

Año 5 | Volumen 5 / Núm. 2 | septiembre, 2022

# OMNIA

DERECHO Y SOCIEDAD

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas

## SUMARIO

Editorial

### INVESTIGACIONES

Misiones: migraciones y políticas: Cuestiones (in)hospit-  
larias sobre políticas migratorias entre 2020-2021

*Ariel Lugo*

La relación entre el Derecho Económico y el Análisis Eco-  
nómico del Derecho

*Gloria Calderón de los Santos*

Personas anónimas: sobre la falta de certeza y la subjetivi-  
dad jurídica en tiempos de pandemia

*Helga Lell*

El conflicto de Ucrania y sus efectos multiplicadores para  
la comunidad internacional

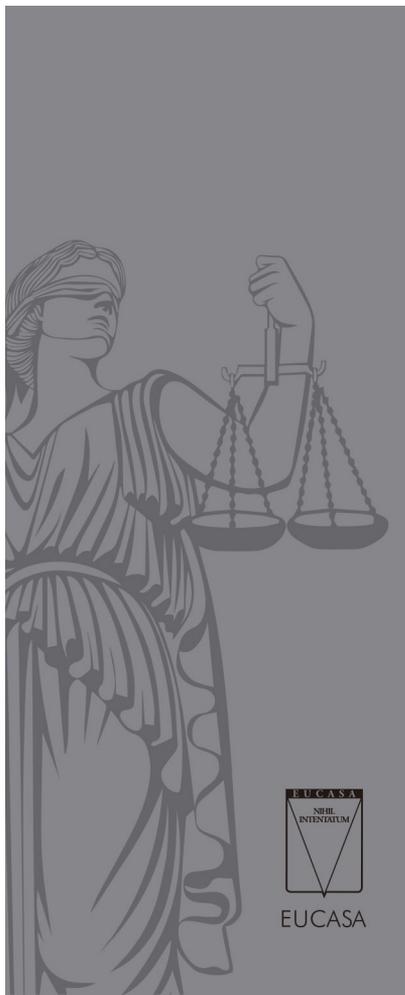
*Alejandro Moriconi*

### JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

Extensión de las normas tuitivas del derecho laboral al  
estadio previo de la formación definitiva del contrato  
de trabajo

*Diego Javier Tula*

e-ISSN 2618-4699



EUCASA

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA**  
(UCASAL)

**OMNIA. Derecho y Sociedad**  
Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas  
Vol. 5 - No. 2 | setiembre, 2022

**CONSEJO EDITOR**

Director: Ab. Omar Carranza / Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL

Secretario: Mg. Lic. Victor F. Toledo / Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL

Dra. Úrsula Basset / Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina / Miembro del Comité Directivo de la International Academy of the Jurisprudence of the Family

Dra. Cecilia Blanco / Facultad de Ciencias de la Comunicación de la Universidad Nacional de Córdoba - Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS)

Dr. Fernando Charria García / Universidad Externado de Colombia

Mg. Jaime Alfonso Cubides Cárdenas / Grupo Persona, Instituciones y Exigencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia

Dr. Mariano Gialdino / Centro de Estudios e Investigaciones Laborales (CEIL) - CONICET

Ab. Juan Carlos Pérsico / Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata / Instituto de Derecho Internacional Público del Colegio de Abogados de La Plata (CALP)

Lic. Alejandro Gabriel Safarov / Licenciatura en Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Santiago del Estero

Dra. Irene Vasilachis de Gialdino / Centro de Estudios e Investigaciones Laborales (CEIL) - CONICET

e-ISSN 2618-4699

Domicilio editorial: Campus Universitario Castañares - 4400 Salta - Argentina

Tel.: (54-387) 4268609

E-mail: [revistaomnia@ucasal.edu.ar](mailto:revistaomnia@ucasal.edu.ar)

web: <http://revistas.ucasal.edu.ar/index.php/RO>

[www.ucasal.edu.ar/eucasa](http://www.ucasal.edu.ar/eucasa)

**COMITÉ EVALUADOR**

Dra. Cecilia Barnech Cuervo / Universidad Católica de Uruguay

[mbarnech@hotmail.com](mailto:mbarnech@hotmail.com)

Dr. Giovanni Cardona Montoya / CEIPA (Colombia)  
[giovanny.cardona@ceipa.edu.co](mailto:giovanny.cardona@ceipa.edu.co)

Dra. María Eugenia Cruset / Universidad Católica de La Plata  
[mariaeugenia.cruset@ucalpvirtual.edu.ar](mailto:mariaeugenia.cruset@ucalpvirtual.edu.ar)

Dr. Eduardo Gálvez / Universidad del Salvador  
[eduardo.n.galvez@gmail.com](mailto:eduardo.n.galvez@gmail.com)

Dr. Leopoldo M. A. Godio / Universidad de Buenos Aires  
[leopoldogodio@derecho.uba.ar](mailto:leopoldogodio@derecho.uba.ar)

Dr. Osvaldo Maddaloni / Universidad de Buenos Aires  
[oamaddaloni@gmail.com](mailto:oamaddaloni@gmail.com)

Dr. Juan Miguel Massot / Universidad del Salvador  
[miguel.massot@usal.edu.ar](mailto:miguel.massot@usal.edu.ar)

Dr. Luciano Pezzano / Universidad Nacional de Córdoba  
[luciano.pezzano@unc.edu.ar](mailto:luciano.pezzano@unc.edu.ar)

Dr. Harry Lionel Schurig / Universidad Católica de Santiago del Estero  
[schurig.universidades@gmail.com](mailto:schurig.universidades@gmail.com)

Dra. Eleonora Slavin / Universidad Nacional de Mar del Plata - Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires  
[eleonoraslavin@hotmail.com](mailto:eleonoraslavin@hotmail.com)

Dra. Lucía María Traverso / Universidad Católica Argentina  
[luci-traverso@hotmail.com](mailto:luci-traverso@hotmail.com)

# OMNIA

DERECHO Y SOCIEDAD

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas

**Vol. 5 - No. 2 | septiembre, 2022**



EDICIONES  
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA  
SALTA - ARGENTINA

*Omnia. Derecho y Sociedad* es la revista científica de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta, Argentina, creada en el año 2018 y publicada bajo el sello EUCASA (Ediciones Universidad Católica de Salta) (<http://revistas.ucasal.edu.ar/index.php/RO>)

Es una publicación de periodicidad semestral que reúne colaboraciones que versan sobre temas de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Se recogen en ella artículos científicos, ensayos, textos sobre jurisprudencia y doctrina y reseñas de libros. Todos ellos son sometidos a un proceso de evaluación por pares externos. Todos los escritos son inéditos y de carácter original.

La revista ha sido incorporada al Catálogo 2.0 de Latindex (folio 29156) y está indexada también por LatinRev. Mediante resolución del CONICET (RESOL-2021-1295-APN-DIR#CONICET) de fecha 10 de agosto de 2021, ha sido incorporada al Núcleo Básico de Revistas Científicas Argentinas por el término de 3 (tres) años.

Su nombre, *Omnia*, obedece a dos razones. En primer lugar, se trata de una publicación que involucra a todas las carreras que se imparten en la Facultad —Abogacía, Lic. en Relaciones Internacionales, Lic. en Criminalística, Lic. en Seguridad, Perito en Accidentología y Martillero Público y Corredor Inmobiliario—. En segundo lugar, se busca dar cabida al más amplio abordaje de los temas de interés de la revista. La denominación, *Derecho y Sociedad*, define un contenido disciplinar propio de las ciencias sociales.

Esta publicación ha sido creada con el fin de promover la divulgación del conocimiento generado en la Facultad de Ciencias Jurídicas como producto de sus funciones sustantivas de investigación, docencia y extensión, así como favorecer la construcción de vínculos con otras instituciones nacionales e internacionales.

*OMNIA. Derecho y Sociedad* cuenta con las siguientes secciones: "Investigaciones", que reúne resultados parciales o finales de proyectos de investigación o ensayos académicos; "jurisprudencia y doctrina", que recoge análisis de sentencias judiciales y aportes doctrinarios de publicistas reconocidos y "reseñas de libros", en la que se realizan comentarios de libros de relevancia para la temática abordada por la revista.

Es una revista de acceso abierto publicada bajo licencia *Creative Commons* Atribución-NoComercial-CompartirIgual. Es decir que todo su contenido está libremente disponible sin cargo para usos lícitos por los usuarios, sin autorización previa del autor o del editor. Los autores retienen, sin embargo, el derecho a ser adecuadamente citados.

La responsabilidad sobre las opiniones vertidas en los textos y sobre el respeto a la propiedad intelectual corresponde a los autores.

e-ISSN 2618-4699

*OMNIA. Derecho y Sociedad* is the scientific journal of the Faculty of Legal Sciences of the Universidad Católica de Salta, Argentina, created in 2018 and published under the EUCASA seal (Ediciones Universidad Católica de Salta).

It is a biannual publication that gathers collaborations on topics of legal, political and social sciences. It contains scientific articles, essays, texts on jurisprudence and doctrine and book reviews. All of them are subjected to an external peer evaluation process. All writings are unpublished and original.

The journal has been incorporated into Latindex Catalog 2.0 (folio 29156) and is also indexed by LatinRev. By resolution of CONICET (RESOL-2021-1295-APN-DIR#CONICET) dated august 10, it has been incorporated into the Basic Nucleous of Argentine Scientific Journal for a term of 3 (three) years.

The name of journal, *Omnia*, is due to two reasons. In the first place, it is a publication that involves all the careers that are taught in the Faculty -Law, International Relations Degree, Criminal Law Degree, Security Degree, Accidentology Expert and Public Hammer and Real Estate Broker. Second, it seeks to reflect the broader treatment of the issues of interest. The denomination, *Law and Society*, defines a disciplinary content of the social sciences.

This publication has been created with the purpose of promoting the dissemination of the knowledge generated in the Faculty of Legal Sciences as a product of its substantive functions of research, teaching and extension, as well as favoring the construction of links with other national and international institutions.

*OMNIA. Derecho y Sociedad* has the following sections: "Investigations", which gathers partial or final results of research projects or academic essays; "Jurisprudence and doctrine", which includes analysis of court decisions and doctrinal contributions from recognized publicists and "book reviews", in which comments are made on books of relevance to the issue addressed by the magazine.

It is an open access magazine published under the *Creative Commons* Attribution-NonCommercial-Share-Alike license. In other words, all of its content are freely available free of charge for lawful use by users, without prior authorization from the author or publisher. The authors retain, however, the right to be properly cited.

The responsibility for the opinions expressed in the texts and ont the respect for intellectual property lies with the authors.

e-ISSN: 2618-4699

# Sumario

Editorial..... 7

## INVESTIGACIONES

Misiones: migraciones y políticas: Cuestiones (in)hospitalarias sobre políticas migratorias entre 2020-2021  
*Misiones: Migrations and Politics : (In)hospitable Issues on Migration Policies Between 2020-2021* ..... 11

Ariel Lugo

La relación entre el Derecho Económico y el Análisis Económico del Derecho  
*The Relationship Between Economic Law and the Economic Analysis of Law*..... 25

Gloria Calderón de los Santos

Personas anónimas: sobre la falta de certeza y la subjetividad jurídica en tiempos de pandemia  
*Anomic Persons: On the Lack of Certainty and Legal Subjectivity in Pandemic Times* ..... 43

Helga Lell

El conflicto de Ucrania y sus efectos multiplicadores para la comunidad internacional  
*The Ukraine Conflict and its Multiplier Effects for the International Community*..... 52

Alejandro Moriconi

## JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

Extensión de las normas tuitivas del derecho laboral al estadio previo de la formación definitiva del contrato de trabajo  
*Extension of the Protective Rules of Labor Law to the Previous Stage of the Definitive Formation of the Employment Contract* ..... 71

Diego Javier Tula

Estimados lectores:

El presente número de *Omnia. Derecho y Sociedad* es una muestra de su consolidación como publicación académica y científica. Desde su primer número, y gracias al esfuerzo de muchas personas, los objetivos que nos planteamos fueron alcanzándose progresivamente. Hoy, el faro que nos ilumina el camino es la permanencia y una mayor visibilidad de sus contenidos.

Los artículos que forman parte de este número son fruto de profundas reflexiones sobre cuestiones atinentes a las incumbencias de la revista y que encuentran en la pandemia del COVID19 un denominador común.

El trabajo de Ariel Lugo aborda la temática de las políticas migratorias a partir del decreto de necesidad y urgencia 70/2017 aprobado por el presidente Macri, tomando como eje de análisis a la provincia de Misiones (Argentina) y su relación con la noción de hospitalidad en el pensamiento de Derrida y Schéerer.

Gloria Calderón De los Santos, en su artículo "La relación entre el derecho económico y el análisis económico del derecho" brinda precisiones sobre tales disciplinas, indagando si existe una verdadera semejanza entre ambas o si, por el contrario, nos hallamos frente a una apariencia que podría generar inconvenientes.

En su trabajo, Helga Lell problematiza el concepto jurídico de persona como centro de imputación de normas y obligaciones, y lo asocia a la metáfora de la máscara teatral a la luz de los cambios normativos acaecidos en la pandemia por COVID19.

El artículo de Alejandro Moriconi trata de la importancia que reviste el conflicto de Ucrania en el relacionamiento geopolítico y jurídico de la comunidad internacional en la actualidad, e indaga acerca de la eficacia jurídica como condicionante de la validez de la norma internacional.

Finalmente, Diego Tula, partiendo de la base de la ausencia de ciertas normas específicas en materia laboral, propone identificar las etapas de gestación del contrato de trabajo, describir las situaciones problemáticas que se generan y proponer soluciones para evitar que desde determinadas posiciones contractuales prevalentes se puedan afectar los derechos de quienes aparecen en situación de mayor debilidad jurídica, económica o social. Esperamos que este número sea de interés para nuestros lectores y los invitamos a publicar en nuestra revista.

El director





## Investigaciones





# Misiones: migraciones y políticas: cuestiones (in)hospitalarias sobre políticas migratorias entre 2020-2021<sup>1</sup>

## Misiones: Migrations and Politics : (In)hospitable Issues on Migration Policies Between 2020-2021

Ariel Lugo<sup>2</sup>

*A la Nona y a Luchy*

### Resumen

En el año 2017 las políticas migratorias argentinas tomaron un rumbo diferente, no desconocido, del que desde años atrás se venía practicando. Ese rumbo se tornó en medidas más restrictivas y discriminatorias con los extranjeros a través del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70/2017 aprobado por el presidente Mauricio Macri. A partir de allí, el artículo se propone poner en cuestión esas medidas desde la lectura de la hospitalidad de Derrida y Schéerer, y desde un lugar específico como es la provincia de Misiones — República Argentina— entre los años 2020 y 2021.

**Palabras clave:** políticas migratorias - hospitalidad - discriminación

### Abstract

In 2017, Argentine migratory policies took a different, but not unknown, direction from the one that had been practised for years. That course turned into more restrictive and discriminatory measures towards foreigners through the Decree of Necessity and Urgency (DNU) 70/2017 approved by President Mauricio Macri. From there, the article aims to question these measures from the reading of Derrida and Schéerer's hospitality, and from a specific place, such as the province of Misiones -Argentine Republic- between the years 2020-2021.

**Keywords:** migratory policies - hospitality - discrimination

### Sociedad/ artículo científico

Citar: Lugo, A. (2022). Misiones: migraciones y políticas: cuestiones (in)hospitalarias sobre políticas migratorias entre 2020-2021. *Omnia. Derecho y sociedad*, 5 (2), pp. 11-24.

<sup>1</sup> El actual texto se enmarca en los proyectos de investigación de la Universidad Católica de las Misiones («Problemáticas políticas en torno a la extranjería y hospitalidad», Res. CS n.º 151/2020) y de la Universidad Católica de Salta, «Cuestiones políticas sobre la alteridad, la hospitalidad y la extranjería», Res. Rec. n.º 91/202).

<sup>2</sup> Universidad Nacional del Nordeste.

## INTRODUCCIÓN

Lo que sigue es un intento de repensar las fronteras, las (in)hospitalidades y el encuentro con el otro a partir de situarnos en un punto geográfico específico; pero no para reducirnos a él, sino para traspasar sus fronteras. En ese sentido, la provincia de Misiones cumple con los requisitos antes mencionados y se interna, como su geografía y sus fronteras, hacia otros terrenos, abriendo caminos e inundando con sus particularidades a todo lo que toca. Pero, al mismo tiempo, la diversidad y complejidad en el entramado migratorio que tuvo y tiene la provincia hace que sea un sitio nodal a la hora de comprender ciertas prácticas, acciones y hospitalidades. Es por ello que nos adentramos en el impacto de algunas políticas inhospitalarias a nivel nacional y su incidencia a nivel provincial y, al mismo tiempo, podemos observar la apertura hospitalaria llevada a cabo en la provincia y algunas exclusiones que se vinculan con el lugar de proveniencia de algunos migrantes. Para ello, ahondaremos en la propuesta de Derrida y Schérer sobre la hospitalidad, para vincularla con la política migratoria llevada a cabo por el gobierno nacional bajo la presidencia de Mauricio Macri desde el año 2017 a través del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70/2017 que se extendió hasta el 5 de marzo del 2021 ya con Alberto Fernández como presidente.

Así pues, el marco teórico en el que nos basaremos será la hospitalidad en Derrida y Schérer, el análisis se circunscribirá a la provincia de Misiones y su relación con la implementación del DNU mencionado, y el periodo seleccionado abarcará dos años, 2020-2021. En las conclusiones se brindarán algunos resultados parciales —más cercanos a las hipótesis, por el periodo de la investigación en el que nos hallamos— a los que se han arribado hasta el momento.

## ¿POLÍTICAS DE LA HOSPITALIDAD U HOSPITALIDAD POLÍTICA?

La construcción de la ciudadanía y de un espacio de convivencia debe tener siempre presente la hospitalidad hacia el desconocido, al extranjero; marcando una aperturabilidad al absolutamente otro. Es decir, no hay democracia sin esa apertura, sin una hospitalidad constante, interminable, infinita y sin condiciones. Esta exigencia pondrá a la democracia en constante alerta para no caer en inhospitalidades automáticas, sino que llevará a pensar la hospitalidad misma, si se puede decir así, en cada caso particular. Lo anterior nos lleva a pensar las políticas de la hospitalidad y la hospitalidad de la política.

La hospitalidad se debe brindar de forma incondicional, para que sea una «verdadera» hospitalidad; ya que, si se le pone condiciones para ofrecer hospitalidad, deja de ser una verdadera apertura a lo por venir. Una limitación para conceder la hospitalidad iría en contra de la hospitalidad como sincera apertura a la llegada del otro.

Pero el tema está lejos de ser tan sencillo, por el hecho de que resguardar la hospitalidad implicaría ser hostil para con quienes no se les desea brindar hospitalidad. Por otro lado, si se fuese hospitalario con todos, la hospitalidad dejaría de ser un don exclusivo que recibe su destinatario, pues sería algo dado de por sí. Entre una extrema apertura a la llegada del otro y una conservación de la concesión de la hospitalidad para quien se desee, entre la hospitalidad condicionada e incondicionada se debate la democracia por venir.

Los países se vuelven cada vez más inhospitalarios para conservar su hospitalidad y entregársela a quienes ellos deseen. A esto, Derrida (2000) lo llama *hostipitalidad*. Pero la hospitalidad jamás se concede de forma desin-

teresada, ya que se busca mano de obra barata, inversiones, población, relaciones de poder, etc. Con la hospitalidad se busca algo a cambio y siempre es limitada. Se la concede a determinadas personas, en determinadas situaciones y con algún beneficio, o no se la concede. La hospitalidad se otorga al extranjero que se identifica y tiene una historia detrás, pero nunca a un anónimo que no puede dar cuenta de su sí mismo; de no poder darse a conocer, sería un «bárbaro» sin derecho a la hospitalidad. Pero esto es solo una hospitalidad condicional y no la hospitalidad absoluta, ya que esta debe ser concedida al otro absoluto, que no enuncia su nombre y que no tiene una filiación e historia. Esta es la paradoja de la hospitalidad: «La Ley de la hospitalidad absoluta ordena romper con la hospitalidad de derecho, con la ley o la justicia como derecho» (Derrida, 2000, p. 31). La Ley de la hospitalidad es una ley sin ley. La ley absoluta de hospitalidad implicaría que el fueradelaley debería ser acogido o de otra manera sería una hospitalidad bajo condiciones. La Ley de la hospitalidad absoluta rompería con la ley y el derecho, sería una ley para los que están fuera de la ley, para los perseguidos, los excluidos por su clase económicasocialcultural, los marginados por sus pensamientos, etc. Es necesario sostener la incondicionalidad de la hospitalidad pero, asimismo, es necesario también inscribir esta ley en las leyes y en un derecho concreto que la regule. En el hiato entre estas dos leyes es donde se debe reflexionar sobre la hospitalidad. La Ley de la hospitalidad, aunque incondicional, requiere —y esta es una exigencia constitutiva— de las leyes para poder ejercerse. De lo contrario permanecería en un sitio utópico. La ley necesita de las leyes, aunque estas la contradigan.

La aporía que habita la hospitalidad es la incapacidad de brindarse incondicionalmente a todo otro; ya que, al darse a uno, se

estaría dejando de lado a otro. Como ocurre con el duelo, al realizar el duelo por otro, se deja de realizar por los otros otro, volviéndose irresponsable con relación a los demás. El responder a unos deja sin respuesta a otros. Al conceder la hospitalidad a unos, se deja de dar hospitalidad a otros. Para ser responsable ante la hospitalidad incondicional, se debe dejar de responder condicionalmente; pero esa responsabilidad condicional hacia el otro se aparta de la apertura al otro. Esta reticencia a conceder abiertamente la hospitalidad es una búsqueda de conservación que intenta alejar al otro, transformarlo en un chivo expiatorio, para otorgar la hospitalidad a los que se adhieren a las leyes que uno exige en la propia casa.

Pero la apertura al extranjero no se puede sustentar en los condicionamientos que coloca un Estado de forma soberana para poder dar la hospitalidad, porque se estaría limitando y exigiendo que se cumplan ciertos requisitos para ser aceptados en su lugar. Todo esto va en contra de una hospitalidad «verdadera» hacia el otro, ya que bajo ciertas formas de «apertura» se le obliga a cumplir ciertos requisitos para ser aceptado.

El otro, el extranjero, el mendigo, pone en cuestión con su sola presencia la autoridad del dueño de casa, de padre de familia; porque es puesta a prueba su autoridad en el exceso a las leyes de su hospitalidad, en la incapacidad para poder controlar al otro, al que se debe abrir incondicionalmente. Pero esto conduce a la cerrazón con respecto al otro: ya no es bienvenido, se multiplican las excusas, miedos y trabas para marcar las diferencias, para alejarlo; pero al mismo tiempo esto conduce a constituirse en esa diferenciación. «Los extranjeros, pues, corren serios peligros en un mundo cuyo fundamento político es la afirmación de soberanías parciales (¡e incluso internacionales!)» (Penchaszadeh, 2014, p. 81). Por ello,

Penchaszadeh propone una repolitización de la hospitalidad que ponga en cuestión la soberanía. Una política que se mantenga en el hiato entre la condicionalidad e incondicionalidad, que no esté preparada para el acontecimiento de la llegada del absolutamente otro y, sin embargo, lo reciba.

En este sentido, Marc Crépon (2016), hablando de su teoría de la cultura del miedo, sostiene que los gobiernos utilizan el miedo de los ciudadanos ante la pérdida de empleo y la pobreza, y lo trasladan a «blancos de sustitución» —como los llama Bauman—, que serían los extranjeros, que ponen en peligro el empleo y hacen crecer la pobreza. Así se van configurando esos miedos que se trasladan a chivos expiatorios para desligarse de la incapacidad de resolver los problemas de su gobierno. Crépon agrega: «La democracia y la hospitalidad son consubstanciales, porque no se puede condicionar la pertenencia a la ciudadanía. En la esencia de la democracia hay algo que supone la hospitalidad, la acogida a los extranjeros, la apertura al otro» (2016, p. 223).

