

Revista electrónica de

Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas ©

Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas

Año VI - Número VIII

Marzo de 2010



Director

Dr. Leandro Vergara

Departamento de Posgrado
Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

Índice

	Pag.
Noticias	
• La Maestría y la Carrera de Especialización en Elaboración de Normas Jurídicas fueron declaradas de interés parlamentario por el Honorable Senado de la Nación.	3
• Se realizaron las II Jornadas Nacionales sobre Elaboración de Normas Jurídicas.	3
Trabajos	
• Bases trialistas para la comprensión de la historia del Derecho del Trabajo en la Argentina.	5
• Historia de la elaboración de normas jurídicas.	48
• Información acerca de la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas y la Carrera de Especialización en Elaboración de Normas Jurídicas.	65



Noticias:

La Maestría y la Carrera de Especialización en Elaboración de Normas Jurídicas fueron declaradas de interés parlamentario por el Honorable Senado de la Nación

El pasado mes de julio el Senado de la Nación declaró de interés parlamentario la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas y la Carrera de Especialización en Elaboración de Normas Jurídicas, dictadas a través del Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho y dirigidas por el Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani.

La Maestría y la Carrera permiten, en sus diversos alcances, que los estudiantes comprendan los aspectos teóricos y prácticos de la elaboración de las normas. Así quedan capacitados para formular y asesorar en la elaboración de las normas en los más diversos campos del desenvolvimiento de la vida jurídica, público y privado.

Se realizaron las II Jornadas Nacionales sobre Elaboración de Normas Jurídicas

El título de la reunión fue "Fuentes del Derecho Privado a comienzos del siglo XXI. Elaboración y reelaboración del Código Civil argentino". La actividad se realizó en conmemoración del 140° aniversario de la sanción del Código Civil Argentino y del 110° aniversario de la obra "Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo" de François Gény.

Las jornadas fueron co-organizadas por la Maestría y Carrera de Especialización en Elaboración de Normas Jurídicas y el Centro de Estudios sobre la Elaboración de Normas Jurídicas coordinado por los abogados Elian Pregno y Roberto Campos.

El programa de actividades fue el siguiente:

10 de diciembre de 2009

- 14 a 17.30 hs. Taller. Salón Verde.
- 17.30 a 18 hs. Acreditaciones. Salón Verde.
- 18.15 hs. Apertura. Salón Rojo.
- 18.30 hs. Conferencia "**Fuentes del Derecho Privado a comienzos del siglo XXI**", a cargo de la Dra. **Noemí Nicolau**, Profesora titular de Derecho Civil III de la UNR. Salón Rojo.
- 19.15 hs. Conferencia "**Elaboración y reelaboración del Código Civil argentino**", a cargo del Dr. **Atilio A. Alterini**, Decano de la Facultad de Derecho de la UBA. Salón Rojo.

11 de diciembre de 2009

- 9.30 a 11.15 hs. Taller. Salón Verde.



- 11.15 hs. Panel "**Derecho de Familia**", a cargo de la Dra. **Marisa Herrera** y "**Derechos Reales**", a cargo del Dr. **Eduardo Molina Quiroga**. Salón Verde.
- 12 hs. Panel - Centro de Estudios sobre Elaboración de Normas Jurídicas, a cargo de **Roberto Campos**, II Congreso Internacional Modernización y Gestión de la Calidad en el Poder Legislativo, a cargo de **Mariana Koch**, Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas, a cargo del Mag. **Elían Pregno**.
Coordinadora: Magdalena Bruletti. Salón Verde.
- 15.30 a 18 hs. Taller. Salón Verde.
- 18 hs. Panel "**Elaboración de las Normas Legislativas locales y contractuales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias de Córdoba, Entre Ríos y Santa Fe**", a cargo de **Adrián Albor** (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), **Martín Barbará** (Córdoba), **Susana Igarzábal** (Santa Fe) y **Jorge Vega** (Entre Ríos).
Coordinador: Mag. Rubén Donzis
- 19 hs. Disertación de cierre del Dr. **Miguel Ángel Ciuro Caldani**. Salón Verde.

Bases trialistas para la comprensión de la historia del Derecho del Trabajo en la Argentina

Edgardo Lopresti

Preliminar:

El derecho acepta múltiples definiciones. La utilidad de un concepto genera debates interminables; frente a cada ventaja se abre un inconveniente paralelo.

A pesar de transitar el inicio del nuevo milenio con tantas transformaciones y cambios globales, pareciera que la doctrina continúa apegada a formulaciones de carácter estático: por ejemplo reduciendo el pensamiento jurídico a las normas.

El presente trabajo responde al marco teórico de la teoría tridimensional trialista del mundo jurídico. Entendemos que la investigación trialista puede ofrecer algún tipo de respuesta jurídica acorde con el ritmo vertiginoso de los cambios sociales que impactan en la rama jurídica laboral.

Cabe destacar que esta breve monografía no persigue suministrar una receta “única”, “verdadera” o “superadora” para la comprensión y solución de los problemas, dada las limitaciones propias de los enfoques teóricos.

Hemos considerado particularmente apropiada la perspectiva trialista para estudiar la historia del derecho del trabajo argentino, ya que éste es un objeto complejo, una categoría histórica dinámica cuyo campo se encuentra en interferencia con distintas ciencias sociales.

Al decir de Alain Supiot, es preciso volver al derecho para entender y orientar las transformaciones del trabajo. “¿Qué es el trabajo, en el sentido que el derecho le da? ¿Y qué cambios de sentido podemos detectar hoy en día en él?”¹

El ordenamiento jurídico, a través de sus valores de legalidad y coherencia, impone que las funciones de los órganos ejecutivos y judiciales se deban poner al servicio de los legislativos. No obstante y en general, las reformas laborales han respondido a intereses económicos sin prestar atención al aporte que el derecho y las ciencias sociales podían hacer. Por ello, y evitando incurrir en la simplificación de la teoría de la regulación (o “desregulación”) el jurista debe averiguar cómo se articulan los cambios sociales y los jurídicos. Es sabido que el Derecho se mueve con una mayor lentitud que otras manifestaciones culturales.

¹ Supiot, Alain, “Introducción a las reflexiones sobre el trabajo”, Revista Internacional del Trabajo, Volumen 115, No. 6 1996/6.

Comprender la teoría trialista del mundo jurídico a través de sus categorías facilita la gestión del saber desde los distintos roles (legislador, administrador, juez). La “gestión” es tomar conocimientos y tratar de aplicar esos saberes a las acciones, para alcanzar determinados objetivos.

Desde el atalaya de la justicia, la gestión del saber laboral a partir de la declinación trialista, posibilita averiguar qué reparto valioso se quiere hacer, cuáles son los límites o posibilidades para adjudicar potencia e impotencia y qué indican las normatividades ya existentes sobre el mismo aspecto. Las dimensiones normativa, social y valorativa integran la complejidad pura del mundo jurídico, y su análisis suministra la herramienta fundamental para tomar decisiones responsables.

La Historia del Derecho en su despliegue tridimensional, reconoce como presupuesto que el hombre es un ser histórico y espiritual, y que la justicia es una categoría pantónoma, referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Es indispensable entonces, ya que el ser humano no es omnisciente ni omnipotente, recurrir a fraccionamientos productores de seguridad jurídica. Esos fraccionamientos que promueven el sistema de la seguridad social, el derecho individual y colectivo del trabajo, por ejemplo, son un instrumento sumamente valioso para proteger al individuo contra el régimen, contra los demás y contra sí mismo. De tal modo cooperan a la realización del principio supremo de justicia.

Debido a que Goldschmidt asigna a la justicia una función pantónoma, encuentra tres obstáculos o causas de fraccionamiento de la misma: a) los derivados del porvenir, b) los derivados del presente y, c) los derivados del pasado. De este modo, manifiesta que la historiografía dikelógica pretende reescribir toda la Historia Universal desde el punto de vista de la justicia e injusticia de las adjudicaciones. El fundador del trialismo aclara, que por regla general, los historiadores sólo tienen en cuenta el valor relativo del poder describiendo en qué medida y en qué forma ha aumentado y disminuido el poderío en el decurso de los tiempos. Nosotros también consideramos insuficiente este tradicional enfoque del derecho del trabajo -en su faz colectiva e individual- por otorgarle casi exclusiva preponderancia al valor poder en desmedro del concepto de derecho.

En síntesis, nos ocuparemos de la Historia del Derecho del Trabajo en Argentina desde la perspectiva tridimensional. Es decir, trataremos el conjunto de repartos relacionados con el desenvolvimiento de la historia, captados estos repartos por normas jurídicas que los describen e integran, y valorados, los repartos y las normas, por la justicia o tal vez, con mayor precisión por un complejo de valores culminantes en la justicia.

Como única advertencia señalamos que para algunos, el contrato no tiene un carácter normativo similar al de la ley, y que, por ende, no puede afirmarse que las cláusulas del contrato son normas. Esta disidencia es conceptual y según el significado que se le asigne a la palabra “norma”. Si se entiende por norma tan sólo la norma legal, no puede afirmarse que las cláusulas del contrato son normas. En cambio, y en términos de la teoría trialista, si con esa palabra se indica la captación lógica de un reparto proyectado, “tanto la ley como el contrato se construyen a base de normas, unas legales y otras contractuales, ambas con caracteres particulares y diferenciados; ambas necesitadas de una cuidada

elaboración, integración e interpretación, cada una de ellas con sus propias técnicas, análogas pero no iguales.”²

- 1 -

La **gestión** en el ámbito de la política laboral y seguridad social **puede dividirse en tres grandes niveles** que van desde lo general a lo particular.

La macro-gestión implica la participación del Estado como legislador (poder ejecutivo y legislativo), quien decide qué políticas de empleo, retiro por edad avanzada y pensiones se aplican al sector. Pretende lograr mayor equidad en la distribución, accesibilidad y funcionalidad del sistema. Incluye la financiación y la regulación de la oferta y demanda del mercado de trabajo. También se ocupa de la salud y bienestar de los jubilados. En nuestro país se ha de considerar, por ejemplo, a la CGT, la UIA y a otros grupos sociales que por su importancia política y económica toman parte en las decisiones nacionales.

La meso-gestión se relaciona con la administración de los conflictos individuales, intersindicales y colectivos de trabajo. Comprende la implementación y adecuación de programas con impacto económico (inversión, fomento, impuestos, multas); control y puesta en funcionamiento de derechos y garantías. Se puede incluir aquí a las sentencias relevantes de las Cámaras del Trabajo y de la Seguridad Social (jurisprudencia plenaria) y a la Corte Suprema en la interpretación de la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos.

La micro-gestión o **gestión empresarial y sindical**. Implica directamente a los agentes sociales del mundo del trabajo (Pymes, asociaciones sindicales simplemente inscriptas; etc.), protagonistas clave en el proceso de transformación productiva, tecnológica y de cooperación. Se incluyen también a los litigios judiciales individuales o pluri-individuales como así también los amparos relacionados con la libertad sindical.

Los tres niveles de gestión se relacionan entre sí interactuando de la siguiente manera: la macro-gestión influye sobre la meso-gestión en la regulación de la cobertura legal (subordinación jurídica, A.R.T.) y en la asignación del presupuesto. Influye en la micro-gestión por el número de reclamos y regulaciones que los profesionales deben atender (jueces, contadores, empresarios, abogados; etc.). A su vez, la microgestión influye sobre la mesogestión por ejemplo cuando la jurisprudencia indica cómo se deben resolver las relaciones laborales o promover la salud del trabajador y del ambiente de trabajo, e influye sobre la macro-gestión dado que es donde se adjudican directamente los recursos de los jubilados. Por ejemplo: Los fondos obrantes en cuentas de la Administración Nacional de la Seguridad Social son susceptibles de embargo, frente al incumplimiento de la condena a entregar bonos de consolidación en el marco de un pleito por reajuste de haber provisional, cuando la parte actora tiene más de 80 años de edad (Reguera Sara c/ ANSeS s/ ejecución provisional, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11-ago-2009, MJ-JU-M-46114-AR |

² Nicolau, Noemí Lidia. Acerca de la elaboración de las normas del contrato, Revista Electrónica de Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas, Año II - Nro. 4- Diciembre 2006.

MJJ46114). Para el trialismo, resulta vital en la categoría del reparto, el estudio de las adjudicaciones asiladas que provienen de la conducta de seres humanos determinables (potencia e impotencia).

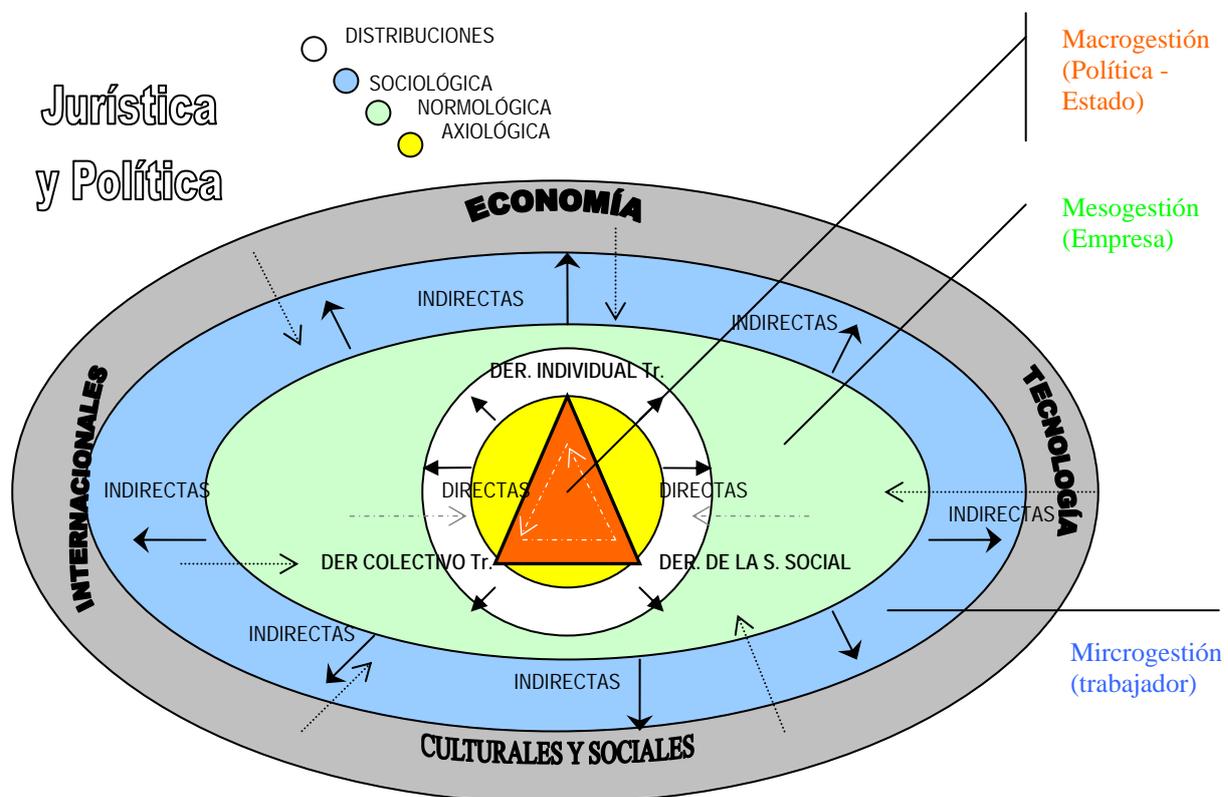
Las distribuciones son las adjudicaciones originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar.

Las disciplinas particulares que estudian el *fenómeno jurídico*, suelen ubicarlo de la siguiente forma: Realidad social, normas, justicia.

Desde dentro del derecho: Jurística sociológica, Jurística Normológica, Jurística Dikelógica.

Desde fuera del derecho: Sociología Jurídica, Lógica Deóntica, Filosofía Moral.

Ofrecemos la siguiente síntesis gráfica, en relación al mundo del trabajo en clave trialista.



“Respecto al método y la meta existe siempre cierta relación dialéctica de complementariedad, donde uno influye en el otro. Parece claro que optar por un método es en gran medida optar por un resultado”³.

³ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Metodología dikelógica”, 2ª edición, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 2007, p. 15.

El vasto aporte doctrinal al mundo del trabajo, ciertamente reconoce coincidencias en el punto de partida, realidad actual o situación de justicia de partida (protección del trabajador y en la complejidad de los factores a ponderar); pero es divergente en cuanto a la meta, justicia de llegada o resultado de la solución con miras a un mundo mejor.

Las conclusiones y propuestas varían -como sucede en la mayoría de las materias del horizonte político-, porque sostienen intereses contrapuestos (bien común, mejora de las condiciones de la clase trabajadora, reproducción de los instrumentos de dominación; etc.).

Se podría decir que la búsqueda de la verdad u objetividad -fin último de la investigación científica-, se ve quebrantada por la falta de imparcialidad del investigador. A fin de prevenir esta subjetividad, la dependencia de las pertenencias socioculturales y políticas, existe lo que se llama vulgarmente, una opción metodológica más o menos aséptica.

De esta manera, los autores que disertan sobre el derecho del trabajo, en general disfrazan sus alegadas pretensiones de objetividad, (la mayor de las veces, refuerzan sus propias preferencias sociales, económicas y culturales, incurriendo en sustituciones de valores) por descuidar el método⁴.

Para explicar las causas de esta rehuída implicación -desconocimiento voluntario que trae aparejado la ideología-, es necesario explorar al fenómeno de la recepción en la cultura argentina y las oposiciones de los sectores "hispanico tradicionales" y "anglofranceses", tema exhaustivamente desarrollado por el Dr. Ciuro Caldani a lo largo de sus investigaciones. El mentado autor sostiene que como consecuencia de la crisis de los valores, principalmente de la justicia, se asfixia el valor humanidad y genera un círculo vicioso muy difícil de romper:

"En la medida en que la cultura argentina se refiera más a la **realidad**, tendrá más oportunidad de contar con un sistema de premios y castigos". (Extractado de "Argentina y la urgente necesidad de un sistema de premios y castigos", autor: Ciuro Caldani, Miguel Ángel).

"Al fin, la escisión de la conciencia jurídica y en general cultural es una característica muy difundida en los países que viven simultáneamente dos historias: la de su realidad y la que desearían vivir. Hay sectores más "autóctonos" y otros referidos al espacio de referencia de las pretensiones". (Síntesis de "Nuevamente sobre los efectos de la recepción en la cultura jurídica argentina", autor: Ciuro Caldani, Miguel Ángel).

"La permanente tensión entre fórmulas de justicia diferentes obstaculiza la referencia al bien común que al fin caracteriza al Derecho Público, produce inseguridad, bloquea las posibilidades de un proyecto compartido debilitando la "nación", empobrece la legitimación de los repartos, desorienta la responsabilidad y promueve despliegues de mediatización totalitaria. La complejidad de las bases culturales del Derecho argentino hace a nuestro parecer evidente que también es necesario captar el "horizonte" del mundo político, en el cual el Derecho (la política jurídica) se relaciona con las otras ramas políticas (económica, científica, artística, religiosa, educacional, de seguridad, etc.)". [Abreviado de "Bases culturales del derecho argentino", autor: Ciuro Caldani, Miguel Ángel]⁵.

⁴ De aquí que incurran en una "mezcolanza" jurídica, es decir, oscilando entre simplicidad pura y complejidad impura.

⁵ Se puede consultar en: www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/.../485 al 28/02/2010.

Se podría afirmar que a pesar del perpetuo obstáculo de la complejidad de las variables (necesariamente deben ser tenidas en cuenta), quienes tuvieron a su cargo la conducción de nuestra nación desde mediados del siglo XX, eludieron el desafío de dar respuestas en política laboral acordes al bien común y reaccionaron de manera simplificada, a veces negando sistemáticamente el examen de las relaciones entre las distintas ramas jurídicas, y otras, excediéndose en el ejercicio del poder, soslayando la virtud de la prudencia y degradando el valor que caracteriza a la política por antonomasia: el amor. Las ramas del mundo jurídico se vinculan diversamente con las ramas del mundo político en general, del que el Derecho como política jurídica es a su vez una de las ramas⁶.

La teoría trialista se ubica en el ámbito de la Filosofía Jurídica Menor o Jurística y estudia el fenómeno jurídico desde dentro, mientras que la Filosofía Jurídica Mayor o Filosofía del Derecho, lo considera desde afuera, engarzándolo dentro de una captación del universo.

"Todo orden de repartos constituye un régimen.... [En] la constitución del régimen intervienen ciertos valores y que son: el poder (básico del reparto autoritario), la cooperación (inherente al plan de gobierno) y la solidaridad (subyacente a la concatenación de los repartos como modelos y seguimientos). Pero todo orden de repartos, considerado en su totalidad realiza aún otro valor que es precisamente el valor del orden que produce siempre pacificación."⁷

Memora Mariano Morelli⁸ que para Goldschmidt, norma designa algo parcialmente diferente de lo que la doctrina jurídica suele referirse. *"La ley no es un tipo o clase de lo que él llama "norma". Pertenecen a dimensiones diferentes. La ley, como manifestación de un reparto, es algo real, fáctico. La norma, como captación lógica es un ente ideal"*.

Al trialismo le interesa atender, en cada reparto, a los repartidores (conductores), los beneficiarios, los objetos de los repartos, las formas y las razones (con sus móviles, razones alegadas y razones sociales). Especialmente le importa poner en evidencia quiénes y en qué aspectos se benefician y se perjudican. Esos intereses llevan a considerar asimismo las distribuciones, que son adjudicaciones de potencia e impotencia originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas (económicas, religiosas, científicas, técnicas, etc.) o el azar. Los repartos (las adjudicaciones por conducción) se producen en marcos de otros repartos y de distribuciones. "Una de las consecuencias fundamentales del descubrimiento de la ubicación del valor justicia en el sector de los entes ideales es la apertura del camino para reconocer la juridicidad de todo fenómeno social en que pueda realizarse, sea reparto – autoritario o autónomo- o distribución."⁹

Como no todos ni cualquier acontecimiento es digno de ser considerado histórico, se debe establecer un criterio para seleccionar de la realidad aquello que interesa al jurista como tal: la dimensión axiológica del trialismo. Si bien hoy es difícil sostener el objetivismo axiológico goldschmidtiano, seguimos sus enseñanzas para valorizar los acontecimientos históricos según un criterio de justicia o reparto razonado. Se subraya que no es suficiente reducir el examen de la realidad social a una clasificación de derechos y deberes de las

⁶ Ciuro Caldani, Miguel Ángel, "Las ramas del mundo jurídico", SJA 13/2/2008, Lexis N° 0003/013667

⁷ Goldschmidt, Werner, "Introducción filosófica al derecho", 6ª edición, Depalma, Buenos Aires, pág. 107.

⁸ Mariano Morelli ("Norma y ley en el pensamiento de Werner Goldschmidt. Objeciones y respuestas", publicado en "Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias: homenaje a tener Goldschmidt y Carlos Cossio/ Miguel Ángel Ciuro Caldani... [et al], 1° edic., Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, p.89).

⁹ Ciuro Caldani, Miguel Ángel, "Teoría tridimensional y teoría trialista", El Derecho, T° 143, págs. 1214.

partes, ya que éste punto de vista normológico, estático, se despreocupa del funcionamiento de la norma (cumplimiento de la función descriptiva e integradora)¹⁰.

Como bien reconoce el trialismo, la tensión entre los autores de las normas y los encargados del funcionamiento se resuelve siempre en una *decisión* de estos últimos. Por ser distintos los roles (legislador, juez, científico, líder sindical) que ponen en juego los intereses de los encargados del funcionamiento, también diferentes son las ponderaciones de los principios y las respuestas que se brindan.

Escribió el Dr. Ciuro Caldani: “Es notorio que las diversas concepciones políticas tienden a explicar cada situación de maneras diferentes. Así, por ejemplo, quien sostenga una concepción liberal se orientará a explicar la situación de América Latina desde el enfrentamiento de regimenes de autoridad y regimenes de libertad y quien mantenga una interpretación económica tenderá a comprenderla en oposición de sistemas más feudales o capitalistas. Sin embargo, creemos que en general una de las perspectivas más importantes para comprender la problemática de nuestro tiempo, y en especial la situación latinoamericana, es el enfoque axiológico de la relación entre justicia y utilidad. [“América Latina en la encrucijada del valor. (Justicia y Utilidad)”]¹¹.

-2-

El tratamiento de la “noción de derecho” para la elaboración de normas, entendemos, debe ser circunscrito en tiempo y lugar. De ese modo, se deja a salvo que, el bagaje normativo que en esta parte se menciona pudo variar en función de las transformaciones sociales, económicas, globales y tecnológicas. En virtud de lo dicho, si bien esta monografía tiene pretensión de arribar a conclusiones generales, se advierte que hay que saberse ubicar en las circunstancias que acompañan la exposición de cada trama histórica para efectuar un buen análisis.

Un tema importante de esclarecer -si nos proponemos hablar sobre los modos de pensar la justicia- se refiere a cómo entendieron y hoy consideran los autores a la rama del derecho llamada laboral.

José Manuel Almansa Pastor¹² trata la cuestión del siguiente modo: En primer lugar, la perspectiva histórica muestra que en un principio del derecho del trabajo surgió para la regulación protectora de los *económicamente débiles*, siendo su contenido principal la protección de dichos sujetos. Más adelante, cuando el derecho del trabajo se deshace de su etiqueta obrerista y ensancha su ámbito regulador, se extiende la esfera de protección subjetiva a los trabajadores, pero no a todos, sino a determinada categoría de ellos: los subordinados o dependientes.

“Ahora bien, en ese proceso de delimitación de los sujetos trabajadores como definitorios de la disciplina jurídica se incurre en dos peligrosas reducciones que conducen a un engañoso esquematismo y a una falsa simplificación porque, en efecto, los trabajadores como sujetos de derecho, lo son sólo en función de una relación jurídica de trabajo y en cuanto se refiere a ésta, no como cualidad insita de la persona, de manera que el Derecho

¹⁰ Ciuro Caldani, Miguel Ángel, ob.cit. nota 3.

¹¹ Se puede consultar en: www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/155/106 al 28/02/2010

¹² Almansa Pastor, José Manuel, “El concepto de trabajador”, en AAVV, “Estudios sobre derecho individual de trabajo en homenaje al profesor Mario L. Deveali”, Editorial Helasta S.R.L., Bs. As., 1979, p.252/254.

del Trabajo no regula todas las relaciones jurídicas de los trabajadores (civiles, penales, administrativas, etc.), sino sólo aquéllas que tienen como base una actividad laboral.

La primera de esas reducciones simplifica el contenido del Derecho del Trabajo al hacer una tácita referencia a un solo tipo de relaciones jurídicas, la relación individual de trabajo, bajo la errónea petición de principio de que el Derecho Laboral se reduce al Derecho Individual del Trabajo y abarca como relación principal única a la relación jurídica laboral individual, a la que se subordinan las restantes relaciones laborales en plano inferior y secundario.

Sólo bajo la aceptación de tal presupuesto reductor puede entenderse la lógica la delimitación del Derecho del Trabajo al ámbito del trabajador dependiente.

La segunda, constituye reducción de la reducción, porque una vez simplificado el ámbito jurídico laboral a la relación individual de trabajo, parcializa a los sujetos de ésta, tomando en consideración, no a empresario y trabajador sino solo al último, modalizado por su carácter de trabajador o subordinado. Aun estableciéndose como presupuesto implícito que el Derecho Laboral exalta a la relación individual de trabajo como única principal, la adopción de un criterio delimitador subjetivista habría de contar con los sujetos trabajador y empresario, dado que solo con referencia a este último se entiende la categoría jurídica de trabajador dependiente.¹³

Alfredo Montoya Melgar¹⁴ completa la idea de Almansa Pastor: "Si la noción de dependencia es constante, a través del tiempo, como criterio definidor del derecho del trabajo, ha de reconocerse... que el contenido atribuido a esa noción ha experimentado un considerable aunque paulatino cambio. El eje de ese cambio -que también puede observarse en otros ordenamientos- es la evolución desde una noción precisa pero rígida de dependencia, entendida como sometimiento a las órdenes e instrucciones del empresario..., a un concepto menos definido pero más elástico, referido a la inserción del trabajador en un ámbito organizativo ajeno".

