

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN

CONCEPTOS

DOSSIER

Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales

UMSA UNIVERSIDAD
DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO

CONCEPTOS



Boletín de la Universidad del Museo Social Argentino

Av. Corrientes 1723 –

C1042AAD – CABA.

Tel. (54-11) 5530-7600 – Fax:

(54-11) 5530-7614

Sarmiento 1565 – C1042ABC –

CABA.

Tel. (54-11) 5217-9401/02

E-mail: conceptos@umsa.edu.ar

Año 96 / N° 511 / Abril 2021

AUTORIDADES

RECTOR EMÉRITO

Dr. Guillermo Garbarini Islas

RECTORA

Mag. M. Alejandra Garbarini

Islas

VICERRECTOR DE POSGRADO
E INVESTIGACIÓN

Dr. Eduardo E. Sisco

SECRETARIO GENERAL

Lic. Aníbal C. Luzuriaga

FACULTAD DE ARTES

Decana Lic. Alejandra Portela

FACULTAD DE CIENCIAS

ECONÓMICAS

Responsable interino Dr.

Leonardo Gargiulo

FACULTAD DE CIENCIAS

HUMANAS

Decano Lic. Gustavo Maüsel

FACULTAD DE CIENCIAS

JURÍDICAS Y SOCIALES

Decano Mag. Mariano Cúneo

Libarona

FACULTAD DE LENGUAS

MODERNAS

Decana Lic. Fabiana Lassalle

SECRETARIA ACADÉMICA

Lic. Leandra Martínez Rodríguez

DIRECTOR DE GESTIÓN

ACADÉMICA

Dr. Leonardo Gargiulo

DIRECTOR DE PUBLICACIÓN

Dr. Ernesto R. B. Polotto

SECRETARIA DE REDACCIÓN

**Mag. María Fernanda
Terzibachian**

EDICIÓN

Pablo Agustín Vázquez

CONSEJO DE REDACCIÓN

Trad. Pública Mariana Barragán

Mag. Mariano Cúneo Libarona

Dr. Andrés Febbraio

Lic. Leandra Martínez Rodríguez

Dr. Eduardo Tenconi Colonna

Dr. Fabián Vázquez

Dra. Patricia Vázquez Fernández

TRADUCTORA

Mag. Cristina De Ortúzar

EDITOR RESPONSABLE

Museo Social Argentino

SUMARIO

7 PRESENTACIÓN - *Por Alejandra Niño Amieva*

ARTÍCULOS

11 Pandemia Covid-19, impacto económico y empresas en crisis - *Por Daniel Roque Vítolo*

45 El puesto del Derecho en el cosmos epistemológico - *Por Hugo R. Mancuso*

73 Un *Enfoque crítico tutelar* para las relaciones laborales: categoría de análisis a modo de manifiesto - *Por Mario L. Gambacorta*

107 Problemas sobre valores y métricas: a propósito del uso del enfoque indiferencialista en la teoría de Robert Alexy - *Por Pablo A. Iannello*

141 Y la *Realeza* descendió del cielo: imagen e idea del poder soberano - *Por Rubén Darío Salas*

177 La incidencia de la costumbre en el derecho argentino en el caso de la propiedad horizontal - *Por Laura Belly*

219 La incertidumbre jurídica en las relaciones de teletrabajo internacional ante el artículo 17 de la ley 27.555 (Argentina, 2021) - *Por Lucía Verónica Pose*

251 Parámetros de publicación

LA RESPONSABILIDAD POR EL CONTENIDO DE
LOS ARTÍCULOS ES EXCLUSIVA DE SUS
RESPECTIVOS AUTORES

PRESENTACIÓN

*Por Alejandra Niño Amieva**

En este *dossier* de *Conceptos*, coordinado desde el Doctorado en Ciencias Jurídicas, confluye una serie de investigaciones que dan cuenta de las diferentes líneas de investigación admitidas por la carrera, pero también del interés inter y transdisciplinar que la atraviesa. Así, en «Pandemia Covid-19, impacto económico y empresas en crisis» Daniel Vítolo reflexiona sobre las lecturas que este hecho ha generado en la cultura, precisando sus alcances y estimando sus consecuencias en el ámbito económico, jurídico y social local, en particular promoviendo el impulso de un derecho concursal para el futuro. Los tres artículos siguientes —«El puesto del Derecho en el cosmos epistemológico», de Hugo R. Mancuso; «Un Enfoque crítico tutelar para las relaciones laborales: categoría de análisis a modo de manifiesto» de Mario L. Gambacorta; y «Problemas sobre valores y métricas: a propósito del uso del enfoque indiferencialista en la teoría de Robert Alexy» de Pablo Ianello— si bien centralizados en aspectos teóricos de las ciencias jurídicas y sociales, presentan una articulación significativa con las prácticas derivadas. En efecto, estos trabajos no eliden consideraciones sobre los efectos pragmáticos de sus principales proposiciones: la mutación del paradigma de codificación y la emergencia de los actuales planteos sistémicos; la reconfiguración de las principales categorías en el mundo del trabajo y la postulación de

conceptos teóricos para su lectura; y la exploración sobre el uso de curvas de indiferencia como herramienta para representar la noción de ponderación en la propuesta de Robert Alexy. El artículo de Rubén Darío Salas «Y la Realeza descendió del cielo: imagen e idea del poder soberano» de carácter más histórico, pero no menos teórico indaga en la permanencia de la figura en la cultura en tanto arquetipo de poder y síntesis del requerimiento anímico de los pueblos que renuncian a morir. Finalmente, los dos últimos trabajos exploran aspectos actuales de nuestro derecho positivo —tal «La incidencia de la costumbre en el Derecho argentino en el caso de la Propiedad Horizontal» de Laura Belly— o normativas recientes como la referente al teletrabajo y su reglamentación —«La incertidumbre jurídica en las relaciones de teletrabajo internacional ante el artículo 17 de la ley 27.555» de Verónica Pose—.

El Doctorado de esta Universidad, constituye un ámbito por excelencia para la producción de conocimiento. Por otra parte, la complejidad del objeto disciplinar requiere de múltiples y creativos esfuerzos para comprender la dinámica contemporánea. En efecto, la investigación en Ciencias Jurídicas —ya sea dogmática, sociológica, histórica o filosófica— deviene urgente ante nuestras realidades y una condición de posibilidad de actuar en ella es justamente a partir de su visibilidad y discusión— puesta en diálogo—. Es a lo que aspira el presente *dossier*.

**Coordinadora del Doctorado en Ciencias Jurídicas (UMSA)*

ARTÍCULOS

PANDEMIA COVID-19, IMPACTO ECONÓMICO Y EMPRESAS EN CRISIS

COVID-19 PANDEMIC, ECONOMIC IMPACT AND COMPANIES IN CRISIS

*Poe Daniel Roque Vítolo**

Resumen

La crisis económica derivada de la Pandemia originada en el Covid-19, ha obligado a los operadores jurídicos, económicos y financieros a replantearse el tratamiento que debe darse a los procedimientos extrajudiciales y judiciales tendientes a la recomposición de los patrimonios empresarios, el mantenimiento de la actividad productiva y la eventual liquidación forzada de empresas a través del instituto de la quiebra. Frente a una realidad cambiante que aneja un desenvolvimiento vertiginoso e incierto de la actividad empresarial resulta necesario que la sociedad reflexione respecto de este fenómeno y rediseñe nuevos instrumentos jurídicos — extrajudiciales y judiciales— para abordar el desafío que la cambiante realidad plantea.

Palabras claves: Derecho Comercial, quiebra, doctrina concursal.

Summary

The economic crisis derived from the Pandemic caused by Covid-19, has forced legal, economic, and financial operators to rethink the treatment that should be given to extrajudicial and judicial procedures aiming at the recomposition of business assets, maintenance of the productive activity and the eventual forced liquidation of companies through the bankruptcy institute. Faced with a changing reality that adds a vertiginous and uncertain development of business activity, it is necessary for society to reflect on this phenomenon and redesign new legal instruments - extrajudicial and judicial - to address the challenge posed by the changing reality.

Keywords: Commercial Law, Bankruptcy, Bankruptcy Doctrine.

A modo de introducción: ¿es la pandemia Covid-19 un segundo Diluvio Universal?

Tal como lo he sostenido en publicaciones anteriores (Vítolo 2020) y en algunas notas periodísticas¹ se ha señalado —incorrectamente— cierta similitud entre lo que ha ocurrido y está ocurriendo a nivel mundial con el Covid-19, (y a los efectos que el virus ha generado y está generando en la población) con el relato bíblico del

¹ Cfr. Llamazares, J. (2020, 20 de marzo). Después del Diluvio. *El País*. Recuperado de:

https://elpais.com/elpais/2020/03/20/opinion/1584718117_210500.html

; Barreira, D. (2020 8 de abril). El mito del Arca de Noé revive con el Covid-19: las mil versiones y una búsqueda imposible. *El Español*. Recuperado de:

https://www.elespanol.com/cultura/historia/20200408/arca-noe-revive-covid-19-versiones-busqueda-imposible/480952166_0.html;

Ghosh, J. (2020, 22 de marzo). El diluvio de la deuda Covid-19. *Perfil*, Recuperado de: <https://www.perfil.com/noticias/columnistas/el-diluvio-de-la-deuda-covid-19.phtml>;

De Pablo, J.C. (2020, 22 de marzo). ¿Quiere subir al Arca de Noé? No salga de casa. *La Nación* Recuperado de: <https://www.lanacion.com.ar/economia/quiere-subir-al-arca-de-noe-no-salga-de-casa-nid2347385/>;

Calloni, S. (2020, 30 de abril). La pandemia: ¿Qué hay después del diluvio? *El extremo sur de la Patagonia*. Recuperado de:

<https://www.elextremosur.com/nota/24149-la-pandemia-que-hay-despues-del-diluvio/>;

León, F. M. (2020, 18 de marzo). El Arcoiris y el Coronavirus. *El Tiempo.com*. Recuperado de:

<https://www.tiempo.com/ram/el-arcoiris-y-el-coronavirus.html>;

Pozo, D. (2020, 7 de abril). ¿Qué son las Arcas de Noé que propone el Gobierno? *Hipertextual*. Recuperado de:

<https://hipertextual.com/2020/04/mas-medidas-contr-coronavirus-que-son-arcas-noe-que-propone-gobierno, entre otros>.

Génesis del Diluvio Universal;² relato —éste— que han reproducido también otras culturas antiguas.³

² En la tradición judeocristiana, el diluvio se narra en el Génesis, donde se cuenta cómo Noé construyó un arca en la que salvó a su familia y algunos animales (Génesis 7:2), siendo los únicos sobrevivientes en todo el mundo. En el Evangelio de San Mateo (24:37-39), Jesús habla con sus discípulos y cita el Diluvio como un suceso real, para que extraigan una lección para el futuro. En sus cartas, San Pedro también lo menciona (1 Pedro 3:20 y 2 Pedro 2:5,6; 3:5-7). San Pablo lo incluye como ejemplo de fe en su Carta a los Hebreos (11:7). También se cita el Diluvio en Isaías 54:9 como garantía de que Dios no se indignará con su pueblo.

³ Puede recurrirse al relato del legendario viajero británico Austen Henry, quien encontró en 1844, en las ruinas del palacio asirio de Nínive —hoy ciudad iraquí de Mosul— las primeras tablillas de escritura cuneiforme en las cuales existía un relato del Diluvio Universal y el Arca de Noé que figura en el Génesis, lo que llevó al biblista y teólogo Jean Louis Ska a sostener que «(...) la historia del Diluvio forma parte del patrimonio religioso universal». Otras historias similares también se encuentran en diversos relatos vinculados con el Noé sumerio Ziusudra, Manu Vaivastvata en la India. En excavaciones hechas en la ciudad de Ur, se encontraron en 1854 restos de una civilización presumeria debajo de una gran capa de lodo de cuatro metros de espesor que prueban que algo así sucedió. En 1920 el arqueólogo Leonard Wolley descubrió evidencias sedimentológicas de una gran inundación mientras excavaba las ruinas de la ciudad sumeria de Ur. Tres años después, su colega, Stephen Langdon, descubrió evidencias sedimentológicas similares mientras excavaba las ruinas de la ciudad de Kish. Los sedimentos encontrados, una enorme capa de arcilla homogénea de varios metros de profundidad, presentaban acumulación de fósiles humanos, de animales, plantas, cerámica y utensilios, demostrándose que una gran cantidad de agua los arrastró y los depositó juntos. Ninguna crecida temporal de los ríos de la zona —Tigris/Éufrates— podría dejar una capa tan profunda y homogénea de sedimentos, solo una inundación atípica y gigantesca la podría haber creado. Con estos hallazgos se

La comparación no es feliz, no es exacta; pero tampoco inocua. En efecto; son muchas las diferencias existentes entre el contenido del relato bíblico del Diluvio Universal y lo que ha ocurrido y ocurre con el Covid-19 en la actualidad; en beneficio —ello— por cierto, del Covid-19. Así:

a) En primer lugar el Diluvio Universal fue algo anunciado por Dios a Noé con suficiente anticipación, explicándole exactamente qué ocurriría climáticamente y cómo debía prepararse para ello, suministrándole instrucciones detalladas y precisas respecto de las medidas de prevención y salvataje que este hombre santo debía implementar —entre ellas construir un arca según medidas preestablecidas—. ⁴ Con el Covid-19 ello

demostraba que por lo menos, en esa zona hubo una gigantesca inundación que fue reflejada en los relatos sumerios y judíos.

⁴ «7.13. Dijo, pues, Dios a Noé: He decidido el fin de todo ser, porque la tierra está llena de violencia a causa de ellos; y he aquí que yo los destruiré con la tierra. 14. Hazte un arca de madera de gofer; harás aposentos en el arca, y la calafatearás con brea por dentro y por fuera. 15. Y de esta manera la harás: de trescientos codos la longitud del arca, de cincuenta codos su anchura, y de treinta codos su altura. 16. Una ventana harás al arca, y la acabarás a un codo de elevación por la parte de arriba; y pondrás la puerta del arca a su lado; y le harás piso bajo, segundo y tercero. 17. Y he aquí que yo traigo un diluvio de aguas sobre la tierra, para destruir toda carne en que haya espíritu de vida debajo del cielo; todo lo que hay en la tierra morirá. 18 Mas estableceré mi pacto contigo, y entrarás en el arca tú, tus hijos, tu mujer, y las mujeres de tus hijos contigo. [...] 7.1. Dijo luego Jehová a Noé: Entra tú y toda tu casa en el arca; porque a ti he visto justo delante de mí en esta generación. 2. De todo animal limpio tomarás siete parejas, macho y su hembra; mas de los animales que no son limpios, una pareja, el macho y su hembra. 3. También de las aves de

no ocurrió; nadie estaba preparado para que apareciera en escena esta nueva forma de virus de influenza, y de hecho nadie estaba preparado —tampoco— para enfrentar las consecuencias de una pandemia tan brutal. La propia Organización Mundial de la Salud (OMS) había minimizado la posibilidad de un episodio de esta naturaleza cuando en el año 2009, luego de aseverar que la gripe porcina podía ser la catástrofe epidemiológica más fuerte y trágica que enfrentaría la humanidad en los últimos cuarenta años, finalmente quitó dramatismo a la situación al comprobar que la letalidad del virus había tenido un impacto de sólo veintiséis muertes por cada cien mil infectados.⁵ Entre nosotros —los argentinos— este índice bajo el Covid-19 es 1300 muertes por millón de habitantes.⁶

los cielos, siete parejas, macho y hembra, para conservar viva la especie sobre la faz de la tierra. 4. Porque pasados aún siete días, yo haré llover sobre la tierra cuarenta días y cuarenta noches; y raeré de sobre la faz de la tierra a todo ser viviente que hice. 5. E hizo Noé conforme a todo lo que le mandó Jehová. 6. Era Noé de seiscientos años cuando el diluvio de las aguas vino sobre la tierra. 7. Y por causa de las aguas del diluvio entró Noé al arca, y con él sus hijos, su mujer, y las mujeres de sus hijos. 8. De los animales limpios, y de los animales que no eran limpios, y de las aves, y de todo lo que se arrastra sobre la tierra, 9. de dos en dos entraron con Noé en el arca; macho y hembra, como mandó Dios a Noé. 10. Y sucedió que al séptimo día las aguas del diluvio vinieron sobre la tierra» (Génesis. 6:13-18 y 7:1-5).

⁵ Véanse los *Anales* de la Organización Mundial de la Salud.

⁶ Véase informe de la Organización Mundial de la Salud en <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19>.

b) En segundo lugar, la base del proceso diluvial —si es que se lo puede denominar así— es el salvataje de unos pocos elegidos y la desaparición del resto de la humanidad —a modo de castigo— y de las especies no escogidas por Noé, quien siguió fielmente las instrucciones impartidas por Dios. En el caso del Covid-19 todo parecería ocurrir al revés, pues la mayoría de la población finalmente sobrevivirá no importa cuán fuerte pudiera resultar el virus y cuán expansivo pudiera resultar su contagio, dado que la tasa de letalidad se ubica por debajo del 3% de los infectados y se estima que no llegaría jamás a provocar decesos por encima del 1% de la población mundial —en un caso extremo—. ⁷ De hecho más del 98% de los infectados se recuperan y se curan —no sabemos a ciencia cierta aún si además se inmunizan—, siendo más trágica la acción del virus —por cierto— en sujetos que tienen otras enfermedades preexistentes o conforman la denominada «población de riesgo»; ⁸ y el mayor problema sanitario no es sólo la letalidad de la enfermedad sino también la velocidad de contagio, que puede saturar —y de hecho en algunos países ya ha saturado— la inmediata respuesta de los servicios sanitarios y la disponibilidad del equipamiento adecuado para el tratamiento de la enfermedad. ⁹

⁷ De hecho, a la fecha de entrega de este artículo a la editorial, en un mundo de 6.000 millones de habitantes se han producido 500.000 muertes por Coronavirus, cuando en muchos de los países centrales ya ha tenido lugar el denominado «pico» de la pandemia.

⁸ Personas mayores o con enfermedades cardíacas, respiratorias, diabetes, cáncer, inmunodepresión u otras afecciones graves.

⁹ Tratamiento de enorme efectividad que ha salvado muchas vidas.

c) En tercer lugar, durante el tiempo que duró el Diluvio, los habitantes del Arca no tenían idea de lo que ocurría en el exterior, ni poseían información alguna respecto del desenvolvimiento del fenómeno climático y tampoco interactuaban ni sustituían roles con los demás; su misión y propósito era —exclusivamente— sobrevivir en el aislamiento —salvarse— desentendidos del resto de la humanidad y de los otros seres vivientes —a los que no auxiliarían y por el destino final de los cuales no debían ni tenían que preocuparse—. ¹⁰ En el caso del Covid-19 parecería que ocurre todo lo contrario. Existe —y existirá, aún en el caso en que el aislamiento social preventivo y obligatorio se extienda o derive en etapas o mecanismos de discontinuidad— un importante y permanente intercambio de información y una amplia interacción entre los sujetos en aislamiento y el resto de la comunidad, incluso con roles que se van sucediendo alternadamente entre ellos en ingresos y egresos comunes a los mecanismos y sistemas de aislamiento, en un intenso fluir. ¹¹ Por otra parte, se han establecido principios muy fuertes durante el tiempo de pandemia en las conductas sociales, ya que todos debemos cuidarnos a nosotros mismos, cuidarnos del otro y cuidar al otro; aislamiento social, preventivo y

¹⁰ Porque conocían que serían eliminados por la catástrofe climática.

¹¹ Todos participan —de un modo u otro— de los procesos de control —a su manera—, y los sujetos ingresan y egresan de los sistemas de aislamiento según síntomas, tests, y procesos de inmunización por haber contraído el virus o por presentar signos de sospecha respecto del contagio. E ingresan y egresan del régimen de aislamiento de tiempo en tiempo.

obligatorio, pero con control mutuo de las normas sanitarias de seguridad —que vincula a los aislados con quienes no lo están—. Una única humanidad luchando junta, cada integrante desde su lugar, y desde su condición.

d) En cuarto lugar, en el Diluvio el protagonismo o la posibilidad de la humanidad en la evitación de la catástrofe y la modificación del destino de destrucción al que estaba condenada la raza humana fue nulo; pues una vez que el Diluvio comenzó, no hubo manera de sobrevivir ni de modificar el evento climático, ni tampoco de protegerse del mismo —la humanidad desaparecería y la familia elegida sólo debía esperar dentro del Arca—. ¹² Con el Covid-19 la situación es totalmente diferente pues, dependiendo del comportamiento de la humanidad durante el evento, a medida que se van desarrollando los acontecimientos y se van adecuando las reacciones a los movimientos del virus y su tránsito, los efectos perniciosos de dicho virus pueden mitigarse y hasta hacerse en cierto modo controlables en un futuro cercano.

e) Finalmente —y en quinto lugar— nada podían hacer en tiempos del Diluvio quienes no habían subido al Arca —ni tampoco el propio Noé con su familia y sus animales— para poner fin a la catástrofe; al embarcarse ellos en el Arca, y los otros permanecer en tierra, habían quedado —todos— en un ciento por ciento a merced de

¹² Sólo sobrevivirían Noé y su familia —junto a los animales recogidos— en la cima del Monte Ararat.

Dios, que sería quien determinaría—finalmente— cómo y cuándo se detendría el Diluvio, y sin estimación de tiempo alguna.¹³ En el caso del Covid-19 la humanidad y sus científicos tienen mucho que hacer y bastante para decir al respecto, pues están trabajando en el control de la circulación del virus —con mecanismos efectivos del control de la curva de contagio— y están investigando y experimentando en la generación de varias vacunas que permitan inmunizar a la población mundial; y el tiempo estimado para poder conseguir el objetivo perseguido se estima que será de entre uno o dos años en el peor de los escenarios.¹⁴

¹³ Los 40 días y 40 noches a los que alude el texto bíblico es claro que refiere a un lenguaje simbólico que se repite en una serie de pasajes trascendentales en el texto sagrado. El número 40 aparece en más de 100 ocasiones en la *Biblia* y en momentos claves además del Diluvio. En efecto; Isaac tenía 40 años cuando se casó con Rebeca (Génesis 25,20). También Esaú cuando contrajo matrimonio con Judit (Gén 26, 34). Moisés guio al pueblo de Israel durante 40 años por el desierto hasta la Tierra Prometida y pasó 40 días de oración en el monte Sinaí antes de recibir las Tablas de la Ley (Deuteronomio 9, 9-11). Los 12 espías de Israel exploraron la tierra de Canaán durante 40 días (Num 13, 25). Goliat desafió a los israelitas por espacio de 40 días (1 Sam 17,16) hasta que fue vencido por David. Éste reinó 40 años (1Re 2,11), el mismo tiempo que su antecesor Saúl (Hch 13, 21) y que su hijo Salomón (1Rey 11, 42). El profeta Elías pasó 40 días en ayunas en el desierto hasta encontrarse con Dios en el monte Horeb (1Re 19,8). Jonás anunció que Nínive sería destruida a los 40 días (Jon 3,4). Jesús fue presentado en el Templo a los 40 días de su nacimiento (Lc 2, 22) tal como mandaba la Ley (Lv 12); entre tantos otros pasajes donde se menciona este número.

¹⁴ Tomado ello de experiencias similares en trabajos de control del virus de la influenza.

De allí que promover o insistir en la comparación entre el Diluvio Universal y lo que ocurre con el Covid-19 no sólo es algo inexacto, sino que no sirve de ayuda alguna para sostener moralmente a la población en momentos tan difíciles.

En situaciones de tanta zozobra como los que atraviesa la humanidad a consecuencia de la pandemia, donde las estructuras psíquicas, emocionales y hasta la salud en general adquieren un alto grado de inestabilidad y de vulnerabilidad, es cuando más se necesitan modelos comparativos positivos que generen en las personas humanas, y también en las estructuras empresarias, experiencias esperanzadoras en cuanto al futuro (Vítolo 2020) que permitan fortalecer y sostener a todas las personas y a las instituciones ante la incertidumbre y la angustia, permitiéndoles imaginar que hay un futuro posible y una salida exitosa de esta encrucijada mundial.¹⁵

El Diluvio Universal y el Arca de Noé¹⁶ —episodio y elemento que algunos periodistas y doctrinarios en el mundo entero, debo insistir, han tomado como

¹⁵ Ello no es minimizar el impacto tan negativo que ha tenido el Covid-19, ni el altísimo costo de vidas que será el precio que se cobrará la pandemia.

¹⁶ Esta «Arca» es la embarcación que construyó Noé como instrumento de salvación para enfrentar al Diluvio por orden de Dios, y de la cual se habrían encontrado ciertos restos en el Monte Ararat, según una expedición turco-china que tuvo lugar en 2010, y que dató la madera en 4.800 años antes de Cristo. Esto es algo de lo cual había hablado incluso Josefo en el siglo I.

referencia para describir la pandemia provocada por el Covid-19— es, desde nuestro punto de vista, una elección desacertada, y no se erige en un mensaje esperanzador. Por el contrario, este parangón podría llegar a interpretarse en el sentido de que el Covid-19 conforma una suerte de castigo conformante de un destino inmodificable, y que viene a aniquilar a la humanidad dejando en pie sólo a un pequeñísimo grupo de elegidos —los habitantes del Arca— haciendo desaparecer al resto.

¿Quién se verá motivado a resistir las privaciones por las que debe y deberá atravesar en el tiempo actual y el porvenir, sobreponerse a las dificultades del momento, alimentar con la esperanza la angustia que siente ante lo que está ocurriendo, si —finalmente— se les muestra un modelo en el cual el agua se llevará todo y la humanidad desaparecerá sin que ello se pueda evitar?

Nos da la impresión que en momentos de fuertes dificultades, hay que ser muy cuidadosos con la utilización de ejemplos y palabras, pues la alta sensibilidad de los destinatarios de los medios de comunicación —televidentes, oyentes, lectores y navegantes de redes sociales, entre otros—, requieren de un mensaje donde se les haga presente que el desafío de la hora puede ser afrontado con esperanza sobre la posibilidad cierta de salir exitosamente de la crisis —y ello sin controvertir el realismo de advertir que no podrá evitarse un sufrimiento importante y ciertamente

prolongado, así como un número significativo de víctimas fatales—.

De hecho, la humanidad ha transitado y sufrido enorme cantidad de pestes y pandemias (Vítolo 2020b)¹⁷ desde la Plaga de Atenas en el año 430 a. C., pudiendo contabilizarse no menos de ocho pestes entre la peste Antonina del 166 a.C., cinco pandemias de cólera entre 1817 y 1881, y otras cinco pandemias de gripe desde 1889 —cuando apareció la gripe Rusa— hasta la gripe porcina

¹⁷ Véase Vítolo (2020b), donde efectuó una reseña de las pandemias. Así se abordan en el artículo mencionado la plaga de Atenas (430 a.C.), la peste Antonina (166 a.C.), la peste Cipriana de Etiopía (249), la plaga de Justiniano (542), la viruela en Japón (735), la peste Negra (1347), y tantas otras como el llamado «sudor inglés» (1485 y 1551), la Gran Peste de Milán (1629), las grandes pestes de Tenerife, Londres, Viena y Marsella (entre 1582 y 1722), las cinco pandemias de cólera entre 1817 y 1881, y alguna otra más —por ejemplo la peste de Yunnan en China que fue extendiéndose a través de las rutas del opio y del estaño hasta llegar en 1884 a Cantón y Hong Kong—. También advierto en el artículo que, a partir del año 1889, cuando hizo su aparición la gripe Rusa —Influenzavirus A subtipo H2N2—, que se extendió por toda Europa cobrándose más de un millón de vidas, todo parece indicar que las pandemias ocurren —por lo general— cuando aparecen nuevos virus de «Influenza A» que infectan fácilmente a las personas, y se propagan entre en el género humano de manera efectiva y sostenida. En medio de estas pandemias existieron también otras epidemias vinculadas con la gripe, en sus diversas manifestaciones, pero que no llegaron a ser «pandemias» —en sentido estricto—; estas fueron los casos del SARS en 2002, la gripe aviar — H5N1— de 2003 a 2006 y el MERS en el año 2012.

de 2009;¹⁸ y siempre ha podido —como humanidad— salir adelante.¹⁹

Esta vez no será diferente; esa es nuestra esperanza. No estamos frente a un Diluvio sino sólo ante una pandemia más, entre las muchas que ha sufrido la humanidad en su historia —aunque de gran envergadura, por cierto—.

Tenemos confianza en que saldremos victoriosos del desafío en el cual nos coloca la historia —no sin el dolor de las vidas que se perderán en el camino—, y ello podrá conseguirse no sólo con trabajo y empeño de científicos e investigadores, sino también con la construcción de nuevas herramientas innovativas para brindar soluciones efectivas a situaciones también nuevas, y de enorme y nueva complejidad.

Así ocurrió en materia sanitaria con el aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional mediante Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 297/2020, sus decretos

¹⁸ Un detalle sobre estos episodios puede encontrarse en Vítolo 2020b.

¹⁹ Cuatro pandemias de influenza —«gripe»— tuvieron lugar durante los últimos cien años, antes del Covid-19, y ocurrieron en 1918, 1957, 1968 y 2009. Estas fueron la pandemia de 1918 —la ya legendaria «gripe Española» (Influenza A del subtipo H1N1)— que fue la más grave y se cobró la vida de al menos cincuenta millones de personas en todo el mundo; la de 1957 —gripe Asiática (Influenzavirus A H2N2)—, que produjo un millón de muertos; la de 1968 —la gripe de Hong Kong (Influenza A H3N2)— también con un millón de personas fallecidas; y la de 2009 —llamada también «gripe A» o «gripe porcina» (Influenzavirus A H1N1)— que causó sólo la mitad de muertes —cerca de quinientas mil—.

complementarios, medidas reglamentarias o modificatorias —que superaron las ochocientas (800) normas— y sus prórrogas —una medida innovativa a la cual no había recurrido la República Argentina nunca en su historia: *aislamientos forzados*—. ²⁰

Frente a esta nueva realidad deberíamos —entonces— preguntarnos ¿por qué no innovar también en materia de regulaciones legislativas en materia económica y empresarial?

Pues a ello se dirigen estas líneas, a modo de insistencia respecto de una serie de ensayos en los que he estado involucrado, dentro de una línea de pensamiento que he venido desarrollando en diversas publicaciones desde que la pandemia Covid-19 hizo su aparición en nuestras vidas. ²¹

El Covid-19 y su efecto en las empresas

La paralización de la circulación de la mayoría de las personas en el mundo —y en un modo especial en nuestro país— y la prohibición de desarrollar actividades productivas no esenciales, ha generado a lo largo de todo el año 2020 y en los primeros meses del año 2021, un fuerte impacto en las empresas, en sus

²⁰ Fue la primera vez que la Argentina recurre a un sistema de aislamiento total sanitario preventivo y obligatorio a nivel país.

²¹ Varios de dichos ensayos fueron publicados en la Revista Jurídica *La Ley*, la revista *Doctrina Societaria y Concursal* —Editorial Errepar—, y en los artículos de la WEB de Rubinzal Culzoni.

patrimonios y muy especialmente en sus flujos financieros; por una parte.

Por otra parte, siendo que las empresas no son —en la actualidad— meras estructuras formales que persiguen objetivos también meramente formales, sino que constituyen subsistemas, dentro de un sistema social más amplio (Vítolo 2018), las consecuencias adversas derivadas del Covid-19 no sólo han afectado —y afectan aún— a las propias empresas sino también a todos su ámbito de influencia como directivos, trabajadores, proveedores, consumidores y hasta el entorno social —ese universo difuso de personas que los entendidos denominan *stakeholders*—. ²²

²² Como lo indican las Ciencias de la Administración, y la Economía, *stakeholders* es una expresión de lengua inglesa que, en el ámbito de la empresa, significa «parte interesada» o «interesado»; también persona que «apuesta a la empresa». Hace referencia sobre todo a las organizaciones o personas que toman parte en las decisiones de una compañía y que están afectadas por sus actividades. Se podrían considerar por los grupos de interés que rodean a la empresa. Es que en toda empresa, además de los directivos y propietarios del capital, o dueños, participan distintos grupos sociales y actores importantes, que tienen un claro interés en que el negocio funcione de la mejor manera posible. Pueden estar implicados de forma directa o indirecta. Entre los ejemplos de *stakeholders* de una empresa, encontramos a los trabajadores, proveedores, inversores, accionistas, socios, clientes, entes públicos, sindicatos, organizaciones civiles, entidades no gubernamentales y en definitiva el conjunto de la sociedad. El concepto de *stakeholder* surgió por primera vez en 1984 de la mano de R. Edward Freeman en su libro *Strategic Management: A Stakeholder Approach* (1984) en el cual este autor señaló que los distintos grupos de interés mencionados con anterioridad resultaban

En efecto; a través el dictado del DNU 297/2020 —y sus más de ochocientas (800) normas complementarias y reglamentarias a las que ya aludimos—, el Poder Ejecutivo Nacional estableció para todas las personas que habitan en el país o que se encuentren en él en forma temporaria, la medida de «aislamiento social, preventivo y obligatorio» por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica.

La disposición se adoptó en el marco de la declaración de pandemia emitida por la OMS, la Emergencia Sanitaria ampliada por el DNU 260/2020 y sus numerosos decretos modificatorios, y normas complementarias y reglamentarias, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al «Coronavirus- Covid-19», quedando solamente exceptuadas del cumplimiento de dicho «aislamiento social, preventivo y obligatorio» y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados «esenciales» en la emergencia, con una ampliación de dicho listado en la medida en que las circunstancias de la evolución de la curva de contagio el virus presentara a lo largo del tiempo.

Durante los primeros cien (100) días de aislamiento en el año 2020 —además de la crisis social— desde el punto de vista económico, la situación presentó aristas dramáticas. La mayoría de las fábricas estuvieron cerradas, las entidades bancarias y financieras no

esenciales y debían tenerse en cuenta a la hora de planificar los negocios. Véase también Vítolo 2019.

prestaron servicios por un largo tiempo y su reinserción operativa ha sido absolutamente limitada luego; los comercios no pudieron funcionar y la mayoría de los trabajadores autónomos, profesionales liberales, así como los integrantes del sector de la denominada «economía informal», no pudieron desarrollar sus actividades regulares. Esto se prolongó luego por más de nueve meses —más de doscientos setenta (270) días—.

Por otra parte, con un mundo «cerrado» se produjo una interrupción de las cadenas de suministro, ya que las industrias dependen de piezas para la elaboración de productos finales, que se fabrican en diversos países y, siendo que el grueso del comercio internacional es de insumos que se comercializan por empresas entre sí —más que los bienes finales destinados al consumidor—, la interrupción de estas cadenas impactó muy negativamente en las actividades empresarias.

Y en Latinoamérica este impacto es muy significativo, dado que la región —y muy especialmente nuestro país— ya contaba con altos niveles de endeudamiento antes de que llegara la pandemia, lo que ha provocado que se disparara la deuda pública, en la medida en que la actividad comercial e industrial y de servicios se ha ido paralizando en mayor o menor medida.

Como si ello no fuera suficiente, la recesión que está sacudiendo al mundo ha provocado históricas caídas de

las bolsas y pánico en los inversores²³ quienes, asustados por la situación, buscan refugio en lugares más seguros como ciertos bonos de países líderes —especialmente de los Estados Unidos—. Suele ocurrir en tiempos de crisis, que acontezca también una fuga de capitales porque los inversores no quieren correr riesgos. Y eso es —precisamente— lo que ha estado pasando en la región.

Ha sido advertido, que los capitales están saliendo de América Latina como nunca habíamos visto y, cuando más se necesita financiamiento, el mismo está desapareciendo. La salida de dólares de los países emergentes ha empujado una gigantesca devaluación de las monedas en el año 2020, como ha ocurrido con el real brasileño, el peso mexicano y el peso colombiano.²⁴

En nuestro país, desde que comenzó la pandemia,²⁵ se ha registrado una devaluación efectiva de la moneda —en los mercados a los cuales se puede acceder para proveerse de la divisa norteamericana—²⁶ del orden de más 60%.²⁷

²³ Los bonos y acciones de las más altas calificaciones reportaron caídas del orden de más del 19% en un solo mes.

²⁴ El real se devaluó en un 37%, el peso mejicano 25% y el colombiano alrededor de un 20%.

²⁵ Y hasta el momento de entregar este trabajo.

²⁶ Al menos hasta comienzos del mes de julio de 2020.

²⁷ Se trata de las cotizaciones del dólar que puede obtenerse libremente en el mercado a través de operaciones complejas. El dólar de cotización oficial se devaluó en sólo un 5%, pero no es una divisa de acceso libre debido a las restricciones impuestas por las autoridades.

Las entidades empresarias han señalado que en este tiempo de «aislamiento» un 72% de las empresas presentaron caídas en sus ventas mayor al 60% y —dentro de ese grupo—el 65% correspondieron a actividades no exceptuadas, mientras que el restante 35% se localizó en quienes pudieron seguir funcionando. Asimismo, se ha indicado que el 87% de las empresas presentaron —y presentan aún— serias dificultades para pagar los sueldos de los trabajadores dado que el 64% de ellas han manifestado que no podían afrontarlos y otro 23% han indicado que sólo podrían pagar aproximadamente la mitad. Adicionalmente, también se ha señalado que las empresas han sufrido —en su conjunto— un rechazo de cheques del orden del 75% sólo en el mes de abril.²⁸ Por otra parte, la caída de facturación ha superado niveles de entre el 30% y el 50% dependiendo de los rubros. Otras directamente no han podido facturar suma alguna, atento a la absoluta paralización de sus actividades.²⁹

Como puede advertirse, la situación es muy delicada y las Pequeñas y Medianas Empresas (PyME), las familias —en general— y aún grandes empresas, están o pueden caer muy rápidamente en una situación de dificultades económicas y financieras de carácter general, y aun en

²⁸ Véase el informe que recoge el Diario *Perfil* de 18 de abril de 2020, Sección Economía/Pandemia de Coronavirus, dando cuenta del informe elaborado por la entidad empresaria

²⁹ Autónomos, cuentapropistas, monotributistas de actividades no comprendidas en las actividades denominadas «esenciales».

un estado generalizado de cesación de pagos que las lleve a la insolvencia.

El Poder Ejecutivo nacional, a través de diversos decretos de necesidad y urgencia, ha establecido una serie de ayudas y de mecanismos de asistencia por medio de subsidios y líneas crediticias denominadas «blandas» con tasas menores a las de mercado, las que no sólo han resultado insuficientes, sino que se han difuminado en su implementación, con lo que dicha ayuda en modo alguno ha dado —ni da— soluciones efectivas y eficaces a la situación de crisis por las que atraviesan dichas empresas y familias.³⁰

Un país que contaba con el 40% de la población en condiciones de pobreza y con cerca de ocho millones (8.000.000) de personas alimentándose en comedores sociales al momento de declararse como «pandemia» la epidemia de Covid-19, en la actualidad presenta un incremento del índice de pobreza que asciende al 45% y más de trece millones (13.000.000) de personas —casi el treinta por ciento de la población— se encuentra en el mes de mayo de 2021 en los denominados «merenderos» —comedores populares gratuitos regentados por el Estado, las organizaciones sociales y algunas ONG—.

³⁰ Al momento de entregar ese trabajo a la editorial, de entre diez millones —10.000.000— de beneficiarios de planes de asistencia, más del 60% de los destinatarios no habían recibido la ayuda prometida en los niveles correspondientes; y más del 70% de las empresas tampoco.

Adicionalmente, todo parece indicar que la reanudación de las actividades será gradual, no será inmediata, en cierto modo discontinua y en todo el sistema de producción y distribución de bienes y servicios para el mercado habrá un significativo aumento de costos —los que se trasladarán a los precios—, en virtud de que deberá reestructurarse la totalidad del sistema productivo para poder cumplir con las normas de profilaxis, distanciamiento social, equipamiento y de seguridad; y ello sin contar los sectores de la economía que, por sus particulares características, verán diezmados por un largo tiempo sus ingresos.³¹

Es de toda evidencia que la crisis es profunda y el endeudamiento de las empresas y las familias es significativo y cada vez mayor; y ello patentiza la necesidad de buscar alternativas e instrumentos idóneos para poder transitar esta crisis durante la pandemia, y retomar la actividad bajo una «nueva normalidad» a su finalización.

Y legislativamente alguna conducta proactiva se espera de las autoridades.

³¹ Como es el caso, por ejemplo, del turismo o de las aerolíneas y otros medios de transporte.