Sin esa búsqueda constante por pensar los límites de la hospitalidad, de apertura a los otros, no se podrá (de)construir una democracia que debe sentar sus bases en la crítica constante a los procesos soberanos y a las restricciones a los extranjeros. Pensar la extranjería y la hospitalidad es posicionarse políticamente y no cerrarse; pero no perderse en la apertura, una exigencia de cuestionar los condicionamientos que se han naturalizado para ser hospitalario.

Nos encontramos aquí más allá de la simple noción de hospitalidad, tan importante en la tradición cosmopolítica kantiana, pero que era a la vez estrictamente individual o individualista, y dependiente del marco invariable del Estado nación. Convendría generalizar esta formulación y formular a es-

cala internacional, como un principio de derecho internacional, una correlación entre la *libertad de circulación* y el *derecho de residencia (o de domiciliación)*. (Balibar, 2007, p. 35).

Esta cuestión señalada por Balibar no es ajena al tratamiento de Derrida, que discute con Kant, como lo veremos a continuación.

En un mundo en continuo crecimiento, con el proceso de globalización cada vez más presente y con los procesos migratorios a los que este da lugar —debido a la búsqueda de un futuro mejor con mayor ingreso económico, con una tranquilidad que es difícil hallar en los países de origen, con un sitio diferente que otorgue un lugar para vivir que se transforme en un hogar—, las relacionestensiones entre los que otorgan y reciben hospitalidad pasan por diferentes «etapas» desde el abierto rechazo a la apertura incondicional; pero ellas se sustentan, muchas veces, en el posicionamiento político que posee un gobierno y que permite que afloren esas tensiones en mayor o menor medida de acuerdo a las medidas que se toman. Es así que, a partir del 2017, luego del DNU 70/2017 se han evidenciado muestras de abierta repulsa hacia los extranjeros. En ese contexto, pero más allá de él, se presenta como urgente repensar las estructuras políticas que sustentan la hospitalidad, la extranjería y la consideración del otro, para poder construir una visión política que permita convivir sin que medien juicios infundados sobre el extranjero. Es necesario comprender cómo funciona esa convivencia con los que reciben a los extranjeros, si se muestran hospitalarios o si solo revelan un gesto indiferente hacia el otro; cómo se generan determinados estereotipos que no se sustentan en la ignorancia, sino que son el resultado de procesos históricopolíticos basados en información significativa, que se organiza en términos morales y que regula las

relaciones sociales; y cómo en la ciudad de Posadas, la capital de la provincia de Misiones, se percibe todo ese movimiento migratorio.

En enero de 2017 el Gobierno nacional, con Mauricio Macri como presidente, por Decreto de Necesidad y Urgencia (o DNU) 70/2017, modifica la Ley de Migraciones 25872 y la Ley 346 (de Ciudadanía y Nacionalidad) 13/13. En este DNU se acotan los plazos para la definición de expulsión de extranjeros con antecedentes penales, como también se torna más rígido en el permiso de permanencia e ingreso al país con los extranjeros que posean antecedentes de algún ilícito sin condena firme (art. 4, incisos c, d, f, h, j). El mencionado decreto fue calificado como una regresión en materia migratoria, ya que la Ley 25872 del 2003 y reglamentada siete años después significaba un importante avance a la anterior, la Ley 22439 conocida como «ley Videla», y se erigía en referencia internacional en materia migratoria. Este contexto puso en cuestión la postura de una política hospitalaria hacia los extranjeros, que se vieron privados de ciertos derechos que se habían conquistado con los gobiernos anteriores, con el Decreto 70/2017 se tendía a asociar extranjería con ilícito. De los 30 puntos del DNU todos son cuestionables (como el uso de medios electrónicos para los trámites en el art. 5, donde no se contempla la situación de precariedad que muchas veces acompaña a los migrantes. Asimismo, el acortamiento en los plazos para las expulsiones que menciona el art. 8, inciso d; art. 12, incisos a, b y c; art. 18) y aportan confusión en las cuestiones que, en teoría, intentan responder.

De lo anterior surge la necesidad y urgencia de repensar, más allá de la ley y el DNU, los posicionamientos políticos que se poseen sobre la extranjería y hospitalidad a fin de poner en cuestión las estructuras políticas que sustentan dichas prácticas políticas.

En el sentido que mencionábamos arriba se puede ver la alerta que, al respecto, marca Balibar. Citamos al autor *in extenso*:

... hay una subclase de mano de obra precaria, muchos de cuyos miembros son extranjeros o son abandonados a una condición de extranjeros, y por lo tanto no pueden participar plenamente, en especial, de los derechos políticos. Se les expulsa de la esfera de la representación política con el fin de evitar que sus reivindicaciones de derechos sean oídas en el espacio público, lo que produce un aumento de la conflictividad social que también recrea un cierto tipo de acción política. Lo que hace posible esta exclusión es, sin duda, el hecho de que el conflicto social ahora se vuelve ya insoportable para muchos ciudadanos legales, no solo entre los ricos, sino entre los pobres, que se han convencido de que la competencia política es un juego de suma cero en que los derechos se pueden conceder a algunos solo si se retiran de los demás, o que su propia identidad está en peligro cuando otras identidades colectivas han sido reconocidas como componentes legítimos de la comunidad. (Balibar, 2012, p. 22)

Esta exclusión no es tan sencilla de dilucidar ni identificar, ya que muchas veces se presenta como una inclusión exclusiva donde se argumenta, desde distintos sectores, que se los incluye social y laboralmente; pero su «rol» de ciudadanos está determinado de antemano y no pueden alejarse de él, no pueden pretender reclamar por derechos que no tienen y que no tendrán, aunque se los reconozca legalmente como ciudadanos. Esa ciudadanía otra que es «otorgada» por los demás ciudadanos es lo que tarda o no llega jamás. De allí que el DNU 70/2017, derogado en 5 de marzo de 2021 por el presidente Alberto Fernández —quien

sostuvo que los cambios introducidos por el decreto eran «irreconciliables con la Constitución Nacional y con el sistema internacional de protección de los derechos humanos» (Boletín Oficial, 4.3.2021)—, sea de un cambio de perspectiva sustancial, por lo menos legalmente. Pero hay que seguir trabajando en el sentido de que «(...) un extranjero es uno de esos *otros* que, de entrada, ocupa otro territorio (...)» (Balibar, 2007, p. 26), que esto no sea una cuestión a la que debamos habituarnos, sino que el *otro* sea *otro*, más allá del lugar de origen. Que al *otro* no se le anteponga de dónde viene y que solo sea un *otro*. Ese otro es, se convierte o es «producido» extranjero por lo que señala Balibar: «(...) cada vez es más en realidad *la institución de la frontera*, es su funcionamiento, son las diferenciaciones entre fronteras (...) lo que *hace existir o 'produce' al extranjero como tipo social*» (2007, p. 26). Pero no solamente eso, que ya es mucho, sino que cada sociedad *reproduce* esas condiciones impuestas desde la institución de frontera y las revalida en las relaciones con los otros. Por ello no puede verse alejada de la política y de lo político, sino que está imbricada en ellas, en prácticas cotidianas donde se hace sentir la diferencia y la etiqueta de «extranjero». Se pueden enunciar una serie de casos que servirían como ejemplo de lo que se sostiene, como los casos de los vendedores ambulantes senegaleses en Buenos Aires, de los paraguayos («paraguas») y brasileros («brascas») en Misiones, de los bolivianos («bolitas») en Salta y Jujuy y un muy largo etcétera.

Balibar (2007) lanza una pregunta incómoda que sitúa la cuestión en un punto álgido que siempre —o casi siempre— es dejado de lado, que se interroga por el otro lado, por el otro; pero desde la visión del otro (no de la có-

moda posición de uno, que es el que concede la hospitalidad, el que deja ingresar, el que se abre al otro, aunque siempre imponiendo sus reglas y leyes): «(...) ¿quiénes son aquellos, en el mundo de hoy, para los que una frontera es una entidad simétrica, con dos caras equivalentes, y quiénes son aquellos para los que esta solo se ve desde un lado?» (p. 25).

Uno de los puntos que señala Balibar (2007) es la «ciudadanía de residencia» que otorgaría la posibilidad al residente, independientemente de su lugar de origen, de gozar de los derechos tal como son concedidos a los «nativos» y, con ello, el de votar (p. 3435)<sup>3</sup>.

Esa aperturabilidad posibilitada por la hospitalidad incondicional, permite pensar en la concretización de hospitalidades como el otorgamiento de derechos a los extranjeros. Es decir, posibilita pensar las hospitalidades en forma concreta en los derechos obtenidos.

Yendo un poco más a fondo, la propuesta de Schérer (2011) sostiene que la hospitalidad es constitutiva del hombre, parte de su hominización, por lo que «(...) no es el hombre quien, una vez aparecido en la tierra y formado biológicamente, habría adquirido más tarde la cualidad de ser o no hospitalario; sino que la hospitalidad es parte integrante de su devenir, de su devenirhombre» (p. 67). En ese sentido, se alejaría de la hospitalidad incondicionada derridiana, quien la plantea desde un punto de vista político, y en la postura de Schérer la hospitalidad puede verse como alejada de una formación política, pero propia del ser humano. En lo que postula Schérer, por un lado, se puede ver la fuerza de los esfuerzos de cada uno de los integrantes de la sociedad; por otro, los peligros que esos esfuerzos se vean diluidos y aislados por estar dispersos unos de

<sup>3</sup> Sobre la cuestión del voto migrante en la Argentina, véase Penchaszadeh y Mamani (2017); Pacecca (2017); Alfonso (2017); y Penchaszadeh y Sander (2021).

otros, cosa que se lograría desde una política mancomunada y desde la materialización de la hospitalidad incondicional en condicionada a través de leyes, reglas, etc., desde la perspectiva de Derrida.

El movimiento de Schérer, con esa hospitalidad propia del hombre, conduce a sacarnos de las restricciones de fronteras (como veíamos, Balibar criticaba esa producción del extranjero por la institución de la frontera), o de las imposiciones políticas (como analizábamos con el DNU 70/2017), o de las discriminaciones sociopolíticas con relación al extranjero, pero también con el otro. Pero el autor se cuida de que esto no se entienda como una mera solidaridad, aunque sin despreciarla: «Concepto nómada y, a la vez, proceso de subjetivización requerido por y para la tierra contemporánea, la hospitalidad desborda la simple solidaridad sean cuales sean los imperativos de esta última» (p. 71). Tampoco es, la hospitalidad, algo que se pueda vincular a la moralidad o a la culpabilidad, sino como una fuerza o un devenir (p. 72), sino una «utopía nómada».

Ambas propuestas, la de Derrida y Schérer, tienen puntos en los que parecen rozarse y otros en los que se alejan, pero no es el objetivo de este escrito realizar una comparación pormenorizada, sino simplemente extraer algunos elementos que nos posibiliten pensar la cuestión de la hospitalidad y la extranjería en general, y en Misiones en particular.

### **3. MISIONES Y LAS MIGRACIONES**

¿Por qué escoger la provincia de Misiones para analizar estas cuestiones cercanas a la hospitalidad y las migraciones? A ello respondemos que Misiones, porque es uno de esos lugares a los que fuimos y seguimos yendo, por el sentimiento hacia las personas que allí

viven; pero al mismo tiempo también porque es un lugar complejo e interesante por poseer 6351 migrantes radicados definitivamente entre los años 2016 y 2017, siendo la sexta provincia del país en población migrante que han decidido radicarse allí, según datos de la Dirección Nacional de Migraciones. Entre el 2011 y el 2015 se habían radicado 8251 extranjeros, de los cuales cerca del 80 % eran paraguayos y un 12,5 % eran brasileños. Este flujo migratorio de extranjeros no se observa al interior, es decir, es la segunda provincia con menor residencia de argentinos llegados de otros puntos del país (7,2 %).

Bidaseca (2012), en su investigación sobre el movimiento de los «sin tierra» en Misiones, sostiene que se utiliza la figura del extranjero como una forma de exclusión para con los propios ciudadanos.

Se usa el artilugio del miedo al extranjero, a una multitud extraña en movimiento, desterritorializada con la finalidad de mantener el orden social (...). Los parámetros de racialización de las cualidades del «extranjero» acaban empleándose para justificar la exclusión y la descuidadización de los propios con nacionales. (Bidaseca, 2012, p. 74)

De allí la importancia de un análisis político de esa «xenofobia de lo nativo». Siguiendo a Abinzano (1996), quien en su escrito ve a las fronteras como espacios de dimensiones considerables, muy variables, «donde los efectos de las fronteras internacionales (límites) se hacen sentir en forma permanente, siendo consubstanciales con la vida social misma de esas regiones, con las identidades culturales, con las actividades, proyectos y expectativas de la mayoría de la población», consideramos que esos límites influyen directamente sobre las personas y la construcción de la alteridad,

inciendiando en las consideraciones sobre el extranjero y la hospitalidad.

Gallero y Krautstofl (2008), a la hora de definir «lo extranjero» o «lo nativo», agregan algunos elementos más a la complejidad:

La configuración pluriétnica de la población de Misiones es uno de los rasgos que la caracterizan. Si bien predomina un alto porcentaje de argentinos por haber nacido en la provincia (descendientes, autóctonos y nativos) [que] jurídicamente son de nacionalidad argentina, sin embargo, la ascendencia se convierte en un diacrítico frente a situaciones que la hacen evocar (Gallero y Krautstofl, 2008, p. 17)

En Misiones tenemos la particularidad de encontrar que, a los límites fronterizos que mencionábamos arriba, se suma la inmigración de europeos (alemanes, suizos, españoles, italianos, franceses, escandinavos, galitzianos —Ucrania—, entre otros), de refugiados (laosianos, tailandeses, camboyanos), de brasileros (principalmente de Rio Grande do Sul) y de paraguayos, que se asentaron en la provincia. Sin olvidar los pueblos originarios que habitaban la región, en su mayoría guaraníes. En este sentido, podríamos pensar en una hospitalidad que siempre estuvo abierta a los extranjeros pero, al mismo tiempo, se puede percibir una diferenciación que subsiste entre los «pioneros», los «nativos», los «criollos», etc., y la marcada diferenciación con los brasileros y los paraguayos. Es decir, se producen múltiples fronteras al interior y al exterior, fronteras con los propios estereotipos y la naturalización de determinadas acciones con los otros. En esas intersecciones se imbrica, en Misiones, la constitución de lo propio y de lo ajeno; entre un «nosotros» complejo y un «ellos», que muchas veces es interno a cada uno de los individuos —que no siempre están

definidos— con los que se libran batallas. Es por lo que Kristeva (2002) habla de una autoridad que se halla en la relación con el otro y se trata de un «(...) descubrimiento de una *extranjeridad* irreconciliable, a saber, que permanecerán siempre elementos de nuestra vida íntima irreductibles y que permanecerán en exilio en una soledad incommensurable» (p. 292). Algo siempre permanecerá en nosotros como lo completamente otro, como un extranjero irreconocible que se halla en nuestro interior. Y continúa: «(...) *todos seremos todos un día u otro extranjeros en alguna parte*. Es una posibilidad, pero al mismo tiempo, una terrible prueba, puesto que cada uno deviene un objetivo para la *extranjeridad* de los otros, que ven en todo otro un intruso» (p. 293); es decir, que en esa extranjeridad con nosotros mismos y con los otros, pero también, de los otros con nosotros, se producen esas pujas por definir al extranjero, al otro, al enemigo o intruso, que muchas veces habita en nosotros. En esa extranjerización del otro nos extranjerizamos a nosotros mismos. Pero es necesario ese proceso de comprensión de extranjerización en nosotros que no podremos eliminar, o no completamente, para poder vernos como extranjeros y así comprender a los otros.

En ese complejo entramado es que Abinzano (2017) sostiene: «Podría afirmarse que Misiones ha sido, a lo largo de su historia, una sociedad abierta al ingreso de inmigración de los más diversos orígenes; pero quizá sería más adecuado decir que Misiones fue creada por las migraciones» (p. 3). Una apertura a la llegada del otro, al extranjero, a las migraciones, pero al mismo tiempo una compleja red de «elecciones» a la hora de señalar «de dónde provienen» que, en muchas ocasiones, queda reducida a los inmigrantes europeos, como analizan Gallero y Krautstofl (2008). En ese sentido, Grimson y Soria (2017) apuntan: «(...) la Argentina se sostuvo sobre la invisibilización e incorporación dife-

renciada de distintas particularidades, cuyas formas de presencia fueron procesadas bajo el *modus operandi* de un crisol imaginado como blanco y europeo» (p. 100).

En ese entramado complejo de diferentes orígenes, culturas y costumbres es interesante lo que señala Abinzano (2017) sobre el rol de la escuela:

En Misiones se dio la paradoja de que, rodeados de habitantes de países vecinos reacios a abandonar su propia ciudadanía y nacionalidad, los extranjeros europeos y sus descendientes se constituyeron en «los argentinos», y eso fue tarea principal de la escuela. Mucho más que preparar a los alumnos en habilidades y conocimientos, se trataba de «fabricar argentinos», hombres y mujeres cuyos puntos de referencia se identificaran con la más ausente de las tres naciones reunidas en la región. (Abinzano, 2017, p. 8)

La escuela se convierte así en esa «productora» de argentinidad donde se amalgaman —o al menos eso se intenta— las diferencias, y busca encontrar algo en *común* que mantenga unidos a los individuos en esa tan compleja diversidad de orígenes. Podríamos ver allí, por un lado, la búsqueda de los inmigrantes por integrarse a la sociedad argentina y el medio adecuado sería la escuela; y por el otro, la escuela como «disipadora» de diferencias y constructora de una visión hegemónica. De todas maneras, la escuela se convirtió en un punto nodal en la configuración de la argentinidad, que en esos primeros tiempos estaba ausente en estas tierras.

Durante la década de 1990-2000 la Argentina se vio envuelta en políticas neoliberales que se hicieron sentir en el aspecto social y económico, lo que llevó a la búsqueda, desde sectores políticos, de chivos expiatorios para desligarse de responsabilidades. Es allí que los

procesos migratorios que se producen por esa época son marcados por actitudes y discursos xenófobos que se vieron fundamentados en políticas restrictivas, ya que las migraciones que se producían eran de países limítrofes y eran vistas como un problema, no eran bien recibidas (a diferencia de aquellas migraciones de europeos) (Grimson y Soria, 2017, pp. 102-115). Idéntica estrategia política, nada novedosa, podemos ver durante el Gobierno de Macri con la aprobación del Decreto 70/2017, arriba mencionado. Tal como en la década del 90, la construcción de un discurso desde distintos representantes del gobierno, como analiza Grimson (2006), puede verse durante el Gobierno de Macri con las declaraciones de Miguel Ángel Pichetto —en ese entonces senador— quien en un seminario con alumnos de periodismo sostuvo lo siguiente:

En una villa de acá, de la 11-14, había dos colas. Una que manejaba el narcotráfico paraguayo (...) para no ponerle calificación de nacionalidades porque después se enojan conmigo (...) una nacionalidad determinada que tiene vinculación con la marihuana hacía la venta de marihuana, y otros muchachos de afuera del país, también que han venido a este país tan generoso vendían cocaína, con dos colas. Todo esto fue tomado por un *drone* y después entró la Gendarmería. La verdad, habría que dinamitar todo, que todo vuele por el aire. (El Destape, 2019).

La cita en primera instancia no resiste el menor análisis y pareciera comentarse por sí misma, en una muestra obscena de lo que se sostiene sobre determinadas personas, donde se sigue asociando lo delictivo a lo migrante. Pero lo que atraviesa los dichos de Pichetto es la eliminación, la idea de muerte que vendría a solucionar los problemas; la muerte de los

indeseados pondría fin a las penurias de los argentinos. Y esas declaraciones sin tener la intención, sin ver más allá de lo que se concreta en el odio de sus palabras, sin ver el horizonte en el que se mueven, atinan a clavarse en el centro de la cuestión, que es «la vida la muerte», al decir de Derrida: «Ni la vida ni la muerte, sino la obsesión de una por la otra» (2005, pp. 6364)<sup>4</sup>. La intencionalidad de la muerte de los otros y de la vida de algunos, que la vida de esos algunos se sustenta en la muerte o inexistencia de los otros. Para que haya vida, como la entiende Pichetto, necesariamente debe haber muerte. Esas muertes que deben ser de los migrantes, de algunos, que por el propio hecho de serlo no pueden escindirse del quebrantamiento de la ley. Los argentinos, para él, serían solamente cómplices de los delincuentes extranjeros. Pero Pichetto, para sostener lo que sostiene, expresa que esos extranjeros ingresan al país, y que este se muestra generoso y blando con respecto a las restricciones fronterizas, para traer muerte a los jóvenes que consumen lo que ellos venden. Ya se verá, más adelante, cómo juega esa vinculación con «la vida la muerte» y el acceso a la salud por parte de los extranjeros.

Cuando de números reales se trata, vemos que menos del 1 % de migrantes tuvo conflicto con el sistema penal, por lo que la asociación que buscó establecer el Gobierno de Macri de la migración con el delito no se sostiene. Desde el año 2002 hasta el 2017 el porcentaje de personas extranjeras encarceladas se mantiene entre el 4,9 % y el 6 % del total de

la población de encarcelados a nivel federal y provincial (esto, de acuerdo con Amnistía Internacional, 2019).

Pero desde la postura que se impuso desde el Gobierno y desde la aprobación del decreto, se observó un aumento en las tasas migratorias, lo que hacía complejo que se pudieran costear. Desde el año 2016 al 2018 aumentaron considerablemente (500 %) las expulsiones efectivas a los migrantes que no poseyeran la documentación exigida, cuando eran la burocracia y los obstáculos impuestos desde los organismos nacionales los que impedían que cada migrante regularizara su situación (Amnistía internacional, 2019).

Por otro lado, en el contexto del DNU y ciertos acontecimientos relacionados con la atención sin costo de extranjeros en hospitales públicos, que se dieron en el 2018, se desempolvó en Misiones el artículo 2 del Decreto Provincial 488/2000<sup>5</sup>, que establece que los extranjeros que no posean «residencia legal» y que soliciten atención médica deberán abonar por la prestación recibida. No obstante, en ese mismo año el ministro de salud de la provincia de Misiones, Walter Villalba, sostenía que todos aquellos independientemente de su nacionalidad que llegaran con alguna urgencia o riesgo de vida eran atendidos sin cobro alguno (Misiones Online, 2018). Asimismo, y en la misma fuente consultada, Villalba sostenía que la atención a extranjeros no superaba el 1 %, lo que entra en contradicción con lo que sostienen Almúa y Aliprandini (2018), cuando afirman:

<sup>4</sup> «(...) 'la vie la mort', je n'oppose *ni* n'identifie la vie à la mort (ni *et* ni *est*), disons que je neutralise et l'opposition et l'identification, pour faire signe non pas vers une autre logique, une logique opposée de la vie et la mort, mais vers une autre topique, si vous voulez, depuis laquelle se donnerait à lire, au moins tout le *programme* du *et* et du *est*, de la positionnalité et de la présence de l'être, les deux restant des effets de 'la vie la mort'» (Derrida, 2019, p. 25).

<sup>5</sup> «... las obras sociales, entidades de medicina prepagas, compañías de seguros, empleadores en general, extranjeros sin residencia legal en el país y terceros obligados, abonarán la totalidad de los gastos de demanda la prestación. Tales gastos incluyen honorarios profesionales, gastos sanatoriales y la provisión de insumos médicos, farmacológicos, servicio de enfermería, prácticas específicas y cualquier otro gasto que ocasione la prestación» (art. 2, Decreto Provincial 488/2000).