"Ese proceso de espiritualización de la noción de dependencia no ha sido fruto del azar o la arbitrariedad; por el contrario, ha sido un proceso deliberado que ha perseguido y permitido la permanencia del concepto como requisito definidor del contrato de trabajo y del derecho del trabajo y su adaptación a las crecientes exigencias sociales de protección. En este sentido, el derecho del trabajo ha ampliado su esfera protectora sin necesidad de cambiar los elementos definidores de su objeto de regulación, aunque sí modalizando y relativizando el contenido de esos elementos. El precio que ha habido que pagar por el mantenimiento de la categoría jurídica del trabajo dependiente ha sido, sin embargo y en algún caso, el de su, en cierto modo, desnaturalización; lo que, evidentemente ha hecho perder valor definidor y diferenciador a dicha categoría"¹⁵.

Sin perjuicio de posponer la concepción actual de esta rama del derecho, nos aproximamos a los autores nacionales con el resumen histórico de Mariano R. Tissebaum¹⁶

¹³ Almansa Pastor, José Manuel, ob.cit.

¹⁴ Montoya Melgar, Alfredo, "Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del trabajo", MJ-DOC-3934-AR | MJD3934.

¹⁵ Montoya Melgar, Alfredo, ob.cit.

¹⁶ Tissebaum, Mariano R., "El contrato de trabajo en la República Argentina" Págs.11/34, en "Estudios sobre derecho individual de trabajo en homenaje al profesor Mario L. Deveali" Guillermo Cabanellas director, Editorial Heliasta, Bs. As., 1979, págs. 11 a 34. El mencionado autor divide su artículo en varios acápite: I) consideraciones preliminares. II) Antecedentes de la época colonial. III) Advenimiento de la legislación argentina. IV) Disposiciones del código de comercio. V) El contrato de ajuste

El autor citado encuentra primero en el ámbito doctrinal y por presión de los acontecimientos de índole socio industrial, el origen de la configuración del eje de la rama: el contrato de trabajo. Seguidamente, aquellos conceptos, según Tissembaum, pasaron a fijarse en normas legales. De este modo, expresó:

“El doctor Vélez Sársfield tuvo conocimiento del proceso de transformación económico social que se venía operando en la actividad laboral, con el advenimiento de los nuevos procesos industriales y su repercusión en las figuras jurídicas... pero prefirió que este aspecto fuera encarado por leyes especiales...”¹⁷

Mariano R. Tissembaum, resalta que “el primer cuerpo legal nacional que adopta disposiciones vinculadas con las relaciones jurídicas contractuales entre empleadores y trabajadores pero limitada a un aspecto de la actividad profesional, relacionada con la mercantil, es el Código de Comercio que originariamente, en el año 1859, fue promulgado por la Provincia de Buenos Aires, y luego, en el año 1862, por Ley Nacional N° 35, fue declarado código nacional por el Congreso de la Nación, para regir en todo el país”¹⁸.

Deben destacarse del referido código las disposiciones que se relacionan con el contrato que celebran los empleadores designados como *principales*, con los empleados de comercio que son denominados *factores y dependiente*, y constituyen, dentro del derecho positivo argentino, normas precursoras relacionadas con el régimen legal del contrato de trabajo¹⁹.

“Estas disposiciones que implicaron admitir el principio doctrinario de la responsabilidad automática, en base a la teoría del riesgo profesional, constituyeron en su época un evidente avance jurídico, al adoptar el concepto de la responsabilidad objetiva, derivada del citado riesgo, que años después se incorporaría en la ley 9.688, del año 1915, sobre responsabilidad por accidentes y enfermedades profesionales del trabajo”²⁰.

“A través de la figura de la rescisión del *contrato de empleo*, tal como se lo denominó en el Código de Comercio, se instituyó el preaviso”²¹.

A su vez, si se hubiera fijado plazo en el contrato, las partes no podían arbitrariamente “separarse de su cumplimiento”, y si así ocurriera, la parte que produjere el

de los trabajadores de transportes marítimos, aeronáuticos y terrestres. VI) El contrato de trabajo en las minas. VII) El contrato de trabajo en las actividades agropecuarias. VIII) El código civil y el contrato de trabajo. IX) La reforma al código de comercio y el contrato de trabajo. Ley 11.729. X) Los proyectos de códigos de trabajo y el contrato de trabajo (proyecto del doctor Joaquín V. González, proyecto del doctor Alejandro M. Unsain, proyecto del doctor Carlos A. Saavedra Lamas, anteproyecto de una comisión especial, pronunciamiento del primer congreso nacional de derecho del trabajo). XI. Leyes especiales sobre contrato de trabajo (la ley 16.881 y su promulgación parcial, sanción de una nueva ley: la N° 20.744, ley de reformas N° 21.297).

¹⁷ Tissembaum, Mariano R., *ob.cit.* Apunta Montoya Melgar, op. cit. 3, “Precisamente porque la legislación obrera, social o industrial, como fue llamada en sus orígenes, se proponía dar respuesta a una determinada situación histórica —la famosa “cuestión social”—, el trabajo que a tal legislación interesaba regular (proteger) no era todo y cualquier tipo de actividad laboriosa sino exclusivamente el trabajo situado en el centro de esa cuestión social: el trabajo de los obreros industriales, desasistidos y menesterosos en cuanto individuos, al tiempo que fuertes y temidos en cuanto miembros de un sindicato o participantes en una huelga”.

“Al legislador decimonónico no le preocupaba la idea de construir un derecho laboral unitario común a todo trabajo socialmente útil, procediera del obrero, del profesional liberal o del artesano independiente. Esa idea hubiera sido además de difícilísima puesta en práctica, dadas las diversidades de necesidades y de regímenes y estatutos jurídicos con que inevitablemente hubieran tenido que afrontarse esas necesidades”. (Montoya Melgar, op. cit. 3).

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

distracto debía indemnizar a la otra “los perjuicios que por ello le sobrevengan”, a juicio de los arbitradores. Ésta disposición es el antecedente de la *indemnización por despido arbitrario o indemnización por antigüedad*. La diferencia de la referida disposición del Código de Comercio, con el actual concepto, deriva de que la misma debía determinarse en base a los perjuicios y mediante árbitros, mientras que el actual sistema se determina en modo tarifario, en base a la antigüedad en el empleo²².

La primera reforma substancial que se originó en el régimen jurídico de la relación laboral, regulado en el Código de Comercio, fue con el dictado de la Ley 11.729, promulgada el 21/09/1934, y se concretó en las modificaciones de los artículos 154 a 160 del código citado²³. Esta ley no determinó los caracteres del contrato de trabajo. Se limitó a fijar normas objetivas relacionadas con determinados aspectos de la relación laboral, por ejemplo, accidentes y enfermedades inculpables, vacaciones, disolución del contrato; etc.

“Varias modificaciones se introdujeron a la Ley 11.729, pero ellas concretaron especialmente el monto de las indemnizaciones derivadas de la rescisión sin causa del contrato de trabajo. En 1945, por Decreto-ley 33.302, ratificado por Ley 12.921, del año 1946, además de modificar los montos indemnizatorios por despidos injustificados, ratificó virtualmente el ámbito de aplicación de la ley 11.729, en modo extensivo, como lo había consagrado la jurisprudencia, aplicando sus disposiciones a “todos los empleados y obreros de las actividades agrícolas, ganaderas, forestales, mineras, industriales o comerciales de todas las clases, con excepción del personal afectado al servicio doméstico”²⁴.

“Virtualmente, la Ley 11.729, vigente desde el año 1934, con la reforma citada del D.L. 33.302, hasta el año 1974, constituyó durante cuarenta años, el régimen jurídico básico y principal para el enfoque de todas las relaciones laborales del contrato de trabajo, no obstante estar incorporadas las citadas normas al Código de Comercio, salvo las complementarias que se dictaron para determinadas actividades laborales (estatutos), ya sean creadas por el legislador o mediante convenios colectivos de trabajo”²⁵.

La historia nos muestra que el proyecto de ley nacional de trabajo de 1904 se erigió en la primera contradicción al reparto capitalista burgués proyectado por Vélez Sársfield, ya que Joaquín V. González afirmaba la necesidad de legislar el contrato en un cuerpo aparte²⁶. De todos modos, la fuerza de los acontecimientos políticos y económicos demostró la incapacidad de nuestra Argentina para implementar tan rápidamente cambios sociales sustanciales.

Ricardo Cornaglia²⁷, bajo el acápite: “El cuestionamiento del progreso y la aparición del contrato de trabajo en el saber jurídico” señala que de la modernidad surge la idea de que los cambios se suman, en un desarrollo histórico continuo, plasmado por medio de la

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ El 30 de abril de 1904, Juan Biale Massé presentó su “Informe detallado sobre las condiciones del trabajo y de la población obrera en general, y en particular en el interior de la Argentina”. Fue a pedido de Joaquín V. González, ministro del interior de la segunda presidencia del Gral. Julio A. Roca. Regian en el país para esa época, el Código Civil de 1871 y el de Comercio de 1889. Como Biale Massé fue médico, todas las cuestiones relaciones con la higiene y seguridad en el trabajo, son tratados en profundidad. El autor no hace esta investigación sobre la situación de los trabajadores únicamente en su desempeño laboral, sino que estudia las industrias, y de sus posibilidades para su desarrollo ulterior del país. Aconseja la realización de obras públicas y, cuando señala abusos o sistemas de explotación no adecuadas, concluye proponiendo el articulado de la ley pertinente. Es un diagnóstico con críticas, pero también con propuestas de soluciones.

²⁷ Cornaglia, Ricardo J. “*El llamado principio de progresividad*”, LA LEY 2008-A, 959.

libertad de contratación y de mercado, que, en cuanto a la apropiación del trabajo, encontraba en la locación de servicios de los códigos napoleónicos el suficiente instrumento jurídico, hasta que la cuestión social vino a reclamar la revisión del orden y el progreso alcanzado. Continúa el Dr. Cornaglia: "Hijo de la cuestión social, el contrato de trabajo surgió instrumentalmente como un instituto limitante del abuso del poder del empleador en un sistema de relaciones individuales y colectivas inspirado en la idea del progreso".

Sin embargo, le damos la razón histórica a Vélez Sársfield quien incluyó a la problemática en la locación de servicios. En auxilio de nuestra opinión, viene el movimiento de reforma del código civil en 1926, a través del proyecto de Juan A. Bibiloni y la aplicación judicial de la ley 11.729 junto con varios estatutos particulares²⁸. Por otro lado, hay quienes sostienen que la Argentina no pudo superar la etapa de desarrollo precapitalista.

Desde la óptica tridimensional trialista, claramente hoy podemos distinguir la construcción de conceptos institucionales (matrimonio, filiación) de los conceptos particulares o negociales (de adhesión, contrato colectivo de trabajo). La figura del contrato se va diluyendo. No se habla más de la libertad de contratar, sino de la libertad de disponer lo que se llama contrato. Como enseña el profesor Ciuro Caldani, con una carga ideológica debilitada, hoy se habla de una dinámica cultural del concepto de contrato. El concepto rotula, le pone un título a los hechos, al rotular, se le da sentido a la vida²⁹. En lo que respecta a la materia, este "producto final" pero sujeto a innumerables y constantes modificaciones que es la ley 20.744, es un buen ejemplo de cómo el legislador captó los repartos de la relación jurídica individual y mediante herramientas antifraude, cumplió un mandato constitucional (art. 14 bis CN) protegiendo al débil negocial, el trabajador.

Siguiendo la perspectiva trialista y desde una visión dinámica, el funcionamiento de las normas se produce siempre en los despliegues "real" y "conjetural" que tienen entre sí múltiples influencias recíprocas. Como señala el Dr. Ciuro Caldani, a menudo incluso se conjetura el fracaso de las normas y en temas tan vinculados al desenvolvimiento del capitalismo, que se apoya mucho en la confianza, esto tiene gran importancia.

El proyecto de la Ley Nacional del Trabajo (1904) fue precedido de varias iniciativas que ya respondían al concepto moderno de Derecho del Trabajo. Tanto en el Congreso Nacional como en las provincias se trató de implantar y regular el descanso dominical, la jornada de ocho horas, la protección de la minoridad y de la mujer trabajadora, la indemnización especial por accidente y la solución pacífica de los conflictos.

En el mensaje de 1904 al Congreso, el presidente Julio A. Roca anunció el envío inmediato del proyecto, que se proponía regular el trabajo obrero y sus relaciones con el capital, inspirado en necesidades evidentes y en las fórmulas adoptadas por las naciones que mejor han legislado sobre el asunto. Su espíritu más general es mejorar las condiciones de la clase obrera y de la industrial, ofreciéndoles medios de conciliación permanente sobre bases de equidad y justicia.

²⁸ El anteproyecto de Código Civil de Juan Antonio Bibiloni y el proyecto de 1936 intentaron superar la antinomia, incorporándole al Código reglas sobre el contrato de trabajo.

²⁹ El Título II, capítulo I de la ley 20.744 justamente pone fin a un largo debate doctrinal (inagotable) sobre qué se entiende por contrato y por relación de trabajo (arts. 21 a 24). En la legislación del trabajo, tiene mucha importancia la desviación en el ámbito de los conceptos para prestigiar o desprestigiar. Por ejemplo: el llamado "procedimiento preventivo de crisis de empresa" que fue objeto de varias modificaciones legislativas y algunos doctrinarios lo tratan como procedimientos de "defensa" del empleo, las leyes flexibilizadoras, etc.

El proyecto constaba de 465 artículos agrupados en catorce títulos: disposiciones preliminares y generales; de los extranjeros; del contrato de trabajo; de los intermediarios en el contrato de trabajo; accidentes del trabajo; duración y suspensión del trabajo; trabajo a domicilio e industrias domésticas; trabajo de los menores y de las mujeres; contrato de aprendizaje; del contrato de los indios; condiciones de higiene y seguridad en la ejecución del trabajo; asociaciones industriales y obreras; autoridades administrativas; y de los tribunales de conciliación y arbitraje.

Nunca el Congreso se abocó a su consideración. Muy bien inspirado, fue demasiado ambicioso para la época y, a la vez, polémico. Lo rechazaron la Federación Obrera Argentina, la Unión General de Trabajadores y la Unión Industrial. Gozó, en cambio, de la adhesión, con reservas, del socialismo. Prosperaron, en los años siguientes, algunos de sus capítulos, sancionados como leyes independientes. La primera fue la de descanso dominical. (Ley 4.661 de 1905).

Dentro de las corrientes opositoras al propósito de considerar las relaciones laborales dentro del Código Civil, surgió la figura de Alfredo L. Palacios, quien en su libro *El nuevo Derecho* (1920) señaló la independencia de la rama jurídica.

En otro capítulo tratemos las reformas constitucionales argentinas y su influencia con el derecho del trabajo. Sin perjuicio de ello, y atingente al tema de la codificación, aquí transcribimos la pertinente opinión del Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani:

“A través de la codificación las ramas jurídicas resultaron divididas en compartimentos estancos, que acentuaron la pérdida del sentido de unidad de lo jurídico con grave perjuicio de la comprensión de la unidad de la vida y de la justicia”³⁰.

“La perspectiva utilitaria predominante, combinada con la esclerosis codificatoria, hizo que las ramas jurídicas fuesen consideradas de manera creciente como perspectivas económicas (Derecho Comercial, Derecho del Trabajo, Derecho Agrario, Derecho de la Minería, etc.)”³¹.

“Desde la dimensión sociológica, en el tema de las ramas del mundo jurídico se relacionan los repartos de potencia e impotencia de conductas humanas determinables con las distribuciones (adjudicaciones de potencia e impotencia originadas en la espontaneidad, por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar)”³².

“Las ramas jurídicas pueden tener más sentidos de conducción repartidora o de distribuciones. En el derecho de los contratos, los repartos son claros; en el derecho laboral, se mezclan los repartos con las distribuciones (principalmente evidenciadas en las influencias humanas difusas y el azar)”³³.

“Los elementos de los repartos que se presentan en la realidad social suelen ser muy diversos de los que captan las normas. Cada rama presenta un mayor grado de correspondencia entre realidad y normas”³⁴.

³⁰ Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Estudios de Historia del Derecho” (reelaboración de estudios de “Perspectivas Jurídicas”), Rosario, 2000, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, p.179.

³¹ Ciuro Caldani, Miguel Ángel, ob.cit.19

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

Señala Rodríguez Mancini que en relación con el momento de la sanción de la ley de contrato de trabajo argentina, existió un desfase con el mundo central, el cual asistía a “la crisis del modelo por el impacto de los fenómenos económicos”.

“Es patente que sus normas fueron pensadas y estructuradas tomando un modelo basado en la existencia de la empresa de gran tamaño en la cual se aplicaban los métodos de trabajo conocidos como propios del fordismo. En este marco la institución básica del ordenamiento era la estabilidad en el empleo como técnica de protección en el nivel individual pero también como instrumento de política laboral para el logro del objetivo de pleno empleo. Por lo demás, también es reiterativo, recordar que se trataba de un sistema aplicado en el caso de nuestro país, en un cuadro económico representado por un mercado cerrado con altas manifestaciones de proteccionismo, a lo cual, además debía añadirse, la presencia de un proceso inflacionario crónico”³⁵.

“Hasta los años 80 del siglo XX, pudo hablarse de un segundo período de la Edad Contemporánea, pero a partir de entonces ha quedado configurado un cambio fundamental del tiempo histórico que se fue evidenciado a partir de los años 70. La acelerada celebración del nuevo milenio “globalizado” al comenzar el año 2000 pasa por alto que están concluyendo realidades humanas que tienen mucho más de dos mil años”³⁶.

“La mayor dinámica de la economía capitalista y la búsqueda de la libertad por los pueblos que habían mejorado sus condiciones materiales de vida con el sistema soviético fueron causa que condujeron al triunfo del sistema occidental, quizá específicamente en su versión más liberal”³⁷.

El tema de la seguridad social, será secundariamente tratado en los siguientes capítulos. Sin embargo cabe decir con Rapetti³⁸, que los sistemas modernos de seguridad social occidentales, son un producto del desarrollo capitalista pero también tienen un claro sesgo cultural.

“Si bien los elementos estructurales básicos del capitalismo no difieren mucho de un país a otro, no ocurre lo mismo con otros componentes, tales como: derecho, religión, moral, media, creencias, arte; en fin con toda esa carnadura fuertemente marcada por la historia y la cultura y, la seguridad social es parte de esa carnadura histórico-cultural”.

- 3 -

El proyecto de Joaquín V. González, con alcance nacional y que respondía a varias de las principales demandas de centrales sindicales, no tuvo favorable acogida por dos razones principales. Los empresarios se opusieron porque entendían que la ley constituía concesiones a los trabajadores; y las propias centrales sindicales, miraron con desconfianza una reglamentación de su actividad que tendía a colocar bajo tutela estatal la resolución de los conflictos.

Sobre la necesidad de crear el Derecho del Trabajo como rama autónoma distinta del derecho civil, existían dos posiciones: en contra (Juan Biale Massé y Estanislao S. Zeballos

³⁵ Rodríguez Mancini, Jorge y Fontana Beatriz, “Sobre el objeto del derecho del trabajo”, DT 2001-B, 1061-1062

³⁶ Ciuro Caldani, Miguel Ángel, ob.cit.19, p.180.

³⁷ Ibid. p.181

³⁸ Rapetti, Ricardo F., “Determinación cultural e histórica de la seguridad social”, DT LIX- 421 (marzo de 1999), p. 414/421.

por la tesis de la falta de necesidad), y a favor (Joaquín V. González y Alfredo L. Palacios por la opuesta)³⁹.

En 1907 se creó el Departamento del Trabajo con el fin de atender cuestiones laborales que hasta ese momento pasaban exclusivamente por el Ministerio del Interior. Los fundamentos de su creación fueron que los gobiernos de los países avanzados disponían de organismos dedicados a la cuestión social: la formación de una legislación laboral argentina debía comenzar por la creación de un órgano semejante. Se aducía que se necesitaba contar con una adecuada doctrina e información que sirviera de antecedente a los legisladores.

Hacia 1943 se advierte la existencia de un movimiento obrero dividido⁴⁰, altamente politizado y no reconocido ni organizado jurídicamente, a pesar de sus largos años de actuación. En 1943 la C.G.T. (Confederación General del Trabajo) se divide en C.G.T. 1 y C.G.T. 2. Luego de la Revolución del 4 de junio se interviene la C.G.T. 1 y se disuelve la C.G.T. 2.

“El país sufrió las consecuencias de un nuevo golpe militar y una de las medidas que provocó roces entre el sindicalismo y el gobierno fue el Decreto N° 2669/43 de asociaciones profesionales, dado a conocer el 20 de julio, que contenía cláusulas restrictivas al movimiento obrero, como la exclusión de todo postulado o ideología contraria a nuestra nacionalidad, la prohibición de participación en la acción políticas, la prohibición de agremiación de menores de 18 años y la restricción de los extranjeros en los cargos directivos en el gremio”⁴¹.

“El gobierno que había intentado controlar al movimiento encomendó al entonces Coronel Perón la vinculación con los dirigentes obreros a través de Domingo Mercante, miembro del GOU que en ese momento ocupaba el cargo de oficial mayor del Ministerio de Guerra. A través de numerosas relaciones personales consigue solucionar conflictos colectivos de importancia y se inicia una nueva etapa en la organización sindical”⁴².

Al asumir Perón su cargo de Secretario de Trabajo y Previsión, ya anticipa algunas líneas de lo que sería su tarea táctica posterior⁴³. Uno de sus primeros actos fue la suspensión de los efectos del dec. 2.669/43 de asociaciones profesionales por la promulgación del dec. 15.581 del 5 de Diciembre de 1943⁴⁴.

La inspección del trabajo, al decir de Adrián Goldín, es un actor insustituible en la tarea de asegurar la efectividad de buena parte de las normas del Derecho social. En la Argentina, sin embargo, no cumple ese rol de modo satisfactorio⁴⁵.

³⁹ Se puede ver: Levaggi, Abelardo, *“Historia del derecho del trabajo argentino y sus fuentes (1800-2000) (Segunda Parte)”* DT2005-A, 626.

⁴⁰ Había adhesión a la Unión Democrática, movimiento en gestación. La CGT nro. 2 acentuaba la necesidad de unidad de las fuerzas democráticas y pretendió incluso la formación de una organización política.

⁴¹ Fernández Madrid, Juan Carlos *“Panorama del sindicalismo argentino. Evolución del derecho colectivo”*, en AAVV, *Derecho Colectivo del Trabajo*.- La Ley, 1998.- Pág. 319 a 362.

⁴² Fernández Madrid, Juan Carlos, ob.cit. p.328.

⁴³ El Departamento de 1907 se convierte en Secretaría de Trabajo y Previsión en 1943 y Perón ocupa la sede del antiguo Concejo Deliberante, en Perú entre Victoria y Diagonal Sur el 2 de diciembre de ese año. El panorama del coronel se amplía gracias a sus contactos con sindicalistas y políticos, y los diarios comienzan a ocuparse de él, reproduciendo discursos y fotografías.

⁴⁴ Fernández Madrid, Juan Carlos, ob.cit.41.

⁴⁵ Goldín, Adrián, *“Sobre las causas de la ineffectividad del derecho social; el caso argentino”*, Revista Electrónica de Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Año I - N° 3, Diciembre 2005.

En 1944 Perón dijo "... buscamos suprimir la lucha de clases, suplantándola por un acuerdo justo entre obreros y patrones, al amparo de la justicia que emana del Estado...". Su prédica estuvo inspirada, al menos en parte, en la experiencia italiana que tuvo oportunidad de observar personalmente entre 1939 y 1941, y también por las Encíclicas Papales tales como *Rerum Novarum* de 1891 y *Cuadragésimo Anno* de 1931⁴⁶.

"Puede afirmarse que recién en 1945 comenzó verdaderamente la etapa de reconocimiento jurídico de los sindicatos como sujetos colectivos laborales. Fue sancionado y entró en vigencia el primer ordenamiento específico, el Decreto- Ley N° 23.852/45. Y la consagración llegó con la Constitución de 1949 (derogada en 1955) y con la reforma de 1957, así como con la ratificación de los convenios de la OIT números 87 y 98, también en la década del '50"⁴⁷.

Desde el origen de nuestra patria, los trabajadores rurales para poder defender sus derechos, se organizaron alrededor de aquellos a los cuales elegían como sus legítimos representantes a fin de velar por su bienestar y seguridad, por lo general bajo una figura de carácter paternalista.

De allí que siendo una asociación según el orden natural con rasgos carismáticos, paternalistas pero de índole racional en su elección y compromiso; es el sindicalismo la estructuración de las organizaciones rurales originarias sostenedoras de un accionar hecho pensamiento en cuanto defensa del hombre argentino, con sus diferentes costumbres, tradiciones y sentimientos.

De esta manera, la primera disposición legal sobre el trabajo rural e inicios de sanción de distintos estatutos que contemplan las modalidades del trabajo, es el denominado "Estatuto de los Conchabadores" del año 1942 (ley 12.789), que comprende a una categoría especial de trabajadores rurales, que en la época de la zafra azucarera debían trasladarse a sus lugares de trabajo, que incorporaba ciertas exigencias en cuanto a la contratación, transporte, entre otras cosas.

De tal forma, como se puede advertir, la situación del trabajador rural constituía una forma disimulada de esclavitud, con total inestabilidad en el trabajo, bajísimos salarios, un trato autoritario, despótico y discriminatorio, con características semi feudales.

Estallan graves conflictos rurales, entre los cuales cabe destacar a modo de ejemplo la huelga de los peones de Santa Cruz, en los años 20, el cual concluyó con el fusilamiento de cientos de trabajadores rurales⁴⁸.

Durante el primer gobierno del General Juan Domingo Perón se sanciona el decreto 28.169 ratificado por ley 12.921, denominado "Estatuto del Peón de Campo"⁴⁹.

⁴⁶ Fernández Madrid, ob.cit. 3, p.328.

⁴⁷ *Ibid.* p.328.

⁴⁸ El final fatal se desencadenó por el incidente en la estancia Bremen. Trabajadores que fueron a pedir víveres al dueño de la estancia –de nacionalidad alemana- cambió el relato de los hechos. Acusó a los trabajadores de efectuar fechorías, cuando en realidad, fueron los defensores de la patronal quienes recibieron "a tiros" a los peones. Debido a la acusación calumniosa, los huelguistas tomaron rehenes y los patrones huyeron debido a la intensidad del conflicto. El teniente coronel Varela consideró a la huelga una insurrección armada y aplicó el código militar que preveía la ley marcial. Varela dictó un bando por su cuenta, y lo firmó de parte de Irigoyen. Según Abad de Santillán, Irigoyen no autorizó los fusilamientos pero tampoco hizo nada por castigar a los culpables, pensando que esta desautorización acarrearía el desprestigio de las fuerzas armadas y que la fe del pueblo en las instituciones debían salvarse aún a costa de la impunidad de los responsables.

⁴⁹ El contenido del Estatuto del Peón de Campo contempla por primera vez en Argentina la defensa del salario del peón, y la estabilidad del trabajador. Disponía además: a) La inembargabilidad de los salarios;

Dicho Estatuto se sanciona el 17 de octubre de 1944, paradójicamente un año antes del hecho que cambiaría en parte nuestra historia, al plantearse en el 17 de octubre de 1945, tras rescatar el pueblo a su líder, la incorporación de las masas a la vida política y social argentina tal como lo hiciesen los gauchos al elegir a su caudillo.