La necesidad de un Código de Bancarrotas para la pospandemia y de una nueva mirada sobre la insolvencia

Así como —en su momento— sostuve que, para salir de la crisis económica, financiera y social que atraviesan y seguirán atravesando por cierto tiempo las empresas y las familias, no era necesario ni conveniente modificar la ley 24.522, y afirmé que la herramienta adecuada era el diseño de un «Plan Marshall» de argentinos para la Argentina (Vítolo 2020a), considero que —pasada la pandemia— habrá que reformular —con seguridad— la legislación sobre concursos y quiebras, adecuándola a la nueva realidad que se presentará en el país y en el mundo, y con una mirada nueva sobre la insolvencia ajustándola a los nuevos paradigmas que han surgido a lo largo de estos últimos veinticinco años de vigencia de la ley 24.522, y los que aparecerán después de esta «insolpandemia».

En tal sentido lo más razonable —desde mi punto de vista— sería sancionar un verdadero «Código de Bancarrotas» en el cual se contemplen los diversos supuestos respecto de los distintos sujetos y patrimonios que puedan atravesar situaciones de crisis y en el cual se diferencien tres sistemas específicos e independientes:

- Un primer sistema, o proceso, conformado por un conjunto de normas dinámicas y ágiles, aplicables a las pequeñas y medianas empresas —personas jurídicas privadas— y a las personas humanas que desarrollen

una actividad económica en forma organizada bajo una estructura de empresa, o sean titulares de un establecimiento comercial, industrial agropecuario o de servicios —que conforman un grupo de más de 650.000 unidades empresariales, que representan 99,66% del total de unidades económicas, aportan más del 70 % del empleo, el 50% de las ventas, el 30% del valor y aportan el 45% del Producto Bruto Interno (PBI)—.

- Un segundo sistema o proceso conformado por un conjunto de normas más complejas aplicables a las grandes empresas comerciales, industriales y de servicios, en especial aquellas que recurren a la oferta pública o están sujetas a control o fiscalización estatal permanente.

- Un tercer sistema o proceso destinado a las personas humanas que no desarrollan actividad económica organizada bajo la estructura de una empresa, y que no resultan titulares de un establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios; la llamada «insolvencia del hombre común» o «insolvencia del consumidor» (Vítolo 2011, 2018).

Y cada uno de estos procesos deberá tener —por cierto— alguna suerte de régimen básico troncal común —más en lo que hace a los principios que al procedimiento—, y otro diferenciado según las propias necesidades. Esto en cuanto a lo estructural.

Desde el punto de vista de la filosofía del «sistema de insolvencia» y de los «procedimientos de insolvencia»,

también se requerirá —en la nueva formulación— cambiar la mirada sobre estos procesos a la hora de legislar —algo que vengo proponiendo desde hace 10 años, en una tesis que expuse por primera vez en la “*I Conferencia Internacional sobre Tendencias Procesales en el Siglo XXI y Medios Alternativos de Solución de Conflictos*”, que tuvo lugar en Villa La Angostura, Provincia del Neuquén, el 16 de marzo 2010, organizada por el Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén, donde pronuncié una disertación refiriéndome a «Un nuevo modelo de Justicia para los procedimientos de crisis empresarias».

Allí sostuve —y hoy sigo sosteniendo— que:

a) Debería abandonarse la idea tradicional —muy fuerte todavía en la doctrina argentina— de que el estatuto falencial se trata de un mecanismo *retributivo* respecto del deudor, cuando en realidad de lo que debería tratarse es de un sistema *restaurativo* patrimonial —es decir, un instrumento para reparar, renovar y volver a poner en valor una actividad o un patrimonio afectado por una situación de crisis económica y financiera, o disolverlo si no hay posibilidad de recuperación—.

b) También debería dejarse de lado esa mirada tan negativa por la cual se pretende asignar roles fijos a los participantes del proceso concursal, etiquetándolos bajo una fuerte carga emotiva con atribución axiológica. No debería considerar al deudor concursado o al fallido como un *agresor* malvado y a los acreedores y la

sociedad ser sus *víctimas* inocentes —como suele ocurrir—. Deudor y acreedores deben entenderse y considerarse como meros sujetos que desempeñan un rol dentro de un escenario complejo de crisis, que afecta a una actividad productiva o de intercambio de bienes de servicios —empresa— o a un patrimonio —conjunto de bienes— empresarial o familiar, y que los afecta en común —y en mayor o menor medida, según cada caso y la posición relativa en la que se encuentren—; quienes deben intentar resolver la situación, haciéndolo de la mejor manera posible y de un modo razonable dentro de las posibilidades que les otorga el régimen legal vigente.

c) Del mismo modo, debería también abandonarse esa idea tan negativa respecto del concurso y la quiebra —que impera fuertemente en nuestra sociedad y en parte de la doctrina— según la cual los procesos de insolvencia son procedimientos ruines que obedecen a una especulación negativa del deudor en perjuicio de sus acreedores, que requieren de medidas legales sancionatorias para dicho deudor, y castigos ejemplificadores disuasorios para que cambie su conducta y para que esa experiencia no se repita en el futuro —enviando un mensaje a la sociedad—. Es necesario abandonar definitivamente la idea equivocada de que el acuerdo preventivo extrajudicial (APE) y el concurso preventivo son una estafa que cometen los deudores en perjuicio de sus acreedores, y que la quiebra es una sanción ejemplar que el Estado impone —por medio de los jueces— a sujetos malos que no cumplen puntalmente con sus obligaciones. Debemos entender

que las situaciones de crisis y su resolución por medio de los remedios concursales —preventivos, conservatorios y liquidativos— previstos en la ley obedecen a reconocer la existencia de avatares propios de la vida económica y el riesgo empresario, y que dichos procedimientos a lo que deben tender —principalmente— es a buscar mecanismos de «recomposición de intereses» persiguiendo el objetivo de:

- sanar y reparar aquello que ha sido fragmentado o roto —las obligaciones, el crédito, la confianza—;
- volver a reunir aquello que fue dividido —los intereses comunes, la capacidad productiva, la posibilidad de salida de la crisis, el mantenimiento de las fuentes de trabajo, la protección de los derechos de garantía y reparaciones para los consumidores— por parte del deudor o de un tercero que lo sustituya, o finalmente proceder la liquidación ordenada y más eficiente de los bienes del deudor para que prontamente se rehabilite y vuelva a emprender una nueva actividad—; y
- determinar y asignar las responsabilidades —por cierto— que correspondan a los partícipes en el proceso por el daño que pudiera haber producido sus conductas bajo los parámetros del régimen específico y típico de la ley concursal —y no bajo un régimen general de responsabilidad civil por daños que es aplicable a la normalidad y no a situaciones de crisis—.

d) Debería también abandonarse —para siempre— aquella sensación de que el procedimiento concursal pueda —o deba— fundarse, principalmente, en aspectos adversariales de mera confrontación de intereses — acreedores vs. deudor y viceversa, y de acreedores entre sí—, con una preeminencia de medidas inquisitivas e investigativas, y un foco fijado en lo «sancionatorio». La mirada debe dirigirse en la actualidad —más bien— a tratar de diseñar y conformar mecanismos que promuevan una completa participación de todos los interesados —con una obligación, o carga, de involucrarse activamente del proceso bajo reglas de cooperación y coordinación— en la búsqueda de consensos, respecto de los remedios posibles a ser implementados para superar la situación de crisis, o para abandonar definitivamente emprendimiento o la posibilidad de rescate de la deuda, implementando —incluso— la liquidación de los bienes rápida y eficientemente —debo insistir—.

Es que los procesos concursales no son —en sentido estricto— sólo una página que debe darse vuelta para dejar atrás el pasado, sino más bien conforman un nuevo punto de partida para construir el futuro —si es que nos referimos a los procesos conservatorios—, y también de liberación del pasado —en los liquidativos— para *volver a empezar* con nuevos proyectos —de allí el instituto de la *pronta rehabilitación* que incorporó la ley 24.522—.

Hay que impulsar un Derecho Concursal para el futuro y no para el pasado.

Es absolutamente necesario —al menos en el campo concursal—:

- a) dejar atrás la idea de una Justicia Gendarme;
- b) darle la bienvenida a una Justicia Restaurativa, en la que se persiga la búsqueda de espacios para permitir que las personas involucradas en los procesos de crisis —más allá de sus intereses personales y eventualmente divergentes— puedan encontrarse cara a cara para construir —juntos— un ambiente de confianza —entre todos los participantes— intentando reestablecer la mutua credibilidad para encarar la búsqueda de soluciones razonables al conflicto y a la crisis;
- c) generar mecanismos para la búsqueda y el establecimiento de consensos básicos; y
- d) obtener soluciones en tiempo útil —los tiempos que insumen los procesos concursales hoy vuelven abstractos los intentos de reversión de las crisis y frustran cualquier liquidación—.

Del mismo modo, deben flexibilizarse los criterios relativos a los instrumentos de posible utilización en los procesos concursales, pudiendo incorporarse —según los casos— mecanismos muy útiles, tales como la mediación, facilitación, evaluación, conciliación, arbitraje, y transacción —entre otros—. Y ello debe hacerse con participación de todos los involucrados como los deudores, acreedores, y hasta —

eventualmente— entidades públicas y privadas—; y de un modo realista.

El procedimiento para diseñar debe ajustarse — además— a un conjunto de principios básicos tales como los de: amplia información; transparencia; celeridad; razonabilidad; equidad; justicia; y satisfacción residual. Y este último —el de *satisfacción residual*— es un principio de una enorme importancia.

El desafío más grande que enfrentaremos en el diseño del nuevo régimen concursal es el de poder estructurar un sistema en el cual, al finalizar cualquiera de los procedimientos preventivos, reestructivos o liquidativos incluidos en él, los actores involucrados tengan la percepción de que se ha hecho lo mejor, o lo más razonable que podía hacerse bajo las circunstancias del caso, generándose una suerte de *satisfacción residual* generalizada.

Es que si en estos procedimientos —finalmente— los deudores salen de ellos —por su parte— con la idea o la sensación de que han tomado ventajas indebidas o se han aprovechado de sus acreedores, y los acreedores y la sociedad —por la otra parte— piensan que han sido burlados por los deudores, la proclamada victoria del deudor será sólo una victoria pírrica. Y la crisis, entonces, no se superará pues se verá posteriormente frustrada cualquier salida prevista, o bien por el fracaso del plan de rescate —incumplimiento de los términos del acuerdo homologado—, o bien porque no se podrá

acceder a un régimen de financiamiento posconcursal, ya que la confianza que debe existir entre los participantes del proceso —que son los mimos que siguen vinculados con la actividad del deudor concursado o fallido con continuidad empresarial— no pudo ser reestablecida y sigue rota.

En efecto; debo insistir en sostener que los deudores con acuerdos preventivos homologados —si los acreedores se sienten burlados— no conseguirán financiamiento posfallencial, y finalmente terminarán en declaraciones de quiebras indirectas por no poder cumplir con los acuerdos. Los fallidos, por su parte, —también debo reiterar— después de su rehabilitación, no podrán tampoco conseguir financiamiento ni credibilidad en el mercado para nuevos emprendimientos.

Estos procesos no pueden —ni deben— dejar heridas; y si las dejan deben ser de tal naturaleza que puedan cicatrizar en un tiempo breve.

Es absolutamente necesario que el nuevo sistema consiga un consenso normativo y que los procedimientos obtengan un perfil participativo, de modo que —ciertamente— los procesos concursales puedan ser considerados —por su concepción y funcionamiento— como mecanismos adecuados y razonables para que deudores, acreedores y la comunidad en su conjunto, puedan resolver de un modo razonable, equitativo y eficiente —en un tiempo razonable—, las situaciones de crisis empresarias y

personales por las que sus integrantes pudieran atravesar.

¿Está la sociedad argentina —y la doctrina concursalista— en condiciones de madurez para encarar y aceptar este cambio absolutamente paradigmático? Pues bien; este interrogante —quizás— sólo podrá ser respondido cuando finalice la pandemia, y haya que poner manos a la obra en la reconstrucción del aparato productivo.

Referencias

Freeman, R. E. (1984). *Strategic management: a stakeholder approach*. Boston, USA: Pitman,

Vítolo, D.R. (2020). Covid 19 y Crisis empresarias. En D. Pizarro y C.G. Vallespinos, Directores. *Efectos jurídicos de la Pandemia de Covid 19*. (pp. 293-406, t.1). Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni.

_____ (2020b, 8 de junio). Covid-19 y Sociedades por Acciones Simplificadas—las ventajas de la “masilla” sobre la “arcilla” en tiempos difíciles. *La Ley*, 84(105), 2-6.

_____ (2011). *Insolvencia del consumidor*. Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc.

_____ (2018). *Manual de Derecho Comercial* (2ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Estudio.

_____ (2019). *Manual de Sociedades* (2ª ed.). Buenos Aires Argentina: Editorial Estudio.

** Posdoctor en Derecho por la Università di Bologna (UniBo).*

*Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba
(UNC).*

*Director del Doctorado en Ciencias Jurídicas. Universidad del
Museo Social Argentino (UMSA). Ciudad de Buenos Aires,
Argentina.*

Correo electrónico: daniel.vitolo@umsa.edu.ar

EL PUESTO DEL DERECHO EN EL COSMOS EPISTEMOLÓGICO

THE PLACE OF LAW IN THE EPISTEMOLOGICAL COSMOS

*Por Hugo R. Mancuso**

Resumen

El objetivo específico de este trabajo es la *descripción de la mutación de la epistemología del Derecho contemporáneo, desde lo que fue el paradigma de la codificación —que se formó a partir del iluminismo— hasta los planteos sistémicos actuales*. Describiré cómo se fue transformando paulatinamente un concepto (el de codificación) y cómo esa variación epistemológica influirá después en la práctica jurídica contemporánea, es decir desde la segunda mitad del siglo XX a lo que llevamos en el siglo XXI. Como conclusión provisoria habría que evaluar cómo aprovechar las ventajas y el logro civilizatorio que significó el código y el Estado de Derecho y abrirse a lo que sería la complejidad de la sociedad contemporánea donde aparecen fenómenos como la globalización del delito y de la economía, la transnacionalización de las empresas y la existencia de Internet o el uso de las criptomonedas. Fenómenos que, si uno está arraigado a la epistemología jurídica del siglo XVIII no puede dar ni siquiera cuenta. Pero entendamos que sin esa

mentalidad jurídica del código estaríamos viviendo en el peor de los despotismos. Esta inestabilidad de vivir entre estos dos polos opuestos es, tal vez, el gran desafío que tenemos delante hoy.

Palabras claves: epistemología, codificación, ciencias jurídicas.

Summary

The specific objective of this work is *the description of the mutation of the epistemology of contemporary Law, from what was the paradigm of codification - which was formed from the Enlightenment - to the current systemic proposals*. I will describe how a concept (that of codification) was gradually transformed and how this epistemological variation will later influence contemporary legal practice, that is, from the second half of the 20th century until now in the 21st century. As a provisional conclusion, it would be necessary to evaluate how to take advantage of the benefits and the civilizing achievement that the code and the rule of law meant and open up to what would be the complexity of contemporary society where phenomena such as the globalization of crime and the economy, the transnationalization of companies and the existence of the Internet or the use of cryptocurrencies appear. Phenomena that, if one is rooted in the legal epistemology of the eighteenth century, cannot even be accounted for. But let's understand that without that legal mentality of the code we would be living in the

worst of despotisms. This instability of living between these two opposite poles is, perhaps, the great challenge before us today.

Keywords: Epistemology, Codification, Legal Sciences.

«(...) *gli uomini che non sanno il vero delle cose
procurano d'attenersi al certo (...)*»
(Giambattista Vico, 1725 [1942]: IX, 118)

En el título de esta presentación hay una cita parcial y parafraseada de un famoso libro de Max Scheler *El puesto del hombre en el cosmos* (1927) en el cual el autor se preocupó principalmente por reflexionar acerca del «valor» en sentido ético-filosófico y, principalmente, acerca de los «valores» en el contexto del Derecho. Además de continuar con la revisión crítica del positivismo —junto a otros pensadores de orientación neokantiana como Ernst A. Cassirer y a otros posteriores de orientación neo hegeliana como Benedetto Croce y Robin G. Collingwood— trata de dar cuenta de la entidad material de los valores (en el sentido de una entidad cuasi universal si bien *también*, a su vez, relativa e histórica) y de cómo puede influir dicha vivencia (*Erlebnis*) en el todo de la cultura humana y en particular en el derecho natural y positivo. Para ello toma un ejemplo jurídico específico: el homicidio. No en todas las culturas ni en todas las épocas, el homicidio es considerado un delito; más aún, en las culturas en donde

lo es, el homicidio puede ser aceptado en ciertas circunstancias y en determinados contextos específicos. Esto quiere decir que si bien los valores tienen una entidad material —existen «realísticamente»— a su vez también, esos valores tienen un cierto grado de relatividad, aunque no necesariamente total y absoluta porque se ubican en un contexto que debe ser interpretado en cada caso particular. Justamente aquí aparece el término clave de la filosofía de la cultura que prospera a fines del siglo XIX —y que tendrá una influencia fundamental en el siglo XX— que es el concepto de «margen de constructividad» de los valores y de cómo son vistos e interpretados siempre en el ámbito de una cierta jerarquía.

No voy a referirme en esta sede, específicamente, a la filosofía de Scheler ni siquiera en sus implicancias jurídicas, pero me importaba recordar con este juego de palabras, mediante esa paráfrasis del título su tesis fundamental (objetividad de los valores en una jerarquía relativa) porque tiene que ver con algunos de los aspectos que expondré a continuación para intentar comprender cuál sería la situación (por eso hablo de cosmos o universo epistemológico) de la reflexión o de la epistemología del Derecho y de las ciencias jurídicas y sociales en general.

El objetivo específico de este trabajo es la *descripción de la mutación de la epistemología del Derecho contemporáneo, desde lo que fue el paradigma de la codificación —que se formó a partir del iluminismo— hasta los planteos sistémicos*

actuales. Mi presentación pretende ser ante todo descriptiva, más allá de las preferencias de cada uno. Desearía —con la mayor descripción y la menor valoración posibles— referirme a cómo se fue transformando paulatinamente un concepto (el de codificación) y cómo esa variación epistemológica influirá después en la práctica jurídica contemporánea, es decir desde la segunda mitad del siglo XX a lo que llevamos en el siglo XXI, con sus bemoles, sus aciertos y sus complejidades. Obviamente el Derecho, como parte de las ciencias sociales o humanas (no vamos a hacer una disquisición en ese sentido) no es ajeno a las conflictividades que está atravesando gran parte del pensamiento contemporáneo, especialmente en los últimos veinte años.

Sigue a continuación un *racconto* sucinto del paradigma de la codificación y de sus supuestos ideológicos implicados. Este modelo jurídico se basó principalmente en una serie de principios y presupuestos que podemos enumerar rápidamente en los siguientes puntos:

- a) la determinación de la *primacía de la forma*, entendida como categoría, es decir, el Derecho es una categoría que tiene que ser entendida de manera abstracta y por ende codificable;
- b) la centralidad y autosuficiencia del *código*;
- c) el *principio de legalidad* como garantía de la seguridad individual;
- d) el *principio de seguridad jurídica*;

- e) el *principio de igualdad* de los ciudadanos ante la ley;
- f) el presupuesto de la *previsibilidad de las decisiones judiciales* y
- g) la *división de los poderes* del Estado.

Estos supuestos son hasta tal punto basilares que aparecen expuestos no sólo en todos los tratados e investigaciones de la época y posteriores, sino que son principios indiscutidos en la mayoría de las constituciones modernas de Occidente.

Una serie de corolarios que podemos derivar de estos principios que son también supuestos epistemológicos básicos del paradigma de la codificación, son:

- a) La *independencia* y la *irresponsabilidad* política del Poder Judicial: es decir no es responsable de las consecuencias políticas de sus decisiones tomadas a partir de la interpretación de la ley; y
- b) el *enjuiciamiento obligatorio* en los países del Derecho continental codificado o sea que el enjuiciamiento no se puede evitar ni negociar. Se aplica por un ciego acto administrativo-judicial no discrecional.

Los paradigmas de la codificación siempre tuvieron dos almas desde la Ilustración: por un lado, el Derecho Penal y por el otro el Derecho Civil. Era inconcebible que existiera el uno sin el otro, como dos ámbitos no aislados, no estancos, pero dos ámbitos absolutamente distinguibles.

Es menester recordar a Cesare Beccaria, arquetipo del iluminista milanés, uno de los sistematizadores del paradigma y a su obra más conocida: *De los delitos y las penas* (1764).

Beccaria pide que las leyes sean pocas, sencillas, claras, las penas lo más leves (*i.e.* lo más proporcional) posible en cada caso, con juicios rápidos y con pruebas materiales, la abolición de la tortura y de ser posible también la abolición de la pena de muerte.

Resumidamente, estas son las conclusiones principales de la obra de Beccaria y que en cierto sentido sintetizan lo que serían los *desiderátums* del espíritu de la codificación iluminista que llega hasta el presente.

Por otra parte, para Beccaria no es menos importante lo siguiente: *el juez no puede interpretar libremente la ley, el juez tiene que aplicar la ley; no tiene margen alguno de discrecionalidad*. El Iluminismo jurídico restringía la arbitrariedad por lo tanto el juez si bien podría considerar atenuantes o agravantes pero la interpretación tenía que estar, siempre, acotada. También Montesquieu, en *El espíritu de las leyes* (1748) insistía ya en este principio: los jueces de la Nación solamente pueden ser *ventrílocuos de la ley*, a través de su voz habla la Ley (en mayúsculas). Hay indudablemente una cosificación —en el sentido de una abstracción— del concepto de ley la cual tenía que ser aplicada con la menor distorsión posible para garantizar la aplicación del *principio de igualdad*. Al juez se le reconoce una

función pura y absolutamente de *reconocimiento del hecho, del autor y de la aplicación de la norma mediante su hermenéutica*. Sin embargo, justamente las transformaciones que se producen principalmente a partir de los años sesenta y setenta del siglo XX, ponen en crisis este mecanismo metodológico y, por ende, este paradigma epistemológico. De aquí en más proliferarán, paulatinamente, numerosas legislaciones complementarias por fuera de los códigos —y que no buscarán ser incorporada a los mismos— con lo cual empiezan a producirse ciertas distorsiones o contradicciones en el sistema jurídico, potencialmente graves. Y esto sucede sobre todo en ciertos ámbitos del Derecho más sensibles a la arbitrariedad con la proliferación de legislaciones a veces demagógicas que por momentos parecen ser decisiones *ad hoc* e incluso *ad hominem*, posiblemente necesarias para resolver situaciones en determinado momento en áreas que involucran algún tipo de dimensión asistencial: derecho de familia, protección de menores, protección de minorías, derecho laboral, asistencia sanitaria y social en general. E incluso también, después, influirá en ciertos ámbitos del Derecho Penal, en el que pocas décadas antes hubiese sido impensable que pudieran ser afectados por esta tentación, que para Beccaria era absolutamente negativa y diríamos, incluso, dictatorial sino totalitaria. Porque a su parecer, el axioma común — que muchas veces se acepta sin entender — de «buscar el espíritu de la ley y no la letra» puede ser el inicio de «las más profundas aberraciones e iniquidades». Insisto, describo una transformación epistemológica a partir de

una reformulación valorativa que, en la visión de Scheler, si bien los valores no mutan sí muta la valoración que se hace de los mismos: en sus términos, *se reorganiza la jerarquía de esos valores* y precisamente eso es lo que estamos describiendo aquí.

Entonces en determinados ámbitos que involucra una marcada dimensión asistencial o cuando —según la visión de los jueces o de los operadores del Derecho— ciertas cuestiones no son solucionadas por el legislador, el juez se tiente a legislar con sus decisiones así como otras veces es el legislador (tentado por la presión social que tiende a ser cada vez mayor y sobre todo a partir de la proliferación de los medios masivos de comunicación) sanciona leyes que después entran en contradicción con el plexo normativo pre existente, sin modificar regularmente ese plexo normativo.

Con este proceso —que se manifiesta sobre todo en la segunda mitad del siglo XX en las culturas del derecho codificado o continental, que prácticamente incluye casi toda Europa oriental, occidental y toda América excepto Estados Unidos— disminuyen paulatinamente las diferencias entre el *Common Law* y el derecho codificado.¹

¹ No vamos a analizar aquí las mutaciones sufridas, a su vez, por el *Common Law* en el siglo XX pero se da un proceso análogo: ante la gran proliferación de interpretaciones hechas por jueces en distintas épocas y tribunales, también surge una tentación «codificante» en las prácticas de la «ley común».

Hay una observación que realiza Iuri Lotman en sus artículos sobre la *Semiótica de la Cultura* (1979) que es muy significativa. Para Lotman, desde una perspectiva semiótica general en el estudio de cultura siempre, de un modo u otro, todas las sociedades humanas y en todas las épocas tienden a realizarse en torno a un «libro» (sagrado) o a un «código» (derecho codificado) o mediante prácticas hermenéuticas de la ley consuetudinaria (*Common Law*). Para Lotman este es un universal cultural que ocurre de un modo o del otro: las culturas (o grandes periodos temporales de esas culturas) se organizan de una manera o de otra.

Asimismo, hay un hecho que se puede verificar fácilmente con nuestra práctica cotidiana, académica o jurídica: el Derecho deja (sea en sus operadores, sea en la población) siempre una «sensación de insatisfacción». En los países en los que hay *Common Law*, se añora un sistema codificado y los países con sistema codificado imaginan que —muchas veces incluso en la vulgata de los operadores jurídicos— la solución para los conflictos sociales sería la aplicación del *Common Law*. Es una observación que no deja de ser pertinente y significativa en este contexto.

Volviendo a la formación del sistema codificado del siglo XVIII a partir del Iluminismo, el desarrollo del derecho codificado continental moderno es producto de la confluencia de tres corrientes de pensamiento.

Por un lado, el *racionalismo* que se desarrolla en el siglo XVI y primera parte del siglo XVII con autores como Descartes y Leibniz, que es eminentemente filosófico y gnoseológico y fija una serie de elementos como principios que van a ser aceptados durante siglos, casi sin discusión (al menos hasta Charles S. Peirce, hacia mediados del siglo XIX) en particular la tesis de que existen *verdades que son universales y modos absolutamente objetivos de demostrar esas verdades*: de la mente autónoma (como principio psicológico), del alma (como principio gnoseológico) y, en consecuencia, la existencia del mundo material (*res extensa*).

La segunda corriente cultural que confluye en la creación del derecho codificado moderno es, justamente, el *Iluminismo*, especialmente el alemán —con Immanuel Kant— y el italiano —con numerosos juristas entre los cuales está Cesare Beccaria— y su aplicación político-social con la Ilustración y el despotismo ilustrado.

Y después también (aunque pueda parecer contradictorio) la tradición de la *cultura católica* en particular por la afirmación del universalismo y por la posibilidad lógica y ética de distinguir claramente la verdad y de la falsedad —axioma heredado del realismo crítico tomista— y la concepción de que la falta y el error (pecado) siempre podrá ser *demostrado, compensado y perdonado*.

La confluencia de estas tres tradiciones, decisivas en ese momento en la sociedad occidental, definen los

•

supuestos fundamentales del Derecho moderno: codificar en definitiva es lo que en metodología se denomina «reduccionismo» en un sentido *no* negativo en tanto «simplificación operativa» o abstracción para llegar a una norma general (que se pretende universal) que permite garantizar la transparencia y la igualdad en la aplicación del Derecho.

La primera codificación importante en la historia de Occidente es la que se da con Justiniano en el Imperio Romano de Oriente, después Imperio Bizantino. Ante la pluralidad de normas, legislaciones, códigos parciales, arcaicos, jurisprudencia, acumulada durante más de 1000 años en la tradición romana (desde las legislaciones de los curules y las *Doce Tablas*) era necesario hacer una obra monumental de construcción unificada, racional, que implicaba forzosamente una cierta simplificación racional de esa tradición plurimilenaria. Un estado de cosas análogo aparecerá nuevamente en el Iluminismo, es decir, ante la proliferación de jurisprudencia arbitraria de los tribunales tardo medievales se impone la necesidad de que las normas básicas —que tienen que ser pocas, claras y distintas, según la visión de Descartes y de Beccaria— deben estar escritas, claramente especificadas, atendiendo a todas las posibles variaciones que pueda haber, coherentemente organizadas para que puedan ser aplicadas sin duda alguna por el operador jurídico y para que el que las receipta (el pueblo, la persona llana) las perciba como no arbitrarias y por ende justas. Además, esto era coherente con el contexto epistemológico del siglo XVIII y

posteriormente del siglo XIX, en particular con el positivismo filosófico que es la justificación portante de las ciencias naturales, a saber: la afirmación de que puede haber ciertas *explicaciones universales, definitivas y contrastables* para la totalidad de los fenómenos de la realidad. Coherente con esta idea, las ciencias jurídicas tenían que tratar de reconstruirse con normas que fueran universales y generales. A su vez, es necesario recordar, que la Ilustración fue, en gran medida, una reacción de intelectuales jóvenes que se oponían a los resabios del feudalismo que perduraba en algunas zonas de Europa, el cual debía ser imperativamente superado porque existían nuevas condiciones de producción que implicaban una complejidad social mayor.²

No deja de ser curioso e interesante recordar que ciertos testimonios de época manifestaban ese grado de incertidumbre que se vivía antes de la codificación. Por ejemplo, un personaje de la novela de François Rabelais, *Gargantúa y Pantagruel* (1542/1984) —novela satírica, bufonesca de críticas sociales profundas que será estudiada también en su aspecto literario y comunicativo por Michail Bajtin— es un juez que decide sus sentencias jugando a los dados. Rabelais insiste en que el grado de arbitrariedad era tal, que el anciano magistrado que veía

² Dicha reforma fue muy importante, precisamente, en la América española con la llegada de los borbones que fueron propagandísticamente iluministas puesto que, ante la vastedad territorial y de culturas del Imperio Español, era necesario enfrentar los conflictos que podían surgir de modo mínimamente coherente y previsible y, sobre todo, dinámico.

mal muchas veces podía confundir el cuatro con el cinco. Es una metáfora perfecta de la arbitrariedad que podía darse en ciertos juzgamientos: era un juez que evaluaba según su arbitrio absoluto tirando los dados; pero además de ese arbitrio absoluto, como era miope, podía equivocarse también lo que había salido en los dados *arbitrariamente*. Es la cristalización del *non plus ultra* del absurdo. Luego, sigue Rabelais, cuando el presidente del tribunal le llama la atención sobre su modo de juzgar, le dice: «créame, yo no soy menos justo que mis compañeros y colegas que no tiran los dados, pero igualmente deciden lo que les parece».³ Testimonios similares encontramos en Francesco Guicciardini (1530), en Michel E. de Montaigne (1580) y en el ya citado Montesquieu (1749).

Montaigne comenta (y esta cuestión reaparecerá insistentemente en Beccaria) que «no es necesario buscar la barbarie extrema en los caníbales de lugares remotos, porque si uno quisiese conocerla debería simplemente ver cómo funcionan los tribunales de nuestro país» (Libro I, cap. XXXI: De los caníbales, p. 367). Es decir, la barbarie absoluta, superior a la de los caníbales incluso, está en esos tribunales inquisitoriales que (tal como lo resume brillantemente la tesis de Beccaria) buscan *la confesión más la verdad* y esa confesión se obtenía mediante *tortura* lo cual la volvía inútil porque «bajo tortura cualquiera confiesa cualquier cosa».

³ Véase Vol. II, cap. XXXIX: “Como Pantagruel asiste a la causa di Brigliadoca el cual decidía los litigios con el sortilegio de los dados” (pp. 839 ss.).

Ahora bien, la codificación, que podemos considerar desde algún punto de vista como algo negativa, limitada o asfixiante, fue en su momento una reforma radical del procedimiento judicial, más aún fue el inicio del concepto de que debía de haber un proceso judicial a seguir, que fuese transparente, imparcial y mínimamente objetivo. Desde una dimensión lógico-metodológica, es interesante entender otro punto: la codificación implica otro supuesto metodológico, epistemológico y lógico: el binarismo. O sea, la lógica binaria es la que actúa en la norma codificada: inocente/culpable; perpetrador/víctima; verdadero/falso, etcétera. Una lógica que reproduce los principios lógicos racionalistas: si/no, es/no es, excluyendo una tercera posibilidad. Con lo cual, indudablemente, el margen de discrecionalidad se atempera, más allá de cualquier otra consideración. Binarismo igualador y liberador y no opresor.

Algunos otros supuestos importantes que actúan en la codificación (supuestos epistemológicos y después, por ende, en cierto sentido históricos e ideológicos) es que el sujeto del Derecho codificado es el *individuo*, la *persona humana* (a diferencia de lo que era el Derecho medieval o de lo que después aparecerá a fines del siglo XX e inicios del siglo XXI) siempre es un individuo, nunca grupos ni clases ni corporaciones (salvo que sean sociedades de Derecho Civil). El sujeto, el *lector modelo* del Derecho codificado, es el individuo autónomo. Porque la sociedad es definida como un conjunto de individuos. La responsabilidad y la protección es al individuo, no a un

grupo de privilegio como era la casta privilegiada en la sociedad feudal.

El Estado, a su vez, es presentado, de modo abstracto, como el ente-árbitro entre individuos en conflicto y el protector de sus garantías.

Desde el punto de vista económico, el Derecho codificado lo que va a legitimar a su vez, es la superación de la economía feudal; es decir, va a legitimar, va a proteger la formación y el desarrollo del mercado libre entre individuos y la propiedad privada que —al decir de Hegel— objetiviza la libertad individual puesto que el reconocimiento de la propiedad privada *no existía antes de la codificación* ya que solamente existía propiedad pública o colectiva o feudal o a institucional pero nunca de un individuo.

Además, a partir de la codificación, se explicita claramente el concepto de contrato: un contrato entre partes, entre individuos teóricamente iguales o por lo menos equivalentes. Y no sólo eso, sino que la sociedad es vista, a partir de la concepción roussoniana, como un contrato social; no un contrato entre grupos que forman la sociedad sino un contrato entre personas que forman la sociedad delegando parcialmente y *no definitivamente* ese poder al Estado así creado. Obviamente estas tesis van a ser posteriormente criticadas, ya a fines del siglo XIX y durante todo el siglo XX y de modo muy acre.

El modelo cultural subyacente al código por ende es, repetimos, *formalista*, entendido como la postulación de

categorías que después tienen que ser aplicadas (como las categorías kantianas en la teoría conocimiento) en la práctica cotidiana del Derecho. Siempre a partir de una lógica binaria, una conexión cognitiva de tipo binario que se centra en última instancia en el concepto de causa: ¿Quién o qué es la causa? Y en el concepto de responsabilidad: ¿Quién es el agente actante de esto que ocurre? Por ende: ¿Quién es el culpable?

Ya a fines del siglo XIX y sobre todo en el siglo XX, empieza un paulatino *proceso de deconstrucción o de decodificación* de este paradigma. La primera contradicción (refutación) profunda que padece el ámbito jurídico codificado es el discurso del socialismo del Ochocientos, ese heterogéneo conjunto de ideologías, a veces contradictorias, que surge a fines del siglo XIX. Las distintas corrientes del socialismo (desde el socialismo cristiano pacifista y laborista hasta el anarquismo expropiador y terrorista pasando por el anarco socialismo reformista y sindicalista hasta el marxismo y el comunismo totalitarios, así como también por las distintas formulaciones —desde autoritarias a totalitarias— del nacional-socialismo) criticarán por distintos motivos y desde distintos puntos de vista, el paradigma de la codificación. Entonces, en cierto sentido, podemos entender que dicho paradigma moderno fue una experiencia (que todavía subsiste, no es que desapareciese) paulatinamente modificada por la presión de las distintas corrientes socialistas tanto las revolucionarias como las reformistas o las reaccionarias. Un proceso relativamente breve, de 200 años desde su

formulación, hasta su apogeo y que actualmente padece una erosión constante, sutil a veces, explícita otras y sin solución de continuidad a la vista. Precisamente, hacia los años setenta del siglo XX, se va a acelerar vertiginosamente esta deconstrucción de la codificación excediendo el área asistencial y centrándose también en el área del Derecho Penal.

Así, los penalistas se preguntan cómo enfrentar nuevas variantes de problemáticas sociales que parecerían ser difíciles de enfrentar con el código y con el consecuente *estado de derecho* garantizado. Concretamente, dos aspectos son el pretexto: a) el terrorismo de los años setenta, un terrorismo de distintas orientaciones, que podía ser de derecha o de izquierda, religioso o ateo y que se manifestó en Europa y en América; y b) la exacerbación y sofisticación del crimen organizado. Por ello, ciertos teóricos de distintas orientaciones ideológicas, incluso diferentes orientaciones epistemológicas, comienzan a ver como ineficaz el Derecho que se utilizó eficazmente en los últimos siglos. Y surgen una serie de normativas específicas para crear herramientas destinadas a enfrentar situaciones específicas: sea el terrorismo (que a fines del siglo XX se agudiza y complica mucho más con la aparición del terrorismo islámico y de connotación religiosa) sea el crimen organizado que, por las condiciones socio-económicas y tecnológicas, se globaliza.

Esta decodificación trata de solucionar lo que no se solucionaría supuestamente en el contexto de la

codificación tradicional y aun cuando estas modificaciones que se realizan por afuera de los códigos (produciendo una serie que tiene un carácter *extraordinario*) no sólo debilitan el código sino el Estado de Derecho mismo. Entonces, indudablemente este estado de cosas implica una revolución en el paradigma, porque se quiera o no, se pone en crisis lo que para los operadores jurídicos fue siempre sacrosanto: *la plenitud del Estado de Derecho y de las garantías constitucionales*. Obviamente, no es que el Estado de Derecho desaparezca porque se apliquen normativas extraordinarias, pero indudablemente hay una modulación de ese concepto de garantías tal como se lo hubo definido en los últimos dos siglos.

Pero además de estos delitos extraordinarios, complejizados por las condiciones sociales contemporáneas, aparece otra serie de fenómenos que hacen que el Código parezca para los ciudadanos y para los operadores del Derecho como insuficiente o, paradójicamente a veces, excesivo. De ese modo, proliferan cada vez más y más legislaciones o jurisprudencia específicas que pretenden la tutela de los derechos de las minorías, en general mediante el procedimiento de la discriminación positiva con el cual un magistrado se decide a actuar asegurando derechos que están ya garantizados en las constituciones pero que considera (justificadamente o no) que debe explicitar y subrayar redundantemente. Es decir que hay una inflación de acciones que van, no anulando el mundo

jurídico codificado, pero sí desvirtuándolo e incluso devaluándolo.

Es por lo que, en la contemporaneidad posmoderna, el concepto epistemológico de ley universal (que por otra parte también entró en crisis en otros ámbitos de las ciencias sociales o naturales) se diluye. O por lo menos se redefine corriéndose el riesgo de caer no en una relatividad contextualizada sino un preocupante doble estándar de matriz cuasi feudal por el resurgimiento del arbitrio que, expulsado por la puerta de la «igualdad» reingresa por la ventana de los «nuevos derechos». Puede ser que tales normas sean necesarias o que finalmente tengan una utilidad o validez limitada y simplemente simbólica o una vigencia efímera. Pero entendamos que esto hubiese sido no sólo impensable para Beccaria sino decididamente nefasto en su visión. Es decir, nosotros hoy día estamos viviendo, para bien o para mal, una situación que es la opuesta a la que se vivía en el Iluminismo, porque en vez de pensar que lo recomendable sería la existencia de pocas leyes claras y distintas, hoy se ve como deseable la proliferación de muchas leyes, oscuras y confusas y por fuera de los códigos y por ello a veces incluso contradictorias.

Es cierto que periódicamente se reforman los códigos, pero tardía y parcialmente. Lo que es frecuente y vertiginoso, en cambio, es la proliferación de normas no codificadas hibridándose el sistema jurídico codificado con el consuetudinario del *Common Law*. E incluso, la práctica judicial es vista cada vez más como una disputa,

como un campo de batalla: así como se definió la diplomacia como la guerra con otras armas hoy día podríamos definir la práctica jurídica actual como una guerra que se desarrolla de otra forma: el *lawfare*, el hostigamiento o guerra jurídica que resuelve o, peor aún, castiga por lo que la política no pudo no solamente solucionar sino simplemente plantear.