... en la provincia de Misiones, la presencia (muchas veces masiva) de pacientes paraguayos en sus hospitales genera la sensación de ver disminuidas las posibilidades para pacientes nacionales en favor de los extranjeros y lleva, en varias oportunidades, a conductas discriminatorias por parte de la población misionera y también de muchos profesionales médicos. (Almúa y Aliprandini, 2018, p. 2).

Sobre esta última cita, se puede observar, por un lado, que la masividad que mencionan muchas veces queda oculta, porque los pacientes presentan documento argentino pero residen en Paraguay, de allí la contradicción con lo que sostiene Villalba; y, por otro lado, que el hecho de que un gran número de extranjeros solicite atención médica no conlleva conductas discriminatorias, sino que estas son producto de la sedimentación de prácticas xenófobas y de marcos legales que permiten muchas veces dichas acciones.

Almúa y Aliprandini (2018, p. 9) marcan lo discriminatorio del artículo 2 del decreto 488 y la contradicción en la que entra con los artículos 6 y 8 de la Ley de Migraciones, aunque para el año 2018 estaba vigente el DNU 70/2017. Asimismo, la Ley XVII, N.º 70, en su decreto reglamentario 83/2012 expresa que los extranjeros sin residencia legal en el país deberán abonar por los servicios sanitarios.

Esto marca las tensiones que se producen en lugares fronterizos, donde determinadas decisiones políticas que se transforman en leyes o decretos dan lugar a abiertas demostraciones xenófobas que, en ocasiones, son disipadas u ocultadas por la imposición de los castigos, pero que en modo alguno son eliminadas.

De lo obtenido hasta el momento de la investigación en curso, a modo de resumen podemos señalar que: a. el marco normativo otorga lugar a ciertas prácticas; b. estas prácticas exceden lo

normativo; c. es la sedimentación de determinadas formas de actuar lo que se expresa en el DNU, leyes, reglamentaciones, etc., o al menos, el deseo de un determinado grupo; d. por un lado, la construcción de un chivo expiatorio, pero no solo eso, sino desde algún lugar, la creencia que, verdaderamente, los extranjeros son la causa de las dificultades sociales, económicas, políticas, etc., que se viven en el país y en cada provincia, producto de la xenofobia, la aporofobia y el racismo. Estas «causas» combinadas producen un «combo explosivo» donde las manifestaciones de odio se encuentran en pleno apogeo. A estos cuatro puntos, y para intentar señalar un sitio hacia donde deberíamos encaminar la cuestión a fin de poder hallar algún principio de solución o tratamiento que no se reduzca al abierto rechazo a los otros, podríamos agregar que: d. se debería realizar un cuestionamiento incansable a las hospitalidades condicionadas, desde una hospitalidad incondicional para ir expandiendo los márgenes y las fronteras, pero no para que desaparezcan; e. que determinadas prácticas se plasmen en un derecho es importante, pero no elimina las conductas que están destinadas a evitar, por ello se debe trabajar en la des sedimentación de acciones naturalizadas de rechazo al otro basadas en estereotipos peyorativos.

#### 4. MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS

¿Cómo (no) pensar la hospitalidad en una provincia como Misiones, donde el 80 % de sus límites son internacionales, donde a cada paso se debe repensar la relación con el otro? No es que en otros lugares esto no se produzca, sino que esa afluencia constante y ese paso casi obligado para muchos, para llegar a otros países e ingresar a la Argentina, hace que en Misiones se evidencie el continuo tránsito migratorio. ¿Aquí habría que preguntarse por la

influencia que poseen las políticas migratorias y la injerencia de la ciudadanía, más teniendo en cuenta que deben ser pensados para personas que no residen allí? Entonces, ¿pensar las políticas migratorias y la ciudadanía se torna una tarea compleja si tenemos un panorama como el misionero? Quizá sí, pero tal vez ese mismo contexto sea el que plantee un pensamiento auténtico sobre la hospitalidad y la migración, que redunde en la construcción de una ciudadanía otra y en políticas migratorias que no sean tomadas y diagramadas lejos de la realidad de cada provincia.

Podríamos señalar —como una conclusión hasta el momento de la investigación— que es el proceso de sedimentación de la visión sobre un determinado extranjero como deseable, «europeo blanco», que persistió a lo largo de los años con esa aperturabilidad que era promovida por políticas que buscaban poblar la Argentina, se puede ver en lo que señalábamos arriba sobre la diferenciación que se realiza sobre los inmigrantes europeos y no europeos en algunas representaciones en Misiones. Además, podríamos sostener que esos procesos de sedimentación de xenofobia encuentran respaldo en determinadas políticas, y de allí que pueda expresarse abiertamente ese rechazo, antes reprimido, hacia los extranjeros, o solo a algunos de ellos.

Esas prácticas políticas (in)hospitalarias que se producen y se materializan en leyes o decretos dan lugar a acciones que hallan sustento en esta materialización. En ese sentido, sostenemos la importancia del derecho para la regulación de las políticas migratorias, pero advertimos que no todo se reduce a él, sino que allí permean las prácticas que buscan ampliar el campo delimitado por una ley o decreto. La reciente derogación del DNU 70/2017 es un ejemplo de ello, pero no elimina las manifestaciones de rechazo hacia el otro. Si con el

derecho se concluyera tendríamos solucionada la cuestión, pero no es así; por ello hay que exigir al derecho que se modifique y reinvente a cada paso, teniendo como faro a la justicia, pero esta no debe desaparecer o relajarse por el hecho de expresarse en el derecho. Es decir, que la justicia es lo que debe llevarnos a cuestionar el derecho, pero debe exigirnos que no dejemos de poner en evidencia y cuestionar prácticas inhospitalarias, xenófobas y discriminatorias que estén o no incluidas en la letra o el espíritu de la ley. De ello, podríamos aspirar a la construcción de una democracia cada vez más democrática, donde *el otro* sea tomando en cuenta en las decisiones.

Una hospitalidad que fuerce los límites, que ponga a prueba las reglamentaciones, decretos y leyes, pero que por encima de todas las cosas y las fronteras vea al otro en su otredad y no lo reduzca a un papel, un color de piel, un acento y un muy largo etcétera. Esa otredad que no anteponga nada al otro, que lo reciba en la manifestación de su otredad sin querer imponerle una cosmovisión o que se adapte y en esa adaptación se pierda quien realmente es. Esto no quiere decir que se produzca de manera interminable una dialéctica entre las acciones hospitalarias e inhospitalarias, sino que debemos incansablemente ponerlas en cuestión. En ese arduo proceso es donde debemos ubicarnos para que la sedimentación de determinadas prácticas y discursos se pongan en tela de juicio y podamos romper con la naturalización de acciones discriminatorias de abierto rechazo al otro.

Desde los resultados de la investigación arrojados hasta el momento, en la provincia de Misiones y por su particular emplazamiento, podemos observar que esas prácticas políticas (in)hospitalarias se dan continuamente por la corta distancia que hay con los países vecinos, Paraguay y Brasil, pero a su vez con el

complejo entramado que hemos descripto de las inmigraciones que se produjeron de diversos países de Europa y del asentamiento de los pueblos originarios. Es por ello que desde allí debemos pensar las políticas migratorias, y no desde otros lugares donde no se comprende en toda su magnitud la complejidad de los cruzamientos fronterizos que una provincia como Misiones posee. Solo desde un análisis situado podremos (de)construir una hospitalidad otra que se atreva a quebrar los estereotipos y no se detenga ante el miedo a lo otro, sino que lo pueda trascender.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abinzano, R. (2017). Migraciones e integración en la región de la Triple Frontera: Argentina, Brasil y Paraguay. *TSN* n.º 4, julio-diciembre.
- (1996). *Estrategias de una red de movimientos sociales argentinos, brasileños y paraguayos en el marco de la integración regional fronteriza. Factores de cohesión y conflicto*. [Primer informe de avance]. FHCS. UNAM.
- Alfonso, A. (2017). El voto de los extranjeros en la Provincia de Buenos Aires. De las normas a las prácticas. *Revista Temas de Antropología y Migración*, n.º 8. Edición especial 2016-2017, pp. 6990.
- Almúa, F. y Aliprandini, P. (2018). La problemática de la integración sanitaria en la frontera Posadas (Argentina)-Encarnación (Paraguay). *TSN*, n.º 6, juliodiciembre.
- Balibar, É. (2012). Los dilemas históricos de la democracia y su relevancia contemporánea para la ciudadanía. *Enrahonar. Quaderns de Filosofia*, n.º 48, pp. 929.
- (2007). ¿Son los extranjeros nuestros enemigos? Nuevas reflexiones sobre el problema de la ciudadanía transnacional. En Piqueras, A.; Jiménez, N. y Soto, G. (Coords.) *Mediterrània migrant/I Jornadas Medimigri*. Publicacions de la Universitat Jaume I.
- Bidaseca, K. (2012). *Los sin tierras de Misiones*. CLACSO.
- Crépon, M. (2016). Democracia, hospitalidad y violencia. [Entrevista]. *Revista de Filosofía*. Vol. 72, pp. 221229.
- Derrida, J. y Dufourmantelle, A. (2000). *La hospitalidad*. Ediciones de la Flor.
- Derrida, J. y Roudinesco, É. (2003). *Y mañana, qué...* FCE.
- Derrida, J. (2019). *La vie la mort*. Éditions du Seuil.
- (2005). *Cada vez única, el fin del mundo*. PreTextos.
- El Destape (7 de octubre, 2019). *Miguel Pichetto sostuvo que no es «xenófobo» pero disparó otra vez contra los extranjeros*. <https://www.eldestapeweb.com/nota/miguel-pichetto-sostuvo-que-no-es-xenofobo-pero-disparo-otra-vez-contra-los-extranjeros-20191079560>
- Gallero, C. y Krautstofi, E. (2008). *Construcción de Identidades en el marco de una provincia pluriétnica, Misiones, Argentina*. [Ponencia]. IX Congreso Argentino de Antropología Social. Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Misiones, Posadas.
- Grimson, A. y Soria, S. (2017). Diferencia y desigualdad en las migraciones. En Grimson, A. y Karasik, G. (Coords.) *Estudios sobre diversidad cultural en la Argentina contemporánea*. CLACSO-Pisac.
- Grimson, A. (2006). Nuevas xenofobias, nuevas políticas étnicas en la Argentina. En De Hóbus, F. et al. *Identidad misionera*.
- Kristeva, J. (2002). La locura, la revuelta y la extranjería. [Entrevista]. *Signos filosóficos*, n.º 7, enerojunio, pp. 279294.

- Misiones Online (28 de febrero 2018). *Misiones cobra consultas médicas a pacientes extranjeros sin riesgo de vida desde el año 2000*. <https://misionesonline.net/2018/02/28/misiones-cobra-consultas-medicas-pacientes-extranjeros-sin-riesgo-vida-desde-ano-2000/>
- Pacecca, M. (2017). Electores extranjeros en la Provincia de Buenos Aires. La regulación del derecho al voto en los siglos XIX, XX y XXI. *Revista Temas de Antropología y Migración*, n.º 8. Edición especial 2016-2017, pp. 4168.
- Penchaszadeh, A. y Sander, J. (2021). Ciudadanías migrantes en Argentina: ejercicios democráticos (pos)nacionales. En Lugo, A. y Oraisón, M. (Comps.) *Ciudadanías alternativas. Hacia otro rol ciudadano*. La Hendija. Pp. 95-121.
- Penchaszadeh, A. y Mamani, S. (2017). Ciudadanía migrante en Argentina. ¿Hecho o proyecto? *Revista Temas de Antropología y Migración*, n.º 8. Edición especial 2016-2017, pp. 2640.
- Penchaszadeh, A. (2014). *Política y hospitalidad. Disquisiciones urgentes sobre la figura del extranjero*. Eudeba.
- Schérer, R. (2011). *Utopías nómadas*. Tirant lo Blanch.

#### Otras fuentes consultadas

- Amnistía Internacional. (7 de febrero de 2019). *Hablemos de personas migrantes con #NoticiasVerdaderas*. <https://amnistia.org.ar/hablemos-de-personas-migrantes-con-noticiasverdaderas/>
- Boletín Oficial (4 de marzo de 2021). Migraciones. Decreto 138/2021. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/241471/20210305>
- Ley XVII, n.º 17. Decreto Reglamentario n.º 488/2000 (2000). Provincia de Misiones, Argentina.
- Ley XVII, n.º 70. Decreto Reglamentario n.º 83/2012 (2012). Provincia de Misiones.

#### Ariel Lugo

Perfil académico y profesional: Licenciado en filosofía (Universidad Nacional del Nordeste). Profesor universitario (Universidad Nacional del Nordeste). Magíster en Ciencias Sociales y Humanidades con orientación en Filosofía Social y Política (Universidad Nacional de Quilmes). Doctorando en Filosofía (Universidad Nacional del Nordeste).  
arielhlugo@hotmail.com  
ORCID: 0000-0003-1872-7921



# La relación entre el derecho económico y el análisis económico del derecho

## The Relationship Between Economic Law and the Economic Analysis of Law

Gloria del Carmen Calderón De los Santos<sup>1</sup>

### Resumen

En el devenir histórico, la intervención estatal en la economía es resultado de la búsqueda de la solución al problema de la escasez de recursos para satisfacer necesidades cada vez mayores, lo que ocasiona que su actuación varíe según el modelo económico vigente.

En los sistemas neoliberales, la ausencia de una intervención directa del Estado en la economía —visión actual, predominante a nivel mundial y compartida por el Perú— ha originado el análisis económico del derecho, propulsor de la aplicación del método, y conceptos de la economía al derecho. En un modelo de corte neoliberal, el Estado continúa siendo el garante de la seguridad económica de todos los ciudadanos, debiendo para ello basarse en criterios de economicidad y simplificación en el contexto de un mercado de libre comercio; para cuyo efecto requiere que el derecho económico lo guíe durante la formulación de políticas económicas que procuren la adopción de compromisos nacionales.

La presencia simultánea de ambas disciplinas requiere que cada una sea analizada, para establecer si existe una verdadera semejanza o si, por el contrario, son diferentes y tan solo nos hallamos frente a una apariencia que puede generar dificultades para el logro de sus fines.

**Palabras clave:** derecho económico - análisis económico del derecho - economía - Estado - necesidades.

### Abstract

In the course of history, State intervention in the economy is the result of the search for a solution to the problem of the scarcity of resources to satisfy ever increasing needs, which causes its actions to vary according to the economic model in force.

In neoliberal systems, the absence of direct State intervention in the economy —current vision, predominant worldwide and shared by Peru— has originated the economic analysis of law, promoter of the application of the method and concepts of economy to law. In a neo-liberal model, the State continues to be the guarantor of the economic security of all citizens, which must be based on criteria of economics and simplification in the context of a free trade market, for which purpose it requires economic law to guide it during the formulation of economic policies that seek the adoption of national commitments.

The simultaneous presence of both disciplines requires that each one be analyzed, to establish whether there is a real similarity or whether, on the contrary, they are different and we are only facing an appearance that can generate difficulties for the achievement of their goals.

**Keywords:** economic law - economic analysis of law - economy - State - needs.

### Derecho/ artículo científico

Citar: Calderón De los Santos, G. (2022). La relación entre el derecho económico y el análisis económico del derecho. *Omnia. Derecho y sociedad*, 5 (2), pp. 25-42.

<sup>1</sup> Universidad Nacional Mayor de San Marcos

## INTRODUCCIÓN

A pesar de la existencia de la íntima relación entre el derecho y la economía, mientras la base del derecho está constituida por los principios económicos en función del bienestar general, la economía recurre al derecho para enmarcar sus propuestas, de una manera pragmática y en beneficio suyo, desde la perspectiva de la utilidad a favor de la propiedad privada.

Antes de emitir una norma, el derecho analiza la realidad a la que se aplicará y, como parte de esta, requiere conocer el fenómeno económico que orienta el comportamiento de los individuos que se verán afectados por este dispositivo; en tanto la economía recurre al ordenamiento jurídico, para formular soluciones factibles a los problemas económicos que se suscitan en la sociedad, con la particular diferencia de que sus propuestas priorizan el aspecto económico colocándolo, muchas veces, por encima de los derechos de los ciudadanos.

En consecuencia, la relación entre el derecho y la economía ha motivado el nacimiento de dos disciplinas que se ocupan del estudio del comportamiento humano en el mercado, desde su propio enfoque:

Por un lado, tenemos al derecho económico, que aborda las normas e instituciones jurídicas que regulan la actividad económica y adopta un enfoque humanista, planteando que la actuación estatal debe caracterizarse por la búsqueda del bienestar social en sus regulaciones, proyectos, políticas económicas, síntesis de los intereses privados con los intereses públicos, procurando así el equilibrio en la sociedad.

Por otro lado, ha surgido el análisis económico del derecho, que ubica al ser humano como un sujeto que actúa según la racionalidad individual y sugiere la aplicación de la

metodología e instrumentos conceptuales de la economía al derecho, a fin de estudiar las disposiciones jurídicas desde la perspectiva de la pura eficiencia mercantil.

Pocos autores se han ocupado de examinar la vinculación que existe entre ambas disciplinas, sobresaliendo Gutiérrez (2012), quien al evaluar los elementos comunes y diferenciales del análisis económico del derecho y del derecho económico desde el punto de vista empresarial, plantea el desarrollo un marco complementario entre ambas disciplinas a fin de que los empresarios adopten sus decisiones.

Este planteamiento ha suscitado el interés por conocer mejor el derecho económico y el análisis económico del derecho, por lo que, en el desarrollo de este artículo, cada una de estas disciplinas será estudiada de manera concreta, con el objetivo de responder al interrogante: «¿La relación entre estas disciplinas es de semejanza o existen diferencias?».

## ROL DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

La vida en sociedad ha llevado al ser humano a desarrollar actividades productivas para satisfacer sus necesidades, aunque estas son infinitas y los bienes escasos. Ha propiciado que el Estado intervenga en la economía, realizando actividades empresariales o regulando la economía con medidas de control. No obstante, la participación directa de Estado ha quedado en el pasado, debido al auge del modelo de libre mercado, reservándole el papel de regulador de la libre competencia, mediante mecanismos legales que protejan a productores y consumidores, e incluso creando órganos reguladores especializados.

Esta nueva visión ha hecho que los más connotados economistas mundiales planteen el «análisis económico del derecho», consis-

tente en aplicar la economía a aquellas normas jurídicas que no regulan directamente aspectos del mercado (Gutiérrez, 2001, p. 14), cuyo origen data del año 1990, momento en que el consenso de Washington «se substanció en un conjunto de recomendaciones de política económica para países emergentes» en forma de paradigma de la economía capitalista (Ramírez, 2010, pp. 910).

Este consenso fue criticado severamente por Joseph Stiglitz, Premio Nobel de Economía 2001 y exvicepresidente del Banco Mundial, quien sostuvo que su aplicación causó un fracaso sin precedentes, porque tanto esta entidad como el Fondo Monetario Internacional persistían en el error en las políticas económicas y el apego al dogma neoliberal.

El Estado, para satisfacer las necesidades de la población, debe legislar considerando los aspectos económicos de la vida en sociedad y sopesando el impacto de la nueva norma en la realidad a aplicarse; lo que, en técnica legislativa, se llama relación costo-beneficio, en la cual participan mediante las normas la regulación del comportamiento social, el ejercicio del poder punitivo y la limitación de la participación estatal en la economía. (Villegas, 2001, pp. 5).

La satisfacción de las necesidades públicas requiere de la legislación y de reformas políticas, tal como lo sostuvo el Banco Mundial en el *Informe sobre el desarrollo mundial* (1997), entidad que precisa de la amplitud y de la complejidad de la acción estatal, dentro de la cual se encuentra la regulación de los mercados (p. 30).

La estrecha relación entre derecho y economía es más nítida cuando las posibilidades de desarrollo se rigen por la competencia. Y el mercado es un factor decisivo en la vida de la nación, a tal punto que el Estado debe legislar conforme a la fuerte influencia de la economía en la vida nacional.

Aguilar (2006) admite que las nuevas reglas de la economía obligan a considerar a más actores dentro de las decisiones, por lo que señala que «la formulación de varias políticas sociales y servicios públicos incluyen la responsabilidad del Gobierno, la acción y la participación de agentes económicos y sociales diversos» (p. 84).

El proyecto neoliberal que rige la economía mundial postula que es necesario un ajuste en las relaciones Estadosociedad, solo para adecuar estas relaciones al nuevo momento, descrito por Dagnino et al. (2006) como «de acumulación capitalista, marcadas por su reconfiguración en el ámbito global» (p. 59).

A decir de Payne (1999), «está surgiendo una nueva visión en la que el Estado y el mercado ya no se ven como mecanismos diferenciados y en conflicto, sino como socios complementarios en el proceso de desarrollo» (p. 120).

La economía y el derecho no pueden ignorar las reglas del mercado. Mientras la economía las estudia y determina sus leyes, el derecho debe ajustar sus disposiciones a estas. Sin embargo, la relación entre economía, derecho y mercado es compleja, tal como lo detallan algunos autores como Furió Blasco (2005), quien resalta que el proceso de socialización, la cultura y las instituciones condicionan las expectativas futuras de las personas y orientan su comportamiento, lo que quiere decir que es la sociedad la que establece las reglas del mercado.

Colona (1992) hace un interesante análisis del objeto de estudio de la economía al distinguir la «economía positiva», que estudia el funcionamiento de la economía en su campo de acción, y la «economía normativa», cuya función es establecer disposiciones en función de la economía positiva y en juicios de valor, a partir de lo cual el Estado establece las

políticas a seguir en materia económica (p. 2). De acuerdo con ello, al Estado le corresponde el papel de regulador, vigilando la sana competencia y la colaboración de los agentes de acuerdo con las políticas, las cuales deben responder a la realidad económica y social del país, de modo que las actividades económicas se lleven a cabo dentro de los cauces fijados y en función de las metas establecidas (Ramírez, 2010, p. 15)

### La Constitución económica

Es tal la importancia de la economía en la vida nacional de un país, que la Constitución política del Perú dedica a este tema el Título III, en su Capítulo I, al referirse al régimen económico.

Dicho capítulo ha sido llamado la «Constitución económica», por representar el marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica, donde se define el orden económico y se establecen normas que serán parámetros para la acción de los operadores económicos. El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 00082003AI/TC, la considera como el conjunto de «normas orientadas a establecer las pautas básicas sobre las que debe fundarse el régimen económico de una sociedad», o bien como aquellas «disposiciones que suponen el establecimiento de un plexo normativo que tiene como finalidad configurar el ámbito jurídico en el cual se desarrollará la actividad económica de nuestro país» (Tribunal Constitucional, 2003).

En sus principios generales, el artículo 58 señala: «La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura».

La carta magna define el tipo de economía que debe regir en el país, señalando seguidamente en el artículo 59 que el Estado «estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades».

Como observamos, el Perú adopta un sistema de economía libre de mercado, donde el Estado se caracteriza por:

- Renunciar a competir con los particulares en la actividad económica, absteniéndose de crear y administrar empresas (salvo subsidiariamente), y de participar en la formación de los precios; sin dejar de resguardar a los consumidores, en calidad de actores más débiles del mercado.
- No buscar el bienestar de todos; sino, al asumir el rol de garante de la seguridad económica de todos los ciudadanos, garantizar que estos puedan alcanzarlo.
- No crear riqueza, sino facilitar su creación por parte de los particulares, tutelando que el mercado funcione, y que cumpla su función de distribución.