Por eso Perón lo señala en sus discursos y lo reafirma en el discurso fundacional del 17 en la Plaza de Mayo, en el cual brinda este consejo: “trabajadores: únense, sean hoy más hermanos que nunca. Sobre la hermandad de los que trabajan ha de levantarse en esta hermosa tierra, la unidad de todos los argentinos”.

Esto se complementa con la revalidación de su compromiso con los trabajadores rurales en el discurso donde, a días de las elecciones de 1946, se dirige a ellos pidiéndoles como medida revolucionaria, que sean partícipes de su propia historia y, ante cualquier impedimento por parte del patrón: “romper los candados y saltar la tranquera e ir a votar”.

Como complemento de esta Ley, en septiembre de 1947 se sanciona la Ley 13.020⁵⁰.

Fueron dos los instrumentos de política socio-económica del gobierno de Juan Domingo Perón en el ámbito de las relaciones laborales en el campo: a) La ley de arrendamientos y aparcería rurales, que modifica las relaciones entre propietarios y arrendatarios y aparceros; y b) La sanción del Estatuto del Peón de campo en 1944, y la posterior ley 13.020, de protección al trabajador de cosecha y obrero de temporada⁵¹.

La aparición de Perón y del Justicialismo como movimiento político, constituyó la expresión de una nueva correlación de fuerzas en la sociedad. Los derechos reconocidos a la clase trabajadora; el pleno empleo, los salarios altos y el creciente proceso de industrialización, dieron a los obreros un papel protagónico en la política argentina. Como años más tarde lo señaló el propio Perón: “El movimiento obrero organizado es la columna vertebral del movimiento peronista”. La rápida y masiva sindicalización dio contención a millones de obreros que, inclusive por vez primera, accedieron a altos cargos de gobierno y

b) Pago en moneda nacional; c) No podían hacerse deducciones o retenciones; d) Salarios mínimos de acuerdo a tablas anexas; e) Descansos obligatorios; f) Alojamiento con mínimas condiciones de higiene; g) buena alimentación; h) Provisión de ropa de trabajo; i) asistencia médico-farmacéutica; j) Vacaciones pagas; k) Estabilidad laboral, imposibilidad de despido sin causa justa; l) Autoridad de aplicación en el Ministerio de Trabajo y Previsión, con instancia conciliatoria obligatoria.

⁵⁰ Esta ley reglamenta el trabajo de cosecha, en cuanto trabajador jornalizado o a destajo se refiere, fijando un mínimo inderogable, ya que sus disposiciones son de orden público. La ley 13.020 crea un organismo nacional, dentro de la órbita del Ministerio de trabajo y Previsión, como ente paritario, la Comisión Nacional del Trabajo Agrario, y comisiones paritarias locales. La primera está presidida por un funcionario del Ministerio, y con representantes del estado, de los obreros y de los patronos. Las comisiones paritarias fijaban las condiciones de trabajo y jornadas, y la forma de integrar los equipos y cuadrillas, y fijar la asistencia sanitaria, alimentación y vivienda. Se dictan así resoluciones que tienen vigencia nacional, por zonas de producción y por tipos de producción, en cuanto a: alimentación, higiene, primeros auxilios, trabajo familiar, disciplina de trabajo, tareas prohibidas, horario de trabajo, garantía de trabajo, etc. Ambas leyes, esto es el Estatuto del Peón de Campo y el de la cosecha, son derogados por la ley de facto 22.248 del año 1980, sancionada durante la sangrienta dictadura militar de los años 1976 - 1983. En el mismo excluye expresamente a los trabajadores del campo de las previsiones de la Ley de Contrato de Trabajo, y prácticamente no contiene disposiciones referidas a los trabajadores transitorios o de cosecha, y contiene diversas normas inconstitucionales.

⁵¹ Se puede consultar: Lattuada, Mario, “El peronismo y los sectores sociales agrarios. La resignificación del discurso como articulador de los cambios en las relaciones de dominación y la permanencia de las relaciones de producción”, Mundo Agr. v.3 n.5 La Plata jul. /dic. 2002.

Aique, María Guadalupe (2008), Trabajo agrario: Actividades propias de la región, Equipo Federal del Trabajo, Año IV, Revista n° 38, págs. 31-37. http://www.eft.org.ar/pdf/eft2008n38_pp31-37.pdf
http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/ensayo_luparia_derecho_laboral_agrario.htm

parlamentarios. Se creó el fuero laboral y los tribunales de trabajo. La propiedad privada, antes considerada como un dogma liberal, quedó armonizada en función social⁵².

La reforma constitucional de 1949 no reconoció el derecho de huelga. El rechazo de los legisladores constituyentes a la inclusión constitucional de este derecho fue deliberado - como surge de los debates-. La exclusión fue fundamentada de la siguiente manera:

“El derecho de huelga es un derecho natural del hombre en el campo del trabajo como lo es el de resistencia a la opresión en el campo político; pero si bien existe un derecho natural de huelga no puede haber un derecho positivo de la huelga, porque -aunque esto haya sonado como un galimatías- es evidente que la huelga implica un rompimiento con el orden jurídico establecido que, como tal, tiene la pretensión de ser un orden justo, y no olvidemos que la exclusión del recurso a la fuerza es el fin de toda organización jurídica.⁵³”

Sobrepasa el límite impuesto a este trabajo analizar las circunstancias y acciones políticas del primer y segundo gobierno peronista⁵⁴.

⁵² Derechos del trabajador según la Constitución de 1949: 1). Derecho de trabajar: El trabajo es el medio indispensable para satisfacer las necesidades espirituales y materiales del individuo y de la comunidad, la causa de todas las conquistas de la civilización y el fundamento de la prosperidad general; de ahí que el derecho de trabajar debe ser protegido por la sociedad, considerándolo con la dignidad que merece y proveyendo ocupación a quien la necesite. 2). Derecho a una retribución justa: Siendo la riqueza, la renta y el interés del capital frutos exclusivos del trabajo humano, la comunidad debe organizar y reactivar las fuentes de producción en forma de posibilitar y garantizar al trabajador una retribución moral y material que satisfaga sus necesidades vitales y sea compensatoria del rendimiento obtenido y del esfuerzo realizado. 3). Derecho a la capacitación: El mejoramiento de la condición humana y la preeminencia de los valores del espíritu imponen la necesidad de propiciar la elevación de la cultura y de la aptitud profesional, procurando que todas las inteligencias puedan orientarse hacia todas las direcciones del conocimiento, e incumbe a la sociedad estimular el esfuerzo individual proporcionando los medios para que, en igualdad de oportunidades, todo individuo pueda ejercitar el derecho a aprender y perfeccionarse.

4). Derecho a condiciones dignas de trabajo: La consideración debida al ser humano, la importancia que el trabajo reviste como función social y el respeto recíproco entre los factores concurrentes de la producción, consagran el derecho de los individuos a exigir condiciones dignas y justas para el desarrollo de su actividad y la obligación de la sociedad de velar por la estricta observancia de los preceptos que las instituyan y reglamentan. 5). Derecho a la preservación de la salud: El cuidado de la salud física y moral de los individuos debe ser una preocupación primordial y constante de la sociedad, a la que corresponde velar para que el régimen de trabajo reúna los requisitos adecuados de higiene y seguridad, no exceda las posibilidades normales del esfuerzo y posibilite la debida oportunidad de recuperación por el reposo.

6). Derecho al bienestar: El derecho de los trabajadores al bienestar, cuya expresión mínima se concreta en la posibilidad de disponer de vivienda, indumentaria y alimentación adecuadas, de satisfacer sin angustias sus necesidades y las de su familia en forma que les permita trabajar con satisfacción, descansar libres de preocupaciones y gozar mesuradamente de expansiones espirituales y materiales, impone la necesidad social de elevar el nivel de vida y de trabajo con los recursos directos e indirectos que permita el desenvolvimiento económico. 7). Derecho de seguridad social: El derecho de los individuos a ser amparados en los casos de disminución, suspensión o pérdida de su capacidad para el trabajo, promueve la obligación de la sociedad de tomar unilateralmente a su cargo las prestaciones correspondientes o de promover regímenes de ayuda mutua obligatoria destinados, unos y otros, a cubrir o cumplimentar las insuficiencias o inaptitudes propias de ciertos periodos de la vida o las que resulten de infortunios provenientes de riesgos eventuales. 8). Derecho a la protección de su familia: La protección a la familia responde a un natural designio del individuo, desde que en ella generan su más elevados sentimientos efectivos y todo empeño tendiente a su bienestar debe ser estimulado y favorecido por la comunidad, como el medio más indicado de propender al mejoramiento del género humano y a la consolidación de principios espirituales y morales que constituyen la esencia de la convivencia social. 9). Derecho al mejoramiento económico: La capacidad productora y el empeño de superación hallan un natural incentivo en las posibilidades de mejoramiento económico, por lo que la sociedad debe apoyar y favorecer las iniciativas de los individuos tendientes a ese fin, y estimular la formación y utilización de capitales, en cuanto constituyen elementos activos de la producción y contribuyan a la prosperidad general.

10). Derecho a la defensa de los intereses profesionales: El derecho de agremiarse libremente y de participar en otras actividades, lícitas tendientes a la defensa de los intereses profesionales, constituyen atribuciones esenciales de los trabajadores, que la sociedad debe respetar y proteger, asegurando su libre ejercicio y reprimiendo todo acto que pueda dificultarlo o impedirlo.

⁵³ Sampay, *La reforma constitucional*, p.40. Sampay fue el miembro informante de la mayoría de la comisión reformadora (Convención Constituyente, 1949, “Diario de Sesiones”, p.275).

⁵⁴ Se puede consultar al 28/02/2010 la Carta de Cipriano Reyes a Juan Domingo Perón: http://www.elhistoriador.com.ar/documentos/ascenso_y_auge_del_peronismo/primer_triunfo_de_juan_domingo_peron.php. También es posible leer la biografía de Ricardo Balbín que hace Felipe Pigna en <http://www.elhistoriador.com.ar/biografias/b/balbin.php> al 28/02/2010

Ahora interesa analizar algunos aspectos de la teoría integrativista trialista para comprender y valorar los hechos jurídicamente relevantes. La norma, en definitiva cuenta un proyecto de vida que proviene de la conducción de personas humanas determinadas. Vamos a procurar el estudio de los beneficiarios (beneficiados o gravados) sin desmerecer la *conducta* de los repartidores, cuestión ésta última más vital para la escuela egológica fundada por Carlos Cossio.

La propuesta objetiva de Werner Goldschmidt en relación con el principio supremo de justicia consistió en adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, para convertirse en persona.

Para resultar justo, el régimen ha de ser humanista, es decir, debe tomar a cada individuo como un fin y no como un medio. Dentro del humanismo, cabe diferenciar el abstencionismo y el intervencionismo o paternalismo. La recepción anglofrancesa se inclinó más por el abstencionismo, pero el sector hispánico tradicional hizo avanzar el paternalismo. Creemos notorio –junto con el Dr. Ciuro Caldani- que el peronismo es en general un movimiento paternalista. Es más, no cabe duda que la justicia sin consideración de personas se relaciona con el humanismo intervencionista al hilo del recorte de rasgos de la personalidad, con el correspondiente riesgo del totalitarismo⁵⁵.

Mientras los adherentes a la codificación, representantes en general del sector anglofrancés, se remiten más a la justicia de la autonomía contractual de los repartidores, los integrantes del sector hispánico tradicional se refieren más a la infraautonomía democrática y, sobre todo, a lo que considera justicia del objeto del reparto⁵⁶.

Las críticas negativas que se le han efectuado al gobierno de Perón han sido principalmente dirigidas a la falta de libertad económica, persecución a la oposición política (e incluso a la Iglesia Católica) y fácil recurso a la violencia como medio distintivo de la ideología peronista. El balance político positivo, ha sido en relación con la política internacional y el compromiso social. No consideramos pertinente ahondar en aquellos fundamentos para este trabajo. Es sabido que las conclusiones a las que arriban los investigadores son válidas según el punto de vista que tenido en cuenta para el análisis. No hay que olvidar que detrás de cada opción metodológica reside una valoración ética. Por lo dicho, preferimos acotar las críticas al objeto de esta monografía: mundo del trabajo en perspectiva histórico-jurídica. La ciencia política interesa, sí, pero no deja de ser otra de las ramas de las ciencias que estudian el universo político general (política económica, sanitaria, del derecho; etc.)

Parafraseando al Dr. Ciuro Caldani, aunque las formalizaciones laborales (leyes, contratos) indican repartos autónomos -desenvueltos por el acuerdo de los interesados y realizadores del valor cooperación-, parece que en realidad, por diversas circunstancias, en la Argentina, casi siempre se trata de repartos autoritarios, desplegados por imposición y realizadores del valor poder. Adviértase la intervención consentida de gobiernos militares (golpes) y la necesidad de balancear la tensión entre el poder económico concentrado y el de las masas.

⁵⁵ Ciuro Caldani, Miguel Ángel, "Metodología dikelógica", p.41

⁵⁶ Ciuro Caldani, Miguel Ángel, "Nuevamente sobre los efectos de la recepción en la cultura jurídica argentina". Los gobernantes hispánicos tradicionales suelen asumir, incluso, más caracteres de conductores carismáticos. En este sentido, el peronismo es heredero del rosismo, alejado del pluralismo.

La formación de las respuestas jurídicas ha de ser juzgada, desde el punto de vista sociológico, al hilo del acierto en su planificación. La táctica y estrategia desplegada por el ex presidente Perón para llegar al poder y mantenerse en él, dan cuenta de una conducción repartidora que ha sabido interactuar en forma óptima con las influencias humanas difusas y el azar (distribuciones)⁵⁷. Empero, hay que distinguir la razón social de la razón objetiva de la respuesta, siendo que esta última decide la situación sociológica de una respuesta en relación a las ramas jurídicas.

En cuanto a la razón social, la comunidad argentina y las condiciones internacionales (políticas keynesianas, estado de bienestar, fin de la segunda guerra mundial, apogeo económico) tenían por valiosa la promoción social y la intervención estatal en la economía. Por lo tanto, la conducta era digna de ser seguida como modelo de ejemplaridad. Pero como la razón social se compone de un despliegue propio de la solución y otro difuso proveniente de otras respuestas (respuestas que por sí mismas no se aceptarían son admitidas por su papel en el conjunto) conviene entonces apelar al *método de las variaciones* para valorar la conducción repartidora de Perón.

Un líder político, presidente o más aún, estadista, está en mejores condiciones para apreciar la **“justicia de llegada”**, superando las meras limitaciones de la **“justicia de partida”**, con la que tiende a ser vinculado. Respetando este criterio y concediendo que el éxito del primer gobierno peronista estuvo atado a la superabundancia económica nacional, entonces debió de haber previsto el ex presidente las consecuencias de un paternalismo estatal deficitario.

Desde otro punto de vista, y tomando, por ejemplo, la cuestión del “modelo sindical argentino”, pareciera que desde el origen e identificación del movimiento peronista con la “clase trabajadora” y sus consecuencias, no han sido satisfactorios los exámenes de constitucionalidad y adecuación a las normas internacionales de libertad sindical desde aquél entonces y hasta el presente⁵⁸.

“Es innegable que los dirigentes de la vieja guardia sindical tuvieron una participación relevante en la operación política que consolidó en el poder a Juan D. Perón, a partir de 1945. Numerosos investigadores sostienen que el peronismo se fue construyendo a partir de una interacción entre el líder y los dirigentes sindicales tradicionales, de la que resultó algo diferente de lo que se proponía en principio cada una de las partes.”⁵⁹

⁵⁷ En la obra “El Poder Sindical” de la colección Nuestro Siglo (Crónica-Hispamerica), dirigida por Félix Luna, se introduce la figura de Perón del siguiente modo: “de la Secretaría de Trabajo y Previsión... se llevo a cabo quizás una de las maniobras políticas más hábiles: ir vaciando los viejos sindicatos a medida que se ofrecía a los nuevos que tenían amplio acceso al poder, todas las reivindicaciones por las que los trabajadores venían luchando desde hacía años. Otros sectores se plegaron a la oposición: los grandes diarios, que sufrían censura y amenazas; los universitarios —docentes y estudiantes—, víctimas de intervenciones que violaban la autonomía ganada durante las jornadas del '18. También los empresarios, que tenían que conceder a los obreros los beneficios sociales, los estancieros perjudicados por el Estatuto del Peón, los dueños de edificios de alquiler, cuyos ingresos habían sido congelados, y muchos otros intereses parciales, pero indudablemente legítimos. La opinión pública manifestaba su oposición a un funcionario, el coronel Perón, que desde su puesto de la Secretaría de Trabajo, desde el cual iría ganando posiciones rápidamente, abrumaba con su campaña proselitista a un gobierno militar cuya existencia, una vez resueltos los problemas internacionales a favor de la democracia, ya no tenía razón de ser”.

⁵⁸ Se puede ver. “Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo” S.C.J.N. A. No. 201, L. XL (sentencia del 11 de noviembre de 2008) comentario del fallo a cargo de Adrián Goldin: “La corte suprema de justicia de la nación y el monopolio sindical”, en Diario La Ley y La Nación.

⁵⁹ Se puede ver: Doyon, Loise M. “Perón y los trabajadores”, dirigido por Juan Carlos Torre, Bs. As., Siglo XXI Editora Iberoamericana, 2006; Cárdenas, Luis, “Peronismo y conflictos sociales”, Bs. As., Nueva Librería, 2004; Vilá Daniel y Castro Dardo, “Ineficacia del sindicalismo argentino. Burocracia sin respuestas”, Le Monde diplomatique, marzo de 2009, p. 16.

El momento histórico que le tocó vivir a Perón desde la óptica del derecho del trabajo puede simplificarse así. La rama civil tradicional estaba en crisis para atender la problemática obrera y la nueva industrialización. En vez de haber optado por la codificación, prefirió evitar la contradicción de la clase obrera con los industriales, para preconizar una revolución política apoyada en posturas filosóficas y concepciones del mundo contradictorias e irrealizables⁶⁰. Entendemos, Perón optó por la reforma de la Constitución porque le aseguraría su reelección.

“En esta inteligencia, todo parece indicar que cuando se prioriza la *dimensión actoral* del conflicto, los contrincantes calculan por *Coste-Beneficio* (es decir, la medida de todas las cosas es el propio actor, y es por eso que se cuida muy bien de no hacer nada que le perjudique y, con la misma cautela, busca de hacer cuánto le beneficie); mientras que cuando se enfoca la *dimensión objetual* del conflicto, los contendientes calculan por *affectio* (o sea, valora más pendiente el daño que infringe a la otra parte que los logros que alcanza para sí). No obstante lo dicho, pareciera posicionarse un tercer tipo de cálculo, el *cálculo en interdependencia*, que considera a los terceros y al propio adversario. Por último, una brevísima mención a la *terminación de los conflictos*. Advierte Entelman que, a su criterio, los *conflictos accidentales* o *casuales*, efectivamente terminan; mientras que los *conflictos intrínsecos*, se resuelven”⁶¹.

La razón objetiva de la respuesta es la que le brinda la función que cumple con independencia de los móviles de los repartidores y del juicio de la comunidad (o sea según su finalidad objetiva). Sostenemos que en 1949 no había razón objetiva que posibilitara un desfraccionamiento de tal magnitud de las respuestas (inflación conceptual, solución ideológica) sin desoír los límites necesarios de los repartos (surgidos de la naturaleza de las cosas, respuesta justa o solución justificada). Con ello, no criticamos una política erológica (basada en el amor) que amerita respuestas, en la marginalidad, del tipo de la justicia **distributiva**⁶².

Véase sino, otra oportunidad política desperdiciada. Las políticas de seguridad social médica (política sanitaria) y de seguridad social argentinas, han tenido un carácter fragmentario y de compromiso entre actores estatales y actores sociales operando en la arena sectorial⁶³. Al sector peronista nunca le interesó mejorar el sistema de la seguridad social por temor a enfrentar los intereses de la “columna vertebral” sindical.

⁶⁰ Complementado lo afirmado: “En efecto, la configuración de nuevos modelos en la organización industrial han devastado la estructura empresarial taylorista/fordista, que había logrado condensar en su seno los postulados mismos de la división del trabajo y generado un régimen de acumulación intensivo para determinados sectores en conjunción con modalidades de regulación estatal adecuadas a los mismos. Las políticas sociales correspondientes a aquel paradigma se caracterizaron por propender a la integración y la movilidad social ascendente de los trabajadores, que legitimaron un poder político fuertemente comprometido con el sector popular. En este contexto -nuestro país fue un paradigma de ello- el actor sindical logró espacios de poder nunca alcanzados hasta entonces. El sistema, como se señaló, ingresó en una crisis terminal que derivó en su colapso, entre otras razones, por el desarrollo de las contradicciones propias del capitalismo en todas sus etapas. Las dirigencias debieron hacer frente a conflictos que ponían en riesgo -nuevamente- su propia subsistencia; la necesidad de imponer renovadas reglas de dominación frente a tamañas crisis, determinaron la adopción de sistemas flexibles -basados, en más o en menos, en el toyotismo- que culminaron con la fulminación del sistema taylorista/fordista”. Hockl, María Cecilia “*Las asimetrías sociales y la mediación del derecho*”, LA LEY 2006-C, 1381.

⁶¹ Calcaterra, Rubén, “*El modelo de análisis y gestión estratégica de conflictos. Del objeto conflicto al sistema conflicto*” en Revista Electrónica en Teoría y Práctica en la Elaboración de Normas Jurídicas, Universidad de Buenos Aires, Año IV, N° VI, diciembre de 2008, Pág. 41.

⁶² La legitimidad de los beneficiarios se refiere básicamente a la conducta (el mérito) y a la necesidad (el merecimiento). La perspectiva de la propiedad lleva a la ponderación del mérito; la de la necesidad conduce a la ponderación del merecimiento.

⁶³ Se puede ver: AAVV, “*Las políticas sociales en perspectiva histórica. Argentina, 1870-1952*”, Lvovich y Suriano editores, Prometeo Libros, Bs. As., 2006

La ley 11.289 sancionada en 1923, que establecía un régimen de jubilaciones y pensiones para los trabajadores industriales, comerciales y de servicios debió ser derogada ante la oposición de las centrales obreras. Tal actitud no implicaba un rechazo al beneficio jubilatorio sino a la idea del descuento salarial como fuente de la seguridad social, así como a la consideración de otras demandas como más perentorias que las previsionales⁶⁴. En la literatura relativa a los orígenes del estado social argentino se ha señalado que el carácter fragmentario del sistema de seguridad social diseñado en la década de 1940 se debió a la negativa de los sindicatos a aceptar la formación de un seguro social universal que habría implicado perder los beneficios alcanzados a través del control de sus propias cajas de jubilaciones⁶⁵. Esta perspectiva sostiene que las demandas obreras habrían sido aceptadas por Perón debido a su necesidad de mantener y expandir el apoyo sindical a su gestión. En contraste, la burocracia estatal especializada y sectores empresariales preocupados por el desarrollo industrial habrían impulsado la conformación de un sistema de tipo universalista, considerado como más racional que el finalmente plasmado para el caso argentino⁶⁶.

Como bien señala Daniel Lvovich aunque el concepto de seguro social resultaba polisémico, la dinámica parlamentaria muestra una tensión entre las iniciativas de tipo centralizador del socialismo frente a la multiplicación de las demandas de índole particularista de los distintos grupos de trabajadores⁶⁷.

Antes de la irrupción del peronismo la legislación laboral, llegada con retraso, solo fue eficaz en aquellos lugares donde las organizaciones obreras eran lo bastante fuerte para hacer respetar los convenios de salarios y condiciones de trabajo⁶⁸. Con el triunfo electoral de Perón se colocó al movimiento obrero en una situación insólita. Más de la mitad de los diputados que integraban el bloque mayoritario en el Congreso eran dirigentes sindicales; también lo eran algunos senadores, y en las provincias habían obtenido varias vice gobernaciones y muchas bancas en las legislaturas. Puede decirse que la dirigencia sindical había pasado a convertirse en dirigencia política⁶⁹.

En 1945 se concedió personería gremial a solo un sindicato por actividad; en el año 1953 la ley 14.250 les otorgó el monopolio de la representación para negociar convenios colectivos por actividad; en 1958 se impuso a los trabajadores una cuota social obligatoria para los sindicatos de entre el 0,5 y el 2,5 % de los salarios brutos. Como resultado de las desigualdades sociales, los sectores más pobres que fueron beneficiados por el paternalismo peronista fueron posteriormente gravados con el peso de una economía laboral de tendencia liberal anglo afrancesada⁷⁰. En la Argentina, en relación con el uso del clientelismo político.,

⁶⁴ Patricia Flier, "El desarrollo de la seguridad social en Argentina los seguros sociales. Del modelo ideal al posible"; en Panettieri, José (compilador); *Argentina Trabajadores entre dos guerras*; Eudeba, Bs. As. 2000, p.121. Citado en Lvovich, Daniel "Sindicatos y empresarios frente al problema de la seguridad social en los albores del peronismo", ob.cit. 24 p. 135.

⁶⁵ Lvovich, Daniel "Sindicatos y empresarios frente al problema de la seguridad social en los albores del peronismo", en "Las políticas sociales en perspectiva histórica. Argentina, 1870-1952", Lvovich y Suriano editores, Prometeo Libros, Bs. As., 2006, p. 135.

⁶⁶ Lvovich, Daniel, ob.cit. p.136.

⁶⁷ Ibid. p.150. "El socialismo utilizaba el término seguro social para referirse a un sistema de amplia cobertura frente al riesgo para los trabajadores. Las patronales tomaban como referencia al modelo europeo vigente en el período, mucho menos liberal en sus prestaciones que los sistemas jubilatorios locales, tal como lo manifestaban desde hacía dos décadas distintos voceros de la opinión conservadora".

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Como adelantamos, se entiende por "potencia" e "impotencia", de manera respectiva, lo que favorece o perjudica al ser, y sobre todo a la vida humana.

⁷⁰ Se puede consultar: "BASES CULTURALES DEL DERECHO ARGENTINO" de Miguel Ángel CIURO CALDANI en www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/.../485 al 28/02/2010.

al menos, hay una fuerte conexión entre las políticas sociales y los aparatos políticos tradicionales que buscan perpetuarse en el poder a cualquier precio⁷¹.

“El Derecho del Trabajo, abierto a múltiples diversidades nacionales –diversos modelos, diversos ritmos y estados de desarrollo, énfasis diversos- configura también, no obstante, una categoría histórica dotada de unos ciertos rasgos universales, cuyo proceso de evolución en tiempos de cambio debe el jurista saber interpretar y distinguir, del que de modo probablemente simultáneo transita también su derecho nacional siguiendo esta vez rumbos más estrictamente locales⁷².”

Resume el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti: “El racionalismo iluminista y la codificación decimonónica vincularon estrechamente al contrato con el consentimiento, y a éste con la expresión de voluntad libremente ejercida por un sujeto. Es una categoría conceptual de base subjetivista, que lleva a considerar que sólo hay obligación contractual cuando hay acuerdo de dos o más voluntades, y éstas existen sólo cuando hay discernimiento, intención y libertad⁷³.” “Desde lo jurídico se advierte un doble fenómeno: la noción de individuo aislado es el eje sobre el cual se edifica el Derecho Público tanto como el Privado, y por otro lado se cristalizan “paradigmas” institucionales: la persona, el contrato, el testamento, la familia, la personalidad jurídica, el delito. En tal sentido, la cultura de nuestros días ha puesto en crisis ese apego desmedido a la subjetividad que caracterizó a la modernidad⁷⁴.”