Por otro lado, no resulta tampoco ya claro que el sujeto del Derecho en la actualidad siga siendo el individuo ya que proliferaron numerosas organizaciones no gubernamentales (ONG) globales, transnacionales y potentísimas, que presionan de modo indecible para modificar la legislación y las prácticas jurídicas de los Estados soberanos (que tampoco se reconocen ya como tales) supuestamente en beneficio del «bien común». Ni que hablar de los grupos económicos que también son una novedad contemporánea: grupos de presión, de *lobbyismo* que actúan en defensa de intereses muy específicos y concretos y de ilimitado poder. Tomemos por caso los *lobbys* de la *Big Pharma* que obtuvieron recientemente de todos los gobiernos del mundo (o gran parte) la garantía *extra lex* de que no se van a poder iniciar acciones de reparación de ningún tipo por eventuales daños que las vacunas contra el Covid-19 produjesen; sean daños irreparables, muertes o efectos no previstos en la actualidad amén de haber obtenido la autorización para la aprobación provisoria y extraordinaria del uso de tales fármacos sin las garantías y pruebas de eficacia y riesgos previstas, precisamente, por las normas codificadas que quedaron de hecho

derogadas o por lo menos suspendidas. Desde el punto de vista del código es impensable que ciertos grupos de presión, como los *lobbys* farmacéuticos, pudiesen obtener una excepción que invalide el principio de igualdad ante la ley. Los grupos farmacéuticos, obtenida esta legislación *ad hoc*, están hoy día experimentando sus sueros en la población (tácitamente voluntaria) y los mismos gobiernos no ven como aberrante esta práctica, sino que además presionan a sus ciudadanos de variadas formas —contrarias a las normas constitucionales fundamentales— a ofrecerse a tal experimentación sin el debido consentimiento informado sobre la ecuación riesgo-beneficio ni mucho menos.

Lo descripto, indudablemente, es una contrastación parcial de que ese concepto de igualdad ante la ley se diluyó o se está diluyendo y de que derechos fundamentales inderogables, por lo menos en ciertos contextos, se relativizan profundamente y de modo incluso contradictorio en beneficio de las partes: a veces sí, a veces no según el autor y el árbitro. Lo que vale hoy aquí no vale mañana allá...

Es cierto que las sociedades contemporáneas son indudablemente complejas y profundamente heterogéneas (contradictoriamente se busca por un lado esta diversidad pero simultáneamente se la condena...) por lo que se pretexto que el legislador, el juez, el operador jurídico tienen que actuar en ciertas circunstancias para resolver casos tales como la creciente presencia de extranjeros que profesan una religión

donde se admite la poligamia o el matrimonio de niñas con adultos y a su vez tratar de armonizar esta *consuetudine* con sociedades monógamas y los derechos consecuentes (incluso previsionales) de esa situación y la extensión absoluta de las garantías asistenciales aún a quien no es solidario con ese mismo sistema asistencial. *La práctica del Derecho se complejiza objetivamente también por esa heterogeneidad objetiva intencionalmente provocada y luego criticada.*

Indudablemente, el Derecho futuro no podrá no dar cuenta de lo heterogéneo sin desarrollarse en pos de un paradigma epistemológico que intente dar cuenta de la complejidad, sea apelando a la teoría general de sistemas y a la cibernética, sea apelando a las epistemologías deconstructivistas o a la aceptación de la atomización plural. *Pero entendiendo también los riesgos implicados.*

Algunos teóricos recientes como los belgas M. van de Kerchove y F. Ost (1991) postulan la necesidad de superar el binarismo de los últimos siglos e incorporar el tercero excluido, incorporar activamente una tercera voz (bajtiniana o peirceana) es decir, incorporar un tercer elemento activo (el juez) que no se limite a ser solamente un árbitro sino a actuar de una manera activa. Es una respuesta hipotética a esta cuestión, no necesariamente la solución ni mucho menos a las problemáticas planteadas.

Esta concepción la comparten también otros autores como M. Delmas-Marty (1986) y S. Corbino (2018)

quienes postulan un derecho flexible incluso en ámbito penal. Es decir, un derecho que tiene que adaptarse al contexto y llegar a un juzgamiento que dé cuenta de la poli-causalidad que implica todo fenómeno humano. No sabemos si eso es posible o hasta qué punto practicable o deseable, pero es una indagación que postula un paradigma epistemológico dinámico de la práctica jurídica al proponer el regreso del tercero que había sido excluido justamente con la imposición de la codificación. Indudablemente, si Beccaria estuviese entre nosotros, posiblemente diría que es muy interesante como concepto abstracto, pero que al regresar el fantasma se quiso evitar en el siglo XVIII, es decir que el juez —que es el tercero que volvería— actúe arbitrariamente o peor todavía presionado por los *lobbys* económicos o por las organizaciones delictivas o por la opinión pública manipulada por los medios de comunicación se correría el riesgo de que la práctica jurídica se convierta simplemente en el brazo armado del despotismo global. No es una solución automática ni mucho menos. Y si lo vemos desde otro punto de vista tampoco es original; si existen los códigos, tuvo una razón de ser, no es que en un determinado momento la cultura del siglo XVIII se decidió crear códigos para complicar la vida. Fue visto como algo necesario, muy justificado. No fue una idea disparatada ni una ocurrencia anodina, había una motivación: garantizar la igualdad ante la ley e intentar aplicar *algo* de justicia en una sociedad de clases que cristalizaba en castas. No obstante, estas investigaciones, son intentos validos de aplicar una concepción dinámica y semiótica, que de cuenta de la complejidad de los

fenómenos y de la variabilidad cultural en el contexto extremadamente complejo de la heterogeneidad actual. Este es el desafío que hoy tenemos cuando desarrollamos una investigación en el ámbito jurídico y en el ámbito de las ciencias sociales en general.

Como conclusión provisoria habría que ver cómo aprovechar las ventajas y el logro civilizatorio que significó el código y el Estado de Derecho y abrirse a lo que sería la complejidad de la sociedad contemporánea donde aparecen fenómenos como la globalización del delito y de la economía, la transnacionalización de las empresas y la existencia de Internet o el uso de las criptomonedas. Elementos prácticamente incontrolables, imposibles de legislar, arbitrar o regular mínimamente para asegurar, ni más ni menos que la igualdad ante la Ley. Fenómenos que, si uno está arraigado a la epistemología jurídica del siglo XVIII no puede dar ni siquiera cuenta. Pero entendamos que sin esa mentalidad jurídica del código estaríamos viviendo en el peor de los despotismos: uno global, evanescente, invisible, virtual, amable y en nombre de una abstracta humanidad que es retomada sólo como lugar común a conveniencia de los nuevos déspotas.

Esta inestabilidad de vivir entre estos dos polos opuestos es, tal vez, el gran desafío que tenemos delante hoy día y que debemos dar cuenta en las investigaciones que desarrollemos actualmente, pero sin olvidar al gran filósofo y jurista napolitano Giambattista Vico (1725) y

sus «*corsi y ricorsi*»: todo va y vuelve, es cierto, pero nunca de modo idéntico.

Referencias

Beccaria, C. (2011). *De los delitos y de las penas*. Madrid, España: Trotta (trabajo original publicado en 1764).

Corbino, S. (2018). *Rigore è quando arbitro fischia. Il mito della legalità*. Napoli, Italia: Jovene.

Delmas-Marty, M. (1986). *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*. Paris, France :PUF.

Guicciardini, F. (1969). *Ricordi*. Roma, Italia: Loescher. (original publicado en 1530)

Kerchove, M. van der & F. Ost. (1991). *Le système juridique entre ordre et désordre*. Paris , France: PUF.

Lotman, I. (1979). *Semiótica de la cultura*. Madrid, España: Cátedra.

Montaigne, M. de. (1987). *Ensayos I, II*. Madrid, España: Alianza (original publicado en 1580).

Montesquieu, Ch. de (1968). *El espíritu de las leyes*. Madrid, España: Alianza (original publicado en 1748).

Rabelais, F. (1984). *Gargantúa y Pantagruel*. Buenos Aires, Argentina: CEAL (original publicado en 1542).

Scheler, M. (1936). *El puesto del hombre en el cosmos*. Madrid, España: Revista de Occidente.

Vico, G. (1942). *Scienza nuova seconda*. Bari, Italia: Laterza (original publicado en 1725).

*Universidad de Buenos Aires (UBA).
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas
(Conicet)
Correo electrónico: adversus@fibertel.com.ar

UN ENFOQUE CRÍTICO TUTELAR PARA LAS RELACIONES LABORALES: CATEGORÍA DE ANÁLISIS A MODO DE MANIFIESTO

A CRITICAL TUTELARY APPROACH TO LABOR RELATIONS: CATEGORY OF ANALYSIS AS A MANIFESTO

Por Mario L. Gambacorta*

Resumen

El Enfoque crítico tutelar de las relaciones laborales que aquí planteamos busca constituirse en una categoría de análisis orientándose a una mejor comprensión y aplicación de las lógicas tutelares que conllevan la protección del trabajo en sus distintas expresiones y atendiendo sus heterogeneidades. Asimismo, advierte sobre la existencia de un discurso desregulador en un sentido desprotectorio, el cual preconiza y detenta una hegemonía deslaboralizadora y se vincula con cuestiones epistemológicas. En definitiva, implica la necesidad de estudiar críticamente y reconfigurar categorías en el mundo del trabajo. Mediante este Enfoque crítico, queremos construir una taxonomía laboral que fortalezca el discurso de la centralidad del trabajo dependiente tutelado en favor de las mayorías que trabajan, impulsando la integración de los que se encuentran sin trabajo o trabajando al margen del sistema protectorio laboral.

Palabras claves: Epistemología, Relaciones colectivas del trabajo, Derecho del trabajo.

Summary

The critical tutelary approach to labor relations that we propose here seeks to establish itself within a category of analysis, orienting itself to a better understanding and application of the tutelary logics that the protection of labor entails in its different expressions and taking into account its heterogeneities. Likewise, it warns about the existence of a *deregulatory discourse in an unprotective sense*, which advocates and holds a *de-laboring hegemony* and is linked to epistemological issues. Ultimately, it implies the need to study critically and reconfigure categories in the world of work. Through this *critical approach*, we want to build a *labor taxonomy* that strengthens the discourse of *the centrality of supervised dependent work* in favor of the majority who work, promoting the integration of those who are without work or working outside *the labor protection system*.

Keywords: Epistemology, Collective Labor Relations, Labor Law.

1. Ante la hegemonía deslaboralizadora: un *Enfoque crítico tutelar* de las relaciones laborales¹

1.1. El Enfoque crítico tutelar como categoría de análisis

El Enfoque crítico tutelar de las relaciones laborales es una categoría de análisis que hemos venido configurando desde diversas publicaciones e intervenciones en las que, partiendo de un desarrollo no articulado de conceptos, nos propusimos ordenarlos en forma sistémica en función de un objetivo estructurado. Este objetivo es, concretamente, una mejor comprensión y aplicación de las lógicas tutelares que conlleva el principio protectorio para regir las relaciones laborales lo cual, lamentablemente, no siempre se verifica.

Al tratar de construir y desarrollar un *Enfoque crítico tutelar para las relaciones laborales* (de aquí en más, «el *Enfoque crítico tutelar*»), hay elementos que tener en cuenta respecto de lo que percibimos como una necesidad de contextualización.

Advertimos sobre la existencia de un *discurso desregulador en un sentido desprotectorio* que preconiza y detenta una *hegemonía deslaboralizadora*. Dicho discurso, hoy prevalente, es impuesto desde los centros de poder que configuran lógicas de acumulación que soslayan la distribución de la riqueza que se genera.

¹ Trabajo revisado y ampliado a partir de la disertación presentada en las *Jornadas de Relaciones del Trabajo: Docencia, Investigación y Extensión*. Carrera de Relaciones del Trabajo, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 5 y 6 de noviembre de 2020.

Es nuestro propósito —que consideramos más bien una necesidad— vincular el *Enfoque crítico tutelar* con cuestiones epistemológicas. Ello, porque si bien es sabido que existe el conocimiento, a la vez se yergue la opinión (a menudo con más recursos comunicacionales que racionalidad) no encontrándose adecuadamente diferenciada en materia social o siendo confundida exprofeso. Queremos analizar y trabajar no solo sobre definiciones que se transmiten y se replican sino en cómo se justifican y argumentan las posiciones esgrimidas, en cómo se construyen las categorías y, sobre todo, qué intereses están en juego y se representan. Esto, porque solemos apreciar que, a menudo, individuos y hasta actores sociales llegan a ser funcionales a intereses que no los incluyen y menos los tutelan.

Lo expuesto, implica la necesidad de estudiar críticamente y reconfigurar categorías en el mundo del trabajo; inclusive las naturalizadas en él, que —imperceptiblemente— suelen conllevar un sentido más desprotectorio que tutelar.

A través de un *Enfoque crítico tutelar* decidimos enfrentar el reduccionismo que prioriza lo micro, el caso aislado; esa visión marginalista propia de la lógica del neoliberalismo economicista que tiende a simplificar todo, soslayando primordialmente elementos constitutivos de los derechos sociales. Ese neoliberalismo economicista que trata de vaciar todo de contenido, restarles valor a los conceptos y diluir categorías de

análisis. Ya que, si todo parece lo mismo, la respuesta sistémica se diluye.

1.2. *Un marco teórico para el Enfoque crítico tutelar*

En términos de marco teórico, el *Enfoque crítico tutelar*, se entronca y nutre con la Teoría Crítica del Derecho. Proyectándose desde ella, trata de enriquecerla y complementarla hacia y desde las relaciones del trabajo. Por ello, para hablar de un *Enfoque crítico tutelar*, también nos apoyamos en conceptos como los articulados por Carlos Cárcova (2009, 2019), en cuanto a avanzar en la ruptura de una red de conocimientos que suelen ser internalizados y constituyen paradigmas que no siempre suelen ser los más tutelares para las relaciones laborales, reconociendo que, en consecuencia, se necesita una mayor fuerza explicativa y predictiva para trabajar respecto de cómo proyectamos las relaciones laborales a futuro, desde qué marcos y valores.

Asimismo, el *Enfoque crítico tutelar* atiende la Teoría Trialista, referenciada en Miguel Angel Ciuro Caldani (2020) y la Teoría Ecológica de Carlos Cossio (1940), tan inmerecidamente soslayada en Argentina, pero imprescindible al momento de analizar en contexto la complejidad del fenómeno jurídico.

El *Enfoque crítico tutelar* se orienta a tratar de deconstruir, evidenciar y desmontar esa *hegemonía deslaboralizadora*. En vista de ello, impulsamos con un sentido crítico, una escuela de análisis y producción para las relaciones

laborales, primariamente en Argentina y Brasil, buscando proyectarla en otros ámbitos regionales.²

Algunas de las respuestas inmediatas, no suficientemente evaluadas ni contextualizadas ante los problemas de las relaciones laborales, son: la deslaborización, la fragmentación del colectivo laboral y la introducción de nuevas figuras no laborales, las cuales profundizan la precarización de las condiciones de vida y de trabajo de muchos hombres y mujeres; nos referimos aquí también a la tercerización, y a las figuras que se instrumentan a través de un emprendedurismo «universalizado», no diferenciado en actores o actividades.

Queremos presentar una alternativa que contribuya a apreciar algunas de las falacias con las que se quiere confundir y hasta seducir a las y los trabajadores —paradójicamente, en su propio perjuicio— buscándose que dejen de ser tales y «se enamoren» de una autonomización laboral que, supuestamente, los haría

²Así fue tratado, por ejemplo, en el Ciclo de Análisis y propuestas *Post-pandemias y organismos internacionales. Hacia una nueva agenda en defensa del sector del trabajo en América Latina*. Teoría Crítica del Derecho y Enfoque Crítico Tutelar de las Relaciones Laborales. Organizado por el Laboratorio en Relaciones del Trabajo. Sindicatos globales. Maestría en Estudios y Relaciones del Trabajo. FLACSO, 29 de septiembre de 2020. Asimismo, en las actividades: *Hacia una Escuela Argentina-Brasileña para el Enfoque Crítico Tutelar de las Relaciones Laborales* y el *Congreso de Seguimiento: Enfoque Crítico Tutelar das Relações de Trabalho*, organizados por IPEATRA y FLACSO, respectivamente, el 19 de noviembre y 14 de diciembre de 2020.

más libres y con mayores ganancias. Cuestionamos, en sintonía con lo anterior, un mero normativismo, donde se yerguen falacias de autoridad en las argumentaciones; y por ello, nuestro enfoque es antidogmático, buscando quebrarlo como práctica dominante en la historicidad. Queremos mostrar el funcionamiento material de las instituciones y avanzar en su popularización, en tanto impregnadas de realidad social.

Entendemos que hay una historicidad, perspectivas históricas y la necesidad de estructurar un discurso para producir conocimiento *contra-hegemónico* que nos sirva como punto de partida para llevar adelante un modelo de Nación no atado o restringido por categorías eurocéntricas; que nos permita resolver nuestra realidad, desde nosotros mismos. De este modo, nos orientamos e impulsamos una instancia superadora. Se trata de valernos de ese conocimiento para visibilizar el conflicto existente y los intereses en juego, pero no estancándonos en él con solo el reconocimiento de dicha *hegemonía deslaboralizadora*. Es menester avanzar, consecuentemente, hacia una *hegemonía alternativa* (Gramsci 1990), con la que se recupere lo perdido o debilitado y se produzcan nuevos signos *en y para* la sociedad.

Planteamos respuestas desde lo local y lo regional, más allá de entender y atender diferencias y particularidades. Colegimos que eso nos fortalece para proponer un *Enfoque crítico tutelar* que busque analizar, criticar en un sentido constructivo, y operar en uno dinámico. Sin los

dogmas del capitalismo que tan bien Walter Benjamin definió como una religión (1921/2008) postulamos una dinámica transdisciplinaria, para atender situaciones complejas, impulsando categorías propias. Estamos convencidos que eso hace a la soberanía de pensamiento latente en nuestro *Enfoque crítico tutelar*.

2. Ciudadanía, subjetividades y enfoque crítico tutelar

Para comenzar este punto, haremos una referencia a un tramo de la Carta Encíclica *Fratelli Tutti*, del Papa Francisco (2020); fundamentalmente, cuando al referirse a la parábola del buen samaritano nos formula preguntas como: ¿con quién nos identificamos? Y al mencionar al hombre abandonado, respecto del cual hoy podríamos hacer un paralelo con quienes son excluidos por el sistema imperante, cabría reflexionar si nos desentendemos de él o hacemos resurgir nuestra vocación de ciudadanos, en nuestro país y en el mundo todo. El Papa Francisco plantea esto como una opción para reconstruir el mundo y por el dolor que éste produce. Y enseña que este —como otros relatos— no son algo abstracto, sino que nos realizaremos cuando ayudemos a los que han quedado al costado del camino. Remarca que la forma en que lo encaremos será la que definirá si un proyecto social, económico o político es inclusivo o descarta a las personas.

En línea con lo anterior, el *Enfoque crítico tutelar* suscribe una ciudadanía social que completa a la —sesgada—

ciudadanía civil y política, convergiendo en una idea integrada del concepto de ciudadanía. En tal inteligencia, remarcamos que el aspecto social de la ciudadanía no es tan referido ni considerado para la integralidad de ésta.

En términos de subjetividad, el *Enfoque crítico tutelar* impulsa recuperar y potenciar la revalorización del trabajo dependiente (aunque con el aditamento de *tutelado*), su centralidad y el orgullo de ser trabajador o trabajadora que debe conllevar. Hablamos de trabajo debidamente registrado, con el respeto y la aplicación de todos los derechos, remarcando que, pese a los embates, siguen vigentes.

Ponemos foco en la *centralidad del trabajo dependiente tutelado* como parámetro de referencia y paradigma vinculante para la instrumentalización y desarrollo de lo *socio-económico-laboral*. Es desde allí que queremos construir las subjetividades.

Por su parte, suscribimos que *los derechos laborales, especialmente los sindicales, son indivisibles del ideal democrático*. La libertad sindical es un derecho humano fundamental para la defensa de los intereses de las y los trabajadores. No hay libertad sindical sin *negociación colectiva libre y tutelada*. Y de esa forma debe reconocerse jurídicamente, es decir, plasmarse, impulsarse y aplicarse. Entendemos a la negociación colectiva como la principal *regla de aplicación de la libertad sindical*.

La idea de ciudadanía —social— y la subjetividad que mencionamos aquí, requieren entroncarse y colaborar en la construcción de una agenda de análisis, diagnóstico y propuestas nutriéndose de interacción; no solo en el ámbito académico sino también en el movimiento sindical y con sus postulados y resultados alcanzados.

3. Relaciones laborales: globales (?), regionales (?), locales y un *enfoque crítico tutelar*

En el *enfoque crítico tutelar* entendemos que lo global no puede desvincularse de lo regional ni de lo local, y viceversa. Amén de las diferentes experiencias y realidades en las diversas sociedades, hay una interacción que requiere, inexorablemente, acciones sintetizables en favor de los más débiles y desiguales en el plano internacional.

Pero, a la vez, nos preguntamos: ¿existe acabadamente lo global en términos de relaciones laborales? Adelantamos que percibimos una crisis en organismos internacionales, inclusive en el caso de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Fortalecer la internacionalización de las relaciones laborales y la acción de las organizaciones sindicales (las cuales, estas últimas, podrían superar rígidas divisiones ideológicas del pasado) es hoy una necesidad. Esto, potenciando la concentración sindical ya que en términos internacionales estamos, en la práctica, en una etapa de “negociación por empresa”. Y aquí, el fortalecimiento de la organización del sujeto colectivo en

dicho ámbito —nivel— es fundamental. Entendemos que se debería avanzar hacia una lógica de «negociación por actividad», como más adecuada para la defensa y representación de intereses de las y los trabajadores.³

Lo explicitado precedentemente, no implica desconocer problemáticas propias que puedan acarrear algunas organizaciones sindicales. Pero ello no obsta la necesidad del reconocimiento y respeto de la libertad sindical como derecho humano fundamental ni justifica su elusión. Más bien debe ponerse en valor la relevancia de los sindicatos, así como la necesidad de una mirada sistémica de su impacto tutelar en las relaciones del trabajo. Sobre todo, ante la ofensiva que padecen en la actualidad.

3.1. *Una prospectiva sobre la OIT*

Desde el *enfoque crítico tutelar* postulamos analizar distintas cuestiones y proyectar este análisis hacia distintos ámbitos. Por lo expuesto, también lo hacemos hacia la OIT y su funcionamiento. La OIT ha hecho y hace valiosos aportes al mundo del trabajo, pero no por ello debemos desconocer limitaciones y problemáticas apreciables, en un escenario de *hegemonía deslaborizadora*, como la que hemos referido

³ Con la creación del *Laboratorio en Relaciones del Trabajo. Sindicatos globales* como un núcleo de investigación y formación de la Maestría en Estudios y Relaciones del Trabajo de FLACSO, sede académica de Argentina; Desde el segundo cuatrimestre de 2017 al presente, nos propusimos la visibilización, y un mayor análisis y debate respecto de estas temáticas.

anteriormente, y del que entendemos, tampoco escapa. Esto redundando en lo que categorizamos como un *tripartismo desbalanceado*.

Colegimos, a nivel global y consecuentemente en la propia OIT, lo que conceptualizamos como una *crisis de producción normativa en el maco de una desregulación desprotectoria*. Nos proponemos poner en contexto esta problemática específica; hacer una prospectiva sobre su rol.⁴

Es sabido, pero no tanto observado, que las declaraciones no tienen la misma rigurosidad que los convenios. Las declaraciones son referencias, horizontes, pautas no tan rigurosas. Y aquí, señalamos otra categoría que venimos trabajando y hemos incorporado en programas de enseñanza: los que denominamos *estándares laborales*. Desde estos, nos preguntamos: ¿cuáles son los parámetros para cumplir? ¿Cuáles son los mínimos y máximos en cada país conforme y en función de su propio marco normativo general, también configurado por la incorporación de normativa internacional? ¿Cómo se los adapta y hace cumplir?

La OIT está integrada por 187 países. Alrededor de un 75% de los países que la conforman (representaciones estatales) están regidos por *paradigmas desreguladores*

⁴ En tal sentido fue analizada en especial la temática, en el #Webinario DEyA (Departamento de Economía y Administración) de la Universidad Nacional de Quilmes: *Prospectivas sobre el rol de la OIT: Un enfoque crítico tutelar*, 1 de julio de 2020.

desprotectorios —de matriz neoliberal—; si a esto le sumamos que el Grupo empleador suscribe mayoritariamente estos mismos postulados, solo nos restaría el Grupo trabajador, representado mediante las organizaciones sindicales de los respectivos países, y respecto del cual debemos prestar atención al hecho que, sobre 187, no más de 20 movimientos sindicales poseen una efectiva capacidad de representación, negociación y, eventualmente, conflicto.

Por su parte, en diversos documentos de la OIT se nombra a las empresas, pero menos a los sindicatos; por ejemplo, con relación al «futuro del trabajo» se enuncian cuatro ejes temáticos,⁵ entre ellos, la organización del trabajo y la producción o la gobernanza del trabajo, pero en ninguno de los ejes se nombran directamente los sindicatos y/o sus problemáticas. De igual modo, la OIT impulsó las siete iniciativas para el centenario, en dónde sí se refieren las empresas y la gobernanza del futuro del trabajo, entre otros, pero no se menciona explícitamente a los sindicatos.⁶

⁵ Cfr. Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª. Reunión. Ginebra: Oficina internacional del Trabajo, 2015.

⁶ *Ante el centenario de la OIT: realidades, renovación y compromiso tripartito. Conferencia Internacional del Trabajo, 102ª. Reunión, 2013 Informe I (A).* Ginebra: Oficina internacional del Trabajo, 2013. *Iniciativas para el centenario de la OIT* Cfr. <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/centenary/lang-es/index.htm>

El lenguaje y la construcción de una cadena de significantes también nos muestra un enfoque. De igual modo, en uno de los documentos referidos al Covid-19, se plantea literalmente apoyar a las empresas, pero no se habla directamente de los sindicatos, sus problemáticas y, menos aún, de los embates sistemáticos que sufren.⁷

El *Enfoque crítico tutelar* viene a aportar a la sistematización de estas problemáticas y, para su visibilización, cuestiona una falsa idea de igualdad que se pretende naturalizar desde sectores hegemónicos.

Así, lo que señalamos en el funcionamiento de la OIT —y más allá de ello, conforma una categoría que incorporamos para el análisis— es un *tripartismo desbalanceado*. Específicamente, constatable en el seno de la OIT, pero que se proyecta en la mayoría de los ámbitos de las relaciones laborales con dificultades para alcanzar regulaciones tutelares de los temas más complejos, y más aún, para poner en práctica los reconocimientos de derechos que se enuncian.

3.2. *Diálogo social, conflicto y Enfoque crítico tutelar de las relaciones laborales*

Desde el *Enfoque crítico tutelar*, sin por ello desconocer la importancia del diálogo social, tampoco admitimos un

⁷ Covid-19: Apoyar a las empresas, el empleo y los ingresos. Comunicado de prensa 22 de mayo de 2020. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_745599/lang--es/index.htm

dialogo social sesgado, es decir, que deje de lado el conflicto. Sostenemos que este último es inherente a las relaciones laborales, se manifiesta de distintas formas y varía en su la intensidad. Por eso, cuando llegamos a una huelga hablamos de conflicto abierto, que es cuando se evidencia, se explicita la problemática emergente, las situaciones y sus expresiones. Y allí, reconociéndolo, habrá que ver como se encausa ese *subyacente antagonismo de intereses* que, no se puede dejar de lado ni en el análisis ni para el diálogo.

Entendemos un diálogo social inexorablemente integrado por el conflicto. A nuestro juicio, no son dos categorías desvinculadas. Invocar el diálogo indefinidamente y pensar que, solo por «dialogarse» los problemas se solucionarán es, no solo negar el conflicto sino pretender que se tiene razón de antemano; y que «el otro», debería aceptar dialogar hasta que entienda las razones que, supuestamente, son válidas. De allí, a colegir que no se tiene derecho a peticionar, reclamar y confrontar, hay apenas un paso.

Como vemos, todo esto implica y requiere lo que caracterizamos como una *nueva taxonomía laboral*, configurada por una *gramática laboralista contra-hegemónica*, primero, y perfeccionada luego en una *hegemonía alternativa*; que no rompe ni altera los principios y las fuentes basales que estructuran el Derecho del Trabajo, busca recuperarlos y ampliarlos, para darles una mayor dinámica en términos epistemológicos ante el contexto actual. En síntesis, una

mayor capacidad explicativa en términos de transmisión del conocimiento. Con esto, buscamos superar simplificaciones que padecen las y los trabajadores; por ejemplo, cuando se habla en torno a las nuevas tecnologías y su incidencia en las relaciones laborales (a las que nos referiremos también en el punto subsiguiente).

Es por ello que colegimos que *el diálogo social y la subyacencia permanente del conflicto* en el sistema capitalista, se presentan como elementos conceptualizables a tener en cuenta para su implementación en un enfoque sistémico como el que postulamos. Venimos sosteniendo que *el conflicto debe ser gestionado, administrado y encausado* en un sentido inclusivo y tutelar de derechos.

Sin embargo, es sabido que, en los 100 años de existencia de la OIT, nunca se reconoció formalmente en un convenio el derecho a huelga. Esto, por una sistemática negativa desde el Grupo empleador, lo cual se alinea con lo antes explicitado respecto del diálogo y en un sentido desprotectorio de los derechos sociales.

Concluimos este punto proponiendo para el debate *redimensionar el rol de la OIT*. Por nuestra parte, entendemos que debería ser en un sentido de *mayor intervención tutelar*, promoviendo desde dicho organismo internacional, *un escenario obligacional más riguroso*, especialmente, respecto de los derechos sindicales y su promoción.

3.3. *Nuevas tecnologías y Enfoque crítico tutelar*

El impacto de las nuevas tecnologías es indudable no pudiéndose dejar de lado su implicancia sobre las relaciones laborales. Pero cuando lo analizamos desde el *Enfoque crítico tutelar* impulsamos, a partir de una deconstrucción de la problemática que, lo tecnológico no puede ser analizado, valga la redundancia, solo desde el punto de vista tecnológico. Si fuera así, en términos de relaciones laborales, sería una batalla perdida de antemano para las y los trabajadores; sobre todo, por la descontextualización y el reduccionismo simplificador de la temática y sus problemáticas que ello implicaría.

En esta misma inteligencia, respecto del marco de lo tecnológico, algo similar ocurre, puntualmente, con el teletrabajo. Así, es frecuente escuchar la expresión: «el teletrabajo llegó para quedarse». Y puede ser que el teletrabajo haya llegado para quedarse, pero no podemos dejar de reflexionar sobre cómo se queda y para qué se queda.

Incorporamos a esta agenda también la inteligencia artificial y la *big data*, pero somos conscientes —y queremos visibilizar— que las relaciones laborales modernas no pueden limitarse, si de debatir sus problemáticas se trata, anclando el debate sólo en lo tecnológico sin atender otros factores que también inciden en *lo socio-económico-laboral*.

Aquí podemos citar al Papa Francisco cuando llamaba a rezar para que las tecnologías sean en beneficio de las

personas. Y por ello, queremos señalar una frase de Francisco que, entendemos en un sentido crítico —tutelar— sobre la tecnología en cuanto ésta puede ser o no una herramienta para el bien común (lo que, en términos de la Constitución Nacional, se expresaría como el bienestar general). El Papa señala que: «si la tecnología reemplaza cada vez más al trabajo humano, entonces la humanidad se daña a si misma», y agrega que: «El trabajo es una necesidad, es parte del sentido de la vida en esta tierra, camino de maduración, de desarrollo humano y de realización personal. Desatender esto es malo para la sociedad y trae consecuencias negativas» (Francisco I, 2015, §128).

Nos preguntamos entonces: ¿Para que nos debe servir la tecnología? ¿Debemos subordinarnos lisa y llanamente ante su impacto y desatender la realidad del trabajo humano? Consideramos la implicancia de las nuevas tecnologías, pero reiteramos que no pueden ser solo apreciadas desde lo tecnológico o lo económico sino también deben serlo desde lo laboral, lo previsional y desde la vigencia de los derechos sociales; y, sobre todo, desde la dignidad de las y los trabajadores.

4. La necesidad de un escenario obligacional más riguroso: intervención tutelar del Estado en un *Enfoque crítico tutelar* de las relaciones laborales

Habiendo referido previamente algunos de los aspectos que entendemos más relevantes de la problemática en el seno de la OIT, planteamos la necesidad de cuestionar el

discurso hegemónico en un sentido deslaborizador, que lo propicia. Impulsamos avanzar hacia regulaciones tutelares, palabras éstas a las que se les debe perder el miedo en vista de reconfigurar un discurso protectorio prolaboralista.

En tal sentido, debemos tomar de ejemplo el accionar del movimiento de mujeres para la deconstrucción y reconstrucción de un discurso también hegemónico. Y así, precisar y defender conceptos, entre ellos el de regulación. Cada vez, las regulaciones nacionales se nos presentan como más insuficientes. Se necesitan, simultáneamente, regulaciones tutelares regionales e internacionales: lo que ya enmarcamos en un *escenario obligacional más riguroso*; especialmente, ante el *tripartismo desbalanceado* en todos los niveles, inclusive en el seno de la OIT.

Se trata de equilibrar en mayor modo la concentración del poder económico y el debilitamiento sistémico del actor sindical, tanto por parte de numerosas empresas como de Estados. Planteamos la necesidad de *atenuar desigualdades*, que no son sino manifestaciones de la *hegemonía deslaborizadora*, y que se valen de diversos elementos para avanzar en *desregulaciones laborales desprotectorias*.

Para ello, desde nuestro *Enfoque crítico*, impulsamos una *intervención tutelar por parte del Estado*. Esta intervención no lleva implícito el menoscabo de la autonomía de los actores sociales (como desde los *paradigmas desreguladores en un sentido desprotectorio* suele estigmatizarse cualquier intervención estatal). Por el contrario, busca *promocionar*

la organización sindical y social, para que haya una mayor vigencia de la libertad sindical, y consecuentemente, más y mejor negociación colectiva, así como mayor capacidad organizacional para atender el conflicto y poder suficiente para abrir negociaciones que, permeen una cada vez más sistémica insensibilidad social del gran capital.

La *intervención tutelar del Estado* no menoscaba sino busca fortalecer el desarrollo de las relaciones laborales en un sentido más protectorio (Gambacorta, 2018).

A esta categoría de *intervención tutelar del Estado*, le contraponemos una categoría de *injerencia indebida estatal*. Esta última, se daría cuando el Estado (o como nos gusta señalar, el gobierno de turno a cargo de la administración del Estado) intentare avanzar más allá de sus legítimas potestades regulatorias; sobre todo, para limitar o condicionar el funcionamiento autónomo de las organizaciones sindicales; o peor aún, limitar o restringir su funcionamiento.

Nos gusta expresar que el Estado debe ser imparcial pero no es neutral, ni debe serlo; porque las partes no están en paridad, tampoco en el plano de las relaciones laborales colectivas. El actor sindical sólo atenúa el poder condicionante del capital. El *Enfoque crítico tutelar* nos permite conceptualizar que no toda intervención estatal es negativa, como a menudo los *paradigmas desreguladores en un sentido desprotectorio* suelen señalarlo.

Llegados aquí, reiteramos que, *en un escenario de conflicto de intereses, el concepto de regulación deviene central*. El

Estado, a nuestro criterio, siempre regula; inclusive, paradójicamente, cuando decide no regular. No olvidemos que, las reformas desregulatorias recurren sistemáticamente a proyectos normativos que, cuando prosperan, no son otra cosa que una nueva regulación *desprotectoria*; es decir, contraria a lo que venimos preconizando en sentido tutelar.

En términos de un *Enfoque crítico tutelar*, nos proponemos avanzar en *escenarios obligacionales más rigurosos* que, aclaramos, no solo se dan por lo normológico sino requieren atender cuestiones sociológicas, axiológicas y otras variables a considerar en contexto. Sintetizamos en estos tres ejes, puesto que son constitutivos y constituyentes de la Teoría Trialista, la cual considera a lo jurídico no solo como lo normológico o normativo, sino que, en una visión superadora de una teoría pura del derecho, lo complejiza y enriquece a partir de otras variables que inciden en el mismo.

En consecuencia, el *Enfoque crítico tutelar* reivindica una intervención estatal que pueda *configurar lo instrumental para la protección, impulso y ampliación de los derechos sociales*. Ante esto, las organizaciones sindicales están llamadas a un rol estratégico en articulación con el Estado, aunque siempre salvaguardando su autonomía.

5. **Proyección estratégica de las relaciones laborales, organización sindical, modelo de país y *Enfoque crítico tutelar***

Con el *Enfoque crítico tutelar*, sostenemos que la forma en que se configuran *las relaciones laborales cumple un rol estratégico en un modelo de país*. Para ello, hemos indicado que hay diversos factores y actores que inciden para delinearlas. Asimismo, consideramos que todo confluye en un modelo de país, que simbióticamente, sostiene la vigencia de un modelo de relaciones laborales. Estamos convencidos que dicho modelo se apoya y debe seguir apoyándose en la *centralidad del trabajo tutelado* —y su ampliación protectoria a nuevas realidades— nutriéndose en la industrialización (y aclaramos que esto es postulable desde la primera a la cuarta revolución industrial). En este modelo, se trata de lograr un círculo virtuoso a partir de la distribución de la riqueza que impulsa los derechos sociales, que permite un consumo (que sí nos preocupa que sea más responsable y productivo en términos de desarrollo de lo que ha sido) y que fortalece primigeniamente el mercado interno. Llegados a este punto, la negociación colectiva puede ser, junto con las políticas tributarias progresivas, la constructora más dinámica de una ciudadanía social. La destacamos, a la vez, como *herramienta estratégica* que hace a la acción de las organizaciones sindicales en términos de expansión de la libertad sindical.

Contraponemos al modelo antes señalado la primarización y el aperturismo financiero, al que, en el

mejor de los casos, pueden llegar a sumarse algunos insuficientes enclaves industriales. Este modelo suele limitarse a esperar inversiones —en general no productivas— y eventualmente exportar —sin discriminar demasiado que se exporta y cuanto valor se agrega—.

De nuestra parte, entendemos que la innovación debe estar orientada a profundizar el desarrollo en vista a la soberanía e independencia de la Nación, especialmente, frente a contingencias —como en la actualidad nos lo hace evidente la pandemia—. Será muy difícil estructurar un modelo de relaciones laborales sin un modelo de Nación. De la misma forma nos atravesamos a señalar que ocurrirá en salud, educación, tecnología, defensa y demás áreas relevantes para el desarrollo de un país.

5.1. *La negociación colectiva como herramienta estratégica*

Visto lo señalado precedentemente, en el marco de un *Enfoque crítico tutelar*, concebimos la *negociación colectiva como la principal proyección estratégica —o regla de aplicación— de la libertad sindical* (Gambacorta, 2015); relevante en el sentido de avanzar en la distribución de la riqueza y la democratización plena de la sociedad. Y por eso requiere ser fortalecida desde la legislación y la acción estatal. En efecto, la negociación colectiva, y sus características, se reflejarán en la estructura y desarrollo de ésta. Están directamente vinculadas con el modelo sindical vigente.

El modelo sindical argentino, el cual reivindicamos y suscribimos, viene siendo una herramienta estratégica para la defensa de los derechos de las y los trabajadores. Mas allá de debates secundarios, desde nuestro *Enfoque crítico tutelar* consideramos que la estructura del modelo sindical argentino ha servido —sin desconocer dificultades que históricamente se han presentado a su instrumentalización— para una efectiva y eficaz negociación colectiva por actividad con una, comparativamente, mayor cobertura de representación y negociación respecto que la mayoría de los países de la región.

Hemos expresado con anterioridad que el *Enfoque crítico tutelar* no se circunscribe al Derecho, y reconoce en las relaciones laborales herramientas que pueden ser mejor o peor utilizadas a partir de decisiones políticas.

Es dable apreciar que, temáticas como las vinculadas con medicina del trabajo, género, discapacidad, discriminación, violencia laboral, trabajo en el sector público, informalidad y precarización laboral, seguridad social, educación, capacitación y formación profesional, juventud, reforma judicial y derecho del trabajo y de la seguridad social, pueden ser contempladas y articuladas desde la negociación colectiva, como parte de las relaciones laborales y para incidir o acompañar políticas públicas.