El contenido de este capítulo también se halla referido al pluralismo económico, la libre competencia, la libertad de contratar, la inversión nacional y extranjera, la tenencia y disposición de moneda extranjera y la protección al consumidor, asuntos ineludiblemente vinculados a la economía.

Los temas tributario y presupuestal, así como los contratos estatales, las licitaciones públicas y el sistema monetario están considerados en la Constitución.

## **Derecho económico**

Se halla en función de la política económica, porque demanda una intervención del Estado en la economía selectiva o integral, según la fuerza o articulación de los grupos que controlan alternativamente el poder público. A continuación, revisaremos sus diversas definiciones.

### **Definiciones**

a) Definiciones que concentran el derecho dentro del espíritu de la economía:

- Según Hedemann (1943), «... El derecho económico viene a ser el derecho de la economía política. su fundamento está en la necesidad de someter la economía a un orden planificado, lo cual solo puede hacerse con un ordenamiento jurídico» (p. 279).
- Olivera (1981) afirma: «Es el sistema de normas jurídicas que, en un régimen de economía dirigida (marco institucional), regula las actividades del mercado (objeto), de las empresas y otros sujetos económicos (sujeto), para realizar metas y objetivos de la vida económica (finalidad)» (pp. 2021).
- Quadri (1980) lo considera como el «conjunto de normas que regulan la acción del Estado sobre las acciones del sistema económico y las relaciones entre los agentes de la economía» (p. 10).
- Witker (2014) considera que las normas de derecho público y de carácter económico se introducen en el derecho (p. 6).
- Serra (1996) lo concibe como «el conjunto de estructuras, valores, normas, procedimientos, medidas técnicas y jurídicas de la economía organizada, del desarrollo económico y social de un país, que formula el Estado para la realización y dirección de su política económica» (pp. 9394).

b) Definiciones que incorporan los fenómenos o fases de la actividad económica:

- Munera (1963) postula el concepto de que «el derecho económico es el conjunto de principios y de normas jurídicas que regulan la cooperación humana en las actividades de creación, distribución, cambio y consumo de la riqueza generada por un sistema económico» (p. 149). De esa forma, prescinde del término circulación y agrega como etapa económica al cambio, entendiéndolo como el hecho jurídico que permite el traspaso de los bienes de un patrimonio a otro patrimonio, a través de figuras jurídicas tales como la compraventa, la donación, la permuta, el comodato, etc.
- Sánchez (1995) precisa que «el derecho económico es el conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas a que dan lugar la producción, circulación, distribución y consumo de las riquezas» (p. 20).

c) Definiciones conciliatorias de los intereses públicos y privados:

- Savy (1972) expresa que «es el conjunto de reglas tendientes a asegurar en un momento y en una sociedad un equilibrio entre los intereses particulares de los agentes económicos privados, los de los agentes públicos y el interés general» (p. 6).
- En opinión de Zavala y Morales (2014), las normas y principios jurídicos reguladores de la economía «de los agentes privados y del Estado, permiten a este alcanzar objetivos que se ha propuesto en el diseño de sus políticas económicas, dentro del contexto de las reglas que configuran el orden público económico» (p. 8).
- A decir de Zúñiga (2008), «... constituye el marco regulatorio de las actividades que realizan en el medio circundante los sujetos

económicos, tanto público como privado, dentro de un sistema económico determinado» (p. 18).

- Huber (1953) lo conceptúa como «el conjunto de estructuras y medidas jurídicas con las cuales, utilizando facultades administrativas, la administración pública influye en el comportamiento de la economía privada» (p. 8).
- Radbruch, citado por Witker (2014), indica que es el «derecho regulador de la economía mixta que tiene por finalidad conciliar los intereses generales protegidos por el Estado, por un lado, y los intereses privados por otro» (p. 5).
- De Queiroz (1982) considera que las normas y principios tienen una función organizativa que aporta disciplina y control a la acción económica del Estado y de los agentes económicos (p. 27).
- Olivera (1981) considera que el derecho económico es un «sistema de normas jurídicas que, en un régimen de economía dirigida, regula las actividades de mercado de las empresas y otros agentes económicos para realizar metas y objetivos de política económica» (p. 24).

Estos tipos de definiciones dotan al Estado de un poder directivo, atribuyen su contenido a normas de derecho público y de carácter nacional, concilian los intereses generales y los privados, para resguardar a los sectores sociales débiles. Concluyen que, en el derecho económico, las normas y principios jurídicos regulan la actividad económica de los agentes privados y son impuestos por el Estado a su propio accionar economicopolítico, posibilitándole alcanzar sus políticas económicas orientadas a la obtención al bienestar general, en el ámbito de las reglas que configuran el orden público.

## Sujetos

Agentes económicos, independientemente de su naturaleza jurídica o patrimonial, intervinientes en la producción, distribución, circulación y consumo de los bienes y servicios.

- a) En el derecho económico público, su sujeto es el Estado, que establece lineamientos generales de política económica y actúa de manera subsidiaria como empresario o prestador de servicios en el mercado.
  - Como director y rector, actúa como depositario de los intereses globales del sistema y no como un extraño a la propia sociedad. Ejerce sus funciones frente a los ciudadanos que deben acatar las normas establecidas en las garantías individuales, propias de un Estado de derecho.
  - El Estado, en calidad de empresario, puede ser poseedor o administrador de empresas, en circunstancias en que la actividad privada se abstenga.
- b) En el derecho económico privado, su sujeto es el empresario, quien fabrica, obtiene y distribuye bienes y servicios en el contexto de la globalización, y penetra en distintos mercados para satisfacer las necesidades de los consumidores.

## Objeto

Desde la óptica de la regulación, el objeto se vincula al funcionamiento y al desenvolvimiento de la actividad económica de los particulares, como partícipe social y de las demás unidades económicas. A continuación, las opiniones de algunos autores acerca de qué constituiría el objeto del derecho económico:

- Moore (1961) considera que su objeto es «la regulación de la actividad económica

de los particulares y demás entes económicos» (p. 23).

- Munera (1963) afirma que es «el conjunto de principios y de normas jurídicas que regulan la cooperación humana en las actividades de creación, distribución, cambio y consumo de la riqueza» (p. 152).
- Desde el punto de vista de Leguizamón (2002) el derecho económico tiene como objeto transformar al derecho y a la economía en cuerpos interdisciplinarios, orientados a satisfacer las necesidades sociales en forma eficiente y eficaz, de allí la importancia del conocimiento del orden jurídico en su relación con la economía para el uso racional de los recursos. En ese sentido, Leguizamón se refiere a

... Convertir al derecho y a la economía en instrumentos interdisciplinarios que estén a disposición y al servicio exclusivo de la sociedad, y que por medio ellos los fines y los objetivos individuales de una y otra ciencia se integren para lograr la satisfacción de las necesidades de una manera eficiente y eficaz. Estudiar el orden jurídico vigente con miras en la ciencia económica con el fin de maximizar los beneficios de la sociedad, en concordancia con los principios orientadores de la equidad y la justicia; y tratar de conseguir el equilibrio del sistema económico y la maximización racional de las utilidades dentro de un marco de mejoramiento continuo de la calidad de vida de la población. (Leguizamón, 2002, p. 20)

Según estas afirmaciones, se concluye que su objeto es el conjunto de normas que regulan las actividades del mercado donde convergen los sujetos económicos.

### **Características**

El derecho económico se caracteriza por las siguientes particularidades:

- a) Humanista: su eje es el ser humano, que no puede ser desconocido ni concebido como un objeto. Su origen y desarrollo se realizan respetando los derechos de los miembros de la sociedad.
- b) Dinámico: por la globalización, las normas evolucionan constantemente, según la coyuntura o los cambios en las políticas económicas propias de cada sistema. Su vocación transformadora y de justicia social la hace una disciplina flexible, accesible y coincidente con la equidad.
- c) Complejo: el fenómeno económico abarca actividades donde intervienen ramas del derecho público y privado; tales como el derecho civil, el derecho mercantil, el derecho empresarial, el derecho administrativo, el derecho constitucional, el derecho internacional, el derecho penal; etc.
- d) Nacional e internacional: será nacional si sus normas se restringen a este ámbito; en cambio, adquiere carácter internacional si sus normas trascienden el territorio del país, como sucede con los dispositivos del Fondo Monetario Internacional (FMI), la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), entre otros organismos.
- e) Concreto: su fundamento constitucional y sus normas legales son aplicables a relaciones económicas generadas en el ámbito nacional y regional. Ambas aluden a la naturaleza concreta de una actividad económica, centrándose en los campos específicos de la actividad económica.
- f) Multidisciplinario e interdisciplinario: el carácter multidisciplinario se manifiesta en la posibilidad de estudio, desde diferentes

áreas del conocimiento humano, que no necesariamente son jurídicas. En cuanto a la interdisciplinariedad, las normas de contenido económico, como resultado de la síntesis de la economía y el derecho, exigen un planteamiento fundamentalmente realista y sociológico.

Así, una norma que devalúa la moneda no puede verse solo como una medida que fomenta exportaciones, sino como una decisión de política económica que expropia a los sueldos y salarios de las mayorías, y afecta los ingresos para educación, vivienda, salud y alimentación. (Calva, 1993, p. 23)

g) Tiene enfoque macroeconómico y microeconómico: desde la perspectiva macroeconómica, se dedica a los agregados y variables que explican los grandes equilibrios de una economía. Los responsables de dirigir la política económica poseen injerencia sobre determinados agregados económicos, y han de encaminarlos según las metas fijadas para ciertos objetivos, cuya consecución debe conducirse al mejoramiento del bienestar económico de toda la sociedad.

En el supuesto de las políticas microeconómicas, estas representan las actuaciones de las autoridades, que influyen o alteran la adopción de las decisiones de las unidades económicas individuales (empresas o consumidores), motivando la modificación de la asignación de recursos. Así, tenemos el establecimiento de impuestos sobre ciertos productos para desincentivar el consumo, las sanciones legales y otras medidas similares que afecten a productores o consumidores.

h) Es un instrumento para el cambio social: actúa como mecanismo democratizador que humaniza la economía de mercado, asignando al Estado una tarea reguladora

del proceso económico. Salvaguarda los intereses nacionales, protege a los consumidores y empresarios, resguarda el empleo productivo, incentiva la expansión de industrias nacionales y procura una transformación productiva que suscite un crecimiento económico sustentable con equidad y justicia social.

i) Está compuesto por una variada jerarquía normativa: confluyen en él normas legales con otras provenientes del Poder Ejecutivo, y otras normas nacidas de órganos autónomos.

### **Clasificación subjetiva**

a) Derecho económico público

Su elemento subjetivo fundamental es el Estado como sujeto de derechos y obligaciones: recauda impuestos, efectúa gastos, asume la legislación presupuestaria, suministra bienes y servicios públicos a la ciudadanía, emite moneda, regula la actuación del mercado y, por medio de su política económica, ejerce injerencia en el comportamiento económico del país, procurando el equilibrio en la sociedad y sintetizando los intereses privados con los intereses públicos de dirección. Para satisfacer las necesidades, el Estado debe legislar, según los aspectos económicos de la vida en sociedad, para lograr el crecimiento económico, buscando la justicia social y el bienestar social.

En casos específicos de abstención de los particulares, se convierte en empresario.

Abarca el derecho administrativo económico, el derecho constitucional económico, el derecho internacional económico y el derecho penal económico.

b) Derecho económico privado

Su sujeto es el empresario dedicado a la fabricación, obtención y distribución de bienes y servicios, para la satisfacción de las necesida-

des de los consumidores en el mercado. Aquí se distinguen el derecho civil, el derecho comercial y el derecho empresarial.

### Fines

El derecho económico contempla los siguientes fines a alcanzar:

- Organizar la economía macrojurídica a nivel nacional e internacional. En este último caso, se vale del alcance internacional de las normas expedidas por el FMI, la OMC y la OCDE.
- Dotar al Estado de un poder regulador eficiente de la libre competencia y combatir todo abuso de posiciones dominantes o monopólicas.
- Proteger a los consumidores, esto es, la parte más débil de las relaciones que surgen en el mercado.
- Incentivar los mecanismos del mercado.
- Buscar conciliar intereses generales con los privados nacionales o extranjeros, orientándolos a la protección de los sectores débiles de la sociedad.

## ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED)

### Antecedentes

Su aparición se remonta a la década de los años 60, en los Estados Unidos. Ronald Coase y Guido Calabresi pueden considerarse sus fundadores.

«A partir de sus estudios, Coase elaboró el concepto de ‘costos de transacción’, que explica cómo funciona el derecho con relación a los mercados, y cuándo la decisión legal puede solucionar un problema y cuándo no» (Anglas Castañeda, 2008).

Ronald H. Coase, iniciador del estudio del análisis económico del derecho por su «teore-

ma de Coase» (1960), afirma que cualquier sistema de asignación de precios tiene un coste y que es posible hacer un análisis económico de las reglas, las formas organizativas y los métodos de pago. Descubrió y clarificó el significado de los costes de transacción y los derechos de propiedad para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía.

Douglass C. North, pionero del neoinstitucionalismo, renovó la investigación de la historia económica aplicando la teoría económica y los métodos cuantitativos para explicar la evolución y el desarrollo económico e institucional, a partir del concepto de institución como clave explicativa.

Richard A. Posner, economista, magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos (19932000) y líder de esta disciplina, investigó la aplicación de la teoría económica a campos jurídicos como la legislación antimonopolista, la regulación de los contratos mercantiles y el procedimiento judicial. Para él, la ley se explica mejor bajo el supuesto de que los jueces tratan de promover la eficiencia económica y la maximización de la riqueza como objetivo de la política legal y social.

En el Perú, Bullard es uno de los más destacados representantes del análisis económico del derecho, quien sostiene que el AED permite predecir o presumir la conducta humana, fundamentando tal afirmación en el hecho de que las personas actúan por motivaciones que las llevan a buscar lo que les conviene y a rechazar aquello que las puede dañar.

Este autor lleva sus análisis a un extremo en el que, desde nuestro punto de vista, la economía se superpone al derecho, hasta cierto punto suplantándolo, desde una visión neoliberal a ultranza, privilegiando supuestos que trastocan los valores propios de derechos fundamentales; al punto que, desde su perspectiva, por ejemplo, los contratos privados podrían

contener una cláusula exorbitante a favor del vendedor, no obstante que señala que respecto a este tipo de contratos las cortes dieron la razón a los compradores. Como consecuencia del caso citado, señala:

Varios años después un conjunto de economistas estudió el efecto de la decisión. La tienda había desaparecido, al igual que otras tiendas similares que ofrecían condiciones similares. Los pobres habían visto reducidas sus opciones a acceder a productos baratos con créditos blandos (...). (Bullard, 2009, p. 59)

Se basa en el convencimiento de que el sujeto hace un cálculo absolutamente racional de costobeneficio frente a las situaciones sociales; aunque esto es una ficción, puesto que, en la valoración para la toma de decisiones, múltiples factores subjetivos y objetivos entran en juego y no solo una aparente intención de «sacarle la vuelta» a la norma para obtener un beneficio.

Desde esta óptica, el enfoque del análisis económico del derecho se orienta a evaluar la forma en que la Administración pública actúa según la relación costobeneficio, es decir, teleológicamente, para resolver necesidades sociales.

Al analizar el Estado intervencionista, Bustos (1989) sostiene que el Estado liberal es perfecto solo en apariencia, puesto que lleva dentro de sí múltiples contradicciones y tensiones dinamizadas por la posesión/no posesión de los medios de producción, las desigualdades y la dependencia, entre otros factores.

## Concepto

El análisis económico del derecho (AED) parte de la analítica y utiliza la economía para luego aplicarla al derecho, tal como se aprecia en lo sostenido por algunos autores:

- Torres (2007) postula que el AED, como método de interpretación del derecho, procura la eficiencia de las instituciones jurídicas al aumentar la rentabilidad de los resultados cuando los recursos son escasos o maximizar los beneficios disminuyendo los costos, mediante el estudio de los incentivos o desincentivos.
- Posner (2002) afirma que es posible lograr la eficiencia económica del derecho en general a través del AED. Sostiene que «... Ninguna fuente del derecho está al margen del análisis económico del derecho» (p. 66). Asimismo, sostiene que el AED

... tiene aspectos heurísticos, descriptivos y normativos. En el aspecto heurístico, busca mostrar coherencias subyacentes en las doctrinas e instituciones legales. En su modo descriptivo, busca identificar la lógica económica y los efectos de las doctrinas e instituciones y las causas económicas del cambio legal. Y, en su aspecto normativo, asesora a los jueces y a otros creadores de políticas con respecto a los métodos más eficientes de regular las conductas a través del derecho. (Posner, 2005, p. 9)

- De acuerdo con Vázquez (2000), «el AED puede aplicarse a cualquier área del derecho, y para cualquier tipo de conducta humana puesto que el mercado juega un papel relevante tanto en contextos comerciales como no comerciales» (p. 159).

Al referirse al análisis económico del derecho, Merino (2008) señala que «el pensamiento economicista se ha ido difundiendo en todo nuestro sistema jurídico» (p. 2).

En opinión de Coloma (1999) el AED está comprendido en la microeconomía, siendo su tarea el analizar la función de las leyes que rigen el funcionamiento del mercado, el com-

portamiento de los agentes económicos y sus efectos en los precios desde los puntos de vista positivo y normativo.

Concordamos con este autor, en el sentido de que no resulta forzoso que el ámbito de estudio del análisis económico del derecho se restrinja a las normas del derecho económico; ya que puede extenderse a aquellas normas que se refieren a las actividades de las empresas comerciales e industriales, que forman parte del derecho comercial.

El enfoque económico de la acción considera que los sujetos deciden frente a variables del mismo valor, distintas u opuestas; pero relacionadas entre sí.

La acción conlleva responsabilidad. Si la acción causa un resultado, se establece una relación de costobeneficio, donde el sujeto decide según lo que le costaría llevar a cabo un acto y lo que le costaría no hacerlo.

El derecho tiene un sentido axiológico, da valor a los bienes jurídicamente protegidos al que alude el sentido de las normas, colocando al sujeto en una situación de valoración para su cumplimiento o trasgresión, ya que cualquiera fuera su decisión, deberá asumir un costo. Mientras tanto, la economía busca la asignación eficiente de los recursos.

El análisis económico del derecho trasciende las relaciones entre y con los agentes económicos, para informar sobre situaciones vinculadas a normas que influyen en la asignación de recursos escasos para la satisfacción de necesidades. De ello se deriva que los individuos, como miembros de una sociedad, deben tomar decisiones de relación costobeneficio frente a ciertas situaciones jurídicas, y que el Estado debe legislar con criterio axiológico y económico, estableciendo el valor de la norma (en cuanto beneficio de carácter general), así como determinando el costo económico de no legislar en ese sentido.

Este enfoque, aparentemente, resulta frío y calculador, ya que podría pensarse que el derecho y el bienestar de cierto grupo es afectado por la norma, cuando en realidad de lo que se trata es que los costos del no sacrificio pueden resultar mayores para el resto de las personas pertenecientes a ese grupo.

En ese sentido, Cachanosky (1998) desconoce el carácter independiente tanto del derecho como de la economía, indicando que son las dos caras de una misma moneda, sustentando su afirmación en el hecho de que «el mercado no es otra cosa que intercambio de derechos de propiedad y esto requiere de contratos y, por lo tanto, de un sistema legal que facilite o entorpezca estos contratos. O, en otras palabras, de un sistema legal que potencie o debilite el intercambio» (p. 20).

Por tanto, el análisis económico del derecho postula la aplicación del método matemático de la economía al derecho, para maximizar beneficios al menor costo, aunque ello implique que una norma afecte los derechos y bienestar de cierto grupo; mientras que los costos del no sacrificio sean mayores para el resto de personas. Muestra un marcado corte utilitarista respecto a la aplicación de la premisa «análisis de costobeneficio» derivada de ideas planteadas por Bentham, quien afirmaba que toda la gente, todo el tiempo y en todas sus actividades, basa sus acciones (palabras y pensamientos) en dicho principio, asimilando el costo al dolor y el beneficio al placer.

### **Características del análisis económico del derecho**

- a) Aplica las teorías y métodos de la economía al sistema legal. En opinión de Alfaro (2002), «... Según la triada maximización-mercadoeficiencia (enfoque costo beneficio social), se busca maximizar la eficiencia

de los recursos en un mundo de bienes y servicios escasos, para reforzar, corregir o completar el argumento legal» (p. 316).

- b) Afirma que las instituciones jurídicas deben entenderse con argumentos legales y considerando sus efectos económicos sobre la sociedad.
- c) Para De Trazegnies (1995), «su principio básico consiste en que el costo de diluir los daños económicos del accidente debe pasar a formar parte del costo de determinado bien o servicio que pudiera ser ofrecido con menos riesgo» (pp. 79 y 61).
- d) El nexo fundamental entre derecho y economía es la eficiencia; ya que, al afrontar el problema de la escasez de recursos y su asignación, ambas buscan siempre una solución socialmente eficaz.
- e) Renueva los conceptos jurídicos, si satisfacen el objetivo de la eficiencia de la práctica jurídica.
- f) Identifica tres tipos de costes en la responsabilidad civil:
  - El «primario», consistente en la reducción del número y la gravedad de los accidentes, a alcanzar con la prevención general (o método de mercado) y la específica (o método colectivo).
  - El coste «secundario», que afecta a los costes sociales derivados, que se logran a través de los métodos del riesgo y de la buena bolsa.
  - El «terciario» referido a la administración del tratamiento de los accidentes, cuyo objetivo es reducir los costes primario y secundario.
- g) Complementa el razonamiento jurídico, combinando la lógica deductiva y el empirismo.
- h) De acuerdo con Torres (1987), «... No hay aspecto de la vida humana que no pueda ser incluido en el análisis económico» (p. 26).
- i) El enfoque económico gira con base en el análisis de los efectos de las leyes, el com-

portamiento maximizador, el equilibrio de mercado y la estabilidad de las preferencias de los individuos: «... el derecho debe garantizar la seguridad y la libertad del mercado, y si la inconsistencia de este muestra «fallos» que enmendar, el Estado tendrá que corregirlos a través del mecanismo coercitivo del derecho» (Torres, 1987, p. 27).

Sobre el fin del análisis económico del derecho, por lo general, se ha considerado que su objetivo es brindar un método moderno para comprender el derecho, desde un enfoque nuevo, consistente en vincular la ciencia jurídica con fenómenos sociales económicos inherentes a la actividad empresarial de personas naturales o jurídicas. Bajo esa premisa, esta disciplina pretende convertir las conductas humanas en conductas económicas; ya que, frente a la escasez de recursos, el agente económico actúa buscando maximizar su utilidad, sin alterar sus preferencias.

Lo que persigue es evitar que los sistemas jurídicos, a la hora de legislar generen desperdicios. Y desperdiciar en una sociedad donde los recursos son escasos, es injusto. Lo que se busca es, por tanto, un derecho que, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un derecho eficiente, es decir, un derecho que, ante el uso inadecuado de los recursos, cree incentivos de conducta correctas para lograr su fin. (Bullard, 2009, p. 2931)

## RELACIÓN ENTRE DERECHO ECONÓMICO Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

A continuación, esclareceremos la verdadera relación de estas disciplinas, para advertir si existe similitud o si es una apariencia que puede originar efectos adversos a la consecución de sus objetivos.

El derecho económico se ha originado como un subconjunto normativo que regula, disciplina y ejecuta la política económica y la planificación, a fin de alcanzar el desarrollo que equilibre las necesidades sociales ilimitadas frente a recursos materiales escasos.

