riqueza de las dos doctrinas filosófico-políticas.

La vida y los hombres son multifacéticos, aunque existan datos y elementos comunes.

Pretender embretarlos con criterios estrechos y rígidos constituye una tarea negativa y estéril.

Los ensayos de organización política y social, más o menos imperfectos, deben y pueden corregirse y mejorarse. Esta será una constante inagotable del progreso humano.

Pero, a nuestro juicio, las coordenadas tendrán que pasar inexorablemente por la libertad y por la justicia social (sin que sea pertinente aquí —en razón de las características del planteo teórico que formulamos— indicar o insinuar las “recetas” para plasmar un sistema así concebido).

¿Es posible, entonces, un “liberalismo social” o un “socialismo liberal”? o —dicho de otro modo— ¿un liberalismo y un socialismo humanista?

No encontramos objeciones teóricas que lo impidan.

Tampoco ideológicas ni conceptuales, en tanto y en cuanto la filosofía revolucionaria liberal proclamó la libertad, la igualdad y la fraternidad, metas del socialismo.

Por otra parte, diferentes y en lo fundamental parecidas experiencias de Europa occidental representan la confirmación práctica del supuesto teórico, más allá de las impugnaciones dirigidas desde posiciones “liberalistas” y materialistas dogmáticas.

Olof Palme (1927-1986) expresó en un debate político, poco antes de las elecciones de 1982:

“Con orgullo y alegría me reconozco un socialista democrático. Me fui transformando en tal cuando recorrí la India y ví esa terrible miseria, a pesar de ser éste un país enormemente rico. Fui desarrollando estas convicciones cuando tuve oportunidad de ver aquella aún más humillante pobreza existente en los Estados Unidos; cuando me enfrenté cara a cara con la falta de libertad, la opresión y la persecución del pensamiento en los Estados comunistas. Me convencí de ser socialista democrático cuando estuve en los campos de concentración nazis, y pude leer las largas listas de socialdemócratas y sindicalistas asesinados”.

Para redondear el esquema de armonía liberal-socialista, es oportuno desarrollar algo que señalábamos antes respecto de las religiones (ver ap. 3°).

Son conocidas en la historia las guerras de religión y las conflictivas relaciones entre el poder temporal y el poder espiritual, que todavía perduran en determinados países.

La tradición liberal es anticlerical y la marxista, antirreligiosa. Recíprocamente, los antecedentes (políticos) de ciertas religiones son antiliberales, antidemocráticos y antisocialistas.

Pero el mundo ha cambiado y sigue cambiando, en ese sentido para bien, maguer las esporádicas explosiones de intolerancia.

Ningún Estado liberal, socialdemócrata o socialista democrático ha prohibido u obstaculizado jamás a las expresiones religio-

sas; y los comunistas, que sí lo hicieron, sólo consiguieron fortalecer esos sentimientos y creencias.

Del otro lado, y en general, las iglesias se reconocen entre sí, trabajan mancomunadamente en emprendimientos confesionales y sociales, considerando respetuosamente los fenómenos del ateísmo, del agnosticismo y del libre pensamiento.

Los valores y los derechos humanos han tenido y tienen paladines liberales, socialistas y religiosos (algunos reúnen las tres calidades), quienes se distinguen por combatir sus violaciones sin “selectivizarlas”, de acuerdo a los gobiernos o grupos causantes de aquéllas.

VII. *¿EVOLUCION O REVOLUCION?*

Se trata, en verdad, de una falsa opción, porque la primera podría devenir lenta pero afirmando cambios profundos; y la otra, transformarse en un hito regresivo (además, ¿como evitar las divergencias acerca del “signo” o de la “pureza” de cada uno de esos procesos?).

Las revoluciones son a veces necesarias e inevitables, pero lo que las justificará históricamente y humanísticamente son sus logros, en términos de justicia, de libertad, de igualdad (relativa, en virtud de que las nuevas relaciones de poder habrán establecido —con las aclaraciones consignadas en el ap. 5º— nuevas reglas de dominación) y hoy agregaríamos, de calidad de vida.

En otro orden de cosas, la evolución no siempre es sinónimo de progreso.

VIII. *PASADO Y PRESENTE LATINOAMERICANO (IBEROAMERICANO O INDOAMERICANO)*

¿Cómo “encajan” las ideas expuestas precedentemente en la realidad de las naciones de este hemisferio sur?

¿O no tienen cabida?

Los “pasados” y los “presentes” de la gran mayoría no difieren demasiado.

Son países formalmente independientes, pero antes, después

y ahora, estuvieron y continúan atados a centros de poder más o menos distantes, más o menos hegemónicos, aun en los períodos —más o menos fugaces e importantes— de esplendor y crecimiento de aquéllos.

En mayor o menor medida, todos han carecido de prácticas democráticas auténticas y prolongadas, no obstante sus textos constitucionales generalmente liberales y republicanos, e inspirados —directa o indirectamente— en los modelos norteamericano, francés y suizo.

Además, los que pudieron hace algún tiempo alcanzar ciertas estabilidad institucional (v.gr. Colombia), no resolvieron problemas añejos y estructurales, provocando nuevas convulsiones (en el ej. cit.: la guerrilla y el narcotráfico).

Comentaremos específicamente el caso cubano (la revolución nicaragüense es de reciente data y tomó otro carril, pluralista), por relacionarse con el “corazón” de nuestro planteo y en virtud de que, no sólo derribó un régimen autoritario y corrupto dependiente de Estados Unidos, sino que ha cuestionado los basamentos políticos, jurídicos y económicos del liberalismo democrático y del socialismo humanista.

El panegírico y la diatriba se han repartido la escena de una lucha política e ideológica que no ha terminado.

Sin embargo, y a los efectos de esta comunicación, nos interesa saber cómo les ha ido a la libertad, a la igualdad, al humanismo, a la democracia sin aditamentos, a la prosperidad y a la justicia social.

Una semana después de su entrada triunfal en La Habana, Fidel Castro (1925 o 26 o 27) resumiría de la siguiente manera su concepción revolucionaria:

“Democracia es el respeto a la mayoría y a que las mayorías son las que mandan, las que determinan sus propios destinos, y...éste es un gobierno de mayoría... después que hagamos la ley nueva, después que hagamos un derecho nuevo, después que haya un tipo de funcionario nuevo, no tendremos por qué temerle a las elecciones democráticas... la libertad para nosotros no es una simple ficción, no es el derecho a poder hablar y a morir de hambre. El hombre bajo el hambre no es libre jamás; o se

vende o claudica... ¡Queremos una libertad sin hambre, una libertad sin miseria, una libertad sin privilegios!”

Carlos Franqui (1921); cubano, de familia obrera, participó en luchas sindicales y universitarias. Su actividad de escritor y periodista no lo separó de la acción política. En 1955, creó, en la clandestinidad contra Batista, el diario “Revolución”, órgano del “26 de julio”. En 1957, es detenido. En 1958, aterrizó en Sierra Maestra. Dirigió Radio Rebelde. Desde la toma del poder en 1959 hasta 1963, dirigió “Revolución”. En 1967, organizó el Salón de Mayo y en 1968, el Congreso Cultural y el museo de La Habana, clausurado meses después. Desde 1968, (fecha de la intervención rusa a Checoslovaquia, reside en Italia), publicó varias obras, algunas de las cuales han sido consideradas archivos fundamentales de la revolución cubana. De la última, editada en 1988 y que citamos entre las fuentes bibliográficas de este trabajo, cuyo título —folletinesco y sensacionalista— no condice con la documentada seriedad de su contenido, extraemos los siguientes juicios:

“¿A qué sirve un país de lectores ignorantes, a los que han lavado y robado el cerebro? Sirve sólo al poder, y al final, ya tan esclerotizados, la sociedad y el individuo, que ni siquiera son útiles para su modernización. Si el empleo y la salubridad castrista son medias verdades o medias mentiras, ésta de la educación es algo más que una media mentira, es una obra perversa, peligrosa y aniquiladora, que se resume en aquellas palabras de Alejo Carpentier: ‘No pienses, que Fidel y el partido piensan por tí’” (pág. 433).

Y después, en una especie de balance e inventario de las conquistas y de los fracasos que, no obstante, hacen a la “importancia de la revolución cubana” (así titula el capítulo), expresa:

“La revolución, obra colectiva, no individual, que él (Castro) se apropió, hizo a Cuba más pobre (en el apéndice documental del libro se describe una ‘libreta de racionamiento’, correspondiente a 1988, con aclaraciones adicionales) que bajo el capitalismo, menos libre y más dependiente de los rusos de lo que era de los norteamericanos. Castro está ‘haitianizando’ Cuba y, de no ser reemplazado en un futuro no muy lejano, amenaza de

mandar la isla a su prehistoria colonial, como ha ocurrido con otros patriarcas y dictadores del Caribe” (pág. 417).

El autor menciona en varios pasajes al agrónomo francés René Dumont quien, luego de ser asesor oficial, tiene discrepancias y enfrentamientos que desencadenarán su alejamiento del régimen.

Franqui refiere al respecto:

“Castro lo concibe todo en grande, el gigantismo sería el fundamento de su política económica y agrícola. De ahí sus grandes discusiones con el sabio y experimentado agrónomo francés René Dumont, llamado por sus conocimientos, experiencias, libros, trabajos en países tropicales, recién liberados o revolucionarios, sus ideas progresistas, que tendían a *conciliar ciencia, política y revolución* (el subrayado es nuestro). Dumont se convierte en el anti Castro, le sugiere planes concretos, advierte a Castro de los peligros del gigantismo estatal, de los amigos soviéticos, aconseja mayor autonomía económica, descentralización, preferir las cooperativas a las granjas estatales. Como todas las guerras de Castro, la guerra con Dumont, su consultor-enemigo, la ganó Castro y la perdió Cuba” (págs. 235/6).

El propio Dumont —desde su socialismo humanista— corrobora y amplía esas observaciones en el rico, ecuánime y sugerente estudio que hemos consultado y citamos al final.

Cualesquiera sean los argumentos que, en pro o en contra, puedan agregarse a lo dicho por los protagonistas de los hechos y del mismo proceso, parece incontrovertible que, transcurridos más de treinta años de la epopeya revolucionaria, el saldo es disvalioso para la libertad, la igualdad, la dignidad humana, la prosperidad y la justicia social.

Muy lejos, desde ya, de nuestro pensamiento y espíritu, querer descalificar teórica y prácticamente a las revoluciones (ver ap. 7°), aunque personalmente nos inclinemos por la evolución revolucionaria (conf. Mondolfo), pacífica, democrática y progresista.

Pero las explicaciones ideológicas no sirven, según nuestra opinión, para justificar la negación y el avasallamiento de los

derechos humanos; sobre todo si ello ocurre en nombre del socialismo.

También corresponde tener en cuenta, como certeramente lo destaca Atilio A. Borón, que:

“El ‘realismo’ de la utopía liberal en la sociedad norteamericana impidió que se coagulara como el dogma de una secta esotérica, tal como ocurriera en América Latina. La ‘irrealidad’ de esa misma utopía en nuestro continente —tierra de latifundistas señoriales y no de *farmers*; de países fundados sobre la alianza reaccionaria de la cruz y de la espada y no sobre la separación entre Iglesia y Estado; de la Santa Inquisición y no de la tolerancia; de la Contrarreforma en lugar de la Reforma— hizo que el liberalismo agonizara penosamente y, que cuando por momentos revivía, lo hiciera con un rostro autoritario que revelaba su fisonomía conservadora y colonialista” (págs. 238/9).

Los problemas de fondo han sido reflejados con hondura y reconocida precisión conceptual por Alain Touraine, en su último ensayo sobre la región, del que reproducimos lo siguiente:

“Las instituciones representativas no tienen fuerza si no se apoyan en un principio ético que afirme la igualdad de los individuos evidentemente separados unos de otros por grandes desigualdades económicas y culturales. Este principio de igualdad ha sido de dos tipos hasta ahora. En Inglaterra y en los Estados Unidos fue religioso: los hombres son iguales porque dependen igualmente de la gracia y de la voluntad divina. Subvaluación de los ‘méritos’ que, por una aparente paradoja, ha desempeñado el papel de un factor favorable a la formación de una política democrática y de una actividad económica modernizadora. En Francia, por el contrario, el tema ético dominante fue la idea rousseauiana del contrato social, de la voluntad sobre la que descansa la formación de las instituciones políticas. En América Latina, el espíritu republicano se ha desarrollado a partir de una visión racionalista y liberal de tipo europeo y norteamericano: a cada uno según sus méritos, lo cual permite combinar la igualdad política con la desigualdad social y económica. Pero el desarrollo de los conflictos de intereses, propios de las sociedades capitalistas, han quitado mucho de su eficacia a la referencia a los derechos naturales y a la igualdad de oportunidades” (pág. 427).

Mientras tanto, a la par del examen analítico y sociológico, se acumulan realidades quemantes, como la que aborda el periodista José M. Pasquini Durán, a propósito de un reciente estudio de Eduardo Bustelo, de UNICEF Argentina:

“UNICEF ha calculado que se requerirían 2500 millones de dólares por año para evitar la muerte por sarampión o diarrea de cuatro millones de niños en el Tercer Mundo. La única dosis de vacuna para el sarampión cuesta 13 centavos de dólar y la terapia de rehidratación oral 10 centavos de dólar por dosis, según las cifras reveladas por los editores de la revista especializada *Ciencia Hoy*. Si la vida de un niño se pierde porque no se pueden gastar 13 centavos de dólar, el ajuste se vuelve inmoral y retrógrado. Los 2500 millones estimados por UNICEF equivalen a lo que se gasta por año en los Estados Unidos en publicidad de tabaco, por mes en la URSS en la compra de vodka y por día en el mundo en gastos militares. Mientras tanto, entre 1983 y 1990, América Latina transfirió recursos al Primer Mundo por un monto superior a los 200.000 millones de dólares, según CEPAL. La Argentina tiene retraso en los pagos por deuda externa..., por valor de 7000 millones de dólares, casi tres veces la suma necesaria para salvar la vida de cuatro millones de niños en el mundo. En el país mueren casi 60 bebés por día, la mitad de los cuales también podrían sobrevivir. Bustelo tiene toda la razón cuando afirma..., que los sectores sociales que contrajeron la deuda ‘no son los mismos que aquellos que la están pagando’”.

Por todo ello será que las transiciones y consolidaciones democráticas resultan extremadamente arduas y precarias.

El gran dilema y desafío latinoamericano consiste en cómo romper con los sojuzgamientos externos e internos, sin caer en nuevas formas de dominación, explotación y pauperización.

IX. EL CASO ARGENTINO

Nuestro país tiene entraña unitaria y federal; autoritaria y liberal; nacionalista y europeísta; oligárquica y democrática e igualitaria.

Podríamos continuar, pero a los fines de esta comunicación estimamos suficiente aquel mosaico de contradicciones.

La incapacidad de un pueblo y, sobre todo, de su clase

dirigente, para resolverlas, explica en gran parte las dificultades pretéritas y actuales en alcanzar un grado aceptable de estabilidad política y de desarrollo económico.

Sin olvidar, por supuesto, los condicionamientos provocados por las influencias británica —antes— y norteamericana —después— (y conjunta, cabría añadir, a raíz de la guerra de Malvinas).

Pero ello ha sido y sigue siendo la ley o sino histórico de la relación fuerte-débil (del punto de vista militar, político y económico), aquí y en todo el mundo.

De modo que, a nuestro entender, los argentinos estamos obligados a mirar para adentro, sin complacencias ni contemplaciones y después de un profundo examen individual y colectivo, decidir cuál va a ser nuestra identidad, aventando definitivamente toda ambigüedad y esquizofrenia (“Tenemos el río más ancho del mundo —escribe Enrique Mariscal, experto en organización empresarial— pero falta agua en la Argentina, falta H₂O: una molécula de hidrógeno es honestidad; la obra es humildad y el oxígeno es osadía. Con hombres pequeños uno hace empresas pequeñas. Falta un cambio de mentalidad para despertar conciencias. Estamos punteros en el descrédito mundial, pero seguimos confiados en que vendrá dinero extranjero que los ricos argentinos sacan afuera”).

Insoslayablemente, debemos enfrentar realidades duras que comprometen el presente y el futuro de nuestra joven democracia.

Con una población total, en 1990, de 32.423.000 habitantes, hay 17.500.000 pobres (entre estructurales, “los de siempre” y los nuevos pobres); 200 “villas miserias”; 6.267.116 analfabetos (entre “puros”, que jamás fueron a la escuela y “funcionales”, que la abandonaron); 100.000 camas de hospitales, que no se usan por falta de presupuesto; sólo se destina el 15% del presupuesto para prevenir enfermedades (en los países desarrollados: el 40%); en 1991, el PBI p/hab. es de U\$S. 2.600 (para otra fuente es de U\$S. 2.520 y lo califica como “decepcionante”) y la Inversión bruta interna en relación al PBI, 8%.

Hasta mayo de 1990, la tasa de desocupación era del 8,6 y la de subocupación del 9,3; el consumo de proteínas diarias ph/h. era de 97,4 gramos (17mo. puesto en el mundo; en 1950, con 110

gramos, 1ro.) y el de calorías, 3.190 (24to. en el mundo; en 1950, con 3.240, 4to.).

En un reciente informe "Desarrollo Humano 1991", editado por segundo año consecutivo por el "Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo" (PNUD), se pone de relieve el bajo índice "de prioridad social" de la República Argentina.

Allí se consigna —entre otras cosas— que "proporciones sustanciales de la población, especialmente en el Norte y en los tugurios de las afueras de Buenos Aires, sólo tienen un acceso limitado a la educación, a la atención médica, al agua potable y a los servicios sanitarios"; que "las condiciones sociales han empeorado durante la prolongada crisis económica"; que "desde mediados de la década del '70, el ingreso promedio de los hogares decreció más de la quinta parte en términos reales y la distribución de ingreso se hizo menos equitativa".

Y, al finalizar el capítulo respectivo, reitera que "el bajo índice de prioridad social... es motivo de preocupación: los servicios sociales que benefician principalmente a los pobres (educación primaria, hospitales públicos, atención médica primaria) sufrieron durante la última década un deterioro más grave que el del gasto público, hoy dirigido hacia los argentinos más acomodados".

Corresponde, por último, aclarar que los estadígrafos del PNUD incorporaron un nuevo índice, el de la libertad humana, constituido por cuarenta indicadores, algunos de los cuales son: elecciones multipartidarias, libertad de prensa, estado de derecho, abolición de la pena de muerte, igualdad de oportunidades para distintos sexos y etnias y tribunales y sindicatos independientes.

De ese modo, arman una clasificación de ochenta y ocho países liderada por Suecia, Dinamarca, Holanda, Finlandia y Nueva Zelanda. La República Argentina aparece en el puesto 28vo. (con veinticinco puntos sobre cuarenta ideales) y, en el otro extremo, figuran Rumania, Libia e Irak.

X. CONCLUSIONES. UNA UTOPIA RACIONAL

Nuestra comunicación ha sido un rápido y asistemático reco-

rrido alrededor de viejas y renovadas doctrinas, ideas e instituciones, que —en constante dialéctica— han reinado alternada y coetáneamente hasta el presente, apoyada en estudios estadísticos y comparativos particularmente referidos a las realidades latinoamericana y argentina.

El objeto: encontrar claves para una sintonía compleja y esquiva, cual es la de la —para nosotros— posible y lógica compatibilidad teórica del liberalismo y del socialismo, tamizados por el humanismo.

Despojando a aquéllos de ciertos “lastres” (por ej.: la indiferencia social y la opresión social, respectivamente), para apuntar directamente a lo conceptual y sustancial de cada uno: la libertad individual y la justicia social.

Para lo cual habrá que tomar lo mejor y abandonar lo peor (o lo anacrónico e inactual) del pensamiento y de la praxis de esas corrientes, en sus diversas manifestaciones.

Creemos que existe un método: el desarrollo democrático, en el marco del Estado de Derecho.

Y al formular esa alusión, volvemos a Dahl:

“El problema con el que nos enfrentamos, y con el cual se enfrentan todas las democracias modernas, es..., aún más difícil que el planteado por Tocqueville. Porque no sólo debemos identificar y crear las condiciones que reduzcan los posibles efectos adversos de la igualdad en la libertad, sino que también debemos esforzarnos por reducir los efectos adversos que se registran en la democracia y la igualdad política cuando la libertad económica produce grandes desigualdades en la distribución de los recursos y, por ello, del poder, de manera tanto directa como indirecta” (pág. 53).