“En la contratación actual hay cambios profundos. Es conocido el fenómeno de la masividad de las relaciones jurídicas que dio origen a la contratación por adhesión a condiciones generales, a partir de fines del siglo XIX. Desde mediados del siglo XX surgieron numerosas modalidades en las que no hay diálogos ni discusión, sino meros comportamientos objetivos: el transporte, el espectáculo, el juego, el shopping, son ejemplos claros de amplios sectores donde el individuo actúa guiado por símbolos, indicios, marcas, pero sin que exista verdaderamente una discusión de ningún tipo, y ni siquiera adhesión a condiciones predispuestas⁷⁵.”

⁷¹ Loic Wacquant entrevista en La Nación del 28/11/07 “La inseguridad social será el tema del futuro”. Continúa exponiendo el sociólogo: Sí, pero cuando hablo de una política pública igualadora no es porque ame el Estado. No debe ser entendido el Estado como la teología de la izquierda. Precisamente a mí me parece que el desafío del siglo XXI es salir de la discusión de Estado versus mercado, como si fuera un debate religioso. El punto es que hasta ahora no se ha inventado un instrumento mejor para reducir la desigualdad. Mientras los pobres afrontan una inseguridad objetiva, la clase media sufre otro tipo de inseguridad social. Se trata de la inseguridad subjetiva, porque los trabajos son cada vez menos seguros. Entonces se comienza a sentir incertidumbre por el futuro, la ansiedad de no saber si se podrá transmitir a los hijos el propio estatus social. Eso lleva a la clase media a sentir hostilidad por los marginales, que aquí pueden ser los piqueteros. El rechazo esconde un temor profundo, que dice: “Ese podría ser yo”. El piquetero es una amenaza concreta. Sí, pero en el caso de los piqueteros el miedo es doble, porque con los palos evocan y agitan una violencia ancestral. Los piqueteros son una manifestación extrema de esa sensación de no tener un futuro, en la que tenés que hacer algo desesperado, como es irrumpir en la vida pública, para intentar resolver tu situación. Pero, pienso yo, su situación no puede aislarse de la del resto de los asalariados. Muchas veces el poder político ha usado los planes sociales para generar redes de clientelismo y atacar la dignidad de las personas, en lugar de fortalecerlas. Yo creo, sin embargo, que este tema de la dependencia es un prejuicio contra los pobres. Se cree que si a los pobres se los ayuda con subsidios no van a trabajar, pero no se piensa lo mismo de quienes tienen bonos y participan en la Bolsa. Nadie dice que a quienes viven de rentas no les gusta trabajar. El trabajo implica participar en la corriente de la vida, hace a la identidad de las personas. Que se reciba un subsidio en forma de ayuda social no implica que la gente deje de trabajar. Ese es un mito”.

⁷² Goldín, Adrián O. “Sobre una propuesta de reforma laboral en Canadá”, DT 2008 (agosto), p.821.

⁷³ Lorenzetti, Ricardo Luis, “La nueva teoría contractual” Lexis N° 1013/008391, en Ameal, Oscar J. (dir.) - Tanzi, Silvia Y. (coord.), “Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI”, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2001.

⁷⁴ Saux, Edgardo I. “Reflexiones sobre la condición posmoderna y sus proyecciones jurídicas”, JA 1995-II-953

⁷⁵ Lorenzetti, Ricardo Luis, ob.cit.34.

Un destacado sociólogo e investigador argentino, García Canclini, ha dicho que: “La globalización es un *objeto cultural no identificado* que posee agendas contradictorias y divergentes”⁷⁶. “La falta de una teoría que incluya a todas sus variables en un solo sistema explicativo no se debe tanto a las limitaciones de la ciencia social, sino más bien al hecho de que “lo fragmentario” es una característica intrínseca de los procesos globalizadores”⁷⁷.

“La historia económica es pródiga en ejemplos de la oposición de los dirigentes empresarios a las políticas gubernamentales de pleno empleo. Pareciera que la intervención estatal en cuestiones de empleo, puede afectar seriamente el llamado “estado de confianza”, que constituye un poderoso instrumento de control de los capitalistas sobre las políticas gubernamentales en un estado de *laissez faire*. La intervención estatal hace desaparecer la ineludible necesidad de tal “estado de confianza”, como único camino para el logro del pleno empleo y, por lo tanto, origina una redistribución del poder en el sistema. Además, el gasto público, localizado originariamente en sectores y actividades no competitivas con la actividad privada (construcción de hospitales, escuelas, obras de infraestructura; etc.), puede inducir a una intervención estatal, cada vez más acentuada, con su secuela de nacionalizaciones de actividades que se hallan en manos privadas... Se produciría un traslado de poder a las clases asalariadas, sea en su condición de consumidores debido al aumento de su capacidad adquisitiva como por el mayor poder de negociación del que disfrutarían las organizaciones sindicales”⁷⁸.

“El único tipo de intervención estatal que parece resultar aceptable a los sectores capitalistas, lo constituye el estímulo a la inversión privada, mediante adecuadas políticas monetarias y fiscales eventualmente asociadas a una moderada inversión pública. Por lo tanto, nos enfrentamos con la siguiente situación. De aceptarse en forma irrestricta una política de *laissez faire* sin intervención estatal en el mercado, en un mundo que nunca fue perfectamente competitivo, ello redundaría en una consolidación del poder de los grupos monopólicos, que no encontrarían obstáculo alguno a sus políticas de precios y cantidades y alejarían el sistema del óptimo de bienestar social que había sido justamente el objetivo declarado de la política del *laissez faire*. Si, en cambio, se opta por consentir la intervención estatal en situaciones excepcionales, resultaría altamente probable que redunde en exclusivo beneficio de quienes implementen las correspondientes políticas, esto es, la clase que detenta el poder en el sistema”⁷⁹.

-4-

Durante 1944 y 1945, la Corte Suprema de Justicia, mediante sus fallos, bloqueó algunas de las reformas impulsadas desde la Secretaría de Trabajo y Previsión⁸⁰.

En noviembre del año 1944 se creó la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y los tribunales de primera instancia del trabajo.

⁷⁶ Objeto cultural no identificado. García Canclini, “La globalización imaginada”, [HYPERLINK http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=214414](http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=214414).

⁷⁷ García Canclini, ob. cit.

⁷⁸ Montuschi, Luisa “El Poder económico de los sindicatos”, Eudeba, Bs.As., 1979, p.20/21

⁷⁹ Montuschi, Luisa ob.cit., p.18

⁸⁰ Se puede ver. Tanzi, Héctor José, “Historia ideológica de la corte suprema de Justicia de la nación 1947-1955”, al 28/02/2010 en <http://www.salvador.edu.ar/juri/reih/2da/105.pdf>

En 1945, cuando fue ordenado el pago del sueldo anual complementario, muchos empresarios consideraron que la medida era inconstitucional.

En la Argentina, las primeras leyes laborales, fueron sancionadas por los gobiernos conservadores de los años treinta. A partir de ese momento y, principalmente, con el nacimiento del peronismo y hasta la última dictadura militar la legislación laboral siguió un camino de avances en favor del trabajador; por momentos con mayor energía y a veces más tímidamente, pero casi siempre con saltos hacia adelante. Estos avances se plasmaron, fundamentalmente, en la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744.

Ricardo A. Guibourg señala que desde la sanción de la ley 14.455 (B.O. 4/07/69), y aun antes, con el decreto 23.852/45 –luego ratificado por la ley 12.921-, el sistema sindical argentino ha estado organizado según un principio práctico de unidad de representación. “En teoría, cualquiera puede fundar un nuevo sindicato, pero sólo el más poderoso cuenta con la personería gremial, llave maestra (discernida por el Estado) que le permite ejercer la negociación colectiva y recibir automáticamente los aportes de sus afiliados, a la vez que lo ayuda a seguir siendo el más representativo”⁸¹.

Como se desarrollará más adelante, se ha discutido el carácter de derecho privado del convenio colectivo. Si a un gran sindicato único se le reconoce el derecho exclusivo de suscribir el convenio único, que regirá en todo el país, el Estado no puede permanecer indiferente, ante su indudable influencia en la economía general. De allí, que intervenga fijando pautas, normas, ejerciendo presiones y dando órdenes. Bajo el imperio de la ley 14.250, de 1953, no hubo convenios colectivos realmente libres de la tutela Estatal⁸².

Los sindicatos no prepararon a sus asociados para el proceso que vivió Argentina a partir de finales de la década del ´60, cuando el modelo nacionalista industrialista ya presentaba problemas. Efectuar cambios, implicaba producir rupturas con las formas históricas de organización sindical. El partido de pertenencia de los sindicatos, el Justicialista, también en esos años ya estaba obsoleto, tan dividido que ya no pudo nunca más volver a tomar la iniciativa política. Esto quedó bien claro en la última experiencia con Perón en el gobierno, en el ´73.

A lo largo de 1968 casi todos los indicadores económicos de la gestión del Krieger Vasena evolucionaron exitosamente. Incluso las huelgas y otras formas de protesta habían disminuido notoriamente en relación con el período anterior. Sin embargo, a fines de ese mismo año, los conflictos en el interior de la alianza dominante se profundizaron y comenzaron a manifestarse las diferencias entre los militares paternalistas y los liberales sobre el rumbo que debía seguir la “revolución argentina”.

La gran burguesía industrial coincidía con los grupos liberales del Ejército en la preocupación por las actitudes y decisiones de varios de los colaboradores de Onganía en

⁸¹ Guibourg, Ricardo A. “Libertad sindical y filosofía” Diario La Nación del 1/12/08. http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1076023 al 19/04/2010

⁸² Antes que la ley 14.250 -reformada por la 23.545 de 1988- les reconociera validez a las convenciones colectivas de trabajo, ya lo había hecho la jurisprudencia, con el argumento de que eran admitidas por la doctrina y leyes extranjeras, o con el de que las registraba el órgano administrativo laboral.

Otras veces, se les negaba validez erga omnes y sólo se aceptaba la convención respecto de la entidad patronal concertante y sus afiliados.

La ley 23.546, de 1987, reguló el procedimiento de la negociación colectiva. También se puede ver: decreto 272/2006 art. 10 “la Comisión de Garantías, fijará los servicios mínimos indispensables para asegurar la prestación del servicio, cantidad de trabajadores que se asignará a su ejecución, pautas horarias, asignación de funciones y equipos, procurando resguardar tanto el derecho de huelga como los derechos de los usuarios afectados.”, Ley N° 14.786,

relación con los sindicatos. Algunos asesores y ministros de orientación nacionalista - entendiéndolo que había llegado el "tiempo social"- comenzaban a mantener fluidas relaciones con algunos sectores sindicales participacionistas y vanderistas. Representantes del liberalismo económico, como Álvaro Alzogaray, y Krieger Vasena, pensaban que el gobierno no debía llevar a cabo ese tipo de estrategias políticas porque con ellas contribuía al fortalecimiento de las estructuras gremiales. Por su parte, los grupos nacionalistas ligados a Onganía –el ex ministro de economía Salimei, el ministro del interior Borda- creía que el gobierno necesitaba lograr algún grado de consenso entre los trabajadores⁸³.

El crecimiento industrial registrado en el periodo 1960 a 1970 tuvo poca capacidad de creación de puestos de trabajo. Las ramas de la industria que más crecieron –financiadas con inversiones de capital extranjero- fueron capital- intensivas, es decir que incorporaron más tecnología. Por esta razón, no sólo no demandaron una mayor cantidad de mano de obra sino que, frecuentemente, despidieron a una parte de la que empleaban. Frente a la disminución del empleo en el sector industrial, una parte importante de la fuerza laboral disponible fue absorbida por la construcción y por el sector terciario (comercio, transportes y empleo público)⁸⁴.

Durante la década de 1960, las inversiones de capital extranjero en el sector industrial profundizaron los tradicionales desequilibrios regionales existentes en el territorio argentino.

En los primeros años de esta década, tuvo lugar un nuevo proceso migratorio desde las zonas rurales hacia las urbanas. Estas corrientes migratorias internas profundizaron el proceso de concentración demográfica en las principales áreas metropolitanas del país. Estas migraciones originaron diversos problemas sociales, tales como la falta de vivienda para todos los recién llegados. Por esta razón, paralelamente al proceso de urbanización se creció aceleradamente el establecimiento de villas de emergencia a lo largo de todo el conurbano bonaerense y algunas zonas de la Capital Federal⁸⁵.

El balance global de modelo desarrollista en relación con la estructura social muestra algunas bondades prometidas por sus estrategias –este modelo comprende la experiencia frondicista y la época de Onganía- pero también muchos rasgos que difícilmente podrían ser catalogados como tales. Por un lado, se verificó un promedio de notoria modernización y división social del trabajo en todos los sectores productivos incluidos el sector público (1958-1972), cuya manifestación más evidente fue la rápida demanda de puestos entre la clase media. Pero por otro lado, son impactantes otros hechos, como el aumento del cuentapropismo obrero, incremento del empleo precario, franco deterioro o estancamiento de los niveles de bienestar de los sectores sociales más modestos, que justifican también se califique al modelo desarrollista como excluyente⁸⁶.

A principios de 1969, Onganía anunció que, cumplidos los objetivos del tiempo económico, hacia fin de ese año el gobierno de la "revolución argentina" se abocaría al logro de los objetivos del tiempo social. También anunció el restablecimiento de las convenciones colectivas de trabajo y la aprobación de un aumento de salario. Esta última medida fue

⁸³ Alonso M.E., Vázquez E.C. "Historia. La Argentina contemporánea (1852-1999)", Aique Polimodal, Bs. As., p.220.

⁸⁴ Alonso M.E., Vázquez E.C., op.cit.

⁸⁵ Ibid. p.221.

⁸⁶ Torrado Susana, "Estructura social de la Argentina. 1945-1983", 1986. citado por Alonso M.E., Vázquez E.C., op.cit. pág. 221.

duramente criticada por el sindicalismo –así lo hicieron la CGT de los Argentinos y la CGT vandorista, porque consideraban que el aumento anunciado era insuficiente⁸⁷.

En los meses de mayo y septiembre de 1999, la ciudad de Rosario fue escenario de varios levantamientos. El Rosariazo -ocurrido en el mes de Septiembre de 1969- se originó a causa de un conflicto obrero que mantenía la Unión Ferroviaria Rosarina (UFR), como consecuencia de los paros realizados los días 23 y 30 de mayo de ese año, dispuestos por la CGT. Todo comenzó cuando Mario Horat, delegado gremial de la UFR, fue sancionado por las autoridades de la empresa por negarse a firmar un apercibimiento a los trabajadores que participaron de los paros. El gremio ferroviario declaró una huelga por tiempo indeterminado. Mientras tanto, la CGT convocó a obreros, estudiantes, comerciantes, profesionales, intelectuales y al pueblo en general a acatar el paro y la movilización dispuestos para los días 16 y 17 de Septiembre. La respuesta de la población fue contundente⁸⁸.

Córdoba se había convertido en la capital industrial del interior. En ella estaban instaladas la mayoría de las fábricas de automotores del país, una industria moderna propiedad de poderosas sociedades extranjeras como Fiat y Renault. Estas últimas habían adquirido las instalaciones de *Industrias Kaiser Argentina (IKA)*, de origen estadounidense, radicada en Córdoba desde 1955 y dedicada a la producción de automóviles. Los obreros industriales que trabajaban en esas plantas recibían salarios más altos que el salario promedio industrial percibido en otras provincias. Como resultado de todos estos factores, en la ciudad de Córdoba se profundizó el proceso de urbanización⁸⁹.

En mayo de 1969, el Poder Ejecutivo Nacional dictó un decreto por el cual se derogaban los regímenes especiales sobre el descanso del sábado inglés en Mendoza, San Juan, Tucumán y Córdoba. Al mismo tiempo también anunció el congelamiento de los convenios colectivos y de los salarios.

El 29 de mayo, obreros y estudiantes cordobeses y de otras provincias salieron unidos a las calles de Córdoba. Ante la magnitud de la movilización, Onganía ordenó a las Fuerzas Armadas se hicieran cargo de la represión⁹⁰.

Luego del Cordobazo, los empresarios de la Confederación General Económica y el sindicalismo participacionista y vandorista explicaron el hecho como el resultado de la aplicación de una política económica y social liberal que, por no contemplar los costos sociales, generaba tensiones que se habían acumulado y que finalmente explotaron en aquél episodio. Frente a esta situación, proponían la conformación de una alianza social entre algunos sectores de las Fuerzas Armadas, los empresarios nacionales y los trabajadores. Reconocían la importancia de las inversiones de capital extranjero pero sostenían la necesidad de un mayor control sobre ellas⁹¹.

Tanto la CGE como la CGT propusieron la sustitución de Krieger Vasena. Ambas entidades entendían que las movilizaciones populares, que se habían extendido en todo el país después del Cordobazo, podían servir como elemento para presionar al gobierno y

⁸⁷ Alonso M.E., Vázquez E.C, op.cit., pág. 221.

⁸⁸ Pérez, José Néstor y Viano, María Cristina, "El 69: del mayo Rosarino al Rosariazo", año 1994. citado por Alonso M.E., Vázquez E.C. op. cit. pág.222.

⁸⁹ Pérez, José Néstor y Viano, María Cristina, op.cit.

⁹⁰ Alonso M.E., Vázquez E.C., op.cit. pág.223.

⁹¹ *Ibid.*

lograr cambios en la orientación de las políticas que favorecieran sus intereses. Pero –según afirmaron- no estaban de acuerdo con la estrategia de violencia social que había caracterizado a las jornadas del Cordobazo⁹².

Los principales medios periodísticos y amplios sectores de la gran burguesía industrial tenían una lectura diferente de la situación. Para ellos, los acontecimientos fueron resultado de la falta de autoridad del gobierno frente a lo que entendían era el avance del comunismo internacional. Criticaron que el gobierno no hubiera desmantelado la capacidad de organización de los sindicatos y que no hubiera ordenado reprimir con mayor dureza.

Las organizaciones de la izquierda peronista y los partidos y agrupaciones de izquierda no peronista opinaban que el Cordobazo significaba el comienzo de la revolución social que conducía al país hacia el socialismo⁹³.

Perón -desde su exilio en Madrid -y Balbín -al frente del radicalismo- pensaban que la violencia social tenía que tener como objetivo la recuperación de la democracia.

Para los sectores liberales más tradicionales, el Cordobazo representaba la pérdida del orden y la confirmación de la imposibilidad de consolidar un modelo económico de crecimiento y estabilidad sobre la base de los valores nacionales⁹⁴.

Después del Cordobazo, el clima de violencia social se agravó. El 30 de junio de 1969, el gobierno declaró el estado de sitio en todo el país. Esta medida, que significaba la suspensión de las garantías constitucionales de los ciudadanos –vigentes porque el *estatuto de la revolución argentina* que había reemplazado a la Constitución Nacional no las había suspendido- fue justificada para “dotar al gobierno del instrumento legal adecuado para asegurar la paz y el orden en todo el territorio de la república”.

Sin embargo, la violencia y las movilizaciones (junio de 1969- mayo de 1970) terminaron por debilitar la posición de Onganía. Augusto Vandor fue asesinado; un dirigente del sindicalismo combativo (Emilio Jáuregui, del gremio de prensa) murió como consecuencia de la represión policial; fueron incendiados locales de la cadena de supermercados de propiedad de capitales extranjeros (Mínimas); se multiplicaron las huelgas convocadas por la CGT de los Argentinos y la CGT Azopardo, cuya dirección se reconocía como vandorista aún después de la muerte de Vandor.

El gobierno allanó y clausuró locales de la CGT de los Argentinos y de numerosos sindicatos, y ordenó la prisión de Ongaro y otros dirigentes del sindicalismo combativo.

Sin duda, el hecho decisivo que precipitó la caída de Onganía fue el secuestro del general retirado y ex presidente Pedro Eugenio Aramburu por los Montoneros en el mes de mayo de 1970. Aramburu fue asesinado el 1° de junio y su cadáver fue hallado unos días después⁹⁵.

Después de que fueron desalojados del gobierno en 1943, los liberales sólo controlaron la cartera económica durante los gobiernos militares: en 1956-57, durante la “Revolución Libertadora”; en 1962-63, en el gobierno de Guido y entre 1967-69, con

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid.pág.225

Onganía en el poder. Durante la Presidencia de Frondizi, Álvaro Alsogaray fue ministro de economía, entre 1959 y 1961⁹⁶.

Para el movimiento obrero argentino, el 24 de marzo de 1976 significó el inicio de la más cruenta persecución a sus organizaciones y militantes. El gobierno militar dictó una inédita cantidad de leyes prohibitivas contra las organizaciones sindicales: suspendió la actividad gremial y prohibió el derecho de huelga; ilegalizó la CGT y las 62 Organizaciones e intervino centenares de sindicatos. Estableció una ley de prescindibilidad que permitió dar de baja a cualquier empleado de la administración pública sin necesidad de fundamentación.

En todos los caso, los economistas liberales fueron saboteados por otros sectores del mismo gobierno, que eran partidarios de orientaciones económicas distintas.

La hora de los liberales llegó con Videla, que puso toda la fuerza del estado al servicio de esa política. En estas condiciones, su ministro de economía, José Alfredo Martínez de Hoz, pudo desarrollar con comodidad ese proyecto económico⁹⁷.

La política económica que desarrolló Martínez de Hoz se propuso *“destruir el viejo orden populista”*, es decir, el sistema desarrollado durante los primeros gobiernos peronistas y que, a pesar de los cambios, todavía se conservaba.⁹⁸

Se rechazó toda protección industrial y se estableció la apertura de la economía. De esa manera, las industrias locales sufrieron la competencia de una enorme cantidad de productos importados, de muy bajo precio. Según se decía, se buscaba la *eficiencia productiva*: debían sobrevivir aquellas actividades que pudieran resistir la competencia internacional⁹⁹.

Una de las consignas más repetidas por Martínez de Hoz fue *“reemplazar la dirección del Estado por las fuerzas del mercado”*. Se trataba de terminar con el Estado dirigista e intervencionista que se desarrolló en la etapa del primer peronismo.

Respecto de las empresas estatales de servicios públicos, se siguió una deliberada política de corrupción y destrucción, que fue inclinando a la opinión pública contra ellas¹⁰⁰.

Paralelamente se procedió a realizar una *“privatización periférica”*, adjudicando diversos aspectos de estos servicios a contratistas o subcontratistas.

Varios grandes conglomerados económicos crecieron al amparo del Estado. Se trataba de algunos importantes grupos locales, que combinaban actividades industriales, comerciales, financieras y de servicios; en algunos casos, su vinculación con el Estado les permitió beneficiarse con la *concesión de grandes obras públicas* o con la *adjudicación de contrataciones al servicio de las empresas oficiales*.

-5 -

⁹⁶ Recalde, Héctor, “La Argentina Contemporánea. Desde la caída de Rosas hasta la segunda presidencia de Menem”, Ediciones del Aula Taller, Buenos Aires, 2001.

⁹⁷ Recalde, Héctor, ob.cit.17

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.* Las industrias favorecidas fueron: celulosa, petroquímica, siderurgia, petróleo, aluminio, cemento, papel y automóviles. Tuvieron promociones y protecciones especiales, pudiendo exportar. Las industrias destinadas al consumo interno (textiles, de confecciones, metalmecánicas y alimenticias) fueron muy golpeadas por la competencia de los productos importados. Muchas de ellas cerraron.

¹⁰⁰ *Ibid.*

El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social es dinámico, y también lo ha sido la jurisprudencia. Las reformas normativas de la última década del siglo pasado se caracterizaron por flexibilizar la legislación y desde los primeros años de esta década se ha retornado a priorizar los principios clásicos del Derecho del Trabajo: el eje volvió a ser el hombre y no el mercado, propendiéndose al empleo decente.

En lo político, pareciera que nunca hubo motivos ideológicos claros para votar por un partido mayoritario en la Argentina. Lo que había eran dos convicciones fuertes: una, que los peronistas eran peronistas, y la otra, que los radicales no eran peronistas. Este es el soporte que ya no tenemos para equilibrar nuestro sistema político: el lugar que antes ocupaba la UCR y que representaba, básicamente, los emblemas de la clase media.

Con el restablecimiento de la democracia, en marzo de 1983 el Dr. Raúl Ricardo Alfonsín había denunciado la existencia de un "Pacto Sindical-Militar", comprometiéndose a desbaratarlo ni bien asumiera la Presidencia de la Nación.

El "Reordenamiento Sindical" proyectado por el nuevo gobierno consideraba necesario la democratización de aquella institución, representativa de los trabajadores, incluyendo la representación de las minorías. La falta de representatividad histórica del radicalismo entre los trabajadores y la metodología intervencionista del gobierno, hicieron fracasar el proyecto¹⁰¹.

Durante el mandato de Alfonsín el sindicalismo recurrió insistentemente a las huelgas generales, luchando por reconquistar sus derechos.

En 1987 el plan económico dio signos de agotamiento, la inflación se aceleró y se agravaron los conflictos sociales. Los comicios de esa fecha mostraron la decepción.

Ante la dificultad de encontrar una solución a la crisis social, Alfonsín adelantó cinco meses la entrega del mandato al nuevo presidente electo, el Dr. Carlos Saúl Menem quien asumió el 9 de julio de 1989.

El nombramiento de los ministros de economía del Dr. Menem -Miguel Roig y Néstor Rapanelli- fue un indicador claro de que el nuevo gobierno justicialista iba a continuar la reforma neoliberal argentina.

En agosto y septiembre de 1989, se aprobaron las leyes de Reforma del Estado y de Emergencia Económica. Estos hechos, junto con la división de la CGT crearon las condiciones favorables para avanzar hacia las *conflictivas* reformas programadas para el mediano y largo plazo, que contaban con el apoyo empresario. Sin embargo, durante el primer año del gobierno menemista, la inflación se mantuvo en toda su gravedad.

A partir de abril de 1990 la hiperinflación se contuvo y los niveles de inflación mantuvieron entre un 15% y un 10% mensual. Durante esos meses, el gobierno aceleró el ajuste avanzado en la reforma del Estado y la privatización de empresas estatales. Decretó recortes de gastos en la administración central y en las empresas públicas y el despido y la jubilación forzosa de empleados del Estado. En noviembre, Menem concretó la privatización

¹⁰¹ <http://www.todo-argentina.net/historia/democracia/alfonsin/> al 19/04/2010. Se puede consultar: Godio Julio, Historia del movimiento obrero argentino, Tomo 1 y 2, Ediciones Corregidor, 2002, Bs. As.; Calandrino, Alberto A. "La Corte y su jurisprudencia como principio rector en el derecho del trabajo y de la seguridad social", DT N° XII, dic. 2008, p.1095.

de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL) y de Aerolíneas Argentinas y llamó a licitación para privatizar áreas petroleras, los ferrocarriles, el 40% de la red caminera y empresas químicas y petroquímicas. También reanudó el pago de los intereses de la deuda externa suspendido desde abril de 1988.

Desde la entrada en vigencia del *Plan de Convertibilidad* hasta 1994, la política económica se desarrolló según lo previsto, profundizándose la reforma neoliberal de la economía y la sociedad. Esta reforma preveía: la aceleración de las privatizaciones, la desregulación de la economía, la continuación de la reforma administrativa, la renegociación del pago de intereses de la deuda externa, un aumento de la recaudación impositiva, la continuidad de la apertura económica, la flexibilización laboral, la negociación de mejoras salariales en función del aumento de la productividad, la redefinición de las leyes de asociaciones profesionales de trabajadores y de las convenciones colectivas de trabajo, la modificación del sistema de obras sociales y la reforma provisional.

La fase de desempleo generalizado que se desarrolló desde fines de 1994 en adelante transformó a la reducción de los salarios en la clave principal del ajuste argentino. En ese marco deben ubicarse las leyes y decretos de emergencia adoptados por los distintos Estados provinciales que dispusieron recortes en los salarios de los empleados de sus respectivas administrativas públicas.