El *Enfoque crítico tutelar* se puede sustentar, prioritariamente, en dos herramientas estratégicas. Se trata de lo que postulamos como una imprescindible articulación entre la inspección del trabajo y la negociación colectiva (Gambacorta, 2020). Ello, en vista tanto de la regularización y formalización, como del respeto y plena vigencia de los derechos colectivos e individuales reconocidos en el marco de las relaciones laborales, a partir del cumplimiento efectivo de la normativa laboral.

En la inteligencia descripta, sostenemos que la negociación colectiva, en sus diversas facetas, requiere ser acompañada por una *reconstrucción de los servicios de inspección* y una articulación acorde a la realidad de un país federal, donde la autoridad central del trabajo actúe tanto en el marco de criterios propios como de subsidiaridad. A esto nos referiremos en el punto siguiente.

5.2. *La inspección del trabajo como herramienta estratégica para el bienestar general*

En términos de vigencia de la normativa, la inspección del trabajo y de la seguridad social, debe cumplir un rol central. Para su mejor funcionamiento se tienen que dilucidar problemáticas, que no son solo normativas (como las verificables en nuestro país, donde tenemos más de un 40% de trabajo no registrado). Así las cosas, consideramos también a la inspección del trabajo como otra *herramienta estratégica*. La regularización de la

informalidad es un tema central y tutelar (Gambacorta 2018).

Desde la centralidad de la inspección se requiere una estrategia focalizada pero también articulada de las dependencias del Estado; con el rol que primigeniamente la compete al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación al que se agregan las autoridades administrativas del trabajo locales.

Hay precariedad en el trabajo y en su registración, en general y, en particular, la situación del trabajo rural se yergue vergonzosa y vergonzante: el mayor nicho para el trabajo infantil y demás abusos. De otra parte, desde un *Enfoque crítico tutelar*, consideramos que la protección en el ámbito de la economía informal y la informalidad, en términos generales, se debe *laboralizar en un sentido integrador*.

Es indudable el impacto redistributivo que brindaría, solamente, la mera regularización laboral de las y los trabajadores informales. Esto, amén de la necesidad de puestos de trabajo de calidad que se requerirían en un modelo de mayor y más complejo desarrollo, superador de una primarización que cada vez evidencia más su *insuficiencia inclusiva*.

5.3. *El rol estratégico de la organización sindical*

Desde nuestro *Enfoque crítico tutelar* atribuimos a la organización sindical un rol estratégico como actor

gremial, social y político. La relevancia de su estructura organizativa y su proyección en la que se verifica en la negociación colectiva son un elemento sustancial de las relaciones laborales. Por esto, reivindicamos la *concentración de la representación* y la *unicidad sindical* en vista a evitar la atomización del poder sindical. A modo de ejemplo, desde el *Enfoque crítico tutelar* proponemos superar los conflictos de encuadramiento y para ello postulamos una mayor *concentración estructural en términos federativos y confederativos*.

Todo lo anterior, en virtud de que los sindicatos están llamados no solo a la defensa de los intereses de las y los trabajadores en sus ámbitos laborales sino también —ante la complejidad del conflicto social y en el marco de la *hegemonía deslaborizadora* vigente— a una defensa articulada de los intereses de los trabajadores y trabajadoras no reconocidos como tales.

Como parte del rol del Estado, queremos impulsar la construcción o reconstrucción de una alianza estratégica de éste con los sectores del trabajo a los que, respetando la autonomía de sus organizaciones, tutele y promocióne en su accionar y articule con ellos para sostener transformaciones necesarias. Simultáneamente, hablamos de articularse, desde los sindicatos con las organizaciones sociales; nucleándose en una sistémica unidad de acción; a partir de considerarse sus

respectivos integrantes, antes que nada, trabajadores y trabajadoras.⁸

Con relación a lo mencionado en el párrafo precedente; los Estados, si asumen su rol como orientadores para la defensa del interés general, deberían, en el marco de nuestro *Enfoque crítico tutelar*, diseñar políticas públicas que construyan y convaliden «institucionalidades» para la inclusión de los más postergados; a tal fin, dichos postulados requieren de *acciones y políticas integradas con los actores sociales*.

6. Para concluir

Mediante nuestro *Enfoque crítico* queremos construir una *taxonomía laboral* que fortalezca el discurso de la *centralidad del trabajo dependiente tutelado* en favor de las mayorías que trabajan, impulsando la integración de los que se encuentran sin trabajo o trabajando al margen del *sistema protectorio laboral*.

Postulamos *establecer y restablecer categorías* para renovar un discurso que denominamos *socio-económico-laboral*, sin alterar la sustancia de esos principios y para reforzar la

⁸ Cfr. Gambacorta, M. L. (2020). La representación social de inclusión ante la hegemonía deslaborizadora (ponencia en GT 1: La representación sindical y social frente a la desigualdad: estructuras de organización, articulaciones y complementariedades ante las transformaciones en el mundo del trabajo). *II Jornadas Democracia y Desigualdades*. UNPAZ, Universidad Nacional de José C. Paz, 22 de octubre de 2020.

lógica tutelar que conlleva dicha *centralidad del trabajo dependiente tutelado*; la cual debe ir, directamente, de la mano de la dignidad de las y los que trabajan.

La construcción y/o reconstrucción de un discurso se articula para configurar la realidad. El *Enfoque crítico tutelar* busca reconstruir un discurso que permita proteger y defender los derechos que hoy se quieren avasallar desde una *hegemonía deslaboralizadora*.

Impulsamos una nueva gramática laboralista, interdisciplinaria y transdisciplinaria; sustentada en los principios basales del derecho del trabajo, pero con la intención de una acción comunicacional remozada y accesible, en vista de su instrumentalidad para la transformación; sobre todo, por parte de quienes deben materializarla.

El *Enfoque crítico tutelar* es, como todo análisis crítico, dinámico y adaptable a las nuevas realidades, pero con los fundamentos de siempre y, consecuentemente, con un *anclaje en la justicia social*. Por ello, está dispuesto a dar batallas en el lenguaje y en la construcción de sentidos.

A modo de ejemplo, señalamos que, consideramos más adecuado hablar de *trabajo del futuro* que de futuro del trabajo, y esto, no es meramente un juego de palabras. El futuro del trabajo, a nuestro juicio, esta cargado de la incertidumbre general; y en lo que nos ocupa, terminaría siendo funcional a esa *hegemonía deslaboralizadora*, en tanto se lo presenta como excluyente e ineludible. Es así

como preferimos hablar de un *trabajo del futuro*, un trabajo que puede tener modificaciones pero que existe, se sostiene en el tiempo y el espacio. Aquí también hay cambios y transformaciones, pero se mantiene la lógica esencialmente protectoria del derecho del trabajo.

El trabajo, y el *trabajo del futuro*, son una construcción colectiva. Conceptos y parámetros que, al igual que otras temáticas, requieren un *escenario obligacional más riguroso*.

Ante la hostilidad manifiesta de la *hegemonía deslaborizadora*, de la que son víctimas las organizaciones sindicales, sus representantes y representados, por parte de empresas y Estados; merecerían considerarse aspectos como los relacionados con la plena vigencia de la libertad sindical, sobre todo en términos de negociación colectiva; sin desatenderse problemáticas en torno a jornada laboral, edad jubilatoria, contratación de jóvenes, reforma tributaria de carácter progresivo, acción inspectiva, y sistema de riesgos del trabajo.

Por otra parte, y no por ello de menor importancia, deviene inescindible de todo lo anterior, la enseñanza y divulgación del derecho del trabajo y de la seguridad social (sea en ámbitos sindicales o académicos), requiriéndose proveer lo conducente para su contextualización, mejor comprensión, así como sensibilización de quienes serán operadores jurídicos o funcionarios. Ya que, si postulamos reformas con un *Enfoque crítico tutelar*, es sabido que se requerirá de

normas para su instrumentalización, pero quizás más de quienes puedan llevarlas adelante y luego sostenerlas en el tiempo, comprometiéndose con la vigencia de lo protectorio que establece nuestra Constitución Nacional.

Otra de las grandes tareas a desarrollar es proponer debates y acciones para, paradójicamente, salir de aquellos que se estacionan en el terreno de los derechos, aunque sin afectar la efectividad material de la distribución.

Sostenemos y compartimos con muchas y muchos trabajadores (que a menudo perciben esto más rápida y dinámicamente que en el propio ámbito académico) la necesidad de superar una agenda que pareciera solo poder fijarse por la prevalencia de la *hegemonía deslaborizadora* de grandes grupos económicos y sus medios —también hegemónicos— y ante la cual los Estados suelen ser pasibles, pasivos o complacientes. Finalizando, hemos querido manifestar que, *un Enfoque crítico tutelar para las relaciones laborales*, busca constituirse como categoría de análisis, en tanto se reconoce alineada consistentemente con las previsiones protectorias que manda nuestra Constitución Nacional para la defensa y promoción de los intereses de las y los trabajadores.

Referencias

Benjamin, W. (2012). El capitalismo como religión. En *Angelus Novus escritos de Walter Benjamin* (128-132). Granada, España: Editorial Comares. (Trabajo original publicado en 1921).

Cárcova, C. M. (2009). Notas acerca de la teoría crítica del derecho. En C. Courtis (Comp.) *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho* (2ª ed., pp. 19- 38). Buenos Aires, Argentina: Eudeba, Facultad de derecho. UBA

Cárcova, C. (2019). *Entre normas, principios, razonamiento, tolerancia y verdad*. Santiago de Chile, Chile: Olejnik.

Cárcova, C. M. (2009). Notas acerca de la teoría crítica del derecho. En C. Courtis (Comp.) *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho* (2ª ed., pp. 19- 38). Buenos Aires, Argentina: Eudeba, Facultad de derecho. UBA

Ciuro Caldani, M. (2020). *Una teoría trialista del derecho. Comprensión jusfilosófica del mundo jurídico* (2ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Cossio, C. (1940). El substrato filosófico de los métodos interpretativos. *Jurisprudencia Argentina*, 71, 25-42. Recuperado de: http://www.carloscoossio.com.ar/wp-content/uploads/2014/01/1940_substrato_filosofico.pdf

Francisco I. (2020). *Carta Encíclica Fratelli Tutti sobre la Fraternidad y la Amistad Social*. Roma, Italia: Librería Editrice Vaticana.

Francisco I. (2015). *Carta Encíclica Laudato Si' sobre el Cuidado de la Casa Común*. Roma, Italia: Librería Editrice Vaticana.

Gambacorta. M. L. (Director) (2018). *La estructura de la negociación colectiva como proyección del modelo sindical vigente*. Buenos Aires, Argentina: UMSA.

Gambacorta, M. L. (2015). Poder de policía laboral y resguardo de la libertad sindical como principio rector del derecho colectivo. *Revista Derecho del Trabajo, La Ley*, 75 (6), 1130-1135

Gambacorta, M. L. (2020). *Protección en el ámbito de la economía informal y derechos sociales vs. no empleables, descartables y excluidos*. *Jornal Estado de Direito*. Recuperado de:
<http://estadodedireito.com.br/proteccion-en-el-ambito-de-la-economia-informal-y-derechos-sociales-vs-no-empleables-descartables-y-excluidos/>

**Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Salvador.
Universidad del Museo Social Argentino (UMSA),
Doctorado en Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho.
Universidad de Buenos Aires. Ciudad de Buenos Aires,
Argentina
Correo electrónico: mlgambacorta@gmail.com*

**PROBLEMAS SOBRE VALORES Y MÉTRICAS: A
PROPÓSITO DEL USO DEL ENFOQUE
INDIFERENCIALISTA EN LA TEORÍA DE ROBERT
ALEXY**

PROBLEMS OF VALUES AND METRICS: ABOUT THE
USE OF THE INDIFFERENTIAL APPROACH IN
ROBERT ALEXY'S THEORY

*Por Pablo A. Iannello**

Resumen

En este trabajo se presenta una reflexión sobre el uso de curvas de indiferencia como herramienta para representar la noción de ponderación en la propuesta de Robert Alexy. El ensayo parte de una revisión de los conceptos propuestos por el autor que han sido objeto de estudio por parte de la teoría económica, revisando algunos de los principales aportes en este sentido. Luego se focaliza en el modo de la utilización de curvas de indiferencia propuesta por Alexy en Teoría de los Derechos Fundamentales, diferenciando la utilidad del instrumento en la teoría económica y de los objetivos que persigue su uso en la teoría de la ponderación. Posteriormente, se realizan algunas observaciones que marcan la incompatibilidad del objetivo propuesto con la utilización de la herramienta. Se arrojan algunas ideas que intentan compatibilizar la intensión de Alexy en su

análisis de ponderación. Sin embargo, hará notar que para que dicha empresa tenga éxito, será necesario realizar ciertas concesiones que no es evidente que sean compatibles con la propuesta del autor. A modo de cierre se presentan, sin entrar en su análisis algunas líneas exploratorias a modo de futuras investigaciones.

Palabras claves: Ponderación, Teoría de los derechos Fundamentales, Teoría económica.

Summary

This paper presents a reflection on the use of indifference curves as a tool to represent the notion of weighting in Robert Alexy's proposal. The essay is based on a review of the concepts proposed by the author that have been studied by the economic theory, reviewing some of the main contributions in this regard. Then it focuses on the way of using indifference curves proposed by Alexy in Theory of Fundamental Rights, differentiating the usefulness of the instrument in economic theory and the objectives pursued by its use in the theory of weighting. Subsequently, some observations are made that mark the incompatibility of the proposed objective with the use of the tool. Some ideas are launched that try to reconcile Alexy's intention in his weighting analysis. However, it will be noted that for such an undertaking to be successful, it will be necessary to make certain concessions that are not clearly compatible with the author's proposal. Finally,

some exploratory lines are presented, without entering into their analysis, as a way of future research.

Keywords: Weighting, Theory of Fundamental Rights, Economic Theory.

I. A modo de introducción

Sin dudas las ideas de Robert Alexy ocupan un lugar preponderante en el desarrollo de la teoría jurídica de los últimos treinta años. Alexy ha sido pionero en ofrecer una propuesta que ha dado fundamentos al desarrollo del Estado constitucional de Derecho, el cual se consolidó en Europa en la segunda mitad del siglo XX. En la actualidad cualquier trabajo serio en materia de principios, proporcionalidad y derechos fundamentales debe tomar como referencia los trabajos del autor alemán.

Los desarrollos de Alexy han sido objeto de diferentes críticas y observaciones lo que ha llevado al autor en algunos casos a revisar sus postulados iniciales.

El presente trabajo tiene por objeto presentar una reflexión sobre el uso de curvas de indiferencia como herramienta para representar la noción de ponderación en la propuesta del citado autor. Si bien esta forma de presentación de la ponderación no resulta expuesta en

trabajos posteriores, no resulta claro el motivo de su exclusión.

El ensayo parte de una revisión de los conceptos propuestos por el autor que han sido objeto de estudio por parte de la teoría económica, revisando algunos de los principales aportes en este sentido. Luego se focaliza en el modo de la utilización de curvas de indiferencia propuesta por Alexy en Teoría de los Derechos Fundamentales (TDF), diferenciando la utilidad del instrumento en la teoría económica y de los objetivos que persigue su uso en la teoría de la ponderación. Posteriormente, se realizan algunas observaciones que marcan la incompatibilidad del objetivo propuesto con la utilización de la herramienta. Se arrojan algunas ideas que intentan compatibilizar la intensión de Alexy en su análisis de ponderación. Sin embargo, hará notar que para que dicha empresa tenga éxito, será necesario realizar ciertas concesiones que no es evidente que sean compatibles con la propuesta del autor. A modo de cierre se presentan, sin entrar en su análisis algunas líneas exploratorias a modo de futuras investigaciones.

II. La propuesta de Robert Alexy: proporcionalidad principios y optimización

Robert Alexy entiende que el Derecho es un fenómeno que posee una naturaleza dual. Contiene una dimensión fáctica, o institucional y una dimensión ideal. Mientras que la dimensión fáctica se expresa a través de la legalidad, la coerción y la eficacia social; la dimensión

ideal se expresa en la pretensión de corrección. Este último concepto contiene dos aspectos importantes. Por un lado, las normas deben identificarse de manera correcta, por el otro, las normas deben aplicarse correctamente.

Pareciera que a partir de esta noción de «aplicación correcta» del Derecho existirá algún grado de conexión entre el Derecho y la moral. Se sigue de lo dicho que en el caso de las normas de mayor jerarquía debe existir algún criterio de decisión sobre su aplicación cuando ellas no puedan aplicarse en la totalidad de su contenido. Esta última es la idea de principio entendido como «mandato de optimización» (Ramião,2018).

Alexy entiende que las normas constitucionales son órdenes que deben ser cumplidas en la mayor medida de lo posible. Esa idea de realización posible tiene como condición subyacente la limitación para la realización completa del Derecho otorgado por la norma constitucional; y que resultaría por la existencia de otro principio que colisiona con el primero.¹

La colisión de principios deriva en la aplicación de una regla que permite su resolución: la proporcionalidad.

¹ La clasificación de Alexy de reglas se basa en la diferenciación entre reglas y principios. Mientras que las primeras suponen que una acción podrá o no podrá realizarse, el principio presupone la imposibilidad de realización completa.

La proporcionalidad posee tres pasos: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La adecuación implica que la restricción del principio debe ser idónea para alcanzar el objetivo propuesto. La necesidad implica que el objetivo debe ser alcanzado a través de la menor restricción de principios posible. Por último, la proporcionalidad en sentido estricto implica que cuanto más severa es la restricción en un principio más importante deben ser los intereses que se buscan proteger a través del principio tutelado (Alexy, 2017).

Esta noción recibió diferentes críticas y por eso se elaboró una segunda versión del concepto de principios que los define ahora como órdenes a ser optimizadas. En este sentido el principio es un objeto sujeto a una meta-regla de optimización que podrá o no podrá ser optimizado (Alexy 2000).

Como se expuso en el párrafo anterior, esta segunda versión fue el resultado de una serie de críticas a la primera versión que se basaban en la idea que los principios no son sino reglas sujetas a una meta-regla de optimización.²

Un punto muy interesante expone que la estructura de los principios, al menos en su primera versión, es que

² El cambio en la concepción de principios se debió entre otras a la crítica que formula Aarnio (1997) a la idea de principios. Rubén Ramião (2018) formula una gran explicación de los motivos que, al menos desde el positivismo, tornan difícilmente viable la nueva formulación propuesta por Alexy.

puede enunciarse en una forma del tipo: *x debe ser maximizado*. Esta es una idea que es perfectamente aplicable en el diseño de políticas públicas que deben enfrentar el dilema de balancear intereses en juego al diseñar una norma. Sin embargo, la graduación deviene más compleja en el caso de la aplicación judicial de los principios constitucionales, donde el principio adoptado prevalece en totalidad sobre el no adoptado. Lo que luce coherente con el concepto de principio en el sentido propuesto por Dworkin. De esta manera utilizar el concepto de optimización o maximización como criterio dentro de la teoría jurídica es problemático y resultaría más adecuado utilizarlo en el diseño de un concepto de estado o de una teoría de la justicia (Ramião 2018).

III. Estudios y críticas sobre la economía de la ponderación

Existen numerosos trabajos que se dedican de manera directa o indirecta a analizar un análisis económico que contiene el principio de proporcionalidad expuesto por Alexy en particular su regla de ponderación. Ello sobre todo porque el propio autor hace referencia a nociones típicas de la economía en su propia exposición (Tuzet, 2020; Lindahl, 2017; Canale & Tuzet, 2020).

En esta sección se revisan algunos argumentos, seleccionados quizás con cierto grado de discrecionalidad, que guardan relevancia para el análisis que propongo en la sección siguiente.

De la diversidad de estudios existentes varias de las propuestas sobre el análisis económico de la teoría de los principios se focalizan en el estudio de la ley de ponderación. Creo que esto ocurre por varios motivos. En primer lugar, la idea de principios como mandatos de optimización parecieran tener al menos un carácter evocativo sobre la idea de maximización de las funciones de utilidad que ocupan un lugar muy relevante en la microeconomía *mainstream*. En segundo lugar, porque la idea de ponderación y proporcionalidad implican necesariamente alguna propuesta de análisis costo-beneficio y ello implica: tener una teoría de la decisión y una teoría de la racionalidad para realizar ese análisis. Esta idea tiene una importante tradición en economía incluyendo su aplicación al análisis económico del derecho y al diseño de políticas públicas (Kaplow, 2011 *apud* Tuzet, 2020, p. 5). Solo a modo de ejemplo, Alexy siempre ha utilizado ideas más alineadas con la economía «clásica» pero no ha intentado aplicar sesgos cognitivos a ninguno de los pasos de su teoría de la ponderación.³

Usualmente la fórmula de ponderación, en su forma de tríada, supone como se indicó, un interesante ensayo de promover algún tipo de análisis costo-beneficio de tipo cardinal, puesto que lleva a considerar no solo el orden de los derechos sino la intensidad de su afectación. Alexy entiende que la aplicación de Derecho está sujeta a

³ Ciertamente que esta idea, sería muy atractiva, pero debería realizarse en un trabajo serpaado e intentar conservan la idea original de Alexy.

ciertos límites informacionales y por eso considera que la ponderación está sujeta a ciertos límites posibles fácticos y epistémicos de estimar los resultados de la aplicación de derechos constitucionales.⁴

Ello implica que la necesidad de aplicar un criterio permita sopesar el valor del derecho en juego por las posibilidades concretas de su aplicación. Sin embargo, no resulta clara la métrica en este aspecto. Usualmente debería referirse a probabilidades en términos de cálculo probabilístico.

Pero como bien se ha señalado en el plano judicial el juicio se realiza sobre los hechos que se toman como probados y no sobre probabilidades.⁵

La construcción de la proporcionalidad a través del uso de herramientas económica no se encuentra exenta de problemas a la hora de revisar su «robustez». Es cierto que, a lo largo de su obra, incluyendo el análisis que se plantea en las secciones subsiguientes de este trabajo, Alexy suele moderar el impacto de la utilización de los conceptos cuantitativos y económicos alegando que son simples ilustraciones (2003).

⁴ Alexy reconoce que ha hecho mejoras a su propuesta original.

⁵ Citando una observación realizada por H. Spector, *vide*: Zuleta H. (2018). Fundamentos racionales del principio de proporcionalidad en la concepción de Robert Alexy. *Conferencia dictada en las XXXII Jornadas de la AAFD Derecho, Política y Moral*. Otra posibilidad es que uno se refiere a la probabilidad de error por parte del juez, el denominado error judicial. Pero ello no es lo que parece sugerirse en la teoría.

Sin embargo, hay quienes encuentran en la presentación de su fórmula una aproximación al concepto de balance en términos matemáticos, pero a la vez muestran que el mismo resultado puede expresarse sin necesidad de apelar al análisis numérico propuesto (Lindahl, 2017, p. 563).

Puede concederse que el análisis de la forma triádica es más completo que el análisis inferencial que analizo en la sección siguiente. Ello en tanto permite separar las condiciones de racionalidad en la ponderación de derechos, de la relación que estos guardan con los presupuestos empíricos en los que se basa el razonamiento realizado. Pero además porque permite expresar de manera más clara el enfoque cardinal. Lo cual no es un tema menor, puesto que una cosa es ordenar los derechos en base a razones para su aplicación (correctas o no), y otra muy diferente es otorgar un grado de probabilidad a la plataforma fáctica sobre la que se desarrollan las conclusiones para esas razones.

Parece poco probable que Alexy tenga en mente una aplicación aritmética de su regla de ponderación y eso, al menos para mí, no es un problema en su teoría. Sí encuentro una objeción en la utilización de una teoría que presupone una métrica, previamente aceptada para realizar medidas de valor sobre cualquier conjunto de entes. En otras palabras, los números hacen sentido porque hay una escala previamente aceptada sobre el orden de los números. Atribuir valores numéricos para

comparar dos estados de cosas, o cualquier otra entidad parte de una premisa que es que los estados de cosas son comparables, esto no es algo obvio y es una condición que si se pretende comparar las bases que permiten la comparación se hagan explícitas.⁶

Ya se ha expresado con meridiana claridad que el problema no son los números sino las operaciones aritméticas que resultan problemáticas puesto que no proveen una base adecuada para la decisión racional a menos que se hagan concesiones significativas.⁷

Por otro lado, hay estudios por demás interesantes y bien fundados sobre la posibilidad de comparar ciertos valores. Entre los más destacados, encuentro aquellos que intentan computar funciones de utilidad diferentes basados en la idea que, si bien los valores pueden ser inconmensurables, uno puede a partir de una regla establecer cierto orden lexicográfico.⁸

Sin embargo, no queda del todo claro si este tipo de propuestas son aplicables en el marco de una teoría de los derechos como la que intenta sostener Alexy y si lo son, cual es la semántica que adoptarían los términos de optimización y eficiencia.

⁶ Existen quienes entienden que los valores no pueden compararse y que por tanto este tipo de propuestas poseen algún problema de inconmensurabilidad. Esta posición ha sido desarrollada extensamente por Ruth Chang (1997, 2012).

⁷ Cfr. Zuleta (2018) *op.cit.*

⁸ Una muy buena aplicación de este esquema se encuentra en Veel (2010).

IV. La ponderación como ordenación de enunciados de preferencias e indiferencia

Esta sección tiene por objetivo realizar un repaso sobre los principales argumentos que brinda Alexy en relación con la ley de ponderación y su posible representación a través de curvas de indiferencia.

En su obra TDF Alexy desarrolla con un muy minucioso análisis su fórmula de ponderación. El entiende que la utilización de argumentos jurídicos generales debe aplicarse en el marco de enunciados de preferencia. Concretamente expresa: «si sólo existieran estos argumentos [generales] uno podría pensar en renunciar al enunciado de preferencia y referir la fundamentación exclusivamente a la regla que de él se sigue» (Alexy, 1993, p. 160).

De esta manera el autor enuncia la ley de ponderación: «Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia del otro» (*Ibidem*, p. 161).

Alexy entiende que la medida permitida de no satisfacción de un principio depende del grado de importancia de la satisfacción del otro, y ello es posible porque en la definición del concepto de principio a través de la cláusula «aquello que es posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas» entiende que lo que es ordenado por el principio es puesto en relación con

aquello que es ordenado por principios opuestos (*Ibidem*, p. 162).

Seguidamente apela para «ilustrar» las ideas detrás de la ley de ponderación curvas de indiferencia. Mostrando que existe un individuo (a) para quien frente a la disminución de un derecho (d1) es necesario un aumento en el derecho (d2) y refiere que este tipo de curvas responden al concepto de tasa marginal de sustitución. Correctamente, a mi criterio indica que este tipo de curvas de indiferencia no se concuerdan con la ley de ponderación. Dado que podría existir un individuo (b) para quien el orden de preferencias con relación a (d1, d2) sea diferente. En cambio, la ley de ponderación apunta a la importancia de la satisfacción del principio opuesto. Aquí no se considera la importancia que un sujeto realiza de un d1 con relación a un d2, sino de «cuan grande es la importancia que se le debe conceder a los (d1...d2... dn). De lo que se trata entonces es del establecimiento de «curvas de indiferencia correctas», que contemplen la importancia relativa correcta y que debe representarse, en una curva de indiferencia de segundo grado que acontece en algún meta nivel (Alexy, 1993, p. 163).

O sea, no importaría el valor que los individuos le concedan a sus derechos, sino que la ponderación derivaría de una métrica que sería la de la meta regla. Que no puede ser lo que los individuos valoren los derechos porque entonces la meta-regla debería resultar de las funciones de utilidad de los individuos. A lo

menos eso es lo que se sigue de la idea de las funciones de utilidad que hay detrás de las curvas de indiferencia.⁹

Esta curva que ocurre en un meta nivel contiene los términos correctos de ponderación en el caso concreto donde el juez ha evaluado las posibilidades jurídicas y fácticas en la limitación del principio (figura 1).

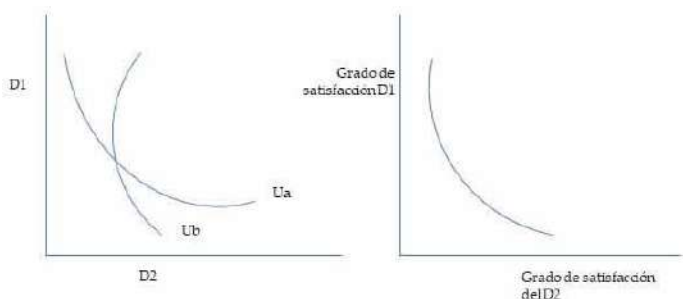


Figura 1

Ahora bien, Alexy va más allá y entiende que esta curva de «segundo grado» tiene la propiedad que debería coincidir con la pendiente de las curvas de indiferencia de (a) y de (b) y que por tanto si el valor en abstracto que

⁹ Aquí lo más problemático es que no se expresa como se pasa de una curva de indiferencia que expresa valores de sustitución de un derecho en términos de otro por parte de un individuo a una curva de indiferencia que contiene valores correctos. ¿Sería una función social, resultante de sumatoria de utilidades individuales? Es muy poco probable, Alexy está construyendo una teoría para el razonamiento judicial, ¿pero entonces qué métrica se usa?

le conceden a d1, d2 es similar el grado de limitación que concederían a d1 para garantizar mayor cantidad de d2 debería coincidir. Sin embargo, reconoce que para la aplicación de la ponderación real se requiere además de la condición de la necesidad de afectaciones. El examen de necesidad conecta, al menos en la idea del autor, el enfoque indiferencialista con el criterio de optimalidad de Pareto. Este criterio funciona asumiendo que solo se justifica el paso de una constelación «A» a una constelación «B» si en el cambio todos los participantes resultan indiferentes y al menos uno experimenta una mejora (Alexy, 1993, p. 164, n. 222).

Un último punto es, que al menos en esta versión que plantea Alexy el análisis ordinal y el análisis cardinal no conviven, sino que pareciera que uno se derivara del otro. Creo que esta idea resulta al menos discutible puesto que no queda muy claro por qué para los individuos que son titulares de los derechos su disfrute o ejercicio deba ser expresado exclusivamente en términos de un orden de preferencias; mientras que la corte debe ponderar los derechos basándose en los términos relativos correctos de los mismos sin saber si el criterio de corrección que pueda adoptarse sea coherente con un análisis de preferencias.

V. Varias dudas y una propuesta

Parece oportuno recordar lo expuesto en la introducción del trabajo en lo que respecta al valor que las ideas de Alexy ocupan en el repertorio de la teoría del Derecho.

La contribución que su trabajo ha supuesto al estudio de la forma de argumentación sobre Derechos Fundamentales en particular no puede cuestionarse.

Sin embargo, quizás algunas herramientas puedan mejorarse. Por ello me animo a afirmar que la utilización de las herramientas económicas puede no ser el mejor mecanismo para lograr el objetivo que el autor se propuso. Especialmente el uso del sistema indiferencialista mencionado en el apartado anterior parece traer más complicaciones que soluciones a sus ideas.

La utilización de curvas de indiferencia se corresponde con la revolución ordinalista de la economía. Mientras que la primera utilización del concepto de curva de indiferencia lo podemos encontrar en el trabajo de F. Y Edgeworth, el desarrollo de la teoría ordinal en economía lo encontramos en los trabajos de Fisher y Pareto (Lenfant, 2012).

Concretamente Edgeworth presentaba las curvas de indiferencia como los puntos que separaban el conjunto de intercambio que eran aceptables para un individuo del conjunto que el agente rechazaría para mostrar que existe una curva de contrato que puede entenderse como la serie de intercambios posibles entre dos partes. De manera tal que el concepto de curva de indiferencia deriva necesariamente del concepto de utilidad.¹⁰

¹⁰ Una muy buena reseña de los principios que orientan la formación de funciones de utilidad en la microeconomía convencional y de los

Posteriormente Allen and Hicks manifestaron no tener interés por «la semántica de la curva» sino que la presentaron como un mero instrumento matemático para medir relaciones entre bienes a través de la tasa marginal de sustitución. Finalmente, con la propuesta de Samuelson sobre la teoría de las preferencias relevadas que permitió la utilización de esta herramienta basada sobre ciertas premisas positivistas y cierta axiomática que permitió «operativizar» el concepto para la obtención de la demanda (Lenfant, 2012).

Entonces se pueden comprender a las curvas de indiferencia como una representación geométrica de las preferencias individuales en la relación del orden de elección de dos bienes, asumiendo preferencias reveladas conceptualizadas en un orden aritmético a través de una función de utilidad (Allen, 1934).

Estas preferencias que deben responder a ciertos axiomas para que sean modelables y para poder tener la estructura que es aquella presenta Alexy en su TDF. Su teoría guarda silencio respecto si se aceptan esos axiomas para expresar la relación de sustitución entre derechos. Y ello no es trivial, puesto que la forma en la que se expresa las curvas de indiferencia en la obra citada es una de entre muchas otras posibles (*Ibidem*).

Usualmente en las elecciones ordinales de dos bienes, las curvas de indiferencia muestran una forma convexa

efectos de sustituir cada uno de los principios puede encontrarse en Kreps (2018, pp. 7-28).

resultantes de funciones de tipo Coob-Douglas. Ello es así porque lo que pretende es una combinación de bienes que resulte indiferente a otra. Si se adoptaran curvas de utilidad cóncavas lo que se prefiere es la «especialización» en uno de los bienes.¹¹

Quizás por ello la forma «estándar» de las curvas de indiferencia son intuitivamente atractivas para Alexy a la hora de buscar alguna combinación de derechos. Le permiten expresar la idea de sustituibilidad de un derecho en términos de otro, de manera parecida a la que un individuo sustituye cantidad de un bien por cantidad de otro bien.

De esta manera se reforzaría el concepto de mandato optimización en donde justamente se intenta satisfacer dos derechos en la mayor medida de lo «posible».

Se podría, sin demasiado problema, hacer una concesión a la teoría asumiendo que lo que se intenta mostrar es que la ley de ponderación cumple con las reglas básicas de la elección racional y que ello conlleva a asumir algunos supuestos tradicionalmente aceptados en economía.

¹¹ La propuesta de Alexy guarda silencio sobre los postulados de la teoría de la elección racional que se requieren para operativizar sus reglas de ponderación y en concreto el motivo que lleva a la representación geométrica que propone en *Teoría de los derechos fundamentales* (1993). Para las implicancias que implican estos postulados ver Kreps (2018).

Aquí habría que realizar algunas aclaraciones adicionales antes de avanzar. La propuesta inicial de Alexy contiene una visión ordinal de la relación de sustitución, al menos al momento de presentar las curvas de indiferencia. Esta relación reposa sobre ciertos conceptos que permiten construir, como ya se expresó, ordenaciones aritméticas de preferencias individuales. De allí que puedan transformarse infinitamente y obtener infinitas relaciones de preferencias y por ende infinitas curvas de indiferencia. En otras palabras, decir que 0°C es frío y que es igual a 32°F requiere una escala y una métrica de comparación, pero la medición numérica de temperatura es infinita.¹²

Por otro lado, nada se dice respecto de las cantidades de los derechos a conceder puesto que existirían infinitas curvas de indiferencia y un individuo racional dotado de derechos D1 y D2 tenderá a preferir siempre la mayor combinación de ambos posibles.¹³

La propuesta se vuelve más compleja de compatibilidad con la noción de curvas de indiferencia de segundo grado o meta-reglas. Sobre todo, con la pretensión expresa que formula el autor en cuanto a que esta meta-regla no expresa las preferencias de los individuos sobre

¹² Sobre los problemas de la métrica de intervalos y los problemas de inconsistencia que allí se presentan véase Zuleta, 2018 (*op. cit.*).

¹³ La relación de sustitución que se plantea requiere preferencias completas, transitivas, reflexivas, monótonas, con ausencia de saciedad local, diferenciables entre otros principios.

los derechos, sino «el correcto peso de los derechos ponderados» (Alexy 1993, p. 163).

En primer lugar, Alexy formula una representación de una nueva curva de indiferencia en donde en lugar de ponderar derechos pondera grados de satisfacción/restricción de los derechos. Si realmente Alexy considera que los individuos poseen el mismo orden de preferencias entonces no habría motivo para transformar el orden a un grado de satisfacción. Por otro lado, un problema mayor, se plantea porque la curva de indiferencia de segundo grado está midiendo intensidades de derechos mientras que la primera solamente una ordenación de los derechos. El tema no es menor pues allí radica la principal diferencia entre las utilidades ordinales y cardinales. Si bien ambas son funciones, expresan maneras diferentes de representar las preferencias de los individuos.¹⁴

Alexy nunca consideró que la valoración de los derechos de los individuos pueda ser tener la mayor «cantidad de derechos (da,db)» de un individuo y que ello implique una restricción en la cantidad disponible de (da db) para otro individuo. Ello lleva a aceptar que existen infinitas curvas de indiferencia y la maximización implica obtener la mayor cantidad de derechos posibles. Es decir, cuanto más alejando de la ordenada al origen esté la curva de indiferencia para un individuo más

¹⁴ No me explayaré sobre los problemas de ordinalidad y cardinalidad pues estos han sido tratados de manera detallada por Lars Lindalh (2017, pp. 181 y ss.).

satisfacción por la combinación de derechos (da, db) para ese individuo.

Si lo que se necesita para la ponderación es una intensidad de las intervenciones entonces el juicio indiferencialista aporta poco a la discusión tal cual Alexy lo describe en TDF. Ello pues la indiferencia entre una cantidad (x, y) y otra cantidad de (x, y) es tal dada una cierta cantidad ex ante de (x, y) si lo que busca es el máximo posible de la cesta (x, y) es necesario desplazarse hacia una curva más alejada de la ordenada al origen. Este movimiento nunca se ha planteado. Sino que todas las comparaciones son siempre asumiendo una única cantidad sustituible de (x, y) o de Da, Db ; según el caso.

El análisis muestra que existe al menos un salto al pasar de considerar la relación de sustitución que un individuo I_1 o I_2 pueden poseer sobre Da o Db al grado de satisfacción de A y B de representado por curvas de indiferencia «correctas».

El argumento según el cual se afirma que «(...) las personas cuyas preferencias de primer nivel poseen en abstracto no pueden discutir que una afectación muy extrema de la libertad de expresión solo es posible si la importancia de la seguridad externa es muy alto». Ello pues las reglas de indiferencia buscan dejar a los individuos en situaciones de indiferencia es decir en donde les da igual cualquier combinación de bienes. No hay una curva de indiferencia con importancias relativas

correctas, a menos que se construya un mecanismo que permita inferir esa corrección.¹⁵

Si bien creo que el argumento de Alexy podría ser aceptable en la medida que considere que las decisiones de los jueces hacen «política pública» y que entonces deben considerar las consecuencias de sus decisiones, no parece que esto sea lo que propone el autor.

Puede intentar rescatarse la teoría de este problema transformando la intensidad de la restricción, en un continuo de elecciones de derechos. Es decir que las elecciones de los individuos estarían dadas de la siguiente manera:

I1 (SdA1, SdB1)

I2 (SdA2, SdB2);

Si asumiéramos, la estructura estándar diríamos que;

Ui1 f (SdA1, RdA1);

Ui2 f (SdA2, SdA2);

¹⁵ Aquí parece oportuno recordar a Martínez Zorrilla (2018) al indicar que la idea esbozada en el párrafo anterior es según la cual el análisis de optimización es más propio de un diseño de política pública que del razonamiento jurídico dogmático de la aplicación de la norma al caso concreto.

y;

Si las funciones adquieren la forma de una función Cobb-Douglas;

$$U_{i1} f J (SdA1^{\alpha}, SdB1^{\beta})$$

$$U_{i2} f J (SdA2^{\alpha}, SdB2^{\beta})$$

Entonces las TMS de I1 y I2 serían unas funciones de utilidad ordinales convexas. La comparativa de los posibles intercambios de los derechos para cada I en función del orden de sus preferencias pueden representarte en una caja de Edgeworth (figura 2).

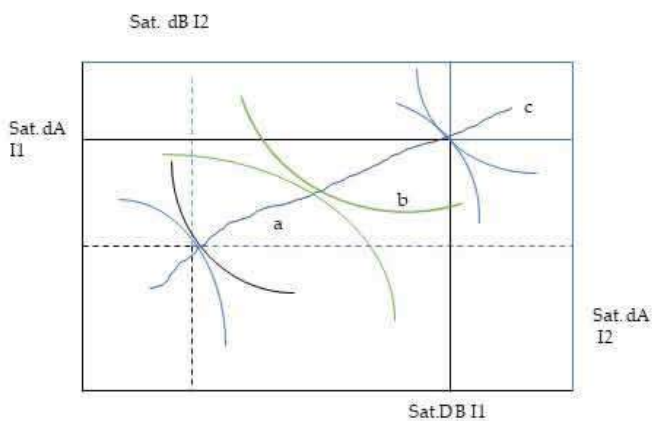


Figura 2

La meta-regla de Alexy se transforma en lo que se conoce como *curva de contrato*, que es coherente con la idea de realizar asignaciones óptimas en términos de Pareto en la asignación de recursos.