La propuesta nuestra consiste, entonces, en sostener la existencia de antecedentes y elementos empíricos e ideológicos, liberales y socialistas, suficientes e idóneos para complementarse.

Si apelamos a la metodología democrática es porque la juzgamos el ámbito “natural” en el que confluirán “naturalmente”, dando nacimiento a una síntesis superadora, una nueva utopía racional.

BIBLIOGRAFIA

- ALTHUSSER, Louis — “Ideología y aparatos ideológicos de Estado”, *Colección Fichas*, n° 34, Nueva Visión, Bs. As., 1984.
- ANDERSON, PERRY — *Democracia y socialismo*, Ed. Tierra del Fuego, Bs. As., 1988.
- BARREIRO, José P. — *El espíritu de mayo y el revisionismo histórico*, Ed. Antonio Zamora, Bs. As., 1985.
- BOBBIO, Norberto — *¿Qué socialismo?*, Plaza & Janés, Barcelona, 1986.
— *Las ideologías y el poder en crisis*, Ariel, n° 80, Barcelona, 1988.
— “Liberalismo y democracia”, *Breviarios*, n° 476, FCE, México, 1989.
- BOGLIOLO, Rómulo — “El Estado y los socialistas”, *Cuadernos de la Fundación Rómulo Bogliolo*, n° 1, Editora La Vanguardia, Bs. As.
- BORÓN, Atilio A. — *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*, Imago Mundi, Bs. As., 1991.
- BUBER, Martín — *Caminos de Utopía*, n° 104, FCE, México, 1966.
— “¿Qué es el hombre?”, *Breviarios*, n° 10, FCE, México, 1970.
- CAMUS, Albert — “Ni víctimas ni verdugos”, *Colección Radar*, Ed. Reconstruir, Bs. As., 1976.
- CROCE, Benedetto — “La historia como hazaña de la libertad”, *Colección Popular*, FCE, México, 1960.
- DAHL, Robert A. — “Prefacio a la democracia económica”, *Colección Estudios Políticos y Sociales*, GEL, Bs. As., 1990.
- DE RUGGIERO, Guido — *Historia del liberalismo europeo*, Ed. Pegaso, Madrid, 1944.
- DEWEY, John — *El hombre y sus problemas*, Paidós, Bs. As., 1961.
- DOTTI, Jorge E. — “Las vetas del texto. Una lectura filosófica de Alberdi, los positivistas, Juan B. Justo”, *Colección la ideología argentina*, Puntosur, Bs. As., 1990.
- DUMONT, René — *Cuba ¿es socialista?*, Ed. Tiempo Nuevo, Caracas, 1970.
- ECHEVERRÍA, Esteban — *Dogma socialista y otras páginas políticas*, con prólogo de Salvador M. Dana Montaña, Estrada, Bs. As., 1958.
- ESCODÉ, Carlos — *Gran Bretaña-Estados Unidos y la declinación argentina/1942-1949*, Ed. de Belgrano, Bs. As., 1953.
- FERNS, H.S. — *Gran Bretaña y Argentina en el siglo XIX*, Ed. Solar/ Hachette, Bs. As., 1966.
- FONTANET, Joseph — *Libertad y sistemas sociales*, RIALP, Madrid, 1979.
- FRANQUI, Carlos — “Vida, aventuras y desastres de un hombre llamado Castro”, *Colección Documento /243*, Planeta, Bs. As., 1988.
- FROMM, Erich — “Marx y su concepto del hombre” (contiene Manuscrito económico-filosóficos de Karl Marx y otras notas), *Breviarios*, n° 166, FCE, México, 1966.
- GARCÍA PELAYO, Manuel — *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1982.

- HEILBRONER, Robert L. — *Vida y doctrina de los grandes economistas*, 2 tomos, Orbis Hyspamérica, Madrid, 1984.
- JAURES, Jean - LAFARGUE, Paul — “Idealismo y materialismo en la concepción de la historia”, *Colección Panorama*, n° 37, Siglo Veinte, Bs. As., 1960.
- LECHNER, Norbert — *Los patios interiores de la democracia — Subjetividad y política*, FCE, Chile, 1990.
- LUNA, Félix — *Conflicto y armonía en la historia argentina*, Ed. de Belgrano, Bs. As., 1982.
- MARX y ENGELS — *Manifiesto comunista* (contiene además nota preliminar de M.H. Alberti – Prefacios varios de Marx y Engels – Explicación histórica por Carlos Andler – Notas al prefacio del Manifiesto por R.G. Ormaechea – En memoria del Manifiesto, Antonio Labriola – Centenario del Manifiesto, por Indalecio Prieto), Biblioteca de Cultura Socialista, volumen 2, Claridad, Bs. As., 1967.
- MÓNCLUS, Antonio — *El pensamiento utópico contemporáneo*, CEAC, Biblioteca de Ciencias de la Conducta, Barcelona, 1981.
- MONDOLFO, Rodolfo — *Bolchevismo y capitalismo de Estado (Estudio sobre la revolución rusa)*, Ed. Libera, Bs. As., 1968.
- MONTACUTO CHAMINAUD, Vanesa — *El socialismo en la Revolución Francesa*, Ed. Fraterna, Bs. As., 1989.
- NOZICK, Robert — *Anarquía, Estado y utopía*, Claves, FCE, Bs. As., 1991.
- ODDONE, Jacinto — *El factor económico en nuestras luchas civiles*, (con una carta del Senador Nacional Dr. Alfredo L. Palacios), La Vanguardia, Bs. As., 1937.
- OSZLAK, Oscar — “La formación del Estado argentino”, *Colección Conflictos y Armonías en la Historia Argentina*, Ed. de Belgrano, Bs. As., 1982.
- PALACIOS, Alfredo, L. — *Estadistas y poetas*, Claridad, Bs. As., 1952 (la transcripción de la pág. 2 de esta comunicación, corresponde a la pág. 56).
- PALME, Olof — “O. P. Suecia y América Latina - Antología de documentos políticos” - José Goñi compilador, LAIS, Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Estocolmo, Ed. Puntosur, Bs. As., 1987 (la transcripción de la pág. 120 de esta comunicación, corresponde a la pág. 19).
- PECES - BARBA, Gregorio — *Libertad, poder, socialismo*, Civitas, Madrid, 1978.
- PLAMENATZ, John — “La ideología”, *Breviarios*, n° 345, FCE, México, 1983.
- QUINTANILLA, Miguel Angel y VARGAS MACHUCA, Ramón — “La utopía racional”, Premio ex aequo, *Mañana de Ensayo*, Espasa, Madrid, 1989.
- RAWLS, John — *Sobre las libertades* (Introducción de Victoria Camps), Paidós - I.C.E.U.A.B., Barcelona, 1990.
- REVEL, Jean François — *La tentación totalitaria*, Emecé, Bs. As., 1976.
- ROCKER, Rudolf — *El pensamiento liberal en los Estados Unidos*, Americalee, Bs. As., 1944.
- ROMERO, José Luis — “Las ideas políticas en Argentina”, *Tierra Firme*, n° 25, FCE, Bs. As., 1956.
- *La experiencia argentina y otros ensayos*, Ed. de Belgrano, Bs. As., 1980.

- *Latinoamérica: las ciudades y las ideas*, Siglo XXI, Bs. As., 1986.
- SÁNCHEZ SORONDO, Marcelo — *La Argentina por dentro*, Sudamericana, Bs. As., 1987.
- SPOTA, Alberto Antonio — “Intento de un análisis del devenir político argentino. A la manera de la Ojeada Retrospectiva de Esteban Echeverría” (Disertación del 12-VIII-87, al incorporarse a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas), folleto ed. Anticipo *Anales*, T. XVI — Bs. As., 1987.
- TERÁN, Oscar — *José Ingenieros: Pensar la Nación - antología de textos -*, Alianza Bolsillo, Bs. As., 1986.
- TOCQUEVILLE, Alexis de — “Igualdad social y libertad política”, *Ensayo Aldada*, E.M.E.S.A., Madrid, 1978.
- TOURAINÉ, Alain — “América Latina. Política y sociedad”, *Mañana de Ensayo*, Espasa, Madrid, 1989.
- VALDÉS, Juan Gabriel — “La Escuela de Chicago: operación Chile”, *Documentos*, Ed. B Grupo Zeta, Bs. As., 1989.
- VARIOS AUTORES — *Discutir el Estado - Posiciones frente a una tesis*, de Louis ALTHUSSER, Folios Ediciones, Bs. As., 1983.
- *Nuevos horizontes teóricos para el socialismo*, (Javea II), Sistema, Madrid, 1987.
- *Argentina hacia el 2000 - Desafíos y opciones*, Alfredo Eric CALCAGNO (coord.), Nueva Sociedad, UNITAR/PROFAL, Bs. As., 1989.
- *El Estado en América Latina, teoría y práctica*, Pablo GONZÁLEZ CASANOVA (coord.), Siglo XXI, Universidad de las Naciones Unidas, México, 1990. (La transcripción de la pág. 122 de nuestra comunicación, corresponde a la pág. 572).
- *El Estado benefactor. Un paradigma en crisis*, de Ernesto ISUANI, Rubén LO VUOLO y Emilio TENTI FANFANI, Miño y Dávila, Ciepp, Bs. As., 1991.
- VILLORO, Luis — *El concepto de ideología y otros ensayos*, FCE, México, 1985.
- WYNIA, Gary, W — *Argentina - Illusions and Realities*, Holmes & Meier, New York, 1986.

FUENTES VARIAS, DIRECTAS E INDIRECTAS

- 1) La transcripción de la pág. 126. —segunda mitad— de esta comunicación, corresponde al artículo “Estado de malestar”, publicado en el diario *Página 12* del 11/V/91, pág. 2.
- 2) *Centesimus Annus*, folleto sin fecha ni mención editorial.
- 3) “La encíclica, el capitalismo y el socialismo”, editorial del periódico *Verdad*, de Luján (provincia de Buenos Aires), dirigido por Francisco J. Pasini, n° 2284 del 15/V/91.
- 4) “La ‘*Rerum Novarum*’: hace cien años, y hoy”, por Germán J. Bidart Campos, publ. en el diario jurídico *El Derecho*, de la Universidad Católica Argentina, n° 7741 del 14/V/91.

- 5) Colección de *La vanguardia*, vocero del Partido Socialista Democrático de la República Argentina, dirigido por Francisco J. Pasini, especialmente n° 1024 del 27/VI/91, págs. 2, 3, 6 y 7, relacionadas con el 95to. aniversario de la Fundación del Partido Socialista Argentino.
- 6) Los datos estadísticos y transcripciones de las págs. 126 y 127 de esta comunicación, fueron obtenidos del artículo-investigación "Los desangrados", por Mario MARKIC, publicado en la revista *Noticias* del 16/VI/91, págs. 70 a 77; y del artículo "La libertad gana espacios en un mundo contradictorio", sin firma, publicado en el diario *La Nación* del 23/VI/91.
- 7) Colección de la Revista de Cultura Socialista *La ciudad futura*, dirigida por José Arico, Juan Carlos Portantiero y Jorge Tula, especialmente: "La transición democrática y la izquierda política", por Juan Carlos Portantiero; "Incertidumbres de la transición democrática en América Latina", por Francisco C. Weffort; y "Socialismo democrático: instituciones políticas y movimientos sociales", por Elías Díaz, publicados en el n° 16, de abril-mayo 1989, págs. 9, 22 y 29, respectivamente; y el Suplemento 7 del n° 21, febrero-marzo 1990, págs. 9 a 20, titulado: "Norberto Bobbio - Liberalismo, socialismo, democracia".
- 8) "Más allá del Estado y del mercado", por Carlos Moyano Llerena, publ. en *La Nación* del 5/VII/91, pág. 7.
- 9) "Contra el conocimiento (el rechazo al saber y el fracaso argentino)", por Augusto Perez Lindo, publ. en *Página 12* del 6/VII/91, Suplemento Futuro, págs. 2/3.

Abstract

From a general point of view having as a basis TOCQUEVILLE and DAHL, this piece of work analices conceptual and substancially the factual limits and the possibilities of the Latin-american developement, with special references to the Argentine Republic. The necessary harmony and the synthesis of liberal and socialist principles (including ethical-religious ones) are proposed here (applying Esteban ECHEVERRÍA's optics) so that democracy can acquire greater sense and depths. The author believing, thus, that when liberalism appears to be aggressive and insensitive as regards to the claims of those who have not had the opportunity (freedom) to choose their poor socioeconomic condition, it contradicts its historical basic principles ("freedom - equality - fraternity") of honouring human dignity. In the same way, since socialism disdanes and pursues disagreement, seeking a total and humble observance to achieve a forced uniformity of life, it dennies its origins when it declared the final objectives for a moral, material and intelectual redemption.



LA PROTECCION DE LOS DERECHOS ECONOMICOS Y SOCIALES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA

por SUSANA FRAIDENRAIJ *

INTRODUCCION

Este trabajo tiene por objeto analizar la vigencia de los derechos económicos y sociales en situaciones de emergencia económica. Para ello se hará, en primer término, una breve referencia al concepto, contenido, protección y violación de los derechos aludidos, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Luego se procederá a analizar la emergencia económica como causal del estado de excepción, para lo cual se delinearán los principios básicos que sustentan a esta figura jurídica, a efectos de intentar aplicar dichos principios a la emergencia económica. Finalmente se hará una breve referencia a la situación en la Argentina y a la similitud existente entre los principios internacionales que sustentan la figura analizada y los requisitos establecidos jurisprudencialmente por nuestro Tribunal Supremo. Ello, con el objeto de dejar planteadas las alternativas existentes, tanto a nivel interno como internacional, de protección de los derechos aquí analizados que pudieren verse afectados por las políticas instrumentadas con sustento en una emergencia económica.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La doctrina no ha podido precisar de manera clara la distin-

* Profesora adjunta de Derechos Humanos y Garantías. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA.

ción entre los derechos económicos y sociales. A su vez, los instrumentos internacionales eluden, en general, efectuar una clasificación al respecto, refiriéndose a ellos como algo distinto e individualizable.

Shue los llama “derechos de subsistencia”, y en ese sentido puede decirse que son aquéllos que conciernen a la población de un país y que tienden a que ésta logre satisfacer sus necesidades de subsistencia básica. El derecho al trabajo, a una retribución digna y equitativa, el derecho a sindicarse, el derecho a la huelga, a la salud, a la alimentación, a la protección de la familia, son algunos de los derechos que integran esta categoría ¹.

Asimismo, se hace referencia a ellos como “derechos programa”, en tanto que para lograr su vigencia efectiva es necesaria la instrumentación de políticas gubernamentales adecuadas, a diferencia de los derechos civiles y políticos cuya protección implica una abstención por parte del Estado. Esta apreciación es hasta cierto punto verdadera, dado que ambas posiciones presentan matices que no permiten establecer una diferencia tan tajante. Sin embargo, atento a que esta cuestión no es objeto del presente trabajo, se aceptará tentativamente la oposición entre ambas categorías de derecho ².

En lo que respecta a su protección internacional, los derechos económicos y sociales han sido consagrados por diversos instrumentos de carácter declarativo y convencional. A nivel universal: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas de 1966. A nivel regional, la Carta Social Europea de 1961, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador de 1988, que recoge los derechos no contemplados en aquella última. Este instrumento,

¹ Shue, H., *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Clarendon Press, Oxford, 1980.

² Cancado Trindade, Antonio, *A Proteção Internacional Dos Direitos Humanos, Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, Saraiva, San Pablo, 1991.

que aún no ha entrado en vigor, se ha inspirado en el Pacto de Naciones Unidas, el modelo es sustancialmente el mismo, y en algunos casos, la redacción es casi idéntica ³.

El sistema de control establecido en los tratados citados precedentemente, es similar. Está basado en informes que los Estados Partes deben presentar al órgano de supervisión correspondiente. Dicho procedimiento conlleva una efectividad relativa, dado que la posible sanción se reduce a la publicación de una decisión sin carácter vinculante. Pero su importancia radica en la posibilidad de adecuación paulatina del orden jurídico interno a la normativa internacional, a fin de lograr en un futuro mediano que las legislaciones de los Estados Partes sean homogéneas y armónicas en relación al tratado en cuestión.

La fórmula de la obligación asumida por los Estados Partes en los instrumentos citados consiste, en general, en el compromiso de adoptar las medidas necesarias tanto en el orden interno como mediante la cooperación internacional —especialmente económica y técnica— utilizando el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente el logro de estos derechos. Esta clase de enunciado denota el carácter progresivo de la norma, así como la falta de exigibilidad inmediata de las obligaciones contraídas. Esto implica que los Estados tienden, en este ámbito, a contestar obligaciones de medio y no de resultado ⁴.

Asimismo, si se cotejan estos enunciados con la realidad de América Latina en general, y de nuestro país en particular, podrá observarse una inadecuación casi absoluta entre ambos. Pero, esto no basta para afirmar que jurídicamente se configura una violación a la Convención Americana. Ello en razón de que los Estados se han comprometido a alcanzar progresivamente —y en la medi-

³ *Human Rights, Status of International Instruments*, New York, United Nations, 1987.

⁴ Nikken, Pedro, “El régimen jurídico de protección de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derechos económicos y desarrollo en América Latina*, J. Ordóñez y E. Vázquez (comp.), San José, IIDH, 1991, págs. 16/26.

da de los recursos disponibles— las metas que en el tratado se señalan; por lo tanto, la no satisfacción de estos derechos no sería demostrativa de su violación.

Sin embargo, se podría concluir que los derechos económicos y sociales pueden llegar a ser vulnerados, no por su falta de realización, sino como consecuencia de la adopción de políticas que están directamente orientadas a la supresión de los mismos. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha expresado que:

“La exigibilidad de estos derechos debe ser concebida de la manera más amplia, de modo que pueda entenderse, tanto en el sentido positivo, como en el sentido negativo de los actos que la contradigan. En América Latina nos encontramos en una situación donde muchas de las políticas públicas ciertamente conllevan —al menos— a la disminución sensible, e incluso a la destrucción de algunos de estos derechos económicos y sociales en capas importantes o proporcionalmente grandes de la población”⁵.

II. LA EMERGENCIA ECONOMICA COMO CAUSAL DEL ESTADO DE EXCEPCION

Podría argumentarse en contra de lo expresado precedentemente la existencia de una grave crisis de la región. De hecho, la forma más común de respaldar violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos ha sido la declaración y puesta en práctica de los “estados de excepción”.

Prácticamente todas las constituciones reconocen que, durante períodos de grave crisis que afectan el orden público, los derechos y libertades fundamentales pueden ser sujetos a limitaciones más severas que las permitidas por el orden constitucional en tiempos normales. En derecho comparado, la institución jurídica que permite esa modificación transitoria del orden constitucional vigente se denomina estado de sitio, estado de alarma, estado de guerra interna, o suspensión de garantías⁶.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Zovatto, Daniel, *Los estados de excepción y los derechos humanos en*

Ahora bien, así como hay suspensión de garantías en caso de emergencia política, cabe preguntarse si pueden establecerse lícitamente restricciones —orientadas incluso a la supresión de los derechos aquí analizados— en el campo económico. Así como también si dentro de las causales de los estados de excepción se incluye la emergencia económica, y en caso afirmativo cuáles son los principios básicos que un Estado debe respetar al imponerlo, a la luz de la aplicación de las normas que constituyen los sistemas de protección internacional de los derechos humanos.

El estado de excepción es una institución de gran importancia, en tanto que su legitimidad esencial radica en su objeto, cual es proteger el estado de derecho y los derechos esenciales de los individuos, amenazados por graves perturbaciones al orden público. Sin embargo, la historia ha demostrado que los estados de excepción han servido más bien como pretexto de violaciones sistemáticas de los derechos humanos por regímenes inconstitucionales y antidemocráticos ⁷.

De los tratados enunciados precedentemente, únicamente la Convención Americana (art. 27) y la Convención Europea (art. 15) se refieren en forma concreta a algunos tipos de amenazas, a saber: la guerra, “peligros públicos”, y “otras emergencias”. El Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador se refieren a la facultad del Estado de establecer restricciones y limitaciones en el goce y ejercicio de los derechos con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática; y el Protocolo agrega en su artículo 5º ...“en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”.

La doctrina ha identificado cuatro tipos de emergencias que pueden justificar la suspensión de normas de derechos humanos: la guerra, u otra amenaza que implique un conflicto armado; situaciones de disturbios interiores o tensiones internas que amenacen gravemente al orden público; catástrofes naturales y emer-

América Latina, Ed. Jurídica Venezolana, IIDH, Caracas - San José, 1990.