Cuando estamos frente a sistemas socialistas, se requieren normas administrativas y económicas totales que dotan al derecho económico de una función hegemónica, confundiendo con el derecho de la planificación, convirtiéndolos en sinónimos. De esto fluye la concepción de derecho económico como un sistema de normas jurídicas que, en un sistema de economía dirigida, regula las actividades de mercado, de las empresas y de otros agentes económicos; actividades destinadas a realizar metas y objetivos de política económica, donde implícitamente se halla la clara intervención del Estado en la actividad de los mercados, influenciando sus decisiones y comportamientos en caso de que estos carezcan de dichas regulaciones.

A diferencia de ello, en un Estado de derecho, el derecho económico es el derecho de dirección, de mando que se vincula al ámbito del derecho público, sin desconocer su incidencia normativa en áreas del derecho mercantil, «sintetizando los intereses privados (en cuanto agentes que cumplen actividades económicas no estrictamente individualistas) con los intereses públicos de dirección» (Grau, 1978, p. 30).

En la esfera privada, el derecho económico se encarga de registrar los controles, licencias y técnicas empleadas por el Estado para regular a las empresas que, si bien son reglamentadas por el derecho comercial o mercantil, le corresponde al poder público normarlas y controlarlas. El derecho económico público alude a aquellas normas que reglamentan la actuación de las personas estatales en la actividad económica.

Por su parte, el análisis económico del derecho nace a raíz del estudio estructural del derecho y la economía, dejando de lado al ser humano como su eje central. Estudia las normas a la luz de la eficiencia mercantil, colocando al ser humano como sujeto que actúa bajo racionalidad individual. A decir de Witker (2014), «... Los valores humanos se relativizan a preferencias que buscan satisfacer necesidades económicas y materiales lejos de utopías nacionales o regionales. Los actores privados son motivados exclusivamente por el deseo de maximizar su propio interés económico» (p. 43).

El mercado constituye la premisa básica del análisis económico del derecho, donde el derecho asume dos funciones:

- a. Brindar las condiciones indispensables para una transacción efectiva. Así, por ejemplo, los jueces y tribunales deben maximizar la eficiencia mercantil, desde todo punto de vista.
- b. Reparar las fallas del mercado, removiendo los obstáculos del intercambio, como sucede con las leyes de libre competencia y las regulaciones estatales.

Como se observa, la validez de las normas y la distinción entre el mundo del ser y del deber ser, propios de nuestra tradición jurídica romana germánica, quedan de lado. Similar situación se presenta con la relación entre el derecho y la moral, que es rechazada por el análisis económico del derecho.

Este divorcio entre el derecho y la moral, propuesto por el análisis económico del derecho, ha sido cuestionado por algunos doctrinarios, quienes reconocen que, en el ejercicio del derecho, deben prevalecer los valores frente al deseo de lograr la eficiencia del mercado.

Que la equidad y la eficiencia puedan resultar compañeros de viaje en la empresa común de construir una mejor sociedad, qué

duda cabe. Pero no es a partir de una relativización de los valores ni de una especie de concepción del derecho como guardián del mercado como se logrará ese propósito. La equidad y la justicia deben prevalecer sobre la eficiencia y el mercado cuando lo que se pone en juego es la autonomía y la dignidad de las personas (...). (Vázquez, 2000, pp. 152)

Una sociedad desprovista de valores como la solidaridad y la igualdad tiene escasas posibilidades de construir un tejido social apropiado para un Estado democrático de derecho. Por el contrario, dejar el mercado en manos de los agentes económicos, cuya finalidad es el lucro, trae como consecuencia la difícil situación que actualmente viven las sociedades, donde el neoliberalismo ha «sentado sus reales».

En el Perú, por ejemplo, costó mucho trabajo que el Congreso aprobara el reglamento de la «Ley de la promoción de alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes», en cuya aplicación se ha previsto el uso de octógonos en las etiquetas de los envases de los alimentos procesados y bebidas no alcohólicas, que advierten sobre altos niveles de sodio, azúcar, grasas saturadas o grasas trans en su composición, porque los fabricantes ejercieron presión para evitarlo. Esa conducta puede interpretarse como el incentivo de los agentes por lograr mayores ganancias y su influencia en los legisladores, para maximizar sus ganancias. Es un hecho que permite observar que quien tiene el poder económico puede influir en el poder político, para lograr mantener o incrementar sus privilegios.

El análisis económico del derecho pretende apartar a toda la sociedad de la economía y entregársela a los agentes económicos, que tienen el poder para sobornar a autoridades con el fin de lograr leyes que los beneficien.

De lo expuesto inferimos que, en el derecho económico, la presencia del Estado en la actividad económica se halla provista de solidaridad y proyectos sociales o públicos; pues, aunque nos encontremos dentro de una economía de libre mercado, el Estado participa por medio de regulaciones, impuestos, protección, incentivos, compras, subsidios; etc. Por tal motivo se requiere que su actuación sea coherente y consistente en el tiempo, orientada por principios directrices que serán establecidos por el derecho económico, caracterizado por ser humanista y procurar el bienestar social antes del individual. A diferencia de ello, en el análisis económico del derecho se aprecia un nítido individualismo conductual y pragmático, totalmente aislado de valores y compromisos nacionales y sociales.

Finalmente, podemos afirmar que el análisis económico del derecho pretende aplicar el método objetivo y matemático de la economía al derecho, desconociendo que cada disciplina posee su propio método que, si bien es cierto que las diferencia, orienta su complementariedad recíproca ontológica.

Es distinto que se pretenda aplicar los instrumentos conceptuales de la economía al derecho, lo que significa que los agentes económicos basarán sus decisiones asignando a la ley la calidad de precio que estarían o no dispuestos a pagar, y que lo mismo ocurrirá con los consumidores —como lo preconiza el análisis económico del derecho—, que establecer preceptos conducentes al logro del bienestar social a través de una actuación congruente y consistente del Estado en materia económica, labor propia de la naturaleza humanista del derecho económico.

Resulta innegable el vínculo entre derecho y la economía, lo que se ha mostrado en la revisión y el replanteamiento de los modelos económicos que han realizado en conjun-

to. Sin embargo, aunque el análisis económico del derecho y el derecho económico son disciplinas que han nacido como consecuencia de dicho nexo, cada una de ellas concede al aspecto económico una prioridad distinta al formular sus propuestas. Esto representará una diferencia abismal entre ambas, ya que ello influirá en su propia visión del patrimonio público, elemento que ocupa un rol esencial para la sociedad, a causa de la necesidad de satisfacer necesidades comunes que respalden la unión de las personas y la presencia de políticas de convivencia entre ellas.

Por tanto, ambas disciplinas son distintas y no debemos dejarnos llevar por una apariencia que puede dificultar el cabal cumplimiento de sus respectivos fines.

El derecho moderno en el ámbito de la economía debe sustituir el concepto antiguo e individualista del valor utilidad por el «principio de utilidad», orientado a lograr «la máxima felicidad para el mayor número posible», concibiendo al derecho como un conjunto de conexiones sociales con un sentido de «utilidad comunitaria», sin menoscabar la utilidad personal.

Todo Estado debe procurar el bienestar común de la población, que encuentra su perfección en la generación de empleo productivo, elevados niveles de calidad de vida, educación y salud, siendo el mecanismo ideal para ello el reparto equitativo del ingreso. Para concretar este objetivo, estimamos que el análisis económico del derecho no es la vía idónea, sino que lo adecuado es la aplicación de la relación complementaria entre economía y derecho, materializada en el derecho económico.

El derecho económico favorecerá el mejoramiento de las políticas estatales y la generación de cambios sustanciales en la concepción real del Estado, orientando el estudio de las políticas públicas y económicas, y de las

instituciones, hacia el logro del bienestar y la igualdad en la sociedad, consolidando los intereses privados y los intereses públicos.

## CONCLUSIONES

1. Si bien es cierto que, dentro del modelo neoliberal, el Estado ya no interviene directamente en la economía, sí ejerce el papel de garante de la seguridad económica de todos los ciudadanos, participando por medio de diversas formas; tales como regulaciones, impuestos, protección, incentivos, compras, subsidios, entre otras. En este sentido, le corresponde legislar tomando en cuenta la firme injerencia de la economía en la vida nacional, buscando la justicia social y el bienestar, evidenciando así la clara e íntima vinculación entre derecho y economía.
2. El derecho económico es un conjunto de normas y principios jurídicos que regulan la actividad económica de los agentes privados, y que es impuesto por el Estado a su propio accionar economicopolítico, posibilitándole el logro de los objetivos formulados en sus políticas económicas orientadas a la obtención al bienestar general, dentro de las reglas que configuran el orden público.
3. Los sujetos de derechos y obligaciones del derecho económico son los agentes económicos que intervienen en la producción, distribución, circulación y consumo de los bienes y servicios. En tanto, su objeto se halla conformado por el conjunto de normas que regulan las actividades del mercado, donde convergen los sujetos económicos.
4. El derecho económico se caracteriza por ser humanista, dinámico, complejo, nacional e internacional, concreto, multidis-

ciplinario e interdisciplinario; poseer un enfoque macroeconómico y microeconómico; ser un instrumento para el cambio social; y estar compuesto por una variedad jerárquica normativa.

5. En función a los sujetos, el derecho económico se divide en derecho económico público y derecho económico privado.
6. En la década de los 60 surgió en Estados Unidos el análisis económico del derecho, disciplina que postula la aplicación del método matemático de la economía al derecho, con la finalidad de maximizar beneficios al menor costo, sin importar si una norma afecta los derechos y bienestar de cierto grupo, mientras que los costos del no sacrificio resulten mayores para el resto de personas.
7. Las principales características del análisis económico del derecho son: aplica las teorías y métodos de la economía al sistema legal, considera los efectos económicos de las instituciones jurídicas sobre la sociedad, propone que el costo de diluir los daños económicos se incluya en el costo de determinado bien o servicio que pudiera ser ofrecido con menos riesgo, sostiene que el nexo fundamental entre derecho y economía es la eficiencia, renueva los conceptos jurídicos, identifica tres tipos de costes en la responsabilidad civil, complementa al razonamiento jurídico con una combinación de lógica deductiva y empirismo, afirma que todo aspecto de la vida humana puede ser incluido en el análisis económico del derecho y su enfoque económico gira sobre la base de determinadas premisas.
8. En la relación entre el análisis económico del derecho y el derecho económico, encontramos una profunda distinción entre ambos. Mientras el primero postula la fría

aplicación del método matemático de la economía al derecho, para maximizar beneficios al menor costo —ignorando si una norma afecta los derechos y bienestar de cierto grupo, mientras que los costos del no sacrificio sean mayores para el resto—, la vocación humanista y el carácter de instrumento de cambio social del derecho económico guía al Estado para formular políticas económicas dirigidas a adoptar compromisos nacionales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, L. (2006). *Gobernanza y gestión pública*. Fondo de Cultura Económica.
- Alfaro Pinillos, R. (2002). Análisis Económico del Derecho. *Revista Jurídica Magistri Et Doctores*, VIII (02), pp. 317336.
- Anglas Castañeda, D. (2008). *Teoría del análisis económico del derecho*. <https://cvperu1.files.wordpress.com/2011/07/analisis-economico-del-derecho.pdf>
- BancoMundial(1997).*InformeSobreeeldesarrollomundial*. <https://documents1.worldbank.org/curated/en/701691468153541519/pdf/173000WDR0SPANISH0Box128708B00PUBLIC0.pdf>
- Bullard, A. (2009). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Palestra.
- Bustos Ramírez, J. (1989). *Manual de derecho penal*. Ariel Derecho.
- Cachanosky, J. (1998). Economía, derecho y el análisis económico del derecho. *Revista LaissezFaire*, (8), pp.1623. <http://www.hacer.org/pdf/Cachanosky00.pdf>
- Calva, J. (1993). *El modelo neoliberal mexicano*. Fontamara.
- Canavese, A. (2007). Temas en el análisis económico de los derechos de propiedad. *Re-*

- vista de *Economía Política de Buenos Aires*, 1 (31), pp. 3136.
- Coloma, G. (1999). *Apuntes para el análisis económico del derecho privado argentino*. Universidad del CEMA.
- Dagnino, E. (2006). Introducción: Para otra lectura de la disputa por la construcción democrática en América Latina. En Dagnino, E., Olvera, A. y A. Panfichi, *La disputa por la construcción democrática en América Latina*, pp. 1599. Fondo de Cultura Económica.
- De Queiroz Nogueira, J. (1982). *Derecho económico*. Editorial Forense.
- De Trazegnies Granda, F. (1995). *La responsabilidad extracontractual*. Fondo Editorial de la PUCP.
- Furió Blasco, E. (2005). *Los lenguajes de la economía*. <http://www.eumed.net/libros/2005/efb/>
- Grau Eros, R. (1978). Planeamiento económico e regla jurídica. *Revistas dos Tribunais*.
- Gutiérrez Ossa, J. (2012). Análisis económico del derecho y del derecho económico bajo revisión empresarial. *Opinión Jurídica*, 11, 21, pp. 117134.
- Gutiérrez Prieto, H. (2001). El análisis económico del derecho, perspectivas para el desarrollo del derecho económico. *Universitas*, 1 (15), pp. 1368.
- Hedemann, J. (1943). El derecho económico. Un dominio fundamental de la vida jurídica europea. *Revista de Derecho Privado*. Traducción de A. Polo.
- Huber, E. (1953). *Derecho administrativo*. J. C. B. Mohr.
- Leguizamón Acosta, W. (2002). *Derecho económico*. Ediciones Doctrina y Ley.
- Malpartida Castillo, V. (1996). *Introducción al derecho económico. Análisis económico del derecho y derecho al desarrollo*. Editorial San Marcos EIRL.
- Merino Acuña, R. (2008). ¿Recepción o resistencia? Americanización y *análisis económico del derecho en el Perú*. <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2008/Acuna.pdf>
- Moore Merino, D. (1961). *Derecho económico*. Editorial Jurídica de Chile.
- Munera Arango, D. (1963). *El derecho económico*. Editorial Imprenta Nacional.
- Olivera, J. (1980). *Derecho económico: conceptos y problemas fundamentales*. Editorial Macchi.
- Payne, M. (1999). Instituciones políticas e instituciones económicas: Nueva visión sobre las relaciones entre el Estado y el mercado. *Reforma y Democracia*. 13, pp. 117140.
- Posner, R. (2005). El análisis económico del derecho en el Common Law, en el sistema romanogermánico, y en las naciones en desarrollo. *Revista de Economía y Derecho*. 2, (7), pp. 716.
- Posner, R. (2002). Usos y abusos de la teoría económica. En Roemer, A. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*, pp. 6690. Fondo de Cultura Económica, ITAM y Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística.
- Quadri, G. (1980). *Derecho público de la economía*. Editorial CEDAM.
- Ramírez Vera, D. (2010). *Reflexiones sobre Estado y economía*. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales.
- Sánchez Ramírez, F. (1995). *Derecho administrativo económico*. Ediciones ÚNICA.
- Savy, R. (1972). *Derecho público económico*. Editorial Dalloz.
- Serra Rojas, A. (1996). *Derecho Económico*. Porrúa.
- Torres López, J. (1987). *Análisis económico del derecho: panorama doctrinal*. Editorial Tecnos.
- Torres Manrique, F. (2007). *Análisis económico del derecho*. <http://www.derechoycambio-social.com/revista010/analisis%20economico%20del%20derecho.htm>

- Tribunal Constitucional (2003). *Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC*. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>
- Vázquez, R. (2000). Comentarios a los fundamentos filosóficos del análisis económico del derecho de Robert Cooter. *Gaceta de Economía*. 5, (9), pp. 159174.
- Villegas, H. (2001). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Ediciones Depalma.
- Witker Velásquez, J. (2014). *Introducción al derecho económico*. Grupo Editorial Hess.
- Zavala Ortiz, J. y J. Morales Godoy. (2014). *Derecho económico*. Editorial Lexis Nexis.
- Zúñiga Romero, C. (2008). *Manual de derecho económico*. Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil.

### **Gloria del Carmen Calderón De los Santos**

Perfil académico y profesional: Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Magíster en Derecho de la Empresa y egresada del Doctorado en Derecho y Ciencia Política (UNMSM). gloria.cdls@gmail.com ORCID: 0000-0001-5248-8667



# Personas anómicas: sobre la falta de certeza y la subjetividad jurídica en tiempos de pandemia

Anomic Persons: On the Lack of Certainty  
and Legal Subjectivity in Pandemic Times

Helga María Lell<sup>1</sup>

## Resumen

Este trabajo problematiza el concepto jurídico de persona como centro de imputación de normas y obligaciones. Se lo asocia a la metáfora de la máscara teatral a la luz de los cambios normativos acaecidos en la pandemia por COVID19. El punto de partida es pensar la desintegración identitaria y social que resulta de un contexto de anomia en el que la sobreproducción normativa, de vertiginoso cambio y de inseguridad jurídica, genera un nuevo tipo de persona. Así, aquí se postula la noción de persona anómica como forma de resaltar el impacto del fenómeno jurídico sobre esta noción central en teoría general del Derecho.

**Palabras clave:** anomia - persona - sobreproducción normativa - seguridad jurídica - COVID19

## Abstract

This paper problematizes the legal concept of person as the center of imputation of rights and obligations. It is associated with the metaphor of the theatrical mask in light of the normative changes that have occurred in the COVID-19 pandemic. The aim is to think about the identity and social disintegration that results from a context of anomie in which normative overproduction, along with vertiginous change and legal insecurity, generate a new type of person. Thus, here the notion of anomic person is postulated as a way to highlight the impact of the legal phenomenon on this central notion in general theory of law.

**Keywords:** anomie - person - legal concepts - legal certainty- COVID19

## Derecho/ ensayo científico

Citar: Lell, H. M. (2022). Personas anómicas: sobre la falta de certeza y la subjetividad jurídica en tiempos de pandemia. *Omnia. Derecho y sociedad*, 5 (2), pp. 43-52.

<sup>1</sup> Conicet; Universidad Nacional de La Pampa.

## PERSONA Y ANOMIA

Cuando la pandemia por coronavirus se hizo presente en la Argentina, en marzo de 2020, la «anomia boba» (también llamada la «anomia argentina» por Carlos Nino) fue un concepto útil para explicar el comportamiento de ciertas personas que desobedecían las reglas gubernamentales en pos del propio beneficio, al aprovechar intencionalmente el contexto en el que todos los demás ciudadanos o la mayoría de ellos cumplirían esas mismas normas (Nino, 1992). El problema con este tipo de anomia no es que las reglas sean contradictorias o poco claras, sino que hay un individuo que las desprecia a la par que espera que los demás las acaten. Por ejemplo, hubo un caso famoso en el país al inicio de la pandemia, el del «surfista»: un hombre que, durante el primer período de aislamiento obligatorio, regresó de Brasil, país a donde había concurrido para surfear, y simplemente circuló con su automóvil sin el debido permiso, evitó hacer la cuarentena (fue a visitar a sus padres) y se quejó de los controles policiales. El hecho de que otras personas respetaran el encierro proporcionaba un camino a casa más rápido, sin atascos en las autopistas; pero, sobre todo, de una forma más segura: si no había nadie más, el riesgo de contagio era menor o nulo. Si todos hubieran hecho lo mismo que él, la medida habría sido completamente inútil. El factor «bobo» proviene de que el sujeto actúa con «viveza criolla»<sup>2</sup>; el individuo se cree más listo que los demás, pero su acción degrada el orden social. Como demostró Fucito (2010), Argentina tiene una larga trayectoria en desobediencia a las leyes

y una fuerte tendencia histórica a disociar la ley vigente de la ley que se vive —en la forma en que lo explicaría Ehrlich (2009)—.

En este artículo no me centraré en este tipo de anomia, aunque hay muchos y muy interesantes ejemplos. Mi objetivo aquí es aportar algunas ideas sobre cómo una forma más «tradicional» de entender la anomia (si es que existe una forma tradicional) impacta en la concepción de persona en el Derecho durante la crisis provocada por el coronavirus. Durkheim explicó la relevancia de la normatividad para crear un orden social. Por el contrario, cuando este orden no está vigente o no puede regular el comportamiento de los individuos, la pérdida de sentido y de estabilidad deriva en la desintegración social (Durkheim, 2012). No solo eso, los individuos no están completos y pueden perder, de alguna manera, su identidad. La heterogeneidad que caracteriza a la Modernidad implica la interdependencia de personas que distribuyen el trabajo y pueden complementarse (Durkheim, 2001). Además, desde una perspectiva basada en el estructuralismo, podríamos pensar que las sociedades modernas complejas definen a los individuos siempre en relación con los demás. Por ejemplo, el principio de identidad de Saussure implica que un elemento (de un sistema) es lo que el resto de los elementos no es. La coexistencia y articulación de todos los componentes permite que cada parte sea lo que es: lo que las otras no son<sup>3</sup>.

Merton apunta que la anomia puede basarse en discrepancias entre medios y fines (Merton, 2002) y Parsons explica el vínculo entre expectativas y acciones individuales, ciclos económicos y cambios sociales abruptos (Parsons, 1968; 1984). Estas ideas son particularmente

<sup>2</sup> En la Argentina, «hacerse el vivo/la viva» es comportarse de cierta manera para aprovechar una oportunidad, a veces violando reglas, por intereses egoístas y menospreciando el bien común o el bienestar social (Academia Argentina de Letras, 2008).

<sup>3</sup> Saussure explica esto para definir el signo lingüístico. Al respecto, véase Saussure, 1945.

esclarecedoras en un mundo global que ha cambiado por completo y que ha subvertido el orden de los derechos y las preocupaciones sociales e individuales en apenas unos meses, proceso este cuyos efectos son a largo plazo.

El caos político, económico, sociológico y jurídico que ha suscitado la experiencia de la COVID19 implica una profunda ruptura de paradigmas en la vida social y, derivado de ello, en la forma de producir, interpretar y obedecer/desobedecer las reglas. Como comentaron GadebuschBondio y Marloth (2020) en 2020, los cambios abruptos en las tomas de decisiones políticas son una evidencia de cuánto ignoramos sobre esta enfermedad y, sobre todo, sobre cómo lidiar con ella. Ejemplos de esto son las medidas erráticas y contrastantes que van desde trivializar la enfermedad hasta aceptar el peligro, desde perseguir la inmunidad colectiva hasta realizar aislamientos totales.

Las reflexiones que presento en las páginas siguientes señalan que esta crisis provoca: a) la pérdida de la capacidad del Derecho para forzar conductas, b) crecientes dificultades para que el Derecho genere cursos de acción percibidos como legítimos y vinculantes, y c) desafíos a la ley para crear nuevas formas de lograr un cumplimiento social generalizado de las normas legales<sup>4</sup>.

En el marco del paradigma del Derecho como cultura, pensar en la normatividad requiere considerar factores como la religión, las instituciones históricas, los rituales y las costumbres, los actos y las formas de comunicación, la estética, etc<sup>5</sup>. En este caso, me referiré al contexto argentino durante la emergencia de la COVID-19 como un momento de ruptura en el que, aunque la sociedad argentina está

acostumbrada a las crisis económicas, políticas y sanitarias, la normatividad y los lazos sociales se han visto especialmente destruidos. Mi tesis aquí es que cuando la normatividad, particularmente la normatividad legal, se vuelve confusa e incierta, los individuos no pueden actuar como personas/personajes en la escena legal. El riesgo es que la narración de la ley sobre cómo las personas pueden y deben ser consideradas ya no funcione y luego el orden social (o parte de él) desaparezca, el control social se debilite y el miedo aumente.