Pero claro, el análisis es viable solo si se aceptan algunos ajustes. Ello pues, la curva de contrato no establece en qué lugar de la distribución de derechos deberá elegirse el punto de contrato. Puede decirse que:

1. Existen tantos puntos de intercambio como en relación con los D1 y D2 y sus respectivas restricciones, como posibilidades de intercambio resulten de las preferencias de los individuos.
2. Todos los puntos en donde las curvas de indiferencia de I1 I2 se tocan solo en un punto arrojan una distribución Pareto eficiente dado ese orden de preferencias.
3. Existe una curva de contrato que indica cuales son todos los puntos Pareto eficientes posibles en los cuales los individuos no tienen incentivos a moverse del mismo.
4. Existe un punto adicional y es asumir que un criterio de corrección en la asignación sería aquel que cumpla con el requisito de súper-equidad (Baumol & Fischer, 1986, p. 19 a 25).¹⁶

¹⁶ El requisito de súper-equidad se cumple si la cesta que posee un individuo dada todas las distribuciones posibles es tal es simétrica y no da lugar a envidia.

Aquí se presenta una disyuntiva. El punto a lo largo de la curva de contrato no es elegido libremente por los individuos, sino que sería el juez quien determine cual es el lugar que se le dará a cada derecho en función del peso relativo que el entiende según las posibilidades fácticas y jurídicas.

Entonces estamos asumiendo que tanto los individuos como el juez preferirán el punto de súper-equidad a cualquier otro punto Pareto eficiente. En el caso de los individuos es posible. Si se asume la teoría económica estándar ello debería ser un resultado natural del mercado funcionando en condiciones ideales. Pero en el caso de la decisión judicial nos falta una premisa normativa que indique por qué prefiere ese punto a cualquier otro que también será óptimo de Pareto.

Otra opción sería asumir que la métrica de los derechos que el juez aplica sea la que resulte de la aceptación social. Pero para transformar ello a un análisis indiferencialista como el que propone Alexy necesitamos que las preferencias puedan ser aditivas, para ver «cual pesa más» y pareciera que eso está lejos de la propuesta del autor.¹⁷

¹⁷ No hay que dejar de mencionar que si lo que importa es que el juez haga la mejor distribución de derecho dentro de las posibilidades existen otras posibilidades menos democráticas para realizarlo por ejemplo un monopolista perfectamente discriminador asignaría los derechos en forma Pareto eficiente considerando el valor que cada individuo está dispuesto a «pagar» por ese derecho. Pero de eso no se

En conclusión, si bien uno podría intentar representar la meta-regla como una curva de contrato o bien no hay lugar para el conflicto, puesto que la única manera en que los conflictos alcanzan soluciones óptimas es través de la libre negociación de los derechos, o existe algún criterio que permita redistribuciones, que son posibles, pero difícilmente Pareto eficientes puesto que no representarán las mayores ganancias posibles para todos los involucrados.

¿Existe solución? Tal vez. Una solución que podría explorarse, que solo se enuncia aquí, pero que es objeto de un trabajo en curso de mayor profundidad, sería abandonar la pretensión de preferencias condicionadas en los términos de preferido a/o indiferente. Podría pensar en incorporarse lo que se denomina «argumento de pequeña mejora». Esta posibilidad implica incorporar una relación de paridad entre dos bienes que a priori son comparables solo en alguna de las características. Mientras que la paridad es una relación de simetría como la de preferencia no implica transitividad y permite comparar algún componente normativo diferente a la noción de preferencia (Chang, 2002; Gert, 2004).

Por supuesto que esto no soluciona ni todos los problemas de la teoría de Alexy ni tampoco implica que la idea de paridad esté exenta de problemas, pero al

sigue que la mayor realización de los derechos sea algo deseable a través de este mecanismo.

menos otorga una chance a la regla de proporcionalidad en el sentido de Alexy, pero debiendo apartarse de las herramientas económicas que hasta aquí se han expuesto.¹⁸

VI. Una nota sobre Pareto y la incomensurabilidad

Parte del análisis indiferencialista de Alexy reposa sobre algún atractivo que pareciera tener la eficiencia de Pareto para el análisis que propone. El criterio de Pareto ha sido aplicado de diferentes maneras en la teoría de Alexy. Por un lado, se aplica en su análisis triádico, pero también se propone en su análisis indiferencialista. El hecho de no contar con una posible teoría de la decisión previa da poco margen para que tenga sentido hablar de asignaciones de «Pareto eficientes». A lo largo de la curva de contrato existen infinitos puntos Pareto eficientes la elección de uno sobre otro debe responder a la elección de una teoría de los valores necesaria para la adjudicación y dicha teoría debe ser una que permita basarse en ajustes de sus consecuencias puesto que las distribuciones *ex-ante* Pareto eficientes no necesariamente lo son *ex-post*.

Por otro lado, se ha indicado, creo que correctamente que la restricción del derecho en el caso concreto conlleva una limitación en la función utilidad de alguno de los individuos no existe mucho sentido hablar de asignaciones Pareto eficientes en tanto alguno de los

¹⁸ Para una crítica de los problemas de paridad en relación con valores véase; Wasserman (2018).

individuos se encuentra en peor situación (Calabresi, 1991).

La comparación de la satisfacción de las utilidades de los individuos a partir de la «correcta ponderación» que supone su la curva de segundo grado guarda más una coherencia con un criterio Kaldor-Hicks (Tuzet, 2020).

Ya se ha mencionado en las secciones anteriores que Alexy también ha afirmado que sobre la expresión lógica de su fórmula del peso, los números no sustituyen los juicios o proposiciones sino que únicamente los representan (2003). Pero si tomamos esta posición como válida (al menos parece bastante coherente), entonces es necesaria una propuesta para solucionar los problemas de indeterminación y vaguedad en cuanto a los argumentos sobre valores. El argumento de pequeña mejora podría en el mejor de los casos servir como respuesta a los argumentos sobre la pluralidad de significados sobre los valores (Chang 1997, p. 14 y ss.). Si ese fuera el caso todavía debería darse una respuesta adecuada sobre la imposibilidad de cálculo en la deliberación práctica que sirve de base en ciertas situaciones de elección.

Ciertamente la incomensurabilidad no implica incomparabilidad. Pero de ello no se sigue que pueda utilizar el conjunto de herramientas de la economía. Por el contrario, el resultado de ese sofisticado (por cierto, perfectible) sistema de comparabilidad de preferencias es el resultado de diferentes postulados y axiomas que

deben aceptarse y que no parecen tan simplemente conciliables con la retórica del discurso que sigue Alexy (Sunstein, 1994).

Parece que existe poco lugar para tomar el criterio de Pareto en cualquiera de sus sentidos incluido el de eficiencia que propone nuestro autor tanto en la forma inferencialista como en la forma triádica de su test de proporcionalidad.

VII.A modo de conclusión

A lo largo de presente trabajo se ha intentado mostrar algunos problemas que presenta la concepción indiferencialista de la teoría de la ponderación de Robert Alexy. Mientras que el artículo se concentra en algunos posibles casos de inconsistencia entre la propuesta del autor y la teoría económica; ello no obsta la vigencia y la relevancia de su teoría del derecho.

He intentado mostrar que la superación de los problemas sería posible pero solo si uno está dispuesto a realizar una cantidad de aclaraciones y asumir una serie de postulados que no se siguen la propuesta de Alexy.

Parece que gran parte de la construcción que el autor pretende mostrar podría realizarse sin apelar a la teoría económica que colocan la propuesta en una situación compleja desde el punto de vista metodológico.

Ello es así dado que, las herramientas utilizadas como formas de intuición a lo largo del trabajo conllevan a ciertas confusiones sobre el alcance que se le pretenden dar a las mismas. Sobre todo, porque esos conceptos son el resultado de una teoría de la elección racional previamente aceptada, que es meramente instrumental, pero que tiene poder explicativo para ciertos estados de cosas y no para otros.

La propuesta de trabajar las curvas de indiferencia de «segundo grado» o meta-reglas, no llegan a solucionar estos problemas. Antes bien sirven para poner en evidencia que o bien uno necesita abrazar ciertos postulados metodológicos de la economía, que por cierto son muy utilizados en teoría de la decisión; o debe abandonar el uso de tales herramientas. Aun con el uso de la curva de contrato parece poco claro la manera de obtener «la medida correcta de los derechos».

Un último punto solamente enunciado es que podrían encontrarse soluciones si se abandonaran las nociones clásicas utilizadas por la economía y se adoptaran otro tipo de relaciones de simetría, que podrían ser en algún sentido más consistente con la idea del Derecho como el concepto de paridad. Este punto, como se indicó, es parte de un trabajo en curso más extenso.

Finalmente no puede pasarse por alto el alcance limitado de esta exposición quedando muchos temas simplemente mencionados pero no trabajados en profundidad, entre otros: cuál es una posible teoría de la

elección racional compatible con la idea de proporcionalidad de Alexy o un análisis más profundo sobre la posibilidad del juez como evaluador de los intercambios de derechos de los individuos en una sociedad y que eventualmente redistribuya en base a alguna teoría de lo bueno socialmente aceptada (puntos que exceden el marco del presente estudio).

Referencias

Alexy, R. (2003). On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*, 16 (4), 433-449.

_____ (2017). Proportionality and rationality. En V. C. Jackson & M. Tushnet (eds.) *Proportionality: New frontiers, new challenges* (pp. 13-29). Cambridge, UK: Cambridge University Press.

_____ (2000). On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, 13 (3), 294-304.

_____ (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales. (Original publicado en 1985).

Aarnio, A. (1997). Las reglas en serio. En *La normatividad del Derecho* (pp.17-36). Barcelona, España: Gedisa,

Allen, R. G. D. (1934). The nature of indifference curves. *The Review of Economic Studies*, 1 (2), 110-121.

Baumol, W. J. & Fischer, D. (1986), *Superfairness: applications and theory*. Cambridge Mass, USA: Mit Press.

Calabresi, G. (1991). The pointlessness of Pareto: carrying Coase further. *Yale Law Journal*, 100, 1211-1237.

Canale, D. & Tuzet, G. (2020). Can Constitutional Rights Be Weighed? On the Inferential Structure of Balancing in Legal Argumentation. *Bocconi Legal Studies Research Paper*, (3658366), 14p. Doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3658366>

Chang, R. (2012). Are hard choices cases of incomparability? *Philosophical Issues*, 22, 106-126.

_____ (2002). The possibility of parity. *Ethics*, 112 (4), 659-688.

Chang, R. (ed.) (1997). *Incommensurability, incomparability, and practical reason*. Harvard, USA: Harvard University Press.

Gert, J. (2004). Value and parity. *Ethics*, 114 (3), 492-510

Kaplow, L. (2011). Decision Theory. In H. E. Jackson, L. Kaplow, S. Shavell, W.K. Viscusi, & D. Cope. *Analytical Methods for Lawyers* (p.5). New York, USA: Foundation Press/Thomson Reuters.

Kreps, D. (2018). *Notes on the Theory of Choice*. London, UK: Routledge.

Lenfant, J-S. (2012). Indifference curves and the ordinalist revolution. *History of Political Economy*, 44 (1), 113-155.

Lindahl, L. (2017). On Robert Alexy's weight formula for weighing and balancing. In *Rights: Concepts and Contexts* (559-580). London, UK: Routledge.

Martínez-Zorrilla, D. (2018). Some thoughts about the limits of Alexy's conception of principles and balancing. In D. Duarte & Silva Sampaio, J. (eds.). *Proportionality in Law: An Analytical Perspective* (pp. 171-192). Cham, Schweiz: Springer Verlag.

Ramião, R. (2018). Some fundamental problems concerning Alexy's notion of legal principles. In D. Duarte & Silva Sampaio, J. (eds.) *Proportionality in Law: An Analytical Perspective* (pp. 157-170). Cham, Schweiz: Springer Verlag.

Sunstein, C. R. (1994). Incommensurability and valuation in law. *Michigan Law Review*, 92(4), 779-861.

Tuzet, G. (2020). Alexy and Economics. *Rivista di Filosofia del Diritto*, 9 (2), 293-308.

Veel, P. E. N. (2010). Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making. *Law & Ethics of Human Rights*, 4 (2), 178-228.

Wasserman, R. (2004). Indeterminacy, ignorance and the possibility of parity. *Philosophical Perspectives*, 18, 391-403.

**Abogado.*

*Magister en Análisis Económico del Derecho con Orientación
en Finanzas.*

*Director de la carrera de Abogacía, Facultad Ciencias Jurídicas
y sociales, Universidad del Museo Social Argentino (UMSA).*

*Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Ciudad de
Buenos Aires, Argentina*

Correo electrónico: pablo.iannello@umsa.edu.ar

Y LA REALEZA DESCENDIÓ DEL CIELO: IMAGEN E IDEA DEL PODER SOBERANO

AND THE ROYALTY DESCENDED FROM HEAVEN:
IMAGE AND IDEA OF SOVEREIGN POWER

*Por Rubén Darío Salas**

Resumen

El tema que nos ocupa se proyecta, en términos de teología política, en el ámbito de la Teoría del Estado, a pesar de definir el problema de la Realeza como un modelo cultural. Como objetivo, perseguimos señalar las razones que determinaron su permanencia. Lo proponemos a través de un método hermenéutico: específicamente mostrar algunas de las variables que definen el objeto de estudio. La construcción de la Realeza respondió al requerimiento anímico de conjurar los horrores de la historia.

Palabras clave: Cuerpo, Mito, Razón, Corona.

Summary

The subject we are dealing with is projected, in terms of political theology, within the scope of State Theory despite defining the problem of Royalty a cultural model. As an objective we seek to point out the reasons that determined their permanence. We propose it through a

hermeneutic method: specifically, showing some of the variables that define the object of study. The construction of Royalty responded to the soul requirement of conjuring up the horrors of history.

Keywords: Body, Myth, Reason, Crown.

Introducción

Este trabajo tiene como objetivo, primero, señalar sucintamente que no hay posibilidad de conocimiento alguno si no se advierte que, antes de cualquier idea o concepto, se encuentra en el humano una marca representativa o imaginal («inteligencia práctica» propiamente dicha) (Piaget, 1968, p. 22), cuya base es, en términos de Carl Jung, una imagen primordial o arquetípica (1970, p. 11-12). En segundo lugar, señalamos que la voz poder, antes que cualquier referencia abstracta, expresa, en el período totémico y primitivo, «una asimilación de las fuerzas de la naturaleza sobre todo el mundo animal» (Cirlot, 2014, p. 374). En tercer lugar, subrayamos que la Realeza aparece como el referente máximo del poder soberano, expresión mítico-religiosa, instancia preontológica y metajurídica, que sólo tardíamente devendrá concepto, idea. Realeza nacida de sus insignias y, entre ellas, la corona se nos presenta como la más poderosa, de allí que abordaremos el par Realeza-corona como si se tratara de la misma entidad de poder; en suma, la corona, como el trono, es una metonimia respecto de la Realeza.

La elección de este tema se fundamenta en lo siguiente: la Realeza, que se nos presenta hoy como forma de gobierno, como una institución anacrónica, encierra el poder soberano en su esencia. La ontología del poder soberano remite a ella; ignorarla implica suspender cualquier abordaje *crítico* de la teoría del Estado. La genealogía del Estado se encuentra en la Realeza y su declive es el de la civilización occidental y, por tanto, nos habla del siglo XIX.

El método que recorre el texto es a la vez comparativo y hermenéutico. Comparativo, porque este trabajo es el resultado de atender a los abordajes pertinentes de estudiosos de la filosofía, psicología, antropología, historia de las religiones, del derecho y de las ciencias políticas (Cassirer, Jung; Frankfort, Eliade, García Pelayo). Hermenéutico, en tanto nos interesa comprender algo; comprender el sentido de esa forma de poder que llamamos Realeza, desembozarlo como estructura que preserva su forma a lo largo del transcurrir histórico. Perseguimos abrir el objeto, en suma, ver, «comprender de qué se trata» (Heidegger, 2002, p.31-33; 145).

Arquetipos (imágenes primordiales) y mecanismos o conductas de defensa

Hablamos de poder y señalamos que se trata de un «arquetipo» o «imagen primordial», lo cual significa que se trata de una imagen primitiva, arcaica que se repite en distintas culturas de la misma forma, aunque variando su contenido. El conjunto de los arquetipos define el

inconsciente colectivo, o sea «un fundamento anímico de naturaleza suprapersonal existente en todo humano» (Jung, 1970, p. 10). La imagen visual o táctil, ya bajo la forma de pintura o de escultura, es la que capta y proyecta, aunque ya modificadas por el pensar consciente, esas imágenes primordiales, por tanto, cabe la afirmación del pintor William Blake para quien «la imaginación no es un estado, es la propia existencia humana» (Bachelard, 1958, p. 9) y es el imaginar más primario el que mejor capta lo prístino de lo observado, *v.gr.*, de aquello que se teme. Por tanto, «las principales manifestaciones de una potencia superior son simples magnificaciones de emblemas totémicos» bajo la forma de collares de dientes y garras, cuernos, tocado de plumas, que, en su contacto con el cuerpo, tienen un efecto inmediato, «la idea de poder», no sólo sobre el cuerpo, sino también sobre la actitud. Esa especial actitud, que le produce el adorno a su portador, le impone movimientos, ya de serenidad ya de dinamismo, a través del movimiento de los brazos, de la cabeza en actitud solemne o hierática. Asimismo, se define una jerarquía de poder, como el arte lo muestra, a través del empleo de la forma simétrica (una figura erguida entre dos animales), «simbolismo del nivel y del centro». En suma, el poder, en sí, traduce las ideas de «máxima identificación personal, defensa y concentración de fuerza, posesión de lo circundante, resplandor». El poder aparecerá entonces bajo la forma elemental de vara, con forma de cayado (curvo) o cetro (látigo), con el variado simbolismo de orientación, guía o mando. Cetro y corona, ambos vinculados con la Realeza (Cirlot, 2014, p. 374).

El sentimiento de poder es innato; se activa bajo la forma de defensa frente a otro conocido o desconocido que se vivencia como demoníaco o destructor. Por tanto, se activan las pulsiones más primarias o violentas que residen en el inconsciente colectivo. La fuerza del poder nace, entonces, como respuesta a un ataque; y esta respuesta, para hacerse más efectiva, se ritualiza a través de acciones que buscan la protección de lo *numinoso*.

Ahora bien, el poder es, primero, *imagen*, imagen primordial, arquetípica; imagen de flujo de fuerzas inconscientes. Frente a una realidad que se vivencia peligrosa y hostil, se accionan en el humano *mecanismos o conductas de defensa* que procuran preservar la integridad psicofísica. El psicoanálisis da cuenta de ello: el mecanismo de defensa busca proyectar las fantasías (actividad intrapsíquica inconsciente) que lo invade proyectándolas en algo representativo. Por este mecanismo, la comunidad y cada uno de sus integrantes pueden hallar alivio en su interior. La divinización del soberano o sus cualidades sobrehumanas son construidas *a priori* (inconscientemente) a los efectos de encontrar allí el refugio de alguien que carga con todos los impulsos hostiles y que, por tanto, el inconsciente idealiza como poderoso. El poder del monarca, dios el mismo o elegido por los dioses, imagen fascinante y tremenda, será lo que permitirá aquietar la ansiedad persecutoria. La relación empática comunidad-soberano es total, aun cuando este no logre vencer obstáculo alguno, pues siempre habrá algún referente hacia donde desviar el resultado infausto. El ritual será el medio por el cual la comunidad, guiada

por el monarca y los sacerdotes, acompañará a través de danzas y plegarias a aquel en cuyas manos se encuentra toda posibilidad de salvación. De lo que se trata es de perder contacto con la realidad, de allí que el acontecer histórico mundano sea despreciado por los pueblos (Menzies y Jaques, 1969, p. 25-26; 15); situación que, con variantes, encontraremos hasta concluir el siglo XVIII, la fe se desplaza de Dios y el soberano a la Razón.

La forma institucionalizada del poder en las sociedades más complejas resulta la sedimentación de un proceso inicialmente violento.

En la construcción del poder soberano se advierte la presencia de una intrincada genealogía de símbolos, muchos de cuyos motivos se nos ocultan en tanto concebidos desde la dimensión del pensamiento simbólico o mítico simbólico. Sólo más tarde y, desde esta base, es posible el pensamiento racional del poder, así como de otras instancias del quehacer humano.

Concepción cristocéntrica de la Realeza como imagen (el pensamiento mítico)

La Realeza y sus insignias son la expresión más acabada donde el poder se muestra y el *quantum* de violencia que éste encierra dependerá de las especiales características psicológicas y sociales de los pueblos.

La religión (las divinidades que pueblan el panteón de las diversas culturas) es la expresión que equilibra y modera (hace retroceder) las pulsiones más arcaicas y, de suyo, violentas que pueblan el inconsciente colectivo. Cuando la religión y otras expresiones similares retroceden y acaban por desvanecerse en puro secularismo, emergerá el poder como expresión brutal, patológica, aquello que comenzó a operar con vigor hacia finales del siglo XIX para imponerse en el siglo pasado y adoptar un perfil singular en los últimos treinta años.

La religión, como el poder político, es sólo secundariamente una creación cultural y, primariamente, un *a priori*; es un arquetipo o imagen primordial. El ritual, que adquiere intensidad afectiva en las festividades, actualiza las creencias religiosas, en tanto actuación grupal, la cual es «la expresión más temprana de un lazo emocional con otra persona» (Menzies y Jaques, 1969, p. 19). Los rituales constituyen la forma explícita de equilibrar las relaciones de poder entre los miembros de la comunidad y de estos con el cosmos.

La Realeza, el poder real, nace para cumplir con este fin integrador de la comunidad. El rey es, primero arquetipo, símbolo y, luego, cuerpo físico para devenir cuerpo místico, en quien convergen todo lo grande, a la vez benevolente y terrible, objeto de cuidada atención. Es «centro», *axis mundi*, *omphalos*: mediador entre el cielo y la tierra o, mejor, mediador entre los dioses (uránicos y ctónicos) y los hombres. «Centro» es espacio ordenado, y toda concepción sacra del espacio supone un «poder del

centro» de donde irradia la fuerza ordenadora del cosmos. El centro es «todo espacio consagrado en el cual pueden tener lugar las hierofanías y en el que puede darse una ruptura de nivel entre el cielo y la tierra»; arquetipo primordial que reproduce el centro del universo, como lo expresa igualmente una montaña, un hogar, un templo, un altar, una ciudad, etcétera. Como centro mágico, este no dice de un determinado lugar, pues muchos pueden ser los centros. La figura del mandala (círculo) es la imagen primordial más explícita del que surge el centro (Eliade, 1974, t. I, p.154-156). «La centricidad es siempre preeminente, y eso es algo que es verdad tanto a nivel físico como a nivel genético y psicológico» (Arnheim, 2001, p.14). La Realeza, dentro de una cultura mítica, es una proyección de lo santo, de allí que la Realeza se alza como una hierofanía. Ese punto fijo, el centro, permite dar forma al mundo. La manifestación de lo sagrado fundamenta ontológicamente el mundo. La Realeza, por tanto, antes de emerger como expresión profana del poder, fue primariamente sagrada y creadora de un mundo; hace a la ontología de este. La visión racional de ella se nutre de esa fuerza primigenia y, cuando esta se debilita, comenzará su decrepitud (Eliade, 1998, p. 21). La Realeza es centro cósmico.

«Pastor» y «padre» son palabras que refieren al rey, que es «padre los pueblos». Expresiones que no abandonarán al ser del rey, aun cuando ya domine el pensamiento racional, cuando la *idea*, el *concepto*, traduzca, aunque de manera imperfecta, la riqueza semiótica que encierra el poder de la Realeza, única expresión política con la que

se identifica el alma colectiva, origen que remite a fines del IV milenio (Egipto) y cuyo declive comienza a advertirse hacia mediados del siglo XIX en Europa occidental cuando se define a la monarquía como parlamentaria y la soberanía desciende a la nación, proceso iniciado al concluir el siglo XVII en Gran Bretaña, definido en Francia y adoptado por las diferentes monarquías europeas, a excepción de los Imperios ruso, austrohúngaro y alemán. La Realeza monárquica acaba cuando se pierden las convicciones de «consagración y honor», más allá de que quede vivo el «aparato exterior de la institución monárquica» (Schmitt, 1990, p. 11-12).

Realeza que es el resorte activador, el alma de la monarquía. Esta vive en razón de aquella. La Realeza, aunque de naturaleza distinta, es su savia cuando la monarquía prescinde de ella, se extingue. Aristóteles en su clasificación de las formas de gobierno da cuenta de esta distinción. En fin, monarquía sólo dice de gobierno de uno, y este uno puede gobernar de diferente manera. La Realeza es, según Aristóteles, un régimen monárquico que gobierna «con el asentimiento de los súbditos», en tanto al régimen monárquico que atiende al interés del monarca, lo denominó «tiranía» (Aristóteles, 2000, p. 129-130; 302; Foucault, 2011, p. 67).¹

La Realeza es de esencia numinosa, expresión mística, que dice de conmoción espiritual ante lo sagrado, que se hace cuerpo físico, material, en un rey, pero eterna, porque

¹ Aristóteles, *Política*, L. III, 1279b, 5-8, p. 129-130; L. V, 1312b, 36, 1313^a, 37, p. 302.

vive más allá del concreto cuerpo físico, pues está presente entre los hombres aun cuando ya físicamente se encuentre ausente: vive en su sucesor, que lo es porque lleva «sangre real», expresión indicativa de que no es un usurpador, a la vez que diferencia a la Realeza de cualquier otra forma de poder (Frankfort, 1993, p. 60; 78). Lo «numinoso» habla de poder tremendo y fascinante (*mysterium tremendum*) (Otto, p. 7-8; 13-14) por la Gracia de Dios, según reza la liturgia monárquica, cuya simbiosis con la liturgia religiosa es prácticamente total.

Es la base misma de la civilización para los pueblos del Próximo Oriente, pues la paz y la justicia no podían prevalecer sin un gobernante que los defendiera. Por tanto, «si alguna vez una institución política funcionó con el consentimiento de los gobernados, fue la monarquía». Luego de esta afirmación, al referirnos a su presencia en las civilizaciones arcaicas, debemos advertir que este punto de vista sería incomprensible para ellos, «ya que suponemos que la forma de gobierno humana puede ser considerada por sí misma», en tanto los antiguos «experimentaban la vida como parte de una amplia red de conexiones que llegaban más allá de las comunidades locales y nacionales hasta las profundidades ocultas de la naturaleza y de los poderes que gobiernan la naturaleza» (Frankfort, 1993, p. 27).

La Realeza terrenal se impone como proyección de la Realeza divina, pues «lo que está arriba es como lo que está abajo» —según lo expuso la *Tabla de la Esmeralda*— (Cirlot, 2014, p.213); por tanto, el tiempo histórico, la

dimensión histórica de las cosas, es negada; es lo «trivial», pues todo lo significativo «estaba inmerso en la vida del cosmos y la función del rey era precisamente mantener la armonía de esa integración»; doctrina válida no sólo para el Próximo Oriente, sino también para otras regiones. El mundo mítico es el del «eterno retorno», y entonces encontramos la respuesta de esta construcción espacial que es parte de una cultura monárquica: la Realeza emerge como fortaleza inexpugnable a la que el entorno con sus miserias no podrá vencer, pues la accidentalidad del tiempo histórico no hace mella en el tiempo mítico del «eterno retorno» de lo mismo. Todos los miedos los ha descargado el humano en su ser, que carga con ellos y, al hacerlo, libera al oprimido de los monstruos de su inconsciente. Esta liberación se exhibe en las festividades presididas por el rey, pues el monarca asegura la «repetición» de los acontecimientos arquetípicos. Dios viviente o vicario de la divinidad es el responsable «de la regularidad de los ritmos de la naturaleza y del buen estado de la sociedad». Al rey le incumbía en el «Año Nuevo» (festividad con tradición prehistórica) «la misión de regenerar el tiempo» (Eliade, 1994, p. 57; 70; 86). Durante las festividades queda abolido el «tiempo profano», y es en ese momento en que el hombre es proyectado en el tiempo mítico que es «*verdaderamente él mismo*», acabado el cual debe ser desacralizado para evitar su muerte al ingresar al mundo profano desprovisto de sentido (Eliade, 1994, p. 41).

La familia real no es otra cosa que el hogar de cada uno, pobre o rico; todos son iguales de cara a la imagen

portentosa, mayestática del monarca, ya dios viviente como en Egipto o rey dotado de poderes sobrehumanos como en Mesopotamia. No vale preguntarse dónde se encuentra el origen de la Realeza ni quien fue el primer rey, pues la respuesta que encontraremos será que todo se inició con la Creación "*in illo tempore*" (Eliade, 1994, p. 99).

Hasta la Baja Edad Media (c. siglos XIII-XV) reina el pensamiento mítico sin obstáculos y cuyos arquetipos, con diversos contenidos, se preservan y pueden reconocerse así en la Realeza egipcia como en la propia del Santo Imperio Romano-Germánico. Se recompone la cosmología, pero conserva lo sustancial.

En todos los casos, la misión principal del monarca será preservar la justicia, pues una ley debe ordenar el reino terreno como réplica del reino celeste. En el caso de Egipto, la justicia está encarnada en el Dios gobernante, pues el faraón es considerado dios viviente. El súbdito sabía que aún en la *otra* vida encontraría la protección paternal del monarca. Su poder «no es sólo diferente del de los súbditos, sino que es esencialmente diferente y esta es la consecuencia de la majestad de la Realeza» (Frankfort, 1993, p. 86).

El ritual de la coronación adquiere características especiales en Egipto, puesto que quien es coronado es un dios, ceremonia que se realiza durante el Año Nuevo, pues la coronación inicia un nuevo ciclo cósmico. Las dos coronas (Alto y Bajo Egipto) eran colocadas en la cabeza del faraón por los dioses Horus y Set (Frankfort, 1993, p.

131); por otra parte, las coronas se encontraban personificadas en dos diosas y, por tanto, eran portadoras del poder que emanando de ellas fluía hacia el soberano. Igualmente, el trono era objeto de veneración, personificado en la diosa Isis. La ceremonia central de la subida al trono tenía lugar cuando el gobernante era entronizado y recibía las diademas y cetros, de allí que los egipcios designaran como madre del gobernante al trono que había recibido al príncipe que llegaba a ser rey (Frankfort, 1993, p. 67).

Las insignias de la Realeza no se distinguen de las deidades que las personifican. El procedimiento seguido durante una parte de la coronación, que finalizaba cuando se colocaba el báculo en manos del rey, tenía como fin transferirle a través de ciertos objetos su poder sagrado y, de este modo, se establecía «una conexión entre el monarca y el objeto que era el depositario de la fuerza de la Realeza». Las solemnidades culminaban con el cantar de himnos, uno de los cuales vinculaba al rey con el momento de la creación, y este aparecía como quien gobierna según el modelo prototípico, por eso se lo situaba en lo alto de la Colina primigenia (aquella que emergió de las aguas primordiales), como había acontecido con el dios creador (Atum), al mismo tiempo en que el rey era presentado «al dios sol» (Ra) (Frankfort, 1993, p. 132-133).

(199) Levántate sobre esta tierra que surgió de Atum [...];
ven a la existencia sobre ella, elévate sobre ella, para que
tu padre pueda verte, para que Ra pueda verte.

Palabras del rey

(200) He venido a ti, padre mío, he venido a ti, ¡Oh Ra!

He venido a ti, padre mío, he venido a ti, Oh {Ra}

(202) Concédeme que pueda alcanzar el cielo y obtener
el Horizonte.

Concédeme que pueda gobernar [...]

Pon el báculo en mi mano, para que el jefe del Bajo y Alto
Egipto pueda ser reverenciado.

(Declaración 222. El Rey se une al dios sol. El sacerdote
oficiante se dirige al rey. [*Unis, Pepi II, Ibi, Neit*]. *Cámara
del sarcófago: muro este [W]*", Pyr.199/200/202, (*Los Textos
de las Pirámides*, 2003, p. 46-47).

Estos himnos expresan el alivio del pueblo porque hay un
nuevo rey, y se puede confiar en que la vida en la tierra y
el orden de la naturaleza sigan su curso cíclico; el tiempo
que había sido conmovido «quedaba ya reajustado»
(Frankfort, 1993, p.132-133).

Según narra la tradición mesopotámica, la Realeza existió
desde siempre y era inmanente a las insignias reales que
se encontraban en el cielo, ante Anu, que personificaba la
autoridad y de quien, por tanto, emanaba todo orden:

Cetro, corona y bastón de mando
Estaban colocadas ante Anu en el cielo.
[...]
Por lo que no había [todavía ninguna realeza]
Entonces «la realeza descendió del cielo». (Frankfort,
1993, p. 259)

La corona, al igual que las demás insignias, era o una deidad o pertenecía a ella. En todos los casos transfiguraban al investido en otro ser por su recepción a través de un determinado ritual (García Pelayo, 1967, p. 15).

La Realeza aparece como la fuerza antihistórica por antonomasia y, por ser tal, se alza como una fortaleza frente a los avatares de lo mundano. Separado de toda accidentalidad, el humano de los tiempos arcaicos obraba «artísticamente»; y su finalidad consistía «no en captar exacta y objetivamente el cómo del mundo real, sino en adaptarlo estéticamente a fantasías y esperanzas subjetivas». El mito sólo podía resultar posible desde esta dimensión representativa de la realidad, allí donde la infinitud no era una preocupación, donde cada cosa tenía su demonio, es decir, estaba animada. «Así surgió una imagen del mundo hartado alejada de la realidad, pero que correspondía cabalmente a la fantasía subjetiva» (Jung, 1998, p. 45-46).

El pensamiento mitológico es muy similar al del niño, y el «animismo» es una de esas características, o sea, «la tendencia a concebir las cosas como vivas y dotadas de intenciones» (Piaget, 1968, p. 44). La construcción de la

Realeza satisface la imagen primordial vinculada al miedo ante lo desconocido. La intuición articulada prima sobre cualquier dimensión lógica que no ocupa lugar relevante alguno, y es merced a la agudeza del pensamiento intuitivo, de la prolija observación, que es posible esta respuesta al medio, como equilibrio cósmico.

Cristalizada como arquetipo de orden jerárquico regulador, constituye un mito, y este es posible por el rito. El mito vive en el ritual. La Realeza se explica por imágenes rituales, y el pensamiento mítico impone el cese de la dimensión verbal. «La imagen sigue a la imagen, el sentimiento al sentimiento; una tendencia que todo lo crea y ordena, no como es realmente, sino como tal vez desearía que fuese, se impone cada vez más claramente» (Jung, 1998, p. 42).

La fuerza afectiva se encuentra en el centro de esta construcción ordenadora de la vida humana, cuya potencia determinó que se constituyera en una expresión transhistórica que, inserta en la historia, al mismo tiempo le niega protagonismo, imponiéndole el peso de lo intangible y mágico. Así se encuentra presente en las más altas culturas, como la griega y romana que, al tiempo que la expulsan, la recuperan en el mismo acto, ya dentro de la democracia ateniense o de la república romana, para finalmente imponer su espíritu en Roma a partir de la innovación augustal, aquello que los historiadores llaman principado, un régimen de esencia monárquica, pero revestido con las instituciones republicanas. Lo cierto es que el fundador del principado, Octaviano, es

proclamado por los senadores, Augusto (sagrado) y lo invocan como «hijo de Dios». Se trata de un paradigma «teológico-sacro», donde la corona de laurel del vencedor se vuelve «un atributo técnico de la soberanía», reemplazada luego por la «corona radiante» (Agamben, 2008, p. 311-313). En el ceremonial de la «apoteosis» (deificación de los príncipes luego de su muerte), se impone un ritual funerario que anuncia aquel vinculado con el «doble cuerpo del rey» en los ritos funerarios de los reyes ingleses y franceses. En la realidad romana, luego de incinerado el cuerpo del difunto, se iniciaba el rito público en torno a su efigie que «duplica» la imagen de cera del príncipe muerto, pero «no la sustituye»; efigie que simbolizaba el carácter perpetuo de la soberanía, pero a su vez y sobre todo capturaba «el excedente de vida sagrada del emperador» (Agamben, 1998, p. 125; 131).

Con otro significado, la metáfora corporal (el simbolismo del doble cuerpo del rey) aparece en la Alta Edad Media (c. siglos V-XII) y se hace frecuente a partir del siglo XII, pero vinculada con «la doctrina de la *persona mixta*», «duplicación referida a las capacidades temporales y espirituales, y no a los cuerpos natural y político» (Kantorowicz, 2012, p. 78).

Caído el Imperio Romano en manos del cristianismo, la figura de Cristo operará políticamente, y entonces la corona de espinas se añadirá a la corona imperial. Las insignias son la expresión visible del vicariato de Cristo que es el supuesto de la legitimidad política. Las fórmulas de los ritos de coronación subrayan que la corona «ha sido

destinada por la divinidad al monarca *preelectus*, en razón de lo cual se considera *a Deo coronato*» (García Pelayo, 1967, p. 16).

En una sociedad cristocéntrica, como la de la Alta Edad Media, toda política queda configurada en última instancia en términos de teología política; en ella vive, transfigurado, el mito arcaico del «eterno retorno»; y esto es así porque el tiempo lineal histórico inaugurado por la religión hebrea no se traspuso en forma absoluta dentro de la religión cristiana, la cual a través de la resurrección de Cristo y del mesianismo hacía convivir el tiempo cíclico con el tiempo lineal (Eliade, 1994, p. 104-105; 130-131). La Realeza los articulaba, pero mostrando la menesterosidad de ese tiempo lineal frente al tiempo cíclico que era su nutriente. La Alta Edad Media vistió teológicamente al poder político y, al hacerlo, lo proyectó a una dimensión metafísica. Cuerpo místico y cuerpo material, físico, mortal del rey. El primero durará hasta el final de los tiempos y, cuando el reino terrenal acabe, entonces, el último emperador ascenderá al Gólgota y devolverá las insignias a su titular originario (García Pelayo, 1967, p. 17).

La corona junto con la unción (que convertía al monarca en *christus* o *imago* del Señor) era el vínculo principal entre el reino del cielo y el de la tierra y, por tanto, fundamento de la legitimidad. Es vínculo mediador «entre el poder y orden políticos y el orden cósmico, en los que el rey está llamado a participar si cumple rectamente su ministerio» (Kantorowicz, 2012, p. 116; García Pelayo, 1967, p. 17).

La Realeza, la monarquía regia (a que refería Aristóteles), es la corona en tanto cuerpo místico, inmaterial y permanente. No es sólo símbolo del poder en sentido material, sino que es símbolo «en el profundo sentido de una realidad material que hace visible y operante una realidad inmaterial, que condensa una realidad o fuerza invisible y sobrenatural y que, por tanto, cancela la separación entre ser y significación, pues *es* lo que significa». A través del ritual, la corona es causa y no efecto del poder. Donde ella se encuentre «está el Reino», lo cual dice de la concepción mítica del poder «que no es una relación dinámica» sino una «sustancia» que se mueve de uno a otro lugar. La corona es «*res sacra*». Por su naturaleza sacra se la guarda en las iglesias. Durante la coronación está sobre el altar, es decir, «sobre un “centro” cósmico-mítico, sobre un “eje” entre el cielo y la tierra de donde es tomada para la investidura del rey» (García Pelayo, 1967, p. 17-18). El acto ritual de la consagración (por efecto de la unción) «confería al rey un cuerpo de gracia por el cual “devenía otro hombre”». Tal deificación semeja la «*apoteosis*» o «*consecratio*». El ungido por la gracia es, como «*gemina persona*», paralelo al Cristo de naturaleza doble. Es la idea medieval «de la monarquía cristocéntrica». «El Rey terreno no *es*, sino que *deviene* una personalidad geminada [humano y divino, como Dios-hombre] a través de la unción y consagración» (Kantorowicz, 2012, p. 80-81).