⁷ O'Donnell, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas - Fundación F. Naumann, Lima, 1988.

gencias económicas. Sin embargo, la opinión no es unánime respecto de esta última causal. Algunos autores la extienden, al punto de incluir allí, problemas relativos al desarrollo de las bases económicas mismas. Otros, la consideran únicamente como causal indirecta de un estado de emergencia ⁸.

En nuestra opinión, el subdesarrollo como causal de una emergencia económica es, a todas luces, discutible, atento que para un país o una región que desde tiempo atrás (o desde siempre) no ha conocido la abundancia, el subdesarrollo no tiene nada de excepcional. Por el contrario, se constituye en la regla más que en la excepción. En ese sentido, una crisis económica sólo justificaría la declaración del estado de excepción en tanto que sea de gravedad tal que perturbe seriamente el orden público. Además, tal situación puede darse en países desarrollados, o deberse a causas ajenas al desarrollo mismo.

La emergencia económica no está reconocida explícitamente en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos previamente enunciados. Solamente, en cierta forma lo hace la Carta Social Europea contemplando situaciones que ponen en peligro la existencia de un Estado, exponiéndolo a una guerra ⁹.

El problema a este respecto surge por la realidad que motiva las restricciones: normalmente las situaciones urgentes de carácter económico son de larga duración; y esto parece inconsistente con la idea de emergencia, según ha sido definida por la doctrina y los tratadistas. A modo de ejemplo, basta mencionar lo ocurrido durante la Segunda Guerra Mundial, cuando en países que no participaban en la guerra regían estados de sitio, principalmente por las dificultades en conseguir materiales esenciales para desarrollar la vida normal de la nación, tales como alimentos y combustibles. Es decir, que habían allí situaciones de interferencia muy aguda en la vida económica del país, que justificaban la

⁸ Haba, Enrique, *Tratado básico de derechos humanos*, Juricentro, San José, 1986, T. II.

⁹ Nikken, Pedro, *op. cit.* Ver además, Gross Espiell, Héctor, *Los derechos económicos sociales y culturales en el sistema interamericano*, Libro Libre, San José, 1986.

imposición de un estado de emergencia por motivos esencialmente económicos.

En definitiva, aquí la noción de excepción se acerca a la de *emergency* definida por Stephen Marks como *a political term, to describe a condition approximating to that of war*. En ese sentido, podrá verificarse que ella presenta dificultades similares a las que surgen respecto de la protección de los derechos humanos en tiempos de guerra ¹⁰.

De todos modos, aun cuando los tratados internacionales no incluyan la emergencia económica como causal del estado de excepción, ello no permite asumir la posición irracional de decir que frente a un desajuste de la economía, un gobierno no está lícitamente facultado para adoptar medidas tendientes a lograr su regularización. Por lo tanto, será necesario buscar en la noción misma de emergencia —extraída de los derechos civiles—, algunas limitaciones estructurales a estas facultades, fuera de las cuales, podría argüirse que se incurre en un acto ilícito e ilegítimo de cercenamiento a los derechos económicos y sociales contra la letra y el espíritu de los tratados, en la misma forma en que se incurre en las violaciones de los derechos civiles.

III. PRINCIPIOS BASICOS QUE DEBE SUSTENTAR UN ESTADO DE EXCEPCION - POSIBILIDAD DE SU APLICACION A LA EMERGENCIA ECONOMICA

Los límites aludidos surgirán de los principios básicos que debe respetar un estado de excepción cualquiera sea la causal por la que se imponga. La esencia de esta doctrina ha sido resumida por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Lawles*, en la frase siguiente:

“El significado natural y corriente de una emergencia pública que amenaza la vida de la nación es... una situación de peligro o

¹⁰ Marks, Stephen, “Principios y normas de derechos humanos aplicables en situaciones de emergencia: Subdesarrollo, catástrofe y conflictos armados”, en Vasak, Karel (ed) *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Serbal/UNESCO, 1984, págs. 254-303.

crisis excepcional e inminente que afecta al público en general, y no sólo a algunos grupos en particular, y que constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad de que el Estado en cuestión esta compuesto”¹¹.

Asimismo, de la interpretación de los artículos 15 de la Convención Europea, 4º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, surgen los principios básicos que deben sustentar la imposición de un estado de excepción, a saber¹²:

1) *Peligro excepcional*, es decir que la emergencia sea tal que amenace la vida de la nación;

2) *Proporcionalidad*, debe ser impuesto en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación.

3) *Temporalidad*, la medida debe aplicarse por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación;

4) *Intangibilidad de ciertos derechos fundamentales*, implica la prohibición de suspender tales derechos que han sido expresamente establecidos.

5) *No discriminación*, es decir que la medida no debe entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, sexo, color, religión u origen social.

6) *Compatibilidad con las obligaciones impuestas por el derecho internacional*. Las medidas que las circunstancias requieren no deben ser aplicadas si están en conflicto con otras obligaciones del Derecho Internacional. Esto reviste particular importancia en lo que hace a la relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario, aplicable en situación de conflicto armado interno o internacional, cuyas normas disponen que, aun en estas situaciones, ninguna suspensión podrá extenderse a derechos protegidos por los Con-

¹¹ EUR.COURT H.R., Lawless Case, Series B, 1960-1961, págs. 54-63.

¹² “The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol 7 (1); 1985. Ver además: N. Questiaux, “Estudio sobre las consecuencias que para los derechos humanos tienen los estados de sitio o excepción”, ONU-E/CN.4/Sub.2/1982/15.

venios de Ginebra de 1949 o los Protocolos Adicionales de 1977. Así por ejemplo el artículo 3° común prohíbe, *inter alia* “las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, no emitidas por un tribunal regularmente constituido, revestido de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. Este principio, juntamente con el de intangibilidad, tiende a proteger el denominado núcleo inderogable que agrupa aquellos derechos esenciales de los que un ser humano no puede ser privado en cualquier momento o lugar ¹³.

7) *Notificación* al órgano de supervisión internacional pertinente, tanto de la adopción como del levantamiento de la medida.

Luego, aplicado lo expuesto a la cuestión que nos ocupa, puede inferirse que:

En primer lugar, debe existir una situación de estricta necesidad que amerite la imposición de la emergencia. Ello en el fondo implica determinar cuáles son las políticas a adoptar frente a las alternativas que existen. Es decir, las medidas de ajustes y sacrificio deberían ser aquellas que resultaran menos gravosas para la población en su conjunto; por lo tanto requerirá un análisis —más que jurídico— de política económica, respecto de las posibilidades viables.

En segundo lugar, debe existir proporcionalidad entre la medida adoptada y los beneficios colectivos que la misma población que padece ese sacrificio tiene en expectativa.

En tercer lugar, la virtual resarcibilidad. Ello en razón de que en la doctrina de derechos humanos no cabe el utilitarismo según el cual pueda, una persona o una generación, ser el instrumento para que otra persona u otra generación alcance el goce de estos derechos. Si la persona tiene dignidad en sí misma, ella no puede ser el vehículo del bien de otro, por una decisión que le es ajena y que le ha sido impuesta. No es posible que en virtud de una política gubernamental, una generación se sacrifique bajo el ar-

¹³ Fraidenraij, Susana, “Las garantías fundamentales de la persona humana en el derecho internacional humanitario”, *La protección jurídica de la persona humana y el problema de los indocumentados*, Zavalía, Buenos Aires, 1991, págs. 87/101.

gumento de que otras disfrutarán después. Por lo tanto, tiene que haber —si bien no ya una garantía— la virtual resarcibilidad de que el destinatario y el domiciliario serán el mismo individuo que, haciendo un sacrificio ahora, podrá vivir mejor después.

En cuarto lugar, la temporalidad, elemento muy importante a considerar en esta cuestión. Toda emergencia debe ser temporal, independientemente de su éxito o fracaso. En tal sentido, la adopción de la medida debe ser por un término o plazo que se fijará según el caso.

Dentro de estas limitaciones, traídas del campo de las libertades públicas, es posible concebir restricciones a los derechos económicos y sociales que sean lícitas desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, se deberá tener presente que hay disposiciones como la intangibilidad de ciertos derechos que se constituyen en barrera infranqueable de cualquier restricción. En este sentido, resulta obvio que el derecho a la vida es inviolable, y por ninguna circunstancia puede ser suspendido. Por supuesto nadie va a ordenar matar gente. Sin embargo, puede ocurrir que, como consecuencia de la instrumentación de una política determinada, se produzcan serias limitaciones a este derecho, especialmente en el campo infantil, donde, por desnutrición, se observan crecimientos pavorosos en los índices de mortalidad.

Entonces, se presenta aquí un problema que conduce a nuevos interrogantes. Dónde está el umbral y cuál es el límite a estos derechos durante una emergencia económica, teniendo en cuenta que el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece que, en ningún caso, puede privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. La situación económica de América Latina en general y las serias limitaciones de disponibilidad de recursos, además de la carga que implican los compromisos de cumplimiento de la deuda externa, permitirían inferir que se ha traspasado el límite jurídico y que se priva a los pueblos de sus propios medios de subsistencia.

Resulta obvio que la respuesta no es sencilla, y tampoco es propósito de este trabajo. Sin embargo, se estima factible plantear la hipótesis de que la violación de los derechos económicos y sociales merece un análisis, no por su falta de realización, sino

por su supresión, como consecuencia de la aplicación de determinadas políticas económicas.

Luego, frente a las eventuales posibilidades de violación, surge la duda, sobre cómo se protegen estos derechos por los mecanismos internacionales previstos. Aquí puede florecer el pesimismo ya que —por una parte y como se dijera—, los instrumentos vigentes contienen enunciados de carácter demasiado general sin mecanismos concretos de exigibilidad. A lo sumo, y dado que aún no ha entrado en vigor el Protocolo de San Salvador, la Comisión Interamericana y eventualmente la propia Corte podrían efectuar un análisis del artículo 26 del Pacto de San José. En ese sentido, la exclusión que hace el Protocolo de los derechos económicos como materia de peticiones individuales, podría cumplirse como un serio retroceso.

Sin embargo, no podemos esperar que un órgano internacional resuelva los problemas de derechos humanos en América Latina si los Estados no cooperan, pues esos problemas no se resolverán sin voluntad política, y lo que la protección internacional va a sustituir —dado su carácter subsidiario—, es solamente aquello que el Estado no haya hecho. En este sentido, es de suma importancia el sistema de informes que deben presentar los Estados a los órganos de supervisión, en tanto que su propósito es el de lograr una adecuación de la legislación interna de los Estados al contenido de la norma internacional.

En suma, los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos contienen enunciados demasiado generales sobre los derechos económicos y sociales, lo que dificulta proveer a una adecuada supervisión en lo que a su respeto concierne a los Estados Partes. Asimismo, si bien la emergencia económica no está contemplada expresamente como causal de un estado de excepción, habrá que buscar en la noción misma de emergencia los principios básicos que la sustentan y confrontar si ellos son respetados durante una emergencia económica; en caso contrario, se podría postular que se incurre en un acto ilegítimo de cercenamiento de los derechos económicos y sociales, contra la letra y el espíritu de estos tratados en la misma forma en que se incurre en violaciones de los derechos civiles.

IV. LA EMERGENCIA ECONOMICA EN EL ESTADO ARGENTINO

En la República Argentina, durante situaciones de crisis de diversas índole, se ha utilizado la figura de la emergencia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado su posición al respecto en diversos pronunciamientos.

Así, en el caso "Peralta, Luis A. c/Gobierno Nacional" ha señalado, que la realidad de cada época perfecciona el espíritu permanente de las instituciones de cada país o descubre nuevos aspectos no contemplados con anterioridad, a los cuales no puede oponerse en un plano de abstracción el concepto medio de un período de tiempo en que la sociedad actuaba de manera distinta o no se enfrentaba a peligros de efectos catastróficos.

Que las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley tiene por naturaleza, una visión de futuro, en tanto está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción ¹⁴.

En momentos de perturbación social y económica y otras situaciones semejantes de emergencia, y ante la urgencia en atender a la solución de los problemas que crean, es posible el ejercicio del poder del Estado en forma más enérgica que la admisible en períodos de sosiego y normalidad.

Pero a su vez, el tribunal ha expresado que el derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella, y se distingue por el acento puesto según las circunstancias lo permitan y aconsejen, en el interés de los individuos o grupos de individuos, o en el interés de la sociedad toda.

En tal sentido, la Corte se ha referido al control de constitucionalidad, señalando que es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en casos concretos, comparándolos con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición a ella; constituyendo esa atribución

¹⁴ J.A., 3/IX/1991.

moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles de los poderes públicos ¹⁵.

Asimismo, en la recordada causa “Angel Russo” ¹⁶ el tribunal estableció los requisitos para el uso de la policía de emergencia que mantuvo en pronunciamientos sucesivos, y que se enuncian a continuación:

1) Situación de emergencia definida por el Congreso (no mediante decreto) ¹⁷.

2) Transitoriedad de la regulación excepcional impuesta a los derechos individuales o sociales ¹⁸.

3) Persecución de un fin público que consulte los superiores y generales intereses del país ¹⁹.

4) Razonabilidad del medio elegido por el legislador para lo cual debe existir una cabal adecuación de tal medio al fin público perseguido ²⁰.

Considerando lo expuesto, y si se intentara trazar un paralelo entre los principios internacionales que sustentan un estado de emergencia y los requisitos citados precedentemente, se verificaría, sin duda, la similitud entre ambos.

Ahora bien, en los últimos tiempos, en nuestro país se ha recurrido con frecuencia a la doctrina de la emergencia. En tal sentido se han adoptado las leyes 23.696 y 23.697, sobre Reforma del Estado y Emergencia Económica, respectivamente ²¹. Asimismo, se han utilizado los denominados decretos de necesidad y

¹⁵ CS, *Fallos* 33-162.

¹⁶ CS, *Fallos* 243-470, en el mismo sentido; CS, *Fallos* 172-21; CS, *Fallos* 243-449, CS, *Fallos* 294-152; CS, *Fallos* 299-146; CS, *Fallos* 303-1835.

¹⁷ CS, *Fallos* 173-65.

¹⁸ CS, *Fallos* 200-450.

¹⁹ CS, *Fallos* 202-456.

²⁰ CS, *Fallos* 199-483.

²¹ Ley 23.696, de Reforma del Estado, L.A. 1989-B-1132. Ley 23.697, de Emergencia Económica, L.A. 1989-C.

urgencia, cuyo ejemplo más reciente lo constituye el referido a la desregulación económica ²².

Luego, las situaciones de conflictos que se susciten, originadas en la aplicación de las políticas que se derivan de estas normas adoptadas en ejercicio del poder de policía del Estado, demandarán una actitud criteriosa y constructiva de parte de nuestros jueces, a quienes corresponderá analizar las normas señaladas a la luz de los principios expuestos, a fin de determinar si existe violación a los derechos consagrados por nuestra Carta Magna. A su vez, agotados los recursos de jurisdicción interna, y en el convencimiento de que la violación persista, podrá intentarse la vía internacional, que aun cuando presenta serias limitaciones en lo que respecta a la protección de estos derechos, se estima que podrá lograrse atrayendo la noción de emergencia del campo de los derechos civiles, al de los económicos y sociales, como fuera expuesto.

Finalmente, quisiera concluir con una frase de Kelsen, que conserva su aguda actualidad en los tiempos que vivimos.

“En el estado de necesidad, el Estado puede violar los derechos bien adquiridos, invadir la esfera de la libertad de sus súbditos, incluso sin base legal... En definitiva, el estado de necesidad justifica toda infracción del orden jurídico y de la misma Constitución... Tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que vivir, suele ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que el Estado viva de la forma que estimen justa aquellos que se aprovechan para sus fines particulares del ‘estado de necesidad política’”.

²² Decreto 2284 (B.O. 1/XI/91).

DE LOS DECRETOS DE
IA. UN CAMINO PARA
ELACIONES ENTRE
DEL ESTADO

por JORGE ALEJANDRO AMAYA
poración de MARCELA BASTERRA

PODERES
SICA

LA REGLAMENTACION DE LOS DECRETOS DE
NECESIDAD Y URGENCIA. UN CAMINO PARA
FLEXIBILIZAR LAS RELACIONES ENTRE
LOS PODERES DEL ESTADO

por JORGE ALEJANDRO AMAYA
con la colaboración de MARCELA BASTERRA

*LA DIVISION DE PODERES
Y SU INTERPRETACION CLASICA*

Nunca está demás reafirmar el concepto que dice que el rasgo esencial del Estado constitucional es la limitación y el control del poder por medio de la división del mismo, originándose un sistema de equilibrio cuyo objetivo es que cada órgano gubernativo se desempeñe dentro de su respectiva órbita constitucional, en forma independiente pero coordinada.

Esta fragmentación del poder está destinada a preservar el goce de la libertad de los habitantes y la plenitud de sus derechos constitucionales. La fiscalización que cada uno de los órganos del gobierno ejerce con respecto a los otros es la característica distintiva del principio de división de poderes que, dentro del Estado constitucional argentino, de acuerdo al artículo 104 de la Constitución Nacional, queda reflejado en un gobierno nacional de poderes delegados, determinados y definidos.

La práctica constitucional y la evolución socio-económica del país, han dejado en clara evidencia que el poder central se ha nutrido y fortalecido a costa de los poderes provinciales, y que el órgano ejecutivo se ha privilegiado por sobre los restantes, es decir el legislativo y el judicial.

De esta manera, no podemos mantenernos ajenos a la realidad

que significa reconocer la fortaleza del Poder Ejecutivo, más que por imperio constitucional por el propio peso de circunstancias, que no analizaremos por no resultar materia de este trabajo, sin perjuicio de señalar el peligro inminente que encierra para el sistema la convalidación institucional de actos celebrados por dicho poder en ejercicio de facultades que no le son propias, por lo menos, en el esquema político constitucional vigente.

Lo dicho cobra mayor valor, si tenemos en cuenta que siempre que un poder acrecienta su esfera de acción, lo hace usurpando facultades de otro, o dirimiendo en su favor la contienda sobre competencias discutidas, actitud que —no solamente encierra un reproche hacia el poder usurpante— sino hacia todo el sistema, ya que los otros dos poderes se transforman inevitablemente en cómplices por acción u omisión, al no ejercer o reclamar sus facultades o al justificar la actuación extra-órgano del ejecutivo.

La siempre ampliada doctrina de la emergencia ha abordado el tema en forma entusiasta, habiendo dispuesto en un primer momento nuestra Corte que “la emergencia no crea poder ni aumenta el poder concedido, ni suprime ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado”¹.

Conceptos a nuestro criterio superados por el avance demostrado por la Corte en su doctrina.

Nuestro Alto Tribunal —último intérprete de la Constitución— profundizó el tema de la división de poderes desde larga data. En el año 1963, en la causa “Ramón Ríos y otros”² dijo: “...siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes departamentos..., independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas, pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestro sistema de gobierno”. Bajo este concepto fulminó un decreto del Poder Ejecutivo Nacional que usurpaba atribuciones del Poder Legislativo.

¹ CSJN 238; 123.

² CSJN T. 1, págs. 36/7.

Al año siguiente, en la causa “Tomás Tomkinson y Cía.”³ la Corte mantiene la misma línea de pensamiento. Y en igual sentido se pronuncia en las causas “Vicente Seste, y Antonio Seguich v. Gobierno Nacional”; “José Ventura Montaña” y “Ricardo López Jordán” (1864, 1870 y 1879).

En uno de los clásicos de la Doctrina Judicial, nos referimos al fallo “Eduardo Sojo” del 22/IX/1887⁴ la Corte sostuvo; “La misión que incumbe a la Suprema Corte de mantener a los diversos poderes tanto nacionales como provinciales en la esfera de las facultades trazadas por la Constitución, la obliga a ella misma a absoluta estrictez para no extralimitar la suya, como la mayor garantía que puede ofrecer a los derechos individuales”, “por grande que sea el interés general, cuando un derecho de libertad se ha puesto en conflicto con atribuciones de una rama del poder público, más grande y más respetable es el que se rodee ese derecho individual de la formalidad establecida para su defensa.

”El *palladium* de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento; el *palladium* de la libertad es la Constitución; esa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal”.