Algunas de las leyes más importantes que facilitaron la flexibilización de las relaciones laborales fueron la ley de accidentes de trabajo (1995) y la ley de empleo (1991). En lo que se refiere a la negociación colectiva hay un periodo de suspensión de las mismas desde 1976 y que se reanuda nuevamente en 1988. Ya en 1991 se manifiesta una reducción de las negociaciones colectivas en los niveles intermedios. Hay un incremento en la concertación de convenios colectivos de empresa.-

El poder de negociación de los trabajadores se vio debilitado por la influencia del aumento de desempleo, por la reducción de las indemnizaciones por despido sin causa y por las mayores facilidades para reemplazar trabajadores a través de modalidades contractuales temporarias y subsidiadas.

En 1994, el gobierno, las grandes cámaras empresarias y la entonces Confederación General del Trabajo (CGT) oficialista celebraron lo que se denominó el "Acuerdo Marco para la Equidad, la Productividad y el Empleo" (25/7/94), que dio paso libre a otras leyes flexibilizadoras.

La jubilación privada en la Argentina nació en 1994. El 14 de julio de ese año, durante la primera presidencia de Carlos Menem, se sancionó la ley 24.241; que estableció el desdoblamiento del sistema de jubilaciones y pensiones. Dando lugar a un sistema de ahorro individual de aportes, con inversión de los fondos en el mercado de capitales y administrado por empresas privadas, bajo la forma de administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones (A.F.J.P). Dos grandes promesas cuando nacieron las A.F.J.P, que los futuros jubilados de capitalización ganaran más; y que el Estado se liberara de la enorme carga fiscal de liquidar haberes a millones de personas. Se proponía solucionar el problema endémico de las jubilaciones miserables. De esta manera quienes optaban por afiliarse a una determinada administradora no podrían volver al sistema estatal. Sí, se podía cambiar de una A.F.J.P a otra siempre y cuando se cumpliera con un mínimo de 4 meses de aportes dentro de la administradora que deseaba abandonar. En 1994 se crearon 26 A.F.J.P, que se peleaban por captar afiliados. En 1999, a sólo cinco años de su implementación, sólo

quedaban 14 A.F.J.P, pues se fusionaron unas a otras; esto sin perjuicio de proteger la intangibilidad de los aportes de sus respectivos afiliados (al menos eso se decía)¹⁰².

La última de las reformas laborales -aquella que tuvo lugar durante el gobierno de la Alianza- fue tal vez la más bochornosa.

El gobierno de Fernando de la Rúa¹⁰³ sufrió un fuerte aislamiento casi desde su comienzo. La carencia de apoyos concretos se vio tanto desde el punto de vista partidario como del de la relación con los diferentes actores sociales. La Alianza para el Trabajo, la Justicia y la Educación se fue desgranando a lo largo de sus dos años de gobierno, se produjo la retirada de un importante número de legisladores que pasaron a formar parte de otras agrupaciones. Inclusive los dos partidos que la integraban adoptaron posturas muy críticas hacia la gestión gubernamental.

La Alianza había surgido como estrategia para vencer al menemismo. Más allá de este acuerdo, lo que primaba era la falta de coincidencias programáticas explícitamente definidas. Esta carencia se tomó evidente cuando la Alianza alcanzó el gobierno en las elecciones de octubre de 1999.

Existían diferentes diagnósticos sobre la situación del país entre los distintos sectores que componían la Alianza y, a partir de ellos, surgieron en el seno del Gobierno posiciones disímiles acerca de las soluciones que debían implementarse. El jefe de gabinete, Rodolfo Terragno, criticaba duramente el modelo económico vigente. Como no podía imponer los cambios que creía necesarios, terminó renunciando en octubre de 2000. Este tipo de desacuerdos y alejamiento se repitió con otros miembros originales de la coalición.

Asimismo, algunos analistas consideran que el resultado abrumador a favor de Fernando de la Rúa en la interna presidencial frente a Graciela Fernández Meijide dejó al radicalismo y al FREPASO en condiciones muy desiguales para negociar.

El gobierno aliancista no logró establecer buenas relaciones con ningún sector del sindicalismo. En primer lugar, se plantearon importantes diferencias con el Congreso de los Trabajadores Argentinos, la organización gremial más afín a la administración en el ámbito gremial, del cual provenían algunos diputados. A medida que el gobierno fue anunciando sus diferentes políticas, el CTA fue tomando distancia. Esta tendencia se profundizó tras el recorte de los salarios estatales, el proyecto de reforma laboral del entonces ministro de Trabajo Alberto Flamarique, y posteriormente con la llegada de Domingo Cavallo al Ministerio de Economía.

La CGT disidente, encabezada por el camionero Hugo Moyano, tuvo también una postura claramente opositora. Este sector del sindicalismo, que había tenido frecuentes reuniones con Raúl Alfonsín en el último tramo del gobierno menemista, endureció su posición frente a la administración de De la Rúa, convocó a paros generales y a movilizaciones de repudio a las medidas gubernamentales.

¹⁰² Desde el año 2001 al 2007 tan sólo quedaron 11 administradoras. Durante la presidencia de Néstor Kirchner se comenzó a correr la voz de que estas administradoras pasarían al Estado, habiéndose así permitido por un lapso de 180 días a todo aquel afiliado que así lo deseaba, pasara al Estado, no pudiendo volver al sistema de capitalización hasta transcurrido un periodo de 5 (cinco) años. De a poco como vemos se instauró la idea y gran propósito de los Kirchner de hacer desaparecer estas administradoras privadas (A.F.J.P.).

¹⁰³ Se puede consultar: <http://www.portalplanetasedna.com.ar/delarua.htm> al 28/02/2010.

Por su parte, los sindicalistas de la CGT oficial, conocidos como “los gordos”, establecieron negociaciones con el gobierno en circunstancias como el tratamiento de la reforma laboral. Pero en general mantuvieron una actitud opositora. Muchas de las iniciativas de la ministro de Trabajo Patricia Bullrich, referidas al manejo de los gremios y a la gestión de las obras sociales, fueron rotundamente rechazadas por estos sectores, que no querían perder capacidad de negociación en temas centrales para sus intereses.

Con relación a los grupos empresariales y en especial los ligados al sector financiero, el gobierno de De la Rúa obtuvo el apoyo para muchas de sus iniciativas destinadas a alcanzar el equilibrio presupuestario o bien a introducir reformas orientadas al desarrollo del mercado en relación con las políticas sociales. Sin embargo las divergencias existentes dentro de la coalición gobernante y el permanente intento presidencial por alcanzar amplios consensos, llevaron a que los empresarios tampoco adoptaran un papel muy activo como soportes de las políticas oficiales.

El estilo de gobierno del De la Rúa fue señalado también como causa de su progresiva pérdida de legitimidad.

Justamente, muchos de sus críticos hacían hincapié en la forma en que De la Rúa tomaba decisiones, resaltaban que demostraba un alto nivel de desconfianza hacia la mayoría de los que lo rodeaban. Por ello, quedaba demasiado expuesto a la opinión de los pocos a los que escuchaba. Remarcaban su meticulosidad y el hecho de que quería supervisar puntualmente todas las iniciativas, por lo que el proceso decisorio se volvía extremadamente lento y complejo.

A diferencia del estilo que caracterizó a Carlos Menem, Fernando de la Rúa prefirió adoptar otro, basado en la búsqueda de consensos, lo que le quitaba dinamismo.

Había, por otra parte, una actitud bastante agresiva por parte del justicialismo, que eligió presidente de la Cámara de Diputados al peronista Eduardo Caamaño y presidente provisional del Senado a Ramón Puerta. Se planteaba una situación compleja porque no había Vicepresidente debido a la renuncia de Álvarez¹⁰⁴. Por lo tanto, cada vez que el presidente De la Rúa se ausentara del país, su lugar sería ocupado por un político de la oposición en virtud de la Ley de Acefalía.

También hubo maniobras de algunos sectores del peronismo que conspiraron contra la gobernabilidad. Por ejemplo, la presunta participación de algunos intendentes justicialistas del conurbano bonaerense en las movilizaciones que terminaron en saqueos a supermercados y otros comercios minoristas fue documentada en los medios de comunicación y complicó manifiestamente la continuidad del gobierno de De la Rúa¹⁰⁵.

De hecho, se produjo una ruptura de la coalición gobernante, que se sumó a un retaceo de apoyo por parte de importantes sectores del radicalismo. El incremento de los votos nulos, la abstención y el voto en blanco, que dieron lugar a lo que se denominó el fenómeno del “voto bronca”, marcaron con claridad el descontento de un sector importante de la sociedad frente a las alternativas que se presentaban¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Se puede ver: <http://www.todo-argentina.net/historia/democracia/delarua/> al 28/02/2010. “La renuncia de Chacho Álvarez tuvo lugar en medio de un escándalo donde se denunciaron supuestos sobornos en el Senado para aprobar una polémica ley de reforma laboral. Los objetivos de la Ley de Reforma Laboral eran por un lado debilitar el poder gremial de los sindicatos grandes en favor de los pequeños y por otro bajar los costos laborales.”

¹⁰⁵ Se puede consultar: <http://www.portalplanetasedna.com.ar/delarua.htm> al 28/02/2010.

¹⁰⁶ Se puede consultar: <http://www.portalplanetasedna.com.ar/delarua.htm> al 28/02/2010.

Tras las elecciones, el peronismo quedó consolidado como primera fuerza, lo que complicó aún más la debilitada situación del gobierno. El PJ no contribuyó a la gobernabilidad, por el contrario aprovechó las limitaciones que el gobierno tenía en ese momento para ocupar posiciones de poder.

Hacia fines del 2001, Domingo Cavallo¹⁰⁷ prohibió retirar dinero de los depósitos bancarios (medidas llamadas "corralito" y "corralón"). Estas restricciones de emergencia sobre los depósitos bancarios, afectó en forma directa a la clase media, la cual reaccionó con cacerolazos y manifestaciones frente a los bancos.

Los sucesos políticos económicos mencionados culminaron en una gravísima crisis política e institucional -recordada por los violentos episodios ocurridos en la Plaza de Mayo durante el 20 y 21 de diciembre de 2001- que obligó al presidente a renunciar.

Es importante remarcar como elemento característico de esta crisis, el proceso de vaciamiento de poder que se fue produciendo. Las manifestaciones populares fueron un componente en el proceso de caída del gobierno, pero no el determinante. Lo decisivo fue la debilidad de la coalición oficialista. Desde la política económica, el fin de la "convertibilidad" trajo un desempleo sin precedentes en Argentina. La devaluación posterior como solución al "corralito" y "corralón" fue históricamente predecible. Mientras los ciudadanos no pudieron disponer ni de sus sueldos, depósitos, o cuentas corrientes (proceso que duró casi tres años y al que se sumó la emisión de Patacones, Lecops y otras cuasimonedas) se puede concluir que la seguridad jurídica -antesala del *valor justicia*- estuvo subordinado al valor "orden" - interés público-.

Por último, la Alianza tampoco logró terminar con la corrupción y dotar de mayor transparencia al sistema político. Las denuncias de irregularidades en el PAMI, la ocupación de cargos públicos por parte de familiares de los principales dirigentes aliancistas y el escándalo producido tras la aprobación de la reforma laboral, provocaron una sensación de desconfianza y de frustración. Este rechazo no se limitó a los miembros del partido gobernante, sino que se extendió a los políticos en general, lo que dio lugar a su identificación como "casta privilegiada" y generó un reclamo de renovación en las prácticas políticas que se popularizó a partir del pedido "que se vayan todos".

Sin embargo, las elecciones de 2003, tanto en el ámbito nacional como en el provincial o municipal, no presentaron sorpresas. Se consolidaron en las principales candidaturas, políticos experimentados que ya habían ocupado cargos importantes. Generaron poca adhesión aquellos que se identificaban con la "nueva política" enfrentada con los tradicionales aparatos partidarios¹⁰⁸.

-6-

Como adelantáramos en el prólogo, resulta más fácil coincidir en el punto de partida o realidad actual que debe resolverse con justicia, que en la justicia de llegada o mundo mejor al que se aspira. Jorge Rodríguez Mancini, ya notaba que la *noción teleológica del Derecho* aparece claramente identificada¹⁰⁹. En apoyo de su argumento, cita a Deveali:

¹⁰⁷ Domingo Felipe Cavallo fue el artífice de la estatización de deudas privadas durante el gobierno militar de 1982.

¹⁰⁸ Se puede consultar: <http://www.portalplanetasedna.com.ar/delarua.htm> al 28/02/2010.

¹⁰⁹ Rodríguez Mancini, Jorge, "La interpretación de las leyes del trabajo", AAVV, "Estudios sobre derecho individual de trabajo en homenaje al profesor Mario L. Deveali", Editorial Heliasta S.R.L., Bs. As., 1979, p.68-80.

"...cuando se admite que el espíritu de la legislación laboral consiste en otorgar el amparo a los trabajadores, no se reconoce que esto constituya su *única y última finalidad*". Y añade que no se trata de una idea o expresión aislada, sino que en el contexto del artículo escrito por Deveali, resume la *finalidad social* del Derecho del Trabajo en opinión del mencionado autor.

Desde el último cuarto de siglo del siglo XX, la expresión "flexibilización laboral" ha puesto en el primer plano de la discusión mundial, el "punto de llegada" de la legislación laboral. Incluso se ha hablado mucho sobre el fin del trabajo por el cambio de era, sin detenerse en la justicia de trámite, es decir, en la manera de establecer lo que se ha de hacer para mejorar la situación.

Las transformaciones del sistema productivo están en la génesis del Derecho del Trabajo y, por vía de consecuencia, en la de la Seguridad Social. En sus comienzos las instituciones de seguridad social eran muy débiles; luego de finalizar la segunda guerra mundial los sistemas de seguridad social comienzan a expandirse por iniciativa del Estado con la participación de las organizaciones empresarias y de trabajadores.

Los grandes cambios y las crisis sobrevenidas principalmente a partir de 1973 afirmaron que el futuro del derecho del trabajo estaba en el derecho colectivo.

Carcavallo¹¹⁰ recuerda -con cita de KROTOSCHIN¹¹¹-, que el derecho colectivo no se colocaba en una situación de contraste con el derecho individual, sino que siendo otro aspecto del derecho del trabajo, entrelazado con el segundo, "cumple más específicamente los propósitos de aquel derecho como derecho de integración", al ser "consecuencia lógica del hecho de que el trabajador aislado se encuentra necesariamente en situación de inferioridad frente al empleador"; por ello, fuera de la legislación protectora e intervencionista, actúa la libertad colectiva de los sindicatos, cuyo "instrumento principal para influir en la regulación de las condiciones de trabajo son las convenciones colectivas, además de los medios de lucha colectiva (huelga, etc.)." Estas peculiaridades alcanzaron su máxima expresión en países, como Estados Unidos y Gran Bretaña, donde "el derecho del trabajo es considerado, en cuanto materia autónoma y especial, preferentemente desde el punto de vista del derecho colectivo, confundiéndolo con éste".

En cuanto al fenómeno de la recepción, señala Rodríguez Mancini que la historia del derecho del trabajo argentino refleja claramente vinculaciones con ordenamientos extranjeros: el italiano en materia de derecho individual primero; "luego también en el derecho colectivo, matizado llamativamente en la ley sindical con un injerto de origen norteamericano; más adelante y hasta nuestros días se ha dirigido la mirada al derecho español cuyas normas, en algunos casos, fueron seguidas paso a paso e inclusive, copiadas"¹¹².

Con reminiscencias del pensamiento de Heráclito, Ackerman medita: "en este nuevo mundo del trabajo lo que debía ser la excepción tiende a convertirse en regla: *empresas sin trabajadores y trabajadores sin empleadores*". Continúa diciendo: "Cambió en sí la empresa y cambiaron los vínculos establecidos con las personas que trabajan para ellas. No cambió, sin embargo, *la persona que trabaja; no cambiaron* las razones que la llevan a trabajar, sus carencias ni sus necesidades."

¹¹⁰ Carcavallo, Hugo R., 02-12-2008, MJ-DOC-3863-AR, TySS, 1998-1204, MJD3863.

¹¹¹ Carcavallo, op.cit. cita a Krotoschin "*Tendencias actuales en el Derecho del Trabajo*", EJE, 1959, ps. 155/157).

¹¹² Rodríguez Mancini, Jorge y Fontana Beatriz, "Sobre el objeto del derecho del trabajo", DT 2001-B, 1061-1062

De ordinario, a través del estudio de la conducta de los seres humanos determinables, se puede describir los repartos de potencia e impotencia, pero la declinación trialista aquí se hace más compleja en su dimensión sociológica porque intervienen como repartidores: 1) el gobierno (repartos autoritarios e infraautónomos, planificación); 2) los mercados internacionales (repartos autoritarios); 3) sujetos individuales y colectivos denominados parte empleadora y trabajadora (repartos autónomos y parautónomos). Concretamente, favorece al ser y a la vida las relaciones de trabajo dignas, y perjudica al ser y a la vida, la explotación, la violencia y la miseria. Asimismo, desde la óptica de los jueces (repartos autoritarios o infraautónomos), los objetos repartidos mediante sus sentencias son: libertad sindical (o su impotencia) y privación patrimonial de alguna de las partes (o potencia).

Dice Roberto Izquierdo¹¹³ "es un ineludible elemento de progreso en la construcción teórica y práctica del Derecho del Trabajo en cuanto, a partir de la autonomía colectiva que le sirve de sostén, agrega una fuente de producción de derecho objetivo cuya plasticidad normativa sirve mejor que la normación estatal a las necesidades de adaptación del ordenamiento laboral a las rápidas mutaciones que irrumpen en la diversidad del sistema productivo".

Durante los dos primeros tercios del siglo XX, mundialmente surgieron y se plasmaron los principios básicos de la rama jurídica laboral, respondiendo al orden sociológico y económico propio de la organización productiva de esos tiempos.

El valor orden –propio del régimen- no es idéntico a la justicia, y por ello las relaciones laborales poseen un trasfondo de conflicto jurídico atípico, puesto que exigen respuestas distintas según las peculiares característica de los sujetos intervinientes (conflictos individuales, pluri-individuales, colectivos, intersectoriales). Recuérdese que el derecho privado presupone a la relación jurídica de trabajo como derivación de aquella función creadora de la libre voluntad, a pesar de que en la relación individual de trabajo la restricción de la libertad para el dependiente sea intensa. "El condicionamiento de la vida del trabajador -y de su familia- como consecuencia normal de las relaciones de trabajo normales", merecen respuestas jurídicas asimétricas, con consideración de personas, vitales y trascendentes.

-7-

En sentido amplio, fuentes formales son, según Carlos Alberto Etala, *los criterios de objetividad, conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la conciencia del juez para que éste formule las reglas en las que fundamenta su decisión con la finalidad de otorgarle fuerza de convicción y demostrar a las partes, a los eventuales tribunales superiores y a la sociedad toda, que ella es "justa y razonable"*.

Al mero efecto enumerativo: 1) La Constitución Nacional, 2) Declaraciones, Pactos y Convenciones internacionales con jerarquía constitucional, 3) Los tratados internacionales, 4) La jerarquía superior a las leyes que ostentan los convenios de la O.I.T, 5) Interpretación de los Convenios de la O.I.T., 6) Las leyes laborales, 7) Los estatutos profesionales, 8) Las leyes comunes (derecho civil, por ejemplo), 9) Las convenciones colectivas de trabajo, 10) La

¹¹³ Izquierdo, Roberto, "Las transformaciones productivas y la negociación colectiva", 02-12-2008, MJ-DOC-4006-AR | TYSS, 2003- | MJD4006.

voluntad de las partes, 11) Los reglamentos de empresa, Los usos y costumbres, Los decretos de "necesidad y urgencia", 12) Los decretos reglamentarios, 13) Las Resoluciones ministeriales, 14) Los principios generales del derecho del trabajo, 15) La doctrina.

Rodríguez Mancini diferencia entre **fuerza de regulación** y **fuerza de obligaciones**. La primera tiene una función *normativa* propia de aquellas instituciones capaces de crear un marco imponible a las relaciones jurídicas de los particulares; como sucede con los órganos estatales competentes (la convención constituyente, el congreso nacional) o con el comportamiento social o con la autonomía de la voluntad colectiva o individual propia de los sujetos jurídicos (las cámaras empresarias, los sindicatos). Fuente de obligaciones es el *producto* mismo de esa fuente (la Constitución, la ley, el convenio colectivo, el uso y costumbre, el contrato). Rodríguez Mancini indica que en nuestro sistema impera la pluralidad de fuentes más allá de la formalidad que se observa en los *resultados* de la acción creadora.

Según la clasificación que hace el trilateralismo entre **fuentes materiales, fuentes formales y fuentes de conocimiento**, podríamos incluir entre las primeras a la ley, el convenio colectivo, los usos y costumbres, el contrato y los puntos 6 a 14 de la enumeración que realiza Carlos Etala. Las fuentes formales de la teoría trilateralista (autobiografías que de los repartos hacen los mismos repartidores) coinciden con la descripción doctrinal de función *normativa* que efectúa Rodríguez Mancini. Y en cuanto a las fuentes de conocimiento, de cara a la *realidad de la práctica administrativa, legislativa y judicial argentina*, tenemos que ubicar dentro del mismo conjunto a la Constitución Nacional, las Declaraciones, Pactos y Convenciones internacionales con jerarquía constitucional, los tratados internacionales, la jerarquía superior a las leyes que ostentan los convenios de la O.I.T, la interpretación de los Convenios de la O.I.T. y a la doctrina.

En cuanto al funcionamiento de la norma, como enseña el Dr. Ciuro Caldani, (Complejidad del funcionamiento de las normas) "el reconocimiento, la interpretación y la aplicación son más bidimensionales normo-sociológicos, podría decirse más "positivos" Sin embargo, la tridimensionalidad está siempre relativamente presente, porque la justicia lleva al desconocimiento como carencia dialéctica y se manifiesta como fines en la interpretación y porque la subsunción sólo puede producirse en términos de afinidades axiológicas (sobre todo dialécticas). La determinación, la elaboración, la argumentación y la síntesis son más tridimensionales, ya que incluyen más referencia directa a la justicia".

Por último no puede pasar inadvertido que conforme indica el art. 242 LCT., se atribuye al juez la valoración prudencial de la injuria, causal de resolución contractual. En definitiva, la resolución heterónoma de los conflictos individuales fue la intención del autor del reparto, como respuesta fiel quizá, a un fuerte modelo intervencionista, denotando la presencia de disposiciones de orden público en toda la legislación laboral. En el ámbito de la negociación colectiva de trabajo, el reparto legislativo ha sido distinto, puesto que las potencias de los co-contratantes se suponen equilibradas. Se aplica el concepto de "derecho de disponibilidad colectiva"¹¹⁴.

¹¹⁴ Se puede consultar, entre otros: Arese, César, "La especialidad de la interpretación jurídica de las convenciones colectivas y los conflictos de encuadramiento", La Ley Online; Etala (h.), Juan José, "Representación empresarial en la negociación colectiva", DT 2007 (septiembre), 945; Simón, Julio César, "El sujeto activo de los conflictos colectivos de trabajo y la situación nacional actual", Sup. CCT 2007 (septiembre), N° 3; Rial, Noemí y Simón, Julio César, "Problemas actuales en la negociación colectiva", DT 2006 (junio), 801; García, Héctor Omar "Eficacia, efectividad y eficiencia de las normas que regulan el ejercicio del derecho de huelga y sus métodos de composición. Apuntes críticos"; Goldin, Adrián O, "Autonomía colectiva, autonomía individual e irrenunciabilidad de derechos", UBA, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja, Bs. As., 1991; Goldin, Adrián O, "El trabajo y los mercados. Sobre las relaciones laborales en la Argentina", Eudeba, Bs. As., 1997;

El profesor Adrián Goldín explica que, como consecuencia del fenómeno contractual normativo colectivo, “parece conveniente distinguir el carácter *propio* de la coexistencia vinculada de normas –su presencia y permanencia simultánea en el mundo jurídico- o *impropio*, que se exterioriza cuando las normas se suceden, derogan o de otro modo eliminan las unas a las otras. Decimos *impropio*, pues en tal caso parece no haber auténtica coexistencia”¹¹⁵.

Más allá del objeto histórico de esta monografía, como bien señala Carlos Etala, débase tener presente que el modelo de negociación colectiva centralizado y la unicidad sindical resultante del sistema de personería gremial genera una necesidad -del lado empresario- de estar presente en la negociación centralizada (por el efecto *erga omnes* del convenio que se firme) y, por otra parte, de tener un adecuado sistema de representatividad para no debilitar la relación de fuerzas en perjuicio de los empleadores¹¹⁶.

Dentro del panorama del mundo político, la empresa es una realidad especialmente vinculada con la *política económica*, que aquí tiene un punto de gran confluencia con la política jurídica¹¹⁷.

“Por otro lado existe una realidad, que se observa no sólo en el derecho sindical sino -en mayor o menor grado- en muchos órdenes de la sociedad, consistente en la ruptura de la representatividad de la conducción institucionalizada, con la consiguiente autogestión de la base. También es cierto que no se puede generalizar al respecto ya que existen, en todos los ámbitos, conducciones altamente representativas y otras que no lo son tanto”¹¹⁸.

En cuanto al estado actual de la doctrina sobre el derecho individual de trabajo y, como se ya anticipó en la introducción de esta monografía, mientras algunos autores sostienen la **crisis del derecho del trabajo**, otros se inclinan por diagnosticar la **crisis del contrato de trabajo**. A nuestro parecer, dada la evidente historicidad del derecho del trabajo y los constantes cambios del sistema de producción y reproducción del capital, compete a esta disciplina jurídica enfocar el estudio desde la perspectiva de la **crisis del contrato de trabajo**. No obstante ello, dado el enriquecimiento científico autóctono, proveniente de la teoría tridimensional trialista del mundo jurídico, el desarrollo de esta rama

Goldín, Adrián O, “Salarios y conflictos laborales”, diario La Nación del 9/02/05; Goldín, Adrián O, “La estructura de la negociación colectiva”, DT 1994-B, 1347; Goldín, Adrián O., “Conflicto y participación en el sistema de relaciones del trabajo”, DT 1992-A, 17; Ramírez Bosco, Luis, “La representación sindical en problemas”, TySS, 1999-593; Rodríguez Mancini, Jorge, “Competencia para resolver conflictos de encuadramiento convencional”, DT 2000-A, 539; Rodríguez Mancini, Jorge, “Libertad de empresa y acción administrativa. Despidos colectivos”, LL 1993-B, 1056; Segura, Alejandro Aníbal, “Elementos de derecho colectivo del trabajo”, Ed. David Grinberg, Bs. As., 1994.

¹¹⁵ Goldín, Adrián O, “Autonomía colectiva, autonomía individual e irrenunciabilidad de derechos”, UBA, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja, Bs. As., 1991, p.1.

¹¹⁶ Etala (h.), Juan José, “Representación empresaria en la negociación colectiva”, DT 2007 (septiembre), 945.

¹¹⁷ Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Aportes para la filosofía de la empresa” DERECHO y Empresa; N° 1 / 2, 1994, Rosario: universidad Austral, pág. 23-32. Sobre una visión económica de los fenómenos laborales, se puede consultar: Mac Donald, Andrea Fabiana, “Las instituciones laborales y su análisis económico”, El Dial, Febrero de 2005. De la misma autora: “Los riesgos laborales y sus costos económicos”. Infobae profesional 20/12/04. “El fenómeno de las migraciones laborales internacionales y su enfoque económico”. Supl. derecho económico. El dial.com (marzo 2005). “Introducción al análisis de las instituciones laborales y su eficiencia económica”. Diario judicial 15/04/05. “Principales aspectos sociales y económicos del mercado laboral en los países latinoamericanos”. Supl. derecho económico. El dial.com (agosto 2005), entre otros.