El rey es mediador entre Dios y los hombres y también entre el clero y el pueblo, pues lleva como *Christus Domini* la imagen de Cristo en su nombre. Este lenguaje fue el paradigma cristológico que se utilizó al proclamar al rey *typus Christi* (Kantorowicz, 2012, p. 80). En este paradigma, encuadran, para señalar modelos característicos, la unción y coronación de Carlomagno, así como la corona imperial del Sacro Imperio Romano-Germánico, que se impone por su rico simbolismo y sintetiza el pensamiento cristocéntrico de la Alta Edad Media. La corona lleva adheridas significaciones políticas y religiosas articuladas como unidad indisoluble,² lo cual llevó a confrontaciones entre la Iglesia y el Imperio respecto de la pertinencia o no del uso de insignias y emblemas en tanto símbolos de poder, pues se encuentra en la base del pensamiento medieval la creencia de que

² Algunas características de esta corona octogonal son las siguientes. Domina el número 12: las placas de frente y de la nuca están adornadas con 12 piedras. Las de la nuca representan a las 12 tribus de Israel; las de la frente, a los 12 apóstoles, de modo que el Antiguo y el Nuevo Testamento están simbolizados y unidos en la corona. Tanto el número total de piedras como el de perlas es divisible por 12. Las perlas suman 144, es decir, 12 veces 12, número presente en pasajes capitales del Apocalipsis, y con el que se pretende representar en la corona a la Jerusalén Celeste, que responde a esta relación numérica. La forma octogonal resulta de la inserción de dos cuadrados. Uno de los cuadrados simboliza la Jerusalén Celeste, cuya planta, según el Apocalipsis, es cuadrada, mientras que el otro simboliza a Roma, cuya planta tenía también la forma de un cuadrado. El semicírculo (que une la placa de la frente con la de la nuca) significa el arco en el que la divinidad pone su trono. (García Pelayo, 1981, p. 275-276)

«quien tiene las insignias tiene la cosa misma» (García Pelayo, 1981, p. 186).

La Iglesia, que se entiende heredera única del Imperio Romano, querida de un brazo material, concreta su misión de fundar una nueva Roma con la coronación de Carlomagno como emperador en Roma en el año 800. La Iglesia plasma su ideal. Acompañan a la coronación las «laudes», aclamación que representa «el reconocimiento del soberano por parte de la Iglesia visible e invisible», pero también aquella que «emanaba del pueblo», y estas aclamaciones guardan un significado «jurídico-constitucional». En el momento en que el pontífice coloca la corona sobre la cabeza de Carlomagno los «fieles romanos gritaron»: «*Karolo piissimo Augusto a Deo coronato magno et pacifico imperatori vita et victoria*» (Agamben, 2008, p. 338-339). La disposición iconográfica de la puesta en escena de la coronación habla del sentido primero, semiótico, del poder. Los soberanos carolingios producen una suerte de liturgia del poder secular, y es en ese marco que deben situarse las *laudes regiae*, «en uso en la Iglesia galo-francesa a partir del siglo VIII» y difundida por toda Europa con «la fórmula *Christus vincit, Christus regnat, Christus imperat*», aclamación cuya particularidad reside «en unir a la figura divina no sólo los nombres de los santos, sino también la del pontífice y el emperador». Aclamación cristológica presente tanto en Aquisgrán como en Roma, cuya forma, vaciada en el molde cristiano, remite al ceremonial imperial romano. Laudes que continúan con la fórmula «*Rex regum, gloria nostra, fortitudo nostra, victoria nostra...*», y alabanzas himnicas

con «la invocación *Christe eléison* [Cristo, ten piedad] que cierran con la fórmula *Feliciter feliciter feliciter, tempora bona habeas, multos annos* [felizmente, felizmente, felizmente, tienes buenos tiempos, muchos años]» (Agamben, 2008, p. 333-335).

Ya en Aquisgrán, se observa la concepción sacropolítica de Carlomagno a través simbolismo de nivel en «la forma y en la colocación de su trono en la catedral». Su trono, en calidad de vicario de Cristo, «como *rex y sacerdos*», «superior a clérigos y laicos», «está elevado a la región trascendente del altar del Salvador». Ideológicamente, su Imperio se construye «bajo el arquetipo del Antiguo Testamento y de la *Ciudad de Dios* de san Agustín» (García Pelayo, 1981, p. 191-194).

La fundamentación última del orden político se concibió en la Alta Edad Media dentro de un pensamiento mítico, lo cual dice de una realidad donde no hay diferencia entre imagen y cosa, pues «la “imagen” no representa la “cosa”; es la cosa»; «opera como ella sustituyéndola, en su inmediato presente» (Cassirer, 1971, t. II, p. 63).

Concepción *iuscéntrica* de la Realeza como idea

La ficción jurídico-teológica de los «dos cuerpos del rey»

Durante la Baja Edad Media se fundamentó jurídicamente la cuestión vinculada con la transpersonalización del orden político que se intentaba resolver desde el momento anterior: la imagen de los dos cuerpos del rey

ya había comenzado a esbozarse durante la Alta Edad Media.

Lo cierto es que, si bien hablamos de un pensamiento mítico, este sólo evoca aquel auténtico de las sociedades arcaicas, puesto que había mudado el contrato de conciencia y social de la comunidad. Dicho de otra forma, la Realeza tuvo como artífice a la Iglesia, que reclamaba su primacía como poder, todo lo cual había conducido a la llamada «querella de las investiduras» entre Papado e Imperio con el consiguiente desgaste de uno y otro. Ello condujo finalmente a la conformación de un modelo de Realeza (consolidación de los reinos como unidades estructurales con intereses comunes por encima de los condicionamientos estamentales) que siguió siendo una expresión de la hierofanía en tanto nutriente de su existencia, pero asentada en principios jurídicos, aquellos que los llamados legistas (formados en el Derecho Romano) comenzaron a diseñar en el siglo XIII bajo la influencia del escolasticismo. Se trataba de una concepción de «carácter racional e institucional y consiste en la organización del poder con arreglo a un criterio funcional objetivo» (García Pelayo, 1967, p. 21-22; 24). La *idea* (concepto) adquiere protagonismo sobre el conocimiento simbólico, aunque no lo excluye; pues, sin la dimensión simbólica (sin la *imagen* que la precede), no sería posible conocimiento racional alguno, de igual manera que el pensamiento lógico en el niño no podría emerger si no existiera un previo estadio representacional del conocimiento. La *idea* sólo es posible porque la precede la *imagen*.

Durante la Baja Edad Media, la Realeza comienza a adoptar una dimensión transpersonalizada: a su configuración simbólica añade una construcción racional (García Pelayo, 1967, 25).

Las especulaciones filosóficas de este momento histórico, que se desprendían del pensamiento mítico-simbólico, se tradujeron también en reflexiones sobre el «tiempo», las cuales enfrentaban la doctrina agustina que peraltaba lo eterno frente al tiempo mundano, todo lo cual se tradujo en una revaloración del tiempo lineal frente al tiempo cíclico. Ello determinó que quedara en evidencia el carácter corruptible de la vida humana y, frente a ello, adquirió fuerza el concepto de *universitas* (*corpus mysticum*) para significar, primero, que «el pueblo no muere jamás» y, pronto, que tampoco muere la cabeza reinante. Este último concepto dependía de tres factores: «la perpetuidad de la dinastía, el carácter corporativo de la corona y la inmortalidad de la Dignidad real». La «continuidad dinástica», de lo cual se habla a comienzos del siglo XIII en Inglaterra y Francia, dice que Dios y el pueblo legitiman la dinastía. Luego cada nacimiento real se considera manifestación de la «gracia divina». La «sangre real» es la portadora de los «dones» (Balandier, 1988, p. 33).

El concepto de «corona» se opone al cuerpo físico del rey y al ser físico del reino (territorio). Los juristas, como forma de proteger jurídicamente a la corona, la asimilaron a un «estado perpetuo de minoridad», «con el rey como guardián o tutor». Al decir de sir Francis Bacón rey y

corona son «inseparables, aunque distintos» (Kantorowicz, 2012, p. 378). Dentro del mismo esquema de la metáfora corporal, se impuso la imagen de la corona como esposa del rey (Balandier, 1988, p. 31). En cuanto a la inmortalidad, efecto acentuado por la imputación de esta a la *Dignitas* y vinculada con la «sucesión», los juristas hacia el siglo XIV construyen un simbolismo según el cual los reyes reciben la investidura de una misma, única y eterna dignidad. Justificación tomada de la mitología que remite al ave fénix, símbolo de la eternidad, pues el rey renace del rey en la dignidad real, «como el fénix de su propia destrucción». El mito invoca «un tiempo de poder, sin término y sin rupturas, un tiempo de comienzos repetidos que es el del rey» (Balandier, 1988, p. 33-34).

El jurista Baldo distinguía entre dos coronas, el

[...] círculo dorado o diadema visible, material y exterior, con el que el príncipe era vestido y ataviado en su coronación; y había una Corona inmaterial e invisible —que abarcaba todos aquellos privilegios y derechos reales indispensables para el gobierno del cuerpo político—, que era perpetua y que descendía, o bien directamente de Dios o bien en virtud del derecho dinástico de sucesión. Y de esta Corona invisible podía decirse *Corona non moritur*. (Kantorowicz, 2012, p. 338)

«La sustancia de la naturaleza de la Corona reside principalmente en la persona del rey como cabeza y en los pares del reino como miembros», dice el obispo de Exeter, John de Grandisson (1337). O sea, el carácter corporativo de la corona se vincula «con la antigua imagen de la

cabeza y miembros que describía el *corpus politicus* o *mysticum* del Reino». Un tercer concepto se imponía, sin el cual las especulaciones de los «*dos cuerpos* del rey» serían prácticamente incomprensibles: «la *Dignitas*». Los reyes eran los «guardianes de la Corona» (Kantorowicz, 2012, p. 361; 379). En este sentido, Baldo afirmaba:

Dos cosas concurren en el rey: la persona y la significación (esto es, la Dignidad). Y esta significación, que es algo intelectual, se preserva siempre de forma enigmática, si bien no corpóreamente: pues no importa que el rey sea deficiente respecto de su carne, pues actúa ocupando el lugar de *dos* personas. (*Consilia*, III, p.159, n.5, fol. 45, *ap.* Kantorowicz, 2012, p. 395)

En suma, «si bien no hay voluntad en un cadáver, el príncipe muerto parece tener voluntad incluso después de su muerte, como *Dignitas*». Estos argumentos de Baldo anuncian aquellos de los juristas ingleses de la época Tudor sobre los dos cuerpos del rey (Kantorowicz, 2012, p. 395).

La corona, «en su forma más desarrollada es concebida como un centro de producción y de imputación de actos jurídico-políticos al que se debe lealtad y que se constituye como una corporación integrada por el rey, los estamentos», «por el territorio y por los derechos mayestáticos» o «poderes donde se despliega la soberanía». La corona constituye «un paso decisivo en el proceso de objetivación y abstracción del orden político que desembocaría finalmente en el concepto de Estado» (García Pelayo, 1967, p. 46-47).

El ritual de la coronación y del rey taumaturgo: la ficción teológica de los «dos cuerpos del rey»

El ritual de la coronación dice del carácter sacral-jurídico de la Realeza, más allá de que el ritual, *v.gr.* en Francia, haya encontrado ínfimas transformaciones hasta concluir el siglo XVIII. No obstante, los aspectos simbólicos centrales pervivieron. Desde los orígenes carolingios, la consagración (*sacre*) es considerada como el actor que confiere al rey la gracia divina. Durante la Edad Media, cuando en Francia el rito de la unción se asocia con el de la coronación, «la consagración se convierte en síntesis de una doble legitimación: una trascendente, la otra fundada sobre el reconocimiento de los hombres. Participa a la vez de lo religioso y de lo político, de la dimensión simbólica y de la realidad jurídico-legal». Y aun cuando, al finalizar la Edad Media, pierda toda importancia legal, la consagración continúa siendo considerada, en cada nuevo advenimiento, como un acto público indispensable. Durante su larga historia, el ritual parece haber conservado, al igual que ellos mismos, los significados, formas y gestos que constituyen no sólo el símbolo de la Realeza, sino el secreto de su larga permanencia. «Teatro de un poder siempre idéntico a sí mismo y por tanto siempre diferente por sus ínfimas transformaciones. La última celebración clásica del ceremonial de la entronización llega con el advenimiento de Luis XVI en 1775» (Valensise, 1986, p. 543-544). «El empleo de la voz consagración, en vez de coronación (para el caso francés) se debe a que junto con esta hubo una unción con el óleo sagrado: la palabra consagración

designa una ceremonia en dos partes» (Giesey, 1986, p. 581).

El ritual de la consagración se halla rigurosamente reglado: se trata de una ceremonia estrictamente litúrgica que subraya el carácter sagrado del monarca. La unción ocupa un lugar central dentro del ritual de la coronación, pues «así como Cristo fue ungido con el óleo de la exultación, así se le derrama el Espíritu Santo mezclado con el chrisma sobre la persona del rey» haciendo «que mediante este don visible y palpable percibas lo invisible». Era «*christus Domini*» (García Pelayo, 1981, p. 255).

Luego de la unción comienza «la verdadera investidura mística» que se inicia «con la bendición de los ornamentos colocados en el altar». Una precisa gramática de gestos, establecida en la Edad Media, regla el uso de los símbolos. Una vez instalado en el trono recibe, de cada uno de los pares del Reino, «la aclamación (*laudes*) al grito de ¡*Vivat rex in aeternum!*!». En el momento final de la ceremonia, las puertas de la catedral se abren, y el pueblo entra en multitud «para ver al soberano sobre el trono en el esplendor de su majestad». El *Te Deum* y la misa cierran la ceremonia. Tal la liturgia «que sustrae al rey del mundo para elevarlo a la majestad y lo hace una figura simbólica, una persona sagrada e inviolable y a la que la metamorfosis ritual dio acceso al trono» (Valensise, 1986, p. 555; 558). Se asiste a un entramado de imágenes mítico-simbólicas, imágenes de gestos de serena majestad y de aquellas que encierran las insignias (corona, espada,

anillo, cetro, *globus*, entre otras). En las oraciones sobre la persona del rey y las insignias, «se muestra el auténtico pensamiento político». «La consagración real era la sanción y garantía litúrgica de la idea del rey como vicario de Dios a través de la cual se trazaba un eje entre el rey del universo y el rey terrestre» (García Pelayo, 1981, p. 244).

Una palabra debe ser rescatada respecto de las solemnidades de la ceremonia de la coronación como igualmente la de los funerales regios y de todas aquellas festividades religiosas o profanas. Se trata del ritual. Los rituales reafirman los lazos de la comunidad, duran, constituyen una narrativa; y esta es natural al ente humano. El ritual es participación donde se oculta el yo individual en favor del actuar comunitario, lo cual permite a su vez fortalecer ese yo. El ritual permite que una comunidad se reconozca en su identidad. Los rituales dan estabilidad a la vida, la hacen duradera, gracias a su «repetición», que «descubre e intensifica lo discreto». El ritual crea «relaciones de resonancia», por ejemplo, con Dios, con el rey. El ritual «dura». Las ceremonias oficiales se extienden por semanas; con la consagración del monarca, con la mirada fija en el trono y en la majestad del rey, se activa la esperanza de un mundo nuevo, que sólo el vicario de Cristo (*a Deo coronato*) puede brindar. Se trate de una fiesta o de un duelo, «se vive en un tiempo detenido». Porque el tiempo de un mundo encantado siempre se detiene en alguna parte del ciclo; «tiempo detenido que cancela el tiempo de la sucesión de los momentos fugaces» (Han, 2019). Las sociedades

comienzan a inquietarse en Occidente en el Siglo Ilustrado, pero aún la racionalidad advierte la significación de lo sublime simbólico, aquella dimensión que estallará en el siglo XIX que, en su final de vértigo y producción material, se deslizará de la mano de la fe en el progreso, a los abismos de las guerras mundiales. Cancelar lo simbólico es cancelar la vida en su dimensión profunda, es cancelar toda ontología para arrojarse al horror de la historia.

«Cualquiera sea la credibilidad que se le haya otorgado al poder sacramental dado por el óleo sagrado al rey de Francia, finalmente adquirió un poder mágico único —al menos hasta que los reyes de Inglaterra también lo atribuyeron— lo que lo convirtió en un rey-taumaturgo». En el curso del siglo XI este poder fue legalmente atribuido al rey de Francia gracias al óleo santo del rey Clodoveo (primer rey de los francos) utilizado en su consagración (siglo V) (Giesey, 1986, p. 581). No se trataba de un milagro excepcional, sino permanente, es decir, de un poder taumatúrgico («potencia milagrosa para curar las enfermedades escrofulosas»). Se trataba de «un don precontenido en la sangre de estirpe real», pero que sólo se hacía efectivo a través de quien ocupara el trono y «en el que se expresa la unidad de la dinastía y del reino» (García Pelayo, 1981, p. 266-267). El rey, en tanto *imago Dei*, era un Salvador.

Los poderes curativos se llevaban a cabo por el «tacto real» sobre los enfermos (Francia) o por la «entrega de unos anillos consagrados» por el rey (Inglaterra). La

ceremonia tenía lugar en la Iglesia de acuerdo con fórmulas rituales (Bloch, 2006, p. 79-83; 94-95; 170-171; 237-238). El «toque real» introducía, en Francia, un elemento taumatúrgico real en la consagración y la coronación de los reyes, lo que permite hablar de una «realeza sagrada» (Giesey, 1986, p. 581,583).

En cuanto al *ritual del doble cuerpo del rey* en las ceremonias fúnebres, recuerda la época del Imperio Romano; pero, en el caso de los funerales de los reyes ingleses y franceses, la efigie adquiere un carácter independiente del cuerpo del rey difunto. La imagen *es* el rey, no lo representa y, con su antecedente romano, reafirma que ella precede a la idea de la *Dignitas*.

La utilización de la efigie «comienza en Francia, a la muerte del rey Carlos VI en 1422, imitando una antigua costumbre inglesa. La función era absolutamente práctica, pues la efigie sustituía el cuerpo del difunto cuando el período de exposición se hacía muy prolongado» (Giesey, 1986, p.584, la traducción es propia). Los ingleses como los franceses utilizaron la efigie hasta el siglo XVII. Fue en 1498 cuando se produce el cambio; entonces el Parlamento de París «considera la efigie como un ser vivo, y el ritual como un servicio debido a un rey vivo. Si hasta 1515 la efigie era colocada en el ataúd que poseía el cuerpo, ahora efigie y cuerpo son transportadas separadamente» (Giesey, 1986, 587, la traducción es propia).

«La efigie no sustituye al difunto; ella *es* el rey viviente. El rey posee entonces dos cuerpos: cuerpo natural y cuerpo místico-político. A la oposición cuerpo político/cuerpo natural elaborado por la jurisprudencia inglesa corresponde, en el ritual francés, la oposición efigie/cadáver» (*Ibidem*; la traducción es propia). La noción de «los Dos Cuerpos del Rey la expresan los ingleses en la frase *el Rey nunca muere* y los franceses en la expresión *¡El Rey ha muerto, viva el Rey!*» (Giesey, 1986, 588, la traducción es propia). En ambos casos, los juristas, utilizando el lenguaje de los teólogos, expresan explícitamente los valores simbólicos de eternidad y de inmutabilidad conferidos al Estado por intermedio de la Realeza (Giesey, 1986, p. 588).

Consideraciones finales

Una imagen y una idea, la de la Realeza. Se trata de un arquetipo de poder en el sentido más auténtico, pues es la síntesis del requerimiento anímico de los pueblos que renuncian a morir. La Realeza logró dar respuesta a ese requerimiento mientras dominó el pensamiento mítico o místico; incluso resistió el ímpetu del racionalismo, pues este dejó un espacio amplio a lo simbólico. Cuando el *ser* definitivamente cedió su espacio al *tener*, cuando el humano devino mero abstracto «hombre» sumergido en la accidentalidad y la historia, se convirtió en reliquia, pues, parafraseando libremente a Michel Foucault, en nuestro escenario biopolítico del orden mundial tanatocrático, nada que suponga vida encuentra un lugar.

Referencias

Agamben, G. (1998). *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia, España: Pre-textos. (Trabajo original publicado en 1995)

_____ (2008). *El Reino y la Gloria. Una genealogía teológica de la economía y del gobierno. Homo sacer, II, 2*. Buenos Aires, Argentina: Adriana Hidalgo Editora.

Aristóteles (2000). *Política*. [Introducción general de Miguel Candel Sanmartín. Traducción y notas de Manuela García Valdés]. Madrid, España: Gredos.

Arnheim, R. (2001). *El poder del centro. Estudio sobre la composición de las artes visuales*. Madrid, España Akal. (Original publicado en 1988).

Bachelard, G. (1958). *El aire y los sueños. Ensayo sobre la imaginación del movimiento*. México: FCE.

Balandier, G. (1988). *Modernidad y poder. El desvío antropológico*. Madrid, España: Jucar.

Bloch, M. (2006). *Los reyes taumaturgos. Estudio sobre el carácter sobrenatural atribuido al poder real, particularmente en Francia e Inglaterra*. México: FCE

Cassirer, E. (1971). *Filosofía de las formas simbólicas* (t 3). México: FCE.

Cirlot, J. E. (2014). *Diccionario de símbolos*. Madrid, España: Siruela grupal.

Eliade, M. (1974). *Tratado de historia de las religiones* (t.1 y 2). Madrid, España: Cristiandad.

_____ (1994). *El mito del eterno retorno*. Barcelona, España: Altaya. (Original publicado en 1951)

_____ (1998), *Lo sagrado y lo profano*. Buenos Aires, Argentina: Paidós. (Original publicado en 1957)

Foucault, M. (2011). *El coraje de la verdad. El gobierno de sí y de los otros II. Curso en el Collège de France (1983-1984)* [Edición establecida por Frédéric Gros]. FCE.

Frankfort, H. (1993). *Reyes y dioses. Estudio de la religión del Oriente Próximo en la Antigüedad en tanto que integración de la sociedad y la naturaleza*. Alianza. (Original publicado en 1948)

García Pelayo, M. (1967) La Corona (Estudio sobre un símbolo y un concepto político. *Cuadernos Hispano-americanos*, 70 (208), 11-48.

_____ (1981). *Los mitos políticos*. Madrid, España: Alianza.

Giesey, R. E. (1986). *Modèles de pouvoir dans les rites royaux en France. Annales. Économies. Sociétés*, 41, (3), pp. 579-599.

Han, B.-Ch. (2019). *La desaparición de los rituales. Una topología del presente*. Barcelona, Madrid: Herder.

Heidegger, M. (2002). *El ser y el tiempo*. Madrid, España: Biblioteca de los Grandes Pensadores. (Trabajo original 1927).

Jung, C. G. (1970). *Arquetipos e inconsciente colectivo*. Barcelona, España: Paidós.

_____ (1998). *Símbolos de transformación*. Barcelona, España: Paidós.

Kantorowicz, E., (2012). *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*. Madrid, España: Akal (original publicado en 1957).

Los textos de las pirámides (2003). Traducción, notas y comentarios por Francisco López y Rosa Thode. Recuperado de: <http://www.egiptologia.org>

Menzies I. E. P. y Elliott, J. (1969). *Los sistemas sociales como defensa contra la ansiedad*. Buenos Aires, Argentina: Paidós.

Otto, R. (1996). *Lo santo*. Madrid, España: Alianza.

Piaget, J. (1968). *Seis estudios de psicología*. Madrid, España: Seix Barral.

Schmitt, C. (1990). *Sobre el parlamentarismo* [estudio preliminar de M. Aragón. Traducción de Th. Nelsson y R.

Grueso]. Madrid, España: Tecnos. (Trabajo original publicado en 1923)

Valensise, M. (mai-juin 1986). Le sacre du roi: stratégie symbolique et doctrine politique de la Monarchie Française. *Annales Économies*. 41e. (3), 543-577.

**Doctor en Historia, Universidad del Salvador. Licenciado en Historia, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en el Doctorado en Ciencias Jurídicas Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Correo electrónico: rubendariosalas@gmail.com*

LA INCIDENCIA DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ARGENTINO EN EL CASO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

THE INCIDENCE OF CUSTOM ON ARGENTINE LAW IN THE CASE OF HORIZONTAL PROPERTY

*Por Laura Belly**

Resumen

A partir del análisis de la génesis de algunas disposiciones vigentes en propiedad horizontal en Argentina advertimos como la costumbre aparece dando sustento a algunas modificaciones legislativas insertas en el Código Civil y Comercial. La visión trialista del derecho ofrece una explicación sobre el fenómeno y el análisis económico del derecho aparece justificando algunas prácticas comerciales que se han aceptado, aunque en nuestra opinión los resultados no sean acertados. La irrupción en este campo del régimen consumeril ha puesto de manifiesto las falencias en la interpretación de las cláusulas y requiere reevaluar los comportamientos tolerados. La presentación en este trabajo de algunos casos servirá para demostrarlo y en las conclusiones abordaremos algunas posibles correcciones que deberían aplicarse.

Palabras clave: Trialismo, Régimen consumeril, Derechos reales.

Abstract

From the analysis of the genesis of some current horizontal property provisions in Argentina, we note how custom appears to support some legislative modifications inserted in the Civil and Commercial Code. The trialist vision of law offers an explanation of the phenomenon and the economic analysis of law appears to justify some commercial practices that have been accepted, although in our opinion the results are not correct. The irruption in this field of the consumer regime has revealed the shortcomings in the interpretation of the clauses and requires a re-evaluation of tolerated behaviors. The presentation in this work of some cases will serve to demonstrate it and, in the conclusions, we will address some possible corrections that should be applied.

Keywords: Traditions, Consumer Regime, Real Rights.

La costumbre en la propiedad horizontal

La costumbre se verifica en la incorporación de algunos institutos y en la validación de comportamientos de las comunidades consorciales en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), pero, también, en la interpretación de las normas que siempre observa la dimensión sociológica y, en algunos casos, se llega a aceptar restricciones y adecuaciones que fuerzan los límites de la ley.

En el desarrollo de este trabajo abordamos los alcances de su incidencia y presentamos casos concretos que grafican este fenómeno, pero también ponemos de manifiesto la validación de conductas *contra legem* que se justifican por cuestiones comerciales o económicas.

El reglamento es el centro del sistema de la propiedad horizontal, pues permite a los consorcios plasmar normas particulares relacionadas con las necesidades de cada grupo humano y con las características físicas propias del inmueble en cuestión. Las normas pueden ser incorporadas en distintos momentos de la *vida* del edificio y esa circunstancia hará variar el contenido en función del interés particular de quien las redacte. Encontramos así normas diversas que son producto de acuerdos entre los propietarios de un edificio concreto, pero también otras que, como resultado de la experiencia que acumula el sistema a lo largo del tiempo, son trasladadas de un reglamento a otro hasta que se convierten en normas estandarizadas. Algunas de esas costumbres fueron fuente incluso del propio CCyCN, como aquella que permite restringir el uso de unidades complementarias por terceros no propietarios o el caso del fondo de reserva, por mencionar algunos ejemplos que aquí desarrollamos.

En los reglamentos se registran los cambios de hábitos en la forma de ocupar o comercializar las unidades tanto funcionales como complementarias, la existencia o no de unidad destinada al alojamiento del encargado, los servicios centrales, la locación de unidades complementarias a terceros no propietarios, los servicios

denominados *amenities* y el establecimiento de reglas para su uso y goce y hasta la determinación de multas para los incumplidores. Estas y otras particularidades suelen verse plasmadas en los reglamentos y resultan válidas y aceptadas por los propietarios u ocupantes cuando se verifica la vigencia sociológica del acuerdo, aunque, en algunos casos, su legalidad sea dudosa o no pueda sostenerse su cumplimiento en sede judicial.

La creación de normas

Las normas captan conductas ejemplares (Goldschmidt, 1967) que, a lo largo de los años, bajo la vigencia de la hoy derogada Ley 13.512 —sumado a una abundante jurisprudencia que ha aceptado la función reguladora de los reglamentos para ordenar la vida interna de los consorcios— han permitido el desarrollo del sistema. Las cláusulas responden a exigencias de la vida en comunidad y destacan el valor de cooperación característico de los repartos autónomos. Tal como ya hemos señalado, quienes las asignan son los propios interesados y, si se ponen de acuerdo, significa que actúan de manera justa y han evaluado y sopesado las posibilidades de cumplimiento y la utilidad de la medida. La vigencia sociológica y la posibilidad de aplicar sanciones son elementos claves para el éxito de estos acuerdos, pero no son la única explicación.

La ejemplaridad y la vigencia sociológica

Corresponde a las normas reflejar conductas ejemplares que deben estar en el plano del «ser» y no del «deber ser». Cuando, por ejemplo, se dispone que los equipos de aire acondicionado solo pueden colocarse en determinado lugar, bajo apercibimiento de ordenar el retiro de los mismos a costa del propietario infractor, no es suficiente que la disposición refleje lo que se pretende que suceda sino que, para poder aplicarla a un caso concreto y sancionar a un infractor, debe estar cumpliéndose ya en el campo real; de otro modo no se puede obtener una sanción para quien vulnera esta disposición que tiene varios propósitos: la estética del edificio, la seguridad del inmueble y, posiblemente, evitar molestias a la comunidad. Pero, como se dijo, debe tener vigencia sociológica. La actuación de la asamblea y del administrador exigiendo su cumplimiento será clave para mantenerlas vigentes.

En algunas ocasiones, la captación del reparto comienza en una simple resolución de asamblea que se agrega a un reglamento interno y, cuando logra un alto grado de aceptación con el curso del tiempo, puede culminar en la incorporación en el reglamento que, muy posiblemente, se traslade a otros edificios en el futuro.

Muchas veces se trata de simples comportamientos como, por ejemplo, mantener la puerta de ingreso al edificio cerrada entre las 20:00 y las 08:00 horas del día siguiente; un simple acuerdo que buscaba la seguridad de los vecinos pero que ha terminado plasmado en normas de

reglamentos internos e, incluso, en reglamentos de edificios que prevén la aplicación de sanciones ante su incumplimiento. A pesar de lo natural que parece hoy este comportamiento, esta norma ha sido incorporada no hace demasiado tiempo, y la vigencia sociológica que tiene la conducta es tal que se ha dado el proceso inverso resultando ya en muchos casos innecesario redactar la restricción porque es adoptada espontáneamente.

Vemos así que pueden existir costumbres que sean previas a la cristalización del reparto en normas escritas. Como ejemplo podemos mencionar la restricción para la ocupación de cocheras por personas ajenas al edificio, decisión tomada en asambleas o surgida de simples acuerdos en comunidades pequeñas por razones de seguridad (sobre este caso particular nos extendemos más adelante).

La percepción de la comunidad respecto a la necesidad de una regulación la lleva al éxito, logrando vigencia y validez. Cuando las soluciones surgen de los acuerdos alcanzados por los vecinos fruto de la cooperación, la regla se acata.

El reglamento interno es un instrumento que permite a los vecinos incorporar comportamientos deseables y evaluar lo acertado de la medida para efectuar las correcciones necesarias.

La costumbre como fuente material

En base a la experiencia las conductas ejemplares van mejorando. La validez y la vigencia de la norma material que la capte dependerá también, en gran medida, del comportamiento de la jurisprudencia al aplicar sanciones por incumplimientos en tanto la comunidad acredite la vigencia sociológica de sus reglas.

Los condóminos aceptan entonces voluntariamente restricciones al dominio: normas que regulan el uso o destino de sus unidades funcionales, horarios de descanso que se deben respetar, horas y días de mudanza, ocupación y uso de los espacios comunes, etcétera. Las problemáticas sociales van agregando nuevas restricciones al uso de los espacios, tanto propios como comunes, ajustándose a las existentes. Las nuevas restricciones, junto con las existentes, cuentan con el apoyo de los propietarios y pueden encontrarse plasmadas en una fuente formal o material. Lo importante es su vigencia.

Ya nadie duda de que la puerta de acceso a los edificios debe permanecer cerrada con llave las 24 horas del día. Y nadie espera poder abrir la puerta de entrada del edificio simplemente accionando el portero eléctrico. Esta tan amigable costumbre ya se ha dejado de lado. Seguramente, como ya hemos señalado, al principio se necesitó de normas, pero hoy resultaría innecesario incorporar una norma que lo prevea. La costumbre ya no necesita ser verificada en una fuente formal.

Los acuerdos pueden ser la base de una comunidad, pero no pueden funcionar solamente con órdenes. Aún las órdenes llevan ínsitas una esfera de libertad (por ejemplo, el preso en su celda, pese a cumplir la regla del encierro puede dentro de ella hacer lo que quiera).

Límites a los repartos, los valores

Goldschmidt (1967), mencionaba los límites a los que se ven sometidos los repartos tanto autónomos como autoritarios. Para él, el reparto autónomo era superior al autoritario porque es posible imaginar una comunidad que viva solo con repartos autónomos, pero no podría suceder lo mismo en base a repartos autoritarios.

El valor supremo inalterable es la justicia, que debe abarcar y comprender todos los repartos y este se fracciona con miras a obtener una mayor seguridad jurídica. Hay un orden piramidal de valores en donde la justicia ocupa el vértice por su carácter pantónomo, pero el desarrollo social exige la construcción de valores que van a estar por debajo de ese valor fundamental. Entendemos que esos valores que van a servir son relativos a cada institución y, dentro del derecho argentino, cada instituto jurídico tiene sus propios valores centrales a respetar que se adaptan a las necesidades sociales, siempre teniendo en mira una mayor seguridad jurídica.

Teniendo en cuenta especialmente los que se vinculan con nuestro tema, mencionamos a continuación (para ejemplificar) algunos de los límites a los repartos.

a) La realidad económica. La economía opera como límite; se advierte en múltiples acuerdos que procuran preservar el valor de los bienes o impedir acuerdos que los tornen antieconómicos. En el caso de propiedad horizontal existe, por ejemplo, el límite fundado en que el resultado de la división del inmueble debe dar como resultado unidades económicas aprovechables. La misma idea de valor económico se advierte en las normas que sancionan infracciones en la conservación de espacios comunes como pueden ser el frente o la fachada del edificio. Las alteraciones o arreglos individuales atentan contra la estética del conjunto, disminuyen el valor del inmueble y deben ser sancionadas.

No es materia de este trabajo profundizar en este aspecto, pero, por la importancia de la cuestión, nos parece interesante señalar el aporte que hace el análisis económico del derecho (AED), aludimos en particular a un texto de Vanossi (2008) en el que confecciona un breve diccionario de los términos y lenguajes aplicables a esta doctrina. Entre ellos, rescatamos el de «desregulación» entendiendo que se trata, desde este punto de vista, de lograr la mínima intervención del derecho, aquella que alcance para garantizar el funcionamiento del mercado — o cambiar los mecanismos regulatorios cuando sea esa regulación la que esté obstaculizando el funcionamiento del mercado—, por medio de las «soluciones negociadas».

La misma doctrina sostiene que se debe dar prioridad a la negociación y al juego de la autonomía de la voluntad

como primer paso para la solución de los problemas. Todo es negociable, y cualquier confrontación entre derechos subjetivos puede —y debe, agregamos— ser objeto de transacción. De modo que las cuestiones relacionadas con el valor, la economía y el interés económico, están vigentes y presentes en la interpretación de las normas y serán valoradas como límites a los repartos.

b) Moral. Tenemos aquí un aspecto vinculado con los límites a la libertad que es, por excelencia, el fundamento de los repartos autónomos. Pero, a la vez, sus limitaciones voluntarias o negociadas son necesarias para la subsistencia de la convivencia social. En propiedad horizontal se advierte una delicada línea que divide la privacidad de los ocupantes de las unidades funcionales y el concepto de moral común o moral aceptada. Lo que en el dominio común es casi imposible de sancionar, por resultar un tema reservado a la vida privada de los ocupantes de un inmueble y, solo en casos graves, puede llegar a trascender al público, en propiedad horizontal resulta más viable por compartir los propietarios sectores comunes.

La situación es compleja, pero los reglamentos siempre prevén la prohibición de desarrollar en las unidades actividades que puedan atentar contra la moral de los vecinos sin atreverse a definir en qué consiste esa moralidad. Esa moralidad va a variar seguramente en cada una de las comunidades consorciales que se formen, y su valoración y sanción será, por consiguiente, distinta.

c) Normal tolerancia. Este concepto se aplica a las actividades que se desarrollan dentro de la unidad y que trascienden éstas, causando molestias a los vecinos, ya sea mediante emanaciones olorosas, ruidos, luminosidades, etcétera. Para regular este tópico suelen disponerse normas—tanto en el reglamento de propiedad como en el interno— estableciendo, por ejemplo, cuáles son los horarios en los que pueden aceptarse actividades que generen ruido, como el ensayo de una banda musical (que es una actividad lícita, pero puede causar molestias a los vecinos). La prueba de las molestias no siempre es sencilla, sobre todo cuando se trata de olores o luminosidades y se debe contar con elementos probatorios que no dejen lugar a dudas de la inmisión inmaterial causada, porque todo exceso puede llevar a un abuso por parte del consorcio o una intromisión al derecho de propiedad, lo que implica una restricción a la esfera de libertad de los individuos. Solo por precisar un poco más sus alcances, y orientando la cuestión hacia la finalidad de este trabajo, diremos que se trata de estándares variables que se relacionan con cada edificio en particular para lo cual el juez, para tomar una decisión, deberá contar con prueba pericial. La forma de vida o las actividades toleradas serán clave para determinar el exceso.

Apoyándose en la doctrina, en un fallo se ha sostenido que:

Se trata de emanaciones y envío de distintas sustancias o energías que, generadas en el inmueble propio, penetran en el del vecino,

aunque no cualquier molestia puede ser impedida, ya que deben soportarse ciertas incomodidades menores, en tanto que éstas no excedan la «normal tolerancia». Mientras no se colme la medida, hay entre vecinos un deber de paciencia, pero si se demuestra que la molestia excede de lo razonable, hay que ponerle coto.¹

Entonces, en cada caso concreto, se determinarán sus alcances y los hábitos de la comunidad para saber si cierta molestia vulnera este principio.

Otra cuestión destacable para evaluar la pertinencia de un reclamo por este exceso es la regularidad de la molestia. Porque, una eventual molestia —producto tal vez de una celebración o una reunión social—, no dará lugar a reclamos. Este límite moral a los repartos no es una prohibición. La normal tolerancia busca poner remedio cuando se trata de molestias «persistentes y repetitivas».

La costumbre legitimando malas prácticas

Volviendo a la costumbre trataremos ahora las «malas» costumbres. Por ejemplo, muchas veces se da el caso de que, en la venta de unidades destinadas a cochera, el comprador cree haber adquirido una unidad de cochera, pero luego resulta que solo adquirió el derecho de ocupar un espacio en la unidad común guarda coche. También

¹ Cfr. CNCIV, SALA A, “Cons. Prop. Av. Santa Fe 3336/38 c/ Beltrán, Ramón Osvaldo s/ cumplimiento de reglamento de copropiedad”, 21/04/2003.

puede darse el caso de haber interpretado el comprador que adquiere una unidad de cochera y solo se trate de un porcentaje de una unidad destinada a cochera en condominio, es decir un espacio guarda coche que compartirá bajo esta modalidad con los otros propietarios que hayan comprado un porcentaje. Otro supuesto es el de la indeterminación del espacio. Como los casos son bastante variados, en el apartado siguiente veremos más detalladamente algunos resueltos por la justicia.

Estos errores o, mejor dicho, malas prácticas, pueden encauzarse por medio de defensa del consumidor que permite demandar tanto al desarrollador que comercializa el inmueble como al profesional inmobiliario cuando en la publicidad de la venta han ofrecido confusamente estas unidades tan preciadas por los adquirentes.

Algunos casos

En un fallo del año 2003,² se abordó acertadamente la cuestión de las discrepancias entre la publicidad de la venta de las unidades, el boleto de compraventa y lo finalmente plasmado en la escritura. Descartadas las cuestiones relacionadas con la incompetencia y la prescripción planteadas por la actora sancionada, el fallo se centra en enfocar el planteo. Una cuestión interesante que quien reclama es la heredera de la compradora, de modo que se deja de lado el aspecto subjetivo de la

² Cfr. CCAFed, SALA II, “Cavi S.A. c/ Ciudad de Buenos Aires”, 28/08/2003.

relación para centrarla en lo objetivamente propuesto por la vendedora. La sentencia confirma que la diferencia de vocablos expresada en el boleto y la escritura respecto de la expresión «cochera» merecía una sanción para el vendedor. Se aplica entonces una importante multa (casi del valor de mercado de una cochera) a favor de la heredera de la adquirente. En este caso, el organismo de aplicación de la Ley 24.240 entendió que la «diferencia» de vocablos empleados disminuyó los derechos del consumidor que, de tener una parte indivisa del espacio guarda coche, pasó a tener un derecho de guarda en el espacio común, lo que en la práctica degeneró en la falta de espacio de estacionamiento.