El 20 de junio de 1927, en “A.M. Delfino y Cía.”⁵ el tribunal dijo: “Que, ciertamente, el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos. Es ese un principio uniformemente admitido como esencial para el mantenimiento e integridad del sistema de gobierno adoptado por la Constitución y proclamado enfáticamente por ésta en el artículo 29” (Willoughby, pág. 1317; Cooley, *Constitutional limitations*, 7a. ed., pág. 163).

Terminante es la Corte en los autos “Sara Doncel de Cook v.

³ CSJN T. 1, págs. 69/71.

⁴ CSJN T. 32, págs. 125/45.

⁵ CSJN T. 148, págs. 432/38.

pcia. de San Juan”⁶ al sostener: “A ninguna autoridad republicana le es dado invocar origen o destino excepcionales para justificar el ejercicio de sus funciones más allá del poder que se le ha conferido, pues toda disposición o reglamento emanado de cualquier departamento o de algún empleado, que extralimite las facultades que le confiere la Constitución, o que esté en oposición con alguna de las disposiciones o reglas en ella establecidas, es completamente nulo” (Cooley, *Derecho Constitucional*, pág. 20, trad. Carrié, Peuser, 1898).

Muchos podrían ser los antecedentes jurisprudenciales a seguir citando: “The Z Steamship Comp. Ltda. v. S.A. Puerto de Rosario”⁷, “Raúl O. Mouviel y otros”⁸, en los cuales nuestro Alto Tribunal reafirma el concepto de división de poderes independientes y coordinados, con facultades exclusivas como base esencial del sistema constitucional argentino.

EL CASO “PERALTA”. ¿CAMBIO DE DOCTRINA O CONTRADICCION?

Pero en el conocido fallo “Peralta Luis A. c/Estado Nacional s/amparo”⁹ a través del cual la Corte resuelve la impugnación al decreto del Poder Ejecutivo Nacional 36/90 que reguló el llamado “plan Bonex”, el Superior Tribunal efectuó llamativamente una interpretación sobre la división de poderes que justificadamente ha preocupado a gran parte de la doctrina constitucional.

Es sumamente precisa la Corte al identificar a la división de poderes como “una categoría histórica”, definida como un procedimiento de ordenación del poder de la autoridad, que busca el equilibrio y armonía de las fuerzas mediante una serie de frenos y contrapesos, sin que por ello deje de existir ante ellas una necesaria coordinación.

O sea que las funciones gubernamentales no constituyen

⁶ CSJN *Fallo* 155:293.

⁷ CSJN T. 171, págs. 293/99.

⁸ CSJN T. 235, págs. 637/58.

⁹ Caso “Peralta”, *L.L.* 3/VI/91; *E.D.* 22/IV/91.

compartimentos estancos, sino que se encuentran relacionadas y se controlan mutuamente. En este repetido sentido José Manuel de Estrada enseñaba que “la Constitución ha sido acertada estableciendo los poderes divididos, pero coordinados, de suerte que no crea tres gobiernos, sino un gobierno, órgano del Estado, dividido en tres ramas”¹⁰.

En el caso “Peralta” la Corte (considerando 18) describe lo que llamamos el control institucional entre los poderes. Reitera la obligación de los jueces de velar por la supremacía constitucional y destaca que la división de poderes no “debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado, de modo que cada uno de sus departamentos actúe aisladamente”.

A pesar de los criteriosos conceptos utilizados, al considerar (considerando 19) que el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 36/90 no se encuentra invalidado constitucionalmente por su origen, desdibuja toda la construcción jurídica anterior y la doctrina judicial del Alto Tribunal que someramente citamos.

No cabe duda que la norma del ejecutivo regla sobre facultades que tiene asignadas el Congreso de la Nación. Esto es reconocido por la Corte en la misma sentencia, al condicionar la validez del decreto a que el Legislativo no adopte “decisiones diferentes” y a que exista “una situación de grave riesgo social”.

Pensamos que, por mucho que se esfuerza la Corte en su interpretación, no puede darle autoridad legal a un decreto que carece intrinsecamente de ella por vicio de incompetencia, y mucho menos aún reconocerle efectos jurídicos.

Si bien la Corte se preocupa para que no se haga una interpretación de la Constitución fuera de la “realidad argentina”, alejada de la “necesidades más ineludibles”, a estas expresiones les falta la determinación de los límites que deben tener estas interpretaciones “elásticas” o “flexibles” de la Constitución.

Al respecto, Bidart Campos sostiene: “La imagen dinámica de la Constitución formal conduce a interpretarla de manera también dinámica, o si se quiere histórica (o historicista), en el

¹⁰ de Estrada, José Manuel, *Curso de Derecho Constitucional, Federal y Administrativo*, Cía. Sudamericana de billetes de Banco, Bs. As. 1895, págs. 212/213.

sentido de ir la acomodando a las circunstancias del tiempo histórico, bien que sin desvirtuar sus principios ni sublevarse contra la voluntad del constituyente”¹¹.

Todas las argumentaciones desarrolladas por la Corte en las primeras partes del fallo —muy difíciles de no compartir— no sólo por la autoridad moral del tribunal sino también porque coincide con su antigua doctrina citada, se desvían abruptamente en las conclusiones a que llega, hasta convertir al fallo “Peralta” en contradictorio.

Como adelantamos, al reconocer al decreto validez constitucional condicionado a que el Congreso nacional en ejercicio de poderes constitucionales propios no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados y porque ha mediado una situación de grave riesgo social, la congruencia ideológica de la sentencia se desmorona.

En primer lugar la Corte deja peligrosamente abierta la posibilidad de interpretar que la norma impugnada es constitucional porque el Poder Legislativo ha guardado silencio ante la usurpación de facultades. De ser esto así, la Corte reconoce un modo de control extraconstitucional del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo, y al dejar sujeta la existencia constitucional del decreto a la actividad parlamentaria, ha diferido la responsabilidad del Poder Judicial, produciendo una alteración en el equilibrio de los poderes.

En definitiva, la actitud asumida por la Corte ha sido trasladar el conflicto al Poder Legislativo, dejando sujeto los derechos de las partes al interés político. Esta afirmación surge de que la validez del decreto no proviene de su naturaleza, sino del silencio del Poder Legislativo.

Este razonamiento nos podría llevar al extremo de reconocerle facultades de control de constitucionalidad al Congreso de la Nación, lo que sería violatorio del artículo 100 de la Constitución Nacional. Es solamente el Poder Judicial quien tiene la última palabra en la interpretación del ordenamiento legal.

¹¹ Bidart Campos, Germán; *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Bs. As., 1988, T. I, págs. 65 y sigs.

Conviene aclarar que la existencia de atribuciones expresas en uno de los poderes, significa la exclusión de los otros, salvo que la Constitución acuerde el concurso de unos con otros para actos determinados.

La construcción poco feliz a que acude la Corte deja “viva” una norma nacida de atribuciones que no tenía ni tiene el Poder Ejecutivo. Precedente que ha tentado a éste, poder para acudir nuevamente a normas de estas características, como lo demuestra la copiosa cantidad de decretos legislativos que ha dictado en el corto período de actuación, a tal punto de adquirir el *record* de haber dictado más decretos de necesidad y urgencia que todos los emitidos durante la vida institucional de la República ¹².

Recobran actualidad las lecciones que daba en la Universidad de La Plata en 1915 José Nicolás Matienzo: “En la República Argentina, el Poder Ejecutivo ha sido hasta la fecha el más eficaz de los tres poderes del Estado. Esta es la evolución natural. En todas las sociedades humanas, se comienza por la autoridad ejecutiva; y la evolución consiste en ir transfiriendo el poder de la autoridad ejecutiva a la representativa. No es necesario que nos detengamos en la época de Rosas, para encontrar ejecutivos fuertes, pues, en nuestro país, todos ellos tienden a ser poderosos, sean nacionales o provinciales, y, por consiguiente, procuran subordinar a su propia voluntad la de los poderes legislativos. Esto es lo que ocurre en el hecho, pero en la teoría, sobre todo si leemos los textos constitucionales, tanto de la Nación como de las provincias, veremos que por el contrario, parece haber una tendencia a poner al Poder Legislativo por encima del otro” ¹³.

La argumentación de la Corte Suprema en el caso “Peralta” en el sentido expuesto en este ensayo nos deja serias inquietudes pues desconocemos hasta donde la Corte “flexibilizará” las competencias de los poderes del Gobierno, y nos preocupa que haya

¹² Hernández, Antonio M., dato suministrado en los fundamentos de un proyecto de ley de su autoría solicitando la nulidad de los decretos de necesidad y urgencia.

¹³ Matienzo, José Nicolás, *Lecciones de Derecho Constitucional*, La Facultad, 1926, pág. 310.

quedado la posibilidad de un conflicto institucional latente, ante la validez de conductas incompetentes por el silencio o inactividad de otro poder, sin que —a nuestro criterio— se haya ejercido el control de constitucionalidad para salvaguardar el equilibrio de la división de poderes.

El fallo —sin duda— sitúa la división de poderes en un plano de corrimiento que convierte en frágiles los límites que dispone la misma Constitución. Es de esperar que esa tendencia se revierta, antes que alguna mayoría circunstancial lleve a un enfrentamiento irremediable ente el Congreso y el Ejecutivo, cuando la voluntad del constituyente ha sido buscar medios que colaboren en la tarea de gobernar a partir del consenso, y no las actitudes de bloqueo.

ES NECESARIO REVITALIZAR LA COMUNICACION DE LOS PODERES

Si bien los sistemas presidencialistas de gobierno, como el nuestro, se caracterizan porque el principio clásico de separación de poderes se aplica de modo rígido, y esto ha valido innumerable cantidad de críticas por parte de aquellos que entienden que el sistema debe ser reformado hacia la órbita del parlamentarismo, o hacia variantes mixtas que flexibilicen las relaciones, no debemos permitir que la división de poderes se transforme en un divorcio entre los mismos, según una imagen que se viene acrecentando.

Más allá de la postura que asumamos en lo que respecta a las ventajas o desventajas de ambos sistemas de gobierno, y a la posible inserción del parlamentarismo en nuestra realidad histórica, social y cultural, las experiencias acumuladas desde el restablecimiento de la democracia, nos marcan la necesidad imperiosa de revitalizar los canales de comunicación e interconexión entre los poderes del gobierno, y generar nuevas vías, que —sin desvirtuar el sistema— tiendan a oxigenar el mismo, especialmente en lo concerniente a la relación entre los poderes políticos del Estado.

Cuando hablamos de experiencias nos referimos no sólo a las

actitudes fácticas de los poderes, sino también a las argumentaciones jurídicas desarrolladas en su seno tendientes a invadir facultades ajenas o a convalidar dicha invasión. Esta situación actual ha deteriorado fuertemente el espíritu del principio de división de poderes, eliminando la coordinación deseada entre los tres órganos del gobierno, y acentuando la rigidez propia del sistema, enfrentando a los poderes ante los ojos atentos de la sociedad, con el consiguiente deterioro institucional, inevitable en estos casos.

Es que ejercitando los medios y facultades que el esquema político constitucional provee a cada uno de los órganos estatales, recreando aquellos que aparecen superados, y procreando nuevos que procuren tales fines, el tan mentado equilibrio de los poderes se haría presente ante los ojos de la comunidad, no bajo la forma de contienda entre sus actores, sino bajo la característica, aparentemente desbordada, de cooperación y coordinación.

De lograrse estos objetivos, estamos persuadidos de que algunas actitudes de hoy del Ejecutivo que rayan el conflicto institucional, y la tendencia creciente a la “decretomanía” al decir de Vanossi ¹⁴, retomarían los canales comunicativos que naturalmente bloquean las tendencias a esas prácticas políticamente peligrosas y constitucionalmente marginales.

Separación funcional, control recíproco pero coordinado, y hasta —utilizando un término de moda en el léxico legislativo— consensuado.

Es precisamente la coordinación entre los poderes políticos del gobierno lo que ha fallado en el país en los últimos tiempos. Curiosamente coordinación presupone entendimiento, armonía, concertación, características ausentes de la vida política argentina.

Más allá de las diferencias existentes con nuestro sistema, la estructura institucional norteamericana ha desarrollado en la práctica canales de comunicación y control eficientes entre los poderes políticos. El presidente ha generado su propia práctica legislativa mediante la elaboración de propuestas que formalmen-

¹⁴ Vanossi, Jorge R., “De la excepcionalidad a la habitualidad”, *Revista de Temas Parlamentarios*, junio 1992, pág. 5.

te se presentan por miembros del Congreso, o se incitan mediante recomendaciones (el anual sobre el estado de la Unión es un verdadero programa legislativo), ha establecido contactos permanentes con el Congreso mediante los miembros del gabinete en el seno de las comisiones.

La complejidad de la maquinaria estatal americana tiende a preservar el poder decisorio sustancial a muchos de los órganos de consulta del presidente, que mantiene solo un poder formal. Muchos organismos públicos (comisiones administrativas) aunque integrados por miembros de designación presidencial, gozan de amplia autonomía, y cuando son financiados por el Congreso tienden a sentirse más dependientes de éste que del presidente.

El propio veto legislativo, entendido como procedimiento tendiente a fiscalizar el ejercicio por parte del Ejecutivo de facultades delegadas (sin olvidar que desde su inicio fue doctrinariamente cuestionado y que la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró su inconstitucionalidad, cuando emerge de una Cámara del Congreso, en 1983 en el caso "Immigration and Naturalization Service vs. Chadha" y posteriormente, en "Process Gas Consumers Group vs. Consumers Energy Council of America", lo extendió al veto proveniente de ambas cámaras cuando aludieran a su carácter legislativo y a la falta de presentación al presidente)¹⁵ constituye una forma más de control coordinado entre ambos poderes.

Adviértase, como prueba de la veloz adaptación que el sistema americano tiene incorporado en el juego de relaciones de los poderes que, al ser declarado inconstitucional el veto legislativo, el Congreso comenzó a considerar rápidamente otros medios para seguir controlando la acción del presidente y de los órganos administrativos.

Lo dicho comparativamente, nos demuestra la existencia de métodos ágiles para la solución de los conflictos, y que bajo un

¹⁵ "Immigration and Naturalization Service vs. Chadha"; 103 SCT 2764, 77 L. Ed. 2D. 317. Barrancos y Vedia, Fernando, "La separación de los poderes y el veto legislativo en el derecho constitucional de los Estados Unidos", *E.D.*, Bs. As. 22/X/85.

sistema presidencialista se puede lograr un equilibrio del poder basado no sólo en la norma constitucional, sino también en la realidad política.

En las jornadas sobre reforma del reglamento de la Cámara de Senadores, organizadas por la Secretaría Parlamentaria del H. Senado de la Nación conjuntamente con la Universidad del Salvador el pasado año ¹⁶, sostuvimos la postura de que la reforma de los reglamentos legislativos resultan una vía idónea para flexibilizar los canales de comunicación entre el Legislativo y el Ejecutivo, otorgando mayor participación y fluidez a las relaciones, como forma y modo de paliar el peligroso enfrentamiento al que asistimos.

Estamos convencidos de que la coordinación reclamada debe partir, más que de la flexibilización de las competencias constitucionales de los poderes, (como parecería sugerir por momentos la Corte en la doctrina “Peralta”) del ejercicio firme de dichas facultades por cada uno de ellos, reclamando la decisión última en aquellas cuestiones que corresponden a su jurisdicción originaria, y que por razones extraordinarias ha sido —transitoria o permanentemente— acaparadas por otro poder.

No debemos estancarnos en la justa crítica de estas actitudes extra-constitucionales al decir de García Pelayo, debemos proponer ideas, formas y reformas, que contribuyan a retornar y encuadrar los excesos y a restablecer la armonía en las relaciones a través de la búsqueda coordinada de los fines y necesidades, respetando las competencias constitucionales originarias.

*REGLAMENTAR LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA.
UN CAMINO IDONEO EN BUSCA DE LA FLEXIBILIZACION*

Este es el caso, a nuestro parecer, de los decretos o reglamentos de “necesidad y urgencia” y del uso o abuso —según el color del cristal con que se lo mire— que el Poder Ejecutivo ha venido haciendo de facultades que —por más argumentaciones jurídicas

¹⁶ Amaya, Jorge Alejandro, postura sostenida en las Jornadas de referencia; nov. 1991.

y/o políticas que se invoquen— no le son propias, por lo menos en nuestra estructura constitucional.

Debemos partir del análisis de dos premisas: no podemos ignorar que, a diferencia de algunas constituciones europeas, la Argentina no prevé la posibilidad de que el Poder Ejecutivo emita este tipo de normativa, ni siquiera en circunstancias o momentos excepcionales; por otro lado, no podemos desconocer la gravedad que encierra la restricción de derechos constitucionales por disposición presidencial, práctica que debilita la división republicana de poderes, provocando una marcada inseguridad jurídica en el contexto económico-social.

Pero ante el primer contraste que siempre implica una realidad ajena a la norma, creemos que debe privar la postura que venimos exponiendo; es decir, conjugando estos actos desbordantes del Ejecutivo con los frenos necesarios, que deben emanar del poder con competencia originaria. Esta postura encuentra también cabida en la propia argumentación de la Corte Suprema en el citado caso “Peralta” al trasladar el conflicto al Poder Legislativo —como interpretáramos— otorgando validez al decreto cuestionado por el silencio mantenido al respecto por el Congreso. Creemos que una lectura minuciosa del fallo de referencia no puede ignorar el llamado de la Corte al Poder Legislativo para que tome una intervención más comprometida sobre el tema, que las meras ratificaciones de los decretos varios meses después de su dictado, o entremezcladas en el articulado de algún proyecto de ley remitido posteriormente por el Ejecutivo.

Existen varios proyectos presentados ante las dos cámaras que procuran, de diferente manera, la reglamentación de los decretos de “necesidad y urgencia”. Al respecto, rescatamos el que fuera presentado por el senador José A. Romero Feris, con el que colaboramos. Dicho proyecto, a través de seis artículos, propone que los decretos o reglamentos de necesidad y urgencia deban ser remitidos al Poder Legislativo para su consideración dentro de los diez días de su dictado, contando el Congreso con igual plazo para expedirse sobre su validez, considerándose el silencio como rechazo, y quedando a salvo los derechos legítimamente adquiridos.

Asimismo, se exceptúan algunas materias sobre las cuales el

Ejecutivo no puede atribuirse facultades legislativas, habiéndose seguido en este aspecto los lineamientos del artículo 86 de la Constitución española, con el agregado de la prohibición de incursionar en materias que alteren los derechos y garantías relacionados con la libertad, seguridad e igualdad, y las facultades de expresión y petición de las personas. Se establece también, por única vez, un “blanqueo” de todos estos decretos vigentes que no hayan sido aprobados por el Legislativo, entendiéndose confirmados en beneficio de la seguridad jurídica tan reclamada por todos los sectores.

El dictado de una ley que reglamente la forma, el modo, y la materia de los decretos de “necesidad y urgencia” se impone a la brevedad para encuadrar en límites precisos esta actividad proclive del Ejecutivo, y para otorgar a las relaciones jurídicas nacidas de dichas normas, la seguridad definitiva con que actualmente no cuentan. En Weimar los decretos terminaron con las leyes. Sirva esta experiencia para que no se convierta la excepcionalidad en habitualidad, con las consecuencias que podemos prever ¹⁷.

Sin entrar a analizar la postura de aquellos que sostienen la necesidad de toda sociedad en transformación de contar con un Poder Judicial que acompañe los cambios propuestos por el Poder Administrador, resulta sumamente riesgoso para la confiabilidad del sistema que el único poder no político se enfrente continuamente a cuestiones que le requieren una interpretación esencialmente política, y la necesidad de flexibilizar el sistema jurídico con el alcance necesario para otorgar legalidad a dichos cambios.

Debe tenerse muy presente que, además del desgaste institucional que comentábamos, se coloca al Poder Judicial frente al precipicio de quedar inmerso dentro de la puja de los poderes políticos, desnaturalizándose el sistema a través de la confusión inevitable que trae aparejada la ejercitación continua de roles que no son propios.

¹⁷ Trabajo cita (14).

DOCUMENTOS

La Revista Jurídica de Buenos Aires ha solicitado a distintos profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales la remisión de sus observaciones al Plan de Estudios que rige actualmente para la formación del abogado.

Inauguramos así con la entrega que nos ha hecho llegar el profesor Baigún, en la sección Documentos, los comentarios sobre este tópico que, creemos, será de utilidad para su evaluación luego del período que ha transcurrido desde su implementación.