¹¹⁸ Simón, Julio César, “El sujeto activo de los conflictos colectivos de trabajo y la situación nacional actual”, Sup. CCT 2007 (septiembre), N° 3. En cuanto al horizonte político, se puede consultar: Badeni, Gregorio, “Ya no hay partidos: sólo hay facciones”, diario La Nación del 6/01/2007, p.12; Touraine, Alain, “El país debe olvidarse del peronismo”, diario La Nación, Supl. de cultura, 18/02/2004, p.8.

del derecho puede ser abordado a partir de los aportes o conclusiones de otras ciencias, eventualmente elaborando métodos nuevos, pero manteniendo la pureza del objeto jurídico¹¹⁹.

-8-

Nótese que hemos incluido a los principios generales del derecho del trabajo como fuente material. En efecto, los autores de la Ley de Contrato de Trabajo decidieron incluir a la justicia social, el principio de primacía de la realidad, la buena fe y el principio de irrenunciabilidad de los derechos -entre otros-, como criterios a utilizar por el juez para cubrir las lagunas de la ley y como directrices interpretativas.

Referido al derecho del trabajo, encontramos que la inclusión de principios positivizados en el ordenamiento jurídico no coadyuvan *necesariamente y en general* al desarrollo de ciertos valores autónomos o entes ideales tales como: el bien, la verdad, la justicia, la utilidad, la humanidad y el amor entre, otros. La inclusión de tales principios en las leyes puede caracterizarse como normas espectáculo.

En contraste, la realidad argentina muestra que la eterna judicialización laboral de los conflictos individuales y colectivos siempre confrontó los valores autónomos con otros valores heterónomos, es decir, dependientes de aspectos sociológicos (orden, poder, previsibilidad, cooperación) y normológicos (coherencia y armonía, por ejemplo).

Al decir de Goldín, la economía amenaza la vigencia de las normas, técnicas y valores del derecho del trabajo. la evolución histórica del derecho tomó necesariamente materia prestada de otros conocimientos o saberes¹²⁰.

La valoración (el deber ser aplicado) se sirve de la *consideración de la injusticia* como un importante método para descubrir lo justo. Con especial referencia al derecho del trabajo, en Argentina es inevitable asociar el desarrollo de los valores autónomos con el color político del gobierno democrático de turno, o bien, en etapas de ruptura constitucional con la política general del régimen de facto.

Deviene en letra muerta el principio de justicia social cuando existen niveles importantes de pobreza e indigencia y no se alcanzan niveles dignos de trabajo por la creciente "precarización laboral".

Quizás, tras un estudio rápido de la historia política argentina, se pueda concluir con certeza que existió una sustitución de valores absolutos (bien de algunos pocos y utilidad de los más poderosos por justicia, por ejemplo), pero podría ser también verdad y humanidad.

Yendo al plano de los valores relativos, heterónomos, en relación con los *repartos aislados* y siguiendo al Dr. Ciuro Caldani, cabe diferenciar desde el punto de vista formal la

¹¹⁹ En igual sentido, Alain Supiot, op.cit. 1, y en general en enfoque de Adrián Goldín. Se pueden consultar análisis y propuestas en: Guibourg, Ricardo A., "Después de tocar fondo. De lege ferenda", DT 2008 (marzo), p. 245; Goldín, Adrián O, "La Corte Suprema de Justicia de La Nación y el monopolio sindical", diario La Ley del 24/11/2008; Lipovetsky, Jaime César, "La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo y su exclusión absoluta del sistema normativo laboral", Rvta. de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral, Año VII, N° 30, junio- julio 2006, p.42/43; Carcavallo, Esteban, "Legislación laboral: a la altura de la realidad socioeconómica actual o hacia un nuevo retroceso". Al 18/05/2009 en <http://www.colabogados.org.ar/larevista/articulo.php?id=42>.

¹²⁰ Tales como la filosofía, la ciencia, la tecnología, el saber empírico o popular y el religioso. DABOVE, María Isolina, "El derecho como complejidad de saberes diversos", Ideas y Derecho, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Año III, Número 3, 2003, p. 95-115.

justicia consensual y extraconsensual; sin acepción de personas; asimétrica y simétrica, dialogal o monologal; conmutativa y espontánea; la justicia “parcial” y gubernativa; sectorial e integral; de asilamiento y participación; absoluta y relativa; particular o general¹²¹.

Se pueden encontrar diferencias entre el derecho individual y el colectivo. En el primer caso la justicia se nos presenta consensual¹²² desde el punto de vista del reparto proyectado por los legisladores y jueces, pero con los condicionamientos del orden público e inferioridad económica y negocial del trabajador, quien muchas veces permite el fraude hasta la extinción de la relación y el reclamo judicial posterior; en esta etapa de conflicto se impone el sometimiento de las partes al proceso laboral judicial o administrativo (extraconsensual), pero también están previstas audiencias conciliatorias. El bien jurídico protegido es la propiedad, aunque la doctrina distingue otros bienes, como por ejemplo “derecho al trabajo”, “libertad sindical” del activista (no delegado) gremial; etc. Recordando el breve comentario de Rodríguez Mancini en relación con el contexto histórico nacional e internacional de la sanción de la ley de contrato de trabajo, consideramos que la integración de la justicia puede producirse con valores fabricados auténticos que ingresan a través de los valores naturales más afines (por ejemplo: leyes sociales “de subsidio por desempleo”, “asignaciones por enfermedad crónica”, “familia numerosa”; etc.). Hay que insistir: el derecho del trabajo no pasa por la protección del despido arbitrario (art. 245 LCT) o el derecho de daños por accidente laboral, sino por la armonía de todo un sistema de protección en su triple despliegue: seguridad social, derecho individual y derecho colectivo.

En sentidos más dinámicos, es factible tener en cuenta la justicia de partida y de llegada, rectora y correctora. Es notable comprobar que el convencional constituyente (art. 14 bis de la Constitución Nacional) en la enumeración de algunos derechos del trabajador (participación en las ganancias de la empresa, por ejemplo) haya pensado en concepciones políticas más comunitaristas que liberales sin que haya existido experiencia laboral concreta en nuestro país sobre la conciliación de intereses comunes (mayor productividad y bienestar del trabajador, por ejemplo).

En el ámbito del derecho colectivo, la justicia se nos presenta consensual pero con una notable intervención del Estado, quien siempre efectúa concesiones sectoriales a fin de imponer el valor *orden* por sobre el de *ejemplaridad*. En cuanto a la justicia de partida y de llegada, deberíamos efectuar alguna consideración macroeconómica sobre salarios e inflación para concluir que tanto las instituciones asociativas gremial como empresarial sustituyen el valor justicia (social) por el de utilidad (sectorial).

En efecto, la valoración (el deber ser aplicado) se sirve de la *consideración de la injusticia* como un importante método para descubrir lo justo. Prima facie es injusto comprobar que históricamente el bien de la República haya sido subordinado a intereses gremiales sectoriales y partidarios, que la sana economía política haya sido sustituida por planes económicos coyunturales, populistas o de emergencia¹²³.

¹²¹ En síntesis clasificamos al derecho individual, desde el punto de vista de justicia formal, como mixta: consensual y extraconsensual; sin acepción de personas; asimétrica, monologal y espontánea; “parcial”, integral, de asilamiento, relativa (en relación con la justicia que marginamos) y general.

¹²² La sanción de la norma –su origen– es más o menos participativo en la etapa de elaboración, sin perder de vista que el ordenamiento normativo trata de reflejar eventuales consensos societarios respecto de la justicia.

¹²³ Goldschmidt, ob.cit. p.394, explica: “En efecto, la valencia, propia a todo valor, es también un deber ser ideal impersonal; es cierto que se trata de un deber ser ideal puro y no de un deber ser ideal aplicado, pero no lo es menos que en el aspecto de la impersonalidad entre la pureza y la aplicación del deber ser ideal no media ninguna diferencia.” Se puede consultar: Accorinti, Susana S., *Importantes beneficios del blanqueo laboral*, La Ley Online; Oklander, Juan, *La promoción y protección del empleo registrado*, La Ley Online; Lascano, Marcelo R., *Blanqueo. Luces y sombras*, La Ley Online.

“Los criterios del reparto no son idénticos a los criterios que guiaban como móviles a los repartidores, ni tampoco a los criterios que los repartidores alegan como sus pretendidos móviles, sino que son todos aquellos criterios que pueden apoyar la justicia del reparto”¹²⁴. Mediante la prudencia política es posible lograr la integración de la justicia con otros valores tales como la defensa de la propiedad, la verdad, el amor y la utilidad; todos ellos, mediante la referencia al valor superior humanidad.

Finalizando el análisis axiológico general, conviene referirnos a los grados de legitimidad desarrollados y los medios empleados para el fortalecimiento de los sujetos frágiles.

Compartimos las conclusiones académicas del profesor Adrián Goldín relativas derecho colectivo del trabajo, y fieles a nuestros propios intereses democráticos, consideramos que la dirigencia sindical históricamente ha sido y es hoy objeto de una seria crítica en cuanto a la representatividad que ejerce sobre los intereses de la clase trabajadora, los medios utilizados para acumular poder y ubicarse en un lugar de casi cogobierno.

En cuanto a la unión de industriales, poco han hecho para procurar una continua protección de los intereses de sus asociados, puesto que han sucumbido a políticas de apertura económica irrestricta –en caso de no haber reconvertido su negocio al ramo importador-, o bien han promovido una política cambiaria que supliera su falta de inversión en capital, calidad productiva y capacitación profesional (claves de la competitividad) por precio (oferta de sus productos a un precio internacional barato).

Los productores agrícola ganaderos históricamente han sido terratenientes y fueron beneficiados por una legislación agraria desprotectoria del trabajador. Últimamente, arrogándose la representatividad de la “burguesía del campo” han resistido la presión impositiva alegando tratar de salvar la subsistencia y fuente de trabajo de todo el sector. De todos modos, y en general, han obrado políticamente de conformidad con la mayor o menor afinidad del gobierno de turno¹²⁵.

Según Goldschmidt el principio supremo de la justicia consiste en asegurar a cada cual la libertad necesaria para que se transforme de un individuo a una persona, es decir, para que se “personalice”; por ello, “la legitimidad básica para actuar como repartidor a su respecto le corresponde a él mismo. Esto significa que el título máximo de *legitimación de los repartidores* es la autonomía.”

El derecho del trabajo tiene por función proteger al más débil¹²⁶. El legislador (repartidor) hace tiempo que no posee una comprensión integral de los fenómenos políticos, económicos y culturales de nuestra Argentina. Irresponsablemente ha promovido la

¹²⁴ Goldschmidt. ob.cit. p.391

¹²⁵ Se puede consultar sobre la constitucionalidad de las leyes impositivas, a: Carnota, Walter F. “Un nuevo paradigma legislativo: las “super-leyes” y un poder de policía amplísimo” La Ley on line; Ventura Adrian “Polémica entre los juristas por la legalidad de la aprobación. Las dudas recaen sobre la mayoría necesaria y sobre su revisión judicial” LA NACION Viernes 12 de diciembre de 2008.

¹²⁶ Dice el Dr. Ciuro Caldani: “El derecho civil suele proteger contra los demás individuos en roles de acreedores y deudores, pero el derecho del trabajo y el derecho del consumidor surgen de perspectivas de justicia con consideración de personas. Uno de los grandes riesgos del régimen justo es la pretensión de amparar al individuo respecto de sí mismo desde la justicia sin consideración de personas”, en “Metodología Dikelógica”, 2ª edición, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 2007. p. 41.

impunidad. Con palabras del Dr. Ciuro Caldani ubicadas en el prólogo de este trabajo: “En la medida en que la cultura argentina se refiera más a la **realidad**, tendrá más oportunidad de contar con un sistema de premios y castigos”.

No es tan grave que los supremos repartidores conformen una aristocracia (poder administrador, legislativo y judicial) como que se olviden del fortalecimiento de los sujetos frágiles (las clases no privilegiadas: media, trabajadora y pobre). Ni siquiera consideramos seriamente que el remedio formal para la República sea la eliminación de la corrupción o la democratización de los ámbitos de poder¹²⁷.

“Desde el punto de vista económico, la posmodernidad muestra un desarrollo sorprendente de la riqueza, aunque ésta se encuentra crecientemente concentrada. La “concentración del capital” anunciada lúcidamente por Marx, es una evidente realidad. Cada vez los más ricos son más ricos y las empresas se fusionan cotidianamente, en tanto los más pobres resultan al menos relativamente más pobres.

Los conflictos de clases, que Marx vio “intrasistémicos”, por la tensión entre proletarios y burgueses, en la cual aquéllos tenían el arma de la huelga, se ven modificados de modo sustancial porque los proletarios son a menudo reemplazados por los desocupados. La resistencia de éstos puede pretenderse a veces por vía institucional (mediante el voto) o por el sendero físico de las medidas de acción directa, pero si bien están en el “sistema de la coexistencia” no son económicamente sistemáticos. Las posibilidades de éxito de los cuestionamientos han de ser necesariamente replanteadas¹²⁸.

-9-

Comenzamos esta monografía con el fin de entender, desde una perspectiva trialista, al derecho del trabajo nacional. Entendemos que más allá del disgregado y parcial repaso de algunos acontecimientos políticos recientes, se pueden esbozar algunas definiciones.

En cuanto a los repartidores, no podemos dejar de prestar atención a la sobre valoración del poder que ha ejercido la función presidencial. Desde esta perspectiva, el Poder Ejecutivo en Argentina es una figura “fuerte”, que posee una fuerza jurídica de elaboración de normas relevante. Basta hacer mención –en etapa democrática- al abuso de los decretos de necesidad y urgencia y a las “leyes secretas”, éstas últimas, después de la reforma constitucional del año 1994.

El poder reglamentario, actividad atribuida a la administración por excelencia, consigue implementar un “reparto proyectado” o desecharlo sin más. Ello, más allá del origen de la iniciativa legislativa o el “poder de veto” presidencial.

En cuanto a la legislación laboral, sabido es que el Poder Ejecutivo impulsó desde hace más de quince años, una férrea campaña contra la evasión previsional cuyo órgano legislativo emisor y de contralor es la A.F.I.P.

¹²⁷ Laura Di Marco entrevista al psiquiatra al Dr. Hugo Marietan para LA NACIÓN: “Los políticos suelen aferrarse al poder como psicópatas” Miércoles 14 de enero de 2009. Sección: “Los intelectuales”.

¹²⁸ Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Estudios de Historia del Derecho” (reelaboración de estudios de “Perspectivas Jurídicas”), Rosario, 2000, Fundación para las Investigaciones Jurídicas. P.186.

La razón alegada por el repartidor -de evasión previsional por empleo no registrado- ciertamente no ha sido el móvil tenido en miras por el Estado para perseguir al fraude. Tampoco la razón social, la de mejora de condiciones laborales. En realidad, pareciera que el verdadero motivo ha sido "recaudatorio" y que el problema social de las condiciones laborales no ha sido mejorado ni atendido, por no querer ahondar sobre problemas más profundos (por ejemplo: policía de trabajo, efectividad y eficacia en el cumplimiento de la normativa laboral en el caso de empleo registrado; etc.).

No fue por inocencia o descuido que se omitió tratar en este trabajo algunos temas emblemáticos tales como "obras sociales" o "encuadramiento sindical". Los medios periodísticos proporcionan diariamente elementos para razonar sobre la forma del reparto que tiene el Poder Ejecutivo y el Legislativo para premiar y castigar al sector que más le conviene. La legislación sobre negociación colectiva y personería gremial ha sido un tema sensible en todos los momentos históricos, subordinando la técnica jurídica al designio político de corto plazo.

En definitiva, la seguridad social ha sido siempre amañada por el poder reglamentario. Y en la década de los años noventa, esta política ha sido avalada desde el máximo tribunal del Poder Judicial: la Corte Suprema. Adviértase cómo la introducción de los instrumentos de derecho internacional a la Constitución del '94 no valió para proteger a los más débiles.

La historia jurídica argentina, ha sido contradictoria, hija de la falta de proyecto de país. Nuestro derecho laboral, durante todo el transcurso del siglo XX ha tenido notorias influencias de recepción cultural, y en etapa democrática, solamente ha sido *fiel* a las políticas económicas neoliberales durante la década de los noventa. No hemos de criticar aquí el mérito o la iniquidad de aquella legislación. Simplemente evaluamos el consenso nacional que hubo entre los "repartidores" para provocar los efectos sociales de tal magnitud que ya conocimos con el fin de la convertibilidad.

Apelar al concepto de posmodernidad, quizá sea un medio lúcido para describir las influencias del ciudadano argentino medio en relación con su compromiso democrático. En algún momento habían dos convicciones fuertes: una, que los peronistas eran peronistas, y la otra, que los radicales no eran peronistas. Este fue el soporte -que hoy ya no existe- para equilibrar nuestro sistema político.

Finalmente, propongo el estudio de la "crisis del contrato de trabajo" en su faz colectiva e individual. Entiendo se pueden aprovechar las muchas investigaciones que se han realizado en Argentina sobre el particular. Pensar al "trabajador" como "otro consumidor" no es demasiado desacertado¹²⁹.

¹²⁹ Ghersi, Carlos A. El contexto ideológico y socioeconómico del Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial 2000, JA 2000-III-1029. "Guillermo Borda, de profundas raíces en el nacionalismo católico, instaurado en el gobierno de esa pertenencia del general Onganía y su código es el producto de esa tendencia de la clase gobernante de su tiempo y su lugar, la reivindicación del ser humano a partir de la piedad de la doctrina social de la iglesia; el constitucionalismo social y el corporativismo sindical, que volvía a la escena de la mano de Onganía, etc. (conf. antecedentes a nivel mundial en Polanyi, "La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo", 1992, Ed. F.C.E., México, p. 223; en la Argentina, consult. James, Daniel, "Resistencia e integración. El peronismo y la clase trabajadora en la Argentina 1946-1976", 1990, Ed. Sudamericana; Zorrilla, Rubén H., "El liderazgo sindical argentino", 1988, Ed. Hyspamérica). "La advertencia del contratante débil como presupuesto sociológico real en los modelos de estructuras de adhesión (art. 954 CCiv.); la relativización del derecho de propiedad (art. 2513 CCiv.) y la instauración de un modelo de derecho de daños antes que un sistema de responsabilidad (arts. 1113, 907, 2618, 1071, etc.) fueron algunas de las muestras de esa pertenencia histórico-ideológica del autor de la reforma de 1968 y al estado de bienestar keynesiano (Ghersi, Carlos y colab., "Teoría general de la reparación de daños", 1998, Ed. Astrea, p. 7). La continuidad jurídico-ideológica se plasmó en el Proyecto de Reforma de Código Único de 1987 (vgr. artículo ampliando el factor de atribución a la actividad riesgosa o el 2176, incorporando la responsabilidad en

“Esto demuestra a las claras que consumo y trabajo van de la mano, y que, en verdad, no son más que dos caras de una misma moneda, ideada por el mismo sector empresarial que de esta manera controla al movimiento de masas, a través del salario, en un principio y del endeudamiento, a posteriori, haciéndolo de esta manera sujeto dependiente de un sistema que lo absorbe pero del que no puede escapar sin consecuencias harto dañosas...En consecuencia, tanto en el Derecho Laboral, como en el Derecho del Consumo, el Orden Público, el intervencionismo del Estado Social, resulta extremadamente necesario a fin de hacer del vínculo contractual el fiel reflejo de la voluntad autónoma de ambas partes. Es que un contrato impuesto por el fuerte no es más que una pantomima, una grosera burla al ideal del contrato justo, que es lo que perseguía la idílica teoría de la autonomía de la voluntad”¹³⁰.

Se debería dejar de lado la ideología que tiñe esta rama y en suspenso el inagotable debate sobre positivismo incluyente o excluyente (la definición de orden público laboral y orden público económico, no es más que una consecuencia). Ello, para elaborar nuevas respuestas jurídicas al compás de los cambios globales.

bloque frente al consumidor, etc.) y luego continuó en la ley 24240 de Defensa de los Derechos del Consumidor y por último en la reforma de 1998 por la ley 24.999”.

¹³⁰ Álvarez Larrondo, Federico M. “El rol de las autoridades administrativas de defensa del consumidor a la hora de homologar acuerdos conciliatorios”. LA LEY 2008-A, 1051.



Historia de la elaboración de normas jurídicas

Maria Laura Ferrari

Introducción:

La incidencia del tiempo sobre el mundo del derecho es indiscutible, si bien raras veces produce efectos jurídicos por sí solo.

Sobre esa premisa he de desarrollar este análisis. La idea es enfocar un estudio que abarque la evolución del método por el que se implementa el derecho desde la perspectiva de tiempo y lugar. Ver cómo interactúan las circunstancias de una época en la elaboración del derecho y su método, implica desentrañar la forma en que el factor tiempo diseña el derecho vigente en una sociedad.

Las sociedades y los paradigmas sobre los que estas se asientan cambian y ese cambio es constante; en tanto, el derecho tiende a permanecer inmutable frente a ellos hasta llegar al colapso que culmina en la adecuación de las normas vigentes en una comunidad a los hechos que en ella se originan.

En la actualidad, el giro que se vislumbra en el método legislativo obedece a la incorporación de la informática como herramienta, a efectos de lograr ordenar -por esta vía- los caudales de leyes que intentan regular la casuística propia de esta época.

Ante el apabullamiento del caudal legislativo generado a partir del siglo XX y cuyo desborde quedó en evidencia en esta última etapa, aparece como remedio recurrir a la tecnología.

Lejos quedaron los tiempos en que el agrupamiento legislativo por materia constituía un medio para lograr el acabado estudio de un tema. Ya agrupar no equivale a compilar y al agrupamiento temático se llega sólo con la adecuada utilización de la "voz/vocablo" que corresponda según el tópico a buscar.

Con tales perspectivas qué función queda para los códigos, cómo interactúa la recopilación por materia en un mundo globalizado en el que las pautas de análisis toman por costumbre moverse hasta el extremo de producir casos inéditos constantes y que trascienden las fronteras de un país para pasar a ser parte de una identidad supranacional.

La materia comercial se erige en una rama del derecho donde se observa este vértigo legislativo y se expone un claro perfil supranacional.

Se predica este derecho como constante; de ahí la dificultad que conlleva legislar una materia cuyo objeto de estudio tiene como característica el cambio permanente.

A ello se añade que la relación internacional que se suscita en el intercambio mercantil, ahora se lleva a cabo entre grupos de países. De este modo, lo que en su momento implicó el desarrollo del derecho aduanero y el de integración -entre otros-, no hace más que agregar desconcierto en cuanto a la normativa a regir en una situación dada.

Sobre tal lineamiento he de analizar los movimientos legislativos –en materia comercial- nacidos como respuesta a las necesidades de cada época, las tendencias políticas y económicas a las que respondían y cómo se conjugan las técnicas implementadas con el sujeto sobre el que se aplica.

La elección del derecho comercial, en miras de formalizar este ensayo, no es antojadizo, sino más bien ejemplarizante; en tanto en él queda expuesto con rigor, la sucesión constante de casos y el nivel supranacional en el que se mueve el derecho actual y con ello la sociedad globalizada que caracteriza esta época .

En principio centraré el análisis en el desarrollo de la codificación, para luego entrar en las implicancias que este produjo.

La idea es lograr plasmar la situación actual del derecho con relación al avance informático característico de esta época. Es evidente, la adecuación inminente que debe producirse respecto del método con el que se accede al derecho, como conjunto de normas vigentes en una sociedad, para que resulte accesible tanto a sus operadores como a los justiciables. Para ello es menester sacar beneficio de la tecnología en vez de padecer sus consecuencias en lo que hace a la casuística que este avance produce .

1) El movimiento de la codificación y sus antecedentes

La codificación es casi tan vieja como la escritura, desde las Tablas de Moisés hasta el Código de Comercio francés del año 2000, pasando por el Código de Hammurabi, hay múltiples ejemplos.

En principio cabe distinguir entre la recopilación de leyes que se ha repetido con frecuencia en la historia humana y el fenómeno de la codificación que se dio a partir del siglo de XVIII. Se puede decir que la idea de recopilar leyes obedece a diversas y poderosas causas: la necesidad de ordenar y simplificar las múltiples normas esparcidas en leyes y costumbres diversas; la conveniencia de unificar el derecho de un país, en los casos en que sus distintas regiones o provincias tengan diferentes leyes, como medio de asegurar la unidad nacional; finalmente, el deseo de consolidar las grandes reformas que introducen las revoluciones sociales.

A partir de la prosecución de esa clase de premisas se distingue la codificación de la mera recopilación de normas.

El fenómeno de aunar leyes se observa -como ya quedó expresado- desde la más remota antigüedad. Las Leyes de Manu, quizá la más antigua de las codificaciones conocidas (probablemente del s. XVIII a J.C.), el Antiguo Testamento, el Corán, reunían preceptos religiosos, morales y jurídicos. Pero los primeros grandes “códigos” jurídicos fueron los romanos (Código Gregoriano, Hermogeniano, Teodosiano) que culminaron finalmente en la codificación llevada a cabo por inspiración del Emperador Justiniano y que se conoce con el nombre de *Corpus Juris Civile*.

También es dable mencionar las “codificaciones” de la antigua legislación española: el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real, el Espéculo de las Leyes, las Siete Partidas (dictadas durante el reinado de Alfonso el Sabio, que constituyen un verdadero monumento legislativo), las Ordenanzas Reales de Castilla, las Leyes del Toro, la Nueva y la Novísima Recopilación a las que debe añadirse las Leyes de Indias.

Pero el movimiento de codificación moderno se produce recién a raíz de la aparición del Código General de Prusia, publicado en 1794, que abarcaba todas las ramas del derecho; y, sobre todo, del Código Civil francés, sancionado en 1804, que tuvo una influencia inmediata y fecundísima en la legislación continental de occidente.

Es necesario destacar la profunda diferencia entre la codificaciones antiguas y las modernas, a partir del Código de Napoleón, los códigos antiguos carecen de la unidad y coherencia de los modernos; son, más bien, vastas recopilaciones, ajustadas a un cierto método, donde se entremezclan leyes dictadas por diferentes legisladores en distintas épocas que incluso a veces devienen contradictorias entre sí; son sumamente extensas y difusas y abarcan todo el derecho.

Los códigos modernos por el contrario responden a ciertas ideas centrales, a una determinada concepción filosófica, económica o política, que le confiere unidad a todo el sistema y es natural que así sea pues son dictados por un legislador en un solo momento, además sólo comprende una determinada rama del derecho: civil, comercial, procesal, etc.

Sin embargo la codificación no es un fenómeno universal. Antaño muchas partes del mundo sólo conocieron la tradición jurídica oral. Hasta no hace mucho existía una oposición entre los países o regiones de derecho escrito, propicio a la codificación y los países o regiones de derecho consuetudinario, que por mucho tiempo, sólo conocieron la tradición oral de generación en generación, con las deformaciones y evoluciones propias de este modo de expresión del derecho.

Es decir, el movimiento hacia la codificación se ha llevado adelante no sin vencer ciertas resistencias. En Alemania, Savigny lanzó todo el peso de su gran autoridad para oponerse a su avance. En un célebre opúsculo publicado a fines del siglo XIX sostuvo que el derecho era un producto de la vida social, que se iba formando espontáneamente en la conciencia popular; la codificación traba el proceso espontáneo y contribuye a cristalizar el derecho, se deja así de responder a las necesidades sociales; y si ello no ocurriera, si no obstante la codificación, la formación popular del derecho continuará su natural devenir tal suele ser la fuerza de la vida del derecho que bien pronto el código resultará superado e inútil.

En cambio, un núcleo de juristas cuya figura más destacada fue Thibaud, veía en la codificación un instrumento eficaz de la unidad alemana; se trabó entonces una ardiente polémica con Savigny, que se ha hecho clásica.

Todo indica que se impuso la idea de la codificación.