La venta de unidades a personas indeterminadas es una oferta pública y obliga al vendedor en los términos que la misma se ha efectuado. En este caso, se ha vulnerado claramente el deber de información por no ser claro a qué se refiere el término «espacio guarda coche».

El artículo 8 de la ley expresa que las precisiones formuladas en la publicidad, anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor. La norma del régimen consumeril tiene como finalidad la búsqueda de la voluntad consciente, real e informada del consumidor a efectos de realizar una elección racional y fundada del servicio o producto que intenta adquirir. Pero el comprador carece de estos conocimientos.

En resumen, en el caso planteado tenemos que el folleto ofrecía una unidad «con cochera descubierta», en el

boleto se consignó que era la -ava parte indivisa de la unidad complementaria destinada a guarda coche y, en la escritura, dice que a la unidad de la compradora le corresponde «el derecho a la guarda de un automóvil, en el espacio común de la planta baja que se ha destinado a guarda coche», quedando subordinado su uso y ubicación a lo dispuesto en el plano particular y el reglamento interno del edificio que las partes aceptan como parte integrante del reglamento de copropiedad y administración.

La cuestión entonces es que la operación, si bien puede ser jurídicamente viable, perjudica la decisión informada de compra y el monto de la sanción impuesta resulta apropiado a la falta y el perjuicio irrogado.

La costumbre nuevamente ha llevado a que los adquirentes acepten pagar por estos espacios guarda coches, sumas que resultan desproporcionadas al derecho que adquieren, simplemente porque esta forma de compra se ha extendido y naturalizado, pero creemos que no es lo correcto.

Lo que parece suceder es que los adquirentes se ven sorprendidos respecto de los alcances de sus derechos y encauzan, en muchos casos (creemos que en la mayoría), hacia el consorcio (que no se encuentra en condiciones de dar respuesta) este tipo de reclamos. Por otra parte, tendríamos que pensar si es lícito que la empresa constructora venda el uso de espacios guarda coches dentro del edificio, teniendo en cuenta que ese espacio es parte común del edificio en cuyo caso debería ser el

consorcio, una vez constituido, el que negocie los usos de esos espacios permitiendo entonces que se ajuste a las necesidades actuales de los adquirentes de unidades que pueden hoy tener un auto para guardar y mañana ya no. Entendemos que, en estos casos, la constructora solo podría ofrecer la prioridad para el uso de un espacio guarda coche, pero en modo alguno debería cobrar al adquirente el valor que equivale a una cochera que, por otro lado, no le está dando.

Es necesario realizar ajustes en la comercialización de unidades a construir y proveer al adquirente de una futura unidad el proyecto de reglamento con el que cuenta el desarrollador. Este trámite sería el único modo de asegurar que el comprador-consumidor no se vea sorprendido recibiendo una copia del reglamento al momento de suscribir la escritura definitiva del bien cuando, claramente, ya no podrá formular todas las preguntas y requerir todas las aclaraciones que podrían ser necesarias.

La presencia del escribano en el acto no es suficiente garantía para el adquirente ya que el notario se limitará a asesorar sobre los aspectos formales del acto. Tampoco se encuentra en condiciones de leer y analizar detenidamente el contenido del reglamento de propiedad horizontal, pese a que es parte integrante del título de dominio de la unidad funcional, ni está al tanto de las condiciones de la oferta de venta como para verificar si el instrumento de venta refleja la oferta aceptada.

En otro fallo,³ Claudio Kiper, especialista en estos temas, dio voto preopinante (al que han adherido otros camaristas), en rechazo del reclamo de un copropietario sobre el derecho a ocupar un espacio físico determinado en la unidad complementaria guarda coche de la que él era propietario en un porcentaje. El querellante inició la acción de reivindicación porque entendió que tenía un lugar fijo en dicha unidad. Su reclamo fue rechazado pues se tomó como razonable que, para mejorar u optimizar el uso del espacio, por asamblea se pudiera modificar en el reglamento interno la disposición sobre la utilización física de dicho espacio.

El fallo, reiteramos, es correcto. Se trasluce la confusión del actor como copropietario del espacio que —entendió— había comprado más de lo que en realidad adquirió. Pero nada podrá reclamarle al consocio por no ser quien ha comercializado porcentuales del espacio guarda coche, aunque ahora, ya constituido el consorcio, tendrá derecho a regular su uso.

El caso «Buker, Federico c/ Zentrum 42 SRL s/ Escrituración y cumplimiento de contrato»⁴ fue sobre la venta de un departamento más un espacio guarda coche. La demanda fue rechazada porque la cámara entendió que la constructora, en el boleto original, se comprometió a la entrega de un espacio guarda coche destinado a un

³ CNCIV, Sala H, “Bouso, Jorge Oscar c/ Cons. de Prop. Pumacahua 69/71 Esq. Timbo 1801 s/ Reivindicación, Expte. n° 49.233/2016”, 9/4/2018.

⁴ CNACiv, Sala B, 15/09/2015.

vehículo mediano. En las sucesivas transferencias del boleto se especificó que el espacio asignado era el n.º 2 y luego se le asignó el n.º 3, más pequeño y entre dos columnas. La cuestión se resolvió a favor de la constructora porque se juzgó que, al entregar un espacio guarda coche, esta no incumplió y las precisiones que se agregaron en las sucesivas transferencias no pueden obligarla.

Llamativamente, para los jueces la posesión no tiene relevancia porque, si bien en la venta original se trataba de «un espacio guarda coche», al momento de transferir el boleto, el vendedor especifica que se trata del espacio n.º 2 porque ya estaba en posesión de este, única razón por la cual agrega el detalle.

Tratándose de un caso de indefinición, nos preguntamos qué hubiera pasado si la constructora hubiera mantenido ese grado de vaguedad respecto de una unidad destinada a vivienda consignando, por ejemplo, «una unidad del segundo piso». Cuando los compradores ocuparan, por ejemplo, el 2º F, ¿los podrían hacer mudar al J bajo el argumento de que no está especificado qué departamento es el que les pertenece?

Consideramos que la laxitud en la interpretación (a favor de la constructora) se compadece con la tolerancia hacia esta práctica comercial de vender espacios que luego, con el avance de la obra, se van achicando hasta transformarlos en inútiles para guardar vehículos sin que se haya hecho (en los instrumentos de venta) nada para exigir mayores precisiones a la hora de determinarlos, o

castigando debidamente las indefiniciones en las ventas, porque es claro que los sucesivos compradores del espacio han sido ajenos a los manejos de la constructora que, consideramos, no ha obrado de buena fe, abusando del comprador en la operación comercial.

Esperamos que estos casos se vayan encuadrando dentro del régimen de defensa de consumidores y usuarios y se apliquen sanciones por estas prácticas que consideramos abusivas hasta tanto se adecuen las modalidades de venta.

Ilegalidades legitimadas

Estamos en presencia de una compleja problemática que comprende varias irregularidades en la comercialización, vemos que se ha naturalizado la práctica de vender usos de espacios, aunque este sea un sector común del edificio y sea ajeno a las posibilidades de venta de la constructora. Son ilegalidades legitimadas consuetudinariamente porque, más allá de lo que acuerden las partes, y de lo que acepten, no debería permitirse una escritura en la que el adquirente de una unidad funcional pague al desarrollador por el uso de un espacio común destinado a guarda coche como si estuviera comprando una unidad funcional cochera.

En un muy completo trabajo de tesis de Maestría que dirigió Kiper, Zelaya (2017) analiza esta problemática y apoya la idea de que, para adquirir una unidad en construcción, se debe propender a que los reglamentos sean entregados junto con el contrato inicial que se

suscribe. Con acierto, el autor dice que, si el régimen consumeril permite proteger (por medio de los organismos administrativos pertinentes) a la parte débil en la contratación, la falta de entrega temprana del reglamento torna abstracta la posibilidad de brindar protección al consumidor en esta etapa previa. En la fase precontractual la buena fe exige que la propuesta y redacción de las cláusulas sean claras y completas. Todas las etapas se encuentran reguladas y vinculadas por el contrato, el cual comienza a ser abordado como un vínculo dinámico, en movimiento, que relaciona jurídicamente a los contratantes en el tiempo y que merece protección mientras subsista el interés.

Siendo que, en defensa del consumidor se regulan temas como la oferta y la publicidad propios de una instancia precontractual, es lógico pretender que sea en esa etapa donde deban entregarse todos los documentos con que cuente el vendedor para hacer más comprensible la oferta para el adquirente.

Como ya señalamos, entregar el reglamento en el momento de suscribir la escritura torna inviable cualquier defensa del adquirente frente a cláusulas que hayan sido confusas o erróneamente interpretadas al aceptar la oferta. En este caso, la generalización de la práctica no puede tornarla válida, como sucede con otras dentro del sistema. La frase más escuchada en estos casos es «ahora se hace así» y nos invita a realizar un breve análisis de un tipo de costumbre poco analizada.

La costumbre contra legem

A raíz de todos los casos reseñados en este punto respecto de las formas en que se comercializan los espacios guarda coches y las indefiniciones que se aceptan en los instrumentos iniciales de venta tales como boletos o cesiones, estamos en presencia de la normalización de una conducta que no se ajusta a derecho.

Dentro de los tres tipos de costumbre que conocemos, estamos habituados a hablar de la costumbre *secundum legem* (apoya o sigue a la ley), la *preater legem* (que completa o interpreta la ley, especialmente en situaciones de «laguna» o vacío legal) y la *contra legem* que es aquella que es contraria a la ley y a la que, por esta misma razón, no se le atribuye carácter de fuente.

Por ejemplo, en internet hallamos, congregados en foros, compradores de cocheras; los participantes no terminan de entender qué es lo que han comprado o cuál es el alcance de su derecho. Al respecto, no se observa un alto nivel de litigiosidad ni una conflictividad que haya permitido la corrección de esta práctica. Los reclamos se ven en la etapa consorcial, cuando el demandado ya no puede ser el consorcio, que no ha intervenido en esa etapa previa y que durante la vida del edificio deberá procurar el uso pacífico y armónico de todos los sectores del inmueble según el destino acordado.

Los espacios de cochera, sus usos, los daños causados en ellos, los problemas vinculados con sus gastos de mantenimiento y su transferencia siguen siendo los que

presentan mayor grado de conflictividad dentro de los consorcios.

Gherzi ⁵ ha publicado un interesante artículo sobre el valor de la costumbre como fuente del derecho donde analiza este tipo de costumbre y el valor que puede tener como motor de cambio. La costumbre *contra legem* es la que deja de lado un precepto legal imperativo y, si consideramos al derecho como expresión de la realidad, puede derogar la ley. Este tipo de costumbres podría aceptarse cuando fuera una forma de resistencia ante leyes injustas. Pero, en el caso planteado no se trata de leyes injustas, sino del abuso del vendedor que, aprovechando la demanda —por parte de los adquirentes de una unidad funcional (especialmente en las grandes ciudades)— de espacios para guardar hace su negocio imponiendo al comprador condiciones de venta ilegales o abusivas.

Las constructoras no pueden vender el uso de un espacio guarda coche cuando es un sector común del edificio. En algunos casos establecen, dentro del condominio, una unidad en condominio común con indivisión forzosa como unidad destinada a guardar coches y venden sus porcentajes a los adquirentes. En el futuro será una fuente de conflictos porque desnaturaliza el sentido de la unidad complementaria cochera determinando que ese uso

⁵ Cfr. La Costumbre como fuente del Derecho, 2011, Cfr. <http://articulos.ghersi.com/2011/08/la-costumbre-como-fuente-del-derecho/>

común del espacio guarda coche acceda de modo indisoluble a la unidad funcional del propietario que ha pagado ese porcentaje.

En ambos casos, la cuestión no obedece a la situación de la costumbre *contra legem* contra leyes injustas, sino a un predominio del interés económico que encuentra un campo propicio en la necesidad del comprador. Se trata, entonces, de una infracción a la ley para permitir que la comercializadora obtenga ventajas económicas a costa de los derechos de los adquirentes.

De modo que, si bien coincidimos con Ghersi en que la costumbre *contra legem* es fuente de derecho porque permite que los jueces y legisladores adviertan conductas sociales que están fuera de la ley y que han nacido por razones diversas propias de cada grupo humano, en este caso se trata simplemente de la normalización de una práctica abusiva o de ilegalidades legitimadas consuetudinariamente, tal como las denominamos en el acápite anterior.

Pasemos a otro de los casos en los que se advierte la fuerte presencia de las necesidades sociales, aquí, desde nuestro punto de vista, razones de seguridad empujan regulaciones de dudosa legalidad.

Restricción a la transferencia o locación de unidades complementarias

Dentro de las «malas» costumbres y/o comportamientos «tolerados», encontramos la que autoriza a limitar la

facultad de utilizar y disponer de la propiedad. Entre los contenidos que puede tener el reglamento, el artículo 2056, en el inciso *q*) aprueba la «determinación de eventuales prohibiciones para la disposición o locación de unidades complementarias hacia terceros no propietarios».

Esta es una restricción que tiene una génesis dentro del sistema que vale la pena desarrollar en este trabajo porque se trata de comportamientos tolerados, pero, entendemos, son *contra legem*.

Las unidades complementarias no estaban previstas o mencionadas en la Ley 13.512, pero todos sabemos de su existencia, de manera que es evidente que, pese a su ausencia en la ley, en el plano de la realidad, existían. Estas unidades mejoran u optimizan el uso y goce de las unidades funcionales, y pueden ser valiosos complementos para quienes adquieren un departamento. La función surge de su definición, ya que es «complementaria» de las unidades funcionales. Por tal razón, puede ser una cochera, baulera o cualquier otro espacio con independencia funcional, pero está al servicio de una unidad principal.

El segundo párrafo del artículo 2039 del CCyCN dice:

La propiedad de la unidad funcional comprende la parte indivisa del terreno, de las cosas y partes de uso común del inmueble o indispensables para mantener su seguridad, y puede abarcar

una o más unidades complementarias
destinadas a servirla.

Parece apropiado estimular la existencia de estas unidades para mejorar la funcionalidad de las unidades principales, aunque entendemos que hubiera sido más sencillo denominarlas o pensarlas como «espacios complementarios» y no como «unidades», porque no siempre lo son. Cuando la ley habla de «unidades» el adquirente puede suponer que siempre que tenga una cochera, será una unidad complementaria, aunque como vimos, muchas veces no lo será.

Para salir del supuesto de la cochera pongamos por caso las bauleras. Suelen ser espacios pequeños que, a los efectos de no mezclar las pertenencias de los copropietarios, en algunos casos están separados físicamente unos de otros por enrejados. Se utilizan como espacios de guardado extra para dejar allí, por ejemplo, artículos de playa, bicicletas, pequeños electrodomésticos, muebles en desuso, etcétera.

¿Cuál es el sentido de presentar estos espacios como unidades complementarias? Para los desarrolladores, la ventaja es comercial. Para el adquirente de la unidad funcional sería suficiente contar con el espacio de guardado como complemento al uso de la unidad funcional (por el que, lógicamente, pagaría un monto extra en las expensas). Pero, la transacción comercial de ese espacio como si se tratara de una unidad, no se justifica.

Nos parece prudente dejar de lado, al menos por ahora, las cuestiones vinculadas con la existencia —o no— de determinación catastral de la complementaria. Previo a eso, debemos tener claro cuál es su naturaleza y función dentro del sistema; cuáles son los comportamientos que se han naturalizado y porqué lo que el código dice es que se puede restringir el uso o disposición de la «complementaria» sin aclaración alguna respecto de su denominación o individualización catastral.

¿Una posible solución?

Anteriormente, hemos mencionado que, lo que predomina, es el interés de lucro y la optimización de las ganancias por parte de las desarrolladoras. Ahora, haremos un análisis desde el punto de vista del sistema de propiedad horizontal.

Si acordamos que se trata de espacios complementarios, sería más apropiado que fuera el consorcio de propietarios quien administrara su uso y ocupación y que, lo que se percibiera, impactara en la recaudación de expensas generales. Si, como se mencionó, la finalidad de restringir el ingreso de terceros al edificio es por seguridad, respondería mejor a ese propósito que fuera el consorcio quien gestionara estos espacios mediante alquileres o cobros extra en las expensas. De esta forma se evitarían las complicaciones y confusiones que surgen de la venta (con dudosa capacidad de ser considerados «unidades» cuando son, en algunos casos, apenas pequeños espacios).

En lo que respecta a las cocheras, la cuestión se vuelve aún más compleja. Si bien en ese caso puede tratarse de una unidad funcional con destino cochera, situación que no presenta dificultades (queda fuera de la controversia porque ya no es complementaria sino funcional), hay otras circunstancias donde se trata solo de espacios complementarios —para el guardado de autos— de las unidades funcionales.

La denominación que se le da, y la individualización catastral, es variada y depende de la conveniencia del vendedor. No existe regulación que les ponga límite. Entonces, como ya hemos mencionado, puede ser: una -ava parte de un espacio común guarda coches; una unidad destinada a cochera en condominio entre los propietarios que compren un porcentaje para la guarda de un auto; un espacio guarda coches determinado por rayas pintadas en el piso; un lugar indeterminado en una cochera común; etcétera. Las presentaciones e individualizaciones varían conforme surgen nuevas formas de presentar los planos, pero, lo cierto, es que se está legitimando una práctica que es *contra legem*.

De modo que, en este asunto puntual, apuntando a la legalidad de la disposición, aceptamos que la finalidad prevista por la norma es lícita y no debe considerarse como abusiva (al menos inicialmente). Por lo tanto, todo adquirente de unidades deberá aceptarla cuando se trate de unidades complementarias que es un único caso previsto por la ley.

Costumbre contra legem y derechos reales

Para analizar si puede ser válida la restricción, nos interesa darle otra mirada al tema confrontándola con todo el sistema de derechos reales previsto por el CCyCN. Lo haremos desde el punto de vista de los derechos reales en general, y del derecho de dominio en particular.

Desde el punto de vista del derecho de dominio, se trata de una restricción inaceptable, aunque sea válida dentro de la propiedad horizontal. Los autores coinciden en que no pueden aceptarse restricciones al dominio más allá de lo dispuesto por el propio código. Quien contravenga una disposición de esta naturaleza deberá responder por una simple violación reglamentaria (la disposición o transferencia de los derechos reales estaría fuera del alcance reglamentario que se puede permitir).

Las normas que rigen los derechos reales son de orden público. Destacamos lo prescripto por el artículo 1884 que establece:

La regulación de los derechos reales en cuanto sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida solo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura.

Siciliano (2016) señala que, si se trata de unidades complementarias, existe una restricción jurídica que impide se disponga de ellas separadamente de la

funcional. Pero, cuando se trata de cocheras que no figuran como unidades complementarias, se podría aceptar que el reglamento contenga una restricción para las cocheras y que es a ese supuesto al que se refiere cuando habla de restricción de disposición para las complementarias. Como tesis, es buena. Pero no es eso lo que dice el inciso al hablar de complementarias y no de cocheras que no sean complementarias o de cualquier espacio destinado a la guarda de automóviles, ni tampoco de restringir la transferencia de unidades funcionales que tengan otros destinos que no sean vivienda porque no sería admisible.

Es evidente que, si la complementaria integra la funcional, no era necesario aclarar que si se dispone de la funcional se dispone de la complementaria porque ya el art. 2039 estableció que la funcional se puede integrar con una o más unidades complementarias destinadas a servirla.

Lo que sostiene la autora es que será necesaria la restricción específica en el reglamento cuando se trate de unidades con funciones complementarias pero que no figuren como tales en la denominación de los planos. El problema es que el reglamento puede contener la restricción de uso y goce de las complementarias, pero como la finalidad de la norma es evitar el ingreso de terceros al edificio sucede que la restricción se aplica de hecho para todas las cocheras (destinatarias fundamentales de la norma) sean complementarias,

funcionales o espacios guarda coches y no solo para las que están registradas como complementarias.

En ese sentido, ¿cómo puede aceptarse que el propietario de la unidad funcional reciba huéspedes en su unidad funcional pero no pueda dejar que un tercero use su cochera? ¿Acaso el huésped no tendrá llaves del edificio e ingresará y saldrá del edificio como lo haría quien usará la cochera? ¿Podría el propietario subarrendar un cuarto en su departamento, pero no podría arrendar la cochera porque el cuarto no es complementario y la cochera sí? Aunque las preguntas parezcan descabelladas, son las que debemos hacer para comprender de qué manera naturalizamos comportamientos y conductas poco justificables desde el punto de vista jurídico. Justamente, en este trabajo buscamos señalar cómo la costumbre se impone por sobre las normas y permite naturalizar conductas (incluso las contrarias a derecho).

Creación del fondo de reserva

Otro ejemplo de adopción de una costumbre es el del fondo de reserva; según Mariani de Vidal (2001), contar con él —o prever su existencia— no es una exigencia para los consorcios. Sin embargo, tenemos que armonizar las normas que lo citan en el código para arribar a una conclusión razonada respecto de la naturaleza de la cláusula que establece su formación.

La ocurrencia de imponderables y de gastos extraordinarios que requieren una suma importante de dinero aconsejaron a los consorcios a contar con recursos

a los que recurrir en casos de urgencia: un fondo extra a la recaudación ordinaria de expensas para afrontar el pago de una sentencia judicial; arreglos importantes como la pintura del edificio, reparación de fachada, impermeabilización de terrazas, etcétera. Los propietarios muchas veces prefieren recaudar el fondo en cuotas y dejarlo en reserva para darle un destino especial a esos fines.

A partir de esta necesidad práctica fue surgiendo toda una casuística sobre la cuestión y se advierte en las diversas referencias que contiene el código sobre un fondo que integrará el patrimonio del consorcio y cuya génesis es claramente consuetudinaria.

Sobre el carácter reglamentario del mencionado fondo, o su creación por parte de la asamblea, en el caso «Sanitarios Varone Construcciones c/ Consorcio de Propietarios El Cano 3548»,⁶ se rechazó la posibilidad de obligar al consorcio a recaudarlo pues solo procede por decisión de asamblea. Hay abundante doctrina al respecto, pero algunas cuestiones suelen ser todavía conflictivas como, por ejemplo, ¿cómo proceder cuando se vende la unidad funcional y existe fondo de reserva?

Hay varias situaciones a considerar. En primer lugar, si la suma recaudada lo es para afrontar el pago de un juicio previo a la venta, en ese caso el fondo de reserva (en la proporción que le corresponde a la unidad funcional) debe permanecer en el consorcio e, incluso, deberá el

⁶ CNACom. Sala A, 19/04/2011.

enajenante integrar la suma restante al monto del juicio porque la causa del crédito es anterior a la venta. Si la suma que integra el fondo se encuentra sin destino específico —como puede ser el caso en que el reglamento haya previsto que todo adquirente debe integrar el fondo de reserva con el equivalente, por ejemplo, al 1% del valor fiscal de su unidad funcional—corresponde que el comprador le reintegre al vendedor la suma que se encuentra depositada en el fondo. Nunca puede el consorcio devolver al propietario enajenante la suma que tenga en concepto de fondo de reserva ya que la misma se encuentra integrada a su patrimonio. Corresponderá entonces que sean comprador y vendedor quienes compensen entre ellos las sumas, atendiendo entonces al motivo de su recaudación.

Vemos cómo una previsión voluntaria, que sirve para mantener estable el valor de las expensas y prever contingencias extraordinarias, ha llevado a una frondosa producción —tanto de doctrina como de jurisprudencia— para despejar dudas respecto del modo en que debe resolverse ya que, claramente, su fuente no es la ley, sino el reglamento.

Veamos las referencias legales que actualmente contiene el código al respecto: en primer lugar, el artículo 2056, en su inciso *e*) solamente indica que el reglamento debe contener la composición del patrimonio del consorcio, de modo que podemos concluir que, si existe fondo de reserva, debe consignarse su existencia dentro de esta cláusula del reglamento. El artículo 2046, al referirse a las

obligaciones del propietario, en el inciso *d*) determina que tiene la obligación de contribuir a la integración del fondo de reserva, si lo hay. Queda reforzado el carácter voluntario de su existencia. Entre las funciones del consejo de propietarios, en el artículo 2064 se establece que deberá autorizar al administrador para disponer de él ante gastos imprevistos y mayores que los ordinarios.

De este modo, de existir un fondo de reserva, ya tenemos que: por un lado, el propietario está obligado a contribuir con su integración y que el administrador debe requerir autorización del consejo de propietarios para disponer de él. Como la existencia del consejo de propietarios no es obligatoria, el código no ha previsto cómo proceder en caso de que no hubiera consejo y el administrador necesitara disponer del fondo de reserva.

Para finalizar con las citas legales vinculadas al tema, nos resta mencionar el artículo 2067 (que enumera los derechos y obligaciones del administrador). Éste, en el inciso *d*), indica que el administrador debe, para disponer total o parcialmente del fondo de reserva ante gastos imprevistos y mayores que los ordinarios, requerir la autorización previa del consejo de propietarios, olvidando nuevamente que el consejo puede no existir. Sin duda hubiera sido prudente agregar que, cuando no hubiere consejo, se debería requerir autorización a la asamblea, pero nada dice al respecto.

Estas menciones ponen en evidencia que el CCyCN quiso estimular la creación del consejo de administración, forzando su intervención en vez de establecer que, para

disponer del fondo de reserva, el administrador debe proceder como le haya indicado la asamblea y que sea ella en todo caso la que prevea la intervención del consejo cuando lo hubiera. La asamblea es un órgano que siempre existe, pero el código nuevo no la jerarquiza como lo hace con el consejo.

Podemos concluir entonces que, cuando existe una disposición que prevé la formación de un fondo de reserva, el propietario está obligado a cumplir con su integración y que el administrador no puede disponer libremente del mismo para afrontar pagos ordinarios, aunque siempre debe efectuar la consulta previa al consejo (en caso de que lo hubiera) antes de proceder a su utilización.

Siendo entonces que el artículo 2056, en su inciso *e*), requiere se indique la composición del patrimonio del consorcio, corresponde entonces concluir que, pese a tratarse de una cláusula voluntaria, una vez incorporada al reglamento se torna de cumplimiento obligatorio y se transforma, por su contenido, en una cláusula de las que se denominaría voluntaria-estatutaria.

Este ejemplo sirve para graficar cómo el contenido de una cláusula puede tener más de una naturaleza, y más de un aspecto desde el cual se la debe analizar, porque las flexibilizaciones siempre obedecen a las necesidades del consorcio en un momento determinado.

Cambio de destino de sectores comunes: las cláusulas «no tal estatutarias»

Otro caso de naturalización de lo que entendemos es una mala práctica es la prevista en el inciso k) del artículo 2056, según el destino de los sectores comunes es estatutario, aunque la interpretación de la doctrina lo ha ido flexibilizando con el argumento de que lo estatutario es el carácter común del bien y no su destino específico porque, mientras permanezca en el patrimonio del consorcio, no hay afectación del derecho real de propiedad horizontal ni se altera la extensión del patrimonio del propietario. Cossari (2005), analiza una sentencia que considera que los cambios en el uso de las partes comunes pueden implicar una restricción al dominio que se integra con partes comunes y exclusivas. Por nuestra parte, no creemos que esa sea una interpretación que se ajuste a derecho, aunque sin duda es la que mejor se adapta a la práctica de los consorcios y obedece a razones económicas. Cossari y Luvera (2005) mencionan la «realidad sociológica» del consorcio. Nos parece una forma muy atinada de denominar a la dimensión sociológica que acuñó Goldschmidt (1967) al reconocer las diferencias que se perciben en muchos casos entre lo normado y lo aplicado.

La unidad de portería

El caso más vapuleado es el de la unidad destinada a alojamiento del portero para los edificios que tenían previsto (cada vez son menos) un encargado permanente con vivienda. Esa unidad es un bien común que, en el reglamento, tendrá asignado ese destino. El debate es en torno a los requisitos o mayorías para poder cambiar el

destino de esa unidad. La interpretación se ha flexibilizado en favor de permitirlo por simple mayoría con el argumento ya referenciado de que se sigue conservando en carácter común del bien y solo se produce un cambio en el destino cuando, por ejemplo, se decide destinarlo a locación ya que no se produce un perjuicio económico porque esos ingresos servirán para bajar el monto de las expensas a pagar por los propietarios.

No creemos que esa postura sea adecuada porque, el edificio que tiene un encargado permanente con vivienda es posible que pague más expensas. Decimos «es posible» porque no siempre es cierto. Vemos que, en algunos casos, a cambio del encargado permanente se paga turnos de personal de limpieza, personal de seguridad y diversos servicios de mantenimiento en sectores comunes que no serían necesarios si el encargado estuviera en el edificio controlando y monitoreando el correcto funcionamiento de todo. Esto sin contar el riesgo laboral asociado al tercerizar servicios, sumado al peligro implícito al rotar permanentemente personal (siendo la seguridad, a juzgar por la cláusula ya analizada que permite restringir la transferencia o locación de unidades complementarias a terceros no propietarios, una de las razones que más preocupa a los vecinos).

Es evidente que, con la creciente irrupción de la tecnología en la *vida* de los edificios, resulta prudente contar con personal fijo que esté atento al funcionamiento de la caldera, la bomba de la pileta, los aparatos de lavado de los lavaderos comunes, los portones automáticos de las

cocheras, los servicios de internet comunes, la televisión por cable, etcétera. Sin personal permanente a cargo de estas responsabilidades, un simple corte de luz pone en jaque toda la vida del edificio y lo expone no solo a peligros vinculados con la seguridad, sino a gastos extraordinarios derivados de la rotura de aparatos y máquinas que dependen, por ejemplo, del suministro eléctrico. Este breve simulacro de crisis sirve para poner en valor la decisión de quien afectó el edificio a propiedad horizontal y vendió las unidades, reservando una para ofrecer el servicio de un encargado permanente con vivienda para darle una cierta categoría, y hasta seguridad.

Entonces, volviendo a la clasificación de esta cláusula, si bien la costumbre ha naturalizado que no sea estatutaria, no podemos decir que sea simplemente reglamentaria, tendríamos que decir que hay una nueva categoría de cláusulas que son las «no tan estatutarias». Si se acepta el cambio de destino de un sector común debe constar en el reglamento, y si esto no se ha materializado, quien ofrece en venta una unidad debe asegurarse de que el adquirente conozca esta circunstancia.

El tema tiene todavía más aspectos dudosos: nos preguntamos entonces si puede cambiarse el destino de alojamiento del portero por unidad para locación, ¿podría en su caso, resolverse destinarla nuevamente para alojamiento del encargado? Porque ahora sí, indudablemente, se verían afectados los propietarios que hayan adquirido mientras la unidad estaba destinada a

locación y no a vivienda del encargado porque verán encarecidas sus expensas.

Alterini (2018), al mencionar el destino de los sectores comunes (siendo de aplicación el artículo 1985 que habla del destino que le ha dado la convención, la naturaleza de la cosa o por el uso al que estaba afectada de hecho y también por lo dispuesto por el artículo 1984 que establece la aplicación subsidiaria de las normas de ese título a las disposiciones legales o convencionales en todos los supuestos de comunión de derechos reales o de otros bienes), considera que no sería esencial que constara, dado que lo fundamental es determinar que la cosa es común. Establece un posible paralelismo entre las cláusulas consideradas estatutarias y las disposiciones relacionadas con el artículo 1884 del CCyCN que se relacionan con la estructura de los derechos reales porque las estatutarias son las relacionadas con el contenido real del derecho y con su estructura lo que justifica una mayor rigidez para su reforma.

La cuestión es entonces determinar cuáles contenidos son estatutarios más allá de las conveniencias económicas de los edificios y cuándo las flexibilizaciones toleradas desnaturalizan los derechos.

Conclusiones

Consideramos que la costumbre es la principal fuente en propiedad horizontal y que esto se evidencia a través de la incidencia que ha tenido en la redacción del Código Civil y Comercial de la Nación, que ha incorporado

instituciones que solo existían en la práctica y no contaban con soporte legal alguno.

La redacción ha tenido en cuenta la dimensión sociológica del sistema y le dio relevancia a instrumentos que existían, como el consejo de propietarios, que ahora cuenta con una regulación legal (aunque, a nuestro criterio, ha perdido la discrecionalidad en sus funciones que le había conferido la simple práctica y que dependía de lo que decidiera cada consorcio) o el caso analizado del fondo de reserva.

Hemos expuesto también cómo las necesidades económicas han flexibilizado la interpretación de las normas, por ejemplo, en el caso del cambio de destino de partes comunes, en las que denominamos «clausulas no tan estatutarias».

También cómo se acepta la confusa restricción para disponer de las unidades complementarias o, mejor dicho, de todas las cocheras porque, seguramente, la restricción se aplicará a todas las cocheras cualquiera sea la modalidad en que se comercialicen.

Consideramos entonces que es indispensable disponer legalmente de un momento dentro de la operación de compra de una unidad en propiedad horizontal donde se asegure la entrega del reglamento y de todas las normas dispersas que rigen la vida del edificio, ya sea reglamento interno o resoluciones de asamblea para asegurar el pleno y libre consentimiento del adquirente, obtener la adhesión real a las normas que rigen ese conjunto de

individuos para mantener la vigencia sociológica de sus normas.

La jurisprudencia deberá ir ajustando la interpretación de las normas siendo más rigurosa ya sea por imperio de las normas propia del sistema o será, en todo caso por influencia de la normativa consumeril que seguramente generará mejores prácticas en el sector.

Referencias bibliográficas

Alterini, M.E. y Alterini, J. A. (2018). *Tratado de los Derechos Reales* (Tomo II). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Cossari, N. G. A. (2005). Un correcto fallo en materia de restricciones al uso de goce de cosas comunes en la propiedad horizontal. *La Ley*. 1093

Cossari, N. G., & Luvera, M. Á. (2005). *El consorcio de propietarios. Su aptitud para ser titular de unidades funcionales*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Goldschmidt, W. (1967). *Introducción filosófica al derecho* (tercera ed.). Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Mariani de Vidal, M. (2001, 20 de septiembre). Propiedad horizontal. Fondo de reserva y enajenación de la unidad. *La Ley*, 180, 1

Siciliano, D. (2016). La propiedad horizontal. En C.M. Clerc (director). *Derechos reales en el Código Civil y*

Comercial de la Nación (pp. 215-168). Buenos Aires, Argentina: Erreius.

Vanossi, J. R. (2008). La aplicación constitucional de "el análisis económico del derecho (EAD)". ¿Nada menos y nada más que un enfoque? En *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, 35 (1), 9-127.

Zelaya, M. A. (2017). *La protección del derecho del consumidor al adquirente de inmuebles en propiedad horizontal* (Tesis de maestría. Universidad Nacional del Sur. Recuperado de: <file:///C:/Users/aleja/Downloads/Tesis%20Maestria%20Mauricio%20pdf.%20blanco.pdf>)

**Abogada. Doctoranda en Ciencias Jurídicas, Universidad del Museo Social Argentino (UMSA).
Directora de la carrera de Martillero Público y docente en la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.
Docente en la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMdP). Mar del Plata, prov. de Buenos Aires Argentina.
Correo electrónico: laura.belly@umsa.edu.ar*

**LA INCERTIDUMBRE JURÍDICA
EN LAS RELACIONES DE TELETRABAJO
INTERNACIONAL ANTE EL ARTÍCULO 17 DE LA
LEY 27.555 (ARGENTINA, 2021)**

*THE LEGAL UNCERTAINTY
IN THE INTERNATIONAL TELEWORK RELATIONS
BEFORE THE OPTION OF ARTICLE 17 OF THE LAW
27.555 (ARGENTINA)*

*Por Lucía Verónica Pose**

Resumen

Los países de Latinoamérica, en los últimos años, se han ocupado de sancionar legislaciones que reglamentan la figura del teletrabajo con el objeto de lograr una protección adecuada que resguarde los derechos laborales de las personas. Entre estas naciones se encuentra la República Argentina que, en el año 2021, sancionó la ley 27.555. El art. 17 de la mencionada norma resulta, en nuestra opinión, poco idónea para el desarrollo del teletrabajo y el resguardo de los derechos, pues en su afán de dar una mayor protección para aquellas relaciones de teletrabajo transnacionales, termina logrando un efecto opuesto. Esta directiva funciona como repelente a la creación de fuentes de trabajo, dado que la determinación del derecho aplicable a los eventuales conflictos jurídicos variará según el grado de beneficio que la normativa importe para el trabajador, generando

incertidumbre para el potencial empleador. Por el contrario, otras naciones de Latinoamérica, a través de su legislación, defienden el principio de territorialidad, lo cual genera certidumbre para el potencial empleador y un mayor interés en el capital humano de dichos países.

Palabras clave: Prestaciones transnacionales, Principio de territorialidad, *Lex loci executionis*.

Abstract

Latin American countries in recent years have been legislating the figure of teleworking in order to achieve an adequate protection of people's labor rights. Among these nations is the Argentine Republic, which in 2021 sanctioned Law 27.555. The art. 17 of the aforementioned law is, in our opinion, not very suitable for the development of teleworking and the protection of rights, since in its desire to provide greater protection for those transnational teleworking relationships, it ends up achieving the opposite effect. This directive works as a repellent to the creation of job sources, given that the determination of the law applicable to eventual legal conflicts will vary according to the degree of benefit that the regulations import for the worker, generating uncertainty for the potential employer. On the contrary, other Latin American nations through their regulations defend the territoriality principle, which generates certainty for the potential employer and a greater interest in the human capital of those countries.

Keywords: Transnational Job, Territoriality Principle, *lex loci executionis*.

El teletrabajo¹

La denominada revolución digital ha potenciado el teletrabajo; al presente, a través de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), es posible que no solo la gran empresa, sino también la pequeña y mediana empresa, tengan su sede en un país y sus colaboradores se encuentren radicados en otro.

Se ha puntualizado (Arese, 2019, p. 222-223) que los avances de la informática y las comunicaciones en los procesos productivos generan un doble efecto en lo que hace a su localización:

- a) Externalización de puestos de trabajo o funciones susceptibles de ser desarrolladas en forma individual por teletrabajadores desde un lugar distinto del habitual.
- b) Desplazamiento de actividades cuya realización, si bien precisa de la organización del trabajo de una

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto *Investigación internacional sobre la problemática jurídica del teletrabajo transfronterizo* (Director: Dr. Eduardo Horacio Marceillac). Universidad del Museo Social Argentino (UMSA), Instituto de Investigación, Doctorado en Ciencias Jurídicas.

pluralidad de sujetos, puede llevarse a cabo en forma remota en centros preparados al efecto.

Desde esta perspectiva, las TIC y la web funcionan como herramientas de inserción que, trabajando en el espacio virtual, promueven prácticas concretas en un territorio vinculado a lo local y el espacio transnacional, generando una transformación del concepto tradicional de frontera, dado que en el espacio virtual las fronteras se desdibujan.

Desde una organización del trabajo fordista, basada en la existencia de fábricas o empresas donde se crean bienes o servicios, se ha pasado a otro tipo de organización productiva de carácter descentralizado. Lo expuesto, incluso, ocurre en el campo de los servicios, en los que el prestador puede estar ubicado en cualquier lugar del mundo.

Cabe señalar que el universo virtual informático no está limitado por fronteras físicas y ni siquiera por ciberfronteras ya que, desde cualquier dispositivo, se puede acceder a una red si se cuenta con la dirección URL.

El teletrabajo (De Virgiliis y De Virgiliis, 2001) constituye un nuevo fenómeno social que, en su esencia, consiste en la realización de trabajos por parte de una persona vinculada con la entidad destinataria, sin su presencia física, utilizando, a tales efectos, métodos de procesamiento electrónico y manteniéndose el contacto, exclusivamente, a través de las tecnologías de la información y de la comunicación.

La referida forma de trabajar rompe el contacto físico del trabajador con su lugar de trabajo y con sus compañeros de labor. Su relación con la empresa es a distancia, de manera remota, a través de la terminal de una computadora. Por otra parte, no existe contacto físico del teletrabajador con otros ocupados en igual tarea y, en principio, cada prestador de servicios realiza sus tareas sin un control directo del empleador quien puede, por el contrario, supervisarlas.