La Dirección

APUNTES SOBRE EL NUEVO PLAN DE ESTUDIOS

por DAVID BAIGÚN *

Las observaciones que se realizan, no pretenden ser exhaustivas ni incontrovertibles; son fundamentalmente producto de mi experiencia personal, reflejo de opiniones anteriores a su puesta en práctica. Resume, por otra parte, las que considero decisivas para un reordenamiento inmediato que apunte a corregir los vicios más notorios, sin necesidad de remover la totalidad del sistema imperante.

I. *ESQUEMA GENERAL*

Sin duda que uno de los grandes aciertos del plan actual es la división en Ciclo Profesional Común y Ciclo Profesional Orientado; pero el interrogante que sigue sin respuesta es el logro de un profesional idóneo —marco relativo— en áreas que, por la propia estructuración del plan, no ha tenido oportunidad de transitar en profundidad. El ejemplo que conozco es el del joven egresado que debe asumir una defensa penal y que sólo ha estudiado en el ciclo común la materia “Elementos del Derecho Penal y Procesal Penal”, si cursar otras disciplinas de la especialidad en el ciclo siguiente.

Es evidente que para subsanar esta bache se requiere ahondar las materias troncales del ciclo común, de modo tal que cada una de ellas se constituya en un presupuesto autosuficiente para posibilitar el desempeño inicial del graduado. En el caso de “Elementos del Derecho Penal y Procesal Penal”, el camino aconsejable

* Profesor titular de Derecho Penal. UBA.

es extender al año y medio el curso que actualmente se desarrolla en uno, manteniendo la integración establecida en el plan de estudios. No me siento autorizado para opinar sobre las restantes disciplinas del ciclo común pero, es obvio, que sobre este punto está la información de los colegas que debe ser cotejada con la nuestra.

II. CICLO PROFESIONAL ORIENTADO

A) Las siete orientaciones previstas importan un avance real sobre el anterior plan de estudios; el proceso de superación del abogado tradicional aparece reflejado en el contenido de cada una de ellas; no obstante, los objetivos asignados a su formación siguen respondiendo al modelo de sociedad argentina de hace varias décadas condenadas a carriles determinados, sin imaginación de cambio, o sólo de un cambio encorsetado dentro de moldes conocidos. Dentro del marco interno, el acento puesto en el Derecho Económico y Empresarial satisface alguna de las expectativas pero no se le asigna trascendencia a variantes o alternativas, como pueden ser las cooperativas u otras organizaciones económicas de indudable gravitación, no sólo en el ámbito económico sino también en el de la seguridad social (es obvio que implícitamente me refiero a la política de privatizaciones). En la cara externa, la posibilidad de caminos inéditos, como el Mercosur u otros mecanismos de integración tampoco merecen la acogida que la importancia del problema requiere o, dentro de la misma línea, el estudio del medio ambiente sólo reviste la calidad de un ítem de algunas disciplinas.

Es cierto que un adecuado desarrollo de los contenidos de determinadas materias permitiría abarcar estos temas pero, es exacto también, que en la realidad contemporánea ya exhiben la categoría de unidades explicativas autónomas, de nuevas especificidades; parece ineludible, entonces, incorporar el derecho cooperativo como sector del Derecho Económico y Empresarial y contemplar al derecho ambiental como una orientación independiente.

B) Materias Obligatorias. El plan vigente prevé tres materias

obligatorias; Derecho Internacional Público, Sociedades Civiles y Comerciales y Derecho de Familia y Sucesiones.

Creo indispensable agregar una cuarta: Historia de las Instituciones Jurídicas, que incluya al Derecho Romano, hoy estudiado como disciplina obligatoria del Ciclo de Orientación en Derecho Privado. Las razones fundamentales son las siguientes:

a) El conocimiento del Derecho Romano, no es sólo insoslayable para el derecho privado, tal cual lo proclama el plan actual; resulta ante todo, indispensable para entender la relación formas jurídicas-historia, según surge de la historiografía más autorizada.

b) El contenido de la nueva materia, permitirá a los alumnos comprender el nexo entre las categorías jurídicas ejes estudiadas en el ciclo común y el desarrollo histórico social.

Ambas razones me parecen suficientes para que la materia tenga carácter de obligatoria, abordada en el momento en que se produce la articulación de los dos ciclos.

III. OTRAS OBSERVACIONES

Eliminación de la opción de “no inscribirse en ninguna orientación”.

La experiencia ha demostrado que esta opción —remedio de la clínica genérica en la medicina— es el expediente elegido por muchos alumnos para acceder al título por la vía de las “materias fáciles”; tal vez sea conveniente crear una nueva orientación —el abogado no especializado— donde se haga hincapié en las materias claves pero profundizando su estudio.

IV.

Como lo señalé al comienzo de esta nota, estas pocas observaciones giran alrededor de cuestiones urgentes; los defectos de implementación del plan corresponden a otro plano de discusión, pero no deben ser omitidos. A título de ejemplo señalo la ausencia de un funcionamiento coordinado de los departamentos, presupuesto indispensable para el estudio interdisciplinario, y la falta

de consolidación del departamento como unidad docente, muy lejos de las motivaciones que generaron su creación. Estas cuestiones deben ser consideradas con el mismo énfasis que las propias del plan de estudios.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS
UNIDOS EN EL CASO: “UNITED STATES V.
HUMBERTO ALVAREZ-MACHAIN”,
FALLADO EL DIA 15 DE JUNIO DE 1992 *

Writ of certiorari contra la U.S. Court of Appeals del Noveno Circuito.

El Chief Justice (Presidente) W. Rehnquist emitió el fallo de la Corte, al que se unieron los jueces White, Scalia, Kennedy, Souter y Thomas. El juez Stevens votó en disidencia, junto con los jueces Blackmun y O'Connor.

En este caso, la cuestión reside en determinar si el acusado, un delincuente raptado hacia los Estados Unidos desde una nación con la cual existe un tratado de extradición, puede oponerse a la jurisdicción de los tribunales de este país. Sostenemos que no y que puede ser procesado en tribunales federales de distrito por violaciones a la ley penal de los Estados Unidos. El acusado, Humberto Alvarez-Machain, es un ciudadano y residente de México. Fue acusado de participar en el secuestro y el asesinato del agente especial de la *United States Drug Enforcement Administration* (DEA) —Autoridad de Aplicación de la Ley Antidrogas de los Estados Unidos— Enrique Camarena-Salazar y de un piloto mexicano que trabajaba con Camarena, Alfredo Zavala-Avelar ¹. La DEA cree que el apelado, un doctor en medicina, participó en

* Traducción del Dr. Alberto B. Bianchi.

¹ Se acusa al apelado, en una sexta causa invalidante, de: conspirar para cometer actos violentos fomentando la actividad de extorsión (en violación al Título 18 del *United States Code* (USC) secciones 371, 1959); cometer actos violentos fomentando la actividad de extorsión (en violación al 18 USC secc. 1959).

el asesinato del agente Camarena al prolongarle la vida, de modo que otros pudieran seguir torturándole e interrogándole. El 2 de abril de 1990, el apelado fue secuestrado por la fuerza de su consultorio médico en Guadalajara, México, para ser llevado en avión privado a El Paso, Texas, donde fue arrestado por funcionarios de la DEA. El tribunal de distrito llegó a la conclusión de que agentes de la DEA habían sido los responsables del rapto del apelado, si bien no se habían visto personalmente involucrados en el mismo. “United States v. Caro-Quintero”, 745 F. Supp. 599, 602-604, 609 (CD Cal. 1990) ².

El acusado solicitó que no se hiciera lugar a la acción, manifestando que su rapto constituía conducta gubernamental injuriosa y que el tribunal de distrito carecía de jurisdicción para procesarle porque había sido raptado en violación al tratado de extradición entre los Estados Unidos y México. *Extradition Treaty*, mayo 4, 1978 [1979] United States-United Mexican States, 31 UST 5059, TIAS No. 9656 (Tratado de Extradición o el Tratado). El tribunal de distrito no hizo lugar al reclamo por conducta gubernamental injuriosa, pero sostuvo que carecía de jurisdicción para juzgar al acusado dado que su rapto violaba el Tratado de Extradición. El tribunal de distrito absolvió al apelado y ordenó que fuera repatriado a México. “Caro-Quintero”, *supra*, 614.

La Corte de Apelaciones confirmó el rechazo de la acción y la repatriación del apelado, basándose en su fallo del caso “United States v. Verdugo-Urquidez”, 939 F. 2d 1341 (CA9 1991), cert. pendiente, N° 91-670. 946 F. 2d 1466 (1991). En el caso Verdugo, la Corte de Apelaciones sostuvo que el rapto por la fuerza de un nacional mexicano con la autorización o la participación de los

² Aparentemente, funcionarios de la DEA habían intentando obtener la comparecencia del apelado en los Estados Unidos a través de negociaciones informales con funcionarios mexicanos, pero no tuvieron éxito. Entonces, los funcionarios de la DEA —a través de un contacto en México— ofrecieron pagar una recompensa y gastos a cambio de la entrega del apelado a los Estados Unidos, “United States v. Caro-Quintero”, 745 F. Supp. 599, 602-604 9CD Cal. 1990).

Estados Unidos violaba el Tratado de Extradición entre los Estados Unidos y México³.

Si bien el Tratado no prohíbe expresamente tales raptos, la Corte de Apelaciones sostuvo que se violó el “objeto” del Tratado a través de un rapto por la fuerza, (939 F. 2d 1350), lo cual —junto con una denuncia formal por parte de la nación ofendida— le daría al acusado el derecho de invocar la violación del Tratado para oponerse a la jurisdicción del tribunal de distrito para juzgarlo⁴. La Corte de Apelaciones también sostuvo que la reparación adecuada para semejante violación sería la desestimación de la demanda y la repatriación del demandado a México.

En el caso que nos ocupa, la Corte de Apelaciones confirmó la decisión del tribunal de distrito acerca de que los Estados Unidos habían autorizado el rapto del acusado y que las cartas provenientes del gobierno mexicano enviadas al gobierno de los Estados Unidos servían de denuncia oficial de la violación del Tratado. Por lo tanto, la Corte de Apelaciones ordenó no hacer lugar a la acción contra el acusado, disponiendo su repatriación a México, 946 F. 2d, 1467. Concedimos el certiorari, 502 U.S (1992) y ahora revocamos el fallo.

Si bien nunca antes hemos encarado la cuestión específica originada en este caso, hemos considerado anteriormente reclamos por violación a un tratado de extradición y también las actuaciones contra un acusado llevado ante los tribunales mediante un rapto por la fuerza. Hemos encarado la primera cuestión en el caso “United States v. Rauscher”, 119 US 407 (1886); más precisamente, la cuestión de si el Tratado de Webster (Ashburton de 1842, 8 Stat. 576), que regía las extradiciones entre Inglaterra

³ René Martín Vergudo-Urquidez también fue acusada de asesinato del agente Camarena. En una sentencia anterior, hemos sostenido que la enmienda cuarta no se aplicaba a la búsqueda de la residencia de Verdugo-Urquidez por parte de agentes de los Estados Unidos. “United States v. Verdugo-Urquidez”, 494 US 259 (1990).

⁴ La Corte de Apelaciones devolvió los autos para una audiencia probatoria a fin de determinar si el rapto de Verdugo había sido autorizado por las autoridades de los Estados Unidos. “United States v. Verdugo-Urquidez”, 939 F. 2d 1341, 1362 (CA9 1991).

y los Estados Unidos, prohibía el enjuiciamiento del demandado Rauscher por un delito distinto de aquél por el cual había sido extraditado. Ambas naciones discutieron por algún tiempo el hecho de si esta prohibición, conocida como la doctrina de especialidad, era parte intencional del tratado. Rauscher, 119 US 411. El juez Miller emitió la sentencia de la Corte, la cual examinó cuidadosamente los términos y la historia del tratado; la práctica de las naciones con respecto a tratados de extradición; la jurisprudencia de los Estados; y los escritos de los comentaristas y llegó a la siguiente conclusión: “Aquella persona llevada ante la jurisdicción de un tribunal en virtud de un proceso regido por un tratado de extradición, sólo puede ser juzgada por uno de los delitos descritos en dicho tratado y por el delito del cual se la acusa en el proceso de su extradición, hasta que —una vez liberada o enjuiciada por tal cargo— se le haya dado el tiempo y la oportunidad razonables de volver al país de cuyo asilo fue privada por la fuerza en virtud de este proceso”. *Id.*, 430 (se agrega énfasis). Además, la sentencia del juez Miller destacaba que, cualquier duda con respecto a la interpretación, quedaba disipada por dos leyes federales que imponían la doctrina de especialidad en los tratados de extradición de los cuales los Estados Unidos eran parte. *Id.*, 423 ⁵. Contrariamente al caso que nos ocupa hoy, el demandado en el caso Rauscher había sido llevado a los Estados Unidos a través de un tratado de extradición; no se trataba de un rapto por la fuerza.

En “*Ker v. Illinois*”, 119 US 436 (1886), sentencia escrita también por el juez Miller y decidido el mismo día que Rauscher, encaramos la cuestión de un demandado llevado ante la justicia mediante un rapto forzoso. Frederik Ker había sido enjuiciado y condenado en un tribunal de Illinois por hurto; su comparecencia en los tribunales se obtuvo a través de un rapto forzoso desde el

⁵ El juez Gray, en apoyo, hubiera basado la decisión sólo en estas leyes del Congreso. Rauscher, 119 US, 433. El *Chief Justice* Waite disintió, llegando a la conclusión de que el Tratado no prohibía el enjuiciamiento por un cargo distinto de aquél por el cual se otorgaba la extradición y que las leyes del Congreso no modificaban el “efecto del tratado”. *Id.* 436.

Perú. Se envió un mensajero a Lima con autorización necesaria para demandar a Ker en virtud del tratado de extradición entre Perú y los Estados Unidos. Sin embargo, el mensajero, hizo caso omiso del proceso del tratado y en su lugar secuestró a Ker por la fuerza y lo trajo a los Estados Unidos ⁶. Hemos distinguido el caso Ker del caso Rauscher, basados en que Ker no fue llevado a los Estados Unidos en virtud del tratado de extradición entre los Estados Unidos y Perú y hemos desestimado el alegato de Ker acerca de que contaba con un derecho para ser devuelto a dicho país sólo de acuerdo con los términos del tratado de extradición ⁷. Hemos desestimado el alegato de Ker sobre el debido proceso, manteniéndonos en la línea de “las más altas autoridades” acerca de que “tal rapto forzoso no es razón suficiente para no comparecer una vez que el acusado está dentro de la jurisdicción del tribunal que tiene el derecho de juzgarlo por tal delito y no

⁶ Si bien la sentencia no explica por qué el mensajero no presentó la autorización a las autoridades correspondientes, los comentaristas han sugerido que el secuestro de Ker bajo las secuelas de una revolución en el Perú, no le permitió al mensajero hallar las “autoridades correspondientes” a quienes presentar la autorización. Ver Kester, “Some Myths of United States Extradition Law”, 76 *Georgetown Law Journal* 1441, 1451 (1988).

⁷ Al decir del juez Miller, “no se solicitó la aplicación del Tratado, no se lo tomó como base, no se lo usó como pretexto por el arresto, y los hechos demuestran que se trató de un caso evidente de secuestro dentro de los dominios del Perú, sin pretensión alguna de autoridad de acuerdo al Tratado o proveniente del Gobierno de los Estados Unidos”. “Ker v. Illinois”, 119 US 430, 443 (1886). Dos casos resueltos durante la Era de Prohibición en este país, han tenido que ver con capturas tachadas de nulidad por violar un tratado entre los Estados Unidos y Gran Bretaña para facilitar a los Estados Unidos el exigir el cumplimiento de sus leyes de prohibición mar adentro y para permitir que buques de pasajeros británicos transportasen licor mientras estuviesen en las aguas de los Estados Unidos. 43 Stat. 1761 (1924). La historia de las negociaciones conducentes a la firma del tratado está contenida en “Cook v. United States”, 288 US 102, 111-118 (1933). En dicho caso sostuvimos que la disposición del tratado para la captura de buques británicos que operaran más allá del límite de las tres millas, tenía la intención de ser exclusiva y que, por lo tanto, el licor incautado desde un buque británico, violando el tratado, no podía ser tomado como base para una condena. En “Ford v. United States”, 273 US 593 (1927), se estimó que se había renunciado al alegato con relación a la jurisdicción personal.

constituye impedimento válido contra su enjuiciamiento en tal tribunal”. Ker, *supra*, en 444.

En “Frisbie, v. Collins”, 342 US 519, en el cual se denegó la revisión (*rehearing*) de la causa, 343 US 937 (1952), aplicamos la norma del caso Ker a un caso en el cual el acusado había sido secuestrado en Chicago por parte de funcionarios de Michigan y enjuiciado en Michigan. Hemos sustentado la condena contra las objeciones basadas en la cláusula del debido proceso y la Ley Federal sobre Secuestros y establecimos: “Esta Corte nunca se apartó de la norma establecida en Ker, acerca de que la autoridad de un tribunal para juzgar a una persona por un delito no se ve menoscabada por el hecho de que dicha persona haya sido llevada ante la jurisdicción del tribunal mediante un ‘rpto forzoso’. Ahora no se presentan razones persuasivas que justifiquen desestimar esta línea jurisprudencial. La misma está sostenida por la base firme de que el debido proceso, se ve satisfecho cuando una persona que comparece en el tribunal, es condenada por un delito luego de haber sido justamente examinada por los cargos de los que se la acusan, luego de un juicio justo de acuerdo con las garantías procesales de la Constitución. Nada de lo contenido en la Constitución requiere que un tribunal permita a una persona culpable, legalmente condenada, escaparse de la justicia en razón de haber sido enjuiciada contra su voluntad”. Frisbie, *supra*, 522 (se omitieron la cita y la nota al pie)⁸. Las únicas diferencias entre el caso Ker y el que hoy ocupa es que en el primero fue fallado bajo la premisa de que no existía participación gubernamental en el rpto, 119 US, 433, y de que Perú —desde donde fue raptado Ker— no objetó su procesamiento⁹. El apelado halla que estas diferencias son irrelevantes, tal como lo hizo la Corte de Apelaciones en el caso “Verdugo”, 939 F. 2d, 1346, sosteniendo que las

⁸ Hemos aplicado la jurisprudencia de Ker a numerosos casos en los que se obtuvo la comparecencia de un demandado mediante rpto entre Estados. Ver, por ejemplo, “Mahon v. Justice”, 127 US 700 (1888); “Cook, v. Hart”, 146 US 183 (1892); “Pettibone v. Nichols”, 203 US 192, 215-216 (1906).

⁹ Ker tampoco era un nacional del Perú, mientras que el apelado es un nacional del país desde el cual fue raptado. El acusado halla esta diferencia irrelevante.

mismas muestran que el procesamiento del apelado, al igual que el procesamiento de Rauscher, viola los términos implícitos de un tratado de extradición válido. Por otra parte, el gobierno alega que el caso Rauscher es una “excepción” a la norma del caso Ker sólo cuando se invoca un tratado de extradición y los términos del tratado establecen que su incumplimiento limita la jurisdicción de un tribunal. Por lo tanto, primero debemos averiguar si el rapto del apelado desde México violó el tratado de extradición entre los Estados Unidos y México. Si llegamos a la conclusión de que el Tratado no prohíbe el rapto del apelado, se aplicará la norma del caso Ker, y la Corte no tendrá por qué averiguar la forma en que el apelado llegó hasta ella.

Al interpretar un tratado, al igual que al interpretar una ley, miramos primeramente sus términos para determinar su significado. “Air France v. Saks”, 470 US 392, 397 (1985); “Valentine v. United States ex. rel. Neidecker”, 299 US 5, 11 (1936). El Tratado nada dice acerca de las obligaciones de los Estados Unidos y México de abstenerse de raptos forzosos de gente desde el territorio de la otra nación o acerca de las consecuencias, según el Tratado, en caso de producirse tal rapto. El acusado refiere que el art. 22(1) del Tratado, el cual establece que el mismo se aplicará a los delitos especificados en el artículo 2º —incluyendo el asesinato— cometidos antes y después de la entrada en vigencia del Tratado, 31 UST, 5073-5074, evidencia la intención de lograr que la aplicación del Tratado sea obligatoria para tales delitos. Sin embargo, la conclusión más natural es que el artículo 22 fue incluido para asegurar que el Tratado se aplicara a extradiciones requeridas luego de la entrada en vigencia del mismo, independientemente del momento en que se cometiera el delito objeto de la extradición ¹⁰.