Su utilidad reside en la posibilidad de unificar los derechos y ordenamientos que se superponen, se entremezclan y se oponen en detrimento de los ciudadanos y justiciables. Sin embargo, ese fenómeno de catalizador unitivo de la codificación puede jugar sólo si hay otras razones igualmente sólidas para tal búsqueda de lo idéntico, de lo único, de lo común.

Es necesario que haya un sentimiento de ausencia de justicia por la inseguridad jurídica resultante de la pluralidad de sistemas jurídicos, al tiempo que se manifieste también un fuerte sentimiento de pertenencia a una misma sociedad, a una misma comunidad.

Voltaire decía: “¿No resulta absurdo y horrible qué lo que es verdadero en un lugar se considere falso en otro? ¿A causa de que extraña *barbarie* sucede qué haya compatriotas que no vivan bajo la misma ley? Así ocurre de posta a posta del reino: se cambia de jurisprudencia como se cambia de caballo”.

Entiendo que la codificación resultó y puede seguir resultando viable en tanto reúna los requisitos recién formulados, en aras de funcionar como un medio que brinde seguridad jurídica a los justiciables de una sociedad. Ahora cómo juega ello, en torno a una sociedad globalizada que genera dentro de ella y a la vez expelle desde su concepción otro grupo que queda marginado por no estar adecuado a las circunstancias que ella provoca.

Hoy ante los umbrales de la descodificación propios de esta era, resuenan las palabras Savigny y sus argumentos no han perdido valor. Es indudable que la codificación ofrece resistencia a la evolución del derecho y por ello resulta inconveniente a una sociedad como la de hoy en día que se halla en plena eclosión y en proceso de aceleración constante, donde los sucesos se originan al compás del exacerbado avance de la tecnología y las comunicaciones.

Vélez Sársfield -en una nota de la segunda sección del libro segundo del Código Civil, aludiendo a la ciencia del derecho-; señaló que la función de los hechos en la jurisprudencia es una función eficiente. Si los derechos nacen, si se modifican, si se transfieren de una persona a otra, si se extinguen, es siempre a consecuencia o por medio de un hecho. No hay derecho que no provenga de un hecho y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de derechos.

Los métodos de codificación son muy variados y cada uno de ellos posee cualidades y defectos. F. Portalis, hijo del redactor del Código Civil francés escribió: “¿qué es en el fondo, la codificación sino el espíritu metódico aplicado a la legislación? Más prosaicamente Jean-Louis Sourieux distingue las codificaciones que son simples compilaciones de aquellas que innovan. Existen también los códigos que consolidan en la ley las evoluciones de la jurisprudencia.

Ahora, la idea es que los códigos plasmen y revistan virtualidad suficiente para regir en una sociedad a efectos de erigirse como base de la seguridad jurídica ha otorgarle a todos sus ciudadanos, esto resulta posible de alcanzar en una comunidad homogénea. Sin embargo, por más fácil que sea de concebir una sociedad de iguales, la realidad indica la presencia de estratos en todas las comunidades, que provocan una hegemonía característica. Entonces, a partir de una sociedad que no contempla la igualdad entre quienes la componen, la función de la ley lograría su armonía, al conjugar sus normas conforme al sujeto al que ha de aplicársele. En el ámbito del derecho comercial sirve de ejemplo que la figura de la sociedad anónima la puede utilizar tanto una empresa multinacional como cualquier pequeña y mediana empresa, y las leyes que han de regir para ambas son las mismas, en tanto ellas, pese a quedar englobadas en la misma figura, presentan diferencias estructurales que ya quedan puestas en el nombre por el que se las designa.

Con ello digo que la codificación si bien debe lograr esa unicidad de criterios destinados a configurar una medida de seguridad a los justiciables, no puede por eso dejar de contemplar los diferentes sujetos que conforman y nutren a esa sociedad que intenta regular. Es a partir de tal diferenciación que debe concretarse la igualdad de los criterios a

postular sobre una materia y un sujeto previamente estudiado desde la realidad que le da origen.

Esto se presenta sumamente complejo en la sociedad actual que constantemente genera sujetos; pero, a la vez, tal dificultad al ser tan evidente permite categorizar.

Si bien esto de las categorías suena un tanto agresivo cuando se intenta la igualdad, sólo a partir de tal entendimiento se produce la igualdad entre iguales.

2) Codificación en materia comercial y sus fuentes

El Derecho Comercial como regulación especial de una determinada actividad humana nace en la Edad Media.

Desde luego que en la Antigüedad floreció el comercio y los derechos de la época contenían disposiciones aplicables a ese quehacer. Pero se trataba de instituciones aisladas, incluidas en el amplísimo campo del derecho común.

Hacia el siglo XI vuelve la tranquilidad a Europa, después de las convulsiones e inseguridad provocadas por los desplazamientos de los pueblos bárbaros.

El intercambio se desarrolla a través de los mercados locales, a los que acuden comerciantes de la zona para efectuar operaciones y de las ferias internacionales que reunían periódicamente a los comerciantes de las más alejadas regiones.

El derecho común con su tendencia al formalismo y rigidez no atendía satisfactoriamente las necesidades de agilidad y rapidez propia de los negocios que se concretaban en mercados y ferias, por lo que poco a poco es modificado por los usos y costumbres de los comerciantes, que adaptan a sus necesidades las instituciones existentes o crean otras nuevas.

A esas costumbres mercantiles se unen los fallos de los tribunales que funcionaban en las ferias y mercados, compuestos por los mismos comerciantes.

Las costumbres y la jurisprudencia constituyen la *lex mercatoria* origen del derecho comercial, que se caracteriza por ser: consuetudinaria (no escrita); subjetiva o profesional (era el derecho propio de los comerciantes y no se aplicaba a quienes no lo eran); y, local (se aplicaba en la zona de influencia de la feria o mercado).

Las leyes mercatorias fueron pronto recogidas en recopilaciones escritas y algunas superaban el ámbito en el que se habían concebido. Así, el Consulado del Mar (siglo XVI) originado en Barcelona regulaba todo el comercio marítimo del Mediterráneo y los Roles de Oleron (siglo XIV) regían en el Atlántico.

Hasta el siglo XVIII el Derecho Comercial es italiano (los Medicis, constituyen un claro ejemplo de ello). En Francia, Colbert habrá de codificar no en materia civil propia del Parlamento y de la Iglesia, sino en lo concerniente al derecho procesal, con la Ordenanza sobre procedimiento civil, de gran calidad de redacción, publicada en 1667; luego, respecto del derecho comercial, con las ordenanzas sobre el comercio terrestre en 1673 y sobre comercio marítimo en 1681. Ambas fueron fuentes mediatas y directas del Código de

Comercio francés de 1807, aunque no eran en sí mismas códigos en el sentido forjado para estos ordenamientos por la filosofía de los siglos XVII y XVIII.

La ordenanza de 1681 fue parte del Código de Comercio napoleónico de 1807.

La ordenanza de 1673 que lleva el título oficial de: "Edicto del rey para servir de reglamento al comercio de negociantes y mercaderes al por mayor y al por menor"-también conocida como *Code marchand* o *Code Savary*, -en reconocimiento a la intervención que le cupo a este práctico del comercio en su redacción y debido a la difusión que le imprimió a través de los comentarios en su obra *Parfait négociant*-; fue requerida para combatir los usos y lentitud de la justicia, tuvo varias traducciones y alcanzó ocho ediciones, lo que pone de manifiesto la repercusión que alcanzó en Europa que debe ser atribuida, en buena medida, al hecho de su traducción al alemán, holandés, italiano e inglés.

A diferencia de lo acontecido con la ordenanza de comercio marítimo a la que no se le retacean méritos, la de 1673 no cosechó laureos. Su fin fue ordenar el derecho y poner fin a los abusos, de este modo el derecho comercial logró su primer antecedente de codificación en los 122 artículos y XII títulos que conforman el mentado Código de Savary.

Fue una recopilación de los derechos mercantiles, con algún influjo del derecho italiano, a las que dotó de cierta coherencia y unidad. Ha sido considerada como una obra escueta y de miras estrechas, vuelta hacia el pasado sin tener en cuenta los cambios que se estaban operando, entre los que se destaca la desconsideración de la actividad manufacturera y de las posibilidades que abrían las sociedades de capital. Codificó la práctica comercial medieval al mismo tiempo que Colbert y el Rey Luis XIV descubren el papel de Estado en el desarrollo de la economía promoviendo el desenvolvimiento de la industria y de la manufacturas.

Vale dedicarle unos renglones a estas dos figuras: Luis XIV es el *Roi Soleil*, que según los franceses, y por lo menos para ellos, caracteriza todo un siglo, de hecho, reinó durante setenta y dos años y Colbert fue su intendente de Hacienda. Era plebeyo, hijo de un mercader que no creyó necesario darle educación literaria. A los cincuenta años siendo ya ministro de un "rey cristianísimo", trataba de aprender latín mientras iba en carroza a despachar con el monarca los asuntos de la jornada. Ascendió grado por grado hasta alcanzar la alta posición de intendente de Hacienda. Colbert no podía ser ni filósofo ni filántropo. Frío, metódico, con ideas claras y persistente en aplicarlas. Encontró la Hacienda sumida en deudas, garantías, pagarés, bonos entregados a prestamistas y sin llegar nunca a la liquidación del presupuesto, consiguió al menos satisfacer las grandes necesidades de la costosísima corte de Luis XIV y sus todavía más costosos ejércitos.

Esto como ya quedó expuesto no lo logró por medió del Código de Savary ya que pese a su éxito en Francia y fuera de ella, en tanto que simplificó y clarificó el derecho consuetudinario, no aportó nada nuevo y rápidamente su carencia de anticipación –por ejemplo en el caso de la nacientes sociedades de capital- provocó un nuevo desarrollo del derecho fuera del código, por los usos y costumbres del comercio.

Más allá de la falencia evidenciada en el cuerpo legal de 1673, el plan de Colbert era transformar a Francia de país agrícola –como había sido hasta entonces- en un país esencialmente industrial y mercantil, el centro de la economía europea.

Así favoreció toda clase de nuevas industrias, por ejemplo *Saint-Gobain*, hoy gran multinacional, fue creada en 1665 por ordenanza real con privilegio monopólico sobre vidrios y cristales. Había que crear una industria nacional para hacer cesar la dependencia de Venecia.

Junto a estas primeras grandes compañías privadas protegidas existían las “manufacturas del rey” para la industria de lujo al servicio de la corte real. También estaban las “manufacturas reales”, empresas privadas subvencionadas por el rey. Tal el caso de la industria textil, creada por fabricantes holandeses impulsados por el monarca.

Sus miras se extendían desde la fábrica de tapices de los Gobelino –que continúa aún- hasta los plantíos de moreras para gusanos de seda; envió instrucciones a los fabricantes de tejidos de lana referentes a la calidad, color, etc.; y nombró inspectores para castigar a quienes produjeran mercancías de inferior calidad.

Hizo esfuerzos desesperados para acabar con las aduanas regionales y otras trabas que dificultaban el comercio interior.

Trazó una red de caminos que llegarían por doquier, habilitó puertos y empezó canales que durante años han abaratado los transportes en Francia. El primer canal que puso en comunicación el Atlántico con el Mediterráneo (*Languedoc*) fue inaugurado por Colbert en 1681.

Otro antecedente del código napoleónico se registra en 1778, cuando se designó una comisión de tres personas y se puso en marcha el proyecto “Miromesnil” (llamado también “Proyecto Motaron”, por el nombre de uno de los miembros de la comisión). No fue más allá de retomar, modernizándolas, las reglas de Código de Savary. En cambio, audazmente, proyectó quitar en razón de sus retrasos increíbles, la jurisdicción de la justicia civil para una larga lista de pleitos comerciales, entre ellos las quiebras, extendiéndoselas a los tribunales de comercio. Esa decisión selló su muerte. El Parlamento de París, que habría visto desaparecer así las jugosas “especies” entregadas a los jueces por los litigantes (comenzaron como presentes entregados por las partes ganadoras de un pleito a los jueces que habían fallado a su favor, para terminar siendo retribuciones que debían abonarse obligatoriamente), enterró definitivamente el proyecto.

Así, el Código de Savary pese a las debilidades –ya enunciadas- se aplicó hasta la Revolución y aún luego, hasta la promulgación de un nuevo Código de Comercio de 1807.

Estos ordenamientos legales integraron un proceso de estatización de las fuentes del derecho que si bien fue demostrativo de la consolidación del poder de la realeza, estaba acompañado por un ascenso de la gravitación de la burguesía en la economía que elaboró una visión nacional y ya no corporativa de los intereses de su clase. Su culminación llegaría al finalizar el recorrido hacia el control de poder político.

En este proceso tienen un considerable desenvolvimiento las nuevas corrientes de pensamiento iusfilosófico. La fundamentación de un derecho natural racionalista o laico se encuentra presente en autores como Hugo Grocio que en *“Deveritate religiones christianae”* atribuyó la validez intrínseca del derecho a las normas demostrables por obra de la sola razón, por ende inmanente y autónomo de todo sustento moral, metafísico o religioso.

Esta concepción desarrollada por Altusio y Tomasio, desemboca en Pufendorf, que sostiene el derecho como una construcción de poder del soberano emanado del contrato social y en Wolf, que concibe el derecho como sistema de normas que organizan lo deducible *a priori* y lo comprobable *a posteriori*, guardando una lógica relación conceptual. Así el derecho natural de la filosofía idealista cumplió la función de una revolución copernicana respecto del derecho romano, pues hacía surgir el derecho como una elaboración abstracta de la razón, basada en conceptos, en vez de hacer surgir el concepto desde los hechos. Producto de la sola lógica y la razón, invitaba al agrupamiento de sus reglas en códigos, que debían exponer de manera metódica el derecho que conviene a una sociedad moderna conforme sus aspiraciones racionales.

Sobre estas concepciones se alimentan los postulados del iluminismo a favor de la ley como expresión de la voluntad general, arma de la razón contra el absolutismo que genera la nomofilia, esa pasión de las leyes en el siglo de las Luces, que tendrá en el código la expresión más acabada. De esta suerte se generó en el siglo XVIII la codigomanía, en la que todo el derecho quedaba fijado, contrato social de por medio, por obra monopólica de Estado, en un ordenamiento fundado en la razón, una e invisible, según el modelo de la ciencia matemática, por ende con validez universal, de una vez y para siempre. El principio de la igualdad debía conducir a un solo código de todos los ciudadanos. Queda esto expresado en uno de los *Cahiers* de 1789: "Será redactado un Código Civil, simple, preciso y uniforme para todo el reino. Este código será el de la naturaleza y de la razón, en cuanto excluye a los usos locales y particulares y a todas las instituciones arbitrarias".

El profundo cambio de ideas políticas, no ya de derecho internacional sino de derecho público, realizado en la primera mitad del siglo XVIII se nota ya en el tratado de Montesquieu sobre el "Espíritu de las Leyes" donde lanzó la teoría de que los pueblos podían regirse lo mismo por un sistema republicano, que por una monarquía que hasta por un despotismo y predica que las leyes son relaciones necesarias, justificadas por la índole de cada pueblo.

El enciclopedismo puso también su contribución por ser a la vez expresión de estas corrientes y ejemplo como método de un orden sistemático, que en lo jurídico sostenía la formulación de un código unificado.

La repercusión de este pensamiento no tuvo peso, sin embargo, entre los grandes juristas franceses, que se mantuvieron al margen del movimiento codificador. Con relación al derecho comercial Domat no le dio espacio en las "*Lois civiles dans leur ordre naturel*", mientras que en el criterio de fijar el ámbito del derecho público en función de la fuente estatal de las leyes, donde situaba a las ordenanzas, le dedicó en el Libro primero, el Título XII "*Du Commerce*" que versa sobre la naturaleza y los usos del comercio, la jurisdicción comercial y los deberes de los que ejercen el comercio. Esta colocación del derecho comercial en el derecho público alteraba la armonía de la sistematización ideológica según el derecho natural desde que excluía la libertad económica, pero era comprensible si se lo consideraba como un ordenamiento que regía las relaciones entre partes que gozaban de un privilegio. En cuanto a Pothier, tampoco encaró la codificación para remediar el desorden del derecho francés que –no obstante– lamentaba; y otro tanto aconteció con Portalis. Sin embargo debe tenerse en cuenta de Pothier aportó un cambio de criterio relevante al ubicar al derecho comercial en la vía privatista y al considerar los usos mercantiles y particularidades de la jurisprudencia consular como excepciones del derecho civil. Esta era la situación cuando se produjo el derrumbe del antiguo régimen.

En cuanto a lo social, la tensión se evidencia en que las clases superiores -nobleza y clero- estaban prácticamente exentas de impuestos y el tercer estado, o brazo popular, -que trabajaba la tierra y elaboraba los productos manufacturados- pagaba casi todos los gastos. A ello se añade que el fisco reclamaba una parte enorme del producto de las cosechas en contribuciones, levadas, capitalización y gabelas.

No obstante las turbulencias que acompañaron los primeros años de la Revolución, el ansia de una legislación unificada se hizo presente desde las quejas dirigidas a los Estados generales en 1789 demandando un código común de todo el reino. La tarea venía urgida por los postulados ideológicos pero también por la necesidad de poner orden en la diversidad de mosaico jurídico de las regiones francesas. El norte más cercano a las costumbres germánicas más tendientes a la oralidad y el sur más inmerso en el derecho romano. De ella se hizo eco la Constitución de septiembre de 1791 disponiendo que "será hecho un código de leyes comunes de todo el reino". Los dos primeros proyectos redactados bajo la dirección de Cambacères en 1793 y 1794 y otros que lo sucedieran no tuvieron aceptación en esos años de desequilibrio político. Cuando el orden se restableció bajo el consulado, el 12 de agosto de 1800 Bonaparte encomendó a una comisión la preparación de un Anteproyecto. En el diseño político de Napoleón la codificación se incluía como el ordenamiento legislativo de un Código Civil que fuese un cuerpo único y completo sobre toda clase de materia, a imitación de la obra de Justiniano. Así parecían imponerlo, por otra parte, la lógica de los hechos, la libertad de comercio, la supresión de las corporaciones y la ideología de la codificación.

Por una suerte de paradoja, mientras que la Revolución de 1789 proclamaba la igualdad, se admitió que hubiera un código civil y un código de comercio. La lógica exigía un código único para todos los franceses. La Revolución, en principio, no se preocupó por codificar el derecho, sancionando un instrumento nuevo que paliara las carencias patentes del Código de Savary. Simplemente, dejó que siguiera su desmenuzamiento.

Los principios de igualdad y la libertad de trabajar, banderas del nuevo régimen, la ley Le Chapelier (1791) que suprimió las corporaciones, la abolición de los privilegios y la proclamación de la libertad de comercio y de la industria "por la sola voluntad de ejercer el comercio", conducían a la desaparición de un derecho de los comerciantes. Sin embargo, no sólo habían subsistido los tribunales de comercio sino que en el transcurso de la Revolución se acrecentó su jurisdicción con los negocios marítimos que habían estado sujetos al suprimido almirantazgo

El 3 de abril de 1801, se designó una comisión de reforma de siete miembros, dependiente del Ministerio del Interior, para redactar un Código de Comercio, presidida por Gorneau -que era competente pero no tenía la talla de Portalis-; con gravitante presencia de los hombres de negocios, no estuvo integrada por grandes juristas sino por jueces o ex jueces de los tribunales de comercio. Su miembro más destacado fue Vital Roux, este autodidacta brillante quería la separación de la materia comercial de la civil, impulsaba el desarrollo del comercio y la creación de escuelas comerciales fuera de la Facultad. Ese mismo año se concluyó la tarea con un texto que seguía la tradición monárquica, partiendo de las ordenanzas de Colbert y el proyecto "Miromesnil", con influencia de las ideas de Vital Roux sobre la universalidad y especificidad de las leyes comerciales que debían ser acordes con los hábitos y las costumbres de las naciones en que rige, aunque su influencia fuese más universal que la atribuible al mar. Sometido a la revisión de los Tribunales de Comercio, del Tribunal de Casación y de los Tribunales de Apelación, la iniciativa quedó preterida, con lo que este código cerró la primera fase de su elaboración. El enfoque fue eminentemente

práctico y aunque algunos progresos se alcanzaron con relación con el Código Savary, especialmente para clarificar lo relativo a quiebras, el proyecto era mediocre. A más, el Consejo de Estado, dedicado a la redacción final del Código Civil, ignoró durante cinco años los trabajos de la Comisión de codificación del derecho comercial. Lo premioso era el Código Civil para lograr la ansiada unidad legislativa francesa y plasmar los principios sobre la libertad, el contrato y la propiedad centrada en una concepción de la economía agraria y la riqueza inmobiliaria, ordenamiento que sería la referencia fundamental de la ideología revolucionaria. Cumplida la codificación civil en 1804, se produjo en 1805 una crisis económica y financiera que puso al borde de la quiebra al recientemente creado *Banque de France*, mientras Bonaparte combatía con los ejércitos rusos y austríacos. Por eso fue que inmediatamente después de su triunfo en Austerlitz, el 2 de diciembre de 1805, ordenó redactar un nuevo estatuto del Banco y exigió la inmediata consideración del Código de Comercio.

La reactivación de los trabajos preparatorios se produjeron en una atmósfera de desconfianza hacia el comercio, de la que participaba Napoleón por su experiencia con los proveedores de armas que despertaban sus sospechas y hostilidad, extensivas a comerciantes y banqueros. Ese clima explica el énfasis puesto por los redactores en la reglamentación de las falencias que, considerablemente ampliada respecto de la ordenanza de 1873, fue la parte más importante de este código compuesto por cuatro Libros: el Primero "Del comercio en general", el Segundo "Del Comercio Marítimo", el Tercero "De falencias y bancarrotas" y el Cuarto "De la jurisdicción comercial". En síntesis, el código que promulgado por ley de 15 de septiembre de 1807 entró en vigencia el 1º de enero de 1808; carece de envergadura, salvo en lo que se refiere a la introducción de una excelente ordenanza sobre la materia marítima.

La decisión de codificar el derecho comercial había precedido a la crisis de 1805, hecho este que sólo operó como su precipitante. Se ha explicado esta iniciativa en razón de que los intereses de la burguesía mercantil no eran tenidos en cuenta por el Código Civil, toda vez que la sola libertad asegurada por el derecho común no alcanzaba para el desenvolvimiento del comercio. Se requería la consideración de la riqueza mobiliaria, la admisión de las actividades especulativas, incluida la bursátil y un derecho propio de las sociedades comerciales. Como contrapartida frente a estas aspiraciones, la meta del emperador tendía a establecer una legislación eficiente para el control de la actividad de los comerciantes, lo que explica la atención que se puso en las reglas sobre los libros de comercio y el considerable desarrollo que alcanzó en el código la legislación de las falencias y bancarrotas.

A estos condicionamientos de las tareas que debieron cumplir los redactores se sumó la difícil búsqueda de una solución que permitiese sistematizar una codificación armonizando la aspiración a mantener un derecho de los comerciantes, basado en el tradicional régimen subjetivo de la ordenanza de 1673, con la adopción de un derecho de los negocios comerciales en línea con la libertad de comercio y la igualdad de todos los ciudadanos proclamados por la revolución. La respuesta que se dio a ese desafío todavía se discute porque se mantuvo bajo el signo de la ambigüedad.

El código fue redactado por prácticos que buscaban sólo aportar mayor claridad y certidumbre al *corpus juris* recepto, es mediocre. Así resulta de sus contenidos. Ello apunta a ciertos objetivos. Se trataba de no estimular la creatividad de los comerciantes sino, más bien, controlarlos; Napoleón quería que fuesen castigados los comerciantes que no honrasen sus compromisos. Una parte importante del código se refiere a los libros de comercio, para

vigilar mejor al comerciante, ese delincuente potencial. Se recuerda la poca inclinación de Napoleón hacia los comerciantes, a quienes quiso sujetar a obligaciones profesionales y castigarlos cuando las incumpliesen, aunque miraba con favor el desarrollo de la industria. Peor aún las sociedades comerciales de capitales no podían ser constituidas sin autorización del gobierno, que podía revocarlas en cualquier momento. Los efectos de un código tal fueron nefastos para Francia. Los comerciantes debieron utilizar otras formas y tipologías sociales y otros medios de financiamiento poco favorables a la expansión económica y a la protección de los accionistas. Las sociedades en comanditas por acciones resultaron un excelente medio para engañar a los pequeños ahorristas. Balzac en sus novelas tuvo juicios severos para esas sociedades. Por otra parte el enfoque subjetivo ligada a la figura del comerciante suplió a una consideración más realista que tuviese por base la actividad. He allí una de las secuelas heredadas de la copia servil del Código de Savary, inscripto en la tradición corporativa. La jurisprudencia del siglo XIX debió objetivar el código. Lo más grave reside en la ignorancia del movimiento capitalista. Nada se dice en el código sobre el crédito; casi nada sobre la venta (apenas un artículo) y sobre el derecho de los agrupamientos. El código de 1807 -como el Código de Savary- va a resultar así progresivamente ignorado y vaciado de contenido. A partir de 1838 el libro sobre quiebras es reemplazado por una ley especial. Más tarde, el derecho societario se concentrará en leyes particulares. Al despuntar el siglo XX, los fondos de comercio y las locaciones comerciales serán objeto de leyes especiales. El derecho bancario, el derecho de la competencia, el derecho de propiedad intelectual, el régimen de valores mobiliarios y bolsas de valores, la moneda, las relaciones comerciales internacionales, el régimen de importaciones y exportaciones, corren por fuera del código.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, el estatismo triunfante redujo aún más el lugar de los comerciantes, porque la economía quedaba en manos del Estado.

Desde la creación de la Comunidad Europea, los reglamentos establecidos por las instituciones europeas y las directivas que implican una legislación adaptada dentro de cada uno de los países miembros acabaron por vaciar definitivamente el código, que contiene apenas una veintena de artículos como resto de los sancionados en 1807. Ha habido un proceso de descodificación permanente desde 1838 al 2000.

3) Código de Comercio argentino

El derecho comercial tiene profundas vinculaciones con el derecho civil, nació como un derecho de excepción que modificaba en algunos puntos el derecho común, en el cual reconoce su origen.

No obstante, el estado actual de la evolución jurídica, el derecho comercial es una rama autónoma del derecho, con un objeto propio y específico (el acto de comercio, a partir del siglo XIX) que requiere una regulación fundada en principios especiales relativos a: propender a la rapidez de las operaciones comerciales, que implica disminuir las formalidades de los actos y hacer posible la transferencia del derecho en forma ágil (endoso); reforzar el crédito, esencia misma del comercio, lo que implica establecer instituciones adecuadas a la garantía (prenda con registro, solidaridad en las deudas comerciales) ; y valorizar la buena fe, fundamental en una actividad dinámica y cambiante (fuerza probatoria de los libros de comercio, régimen de concursos).

El Libro IX de la Recopilación de las Leyes de Indias, promulgada por Carlos II en 1680, contiene la primera legislación mercantil en nuestro territorio. Se aplicaba sólo al

comercio marítimo y fue completada por disposiciones del Consulado del Mar y las Ordenanzas de Burgos y también por los usos y costumbres comerciales.

Desde 1791 se aplicaron en estas tierras las Ordenanzas de Bilbao, que constituyeron el derecho comercial vigente hasta mediados del siglo XIX, con muy pocas modificaciones. A ello se añaden algunas escasas reglas surgidas después de la emancipación y la gravitación que en los hechos adquirió el primer código de comercio español de 1829, presidieron al modesto tráfico de tenderos, pulperos, arrieros y artesanos, que salvo el crecimiento del comercio internacional protagonizado fundamentalmente por las exportaciones de saladeros, caracterizó la época transcurrida hasta la organización institucional en la segunda mitad del siglo XIX.