La denominada revolución digital se ha proyectado sobre el mundo contemporáneo para imponer un cambio cultural por lo que, en principio, se entiende que en el mundo del futuro importará la capacidad de producción de la sociedad, dependiendo del talento de cada individuo bajo una realidad cambiante, que se apoyará en la conectividad entre personas comunicadas, exclusivamente, a través de un entorno digital y donde importarán sólo los resultados. Se hace incluso referencia a una nueva economía colaborativa basada en modelos de negocios en los que se facilitan actividades mediante plataformas digitales que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancía o servicios ofrecidos a menudo por particulares.

Es por ello por lo que las distintas naciones se han preocupado por elaborar nuevas legislaciones que reglamenten la figura del teletrabajo. Esto tiene sus dificultades prácticas, incluso desde el punto de vista ideológico ya que se habla de una economía de cuño colaborativo y porque una de las cuestiones más

candentes es el considerar si las prestaciones digitales que nos ocupan deben ser tipificadas como autónomas o dependientes y, en su caso, qué pautas razonables corresponden adoptar para compatibilizar la adecuada tutela del prestador con el desarrollo económico de la empresa y la economía de un mundo globalizado.

El tema es complejo ya que las formas de trabajo a través de plataformas digitales son variables y pueden servir para canalizar tanto prestaciones autónomas por parte de lo que se ha dado en llamar productor digital, como prestaciones dependientes (Iuale, 2020, p47). Por otra parte, si se admite que la relación es de carácter laboral, muchas veces resulta difícil determinar quién es el empleador en una relación jurídica en la que pueden participar distintos tipos de intermediarios —enganchadores, contratistas o subcontratistas— quienes asumen parte de las responsabilidades que, tradicionalmente y en un mundo fordista, se asociaban a la figura del empleador.

El fenómeno del trabajo a domicilio

La pandemia Covid-19 se convirtió en un impulsor del trabajo a domicilio, pues no sólo fue la modalidad elegida por los empleadores a fin de mantener su actividad económica, sino que se convirtió en la modalidad de trabajo fomentada por las autoridades de diversos países a fin de resguardar la salud de la población.

Las medidas de restricción a la circulación de las personas con el objeto de limitar la transmisión comunitaria del virus resultaron esenciales mientras se avanzaba en la producción de vacunas y se llevaba a cabo la adaptación de los establecimientos sanitarios para combatir la pandemia.

Cabe recordar que en el año 2020 la pandemia fue un evento inesperado, lleno de incógnitas, para el cual ningún sistema sanitario estaba preparado, d la medicina y la sociedad debieron aprender durante la marcha cómo afrontar una nueva realidad mundial.

Si bien el panorama actual es totalmente diferente, pues ya no nos encontramos ante una incertidumbre sanitaria y de a poco se avizora el final de la pandemia, hay hábitos y herramientas que parecen haber llegado para quedarse. Una de estas herramientas es el trabajo a domicilio. Tal es así que muchos consideran que la normalidad laboral no volverá a ser la normalidad prepandemia² (Reina, 2021), pues tanto los trabajadores como las empresas han descubierto las ventajas del «nuevo» sistema, el cual genera menores gastos —esencialmente en materia de establecimientos para prestar tareas y traslados— y

² Cfr. Reina, L. (2021, 30 de octubre). Nueva semana laboral. Presencial o homo office. ¿Cuál es la fórmula que prefiere la mayoría de los argentinos? *La Nación*. Recuperado de: <https://www.lanacion.com.ar/sabado/nueva-semana-laboral-cuantos-dias-en-casa-y-cuantos-en-la-oficina-el-55-de-los-empleados-quiere-un-nid30102021/>

permite una mejor coordinación entre la vida familiar y laboral. Si bien no es un sistema nuevo, pasó de ser una modalidad excepcional, a expandirse de una manera inimaginable.

El teletrabajo dejó ser una herramienta para grandes corporaciones. Por el contrario, su utilización pasó a ser frecuente tanto en empresas transnacionales como en Pymes. Este fenómeno ha tenido tal expansión que ha surgido el término «nómada digital» para describir a aquella persona que trabaja desde cualquier parte del mundo gracias a los avances tecnológicos.

Actualmente para el empleador, en principio, no resultaría relevante el lugar donde se encuentre el empleado prestando tareas, si no que efectivice su prestación.

La sanción de la ley de teletrabajo en Argentina

El 1 de abril de 2021 entró en vigor la ley 27.555 que reglamenta la figura del teletrabajo en la República Argentina.

Tal cuerpo normativo considera teletrabajo el efectuado, total o parcialmente, en el domicilio de la persona que trabaja, en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación.

Se concede a los dependientes que trabajen bajo esta modalidad, el derecho al cobro de igual haber que el

trabajador presencial, a una jornada limitada de trabajo, a la desconexión digital e, incluso, se protege especialmente a ciertos grupos vulnerables —trabajador que tenga a su cargo menores de trece años, con discapacidad o adultos mayores— y a ser capacitado en el tipo referido de tareas, constituyendo obligación empresaria la dotación de elementos de trabajo y la compensación de los gastos que se generen para para el dependiente por conectividad o consumo de servicios que deba afrontar.

La ley se completa con el reconocimiento de derechos sindicales y medidas tendientes a preservar la intimidad del dependiente, respondiendo, en rasgos generales, a la tendencia legislativa vigente en otras naciones de Latinoamérica.

El art. 17 de ley 27.555 y el derecho internacional privado

El teletrabajo es, en esencia, trabajo a distancia, en el que prestador del servicio no se encuentra en el mismo lugar físico que el sujeto que usufructúa dichas prestaciones.

Como se señaló, ya no resulta extraña esta modalidad de prestación. Por el contrario, cada día resultan más frecuentes los vínculos laborales en los que los partícipes de la relación jurídica se encuentran en diversos países. Frente a esta situación, el legislador incorporó el art. 17 en la ley 27.555, a fin de resguardar las prestaciones de carácter transnacional.

Ante este panorama resulta inevitable preguntarnos qué sucede con estas relaciones laborales en las que actúan diversos puntos de conexión. Por ejemplo, podríamos pensar en un trabajador argentino, radicado en Uruguay, que preste servicios para una empresa de origen panameño, dedicada a brindar servicios a la sociedad estadounidense.

Podríamos preguntarnos: ¿qué legislación sería aplicable frente a un conflicto jurídico? ¿la argentina, la uruguaya, la panameña o la estadounidense?, ¿qué magistrado resultaría competente para entender en un eventual reclamo?, ¿cuál sería el empleador, la empresa prestadora del servicio o la usuaria?, en caso de accidente ¿cuál sería la legislación aplicable?, ¿y en el caso de una contingencia? Estos son algunos de los interrogantes que podríamos formular.

Breve aproximación al derecho internacional privado

Es necesario recurrir al derecho internacional privado, aquella rama del Derecho que tiene por objeto analizar las relaciones jurídicas privadas con algún o algunos elementos extranjeros relevantes.

Esta rama del derecho presenta dos grandes interrogantes para el operador jurídico: el derecho aplicable al caso concreto y la jurisdicción internacional. Respecto a la primera cuestión, debemos señalar que el juez siempre debe aplicar su propio sistema de derecho internacional privado. Este será el encargado de indicar si se deberá

aplicar un derecho extranjero o, por el contrario, el derecho nacional al caso concreto bajo estudio (Arcagni 1990, p. 84). La segunda cuestión va a ser determinada por el orden jurídico nacional. En caso de ser dictada una sentencia por un juez incompetente para resolver el conflicto jurídico, la misma será ineficaz. Sabemos que una sentencia nacional es eficaz o ineficaz según si la misma puede ser o no, ejecutada en el extranjero (*Ibidem*).

La finalidad de este análisis es discernir el régimen jurídico aplicable a una relación de trabajo que presenta vínculos con una pluralidad de sistemas jurídicos.

Cuando nos referimos a derecho internacional laboral, el primer paso es determinar cuándo estamos ante un contrato de trabajo internacional. A esto se lo denomina calificación. Existe cierta incertidumbre al respecto, dado que las legislaciones actuales no dan pautas definitorias. Este problema no es propio de los contratos laborales, sino que es una contingencia propia del régimen de los contratos internacionales. Para ello el juez deberá analizar el caso concreto en su integridad, valorando las circunstancias y las peticiones de las partes. Así determinará, *prima facie*, si el contrato que presenta elementos extranjeros es internacional o no.

Una vez determinado lo anterior se verá el derecho material aplicable. Si se está ante un contrato internacional podrá ser el derecho elegido por las partes el aplicable, o un derecho extranjero, o la *lex fori*. En cambio, si es un contrato interno se aplicará la *lex fori*

directamente, no se deberá proceder a buscar la norma de conflicto³ ni lo que indique el sistema de derecho internacional privado (Arcagni 1990, p.96).

La autonomía de la voluntad como fuente de derecho en los vínculos laborales internacionales

Desentrañado lo anterior debemos recordar que cuando nos encontramos ante un contrato laboral estamos frente a un negocio jurídico de contenido patrimonial, pues, en su esencia, un sujeto compromete su actividad personal en beneficio de otro que lo retribuye en dinero. En el marco del derecho internacional privado, se considera primordial la voluntad de las partes, es decir, las partes tienen la potestad de acordar qué norma jurídica será aplicable al negocio jurídico celebrado.

³ La norma de conflicto es denominada así dado que brinda una respuesta indirecta a la convergencia de leyes, remite a una norma material que se encargará de resolver el fondo del asunto. También se utiliza el término norma de envío o norma indirecta. La estructura de la misma es igual que la de las demás normas, el tipo legal con su consecuencia jurídica. Pero en la consecuencia jurídica habrá dos elementos: lo conectado y la conexión; lo conectado será el derecho extranjero aplicable; la conexión, el medio técnico que llevará al derecho extranjero, en el texto de la norma es una fórmula abstracta pero al aplicarla al conflicto jurídico, se convierte en algo concreto y determinado, ej. «ley del lugar de celebración».

El mismo principio es aplicable en nuestro derecho interno pues, según voluntad legislativa, en defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento (art. 2652, C.C.C.N.). En otras palabras, el dogma de la autonomía de la voluntad tiene aplicación tanto en el derecho internacional como en el interno, en cuanto a la facultad de las partes de elegir la legislación que habrá de regir sus contratos internacionales y, en principio, como el contrato de teletrabajo suele formalizarse por escrito, la parte afectada en sus intereses podría reclamar se resuelva la controversia a la luz de la legislación elegida por voluntad concurrente.

Cabe aclarar que si se aceptase como regla internacional que los interesados pudieran negociar sobre la legislación aplicable al negocio jurídico, se produciría un interesante fenómeno porque podrían acordar que, para determinadas condiciones de labor —ejemplo, salario—, se aplicase la legislación de un determinado Estado y, por el contrario, para otras condiciones —jornada, vacaciones, cobertura social— la de otro, pues nada veda tal posibilidad cuando se recurre y se acepta la autonomía de la voluntad para regular los negocios jurídicos.

Corresponde señalar que el principio de autonomía de la voluntad no tiene un carácter absoluto en el actual mundo globalizado por cuanto no es admisible cuando:

- a) Lo pactado violenta las normas de orden público del Estado ante el cual se reclama tutela jurisdiccional.

b) Se produce una situación de fraude o abuso de derecho que pone en jaque el valor de lo pactado entre los interesados.

En el campo del derecho internacional privado existen ciertas categorías de personas que son consideradas jurídicamente más débiles, y entre ellos figuran los trabajadores.

El art. 6, apartado 1º de la Convención de Roma de la Unión Europea⁴ establece que, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener como resultado privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que le sería aplicable a falta de elección; dicha ley, por regla, es la del país en el que el prestador del servicio tiene su residencia habitual (*cfr.* art. 4, inc. b, de la norma citada). En el caso particular al que hemos hecho referencia, no sería otro que la República del Uruguay y que coincide con el lugar de prestación de los servicios de teletrabajo.

La misma regla es la que, en principio, establece el legislador como pauta general para todos los trabajadores dependientes pues el art. 3 de la Ley del Contrato de Trabajo (LCT) especifica que la ley 20.744 regirá todo lo relativo a la validez, derechos y obligaciones de las partes,

⁴ Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales –Roma I-232

sea que el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él, *en cuanto se ejecute en su territorio*.

Se ha señalado, en tal sentido, que el fundamento del art. 3º de la LCT no es otro que la protección del trabajador y el cumplimiento de las políticas públicas del lugar de ejecución del contrato, que hacen a los intereses generales del orden social y económico.⁵

El principio de territorial

La legislación argentina establece como principio que la ley aplicable es la del lugar de ejecución del contrato y, en ello coincide con las normas de Derecho Internacional Privado operativas en el seno de las naciones latinoamericanas.⁶ Así, el art. 38 del *Tratado de Montevideo* de 1940 ya que, en los contratos que versan sobre prestación de servicios, se aplica la ley del lugar donde han de producirse sus efectos, que no es otro que el territorio donde se desarrolla la actividad del sujeto

⁵ Cfr. CSJN, “Federación Argentina Sindical del Petróleo y Gas Privados y otro c/Total Austral S.A.”, 09/04/2002, DT 2002-B-1409.

⁶ El *Tratado de Montevideo* de 1940 fue suscripto para la República Federativa del Brasil, la República de Colombia, la República del Ecuador, la República del Paraguay, la República del Perú, la República Oriental del Uruguay, la República de los Estados Unidos Mexicanos y la República Argentina.

comprometido a realizar determinadas tareas en beneficio de otro.⁷

Lo expuesto es aplicable porque la Nación Argentina, así como los Estados latinoamericanos y los Estados anglosajones —EEUU e Inglaterra—son fuertes defensores del principio de territorialidad⁸ para solucionar los conflictos de los negocios jurídicos desarrollados en su seno, ello como proyección de la figura del Estado-Nación uno de cuyos fundamentos básicos es el de soberanía estatal.

La misma concepción era defendida por las naciones europeas hasta que estas se transformaron en una comunidad supranacional apoyada en la idea de integración política y económica con un doble sistema de soberanía: una común ejercida por el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo y una compartida que se despliega en el seno de las restantes comunidades nacionales que la integran.

⁷ Se entiende, no obstante, que lo preceptuado por el art. 3º de la L.C.T. no impide que las partes pacten la aplicación de la legislación más favorable al dependiente (Fernández Madrid, 2007, t. I., p. 205-215; Etala, 2019, p. 33). *Cfr.* también CNAT, Sala III, “Adano, Juan O. c/ Dresser Atlas Argentina S.A.”, 21/02/1983, DT 1983-A-391.

⁸ En la figura de la Nación-Estado, el espacio territorial es el que determina el ámbito de vigencia del orden jurídico (Fayt, 1988, p. 205-215).

La regla de la norma más favorable estipulada por la ley 27.555

El art. 17 de la ley 27.555 innova en la materia al hacer referencia a las prestaciones transnacionales estableciendo que: «cuando se trate de prestaciones transnacionales de teletrabajo, se aplicará al contrato de trabajo respectivo la ley del lugar de ejecución de las tareas o la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable para la persona que trabaja».

Se aclara, asimismo, que en caso de contratación de personas extranjeras no residentes en el país, se requerirá la autorización previa de la autoridad de aplicación y que los convenios colectivos resulten acordes a la realidad de cada actividad, debiendo establecer un tope máximo para estas prestaciones.

Si bien la manda legislativa persigue una mejor tutela del trabajador dependiente, no parece responder a las necesidades imperiosas de un país que persigue combatir el desempleo por cuanto resulta dudoso que una empresa extranjera, cuyo objetivo es obtener un mayor rédito económico a un menor costo, contrate a un argentino o a un extranjero radicado en el país, para que éste pueda solicitar la aplicación de una legislación extranjera que puede, en la emergencia, garantizarle un mejor salario o un mejor derecho previsional.

También, resultaría dudoso que una empresa local aceptara que su empleado ya sea de manera transitoria o

permanente se asiente en el extranjero y cumpla desde allí con su prestación.

El tema es preocupante porque, desde el punto de vista institucional, el teletrabajo es visto como un medio técnico para lograr nuevos empleos en un país donde una gran mayoría de la población se encuentra desocupada o subocupada. La doctrina (*cfr.* Grisolia 2019, p. 139) asevera que la figura del teletrabajo podría resultar beneficiosa como política de empleo sustentable para incluir a grupos vulnerables e introducir una mejora en la reducción de la contaminación ambiental.

La manda del art. 17 de la ley 27.555 no sólo se aparta (Foglia 2020) de lo postulado por el art. 3 de la L.C.T. en cuanto establece que la legislación social se aplicará a todo contrato de trabajo que se ejecute en el territorio de la Nación, sino que lo contradice.

El art. 3 de la L.C.T. tuvo como objetivo sustancial reafirmar el principio de territorialidad tanto de los contratos celebrados en el territorio argentino como en el extranjero para cumplirse en la Argentina: se aplica la *lex loci executionis* desplazando, el principio de *lex loci celebrationis*, incluso si se trata de un régimen más favorable al trabajador.⁹ Es por ello que la doctrina (Iuale, 2020, p.47) aclara que la ley 27.555 avanza en algo no previsto en el art. 3 de la ley 20.744 al admitir la aplicación

⁹ CNAT, Sala II, “Sánchez, Raúl c/ Lichtenstein Mario s/despido”, 17/08/2020, JA 2001-IV-211.

de la ley del lugar del domicilio del empleador cuando ello resulte más favorable al teletrabajador.

Por lo expuesto, no es extraño que el art. 17 haya motivado distintas críticas.

Para Chiesa y Pita (2021) la directiva genera mucha inseguridad sobre cuál es el que debe tomarse como domicilio del empleador o qué sucede cuando hay varias empresas con distinto domicilio en un mismo grupo económico. Sobre el particular aclaran que:

(...) en este contexto, la primera medida a tomar para clarificar esta situación sería la de acordar con el trabajador el marco legal aplicable, aunque por la forma imperativa en que se encuentra redactada la norma parece ser imperativa la aplicación de la legislación más favorable al trabajador (p.104).

Confalonieri (2020), por su parte, nos advierte que el art. 17 de la ley 27.555 es una norma de colisión cuya aplicación puede resultar dificultosa:

(...) que ley se aplica al teletrabajador que cumple su prestación de modo interactivo realizando tareas no sólo para la empresa que lo contrató en el territorio nacional —donde tiene su domicilio— sino, además, para una empresa radicada en otro país. Si fuera más favorable, ¿podría aplicarse la legislación del país extranjero? ¿Cuál es la '*lex locis laboris*', la

del lugar desde donde el trabajador ejecuta su tarea, o la del lugar donde es recibida por el destinatario de manera inmediata? ¿Podrían ser las dos? (2020).

El teletrabajo en otras naciones latinoamericanas

Si bien otras naciones latinoamericanas han sancionado normas reglamentando la figura del teletrabajo, no han incluido una directiva análoga a la del art. 17 de la ley 27.555 que permita proyectar la legislación extranjera a un negocio jurídico con cumplimiento efectivo en su territorio.

La República Oriental del Uruguay sancionó la ley de teletrabajo aclarando su ámbito material —es decir la aplicación a las relaciones laborales que se desempeñen en un régimen de subordinación y dependencia en las que el empleador sea una persona privada o de derecho público no estatal— y concediendo importantes derechos a los dependientes tales como la garantía de igualdad de trato, el derecho a no ser discriminados, la posibilidad de pactar el lugar de prestación de servicios, el derecho a la desconexión, etc. Pero no le concede derecho alguno al dependiente a solicitar la aplicación de una legislación más favorable que la impuesta por el derecho social uruguayo.

Es más, en la mencionada legislación se reconoce al teletrabajo como una modalidad necesaria para la generación de empleo y en particular para el acceso a

puestos de trabajo de personas con responsabilidades familiares, personas con discapacidad o de quien ellos dependan o a cuyo cuidado estén (art. 3 inciso e de la ley 19.978).

Por último es necesario aclarar que si bien la legislación social en la nación uruguaya se encuentra atomizada, dicho país defiende el principio de territorialidad por cuanto: a) el art. 2.399 de su Código Civil establece que los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos por la ley del lugar de cumplimiento y b) el art. 2.404 del citado ordenamiento establece que no se aplicarán, en ningún caso, las leyes extranjeras que contraríen manifiestamente los principios esenciales del orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica, es decir estamos ante un ordenamiento jurídico poco permeable a la legislación extranjera.

Por su parte, la Republica de Chile modificó, mediante la sanción de la ley 21.220, su Código de Trabajo incluyendo la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo tipificándolo como aquel en que el trabajador presta servicios desde su domicilio u otro lugar distinto de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa, a través de medios tecnológicos. El citado ordenamiento consagra el derecho a la desconexión del dependiente y la obligación empresarial de suministrar los equipos, herramientas y materiales necesarios para el desarrollo de tal modalidad laboral, previa capacitación y con reconocimiento de su derecho a sindicalizarse. La Nación

Chilena cuenta con un Código del Trabajo cuyo artículo 1º establece que las relaciones laborales entre empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias respondiendo al principio de territorialidad. En tal sentido, el art. 16 del Código Civil chileno establece que los «efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas». No existe, *prima facie*, la posibilidad que una legislación extranjera se proyecte en el territorio chileno en beneficio del trabajador.

Por su parte, la Nación Paraguaya sancionó la ley 6.738/21 de teletrabajo, operativa tanto en el sector público como en el privado, con el objeto de impulsar la modernización, reducir los costos, incrementar la productividad y brindar la posibilidad de conciliar actividades laborales y las responsabilidades familiares. La directiva es de orden público (art. 2) y tipifica al teletrabajo como una modalidad voluntaria, flexible y reversible tanto para la persona trabajadora como para la empleadora. Se considera a dicha norma como complementaria del Código de Trabajo.

El Código del Trabajo paraguayo regula las relaciones entre trabajadores y empleadores englobando, entre los primeros, los dependientes intelectuales, manuales o técnicos, los profesores de institutos de enseñanza privada, los sujetos que ejerzan una práctica deportiva o profesional y los subordinados de empresas del Estado (art. 2) sin contener una directiva análoga a la del art. 3 de

la L.C.T. El art. 1º de su Código Civil —ley nº 1.183/85— establece la obligatoriedad de la aplicación de sus directivas en todo el territorio nacional puntualizando que la capacidad e incapacidad para adquirir derechos, el objeto del acto que haya de cumplirse en la República y los vicios sustanciales que éste puede contener, serán juzgados en cuanto a su validez o nulidad por las normas de este Código, cualquiera fuera el domicilio de sus otorgantes (art. 14 Código citado), lo que revela que también se defiende fuertemente el principio de territorialidad como factor detonante de responsabilidad para la adquisición de derechos y el cumplimiento de obligaciones laborales a realizar en el seno de la Nación Paraguaya.

Análisis práctico en diversos institutos jurídicos

Consideramos necesario analizar diversas situaciones jurídicas con diferentes institutos jurídicos en juego a fin de lograr desentrañar las complejidades fácticas que acarrea el art. 17 de la ley 27.555.

a) Licencia por paternidad

Imaginemos que estamos frente a un vínculo laboral entre una persona que reside en Chile y presta servicios desde allí para una empresa con domicilio en Paraguay. Durante esa relación, este trabajador se traslada a Argentina y allí efectúa su prestación a través de su computadora. En dicha ocasión se convierte en padre por lo que solicita gozar de la correspondiente licencia. Ante

la negativa de su empleador, se presenta ante los tribunales argentinos a fin de resguardar sus derechos.

Frente a este panorama la justicia argentina analizará los términos del art. 17 de la ley 27.555, de acuerdo con la cual debe optarse entre la aplicación de la ley del lugar de ejecución de las tareas o del domicilio del empleador, analizando qué derecho resulta más beneficioso para el empleado en el caso del instituto jurídico involucrado. La ley de lugar de ejecución es la argentina, que concede dos días corridos de licencia (art. 158 de la ley 20.744). Por su parte, en Paraguay se encuentra vigente el art. 13 de la ley 5.508¹⁰, que concede al trabajador que se ha convertido en padre de un recién nacido una licencia de dos semanas posteriores al parto —permiso por paternidad—.

El juez laboral ante este panorama deberá aplicar la ley paraguaya dejando de lado el principio de territorialidad.

b) Jornada laboral

Un trabajador residente en Paraguay que presta servicios en una empresa chilena, se muda a Argentina y cumple su prestación mediante teletrabajo. Este trabajador se presenta ante un tribunal argentino invocando la falta de pago de las horas extras realizadas. A tal fin invoca el Código del Trabajo chileno y exige el pago de las horas extras realizadas, y explica que cumple jornadas semanales de 46 horas, siendo su horario de lunes a

¹⁰ <https://www.bacn.gov.py/archivos/4428/20151215130632.pdf>
242

viernes de 07:00 a 15:00 y los sábados de 07:00 a 13.00 horas. Nuevamente el juez argentino procederá a analizar el art. 17 de la ley 27.555 para desentrañar si debe aplicar la ley del lugar de ejecución o del domicilio de la demandada. Conforme la normativa argentina, la duración de trabajo no podrá exceder las ocho horas diarias o 48 semanales (ley 11.544), en este caso no existiría una jornada extraordinaria. En cambio, la ley chilena estipula que la jornada laboral no podrá exceder de las 45 horas semanales, y en caso de exceder, dichas horas deben ser pagadas como extraordinarias (art. 22, 24 y 152 quáter J. del Código del Trabajo del Trabajo de Chile).¹¹ Atento que esta última norma resulta ser más beneficiosa al trabajador, deberá aplicarse la ley chilena y dejar de lado nuevamente el principio de territorialidad.

c) Licencia por vacaciones

Otro trabajador con domicilio en Chile que presta tareas en una compañía ubicada en Uruguay desde hace cuatro años se traslada a Argentina continuando con mecánica de trabajo habitual a través de su computadora. Llegado el mes de diciembre su empleador le comunica que en el mes de enero podrá gozar de sus 14 días de licencia por descanso anual de conformidad con lo dispuesto en la legislación argentina (art. 150 ley 20.744). Frente a este panorama se presenta ante los tribunales argentinos e

¹¹

https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/articles-95516_recurso_1.pdf

invoca la aplicación de ley uruguaya, argumentando que le corresponde 20 días de licencia atento los términos de la ley 12.590.¹² El juez analizará los términos de la ley argentina y la ley uruguaya de conformidad con los términos del art. 17 de la ley 27.555, y terminará optando por esta última atento que resulta más beneficiosa al trabajador.

Ahora bien, en el caso que el trabajador hubiese tenido una antigüedad mayor a 10 años, el juez hubiese optado por la *lex loci executionis*, es decir la ley argentina, pues la misma resultaría más beneficiosa al trabajador. La ley argentina establece que aquel empleado que presente una antigüedad mayor a 10 años que no exceda los 20 años tiene derecho al goce de 28 días de licencia anual ordinaria, y en caso de exceder a los 20 años de antigüedad tendrá derecho al goce de 35 días. Por su parte, la ley uruguaya tiene como principio que esta licencia es de 20 días, pero a partir del quinto año de trabajo, cada cuatro años de antigüedad se adquiere el derecho a un día complementario. Imaginemos que el trabajador presenta una antigüedad de 11 años en la empresa, conforme la ley 12.590 le corresponderían 22

¹² Cfr.

https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes?Ly_Nro=12590&Ly_fechaDePromulgacion%5Bmin%5D%5Bdate%5D=22-01-

[1950&Ly_fechaDePromulgacion%5Bmax%5D%5Bdate%5D=22-01-2022&Ltemas=&tipoBusqueda=T&Searchtext=](https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes?Ly_Nro=12590&Ly_fechaDePromulgacion%5Bmax%5D%5Bdate%5D=22-01-2022&Ltemas=&tipoBusqueda=T&Searchtext=)

días de licencia, en cambio, la ley 20.744 le concedería 28 días de licencia. Este ejemplo, nos devela claramente el funcionamiento del art. 17 de la ley 27.555.

Lo precedentemente dispuesto nos permite advertir que solo resultan relevantes al análisis jurídico, ciertos elementos extranjeros: únicamente los que posean una conexión suficiente y razonable. Asimismo, como se señaló anteriormente, uno de los axiomas principales del derecho internacional privado es que cada juez aplica su propio sistema de derecho internacional privado. Si dichas situaciones se hubiesen planteado ante un juez de otro país, por ejemplo, Uruguay, Paraguay o Chile, la solución hubiese sido diferente, recordemos que dichos países no presentan una norma como la dispuesta por el art. 17 de la ley 27.555, por el contrario, optan por la *lex loci executionis*.

En el supuesto que las partes involucradas hubieran pactado la aplicación de un determinado derecho, debemos tener presente que la autonomía de la voluntad como se señaló anteriormente no es absoluta, por lo cual, el magistrado actuante deberá analizar si en el caso concreto se estaría afectando el orden público laboral.

Conclusión

En virtud de lo anterior, cabe concluir que la única forma de desentrañar estos potenciales conflictos jurídicos que —sin lugar a duda— van a generarse a partir de las relaciones de teletrabajo internacionales es considerar los

diversos puntos de conexión relevantes. Los mismos nos conducirán a diversas normas jurídicas que nos brindarán respuesta a la jurisdicción y al derecho aplicable. Pero ello no es todo, pues en el caso de la República Argentina, habrá una incertidumbre mayor, la cual tendrá origen en el art. 17 de la ley 27.555, por el cual, en caso de ser aplicable el derecho argentino, la mencionada disposición actuará como norma de reenvío al derecho más favorable al trabajador, lo cual genera inseguridad jurídica al posible empleador.

La doctrina ha señalado que:

(...) la aspiración de proteger al trabajador y mejorar su situación no puede considerarse carente de límites pues aunque el derecho del trabajo persigue la protección del trabajador, como todo otro derecho está al servicio del interés de la comunidad que debe primar sobre el interés propio de los individuos que la componen aun siendo este interés tan importante como el interés profesional. Por deseable que sea, desde el punto de vista social, una protección lo más intensa posible del trabajador y una mejora lo más amplia posible de su situación, tendrán como límite la capacidad de resistencia de la economía. En última instancia, es interés del propio trabajador la consideración de estos límites, pues una economía que se hundiera con las cargas sociales no podría sostener más al

trabajador. Los niveles salariales más elevados, las condiciones de trabajo más beneficiosas serían inútiles, y aun dañinas, para el trabajador si lesionaran seriamente la economía nacional (Hueck y Nipperdey 1963).

Bajo este enfoque fáctico, nos parece que, en su afán de proteger al trabajador, el legislador laboral ha fallado su objetivo introduciendo una directiva —el art. 17 de la ley 27.555— que en forma concreta terminará afectando la posibilidad de desarrollo del empleo digital en el territorio nacional.

Referencias bibliográficas

Arcagni, J. C. (1990). Contratación Internacional. En R.S. Stiglitz (director). *Contratos. Teoría General*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Arese, C. (Director). (2019). *Nuevas tecnologías. Presente y futuro del derecho del trabajo*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni.

Chiesa, J. P. y Pita, C. A. (2021). *Régimen legal del contrato de teletrabajo*. Buenos Aires, Argentina: El Dial.

Confalonieri (h), J. A. (2020, 3 de septiembre). *Los teletrabajadores. Una categoría propia de los procesos de descentralización por deslocalización del lugar de prestación de*

servicios, potenciada en la época del Covid-19. Comentario a la ley 27.555. La Ley 84 (164), 2-11.

De Virgilis, M. A., y De Virgilis, M. I. (2001). El teletrabajo. De la Chimenea a la sociedad de la información. *DT, B*, 1365-1383.

Etala, C. A. (2019) *Contrato de Trabajo* (t. I). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Fayt, C. S. (1988). *Derecho Político* (t. I). Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Fernández Madrid, J. C. (2007). *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo* (t. I). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Foglia, R., (2020, 4 de septiembre). *Algunas consideraciones sobre los aspectos más relevantes de la Ley de Teletrabajo, La Ley*, 84 (165), 1-4.

Grisolía, J. A. (2019). *Manual de Derecho Laboral*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Hueck, A. y Nipperdey, H. C. (1963). *Compendio de Derecho del Trabajo*. Madrid, España: Revista de Derecho Privado.

Iuale, C. A. (2020). El teletrabajo internacional. En G.M. Zamora (Director). *El Derecho Informático* (pp. 47-54). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

**Abogada. Especialista y maestranda en Derecho del Trabajo,
Universidad de Buenos Aires (UBA).
Doctoranda en Ciencias Jurídicas, Universidad del Museo
Social Argentino (UMSA).
Docente en el Departamento del Derecho del Trabajo y la
Seguridad Social, Universidad de Buenos Aires (UBA).
Correo electrónico: pose.674541@umsa.edu.ar*

REVISTA CONCEPTOS:

PARÁMETROS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS, AVANCES DE INVESTIGACIÓN Y RESEÑAS

Se recibirán para considerar su publicación en la revista Conceptos: artículos, avances de investigación y reseñas. En todos los casos deben ser trabajos originales o inéditos y no haber sido enviados para su publicación a otras revistas.

Artículos

Los artículos deben presentar la elaboración de los resultados de una investigación en curso o ya finalizada o, bien, ser artículos de revisión que planteen una nueva propuesta de abordaje a un tema o problemática.

Se considerarán para su publicación aquellos trabajos académicos originales en su tema y abordaje que den cuenta de un tratamiento metodológico pertinente para el tipo de problemática y que respeten las reglas de campo académico, especialmente el rigor teórico.

Una vez aprobados preliminarmente de acuerdo, a su pertinencia y requisitos formales, los artículos serán enviados a evaluadores externos y sometidos a referato anónimo por pares académicos.

La extensión máxima de los artículos será de 50.000 caracteres con espacios y deberán ir acompañados de un resumen de un máximo de 150 palabras. Deberán presentarse también cinco palabras clave que sintetizen el contenido del trabajo condensando el área de conocimiento de referencia y los principales ejes temáticos abordados.

Avances de Investigación

Los avances de investigación deberán versar sobre una investigación en curso. Se presentará el proyecto que aborda, el estado de situación del mismo, como así también las distintas etapas previstas para su finalización.

La extensión máxima de los avances será de 20.000 caracteres con espacios. Deberán consignarse los datos del título de la investigación, los datos del director y los nombres de quienes conforman el equipo de investigación.

Reseñas

Las reseñas deben ser comentarios y abordajes críticos y reflexivos de un objeto de análisis. Es necesario que en el encabezado consten los datos de la obra (en el caso de libros: título/ nombre del/los autor/es, año, editorial, lugar de edición y número de páginas). La extensión máxima no podrá superar los 7.000 caracteres con espacios.

La publicación de las reseñas será definida por el Comité de Redacción de la revista. Este podrá objetar su publicación de forma definitiva.

Condiciones de presentación comunes a todos los trabajos:

- ✓ El título del trabajo irá en mayúsculas.
- ✓ El/Los nombre/s del/los autor/es debe/n figurar debajo del título del trabajo. Deberá referirse al final del mismo el/los títulos académicos obtenido/s, lugar donde se desempeña profesionalmente y cargo que ocupa. Deberá consignarse también una dirección de e-mail de cada uno de los autores.
- ✓ Independientemente de la extensión correspondiente al tipo de trabajo, los trabajos deberán tener un interlineado de 1,5 y con letra Calibri, cuerpo 11.
- ✓ Evitar las complicaciones tipográficas, como por ejemplo las versalitas en los títulos de los apartados o tabulaciones al principio del párrafo.
- ✓ Para destacar una palabra o expresión se utilizará sólo la letra *cursiva*. Las MAYÚSCULAS o subrayados no se utilizarán dentro del texto.
- ✓ Los subtítulos deberán presentarse en letra minúscula, en negrita.
- ✓ Los apartados dentro de los subtítulos irán en cursiva, sin negrita.

Todos los trabajos serán evaluados preliminarmente por el Director, los miembros del Comité de Investigación o el Consejo de Redacción.

El envío de un trabajo a la Revista CONCEPTOS implica la cesión de la propiedad para que el mismo pueda ser editado, reproducido y/o transmitido públicamente en cualquier forma, incluidos los medios electrónicos, para fines exclusivamente científicos, culturales y/o de difusión, sin fines de lucro.

El Comité de Redacción decidirá en qué número de la Revista se incluirán los trabajos aceptados para su publicación, en virtud de la pertinencia de las temáticas y el espacio disponible.

Todos los trabajos aceptados para su publicación estarán sujetos a la edición posterior por parte de editores y diseñadores de la revista, con el propósito de ajustar el material a las pautas editoriales que rigen la publicación.

La recepción de un trabajo no implica ningún compromiso de la revista para su publicación.

Los trabajos deben ser remitidos al Instituto de Investigación de la Universidad del Museo Social Argentino en formato electrónico a: conceptos@umsa.edu.ar.

Bibliografía:

Las referencias bibliográficas deberán incluirse dentro del texto y no en nota al pie. Irán entre paréntesis con indicación del autor, el año y las páginas. Por ejemplo: (Scalise, 1983: 67).

Las referencias bibliográficas completas irán al final del texto ordenadas alfabéticamente y deberán seguir los siguientes criterios:

Libros:

Apellido, Inicial nombre; Apellido, Inicial nombre. (Año). *Título del libro*. Número de edición. Lugar de edición: Editorial.

Por ejemplo:

Amat, N. (1978). *Técnicas documentales y fuentes de información*. Barcelona: Biblograf.

Artículos de revista:

Apellido, Inicial nombre; Apellido, Inicial nombre. (Año). «Título del artículo». *Título de la revista* Número de la revista. Números de páginas.

Por ejemplo:

Bresnan, J.; Kanerva, M. (1989). «Locative Inversion in Chichewa: A Case Study of Factorization in Grammar». *Linguistic Inquiry* 20. 1-50.

Capítulos de libro:

Apellido, Inicial nombre; Apellido, Inicial nombre. (Año). «Título del capítulo». En Apellido, Inicial nombre. (ed./coord.) (Año). *Título del libro*. Número de edición/volumen. Lugar de edición: Editorial. Números de página.

Por ejemplo:

Traugott, E. C.; König, E. (1991). «The Semantics-pragmatics of Grammaticalization Revisited». Dins Traugott, E. C.; Heine, B. (ed.) (1991). *Approaches to Grammaticalization*. Vol. I. Amsterdam: Benjamins. 189-218.

Diccionarios:

Título. Número de edición. Lugar de edición: Editorial, año.

Por ejemplo:

Gran diccionari de la llengua catalana. Barcelona: Enciclopèdia Catalana, 1998.

Nuovo Dizionario Spagnolo – Italiano / Italiano – Spagnolo. Torí: Paravia, 1993.

Recursos electrónicos:

Apellido, Inicial nombre; Apellido, Inicial nombre. (Año). *Título* [tipos de recurso: en línea / disquet / cd-rom]. Lugar de edición: Editorial. *Dirección Web* [Consulta: día de mes de año].

Por ejemplo:

Estivill, A.; Urbano, C. (1997). *Com citar recursos electrònics* [en línea]. [Barcelona:] Escola Universitària Jordi Rubió i Balaguer de Biblioteconomia i Documentació. <http://www.ub.es/biblio/citae.htm> [Consulta: 2 de febrero de 2001].

Otros ejemplos:

The Chicago Manual of style of FAQ [en línea]. Chicago: The University of Chicago Press, 1997. <http://www.uchicago.edu/Misc/Chicago/cmosfaq.html> [Consulta: 4 de abril de 1997].

Nelson, T. (s. d). *Professional Home Page of Ted Nelson* [en línea]. <http://www.sfc.keio.ac.jp/~ted/> [Consulta: 15 de diciembre de 2000].

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN CONCEPTOS

Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales

En este *dossier de Conceptos*, coordinado desde el Doctorado en Ciencias Jurídicas, confluye una serie de investigaciones que dan cuenta de las diferentes líneas de investigación admitidas por la carrera, pero también del interés inter y transdisciplinar que la atraviesa. Así, en «Pandemia Covid-19, impacto económico y empresas en crisis» Daniel Vítolo reflexiona sobre las lecturas que este hecho ha generado en la cultura, precisando sus alcances y estimando sus consecuencias en el ámbito económico, jurídico y social local, en particular promoviendo el impulso de un derecho concursal para el futuro.

El Doctorado de esta Universidad, constituye un ámbito por excelencia para la producción de conocimiento. Por otra parte, la complejidad del objeto disciplinar requiere de múltiples y creativos esfuerzos para comprender la dinámica contemporánea.

UMSA UNIVERSIDAD
DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO



Sede Central: Av. Corrientes 1723 (C1042AAD), CABA
Sede Artes: Sarmiento 1565 (C1042ABC), CABA



(54-11) 5530-7600



www.umsa.edu.ar



informes@umsa.edu.ar