Más decisivo para el alegato del apelado resulta el artículo

¹⁰ Esta interpretación está sustentada por la segunda cláusula del artículo 22, que establece que “Los pedidos de extradición en proceso a la fecha de entrada en vigencia de este Tratado, se resolverán de acuerdo con las disposiciones del Tratado del 22 de febrero de 1899...” *Extradition Treaty*, may 4, 1978 (1979) United States-United Mexican States; 31 UST 5059, 5074, TIAS N° 9656.

9º, el cual establece: “1. Ninguna de las Partes Contratantes estará obligada a entregar a sus propios nacionales, pero la autoridad ejecutiva de la Parte requerida estará facultada para entregarlos —cuando no lo prohíban las leyes del país de la Parte— si, a su sólo juicio, así lo estima conveniente. 2. Si la extradición no se otorga de acuerdo al párrafo 1 de este artículo, la parte requerida someterá el caso a sus autoridades competentes a los fines del procesamiento, siempre que dicha Parte tenga jurisdicción sobre el delito”. Id. 5065. Según el acusado, el artículo 9º abarca los términos de la negociación que los Estados Unidos asumen: si los Estados Unidos desean procesar a una nacional mexicano, pueden solicitar la extradición de dicho individuo. Ante la solicitud de los Estados Unidos, México puede extraditar al individuo o bien someter el caso a las autoridades competentes para ser procesado en México. De esta forma, el apelado razona que cada nación se reservó el derecho de elegir si sus nacionales serán enjuiciados en sus propios tribunales o por tribunales de otra nación. Esta reserva de derechos se vería frustrada si cualquiera de las naciones tuviera la libertad de raptar nacionales de la otra a los fines del procesamiento. En términos más generales, el apelado razona —al igual que lo hizo la Corte de Apelaciones— que todos los procesos y las restricciones sobre la obligación de extraditar, establecidos por el Tratado, no tendrían sentido si cualquiera de las naciones pudiera recurrir libremente al secuestro forzoso para obtener la comparecencia de un individuo para ser enjuiciado en una forma no co-contemplada por el Tratado. Verdugo, *supra*, 1350.

No interpretamos al Tratado de esa forma. El artículo 9º no intenta especificar la única forma en la cual un país puede obtener la custodia de un nacional del otro país a los fines del procesamiento. En ausencia de un tratado de extradición, las naciones no tienen la obligación de entregar, a los que estén en su país, a las autoridades extranjeras a los fines del procesamiento. Rauscher, 119 US 411-412; “Factor v. Laubenheiner”, 290 US 276, 287 (1933); cf. “Valentine v. United States ex. rel. Neidecker”, *supra*, 8-9 (Estados Unidos puede no extraditar a un ciudadano en ausencia de una ley del congreso o de una obligación de tratado). Los tratados de extradición existen para imponer obligaciones mutuas

a fin de entregar a los individuos bajo un conjunto determinado de circunstancias, siguiendo procedimientos establecidos. Ver 1 J. Moore, *A Treatise on Extradition and interstate Rendition*, s 72 (1891). De esta forma, el Tratado establece un mecanismo que de lo contrario no existiría, el cual requiere —bajo determinadas circunstancias— que los Estados Unidos y México extraditen individuos al otro país y que establece los procedimientos a seguir cuando se invoca el Tratado.

La historia de las negociaciones y la práctica con relación al Tratado tampoco muestran que los raptos fuera del Tratado, constituyan una violación al mismo. Como lo destaca el *Solicitor* (Procurador General), el gobierno mexicano conocía, ya desde 1906, la doctrina Ker y la posición de los Estados Unidos acerca de que ésta se aplicaba a los raptos forzosos realizados fuera de los términos del tratado de extradición entre Estados Unidos y México ¹¹. De todas maneras, la versión actual del Tratado, firmada en 1978, no intenta establecer una norma para cercenar de

¹¹ En la correspondencia entre los Estados Unidos y México originada en el incidente de Martínez de 1905, donde un nacional mexicano fue raptado desde México y llevado a los Estados Unidos para su enjuiciamiento, la autoridad mexicana escribió al Secretario de Estado denunciando que, “como el arresto de Martínez se realizó fuera de los procedimientos establecidos en el Tratado de Extradición, la acción pendiente contra el hombre no puede basarse en fundamento legal alguno”. Carta de Balbino Davalos al Secretario de Estado reimpresa en *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States*, H.R. Doc. N° 1, 59 th Cong. 2d sigs. pt. 2, pág. 1121 (1906). El Secretario de Estado respondió que la cuestión exacta suscitada por el incidente de Martínez había sido decidida aplicando la norma del caso Ker y que la acción en manos del gobierno mexicano, principalmente una solicitud a los Estados Unidos para la extradición del raptor de Martínez, había sido concedida por los Estados Unidos. Carta de Robert Bacon a la autoridad mexicana, reimpresa en *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States*, H.R. Doc. N° 1, 59 th Cong. 2d secs, pt. 2, en 1121-1122 (1906). El apelado y la Corte de Apelaciones destacan una declaración efectuada en 1881 por el Secretario de Estado James Blaine al gobernador de Texas en el sentido de que el tratado de extradición —de acuerdo a la forma que presentaba en aquel momento— no autorizaba los raptos no consentidos desde México. Verdugo, 939 F. 2d. 1354. Sin embargo, esto es desacertado, ya que el alegato del gobierno no es que el Tratado autorice el rapto del apelado, sino que el Tratado no prohíbe el rapto.

cualquier manera el efecto de Ker ¹². Además, la cláusula que otorgaría a los individuos exactamente el derecho buscado por el acusado, si bien fue considerada y efectivizada allá por 1935 a través de un grupo prominente de juristas patrocinados por la Facultad de Derecho de Harvard, la misma no aparece en el tratado actual ¹³.

Así la redacción del Tratado, en el contexto de su historia, no sustenta la proposición de que el Tratado prohíbe los raptos fuera de sus términos. Quedaría por establecer, entonces, si el Tratado debe ser interpretado de forma tal que implícitamente prohíbe el procesamiento cuando la comparecencia del demandado es obtenida por medios que no son los establecidos por el Tratado. Ver Valentine, 299 US 17 (“Estrictamente, la cuestión no es determinar si existió una interpretación uniforme que deniegue la autorización, sino determinar si la autorización fue tan evidentemente reconocida como para dar por implícito su otorgamiento”).

El acusado refiere que el Tratado debe ser interpretado tomando como referencia el derecho internacional consuetudinario y que los raptos internacionales están “tan evidentemente prohibidos en el derecho internacional” que no existió razón alguna para incluir dicha cláusula en el propio Tratado. Según el acusado, la censura internacional de raptos internacionales se evidencia aún más en la Carta de las Naciones Unidas y en la Carta de la Organización de Estados Americanos. El acusado no alega que estas fuentes del derecho internacional ofrezcan una base independiente para el derecho que hace valer a los fines de no ser

¹² Las partes incluyeron expresamente la doctrina de especialidad en el artículo 17 del Tratado, a pesar del reconocimiento judicial de la misma en el caso Rauscher, 31 UST, 5071-5072.

¹³ En el artículo 16 del Anteproyecto de Convención sobre la Jurisdicción con Respecto a los Delitos, el Comité Asesor sobre Investigaciones en Derecho Internacional propuso: “Al ejercer la jurisdicción de acuerdo a la Convención, ninguno de los Estados enjuiciará o castigará a persona alguna que haya sido llevada a su territorio o a un lugar sujeto a su autoridad, recurriendo a medidas que violen el derecho internacional o la Convención Internacional, sin obtener previamente el consentimiento del Estado o de los Estados cuyos derechos se han violado a través de tal medida”. *Harvard Research in International Law*, 29 Am. J. Int’l L. 442 (Supp. 1935).

enjuiciado en los Estados Unidos, sino que las mismas deben dirigir la interpretación de los términos del Tratado.

La Corte de Apelaciones consideró esencial, a fin de que el acusado hiciera valer un derecho acordado por el Tratado, que el gobierno extranjero afectado hubiera registrado una denuncia. Verdugo, 939 F. 2d. 1357 (“en el caso de secuestro, debe existir una denuncia formal por parte del gobierno ofendido luego del secuestro”). El acusado acepta que el derecho ejercido por un individuo —en estas condiciones— deriva del derecho que la nación posee de acuerdo con el Tratado, ya que las naciones, a pesar de los términos de un tratado de extradición, están autorizadas a entregar voluntariamente a un individuo al otro país en términos completamente fuera de los establecidos en el Tratado. Por lo tanto, la denuncia formal asegura que la nación “ofendida” realmente objeta el rapto y, de alguna manera, no ha entregado voluntariamente al individuo para su procesamiento. De esta forma, el Tratado de Extradición sólo prohíbe obtener la comparecencia del demandado mediante otros medios que no sean los establecidos en el Tratado, cuando la nación desde la cual el demandado fue raptado, presenta objeciones.

Este argumento parece ser incompatible con el resto del alegato del apelado. El Tratado de Extradición posee fuerza de ley y, si es de cumplimiento forzoso —como el acusado pretende—, parecería que un tribunal debe exigir su cumplimiento, con independencia de lo ofensiva que resulte la práctica de una nación para la otra. En el caso Rauscher, la Corte observó que, en otros casos, Gran Bretaña había adoptado la posición de que el Tratado de Webster-Ashburton incluía la doctrina de especialidad, pero no daba importancia al hecho de si Gran Bretaña había rechazado o no el enjuiciamiento de Rauscher por el delito de castigo cruel e inusual por oposición al asesinato.

Más fundamentalmente, la dificultad que existe con la argumentación que el apelado hace del derecho internacional, es que nada de esto se refiere a la práctica de las naciones con relación a tratados de extradición. En el caso Rauscher, hemos dado por implícito un término en el Tratado de Webster-Ashburton, en

razón de la práctica de las naciones con respecto a tratados de extradición. En el caso que nos ocupa, el acusado da por implícitos ciertos términos en el tratado de extradición, deduciéndolos en forma más general, de la práctica de las naciones con respecto al derecho internacional ¹⁴. El apelado nos haría hallar que el Tratado actúa como una prohibición contra una violación del principio general del derecho internacional acerca de que un gobierno puede no “ejercer su poder de policía en el territorio de otro Estado”. Existen muchas medidas que una nación puede tomar, que violarían dicho principio, incluyendo la declaración de guerra, pero no puede sostenerse seriamente que una invasión de los Estados Unidos, por parte de México, violase los términos del tratado de extradición entre ambas naciones ¹⁵.

En suma, deducir de este Tratado, que el mismo prohíbe todos

¹⁴ En forma similar, la Corte de Apelaciones razonó, en el caso Verdugo, que los raptos internacionales violan el “objeto” del Tratado, estableciendo que “los requerimientos impuestos por los tratados de extradición constituyen un medio para salvaguardar la soberanía de las naciones signatarias, como así también para asegurar el justo trato de los individuos”. 939 F. 2d. 1350. Creemos que el propósito ambicioso que la Corte de Apelaciones asigna al Tratado impone un peso a su redacción y a su historia, mayor que el que éstas pueden lógicamente soportar. En un sentido amplio, la mayoría de los acuerdos internacionales posee el propósito común de salvaguardar la soberanía de las naciones signatarias, ya que buscan fomentar las relaciones pacíficas entre naciones. Sin embargo, esto no significa que la violación de cualquier principio de derecho internacional constituya una violación a este tratado en particular.

¹⁵ En la misma categoría se hallan los ejemplos citados por el acusado, en los cuales —luego de un raptó internacional por la fuerza— la nación ofendida protestó por el raptó y la nación raptora devolvió luego al individuo a la nación que había protestado. Alegato escrito por el apelado, citando, entre otros, 1 Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practice*, s. 5.4, págs. 235-237 (2d. rev. ed. 1987). Estos pueden demostrar la práctica de las naciones bajo el derecho internacional consuetudinario, pero son de poca utilidad para interpretar los términos de un tratado de extradición, o la autoridad de un tribunal para enjuiciar posteriormente a un individuo que haya sido así raptado. Se ajustan más a nuestros fines los casos tales como “The Ship Richmond”, 9 Cranch 102 (1815) y “The Marino”, 9 Wheat. 391 (1824), los cuales sostienen que la captura de un buque violando el derecho internacional no afecta la jurisdicción de un tribunal de los Estados Unidos para adjudicar derechos con relación al buque. Estos casos se consideran y clasifican en “Cook v. United States”. 288 US 122.

los medios tendientes a obtener la comparecencia de un individuo fuera de sus términos, va más allá del precedente y de la práctica establecidos. En el caso Rauscher, aplicar la doctrina de la especialidad, en los términos del tratado de Webster–Ashburton, el cual requería la presentación de pruebas que establecieran la causa probable del delito objeto de la extradición, antes de solicitarse tal extradición, era dar un paso breve. Contrariamente, deducir de los términos de este Tratado, que el mismo prohíbe la obtención de la comparecencia de un individuo, a través de medios fuera de los procedimientos establecidos por el Tratado, requiere un salto deductivo mucho más amplio, sólo sustentado por los principios más generales del derecho internacional. Sencillamente, los principios generales citados por el acusado no logran persuadirnos de que debamos deducir en el Tratado de Extradición entre los Estados Unidos y México, una cláusula que prohíba raptos internacionales.

El acusado y sus *amici* pueden tener razón en que el rapto del apelado fue “ofensivo”, y que puede violar los principios generales del derecho internacional. México protestó contra el rapto del apelado a través de notas diplomáticas, y la decisión de si el apelado debe ser devuelto a México, como asunto fuera del Tratado, corresponde al Poder Ejecutivo ¹⁶. Sin embargo, llegamos a

¹⁶ El gobierno mexicano también solicitó a los Estados Unidos la extradición de dos individuos sospechosos de haber raptado al apelado en México, bajo los cargos de secuestro. La ventaja del acercamiento diplomático para la resolución de dificultades entre dos naciones soberanas, por oposición a la acción unilateral por parte de los tribunales de una nación, se ve ilustrada por la historia de las negociaciones conducentes a la firma del tratado, considerada en “Cook v. United States”, *supra*, nota 15. Los Estados Unidos tenían interés en rastrear buques británicos que rondaban más allá del límite de las tres millas y servían de barcos de aprovisionamiento de lanchas motorizadas que tomaban el licor intoxicante de estos barcos llevándolo a los puertos para su posterior distribución, violando las leyes de prohibición. Inicialmente, los Estados Unidos propusieron que ambas naciones aceptaran rastreos de los buques de la otra más allá del límite de las tres millas; Gran Bretaña rechazó tal solución, ya que no contaba con leyes de prohibición y, por lo tanto, no tenía inconveniente en que buques de los Estados Unidos rondaran más allá de sus aguas territoriales. Parecía que las partes estaban en disputa; luego, esta Corte decidió el caso “Cunard Steamship Co. v. Mellon”, 262 US 100 (1923), sosteniendo que nuestras leyes de prohibición se aplicaban a

la conclusión de que el rapto del acusado no violó el Tratado de Extradición entre los Estados Unidos y México y, por lo tanto, la regla del caso “Ker v. Illinois” se aplica plenamente a este caso. Por lo tanto, el hecho del rapto forzoso del acusado no prohíbe su enjuiciamiento, en un tribunal de los Estados Unidos, por violaciones a las leyes penales de los Estados Unidos.

Por lo tanto se revoca el fallo de la Corte de Apelaciones y se devuelven los autos para continuar con las actuaciones, de acuerdo a este fallo ¹⁷.

Así se resuelve.

Voto en disidencia del juez Stevens al que se adhirieron los jueces Blackmun y O'Connor

La Corte observa correctamente que este caso suscita una cuestión sin precedentes. El caso es único por varias razones. No implica un rapto común por parte de un secuestrador privado, o de un cazador a sueldo, como en el caso “Ker v. Illinois”, 119 US 436 (1886); tampoco implica la captura de un fugitivo de los Estados Unidos que cometiera un delito en un Estado y buscara asilo en otro, como en el caso “Frisbie v. Collins”, 342 US 519 (1952). En cambio, sí implica el rapto por parte de este país de un ciudadano de otro país; también implica una violación a la inte-

los buques mercantes extranjeros, como así también a los nacionales dentro de las aguas territoriales de los Estados Unidos y que, por lo tanto, el transporte de licores intoxicantes a través de barcos de pasajeros extranjeros violaba estas leyes. Luego se negoció un tratado exitoso, que otorgaba a los Estados Unidos el derecho de capturar más allá del límite de las tres millas (como lo deseaba) y que confería a los pasajeros británicos el derecho de transportar licor hacia las aguas de los Estados Unidos, en tanto la provisión de licor se encontrase sellada mientras estuviese en dichas aguas (como lo deseaba Gran Bretaña). “Cook v. United States”, *supra* nota 15.

¹⁷ Alvarez Machain está acusado de: (a) conspirar para secuestrar a un agente federal (en violación al Tít. 18 USC seccs. 1201 (a) (5) y 1201 (c)); (b) secuestrar a un agente federal (en violación al Tít. 18 USC sec. 1201 (a) (5); y (c) asesinar en forma agravada a un agente federal (en violación al Tít. 18 USC seccs. 1111 (a) y 1114).

gridad territorial de ese país, con el cual este ha firmado un tratado de extradición.

Un ciudadano mexicano fue secuestrado en México y acusado de un delito cometido en México; su falta, supuestamente, violó las legislaciones mexicana y estadounidense. México solicitó formalmente, por lo menos en dos ocasiones distintas ¹⁸, que fuese devuelto a México y manifestando que sería enjuiciado y castigado por su supuesto delito ¹⁹. Es evidente que la solicitud de México debe ser satisfecha si este rapto oficial violó el Tratado de Extradición de 1978 entre los Estados Unidos y México. En mi opinión, una lectura adecuada del Tratado a la luz de nuestra decisión en el caso “United States v. Rauscher”, 119 US 407 (1886) y de los principios aplicables del derecho internacional, lleva inexorablemente a la conclusión de que el Tribunal de Distrito, en el caso “United States v. Caro-Quintero”, 745 F. Supp. 599 (CD Cal. 1990), y la Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito, 946 F. 2d. 1466 (1991) (*per curiam*), interpretaron correctamente el Tratado.

I

El Tratado de Extradición con México es un documento amplio que contiene 23 artículos y un apéndice donde se enume-

¹⁸ El rapto del acusado se produjo el 2 de abril de 1990. “United States v. Caro-Quintero”, 645 F. Supp. 599, 603 (CD Cal. 1990). México respondió rápida e inequívocamente. El 18 de abril de 1990, México solicitó un informe oficial del rol de los Estados Unidos en el rapto y el 16 de mayo de 1990 y el 19 de julio de 1990, envió notas diplomáticas de protesta desde la Embajada de México al Departamento de Estado de los Estados Unidos. En la nota del 16 de mayo, México manifestó que creía que el rapto “se llevó a cabo con el conocimiento de personas que trabajaban para el gobierno de los Estados Unidos, violando el procedimiento establecido en el tratado de extradición vigente entre ambos países”, y en la nota del 19 de julio, solicitó la captura provisional y la extradición de los agentes de la autoridad de aplicación de la ley, supuestamente involucrados en el rapto.