## PERSONAS Y MÁSCARAS

El concepto jurídico de persona se construye sobre una metáfora: aquella que vincula al sujeto que actúa en el escenario jurídico con las máscaras teatrales de las antiguas Grecia y Roma. Por ese entonces, las máscaras no eran los propios actores sino la herramienta que permitía al ser humano que estaba detrás poner en marcha un personaje, mostrar una emoción, interpretar un papel específico y ser escuchado según el guion. Así, el contexto narrativo de la historia contada proporcionaba un significado a lo que realizaba el actor que llevaba una máscara. Ahora bien, el actor en sí no es suficiente para crear un efecto, pero sí lo es una combinación compleja de historia, auditorio, expectativas, diálogos, máscaras, reacciones sociales, *performances*, etc. Entonces, hoy en día, el concepto de persona en el escenario jurídico implica desempeñar un rol creado por la ley de acuerdo con las normas legales y las expectativas sociales de manera creíble y ser conocido como tal personaje/

<sup>4</sup> Esta idea está basada en Fucito, 2010, p. 18.

<sup>5</sup> Sobre los distintos elementos del paradigma que entiende al Derecho como cultura y la crisis causada por la COVID-19, véase Gephart, 2020, pp. 11-25 y pp. 13-16.

persona en una relación jurídica. La lección de esta metáfora es que una persona ante la ley es un «estatus funcional»: así como el dinero no es solo un trozo de papel o un metal, una persona es más que su estructura física. Es, también, las funciones asignadas, reproducidas y reconocidas como bien interpretadas<sup>6</sup>.

La corona-crisis ha cambiado por completo la forma en que se entienden las relaciones legales. Las formas tradicionales de realizar roles han cambiado abruptamente (no solo los cambios han sido rápidos sino también profundos). Pensemos en un ejemplo. Antes de la pandemia, desempeñar el papel de padre o madre de un menor implicaba vivir con el niño o la niña y ejercer los deberes de cuidado. Si los padres se hubieran divorciado, entonces, la convivencia familiar habría sido a tiempo parcial según los acuerdos entre la expareja. Después de la pandemia, vivir con el o la menor no ha sido siempre la regla; en los primeros tiempos y cuando se realizaron aislamientos estrictos, dependió de dónde se encontraba la criatura el día en que comenzaron las medidas de cuarentena —por supuesto, esto es en caso de que hubiera un aislamiento obligatorio— y de si se encontraba o no permitido circular para recoger a la hija o al hijo. En este caso, podemos notar que el rol es completamente diferente: uno necesita un permiso para vivir o visitar a su/s hijo/s.

La idea de una persona jurídica, entonces, surge de desempeñar roles que determinan derechos y deberes. Sin embargo, en un contexto de crisis, donde las narrativas que dan sentido a los hechos y que crean expectativa social y dimensiones simbólicas para interpretar la realidad, los derechos y deberes que constituyen una persona jurídica son absolutamente confusos. En consecuencia, la persona también se vuelve confusa. ¿Cómo jugar

un papel cuando las reglas están cambiando? ¿Qué esperar de la escena y de la historia si nunca hemos vivido algo así? ¿Dónde están la seguridad y la certeza prometidas y esperadas que la ley debe brindar a la ciudadanía?

## PERSONAS ANÓMICAS

Las regulaciones en el contexto de emergencia y la velocidad de la creación de una normativa en pos de una nueva normalidad que viene y va entre olas de contagios ha provocado inseguridad jurídica y la incertidumbre de las personas sobre qué esperar de sus acciones en el ámbito jurídico. Una de las principales expectativas que recae sobre el Derecho es que brinde certeza sobre las consecuencias de las propias conductas y sobre lo que otras personas pueden hacer o no. Si las reglas jurídicas cambian demasiado rápido y, a veces, sin una lógica clara, las expectativas no pueden cumplirse. Veamos algunos ejemplos sobre esto.

Si revisamos la página *web* de los anuncios del Gobierno nacional sobre la COVID19 en la Argentina, podemos ver que existe un informe sobre las decisiones que se han dictaminado para enfrentar esta crisis. La lista incluye solo aquellas medidas que han sido realizadas por el Poder Ejecutivo nacional. Durante el período comprendido entre el 26 de febrero de 2020 y el 12 de febrero de 2022, se han dictado 592 normas (decretos, resoluciones y disposiciones) (Ministerio de Salud, s/d). Esto es, en promedio, 0,82 normas por día. Este número excluye leyes u otras disposiciones reglamentarias judiciales (como acordadas, por ejemplo). Entonces, si alguien quiere mantenerse actualizado con lo que el Gobierno nacional realiza, debe verificar, al menos, casi una re-

<sup>6</sup> La idea de los estatus funcionales ha sido explicada por Searle, 2016.

glá por día (y debe hacer la misma tarea con el Poder Judicial y el Legislativo). Sin embargo, dado que la Argentina es un país federal, para estar realmente al tanto de lo que está prohibido, permitido o qué es obligado, no basta con revisar lo que ha dicho el Gobierno nacional. La gente también debería comprobar las normas provinciales. Por ejemplo, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2020 y el 15 de febrero de 2022, el gobernador de la provincia de La Pampa (solo el gobernador, esto no incluye otro tipo de disposiciones como las de ministros o directores) ha sancionado 9362 decretos, lo cual equivale a 12,06 por día<sup>7</sup>. Por supuesto, no todos están relacionados con la pandemia, pero ciertamente muchos de ellos sí lo están. La mala noticia es que gran parte de los relacionados con la COVID19 y que regulan los permisos cambian en muy poco tiempo, estableciendo qué se puede hacer o no y en qué horas. Eso no es todo, la gente también debería comprobar qué leyes están vigentes o no. Por ejemplo, solo en La Pampa, durante abril y mayo de 2021, ha habido cuatro horarios límite diferentes para circular: hasta la 1 a. m.; hasta las 11 p. m.; hasta las 9 p. m.; hasta las 6 p. m. En tres semanas se permitieron gimnasios con muchos protocolos; luego, con personas limitadas (10 personas); luego, la ejercitación debía hacerse exclusivamente en espacios al aire libre y, finalmente, fue prohibida por un tiempo. Todo ello en dos meses.

Más aún, si alguien quiere viajar a otra provincia, debe verificar qué está vigente en el lugar de destino y en los de paso: si contamos cuántas leyes, decretos y resoluciones provinciales y nacionales se dictaron durante el período del 3 de marzo de 2020 (cuando se confirmó el primer caso de COVID-19 en la Argentina) al 15 de febrero de 2022, que han sido catalogadas como relacionadas con la COVID19, hay un promedio de 5,33 reglas que entran en vigencia por día<sup>8</sup>.

A lo vertiginoso de la producción normativa, también se agrega la drasticidad de algunos cambios y lo sorpresivo de ellos. Por ejemplo, durante el «fin de semana largo» del 22 al 25 de mayo de 2021<sup>9</sup>, en tan solo una semana se estableció el feriado del 24 de mayo (tal como estaba legalmente previsto), luego se suspendió para que la gente no viajara. Finalmente, las vacaciones regresaron para que la gente se quedara en casa durante las fuertes restricciones (encierro) que se decidieron sobre la marcha, pero de una manera que los empleados no perdieran su pago. Asimismo, se suspendieron los certificados de permisos de turismo y, luego de que muchas personas viajaran, se anunció que se sancionaría el regreso a casa antes del 31 de mayo de 2021 (regía un estricto aislamiento hasta esa fecha).

Entonces, es difícil estar al tanto de lo que establece el sistema jurídico en un momento determinado y es casi imposible saber qué re-

<sup>7</sup> Este número resulta de la suma de los decretos de 2020, de 2021 y de 2022 hasta el día 15 de febrero de ese año, conforme al Boletín Oficial provincial.

<sup>8</sup> Existe un margen de error estadístico debido a que el buscador de resoluciones puede no contar con una base de datos actualizada y, por lo tanto, algunas normas recientes y relevantes pueden no ser detectadas. También puede ocurrir que algunas no hayan sido cargadas con la palabra clave «covid» y, por ello, este parámetro de búsqueda sea inadecuado.

<sup>9</sup> El 25 de mayo es un día patrio en la Argentina, en el cual se celebra la histórica Revolución de Mayo, hito en el que se generaron órganos de gobierno locales en representación del rey Fernando VII y en detrimento de una junta española que no contaba con representantes de los pueblos americanos, y en el cual se dio inicio a los procesos que derivaron en la declaración de la independencia en 1816. Por esta razón, el día 25 de mayo es feriado nacional. A efectos de la promoción turística, dado que el 25 era un día martes, también se declaró no laborable el día lunes 24 (se lo conoce como «feriado puente»).

gulará en el corto plazo. La certeza jurídica es una ficción quizás ahora más que en la era anterior a este coronavirus.

Kelsen (1982) definió a la persona como un centro de imputación de derechos y deberes. Si la legislación se vuelve tan imprecisa o difusa como lo es ahora, la persona también se vuelve confusa. La identidad frente a la ley y según la ley se desvanece. Hoy una persona equivale a ciertos derechos y deberes, pero mañana habrá un catálogo de normas completamente diferente y, entonces, la persona de hoy será otra persona. Si el concepto jurídico de persona proporciona una identidad como personaje en el escenario legal, hoy en día este objetivo falla.

Más aún, este tipo de personas anómicas no solo es un problema a la hora de ser definida a partir del catálogo de derechos y obligaciones, sino que, también, aparece un inconveniente cuando los individuos necesitan decidir qué hacer o no para infringir reglas o dejar que sus conductas se guíen por ellas. La incertidumbre produce dos tipos de problemas: por un lado, existe una crisis de valores cívicos sobre la responsabilidad por la vida de otras personas, y, por otro, la falta de certeza y las regulaciones a veces contradictorias debilitan los lazos sociales y producen caos. El hecho de que todos sean un riesgo para los demás y el sentimiento de amenaza e inseguridad continuo puede derivar en que las personas se sientan socialmente incómodas. Qué esperar de los demás, qué hacer, qué reclamar, cuáles son los riesgos de realizar una actividad; tomar decisiones es difícil en un contexto de normatividad poco claro.

Si bien la idea de que todo ciudadano debe tener un buen comportamiento para cuidar de los demás («responsabilidad social») sigue siendo vinculante, la relajación en torno a las medidas de prevención de la COVID19 se está

convirtiendo en una tendencia. Por ejemplo, durante enero de 2021 (cuando comenzaba el plan de vacunación enfocado en trabajadores esenciales), parece que alrededor de 8 millones de personas viajaron como turistas internos en el país, esto es el 17,77 % de la población (Ministerio de Turismo y Deportes, 2021). Aunque «quedarse en casa» ya no era, en ese momento, la principal estrategia aplicada contra este coronavirus, salir solo por lo que se necesitaba y obedecer los protocolos seguían siendo reglas aparentemente derogadas por la costumbre.

Los horarios de circulación han cambiado constantemente, la permisión de reuniones privadas, la organización de espectáculos masivos y la cantidad de personas que pueden compartir un espacio varía, las actividades se amplían, pero los protocolos van y vienen, cada día menos personas usan las mascarillas correctamente, etc. La anomia es un resultado que puede ser fácilmente esperado en una sociedad que ha cambiado abruptamente, no solo a nivel local sino también global, que está bajo presión y que trabaja en un sistema de relaciones culturales, económicas y políticas que son inestables debido a la pandemia.

## TIEMPOS CONFUSOS PARA SER UNA PERSONA

No solo la velocidad de los cambios de reglas influye en la anomia, sino también que el papel de la esfera jurídica va más allá de lo que solía ser: en la actualidad se regulan fenómenos a los que habría resultado extraño prestar atención antes. Por ejemplo, previo al 2020, habría sido ridículo pensar que una regla establecería la forma en que una persona debe toser. Sin embargo, hoy en día existe un decreto que establece que se debe toser en el pliegue del codo. No compartir el almuerzo

en los espacios de trabajo, cómo ventilar una oficina, no compartir el mate<sup>10</sup> y lavarse las manos son conductas reguladas. Dos años atrás se habría concebido como un exceso de poder inmiscuirse en estas conductas, pero la salud pública y la crisis mundial legitiman estas regulaciones<sup>11</sup> para los delitos actuales.

La ley anterior a la coronacrisis en la Argentina difícilmente habría reglamentado cómo mostrarnos en público (excepto en algunos casos específicos como los trajes para los bomberos, el personal de laboratorios o de hospitales con enfermedades muy contagiosas o para fotos de identificación en documentos oficiales<sup>12</sup>). Hoy en día la mascarilla es una indumentaria obligatoria en espacios cerrados, y no llevarla amerita un castigo. Estar en algún lugar ya no es una conducta aleatoria: uno no puede posicionarse simplemente cerca de otra persona sin constituir un riesgo para su salud y la salud pública. Dos metros o tres, según las circunstancias, es la distancia de la «nueva normalidad» para no ser una amenaza para el otro. Si uno ha viajado al extranjero o a otra provincia, la cuarentena ha llegado a ser una obligación o una recomendación para no ser un riesgo para los demás. Si alguien es un contacto estrecho de un caso positivo, entonces, la cuarentena supo ser obligatoria y en algunas provincias el contacto del contacto estrecho también ha tenido que aislarse. El tema del «contacto» implica una nueva forma simbólica de considerar las relaciones de las personas: estar en presencia

de otra persona es potencialmente la forma de convertirse en un riesgo comunitario. El remedio de tal consideración es el aislamiento. Luego de días de aislamiento social los casos positivos adquirirán la redención legal.

Algunas otras regulaciones son impugnadas porque contradicen principios constitucionales relevantes que han sido conquistados a lo largo de la historia política. Como afirmó Dreier, durante las crisis se necesitan soluciones rápidas que no suelen brindar el mismo nivel de detalle que las normales, y la urgencia no permite que los tomadores de decisiones ponderen derechos e intereses con el mismo cuidado que lo habrían hecho en circunstancias ordinarias (Dreier, 2020). La emergencia ha requerido crear un nuevo orden de cosas y es un tema complicado forzar el cumplimiento de las reglas cuando la excepción es la nueva normalidad. Por ejemplo, la libertad de circulación es un principio constitucional que forma parte de la sociedad argentina de forma explícita desde 1811 en el Decreto de Seguridad Individual del 26 de octubre del mismo año. Sin embargo, durante parte de la pandemia, para poder salir de casa fue necesario consultar en qué horario estaba permitido y tener un permiso para hacerlo según la tarea a ejecutar (por ejemplo, ser un trabajador esencial o simplemente ir al supermercado). Otro principio constitucional que tiene una raíz histórica en 1813 es el de la igualdad. El proceso de vacunación, en su inicio, por ejemplo, fue un proceso que se estructuró sobre la base de jerarquías de personas:

---

<sup>10</sup> Bebida típica local que se elabora con yerba mate y agua caliente. Es un estilo de infusión que se bebe del recipiente conocido con el mismo nombre: «mate».

<sup>11</sup> Ejemplos de estas medidas pueden encontrarse en el Decreto Nacional 520/20, de Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio; Decreto Nacional 67/21. Aislamiento y Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio. Aún más, en la página oficial del Gobierno nacional encontramos un tutorial para lavarse las manos (véase Ministerio de Salud, s/d<sub>e</sub>).

<sup>12</sup> Esto se encuentra muy bien ilustrado por Dreier (2017), quien explica el modelo normativo del rostro y, para ello, brinda como ejemplo la regulación normativa de las fotos de los pasaportes.

según el rol en la sociedad (personas esenciales) o sus condiciones de vulnerabilidad (personas con determinadas patologías o adultas mayores). Esas categorías han sido aceptadas socialmente, ya que la igualdad se entiende como «igual en igualdad de circunstancias» y que toda diferencia puede ser racionalmente justificada. Sin embargo, recientemente el país fue testigo de un gran escándalo periodístico por acusaciones sobre una supuesta vacunación «VIP»: periodistas, políticos, familiares de políticos, etc., recibieron sus vacunas antes que las personas esenciales o vulnerables. Allí se abre la puerta a la «anomia boba», en la cual quien puede beneficiarse desobedeciendo una norma lo hace, con la expectativa de que los demás sí la cumplan.

Finalmente, la anomia tiene lugar cuando surgen contradicciones. Por ejemplo, durante 2020, los funerales de personas fallecidas a causa del COVID19 no pudieron realizarse. En el caso de los fallecidos por otras causas, se realizaron funerales; pero con protocolos, de manera estricta con la familia más cercana y durante media hora, aproximadamente. Sin embargo, cuando falleció Diego Maradona, el funeral fue organizado por el Gobierno nacional y en la Casa Rosada (edificio principal del Gobierno). Alrededor de un millón de personas viajaron desde todo el país y se juntaron fuera del edificio haciendo una larga fila para entrar. Los controles de distancias sociales y mascarillas eran ineficientes. Se destinó un día entero (y la noche anterior) a esto. El duelo de un ser querido es un momento delicado. Sus límites exigen una argumentación fuerte y sólida, no solo en el discurso sino también en hechos coherentes. Contradicciones, como la de este caso, desacreditan y debilitan la fuerza de la ley. ¿Debe una persona actuar de acuerdo con la ley o de acuerdo con las regulaciones?

## CONSIDERACIONES FINALES

La anomia es un resultado, pero también es un proceso que se construye en dos direcciones: desde el Estado que regula las conductas y desde el ciudadano que actúa. Las expectativas de las regulaciones y el cumplimiento son parte de las decisiones. La gran crisis que se está produciendo debido a este coronavirus está provocando una disolución de la vieja normalidad hacia una nueva. Aunque solemos llamar al estado actual de las cosas «la nueva normalidad», solo podemos ver caos y transitoriedad. La falta de certeza repercute en el comportamiento de las personas en la sociedad. Los lazos sociales están dañados y los individuos no pueden desempeñar sus roles correctamente porque no están determinados. Las viejas narrativas no son válidas, las nuevas no duran más que días, semanas o, en el mejor de los casos, unos meses. Las reglas son débiles, tienen nuevas lógicas que son ajenas a las instituciones habituales y la proliferación de decisiones legales es imposible de seguir.

Aunque hablamos de una «nueva normalidad», no podemos describirla o, si lo hacemos, sabemos que será provisoria sin siquiera imaginarnos por cuánto tiempo: la descripción puede ser precisa por unos pocos días o por meses. Todo depende de cuántas infecciones al día haya, de cómo puedan ayudar los hospitales, etc. Si este es el caso, no podemos definir concretamente qué es una persona: solo puede funcionar la definición abstracta de «centro de imputación». Sin embargo: ¿con qué derechos y deberes? ¿Podemos pensar en personas que se definen unas diez veces al día con nuevas reglas? ¿Es suficiente la definición abstracta? ¿Cómo puede una persona evitar ser un riesgo para los demás si no conoce las reglas que regulan sus acciones? ¿Qué puede

alguien esperar de los demás cuando las acciones permitidas, prohibidas u obligatorias no están absolutamente claras?

Si la persona en el ámbito jurídico se define por los derechos y deberes que tiene y si la certeza que brinda la ley es un factor determinante para su desempeño en los escenarios en los que se desenvuelve, entonces, el contexto de esta crisis ha llevado a que sean borrosos. Las personas no pueden actuar en una escena que cambia constantemente la forma de actuar. Las personas anómicas son las que resultan en este contexto crítico. Su principal característica es no saber cuáles son los derechos o deberes que representan, no saber cómo se desempeñarán en el futuro de corto plazo o cómo reconocer el papel que están desempeñando.

La persona anómica es el actor/la actriz que actúa mientras el escenario anterior ya no existe y el escenario futuro aún no ha llegado. De esta manera, está constituida por una contradicción: como notaría Derrida (2005), la persona anómica no coincide consigo misma: son los restos de las normas pasadas que no están disponibles como solían estar y es una anticipación de un futuro orden que no está aquí<sup>13</sup>.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Academia Argentina de Letras (2008). Vivo/va. *Diccionario del habla de los argentinos*. 2.º ed. Emecé, p. 634.
- Decreto de Seguridad Individual del 26 de octubre de 1811. En *Estatutos, Reglamentos y Constituciones Argentinas (1811-1898)*. Instituto de Historia Argentina «Dr. Emilio Ravignani» (Facultad de Filosofía y Letras, UBA).
- Decreto Nacional 520/20 de Distanciamien-

to Social, Preventivo y Obligatorio. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=338406>.

Decreto Nacional 67/21. Aislamiento y Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=346580>.

Derrida, J. (2005). *De la gramatología*. 8.º ed. en español. Siglo XXI.

Dreier, T. (2017). Law and Images: Normative Models of Representation and Abstraction. Gephart, W. y Leko, J. (Eds.). *Law and the Arts. Elective Affinities and Relationships of Tensions*. Käte Hamburger Kolleg; Vittorio Klostermann Verlag, pp. 155-175.

——— (2020). 'Law as Culture' in Times of Corona. Gephart, W. (Ed.). *In the Realm of Corona Normativities. A Momentary Snapshot of a Dynamic Discourse*. Vittorio Klostermann Verlag; Käte Hamburger Kolleg «Recht als Kultur», pp. 41-59.

Durkheim, É. (2001). *La división del trabajo social*. Posada, C. (Trad.). Akal.

——— (2012) *El suicidio. Un estudio de sociología*. 2.º ed. Akal.

Ehrlich, E. ([1934] 2009) *Fundamental principles of the Sociology of Law*. Moll, W. L. (Trads.). 4.º reimp. Transaction Publishers.

Fucito, F. (2010). *La crisis del Derecho en la Argentina y sus antecedentes literarios. Un enfoque sociológico*. Eudeba.

Gadebusch-Bondio, M. y Marloth, M. (2020). Clinical Trials in Pandemic Settings: How Corona Unbinds Science. Gephart, W. (Ed.). *In the Realm of Corona Normativities. A Momentary Snapshot of a Dynamic Discourse*. Vittorio Klostermann Verlag; Käte Hamburger Kolleg «Recht als Kultur», pp. 30-40.

Gephart, W. (2020). The Corona Crisis in the Light of the Law as Culture Paradigm.

<sup>13</sup>Idea adaptada de Derrida, 2005.

- Gephart, W. (Ed.). *In the Realm of Corona Normativities. A Momentary Snapshot of a Dynamic Discourse*. Vittorio Klostermann Verlag; Käte Hamburger Kolleg «Recht als Kultur», 2020, pp. 1125.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del Derecho*. Vernengo, R. (Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Merton, R. (2002). *Teoría y estructura sociales*. Torner, F. M; Borques, R. (Trad.). 4.º ed. Fondo de Cultura Económica.
- Ministerio de Salud (Argentina) (s/d<sub>a</sub>). ¿Qué medidas está tomando el gobierno? <https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/medidas-gobierno>.
- (s/d<sub>v</sub>). ¿Cómo debemos lavarnos las manos? [https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/lavar-manos?gclid=EAIaIQobChMIpcaNkvzn7wIVNPC1Ch2txQAFEAAAYASAAEgLuBPD\\_BwE](https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/lavar-manos?gclid=EAIaIQobChMIpcaNkvzn7wIVNPC1Ch2txQAFEAAAYASAAEgLuBPD_BwE).
- Ministerio de Turismo y Deportes (Argentina) (1.2.2021). Verano 2021: 8 millones de turistas ya se movilizaron por los destinos del país. <https://www.argentina.gob.ar/noticias/verano-2021-8-millones-de-turistas-ya-se-movilizaron-por-los-destinos-del-pais>.
- Nino, C. S. (1992). *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*. Emecé, 1992.
- Parsons, T. (1968). *The Structure of Social Action*. Free Press.
- (1984). *El sistema social*. Alianza.
- Saussure, F. D. (1945). *Curso de lingüística general*. Alonso, A. (Trad.). Losada.
- Searle, J. (2016). The Normative Structure of Human Civilization. Gephart, W. y Suntrup, J. C. (Eds.). *The Normative Structure of Human Civilization. Readings in John Searle's Social Ontology*. Vittorio Klostermann Verlag; Käte Hamburger Kolleg «Recht als Kultur», 2016, pp. 21-31.