Los gobiernos patrios apremiados por problemas políticos más urgentes, no encararon la modificación de la legislación española, salvo en algunas pocas cuestiones. En esta materia se destaca el decreto de 1822 (gobierno de Martín Rodríguez en la provincia de Buenos Aires) que abandona la concepción subjetiva del derecho comercial para estructurarlo sobre la base del acto de comercio.

Entre el texto del código de comercio de Francia y el de Argentina transcurrieron más de cincuenta años y un amplio recorrido de experiencias en el derecho comparado. Ello sumado al distinto estado en que se encontraban sus legislaciones al tiempo de su respectiva codificación da razón de las coincidencias y discordancias.

Al tiempo de sancionarse nuestra Constitución Nacional, el prestigio ganado por la codificación francesa era avasallador.

En el curso de las deliberaciones de los convencionales constituyentes de 1853 sobre las atribuciones del Congreso de la Nación, se alteró el texto del proyecto puesto a su consideración en lo relativo a la competencia de legislar en materia civil y comercial. La redacción propuesta fue modificada por iniciativa de Benjamín Gorostiaga, con el objeto de sustituir la referencia a la legislación de la materia civil y comercial por la finalidad adoptada que le encomienda "dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería...". Ninguna directiva ni explicación suministró una pauta acerca del sentido atribuible al cambio introducido en la terminología. Sin embargo la omisión resultaba lógica por cuanto en la época decir "codificación" implicaba una referencia a la metodología y a las orientaciones de los códigos franceses.

De tal modo la Constitución dio al Congreso la atribución de establecer la legislación de fondo del país, pero la tarea no fue cumplida de inmediato.

Llegado el tiempo de nuestra propia codificación, la apertura le correspondió al código de comercio en tiempos azarosos. Fue la provincia de Buenos Aires, escindida en esos años de la Confederación Argentina, la que concretó esta tarea dando sanción en 1859 al proyecto que el Poder Ejecutivo encomendara a Vélez Sársfield y Acevedo. Reunificada la República, ese texto fue adoptado como código de comercio de la nación en 1862.

La presencia del modelo francés no podía estar ausente, pero tres hechos influyeron para restarle inmediatez a sus textos y alterar su sistematización. El primero fue que ha diferencia de lo acaecido en Francia, el ordenamiento mercantil argentino precedió al código civil por ende carecía de otro soporte para el derecho obligacional y contractual que una vetusta y dispersa legislación oriunda del período hispánico.

El segundo fue que frente a la apuntada carencia y gozando de la disponibilidad de un proyecto de código civil para la República Oriental del Uruguay que había elaborado Eduardo Acevedo, los codificadores argentinos creyeron del caso seguir las soluciones de otros códigos de comercio que lo precedieron y debieron sortear la misma dificultad. Legislaron brevemente sobre obligaciones y contratos pero, facilitada esta legislación por el traslado del aludido proyecto, lo hicieron con mayor extensión que los precedentes.

El tercero provenía del régimen constitucional argentino que dejaba librada la aplicación de las leyes codificadas a cada una de las provincias, lo que según la interpretación prevaleciente incluía la legislación judicial y el régimen procesal.

De la confluencia de estos factores resultaron las divergencias en la sistematización legislativa entre ambos códigos de comercio. Cabe recordar en qué consistieron. El código francés –como ya se expuso en el acápite anterior- se compuso de cuatro libros: El primero “De los comerciantes” incluía las sociedades comerciales; el segundo trataba “Del comercio marítimo”; el tercero “De las falencias”; y el cuarto “De la jurisdicción comercial”.

El código argentino también se integró con cuatro libros. El primero “De las personas del comercio”; el segundo “De los contratos de comercio”; el tercero “De los derechos y obligaciones que resultan de la navegación”; y el cuarto “De la insolvencia de los comerciantes”. Para comprender mejor esta composición no se puede prescindir de los acontecimientos que gravitaron en el resultado del proceso legislativo. Cuando en 1829 se sancionó el proyecto de Sáinz de Andino como código de comercio español, este ordenamiento precedió en España al código civil. La solución fue legislar los contratos en el ordenamiento mercantil. Al margen de ello, el llamado código fernandino reconocía un extenso influjo del código francés, especialmente a través de las enseñanzas de Pardessus, al punto tal que, según Foucher, en Francia se lo tuvo como algo semejante a un comentario legal de la legislación francesa. Es importante tenerlo en cuenta porque a través de una doble vía este código español influiría en el derecho argentino. Por una parte, en razón de que en los hechos tuvo amplia difusión y aplicación entre nosotros y hasta llegó a ser adoptado por ley en dos provincias: Mendoza (1845) y San Juan (1862). Pero además el código español fue considerado en la redacción del código brasileño de 1850, fuente inmediata de nuestro código en unos quinientos artículos, según la estimación de Segovia.

Otra etapa de la preparación provino del Proyecto de código para los Países Bajos de 1826, también de base francesa, que después de la separación de Bélgica y con modificaciones, fue el Código de Holanda. En esta legislación se produjo un cambio importante, provocado por la supresión de la justicia comercial. Esto incidió en la eliminación del libro sobre la jurisdicción, el cuarto del modelo francés. Por otra parte, la traslación de los actos de comercio desde ese libro, donde militaban en el derecho francés para deslindar la materia sometida a tal jurisdicción, hasta el libro primero donde adquirieron sustantividad como definitorios de la materia comercial, en el derecho holandés. Con este tránsito, el sistema del derecho comercial dejaba de ser la legislación de los comerciantes para posarse en el derecho de los actos objetivos de comercio.

En lo que concierne a la incidencia de la sistematización del código argentino, la evolución se cierra con el código portugués de 1833 que, como el español y movido por la misma carencia de legislación civil, incorporó la materia obligacional y contractual; a lo que se sumó la recepción de los actos de comercio como deslinde la materia mercantil.

Estas corrientes confluyeron en el código brasileño de 1850, que si bien no incluyó la enunciación de los actos de comercio en su cuerpo, que fueron objeto de una legislación separada, dedicó un extenso articulado a los contratos comerciales.

Con estos antecedentes se llegó a la redacción del código de comercio argentino que tuvo como fuente la legislación francesa, generalmente filtrada a través de las versiones aportadas por los códigos de España, Portugal y Brasil que no contaban con precedente en materia civil, al igual que en Argentina. También hubo otras fuentes de importancia secundaria en lo que hace a la sistematización.

En cuanto a la coincidencia formal que se sucedió entre el código francés y el argentino, se observa en el libro primero “De las personas del comercio”, pese a lo cual media un apartamiento de contenidos en lo atinente a las sociedades y a los actos de comercio. Mientras en el ordenamiento francés las sociedades quedaban enroladas como sujetos del comercio, en la codificación argentina se la omite en tal carácter no obstante revestir esa calidad; y en cambio, se las incluye entre los contratos, lugar que no es el más comfortable para una sociedad anónima.

La segunda discordancia es relativa a los actos de comercio y se origina en la atribución constitucional a las provincias en lo que hace a la organización judicial, debido a ello no podía tener cabida en la legislación nacional una disciplina como la contenida en el libro cuarto de *Code de Commerce* sobre la jurisdicción comercial. En tal razón los actos de comercio que en él se contemplan, siguiendo los modelos que ya han sido reseñados, en nuestro derecho pasaron a ser parte del libro dedicado a las personas del comercio como un complemento para caracterizarlas y como enunciado de los lindes materiales del derecho comercial. Así se operó en la legislación argentina el mismo tránsito cumplido con las legislaciones que fueron su fuente y que ya la primera doctrina francesa había realizado por vía de la interpretación, enlazando los actos de comercio cuyo ejercicio configuraba al sujeto comerciante, según lo dispuesto por el art. 1, con los actos del art. 632 y concordantes relativos a la competencia de los tribunales de comercio.

En esta suerte quedaban plasmados los fundamentos del sistema objetivo del derecho comercial que consagraba la existencia de ciertos actos objetivos de comercio siempre sustentados por la ley mercantil con prescindencia de la calidad de los sujetos que los practicaran, concepción que tantos cuestionamientos recibiera de la doctrina desde fines del siglo XIX.

El segundo libro del código argentino “De los contratos de comercio” no tiene equivalencia ni formal ni material con el código francés. En Francia el código civil deja expresamente librado a las leyes comerciales los seguimientos de los contratos comerciales. Pero el código de comercio solamente dedicó unas escuetas reglas al respecto y la doctrina tuvo que aplicarle las bases civiles de la teoría general de las obligaciones, aunque como notara Ripert, el virtuosismo de la adaptación de sus nociones descuida equivocadamente lo que hay de esencial en las operaciones comerciales, el elemento técnico. Con mayor fortuna, doctrina y jurisprudencia abrieron un generoso espacio para los usos y costumbres en este ámbito.

La correspondencia de ambas legislaciones vuelve a encontrarse entre el libro segundo del código francés y el tercero del código argentino, que tienen por objeto el derecho de la navegación; así como el libro tercero del código francés y el cuarto del

argentino que se encargan de los concursos y quiebras y que han sido los que más veces se han reformado.

Entre las dos discordancias señaladas se puede decir que más allá de que debido a las reglas constitucionales argentinas los tribunales de comercio no encontraran su lugar en el código, existe una misma tradición tanto en Francia como en Argentina., que hunde sus raíces en la organización de los gremios y corporaciones que mantuvo la justicia comercial. Y subsiste en Buenos Aires –como también parcialmente para los litigios societarios y para los concursos y quiebras en algunas provincias- a través de las reglas de la organización judicial, dándole una continuidad a esta justicia que en nuestro medio reconoce su origen en el Tribunal del Consulado instalado en el Río de la Plata en 1794.

La afinidad tiene su limitación en razón de que la justicia comercial remanente en la Argentina dejó de ser la de los tribunales integrados por comerciantes o sus delegados. Igual, es de destacar, la perduración en ambos países de estos tribunales especializados.

La segunda discordancia se vincula con lo referente a obligaciones y contratos. Merced a la preexistencia de su código civil, el derecho francés encontró una salida que fue acompañada por la amplitud de la eficacia que se le reconoció a los usos y por la ductilidad de su jurisprudencia. Sobre tales soportes no tuvo el tropiezo de la doble regulación contractual sino en un marco muy acotado. En Argentina, aconteció lo contrario, pero paradójicamente la incorporación de las obligaciones en el ordenamiento comercial de 1862 condujo a que de hecho, durante cerca de los diez años que transcurrieron hasta que se sancionó el código civil, nuestra legislación quedara unificada a este respecto. Con lo que de alguna manera se produjo una proximidad con la situación del derecho francés aunque por una vía con marcada diferencia. Por otra parte, la unificación, alcanzada de tal manera no era considerada un acierto e inquietaba a Vélez Sársfield a punto de escribir a su corredactor Acevedo: "...es muy impropio poner en un código de comercio títulos de derecho civil. Aparecerá como si en un código civil se pusiera un título de naufragios". Ello choca contra la tendencia a la unificación de la materia civil y comercial proclamada desde mediados del siglo XX a la actualidad.

La gran movilidad de la materia comercial condujo al desguace tanto del código de comercio francés como del argentino. Al finalizar el siglo XX pocos eran los textos que habían logrado sustraerse a las reiteradas reformas legislativas. A la par que, a sombra, crecía desmesuradamente la llamada legislación complementaria –no siempre formalmente incorporada al cuerpo del código- y surgían dificultades en la calificación de ciertas materias objeto de legislación, tal como ocurre con el derecho de consumo que, al margen de una tendencia autonomista manifestada en ordenamientos que le otorgan la jerarquía de código, no encuentra fácil ubicación en las recopilaciones legislativas (obstáculo superado con pragmatismo por editores que incluye estas leyes tanto en código civil como en el comercial).

En suma, la descodificación de la materia comercial se produjo de hecho abriendo un abanico de microordenamientos que alguna doctrina proclama como un dato de la realidad insuperable e irreversible.

Con las modificaciones operadas en el código de comercio argentino desde la reforma de 1889, se fue perdiendo el influjo del derecho francés en nuestra legislación y abre camino a dos corrientes de distinto origen que surcan el derecho comercial en sentido opuesto. De un lado, a partir del código federal de las obligaciones suizo que propició la unificación de la

materia obligacional; esta tendencia se fortaleció a través del prestigio que logró el código civil italiano de 1942, como lo tuvo su precedente, el proyecto de código de las obligaciones franco-italiano y se desbordó con las iniciativas tendientes a la unificación integral del derecho privado.

En este estado se encuentra la situación argentina, pendiente de un proyecto de código civil y comercial unificado, del que desaparece la materia comercial el comerciante y más genéricamente el empresario.

Es llamativo que mientras que en la Argentina se hace sentir crecientemente el peso de las corporaciones, la iniciativa de unificación postule la eliminación del comerciante como sujeto jurídico, lo que no se realizó en Francia en tiempo de supresión de las corporaciones.

La exposición de motivos del proyecto explica tal extinción porque persigue la unificación sustancial de ambos derechos; y en ello se aparta de la codificación italiana que mantuvo una regulación para el derecho empresarial en el libro V "*Del lavoro*".

4) Situación actual del derecho comercial

Desde distinta vertiente, se abren paso las tendencias dispersivas que hacen perder centralidad a las legislaciones codificadas. Es así que se multiplican las iniciativas que conducen por vía de tratados, convenciones o por medio de organismos internacionales, a los ordenamientos supranacionales, siquiera regionales, unificando por segmentos el derecho de los negocios en esos ámbitos.

No menos incisivo es el proceso que se produce en las dilatadas fronteras que se abren mediante la autonomía privada. En el marco macro jurídico del comercio, ensanchada su natural internacionalidad por la globalización, se expande la penetración de prácticas relativas al derecho de los negocios y las reglas societarias. Las primeras tienen su cauce a través del consenso alcanzado en el seno de organizaciones privadas, como las cámaras de comercio; pero más compulsivamente en los contratos generados por la creatividad de los operadores de las macro empresas, con el apoyo de sus laboratorios jurídicos, que transponen con su nivel de negociación las fronteras bajo la cubierta de la nueva *lex mercatoria*, acompañados por la dotación de una eficacia jurídica que derivaría de su atribuido carácter de reglas consuetudinarias o por el sustento de su generalizada aceptación en el concierto de las naciones más evolucionadas, frente a las cuales flaquea hasta el orden público, que sólo resultará relevante si se lo reconoce como orden público internacional. Este derecho penetra bajo formulaciones internacionalmente uniformes, generada por la imposición de traducciones literales que producen no pocos problemas interpretativos y de armonización con el derecho vigente en los países a los que se le traslada su aplicación.

Bien se ha observado, que a la hora que el juez debe resolver sobre el sentido atribuible a estos contratos, se abren a su desconcierto las alternativas de intentar comprender el alcance que quisieron darle los redactores originales, el que le corresponde ante el derecho de país de origen, el que puede inferirse de la versión que adoptaron los traductores, el que entendieron las partes que se valieron de los textos traducidos o atenerse a lo que él comprende como más adecuado recurriendo a la equidad y a la analogía.

Las tocantes al ámbito societario, presionan la incorporación de reglas que se ponen como requisito del crédito y de la inversión. En su lugar de origen se predicen como principios de buen gobierno, rotuladas como prácticas de *corporate governance*, postuladas por diversos intereses, destacándose los de inversores institucionales, en una búsqueda de objetivos sectoriales no necesariamente acordes con las políticas empresarias más consistentes; prácticas que en los hechos recientes han expuesto la fragilidad de comités de auditoría, administradores independientes, auditorías externas y otros resortes, cuando la incitación de inmediatos resultados halagüeños y metas de lucro desmesurado causan distorsiones en el mercado de capitales y dan cobertura a dibujos de una riqueza ficticia y a malos manejos corporativos.

En tal cuadro de situación el derecho comercial mantiene su propensión a la universalidad y acentúa la frecuencia de sus cambios. Pero la unidad de sus reglas se produce parcializadamente, por sectores, desgajando la unificación interna del derecho patrimonial en beneficio de la que se alcanza en ordenamientos internacionales.

Colofón

En el análisis efectuado se expone que en lo codificado quedó plasmado el derecho anterior a la codificación o que se ignoró la realidad de los negocios de cada una de sus épocas respectivas o que muy difícilmente encararan los desarrollos en curso al tiempo de su redacción.

La codificación del derecho conforme a materias, ha quedado atrás, en la actualidad se presentan nuevas áreas que reclaman regulación y el suceso de leyes que esto provoca no logra ser absorbido en los códigos ya existentes e incluso a veces tampoco introducirse como parte de una rama del derecho reconocida como tal.

Es evidente que los códigos envejecen cada vez con más rapidez y tienden a generar la creación de un derecho fuera de ellos; y la mayor expresión de esto se da en el ámbito del derecho comercial.

La codificación y el derecho comercial parecen formar una pareja que difícilmente se mantiene unida por mucho tiempo. La codificación fija el derecho y el comercio está en perpetuo movimiento.

Que la ley capta la realidad es indiscutible. Que ella sea escrita en términos suficientemente abiertos para abarcar las prácticas emergentes, parece deseable. Hace falta, pues, que los códigos sean redactados teniendo en cuenta no solamente la experiencia del pasado, sino también los fenómenos económicos y sociales que nutren la evolución del comercio.

De este modo, es en vano pretender abarcar en un mismo código, bajo un mismo régimen jurídico, tanto al pequeño comerciante minorista como a la gran firma multinacional. Es en vano pretender regular el conjunto del derecho de las sociedades junto a la empresa individual ya que el exceso de la ley ahoga a esta última. La libertad que permite el derecho internacional priva a los códigos nacionales de eficacia concreta cuando operan sobre el mercado global.

La complejidad del derecho comercial obedece, a la vez, a la rápida evolución de las reglas y de la práctica y a la multiplicidad de normas que deben ser respetadas.

Casi no es posible luchar contra la inflación legislativa en sociedades complejas y abiertas. La informática permite, por la multiplicidad de voces de ingreso y por los innumerables lazos posibles, establecer una verdadera secuencia del derecho, tal como han permitido los avances desarrollados con relación al genoma humano.

El recurso de la informática jurídica supone que los operadores tengan una doble competencia: en derecho y en informática. Hace falta conocer muy bien la lingüística jurídica y el derecho y saber escribir el “lenguaje informático”.

La vida actual es veloz, produce hechos, sujetos, realidades todo el tiempo y esto avasalla al derecho creado para regularla, en todas sus esferas, es decir que lo planteado respecto del derecho comercial es observable con más o menos coincidencias en la mayoría de las ramas en las que se divide.

La redacción de un código implica -en cierta medida- que la regulación y recopilación es deseada y requerida ya sea por la sociedad, ya sea por quienes la gobiernan. La cuestión pendiente de examinar es si su contenido y su estructura se adaptaron a las necesidades que entendían satisfacer, esto es: claridad, eficacia, fácil acceso, etc. La idea es crear el marco sobre el que se han de atender reclamos y la forma en que se ha de operar frente a ellos. Esto significa que hay que evitar los códigos o al menos cambiar la concepción que de ellos se tiene. A esto se lo puede caratular de descodificación o bien evitar poner rotulo alguno y tender a legislar con miras en el futuro por un medio eficaz.

Si en la codificación se vislumbró un sistema donde reunir las normas y dar origen así a un sistema de normas, la idea de codificación implica un sistema o red, donde han de contenerse las normas que lo conforman, de allí que implícitamente la norma tiene que estar adecuada al sistema en el que ha de insertarse. Esto no siempre sucede y de acontecer no siempre logra mantenerse en el tiempo, dado que de modo constante se generan hechos y derechos para regularlos.

El tema que provoca esa inadecuación entre la parte y el todo (norma y sistema donde se implementa) pese a ser un problema que escapa a los términos aquí arengados, es destacable, desde que la tecnología utilizada en términos de sistema o red, permite poner en evidencia ese tipo de conflictos y así dejar expuesta la incongruencia de la norma frente al sistema o viceversa.

Hay que tener en cuenta que el legislador contemporáneo (postmoderno) es hoy víctima de los grupos de presión, políticos y sociales, en mayor medida que lo fue en el pasado. Le es imposible ejercer su tarea legislativa en armonía.

El derecho comercial en particular es en extremo cambiante; igual, hay que entender que las necesidades de esta época generan un derecho que debe estar en condiciones tales de *aggiornarse* constantemente y a la vez mantener un marco que no pierda de vista la seguridad jurídica con la que se han de abordar los diferentes requerimientos.

Que el derecho codificado o no, incorpore modificaciones conforme se desarrolle la casuística no tiene que ir en desmedro del justiciable, sino todo lo contrario.

Esta incorporación de “lo nuevo” en el marco de las decisiones tomadas en el ámbito del derecho, es un trabajo que hasta ahora la vienen llevando a cabo la doctrina y la jurisprudencia. Ahora, la tecnología además de traer nueva casuística debe ser utilizada

como soporte para concretar la implementación de las novedades en torno al derecho y con ello alcanzar el acceso de los justiciables a la actualidad de lo que se decide en el ámbito de la justicia conforme al derecho vigente.

Con ello la visión de código se desdibuja, ya que se trata de la incorporación constante de lo que se genere en el derecho y tal idea choca con lo que se entiende por código.

No hay que olvidar en reparo de la seguridad que corresponde prestar atención a las modificaciones que se vienen produciendo en tan vastos marcos, tamizando ese material con la óptica de nuestra idiosincrasia y nuestros intereses.

En ese quehacer no puede dejar de ponderarse la experiencia cumplida en Francia con su plan de recodificación, que en el año 2000 dio el fruto de su código de comercio. De esta suerte concretó en el ámbito mercantil su metodología de codificación de un derecho constante. Resulta por cierto paradójico que pueda predicarse la constancia de un derecho caracterizado por la movilidad.

Sin embargo tras esta aparente contradicción hay una explicación que no podía estar ausente en una nación con tan notorio aprecio de la razón, que en un momento turbulento de su historia la divinizó. Los franceses recodificaron el derecho constante persiguiendo dos objetivos. El primero se relaciona con los estrictos límites puestos a las innovaciones que los codificadores podían introducir a la legislación vigente, dado que el nuevo ordenamiento codificado alcanzaría su vigencia legal por un procedimiento simplificado, en cierta medida semejante a una legislación delegada. En cuanto al segundo, porque ese plan de codificación tuvo el declarado propósito de adoptar una metodología y una técnica legislativa que permitiese la incorporación en el nuevo cuerpo de la legislación complementaria dispersa y aun dejar espacio para recibir, sin alteraciones de su estructura las nuevas leyes que se sancionen en el futuro.

Por este medio se reordenó la legislación comercial transportando las leyes complementarias a un código abierto, sin perjuicio de dejar afuera algunas materias del derecho comercial que se reservaron para otros códigos. Esta fragmentación es ya otra historia, por supuesto sugestiva y digna, de especial consideración. Porque el solo hecho de haberse trazado una programación que conduce a un cuadro total del derecho francés reformulado en torno a unos sesenta códigos –magnitud que en buena medida da la pauta del estado que alcanzó la descodificación- importa sentar nuevas bases para la legislación para el siglo XXI.

Para hacer tal proyecto los franceses tuvieron la audacia de encomendar el trabajo a un grupo de redactores independientes, con ello evitaron las presiones a las que están sujetos los legisladores actuales.

El código de comercio francés de 2000 significa que la codificación del conjunto de normas y reglamentaciones del comercio continúa vislumbrándose como posible, si bien por otra vía.

La codificación virtual pasa por el desenvolvimiento de la arborescencia electrónica de los textos. Ello permitiría una permanente actualización y una aprehensión por estratos del derecho comercial, conforme a la cuestión cuya solución se requiera.

Alcanzado este punto vale señalar que el derecho de la Unión Europea, la legislación y la jurisprudencia de la Corte de Justicia de Luxemburgo y el derecho emanado de la Corte Europea de protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de Estrasburgo, se imponen directamente a los Estados, incluso directamente a los jueces y a los gobiernos. A partir de ello, la creación del derecho de comercio corresponde parcialmente a fuentes externas. Conviene integrar estas diferentes fuentes en el *corpus juris* comercial. Actualmente son los editores privados quienes realizan esta tarea en códigos especializados. La aventura de la codificación europea de la codificación comercial sólo ha comenzado. Por lo demás, el sistema jurídico de la Unión Europea, en el estado actual del Tratado de Roma, no resulta fácil disociar aquello que es europeo y aquello que es nacional. La compenetración de los derechos torna muy delicada la codificación. En cuanto a la aptitud para la codificación del derecho internacional del comercio, es necesario observar que la óptica puramente nacional resulta vana, o en todo caso, muy insuficiente, puesto que se trata del comercio más allá de la Unión Europea. En efecto, las reglas habituales de conflicto de leyes permiten a las partes de un contrato internacional desplazar de su convención a todas las reglas que no son de orden público. El deseo de codificar la *lex mercatoria* es un gran desafío.

En definitiva, parece que es en vano tratar de codificar en un código todas las disposiciones nacionales, europeas e internacionales. Si la aventura puede vislumbrarse, debe ser explotada la herramienta informática.



Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas y Carrera de Especialización en Elaboración de Normas Jurídicas

Director: Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani

Coordinador: Lucas Bettendorff

Diversas causas, entre las que se encuentra la reducción deductivista sostenida por la escuela de la exégesis, han conducido al alejamiento de los juristas del papel de la elaboración de normas. La elaboración de normas, llamada a nutrirse de la larga experiencia científica y técnica que confluye cuando se hace un planteo jurídico amplio, es una de los espacios que el jurista debe recuperar, con particular intensidad ante la ocupación de los ámbitos respectivos por otros especialistas en ciencias sociales.

De la adecuada elaboración de las normas depende su conveniente inserción en la vida social, con importantes significados para el desarrollo democrático y republicano y para el desenvolvimiento económico. La tarea requiere aportes multidisciplinarios e interdisciplinarios, pero no puede desenvolverse de manera completa sin la destacada intervención de los juristas. Múltiples despliegues jurídicos de relevante complejidad, sociológicos, normológicos y axiológicos; económicos, históricos, etc., que al fin movilizan a la cultura toda, intervienen en la elaboración de las normas.

Las distintas fuentes formales de las normas plantean una problemática común y otras particulares que es imprescindible resolver en la vida cotidiana, sea que se trate de constituciones formales, tratados, leyes, decretos, resoluciones administrativas, sentencias, fuentes específicas de la integración, contratos, testamentos, etc. A la Universidad pública le cabe un papel importante en la formación respectiva, en los niveles de grado y de posgrado, de modo especial atendiendo a la significación que suele tener la elaboración de las normas gubernamentales.

Hoy la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires tiene en estas carreras un importante instrumento para el cumplimiento de dicha tarea.

Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas

Departamento de Posgrado - Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Maestría: ceenj@derecho.uba.ar **URL:** www.derecho.uba.ar/revistaceenj/



Más información sobre la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas:

http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/mae_tpen_juridicas.php

O al correo electrónico mtpenj@derecho.uba.ar

Más información sobre la Carrera de Especialización en Elaboración de Normas Jurídicas:

http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/carr_esp_elaboracion_normas.php

o al correo electrónico mtpenj@derecho.uba.ar

La presente publicación se encuentra en el portal de la Facultad de Derecho:

http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/centro_normas_juridicas.php

La Revista Electrónica de Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas no comparte necesariamente las opiniones que sustentan los autores de los trabajos incluidos en ella.

Hecho el depósito de ley.

© Expte. Nro. 459064.

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Decana: Dra. Mónica Pinto

Vicedecano: Dr. Alberto J. Bueres

Secretaria Académica: Dra. Silvia C. Nonna

Director del Departamento de Posgrado: Dr. Leandro Vergara

Subdirector: Ab. Lucas Bettendorff

Director de la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas
y director de la Revista Electrónica TPENJ: Miguel Ángel Ciuro Caldani

Edición del número: Ab. Roberto A. Campos

Becario encargado de la MTPENJ y la CEENJ: Ariel Zybala