¹⁹ Recientemente, México ha enjuiciado a una serie de miembros involucrados en la conspiración que terminó en el asesinato del agente de la DEA. Por ejemplo, Rafael Caro-Quintero, un co-conspirador de Alvarez-Machain en este caso, ya ha sido encarcelado en México para cumplir una condena de 40 años.

ran los delitos extraditables abarcados por el acuerdo. Las partes anunciaron sus propósitos en el preámbulo: Ambos gobiernos desean “cooperar más estrechamente en la lucha contra el delito y, a tal fin, ofrecerse mutuamente una mayor ayuda en asuntos de extradición”²⁰. Desde el preámbulo y a través de la descripción de las obligaciones de las partes con respecto a los delitos cometidos tanto dentro como más allá del territorio de una parte solicitante, de la delineación de los procedimientos y los requerimientos probatorios para la extradición, de las disposiciones especiales para delitos políticos y pena capital y de otros detalles, el Tratado parece haber sido destinado a abarcar todo el tema de la extradición. De esta forma, el artículo 22 titulado “Alcances de la aplicación” establece que el “Tratado se aplicará a delitos

²⁰ Al interpretar un tratado, la Corte tiene la “responsabilidad de dar a las palabras específicas del tratado un significado compatible con las expectativas compartidas de las Partes Contratantes”. “Air France v. Saks”, 470 US 392, 399 (1985). Es difícil ver cómo una interpretación que alienta la acción unilateral podría fomentar la cooperación y la ayuda mutua, que son las metas establecidas del Tratado. Ver además, Carta Presidencial de Transmisión adjunta a la Recomendación y el Consentimiento del Senado, pág. 3. (El Tratado “constituiría un importante aporte a la cooperación internacional para exigir el cumplimiento de la ley”). Los tratados de extradición impiden los conflictos internacionales al disponer normas mutuamente convenidas, de forma tal que las partes puedan cooperar y evitar invasiones de la soberanía territorial. Según un escritor, antes de que los tratados de extradición se volvieran una práctica común, los Estados europeos con frecuencia otorgaban asilo a fugitivos provenientes de otros Estados, con el resultado de que “una nación soberana sólo podía exigir la devolución de fugitivos por la fuerza de las armas... La extradición, como incentivo a las relaciones pacíficas y a la cooperación amistosa entre Estados pasó a tener poca importancia práctica hasta después de la Primera Guerra Mundial”. M. Bassiouni, *International Extradition and World Public Order*, pág. 6 (1974). El mismo escritor explicó que estos tratados fomentan el propósito del derecho internacional, el cual “está destinado a proteger la soberanía y la integridad territorial de los Estados, y [a] restringir la conducta intolerable de un Estado”. M. Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practice*, T. I, Ch. 5 secc. 2, pág. 194 (2d. rev. ed. 1987). El objeto de reducir el conflicto, promoviendo la cooperación, explica por qué los tratados de extradición no prohíben la entrega consensual informal de fugitivos, y si prohíben los raptos patrocinados por los Estados. Ver *Restatement (Third) of Foreign Relations (Restatement) s 432, y Comments a-c (1987)*.

especificados en el artículo 2º, cometidos antes y después de que este Tratado entre en vigencia”, y el artículo 2º ordena que “la extradición tendrá lugar, con sujeción al Tratado, para actos voluntarios comprendidos por cualquiera de (los delitos extraditables enumerados en) las cláusulas del Apéndice”. Además, como observa la Corte (alude al voto de la mayoría), el artículo 9º establece expresamente que ninguna de las Partes Contratantes está obligada a entregar a sus propios nacionales, si bien puede hacerlo a su solo juicio, pero de no hacerlo, “someterá el caso a sus autoridades competentes a los fines del enjuiciamiento”.

La afirmación del recurrente (el gobierno de los Estados Unidos) acerca de que el Tratado no es exclusivo, sino que permite el secuestro forzoso por parte del gobierno, transformaría a éstas y a otras disposiciones en poco más que palabrerías. Por ejemplo, las disposiciones que requieren “suficiente” evidencia (prueba) para otorgar la extradición (art. 3º), que impiden la extradición por crímenes políticos o militares (art. 5º), que impiden la extradición cuando la persona buscada ya fue enjuiciada (art. 6º), que impiden la extradición una vez prescrito el plazo para accionar contra el delito (art. 7º) y que otorgan al Estado requerido la posibilidad de negarse a extraditar a un individuo que debiera enfrentar la pena de muerte en el país solicitante (art. 8º), de poco servirían si el país solicitante pudiese simplemente secuestrar a la persona. Como lo reconoció la Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito, en un caso relacionado, “cada una de estas disposiciones se vería absolutamente frustrada si se sostuviera que un secuestro es una vía permisible de conducta gubernamental”. “United States v. Verdugo-Urquidez”, 939 F. 2d. 1341, 1349 (1991). Además, todas estas disposiciones “sólo tienen sentido si son comprendidas como que requieren a cada signatario del tratado el cumplimiento de aquellos procedimientos cada vez que éste desee obtener jurisdicción sobre un individuo ubicado en otra nación que sea parte del tratado”.

Cierto es, como observa la Corte, que no existe promesa expresa alguna por cualquiera de las partes, de abstenerse de realizar raptos forzosos en el territorio de la otra nación. En

efecto, basándose en dicha omisión ²¹, la Corte llega a la conclusión de que el Tratado simplemente crea un método opcional para obtener jurisdicción sobre los supuestos delincuentes, y que las partes se reservaron, tácitamente, el derecho de recurrir a la autoayuda toda vez que consideraran que la fuerza es más conveniente que el proceso leal ²². Por ejemplo, si los Estados Unidos pensaran que es más conveniente torturar o simplemente ejecutar a una persona, en lugar de intentar la extradición, estas opciones estarían igualmente disponibles, porque tampoco fueron explícitamente prohibidas por el Tratado ²³. Sin embargo, ésta resulta una interpretación altamente improbable de un acuerdo consensual ²⁴, el cual —a primera vista— parece haber estado destinado a establecer reglas amplias y exclusivas relativas al tema de la

²¹ La Corte recurre al mismo método de análisis que aquél al cual recurrió el juez Waite, en disidencia, en el caso "United States v. Rauscher", 119 US 407 (1886). El *Chief Justice* Waite, sólo admitiría una disposición explícita y, en ausencia de una, llegó a la conclusión de que el Tratado no requería que una persona fuera enjuiciada solamente por el delito por el cual había sido extraditada: "El Tratado requiere la entrega a la justicia, previa solicitud, de las personas acusadas de determinados delitos, pero nada dice acerca de lo que se deberá hacer con las mismas una vez producida la entrega. Este debería haber establecido que esas personas no deben ser enjuiciadas por otros delitos que no sean aquéllos por los cuales se las entregó, pero no lo hizo". *Id.* pág. 434. Este enfoque fue desestimado por la Corte en el caso Rauscher y también debe ser desestimado aquí.

²² Para insistir más rigurosamente en la cuestión, la Corte, en efecto, ha escrito en el artículo 9º una nueva disposición, la cual establece: "Sin perjuicio de los párrafos 1 y 2 de este artículo, cualquiera de las partes contratantes podrá, sin el consentimiento de la otra, raptar nacionales desde el territorio de una de las partes para ser enjuiciados en el territorio de la otra parte".

²³ Resulta irónico que los Estados Unidos hayan intentado justificar su acción unilateral en base al secuestro, la tortura y el asesinato de un agente federal, autorizando el secuestro del acusado, a raíz de lo cual los agentes de la autoridad de aplicación de la ley de los Estados Unidos que participaron, ahora han sido acusados por México. Esto me retrotrae a mi cuestión anterior, acerca de que los tratados de extradición promueven relaciones armoniosas al disponer la entrega ordenada de una persona por parte de un Estado al otro Estado y, sin dichos tratados, frecuentemente se termina por recurrir a la fuerza.

²⁴ Esta Corte describió previamente que un tratado es, en forma general, "por su naturaleza, un contrato entre dos naciones", "Foster v. Neilson", 2 Pet. 253, 314 (1829); ver Rauscher, 119 US 418; en este país también es la Ley de la Nación. 2 Pest. 314; 119 US 418-419.

extradición ²⁵. En mi opinión, “el alcance y el objeto manifiestos del propio tratado”, Rauscher, 119 US 422, permiten deducir llanamente un compromiso mutuo de respetar la integridad territorial de la otra parte contratante. Esta opinión se ve confirmada al considerar el “contexto legal” en el cual se negoció el Tratado ²⁶. “Cannon v. University of Chicago”, 441 US 677, 699 (1979).

II

En el caso Rauscher, la Corte interpretó un tratado de extradición mucho menos amplio que el Tratado de 1978 celebrado con México. El Tratado de 1842 celebrado con Gran Bretaña determinó el límite entre Estado Unidos y Canadá, ordenó la supresión del comercio de esclavos africanos y también contenía un párrafo que autorizaba la extradición de fugitivos “en determinados casos” 8 Stat. 576. En el artículo X, cada nación aceptó “entregar a la justicia a todas las personas” correctamente acusadas de uno de los siete delitos específicos, incluyendo el asesinato, 119 US 421 ²⁷. Una vez que Rauscher fue extraditado por asesinato, se le

²⁵ México entiende que “el Tratado de Extradición regula ampliamente la entrega de todas las personas para ser enjuiciadas en el Estado solicitante, por un delito cometido fuera del territorio de la parte solicitante”. Y Canadá, con quien los Estados Unidos también comparten una gran frontera y han celebrado un tratado de extradición, entiende que el tratado es el medio exclusivo para que un gobierno solicitante obtenga... la extradición de una persona desde su territorio, a menos que una nación dé su consentimiento.

²⁶ Los Estados Unidos no presentaron pruebas del registro de negociación, del proceso de ratificación o de posteriores comunicaciones con México para dar crédito a la sugerencia de que se había llegado a un entendimiento diferente con ese país. Ver M. Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practice*, Ch. 2, sig. 4, 3 pág. 82 (“Los trabajos preparatorios de las negociaciones y la correspondencia diplomática forman parte integral de las circunstancias que lo rodean, y con frecuencia son utilizados como base por los tribunales para determinar las intenciones de las partes”).

²⁷ El artículo X del Tratado establecía: “Se conviene que los Estados Unidos y Su Majestad Británica, ante las solicitudes mutuas, respectivamente cursadas por ellos, sus ministros, funcionarios o autoridades, entregarán a la justicia a todas las personas que, habiendo sido acusadas del delito de asesinato o asalto con

acusó del delito menor de imponer castigo cruel e inusual a un miembro de la tripulación de un buque en alta mar. Si bien el tratado no tuvo la intención de imponer límites a la jurisdicción del Estado solicitante una vez adquirida la custodia del fugitivo, esta Corte sostuvo que él no podía ser enjuiciado por otro delito que no fuera el asesinato ²⁸. Así el tratado constituyó el medio exclusivo mediante el cual los Estados Unidos podían obtener jurisdicción sobre un demandado dentro de la jurisdicción territorial de Gran Bretaña.

La Corte observó que el Tratado incluía varias disposiciones específicas, tales como los delitos por los cuales se puede extraditar a una persona, el proceso mediante el cual debía llevarse a cabo la extradición y hasta las pruebas que debían presentarse y llegó a la conclusión de que “el justo propósito del tratado es que la persona sea entregada para ser enjuiciada por dicho delito y por ningún otro”. (*Id.* 423). La Corte razonó que no tenía sentido que el Tratado estableciera estos delitos específicos sólo para que la persona “pase a manos del país que la acusa de delito, desenten-

intención de cometer asesinato o piratería o incendio premeditado o robo o falsificación o emisión de documentos falsificados, cometido dentro de la jurisdicción de cualquiera de las partes, busquen asilo o sean encontradas en los territorios de la otra; se establece que esto sólo se hará contra las pruebas del delito que —de acuerdo a las leyes del lugar donde se encuentre el fugitivo o la persona así acusada— justifiquen su arresto y el trámite de enjuiciamiento, en caso de haberse cometido en ese lugar el crimen o delito: y los jueces y otros magistrados respectivos de ambos gobiernos tendrán las facultades, la jurisdicción y la autoridad, previa denuncia realizada bajo juramento, de emitir una orden de allanamiento para el arresto del fugitivo o la persona así acusada, de modo que ésta pueda ser llevada ante tales jueces u otros magistrados, respectivamente, a los fines de la recepción y la consideración de las pruebas del delito; y, si una vez recibidas, se juzgara que las pruebas son suficientes como para sustentar el cargo, el juez o magistrado que conduzca el interrogatorio deberá certificarlas ante la autoridad ejecutiva correspondiente, a fin de que pueda emitirse una orden de allanamiento para la entrega de dicho fugitivo. Los gastos incurridos en ocasión de tal arresto y de la entrega serán soportados y costeados por la parte que realiza el pedido y recibe al fugitivo” 9 Stat. 576.

²⁸ La doctrina definida por la Corte en el caso *Rauscher*, acerca de que una persona puede ser enjuiciada sólo por el delito por el cual se la ha extraditado, llegó a conocerse como la “doctrina de la especialidad”.

diéndose de todos los requerimientos positivos y de las justas implicancias del tratado bajo el cual se produce la transferencia de su persona” (*Id.* 421). Interpretar el Tratado en forma contraria significaría que un país podría solicitar la extradición de una persona por uno de los siete delitos abarcados por el Tratado y luego enjuiciar a la persona por otro delito, tal como el crimen político, el cual —evidentemente— no fue abarcado por el Tratado; la Corte llegó a la conclusión de que este resultado era evidentemente contrario a la intención de las partes y al propósito del Tratado.

Rechazando un alegato acerca de que el único propósito del artículo X era disponer un procedimiento para la transferencia de un individuo desde la jurisdicción de una nación soberana a otra, la Corte estableció: “Un tribunal convocado para dar una interpretación judicial a los tratados públicos solemnes entre las grandes naciones de la tierra, no puede sustentar tal parecer acerca de los mismos”. “En este país se ha intentado mantener la opinión contraria, en base a que en el tratado no existen limitaciones expresas del derecho del país en el cual se cometió el delito, para enjuiciar a la persona sólo por el delito por el cual fue extraditada y que, una vez dentro de la jurisdicción de dicho país, es irrelevante el artificio o el fraude o la pretensión de establecer un cargo especificado en el tratado de extradición, a través del cual la persona puede ser llevada a la jurisdicción; una vez aquí, la persona está sujeta a ser enjuiciada por cualquier delito contra las leyes como si hubiera sido arrestada aquí originalmente. Esta proposición de que el Tratado carece de restricción expresa del derecho a enjuiciarla por otros delitos que no sean aquéllos por los cuales se la extraditó, queda satisfecha por el alcance y el objeto manifiestos del propio tratado” (*Id.* 422).

De esta forma, el Tratado de Extradición, tal como se lo entiende en el contexto de los casos en los que se encararon cuestiones similares, basta para proteger al demandado contra su enjuiciamiento, no obstante que el propio Tratado carezca de redacción expresa que intente limitar la facultad de esta nación

para accionar judicialmente contra un demandado sobre el cual adquirió legalmente la jurisdicción ²⁹.

Si bien la conclusión a la que arribó la Corte en el caso Rauscher, fue sustentada por una serie de precedentes judiciales, los mismos en estos casos no eran tan uniformes ³⁰ como el consenso de la opinión internacional que condena la violación a la integridad territorial de un vecino amigo, por parte de una Nación ³¹. Es ofensivo que una de las partes de un tratado de extradición pueda creer que ella se ha reservado secretamente el derecho de realizar capturas de ciudadanos en el territorio de la otra parte ³². El juez Story halló suficientemente ofensivo el hecho

²⁹ En su fallo, la Corte sugiere que el resultado en el caso Rauscher fue dictado por el hecho de que dos leyes federales habían impuesto la doctrina de la especialidad en tratados de extradición. Sin embargo, ambas leyes citadas no contienen redacción alguna que intente limitar la jurisdicción de la Corte; antes bien, estas leyes simplemente disponen la protección del acusado hasta el juicio.

³⁰ En realidad, en sus respectivos alegatos escritos, ambas partes destacaron a muchos autores que habían sostenido que una persona podía ser enjuiciada por un delito que no fuera aquél por el cual se la había extraditado. Ver *Brief for United States* in “United States v. Rauscher” (Alegato escrito por los Estados Unidos en el caso “Estados Unidos v. Rauscher”), OT 1885, N° 1249, págs. 6-10 (donde se cita el caso “United States v. Caldwell”, 8 Blatchford 131 (SDNY 1871); “United States v. Lawrence”, 13 Blatchford 295 (SDNY 1876); “Adriance v. Lagrave”, 59 NY 110 (1874); *Brief for Respondent* in “United States, v. Rauscher” (Alegato escrito por el apelado en el caso “Estados Unidos v. Rauscher”), OT 1885, N° 1249, págs. 8-16 (igual).

³¹ Este principio se materializa en el artículo 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, Apr. 30, 1948, 2 UST 2394, TIAS N° 2361, tal como fuera enmendada por el Protocolo de Buenos Aires del 27 de febrero de 1967, 21 UST 607, TIAS N° 6847, como así también en numerosas disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, 50 Stat. 1031, TS N° 993 (firmada tanto por los Estados Unidos como por México). Ver en forma general Mann, “Reflections on the Prosecution of Persons Abducted in Breach of International Law; International Law at a Time of Perplexity” 407 (Y. Dinnstein and M. Tabory Eds. 1989).

³² Cuando se interrogó a Abraham Sofaer, Asesor Legal del Departamento de Estado, en una audiencia del Congreso, se resistió a la idea de que tales secuestros fueran aceptables. “Pueden ustedes imaginarnos ingresando en París y secuestrando a alguna persona que consideramos terrorista... ¿cómo se sentirían si alguna nación extranjera, tomemos por ejemplo el Reino Unido, viniese hasta aquí y capturase a alguna persona sospechosa de ser terrorista en la ciudad de

de que los Estados Unidos intentaran justificarse por el rapto de un buque extranjero en un puerto español: “Pero, aun suponiendo por un momento que nuestras leyes hubieran requerido un allanamiento del *Apollon* en su tránsito, ¿se debe deducir acaso que la intención era otorgar la facultad para arrestarlo una vez que había pasado al territorio exclusivo de una nación extranjera? Pensamos que no es así. Sería monstruoso suponer que nuestros agentes fiscales estuviesen autorizados a ingresar en puertos y territorios extranjeros a los fines de capturar buques que hubiesen violado nuestras leyes. No puede darse por sentado que el Congreso voluntariamente justifique una violación tan evidente al derecho internacional”. *The Apollon*, 9 Wheat. 362, 370-371 (1824)³³. El derecho internacional, tal como lo entendió el juez Story en 1824,

Nueva York, Boston o Filadelfia..., por el hecho de que nosotros hayamos rechazado extraditar a dicho individuo a través de las vías normales de las comunicaciones legales internacionales?” *Bill to Authorize Prosecution of Terrorists and Others Who Attack Us Government Employees and Citizens Abroad: Hearing before the Subcommittees on Security and Terrorism of the Senate Committee on the Judiciary* (Proyecto de autorización del procesamiento de terroristas y otros que ataquen a los empleados y ciudadanos de los Estados Unidos en el extranjero: Audiencia ante el Subcomité sobre seguridad y terrorismo del Comité Senatorial sobre el Poder Judicial) 99th Cong. 1st Sess., 63(1985).

³³ El voto del juez Story continuaba así: “Por lo tanto, el arresto del buque ofensor debe restringirse a los lugares donde nuestra jurisdicción sea plena, a nuestras aguas, o al océano, el camino común de todas las naciones. Se dice que existe una jurisdicción fiscal, distinta de la jurisdicción marítima ordinaria sobre las aguas dentro del alcance de un disparo común desde nuestras costas. Y, para probar la afirmación, se recurre a las disposiciones de una ley sobre Recaudación de 1799, las cuales autorizan una visita a los buques dentro de las cuatro leguas de nuestras costas. ¿Pero dónde debe ejercerse este derecho de visitas? ¿En un territorio extranjero, en la jurisdicción exclusiva de la otra nación soberana? Ciertamente que no, ya que los propios términos de la ley la confinan al océano, donde todas las naciones tienen un derecho común y ejercen soberanía en común. ¿Y sobre que buques debe ejercerse este derecho de visita? A través de las propias palabras de la ley, sobre nuestros propios buques y sobre buques extranjeros atracados en nuestros puertos y sobre ningún otro. Haber ido más allá de esto, hubiera sido usurpar la soberanía exclusiva sobre el océano y ejercer un derecho universal de búsqueda, derecho que nunca antes fue reconocido por otras naciones y que sería resistido por los Estados Unidos más que por cualquier otro país”. *The Apollon*, 9 Wheat., 371-373.

no se ha modificado. Así, un tratado rector explica: “Un Estado no debe ejercer actos de soberanía en el territorio de otro Estado.

... ”El... hecho de que un Estado envíe a sus agentes al territorio de otro Estado para arrestar personas acusadas de haber cometido un delito, significa quebrantar el derecho internacional. Además de otras reparaciones, el primer deber del Estado ofensor es devolver a la persona en cuestión al Estado en cuyo territorio fue arrestado”. 1 Oppenheim’s international Law 295, y n° 1 (H. Lauterpacht 8th ed. 1955) ³⁴.

Al comentar sobre la cuestión precisa suscitada por este caso, el portavoz principal del *American Law Institute’s Restatement of Foreign Relations* utilizó un lenguaje que nos hizo recordar la caracterización de un secuestro oficial en jurisdicción extranjera como “monstruoso”, hecha por el juez Story. “El rapto de una persona desde un país extranjero, llevado a cabo sin el consentimiento del gobierno extranjero, es una gran violación al derecho internacional y una gran falta de respeto hacia una norma que permanece alta en la opinión de la humanidad. Se trata de una flagrante violación a la integridad territorial de otro Estado, que desentraña al sistema de extradición (establecido mediante una red amplia de tratados que abarcan a casi todos los Estados)” ³⁵.