## Helga María Lell

Perfil académico y profesional: doctora en Derecho (Universidad Austral), magíster y especialista en Estudios Sociales y Culturales (UNLPam), magíster en Filosofía (UNQ), abogada (UNLPam). Posdoctora por la UNR. Diplomada en Construcción de Proyectos y Metodología en Ciencias Sociales (Conicet y UNLP), diplomada en Humanidades Digitales (UCES). Investigadora adjunta de Conicet. Profesora titular de Filosofía del Derecho (FCEyJ, UNLPam). Coordinadora de Investigación y Posgrado (FCEyJ, UNLPam).  
helgalell@conicet.gov.ar ORCID: 0000-0001-7703-6341.



# El conflicto de Ucrania y sus efectos multiplicadores para la comunidad internacional

## The Ukraine Conflict and its Multiplier Effects for the International Community

Alejandro Alberto Moriconi<sup>1</sup>

### Resumen

Este ensayo tiene por objeto discurrir sobre la importancia que reviste el conflicto de Ucrania en el relacionamiento geopolítico y jurídico de la comunidad internacional, toda vez que la fuerza se transforma en un factor determinante para aquellos Estados capaces de imponer sus propios intereses constitucionales por encima del compromiso convencionalmente asumido en el marco del derecho internacional público de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Por su parte, el siglo XXI evidencia que las relaciones internacionales no se encuentran movilizadas por un poder político unipolar de Estados Unidos de América (EE. UU.); tripolar de EE. UU., la Federación de Rusia y China, o multipolar de la ONU, sino ocupadas en que los Estados logren alcanzar un plano de igualdad soberana dentro del cual puedan tutelar el respeto de los derechos humanos.

Frente a tales premisas, si la eficacia jurídica condiciona la validez de la norma internacional, los efectos de este conflicto serán multiplicadores; pues los Estados débiles no solo verán frustrada su oportunidad de desarrollarse, sino que se verán amenazados en su integridad territorial dentro de un contexto cultural diverso cuyos orígenes revisten el carácter de atemporal y aterritorial. Las relaciones internacionales transitan de manera recurrente desde un proceso de globalización generalizada hacia un proceso práctico y realista de desglobalización.

**Palabras clave:** conflicto - Estados - poder - geopolítica - estrategia

### Abstract

The purpose of this essay is to discuss the importance of the Ukraine conflict in the geopolitical and legal relationship of the international community, since force becomes a determining factor for those States capable of imposing their own constitutional interests above of the commitment conventionally assumed within the framework of the public international law of the United Nations (UN).

For its part, the 21st century shows that international relations are not mobilized by a unipolar political power of the United States of America (USA), tripolar of the USA, the Russian Federation and China, or multipolar of the UN, but occupied in which the States manage to reach a level of sovereign equality within which they can protect the respect of human rights.

Faced with such premises, if legal effectiveness conditions the validity of the international norm, the effects of this conflict will be multiplier, for weak States will not only see their opportunity to develop frustrated, but also their territorial integrity threatened within a diverse cultural context whose origins are timeless and aterritorial in nature. International relations are recurrently moving from a process of generalized globalization to a practical and realistic process of deglobalization.

**Keywords:** conflict - States - power - geopolitics - strategy

### Derecho/ ensayo científico

Citar: Moriconi, A.A. (2022). El conflicto de Ucrania y sus efectos multiplicadores para la comunidad internacional. *Omnia. Derecho y sociedad*, 5 (2), pp. 53-68.

<sup>1</sup> Universidad Nacional de La Rioja.

## INTRODUCCIÓN

Todo conflicto bélico<sup>2</sup> que aborda un Estado se concentra sobre un presunto poder político que detenta, gobierna, administra, conduce y lidera de manera unilateral o, eventualmente, conformando alianzas con otros Estados. Sin embargo, el problema radica en reconocer que, frente a un conflicto, el uso de la fuerza se apodera del derecho y la eficacia jurídica condiciona la validez de la norma internacional, toda vez que, para un caso concreto, como lo es la guerra ruso-ucraniana, la Carta de las Naciones Unidas se torna abstracta.

A partir de ese momento, el término poder político<sup>3</sup> reviste mayor importancia; no solo porque se exterioriza como un elemento indispensable del Estado por medio del cual una comunidad u organización social puede preservarse libre de toda amenaza, riesgo o peligro a su individualidad, sino porque constituye el atributo natural que le permite a un pueblo preservar, alcanzar y ocupar un espacio dentro del relacionamiento colectivo.

Cuando hago referencia al vocablo «espacio», nos estamos representando un ambiente geográfico dentro del cual el Estado se atribuye una presencia activa o pasiva en el escenario interestatal, la que será considerada por sus pares con un determinado grado de preeminencia.

Para Taylor (1994), la geografía política es un ámbito de las relaciones sociales donde el espacio geográfico interviene como uno de

los factores determinantes en la relación de poder y contrapoder que promueven los Estados (p. 56-64).

En este sentido, podemos decir que cada vez que hacemos referencia a un contexto geopolítico, nos estamos refiriendo a las relaciones de poder que construyen y deconstruyen los Estados en franca vinculación con lo que representa el territorio. Por lo tanto, el poder político de un Estado es aquel que le confiere a su pueblo, dos estadios claramente identificados: 1º, el que hace a la prevalencia de sus intereses constitucionales, dentro del cual la seguridad constituye un factor determinante; 2º, el que hace a su dimensionamiento geopolítico y geoestratégico<sup>4</sup> internacional, o posicionamiento que ocupa y desempeña en las relaciones internacionales.

*A priori*, podemos inferir que existe una clara relación sociológica entre el poder político, el dimensionamiento geoestratégico estatal y la seguridad, toda vez que el Estado nace bajo la imperiosa necesidad del ser humano por resguardar su derecho natural a la vida, la libertad y, consecuentemente, a su propia estabilidad en el marco de un territorio que conjuga de manera recurrente una ecuación de costos y beneficios como parte de su propia realidad.

Por su parte, Bidart Campos (1999) señala que el Estado es la organización que dispone de un poder propio o poder político originario, supremo e irresistible, que se impone en

<sup>2</sup> El conflicto es un choque de voluntades y, al mismo tiempo, una situación de alteración del orden social de naturaleza multicausal. Puede ser intra o interestatal y de resultados impredecibles.

<sup>3</sup> El término «político» sirve para denominar genéricamente la actividad desarrollada por el hombre de forma interesada, con una justificación ideológica, y fijando el horizonte final en la consecución de unos determinados objetivos globalmente válidos para la colectividad; mientras que el poder es político cuando se ejerce en un marco donde la coerción es legítima o la recompensa por la obediencia tiene que ver con beneficios provistos por la comunidad (Molina, 1998).

<sup>4</sup> La geoestrategia es una parte de la geopolítica destinada a estudiar los problemas de política aplicada a nivel internacional, dentro del cual se debaten las rivalidades políticas que existen o pueden existir entre las naciones en íntima relación con la distribución geográfica del poder que detentan los Estados en el mundo (Taylor, 1994).

las decisiones sin depender de otro, por su propia fuerza y con superioridad sobre los demás poderes sociales inferiores que existen en una comunidad. Y destaca: «Es el poder máximo, más elevado y último; no tiene otro por encima, y en el ámbito en que se ejerce actúa como exclusivo» (p. 222).

Cabe citar que cuando Bidart Campos nos ilustra sobre la noción del poder político entendido como un atributo o elemento natural del Estado, lo hace bajo un enfoque soberano, entendiendo a la Soberanía como la acepción unívoca de «superioridad» por parte del Estado. Esta noción no es extraída del pensamiento griego o romano sino de la era moderna, ya que este nuevo Estado no acepta la existencia de un poder por encima de otro, ni en relación de dependencia. Bajo este silogismo, la «no dependencia», «como característica más significativa que distingue al poder político de un Estado», dará lugar a que exista en todo momento una marcada confrontación entre el poder político de cada uno de ellos cada vez que se superpongan intereses u objetivos comunes.

Al igual que Bidart Campos, creo que antes de la creación del Estado y fuera de este, no existe un poder político soberano, porque la soberanía es una cualidad inherente al poder ya constituido (1999, p. 229) pero, a diferencia de este jurista, puedo sostener que ese poder político soberano recae sobre el pueblo, por ser este último quien lo ha creado. Fundamento esta posición sobre la base de que son los pueblos quienes eligen su forma de vida, y de que la exteriorizan mediante la creación de un instrumento jurídico o ley suprema del Estado a la que denominamos y reconocemos con el

nombre de Constitución Nacional. A partir de ese momento —creación de la ley suprema—, el Pueblo se convierte en el único depositario del poder constituyente originario y es allí donde radica su real soberanía.

En nuestro caso de estudio, la Constitución de la República de Ucrania (1996) establece en su artículo 5<sup>5</sup>:

... el pueblo es el portador de la soberanía y la única fuente de poder en Ucrania. El pueblo ejerce el poder directamente, ya sea a través de los órganos de poder del Estado y de los órganos de autogobierno local. El derecho a determinar y cambiar el orden constitucional en Ucrania pertenece exclusivamente al pueblo y no puede ser usurpado por el Estado, sus órganos o funcionarios. Nadie usurpara el poder del Estado. (C.U., 1996, art. 5, ss. y concs.)

En mi opinión, los elementos de juicio que proporciona la norma enunciada en el párrafo precedente no son un dato más dentro de la conformación del poder político de la República, sino «el punto de inflexión» sobre el cual reposa la vida del pueblo ucraniano. Es el pueblo quien detenta el poder político con la finalidad de garantizar, a través del Estado, las declaraciones, derechos, libertades y deberes contenidas en una constitución cuyo dogma procura proteger la soberanía y la indivisibilidad territorial de Ucrania<sup>6</sup>, poseyendo como valor social supremo el reconocimiento y defensa de la vida, la salud, el honor y la dignidad de la persona humana, así como su inviolabilidad y su seguridad<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Constitución de Ucrania. Capítulo I: Principios Generales. Artículo 5, subsiguientes y concordantes.

<sup>6</sup> Artículo 2. La soberanía de Ucrania se extiende por todo su territorio. Ucrania es un estado unitario. El territorio de Ucrania dentro de su frontera actual es indivisible e inviolable.

<sup>7</sup> Artículo 17 y 3 de la Constitución de Ucrania, respectivamente.

Lo descrito me permite inferir que el pueblo de Ucrania, como sociedad en general y a través de sus representantes públicos, en particular, tiene el derecho y el deber de cumplir y hacer cumplir fielmente su constitución, porque en ella está contenido su ideario de vida<sup>8</sup>.

Sin embargo, lo complejo y erróneo de este escenario jurídico y político, que se repite en la mayoría de los Estados, está en pensar que el comportamiento del poder político internacional será concebido y aceptado de igual forma por cada uno de los Estados miembros. En mi sana crítica racional jurídica, esa posibilidad no existe, «comportamiento interestatal uniforme», excepto en aquellas teorías pluridisciplinarias cuyas expresiones de deseos responden al análisis de una serie cronológica de fenómenos sociales que han puesto y ponen en peligro, riesgo, o muerte a innumerables poblaciones en el mundo; pero que difícilmente puedan ajustarse a la realidad que viven los pueblos, y por lo tanto se convierten con el tiempo en simples abstracciones normativas o planteos hipotéticos.

Durante el siglo XX, el mundo sufrió significativas transformaciones en las relaciones internacionales como consecuencia de experimentar poderes duro, blando o a veces neutral en cada uno de los hechos que se iban sucediendo. Puntualmente, me estoy refiriendo a una serie de acontecimientos vividos y otros en transición, como son: dos guerras mundiales activas, una guerra mundial pasiva, un proceso de descolonización abierto, la creación de la Organización de las Naciones Unidas, la ocupación del espacio, y la búsqueda de una identidad propia y común en una época en la que convergen la industrialización, la información y el dominio del conocimiento. Todo ello concebido y dise-

ñado sobre la base de un poder político internacional anárquico. Aun cuando las ciencias declaman teóricamente la existencia de relaciones multilaterales y multipolares basadas sobre el principio de igualdad soberana.

Pero el siglo XXI, a diferencia del siglo XX, no pretende, quiere ni puede definir un nuevo orden internacional sobre las tradicionales visiones del poder político estatal; es decir, el siglo XXI no está diseñado por EE. UU., la Federación de Rusia, China, o una eventual acción y reacción de parte de Alemania, Japón, Reino Unido de Gran Bretaña (RUGB), Francia, India, Irán o Brasil, entre otras principales potencias, sino en develar cómo actuarán los Estados democráticos, monárquicos o totalitarios para supervivir en una era tecnológica, conscientes de que atraviesan un escenario político internacional caracterizado por:

1°. Estados superpoblados con relación a su territorio: China e India.

2°. Estados necesitados de recursos para supervivir o continuar creciendo científica y tecnológicamente: EE. UU., China, Federación de Rusia, Japón, Alemania, RUGB, Francia, Brasil, e Italia —entre los más importantes—.

3°. Estados necesitados de imponer sus bienes y servicios tecnológicos en nuevos mercados: EE. UU., China, Federación de Rusia, Japón, y Alemania.

4°. Estados necesitados de consolidar su poder político a nivel continental y su proyección mundial: EE. UU., Federación de Rusia, y China.

5°. Estados necesitados en preservar su hegemonía tecnológica-armamentista: EE. UU. y la Federación de Rusia.

6°. Estados necesitados de encontrar la paz intraestatal con proyección regional: 1) Eura-

<sup>8</sup> Artículo 8. En Ucrania, el principio del Estado de derecho es reconocido y efectivo. La Constitución de Ucrania tiene la máxima fuerza legal. Las leyes y otros actos jurídicos normativos se adoptan sobre la base de la Constitución de Ucrania y se ajustan a ella.

sia: Ucrania, Siria, Irak, Israel, Palestina (Franja de Gaza y Cisjordania), Afganistán, Yemen, etc. 2) África: Somalia, Etiopía, Eritrea, Camerún, Mozambique, Marruecos, República Centroafricana, etc., 3) América: Colombia, Haití, Venezuela, Nicaragua, Cuba, etc.

7°. Estados necesitados en preservar su seguridad del accionar terrorista, considerados un sujeto de derecho con capacidad de incidir atemporal y aterritorialmente en cualquier lugar del mundo.

### **EL CONFLICTO DE UCRANIA: UNA COYUNTURA ESTRATÉGICA ENTRE LA RETROSPECCIÓN Y LA PROSPECCIÓN BIOLÓGICA**

La vida civilizatoria del ser humano en el mundo nos invita a reflexionar a lo largo del tiempo, toda vez que se desplaza de manera interdisciplinaria desde una estructura organizacional «polis, ciudad o Estado» hacia una estratégica. Esto significa que el ser humano, como un ser social por naturaleza, más allá de los pactos o contratos sociales<sup>9</sup> (Rousseau,

2007) a los que pueda haber arribado y aceptado frente a la necesidad de garantizar la paz en un estado de naturaleza de guerra<sup>10</sup> (Hobbes, 1981), se moviliza permanentemente en razón de sus pasiones e intereses que le son propios o afines, motivo por el cual abandona la estructura o las reglas de convivencia para posicionarse en una coyuntura estratégica.

La estrategia se presenta al poder político como el arte de conducir, en un momento dado, todas las fuerzas con que dispone un pueblo o Estado, para alcanzar el logro de sus objetivos (Beaufre, 1982), y es por medio de esa estrategia donde evidencia su real capacidad de liderazgo.

También es cierto que la realidad social muestra que los Estados tienen necesidades biológicas que satisfacer con la finalidad de preservarse a sí mismos (Kjellen, 1918), siendo el factor «biológico» un elemento trascendente en la vida de un pueblo y en el poder político del Estado.

Bajo una mirada realista de vida, el factor biológico constituye el primer elemento crítico del Estado porque hace a su superviven-

---

<sup>9</sup> Los pactos o acuerdos son, para Rousseau, el paso a través del cual el hombre atraviesa su estado de naturaleza y libertad individual plena para someterse a una ley de la naturaleza social que le permita convivir en armonía. La única ley de naturaleza social será aquella la de un Estado republicano, en donde todo el pueblo legisle, independientemente de la forma de gobierno, y advierte la importancia que representa el tamaño del Estado; ya que cuando la población crece, la voluntad de cada individuo estará menos representada en la voluntad general, razón por la cual se requerirá de un gobierno más eficaz para evitar la desobediencia a esa voluntad general. En *El contrato social*, Rousseau argumenta que el poder que rige a la sociedad es la voluntad general que debe velar por el bien común de todos los ciudadanos, abriéndole paso a la democracia.

<sup>10</sup> Para Hobbes, en su obra titulada *Leviatán*, el estado natural es el estado en el que los seres humanos son iguales por naturaleza en facultades mentales y corporales. En ese estado natural, cada ser humano busca su propia conservación de vida; por lo tanto, compite con su par y existe entre los hombres una situación de desconfianza mutua. En ese estado natural, no existen en el hombre distinciones morales objetivas, por lo que dicha competencia da lugar a un estado permanente de guerra de todos contra todos, en el que cada hombre se guía exclusivamente por la obtención de su propio beneficio o interés sin importarle si es bueno o malo lo que hace. En el hombre no hay límites para obtener sus deseos más que la oposición que pueda encontrar en otro ser humano. Por lo tanto, Hobbes sostiene que «el hombre es un lobo para el hombre», y sugiere que las pasiones son un elemento negativo de la conducta humana, que convierten al ser humano en malo por naturaleza. Finalmente, sostiene que la naturaleza humana se distingue por: 1) las pasiones que lo llevan hacia la guerra y la paz; y 2) la razón. Al respecto, Hobbes ora: «Las pasiones que inclinan a los hombres hacia la paz son: el temor a la muerte, y el deseo de aquellas cosas que son necesarias para una vida confortable» (*Leviatán*, XIII).

cia. Recordemos que Rudolf Kjellen<sup>11</sup> (Suecia, 1864-1922), en su celebre obra titulada *El Estado como forma de vida*, sintetiza la importancia que reviste la creación de ese ente abstracto y jurídico llamado Estado en la vida política de los pueblos, dando lugar al origen del término y concepto de la geopolítica<sup>12</sup>.

En esta línea de pensamiento, «las necesidades biológicas hacen al poder político del estado; así como el Estado hace a la conservación de su pueblo». Es decir, los Estados están sujetos a la ley natural de crecimiento y se manifiestan como organismos vivos, que nacen, se desarrollan y en algunos casos mueren o indefectiblemente se transforman.

El Estado está llamado a responder al cambio interno y externo, «estructura y entorno», para continuar con su proceso biológico; ya que en caso de no interpretar lo que vive —o bien resistirse al cambio, «políticas de estado: acciones destinadas a satisfacer las necesidades de una población»—, corre el riesgo de ingresar en un proceso conflictivo de conmoción interior o exterior que puede afectar su integridad territorial, iniciándose esto con pequeñas desmembraciones hasta perder su entidad colectiva.

Tal es el caso del pueblo de Ucrania, cuya historia comienza en el año 882 d.C. con el establecimiento del Rus de Kiev o federación de tribus eslavas en Europa del este. Entre las etnias eslavas, los ucranianos se convirtieron en el centro de esa organización social y su territorio fue uno de los más prósperos y habitados del continente europeo de la época. Sin embargo, en el año 1256 fueron invadidos

por los mongoles y reducidos en poco tiempo a cenizas.

Tras ese fenómeno invasivo, la población y la cultura ucraniana comenzó a peregrinar durante varios siglos hasta que, en épocas del Imperio ruso (1721) su etnia fue discriminada, y se procuró que su idioma ruteno fuese olvidado con la intención de hacerlo desaparecer. Pero con la ruptura del imperio ruso —tras la revolución bolchevique de 1917—, el pueblo ucraniano inició una guerra por su independencia; sin embargo, sus intentos fueron vanos, al ser derrotados y su territorio repartido entre Polonia y la Unión Soviética. Esta última le asignó en 1921 un muy reducido territorio al que denominaron República Socialista Soviética de Ucrania. El pueblo ucraniano pasó a ser una de las repúblicas fundadoras de la Unión Soviética (partido Obrero Ruso) junto a la República de Bielorrusia y la República Transcaucásica (Armenia, Georgia, Azerbaiyán)<sup>13</sup>.

Durante la existencia de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS, 1922-1991), el pueblo ucraniano fue agredido étnicamente y su idioma suprimido por el movimiento de rusificación de Ucrania, motivo por el cual, actualmente, tantas personas allí son rusohablantes. Finalmente, tras la disolución de la URSS, Ucrania reinició su proceso de independencia identitaria, la que alcanzó con su Constitución jurídica el 28 de junio de 1996 en medio de un clima político y social de resistencias —internas y externas— que le impiden ejercer con plenitud la soberanía de un Estado democrático.

<sup>11</sup> Para Kjellen, el espacio vital es el área de influencia de un Estado, área que este necesita imprescindiblemente para existir. Sus elementos de estudio son: 1) espacio: tamaño y forma, 2) situación respecto al mar, 3) incremento o disminución del poder propio y vecino, y 4) valor de la geografía en la historia de ese Estado.

<sup>12</sup> Es la ciencia que concibe al Estado como un organismo geográfico o como un fenómeno en el espacio. Es una especie de «política geográfica» (Kjellen, 1918).

<sup>13</sup> Tratado de creación de la URSS a partir del 22 de diciembre de 1922.

## UNA DIMENSIÓN GEOESTRATÉGICA

La realidad cronológica por la que atraviesa la vida de los pueblos —Ucrania—, nos permite incorporar otro elemento del poder político estatal, que llamamos dimensionamiento geoestratégico o espacio vital. O sea, el Estado ocupa un lugar distintivo, o no, en relación con otros Estados contiguos, de pertenencia regional, continental o mundial. Decimos esto porque la geografía de un Estado le confiere un determinado posicionamiento estratégico sobre la base de su ubicación territorial, marítima y espacial, más allá del potencial del que en materia de recursos naturales y tecnológicos pueda disponer o eventualmente desarrollar.

En principio, la geografía de un Estado desempeña un papel decisivo en la vida de los pueblos, el que está íntimamente ligado con sus posibilidades de desarrollo. Al respecto, resulta pertinente incorporar el pensamiento de Friedrich Ratzel<sup>14</sup>, autor considerado el fundador de la geografía política moderna, cuando cita: «... Los Estados tienden a ocupar espacios (territorios) cada vez mayores, en función de su propio progreso biológico, lo que representa incrementar el número de kilómetros cuadrados, su fuerza colectiva, su riqueza, su poder y, finalmente, su duración» (Ratzel, 1895). Cabe contextualizar que la obra de Ratzel, titulada *Geografía política*, fue escrita en tiempos de la unificación bismarckiana, y sirvió de base para justificar teóricamente la política imperialista o de expansión empleada por Alemania durante el Tercer Reich («imperio») en concordancia con su principal ideólogo, Karl Haushofer.

Haushofer (2001) promovió en Alemania el concepto de espacio vital, según el cual el Estado que no posee el territorio suficiente para alcanzar su desarrollo biológico tiene el derecho de extender su influencia física, cultural y económica sobre otro. Para Haushofer, si un Estado poderoso es pequeño, tiene el derecho de ampliar su territorio si quiere seguir siendo poderoso.

El pensamiento descrito sobre un espacio vital les proporciona a los poderes políticos de los Estados dos alternativas estratégicas:

1°. Una concepción «expansionista» de vida que tendrá como causa inmediata la necesidad biológica de desarrollo y evolución humana; y

2°. Una concepción de «supervivencia» que tendrá como causa inmediata la necesidad de conformar, y sostener en todo momento, un sistema de seguridad nacional e internacional que le permita a su pueblo vivir en armonía y equilibrio.