En Rauscher, el sustento de la decisión de dar por implícita una cláusula de no enjuiciar por un delito que no fuera aquél por el cual se otorgó la extradición, era mucho menos evidente que la norma contra la invasión de la integridad territorial de una de las partes de un tratado, norma que la posición de México hace valer en este caso ³⁶. Si el caso Rauscher fue decidido correctamente, y

³⁴ Ver *Restatement* s. 432, Comment C (“Si la medida no autorizada incluye el rapto de una persona, el Estado desde el cual se raptó a la persona puede solicitar la devolución de ésta y el derecho internacional requiere que sea devuelta”).

³⁵ Henkin, *A Decent Respect to the Opinions of Mankind*, 25 *John Marshall L. J.* 215, 231 (1992).

³⁶ De esta forma, el Restablecimiento de Relaciones Extranjeras (*Restatement of Foreign Relations*) establece en la parte “(2) Los funcionarios de la autoridad de aplicación de la ley de un Estado pueden ejercer sus funciones en el territorio de otro Estado sólo con el consentimiento de ese otro Estado, otorgado por funcionarios de dicho Estado, debidamente autorizados.

estoy convencido de que así fue, su razón fundamental impone evidentemente un resultado comparable en este caso ³⁷.

III

Un defecto crítico domina toda la opinión de la Corte. Esta no llega a diferenciar entre la conducta de ciudadanos privados, la cual no viola obligación alguna del tratado, y la conducta expresamente autorizada por la rama ejecutiva del gobierno, la cual incuestionablemente constituye una flagrante violación al derecho internacional ³⁸ y —en mi opinión— también constituye un quebrantamiento de nuestras obligaciones establecidas en el Tratado. Así, al comienzo de esta sentencia, la Corte establece que la cuestión es “determinar si un delincuente, raptado hacia los Estados Unidos desde una nación con la cual existe un tratado de extradición, adquiere por ello el derecho a oponerse a la jurisdic-

... ”c. Consecuencias de la violación de los límites territoriales, de observancia forzosa. Si los funcionarios de la autoridad de aplicación de la ley de un Estado, ejercen sus funciones en el territorio del otro Estado sin el consentimiento de este último, dicho Estado tendrá derecho a protestar y, si correspondiese, a recibir la reparación por parte del Estado ofensor. Si la medida no autorizada incluye el rapto de una persona, el Estado desde el cual la persona fue raptada puede solicitar la devolución de la persona, y el derecho internacional requiere que sea devuelta. Si el Estado desde el cual se raptó a la persona no solicita su devolución, el Estado raptor puede —de acuerdo con el parecer dominante— proceder a enjuiciarlo conforme a sus leyes”. *Restatement* sig. 432 y *Comment* c.

³⁷ Así como Rauscher adoptó la posición de plantear la cuestión de la violación del tratado, el acusado puede plantear una cuestión comparable en este caso. Ciertamente, si a un individuo que no es parte de un acuerdo entre los Estados Unidos y otro país se le permite invocar los derechos de ese país en nuestros tribunales, como ocurre en los casos de especialidad, debe aplicarse la misma regla a un individuo que haya sido víctima de la violación del tratado de extradición por parte de este país y desee hacer valer los derechos de aquel país en nuestros tribunales, una vez que aquel país haya registrado su denuncia.

³⁸ “En el orden legal internacional, los tratados se celebran entre Estados con un trasfondo de derecho internacional consuetudinario. Las normas del derecho internacional consuetudinario especifican las circunstancias en las cuales el incumplimiento de las obligaciones del tratado por una de las partes, facultará a la otra a rescindir el tratado, vengarse o tomar otras medidas”. Vázquez, *Treaty-Based Rights and Remedies of Individuals*, 92 *colum L. Rev.* 301, 375 (1992).

ción de los tribunales de este país". Evidentemente, ésta es una cuestión decidida en "Ker v. Illinois", 119 US 436 (1886); de todas maneras, no es la cuestión que hoy se nos somete a decisión.

La importancia de distinguir entre el ejercicio de jurisdicción de un tribunal sobre una persona o sobre bienes ilegalmente secuestrados por un ciudadano privado, o aun por una autoridad de aplicación de la ley de un Estado, por un lado, y el ejercicio intencional de jurisdicción fundado en un secuestro por parte de funcionarios federales que actúan más allá de las facultades conferidas por el tratado, por el otro, es explicada por el juez Brandeis en su voto para la Corte, en el caso "Cook v. United States", 288 US 102 (1933). Dicho caso implicaba una interpretación de un tratado de la era de prohibición celebrado con Gran Bretaña, el cual autorizaba a los agentes estadounidenses a abordar determinados buques británicos para determinar si estaban involucrados en la importación de bebidas alcohólicas. Un buque británico fue abordado a once millas y media fuera de la costa de Massachusetts y, hallándose que transportaba bebidas alcohólicas no declaradas, fue llevado a puerto. El recaudador aduanero determinó una multa que intentó cobrar mediante calumnias tanto contra el cargamento como contra el buque capturado.

La Corte sostuvo que la captura no fue autorizada por el tratado porque ocurrió más allá de las diez millas fuera de la costa ³⁹. El gobierno alegó que la ilegalidad de la captura era irrelevante porque, al igual que en el caso Ker, la jurisdicción de un tribunal quedaba sustentada por la posesión, aun cuando la captura fuera ilegal. El juez Brandeis reconoció que el alegato estaría acertado si la captura hubiera sido hecha por una parte privada sin la autorización de actuar en nombre del gobierno, pero que cuando el propio gobierno carece de la facultad para capturar, prevalece una norma diferente. Basándonos en el caso Rauscher, y haciendo la distinción de Ker, explicó: "*Fourth As the Mazel*

³⁹ El tratado disponía que los derechos de abordaje no podían ejercerse a una distancia desde la costa mayor que aquélla que el buque podía recorrer en una hora, y la velocidad del buque secuestrado no superó las diez millas por hora. "Cook v. United States", 288 US 102, 107, 110 (1933).

Tov fue secuestrado sin orden de allanamiento y las calumnias no prosperaron. El gobierno refiere que la supuesta ilegalidad del secuestro es irrelevante. Alega que los hechos comprobados demuestran una violación a nuestra ley para la cual se prescribe la pena de confiscación; que los Estados Unidos, presentando un pedido de acción confiscatoria, pueden ratificar lo que de otra manera hubiera sido un secuestro ilegal; que una vez que el buque secuestrado fue llevado al puerto de Providencia, el tribunal federal de Rhode Island adquirió jurisdicción; y que, además, al existir méritos, el denunciante renunció al derecho de impugnar la exigencia de satisfacer las multas. El alegato se basa en conceptos equivocados". Es verdad que cuando los Estados Unidos —estando en posesión de los bienes— presentan un pedido de acción para exigir una confiscación resultante de una violación a sus leyes, resulta irrelevante el hecho de que la posesión fuese adquirida mediante un acto ilegal. "Dodge v. United States", 272 US 530, 532 (1926). Comparar "Ker v. Illinois", 119 US 436, 444. La doctrina se basa principalmente en las normas del derecho escrito, acerca de que cualquier persona puede, a su riesgo, secuestrar bienes que hayan sido confiscados, o puedan serlo, por el gobierno; y acerca de que la acción interpuesta por el gobierno para exigir el cumplimiento de una confiscación ratifica el secuestro realizado por quien carezca de autoridad, ya que la ratificación equivale a la delegación antecedente de autoridad para secuestrar. "Gelston v. Hoyt", 3 Wheat. 246, 310 (1818); "Taylor v. United States", 3 How. 197, 205-206 (1845). La doctrina no se aplica aquí. La objeción al secuestro no es que el mismo fuera ilegal simplemente porque fue realizado por alguien a quien el gobierno no le había otorgado autorización para secuestrar en el lugar donde se llevó a cabo el secuestro. La objeción es que el propio gobierno carecía de facultades para secuestrar, ya que —de acuerdo al Tratado— se había impuesto una limitación territorial sobre su propia autoridad. El Tratado fija las condiciones bajo las cuales un "buque puede ser secuestrado y llevado a un puerto de los Estados Unidos, sus territorios o posesiones, para ser objeto de una decisión judicial de acuerdo con las leyes aplicables". Así, Gran Bretaña aceptó que se puedan ejercer funciones judiciales

luego de un secuestro legal. Nuestro gobierno, al carecer de facultades para secuestrar, carecía —en razón del Tratado— de facultades para someter al buque a nuestras leyes. Sostener que el ejercicio de funciones judiciales puede darse luego de un secuestro ilegal, podría llegar a invalidar el propósito y el efecto del Tratado. Comparar “United States v. Rauscher”, 119 US 407. “Cook v. United States”, 288 US 120-122.

El juez Miller empleó el mismo razonamiento para explicar por qué el *holding* de Rauscher no se aplicaba a Ker. El funcionario que llevó a cabo el arresto en Ker no pretendió actuar en carácter oficial cuando secuestró a Ker. Como observó el juez Miller, “los hechos demuestran que se trató de un evidente caso de secuestro dentro de los dominios del Perú, sin pretensiones de autoridad que pudiera conferir el Tratado o el gobierno de los Estados Unidos”. “Ker v. Illinois”, 119 US 443 ⁴⁰. En este caso se aplica exactamente lo contrario, como ocurrió en el caso Cook ⁴¹.

La falta de diferenciación por parte de la Corte entre raptos privados e invasiones oficiales del territorio de otra nación soberana, también se debe a que ésta se basa desubicadamente en la proposición de 1935 hecha por el Comité Asesor sobre Investiga-

⁴⁰ Tal como la Corte Suprema de Illinois describió los hechos: “El arresto y la detención [de Ker] no se produjeron a través de una autorización del gobierno federal y no se deduce que haya existido imposición alguna emanada del gobierno federal o de cualquier gobierno estatal... La invasión de la soberanía del Perú, si acaso se cometió alguna ilegalidad, estuvo en manos de individuos, algunos de los cuales probablemente no debían lealtad alguna a los Estados Unidos, y no en manos del gobierno federal”. “Ker v. Illinois”, 110, 111, 627, 643 (1884).

⁴¹ El incidente de Martínez considerado por la Corte, también implicó un rapto por una parte privada; por lo tanto, la referencia al precedente de Ker resultó apropiada en aquel caso. Por otro lado, la carta escrita por el secretario de Estado Blaine al gobernador de Texas en 1881, desaprobaba inequívocamente los raptos por cualquiera de las partes de un tratado de extradición. En 1984, el Secretario de Estado Schultz expresó la misma opinión acerca de un secuestro autorizado de un nacional canadiense. Remarcó este funcionario que, en vista del tratado de extradición entre los Estados Unidos y el Canadá, era entendible que Canadá se hubiera “ofendido” por el secuestro y lo consideraría “una violación al tratado y al derecho internacional, como así también una afrenta a su soberanía”. Ver Leich, *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law*, 78 Am. J. Int’l. L 200, 208 (1984).

ciones en Derecho Internacional. Tal como llanamente lo establece el texto de dicha proposición, ésta hubiera rechazado la norma del caso Ker ⁴². El no haber adoptado aquella recomendación, no asevera la cuestión que la Corte decide hoy. El desprecio admitidamente “ofensivo” que la Corte muestra hacia los principios del derecho internacional consuetudinario y convencional, carece completamente de fundamento tanto en la jurisprudencia como en los comentarios.

IV

Como observa la Corte al comienzo de esta sentencia, existen razones para creer que el acusado participó en un asesinato especialmente brutal de un agente de la autoridad de aplicación de la ley de los Estados Unidos. Este hecho, de ser cierto, puede explicar el fuerte interés del Poder Ejecutivo en castigar al acusado en nuestros tribunales ⁴³. Sin embargo, dicha explicación no ofrece justificación alguna para hacer caso omiso del Principio de Derecho que esta Corte tiene el deber de defender ⁴⁴. El hecho de que

⁴² El artículo 16 del Anteproyecto establece: “Al ejercer la jurisdicción de acuerdo a la Convención, ninguno de los Estados enjuiciará o castigará a persona alguna que haya sido llevada a su territorio o a un lugar sujeto a su autoridad, recurriendo a medidas que violen el derecho internacional o la convención internacional, sin obtener previamente el consentimiento del Estado o de los Estados cuyos derechos se han violado a través de tales medidas”. *Harvard Research in International Law, Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime*. 29 Am. J. Int'l L. 435, 623 (Supp. 1935).

⁴³ Ver, por ejemplo, *Storm arises over Camarena*; US Wants Harder Line Adopted, *Latin Am. Weekly Rep.*, mar. 8, 1985, pág. 10; US Presses Mexico To Find Agent, *Chicago Tribune*, febr. 20, 1985, pág. 10.

⁴⁴ Tal como propugnó sabiamente el juez Brandeis: “En un gobierno legalmente constituido, la existencia de éste se verá en peligro si dicho gobierno no observa la ley escrupulosamente. Nuestro gobierno es el maestro poderoso y omnipotente. Para bien o para mal, enseña a todo el pueblo mediante su ejemplo. El delito es contagioso. Si el gobierno viola la ley, alimenta el odio hacia la ley; invita a todos los hombres a hacer valer la ley por ellos mismos; invita a la anarquía. Declarar que para administrar la ley penal, el fin justifica los medios; declarar que el gobierno puede cometer delitos a fin de asegurar la condena de un delincuente privado, nos traería una terrible retribución. Esta Corte debe oponerse

el Poder Ejecutivo quiera volver a interpretar ⁴⁵ el Tratado para hacer lugar a una acción que éste de ninguna manera autoriza, no debe influenciar la interpretación por parte de esta Corte ⁴⁶. En realidad, el deseo de venganza ejerce “una especie de presión hidráulica... ante la cual —aun los principios más firmes del derecho— se torcerían”, “Northern Securities Co. v. United States”, 193 US 197, 401 (1904) (el juez Holmes, en disidencia), pero es justamente en esos momentos en que debemos recordar, y dejarnos guiar por nuestro deber de “emitir un dictamen uniforme y desapasionadamente acorde con la ley, ya que a cada uno se nos dió el discernimiento para determinarlo y aplicarlo”. “United States v. Mine Workers”, 330 US 258, 342, (1947) (el juez Rutledge, en disidencia). La forma en que cumplamos con este deber en un caso de esta clase, constituye un ejemplo que otros tribunales en otros países seguramente emularán.

La importancia de los precedentes de esta Corte queda ilustrada en un fallo reciente de la Corte de Apelaciones de la República de Sudáfrica. Basándose ampliamente en su comprensión del valor que revisten los casos de esta Corte, incluyendo nuestra sentencia en el caso “Ker v. Illinois”, esa Corte sostuvo que no

firmeramente a esta doctrina perniciosa”. “Olmstead v. United States”, 277 US 438, 485 (1928) (juez Brandeis, en disidencia).

⁴⁵ Es cierto que la opinión del Ejecutivo se ha modificado con el correr del tiempo. En una ocasión, la oficina de Asesoramiento Legal asesoró al Poder Ejecutivo que dichos secuestros eran contrarios al derecho internacional, porque comprometían la integridad territorial de la otra nación y sólo debían realizarse con el consentimiento de dicha nación. 48 Op. Off. Legal Counsel 549, 556 (1980). Más recientemente, tras una revisión de esta opinión, se llegó a la conclusión de que el Presidente tenía autoridad para hacer caso omiso del derecho internacional consuetudinario. Hearing before the Subcommittee on Civil and Constitutional Rights of the House Committee on the Judiciary, 101 st Cong., 1st Sess, 4-5 (1989) (statement of William P. Barr, Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, US Department of Justice) (declaración de William P. Barr, vicepresidente general, Oficina de Asesoramiento Legal, Ministerio de Justicia de los Estados Unidos).

⁴⁶ Cf. “Perkins v. Elg” 307 US 325 (1939) (se interpretó el Tratado siguiendo la interpretación histórica y se rechazó diferir la introducción de cambios en la política del Ejecutivo); “Johnson v. Browne”, 205 US 309 (1907) (se rechazó la interpretación del Poder Ejecutivo).

debería hacerse lugar al enjuiciamiento de un acusado secuestrado por agentes sudafricanos en otro país, “S v. Ebrahim”, S. Afr. L. Rep. (Apr. June 1991) ⁴⁷. La Corte de Apelaciones de Sudáfrica —y en realidad sospecho que la mayoría de los tribunales del mundo civilizado— se verían profundamente molestos por la “monstruosa” sentencia que la Corte emite hoy, ya que toda nación que tenga intenciones de preservar el imperio de la Ley (*Rule of Law*), se ve afectada directa o indirectamente por una decisión de este tipo ⁴⁸. Tal como lo advirtió Thomas Paine, la “avidez por castigar siempre es peligrosa para la libertad”, ya que induce a una nación a “forzar, mal interpretar y mal aplicar hasta la mejor de las leyes” ⁴⁹. Para contrarrestar esta tendencia, Paine nos hace recordar: “Aquel que quiera asegurar su propia libertad, debe resguardar aun a su enemigo de la opresión, ya que si viola este deber, establece un precedente que lo alcanzará también a él” ⁵⁰.

Respetuosamente, disiento.

⁴⁷ La Corte sudafricana estuvo de acuerdo con el apelante sobre que un “raptó representa una violación a las normas aplicables del derecho internacional, que estas normas son parte del derecho Sudafricano, y que dicha violación a la ley priva al tribunal... de su competencia para entender en el caso del apelante...” S. Afr. L. Rep. 8-9.

⁴⁸ Tal como observó con presciencia el juez Mansfield en un caso que no difiere del que nos ocupa hoy: “La Sociedad es el perdedor final cuando, a fin de condenar al culpable, emplea métodos que llevan a disminuir el respeto por la ley”. “United States v. Toscanino”, 500 F. 2d 67, 274 (C.A. 2do. Circ. 1974).

⁴⁹ 2 *The Complete Writings of Thomas Paine* 588 (P. Forner, ed. 1945).

⁵⁰ *Ibid.*

NOVEDADES ABELEDO-PERROT

- ABERASTURY, (h), *Consolidación de deudas del Estado*, 248 páginas.
- AGUINIS, A.M. de, *Empresas e inversiones en el Mercosur. Sociedades y Joint ventures. Establecimiento de sucursal y filial. Inversiones extranjeras. Impuestos*, 576 páginas.
- ALTERINI, A.A., *La inseguridad jurídica*, 192 páginas.
- BONFANTI, M.A., *Contratos bancarios*, 428 páginas.
- BUSTAMANTE, J.E., *Desregulación*, 288 páginas.
- D'ALBORA, F.J., *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, 576 páginas.
- DARRITCHON, L., *Cómo es el nuevo proceso penal*, volumen 6: 160 páginas; volumen 7: 176 páginas; volumen 8: 200 páginas.
- FALCÓN, E.M., *Cómo se ofrece y se produce la prueba*, 120 páginas.
- KIELMANOVICH, J.L., *Medios de prueba*, 416 páginas.
- KLEIDERMACHER, J., *Franchising. Aspectos económicos y jurídicos*, 304 páginas.
- MÉNDEZ, E.A., *Tránsito. Reglamento nacional, decreto 692/92 y su reglamentación. Comentarios y análisis*, 128 páginas.
- MORELLO, A.M., *La casación. Un modelo intermedio eficiente*, 528 páginas.
- NUTA, A.R. - ROTONDARO, D.N. - ABELLA, A.N. - NAVAS, R.F., *Derecho hipotecario*, 304 páginas.
- PAYÁ, F.H. - CARRERÓ, F.C. - DÍAZ CORDERO, M.G. de - GUERISOLI, E. - LIMA, S.M.R., *Instituciones procesales*, 304 páginas.
- SAMBRIZZI, E.A., *Instrumentos privados*, 288 páginas.
- STIGLITZ, R.S. - STIGLITZ, G.A., *Seguro automotor obligatorio*, 144 páginas.
- VIGO, R.L., *Interpretación constitucional*, 240 páginas.
- VILANOVA, J.M., *El concepto de Derecho. Estudios iuspositivistas. Compilación y prefacio: Celia Lértora Mendoza y Julio C. Raffo*, 200 páginas.
- VIROGLIO, A.L. - FESSIA, R.M., *Cómo elaborar monografías y tesis*, 224 páginas.
- WASSNER, R.A., *Procedimiento previsional*, 288 páginas.