Esta visión, «quizás desplegada anteriormente por Tucídides, Aníbal, Alejandro Magno, Julio Cesar, Ciro, o Darío entre otros militares estrategas que disputaron un protagonismo trascendente en la vida de Grecia, Roma, y Persia», advierte sobre la importancia que reviste resguardar y controlar la existencia de fronteras naturales entre los pueblos, pues las fronteras o límites de separación territorial se convertirán en espacios geográficos inciertos, frágiles y vulnerables a los intereses de otros Estados que estén en capacidad de incidir real o potencialmente por las razones expuestas en los puntos 1° y 2° preconcebidos.

Cabe recordar que, en la idea de Haushofer, la existencia de un Estado quedaba garantiza-

<sup>14</sup>La geopolítica es la ciencia que establece que las características y condiciones geográficas, en especial los grandes espacios, desempeñan un papel decisivo en la vida de los Estados, y que el individuo y la sociedad humana dependen del suelo en que viven, estando su destino determinado por las leyes de la geografía, aspecto que le permite al conductor político el sentido geográfico necesario para gobernar (Ratzel, 1999 [1894]).

da cuando dispusiera del suficiente espacio «terrestre, marítimo y aéreo» que le permitiera atender y satisfacer sus necesidades; razón por la cual esa noción toma una real significación en las relaciones internacionales, las que más allá del enfoque realista, neoliberal o constructivista que le podamos dar a las interpretaciones y análisis de los fenómenos intra o interestatales que acontecen en el mundo, nos están develando un escenario de conflicto permanente que el «Hombre-Estado» deberá enfrentar con una capacidad de conducción estratégica nacional e internacional acorde con la multiplicidad de intereses en disputas. Esta es una de las cuestiones que la Federación de Rusia conoce y se presenta de manera recurrente tras la pérdida temporaria de un espacio geopolítico que cedió a Occidente en 1991 y que procura recuperar como parte de una fuerza identitaria que hace a su poder real.

Con esa concepción de dimensionamiento geoestratégico estatal, al que llamaremos de «acción y reacción»<sup>15</sup>, las relaciones políticas internacionales durante el siglo XX exteriorizaron su poder soberano, mediante cuatro mecanismos de vinculación que están en íntima relación con sus intereses y objetivos políticos. Ellos son: 1) el empleo de la fuerza o poder militar = coacción, 2) la diplomacia = buenos

oficios<sup>16</sup>, 3) la comunicación oportuna con carácter persuasivo o disuasivo «sean estas de alcance regional, continental o mundial» = advertencia, y 4) la producción, empleo y transferencia de tecnología y conocimiento = economía de mercado. Advierto que los mecanismos 1) y 2) son antiguos en el tiempo (Edad Antigua y Media, respectivamente), pero que los mecanismos 3) y 4) son propios del siglo XX y se emplean con énfasis en el siglo XXI.

## UNA DIMENSIÓN DE FUERZA E IMPERATIVO LEGAL

En este orden de ideas y, junto con los elementos de juicio vertidos hasta este momento, aparece un tercer elemento del poder político estatal que es la seguridad, la que se presenta como un valor jurídico natural y positivo. Esa seguridad aborda al ser<sup>17</sup> con la capacidad de ocupar en él un estadio<sup>18</sup> de certeza, pero al mismo tiempo de incertidumbre, que real o potencialmente puede condicionar su nivel de equilibrio y afectar su condición de vida. Es por ello que la seguridad, en todo tiempo y lugar, se convierte en un atributo de poder que forma parte de la esencia misma de ese ser al que llamamos sujeto<sup>19</sup> de derecho<sup>20</sup>, pudiendo

<sup>15</sup> Son acciones de decisión política generadas ante la necesidad de cambio, y decisiones de reacción de los pueblos ante la acción que adopta un sistema de gobierno estatal o internacional que involucra sus intereses vitales.

<sup>16</sup> En especial, por medio de principios y propósitos exteriorizados en el art. 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

<sup>17</sup> La palabra «ser» pretende abarcar el ámbito de lo real en sentido ontológico general, es decir, la realidad por antonomasia o realidad por le toca vivir a todo ente (Orgaz, 1951)

<sup>18</sup> Entendemos por estadio a la situación por la que atraviesa un ente o sujeto de derecho en un momento, lugar y condición determinada. Situación de certeza o incertidumbre.

<sup>19</sup> Para Orgaz (1951, p. 415), el sujeto es el ente o persona activa o pasiva de las relaciones jurídicas, y la persona es todo ente capaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones.

<sup>20</sup> Para Cossio (1956), el derecho es toda «conducta humana en interferencia intersubjetiva». Es decir que el derecho se manifiesta a través del comportamiento del sujeto, ya sea este una persona, uno o más Estados y una o más organizaciones internacionales que, en su relación con terceros —vínculo jurídico—, da lugar a que sus acciones u

identificarse como una persona, un Estado nación, o una organización internacional.

Se presume que, en un estadio de alteridad del ente, la seguridad de las personas o ciudadanos de un Estado nación pasa a estar garantizada cuando la propia seguridad del Estado también lo está. Este es el modelo tradicional de seguridad que queda reflejado en el concepto que utiliza Kennan (1948)<sup>21</sup> cuando dice que la seguridad nacional es «... la capacidad continuada de un país para proseguir el desarrollo de su vida interna sin interferencia seria, o amenaza de interferencia de potencias extranjeras» (p. 16).

Bajo esa concepción, la seguridad de mediados de siglo XX (ONU, 1945) y XXI parte de un sujeto de derecho estatal que, por voluntad propia, pasa a conformar una pluralidad de Estados nacionales que se reconocen políticamente iguales, con exclusividad soberana, y que están dispuestos a regular sus relaciones entre sí por medio de tratados y convenciones —normas jurídicas del derecho internacional público<sup>22</sup>—, sin menoscabar por ello su bien jurídico a tutelar que le es propio, es decir, la libertad y la independencia. Al respecto, dice Kelsen:

Estos tratados son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, que constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados forman comunidades internacionales parciales. (Kelsen, 1987, p. 199).

Es pertinente aclarar que de estos tratados y convenciones firmados por los Estados nación para acordar vínculos y regular sus relaciones oficiosas, surgió la creación de la Organización de las Naciones Unidas (tras dos guerras mundiales que pusieron de manifiesto lo vulnerables que son las relaciones internacionales), mediante un instrumento jurídico denominado Carta de las Naciones Unidas<sup>23</sup>. En ese documento, los Estados miembros que componen la organización delegaron potestades que les son propias en el ámbito interno o doméstico, para ponerlas en un plano supranacional con el propósito y el principio fundamental de mantener y garantizar la paz mundial respondiendo a intereses y realidades comunes. Ese es el caso de la «seguridad

---

omisiones, su hacer o no hacer, su dar o no dar, generen efectos susceptibles de apreciación jurídica, y por lo tanto de aprobación o reproche.

<sup>21</sup> Kennan fue el autor de la doctrina de la contención. Su mandato como primer director del Equipo de Planeamiento Político del Departamento de Estado Norteamericano de fines de la década de 1940 lo llevó a que sus escritos impulsaran la doctrina del presidente Truman y lo convirtió en una autoridad en la Guerra Fría por el resto de su vida.

<sup>22</sup> Para Pastor Ridruejo (2001), el derecho internacional público sería el conjunto de normas que regulan las relaciones mutuas de los Estados y, con mayor generalidad, aquellas relaciones jurídicas con capacidad de establecerse entre colectividades que no dependan de una autoridad política común. Comparado con los derechos internos de los Estados, el derecho internacional público se nos presenta como una disciplina jurídica especialmente problemática, caracterizada por unas acusadas carencias institucionales que motivan incertidumbre y relativismo en el plano normativo. Los que crean el derecho internacional son los propios Estados.

<sup>23</sup> Instrumento jurídico de derecho internacional público, sancionado en San Francisco el 26 de junio de 1945, mediante el cual los pueblos de las Naciones Unidas se comprometieron en el Preámbulo (6º par.) y en los Propósitos (Cap. 1, art. 1.1), a unir sus fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y que no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común.

internacional», que fue creada por voluntad y acuerdo de los Estados, y diseñada bajo una estructura sistémica colectiva.

El diseño sistémico colectivo nos permite colegir que la seguridad internacional no solo es el resultado de la suma de cada una de las seguridades nacionales de los Estados miembros que integran la Organización de las Naciones Unidas (ONU)<sup>24</sup>, sino el cumplimiento del compromiso asumido en la Carta. Pero nada de esto ocurrió entre Ucrania y Rusia, y tanto la Carta de las Naciones Unidas como los órganos responsables de aplicarla han sido, una vez más, ineficaces.

De hecho y de derecho, el 25 de febrero de 2022 el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mostró su incapacidad para poder adoptar una resolución y detener la guerra, dado que Rusia —siendo uno de los miembros permanentes de ese órgano intergubernamental de la ONU— la vetó, motivo por el cual la eficacia jurídica condiciona la validez de la norma y deja en crisis no solo al sistema de seguridad colectivo sino al derecho internacional público que rige sus relaciones.

De igual modo aconteció con la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), que aprobó la Resolución A/RES-11/L.1, el 2 de marzo de 2022, en respuesta a la invasión rusa en territorio ucraniano, apelando al artículo 2, aps. 1 y 4 de la Carta de las Naciones Unidas, cuando cita:

... La Organización está basada en la igualdad soberana de todos sus Miembros (...) Los Miembros de la Organización en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia po-

lítica de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas. (AGNU, 2022)

No obstante, esa resolución se convirtió en una mera expresión de deseo, pues la AGNU no cuenta con los medios para detener a Rusia y así quedó demostrado en la votación que llevaron a cabo los Estados miembros que estuvieron presentes.

Si bien las resoluciones de la AGNU no son vinculantes, reflejan la posición de los 193 Estados miembros de la ONU, dentro de los cuales 141 Estados votaron a favor, cinco Estados votaron en contra: Rusia, Bielorrusia, Siria, Corea del Norte y Eritrea, y 35 Estados se abstuvieron: China, India, Irán, Irak, Pakistán, Mongolia, Armenia, Kazajistán, Bolivia, Cuba, El Salvador, Nicaragua, Sudáfrica, República Centroafricana, Sudán, entre otros.

Sobre este silogismo racional, resulta evidente que el derecho estatal logra prevalecer sobre las prescripciones jurídicas de la Carta de las Naciones Unidas y que, en definitiva, el derecho internacional público es el resultado del ejercicio del poder que en política jurídica construyen los Estados.

## **EFFECTOS MULTIPLICADORES PARA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL**

Tras un análisis de referencia secuencial de la temática en cuestión, podemos concebir que el principal efecto controversial que se presenta en el relacionamiento internacional está dado por la diferencia de potestades jurídicas que asumen los Estados miembros de las

<sup>24</sup>Organización de carácter mundial, que tiene como propósito mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin tomar todas las medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz (Carta de las Naciones Unidas, Capítulo 1, ap. 1.1).

Naciones Unidas reconociendo la superioridad de unos con respecto a otros.

Esta circunstancia por la que atraviesa el Consejo de Seguridad le permite a los Estados miembros permanentes —o P5<sup>25</sup>— que se encuentran en esa posición distintiva, ejercer un concepto amplio de soberanía normativa (como lo ocurrido en el caso en estudio), dentro del cual la Federación de Rusia tiene la capacidad para influir e intervenir a nivel internacional en el marco de un constructivismo jurídico<sup>26</sup>, pues está en condiciones de actuar dentro o fuera de las reglas de la ONU, pudiendo generar nuevas interpretaciones jurídicas en la Carta de las Naciones Unidas hasta dar lugar a la reinstitucionalización del uso de la fuerza<sup>27</sup>. En palabras de Hart (2007): «La validez de las normas internacionales se decide simplemente por la circunstancia de si son aceptadas y funcionan como tales» (p. 137).

A mi juicio, la invasión de Rusia sobre Ucrania no solo desafía el sistema de seguridad colectiva de la ONU sino el de la Unión Europea y hasta el de la propia Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN). Rusia conoce en detalle los efectos de la guerra y las consecuencias inmediatas a la que se expuso. Nada de lo que ocurra le es desconocido. Si Rusia

quiere tener un corredor terrestre desde Dombas hacia Crimea, necesita controlar la ciudad de Mariupol<sup>28</sup>. La sumatoria de tácticas diseñadas por Rusia para este conflicto bélico está direccionada en reforzar su liderazgo sobre el continente europeo y devolverle a su pueblo el protagonismo mundial de una potencia hegemónica. Para ello, dispone del mayor potencial termonuclear del mundo y recursos energéticos suficientes y necesarios para abastecer, a bajos costos, las necesidades actuales de Europa y de China que, en caso de limitarlos como represalia de las sanciones<sup>29</sup> impuestas por Occidente, produciría una crisis económica y financiera a nivel mundial de proporciones mayores a las que en estos tiempos atraviesan las economías regionales y domésticas de los Estados, acrecentando la crisis que arrastran desde que comenzó la pandemia mundial del SARS-CoV-2 (Coronavirus, COVID-19).

Desde un análisis estratégico<sup>30</sup> puedo advertir que, detrás de este conflicto, habrá un nuevo redimensionamiento del poder geopolítico en las relaciones internacionales, el que Rusia puso en marcha bajo el principio llamado «razones para la acción y reacción». Bajo tales afirmaciones, resulta conveniente que el lector constate índices específicos que prueban las capacida-

<sup>25</sup> MPCS/P5: Estados Unidos de América, China, Rusia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Francia.

<sup>26</sup> El constructivismo jurídico es la posición que asume uno o más Estados que tienen la capacidad de ejercicio para poder imponer reglas de conducta que alteran o modifican lo acordado y suscrito en la Carta de las Naciones Unidas, haciendo prevalecer su voluntad soberana por encima de la validez normativa (Moriconi, 2021, p. 443).

<sup>27</sup> Carta de las Naciones Unidas, artículos 2.4, 51, 103 y concordantes.

<sup>28</sup> Tácticamente, Mariupol no solo es una gran ciudad portuaria, sino un centro metalúrgico de siderurgia, fabricación de máquinas pesadas, astilleros destinados a la reparación de barcos y un golpe económico para Ucrania.

<sup>29</sup> Confiscación de bienes y activos rusos (p.ej. Suiza); retiro de buenos oficios (personal diplomático); cierre de exportaciones (pérdida de mercado), cierre de espacios aéreos y suspensión de vuelos de bandera; impedimento de ingreso de ciudadanos rusos a otros países (bloqueo de pasaportes); salida del Swift (menos Banco de Gazprom y Banco Oficial Ruso); neutralización de comunicaciones satelitales (Meta), empleo del poder duro y blando.

<sup>30</sup> Es la integración de las decisiones y movimientos que realizan los actores intervinientes en el conflicto junto a los factores determinantes seleccionados para visualizar el tiempo que demanda alcanzar el objetivo representado.

| PAIS                   | Forma de Gobierno   | Superficie                 | Población                | Producto Bruto Interno <sup>1</sup> | Fuerzas Armadas / Gasto Militar                       | Recursos Energéticos   | Proyección del Poder Real          |
|------------------------|---|----------------------------|--------------------------|-------------------------------------|---|--|------------------------------------|
| <b>Federación RUSA</b> | República Federal Semi-parlamentaria con economía socialista    | 17 Mill Km2<br>1° Mundial  | 146 Mill<br>9° Mundial   | 4.7 Bill<br>6° Mundial              | 1 Mill de Fuerzas Activas<br>3° Presupuesto Mundial   | 1° Res Gas<br>2° Res de Carbón y<br>8° Res de Petróleo en el Mundo | Amplio Armas Nucleares<br>7100     |
| <b>Unión Europea</b>   | Unidad Supranacional  | 4,2 Mill Km2               | 446 Mill<br>3° Mundial   | 18.3 Bill<br>3° Mundial             | OSCE y OTAN<br>5° Presupuesto Mundial                 | Escasos  | Amplio Armas Nucleares<br>635      |
| <b>ESTADOS UNIDOS</b>  | República Federal Constitucional con economía mixta capitalista | 9.1 Mill Km2<br>4° Mundial | 326 Mill<br>3° Mundial   | 22.3 Bill<br>2° Mundial             | 1.4 Mill de Fuerzas activas<br>1° Presupuesto Mundial | 3° productor de petróleo<br>1° productor de energía nuclear        | Expansivo Armas Nucleares<br>5900  |
| <b>CHINA</b>           | República Popular Socialista con economía de mercado            | 9.6 Mill Km2<br>3° Mundial | 1.400 Mill<br>1° Mundial | 29.2 Bill<br>1° Mundial             | 2.3 Mill de Fuerzas activas<br>2° Presupuesto Mundial | No reviste relevancia  | Restringido Armas Nucleares<br>350 |

**Figura N° 1** - Cuadro Comparativo entre la Federación de Rusia, la UE, EEUU y China en el Siglo XXI.

<sup>1</sup> Es la suma de todos los bienes y servicios finales producidos por un país en un año, de acuerdo con las mediciones realizadas por el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) y el anuario *The World Factbook* publicado por la Agencia Central de Inteligencia Norteamericana (CIA). En término *nominales* significa que el PBI de cada uno de los países o territorios, es convertido de sus respectivas monedas nacionales a dólares estadounidenses según las tasas o tipos de cambio oficiales correspondientes a un promedio anual.

des de respuesta de aquellos Estados que se encuentran involucrados con mayor o menor interés en el conflicto, para evaluar su grado de compromiso y evolución del conflicto:

Basta con advertir los datos que nos proporciona este cuadro comparativo (Ver Figura N 1) para determinar que, en el siglo XXI, el poder político mundial se ha redimensionado geopolítica y estratégicamente bajo un enfoque estatal biológico, espacial y de seguridad aleatoria<sup>31</sup>, cuyo centro de gravedad no está

en definir un nuevo orden internacional caracterizado por un poder político uni, bi, tri o multipolar, sino en generar espacios de equilibrio regional que respondan a identidades comunes de los actores estatales que se relacionan, pues en caso de que esto no suceda —«resguardar espacios de equilibrio regional entre actores estatales que tienen identidades comunes»—, aumentará la desconfianza entre los actores estatales de una región con otra y entre los propios actores estatales,

<sup>31</sup> La seguridad aleatoria es un sistema en el cual varios Estados que comparten real o potencialmente intereses estratégicos comunes confluyen sus fuerzas militares para alcanzar un objetivo o generar un espacio de equilibrio regional que, en caso de no hacerlo, los volvería susceptibles de verse seriamente afectados por daños colaterales de otros actores (Moriconi, 2014).

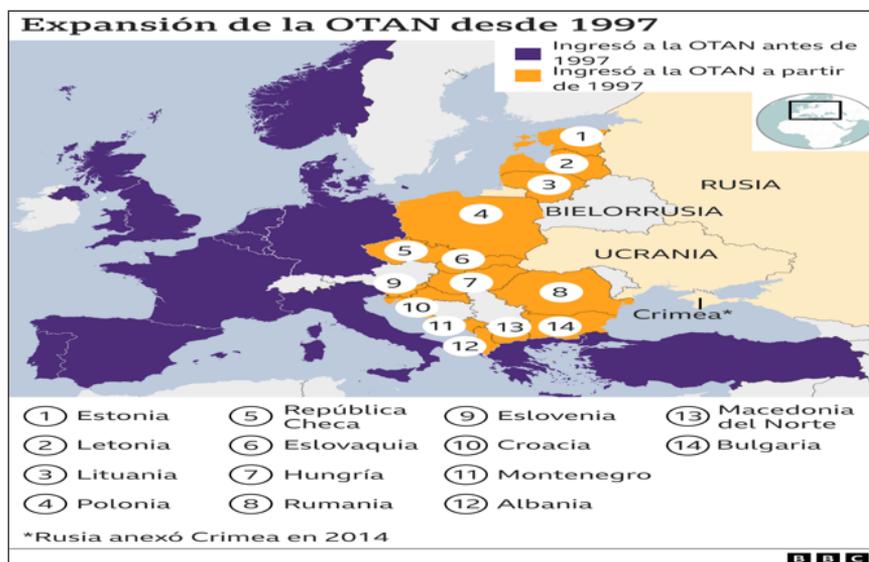


Figura 2 – Expansión de la OTAN desde 1997 a 2022

comprometiendo la seguridad geopolítica de cada continente.

Reitero, este escenario es actualmente visible en Europa, dentro del cual la Federación de Rusia procura retomar su poder político de liderazgo, el que se vio amenazado tras la disolución de la URSS y la posterior incorporación de un número de Estados a la OTAN (que data de año 1949)<sup>32</sup>; una alianza transatlántica defensiva y ofensiva liderada por Estados Unidos y secundada por el Reino Unido y Francia para neutralizar la influencia de Rusia en Europa. El cuadro siguiente (Ver Figura N 2) muestra el crecimiento de la OTAN y reafirma la exposición de motivos:

Desde la sana crítica racional, ningún Estado quiere entrar en una zona de conflicto<sup>33</sup>, sea o no permanente, ni ser parte de un espacio regional que se ve amenazado por disputas intra o interestatales recurrentes. Los conflictos bélicos traen muerte, desolación, pobreza, inestabilidad, y violaciones permanentes a los derechos humanos. En el caso puntual, los efectos han sido multiplicadores, generando: 1) migraciones masivas a países de la región u otros países del mundo; 2) financiamiento y endeudamiento sobre la venta y entrega de equipo y armamento; 3) reestructuración de buenos oficios (diplomacia, acuerdos); 4) pérdida de

<sup>32</sup>Se trata de una alianza militar intergubernamental que se rige por el Tratado del Atlántico Norte o Tratado de Washington, firmado el 4 de abril de 1949. La organización constituye un sistema de defensa colectivo en el cual los Estados integrantes acordaron defender a cualquiera de sus miembros que sea atacado por otro Estado.

<sup>33</sup>Especial atención a las relaciones internacionales que en forma bilateral han generado Cuba, Venezuela, Bolivia, Nicaragua, Brasil, y Argentina—entre otros países— con Rusia y China, puesto que difieren culturalmente en sus formas de gobierno, y en el ejercicio del poder político estatal. De hecho, les han abierto la puerta a Latinoamérica pudiendo geoestratégicamente actuar bajo la ecuación fuerza-recursos-espacio-tecnología en el continente americano, e ingresar a una zona de paz en la que pretenden confrontar con los estadounidenses.

cupos en los mercados (de bienes y servicios); 5) suspensión de vuelos comerciales de bandera y cierres selectivos; 6) restricciones de ingreso de ciudadanos según su nacionalidad a otros países; 7) blanqueo del código Swift; 8) neutralización de comunicaciones satelitales para alterar los sistemas; 9) empleo del poder duro, blando o neutral según las circunstancias por las que atraviese cada Estado miembro de la comunidad internacional; 10) inflación de precios en los bienes y servicios (en especial, gas y petróleo); 11) alteración en la cadena de suministros de bienes y servicios; y 12) recesión productiva en la economía de los Estados, entre otros efectos. De allí la importancia que revisten las políticas de Estado para garantizar la vida digna de su pueblo en el marco de las relaciones internacionales.

## CONCLUSIONES

La invasión de Rusia sobre Ucrania evidencia que el siglo XXI exige al poder político de los Estados que actúen en concordancia con el dimensionamiento geoestratégico que están atravesando las relaciones internacionales, a fin de resguardar su propia identidad y la conservación de sus pueblos, en el marco de un escenario conflictivo que reúne los siguientes presupuestos comunes:

- 1) Las fronteras de los Estados retoman su valor geopolítico y geoestratégico, diferenciándose así del efecto económico de la globalización.
- 2) La seguridad estatal depende de una conducción estratégica nacional diseñada por capacidades reales y potenciales. Las hipótesis de conflicto son indefinidas y multiformes.
- 3) Los Estados democráticos son proclives a defender la paz y las libertades individuales y colectivas del mundo, pero al mismo

tiempo son vulnerables a las diferencias culturales que hacen a la identidad y forma de vida de otros pueblos.

- 4) El poder político de los Estados converge en alcanzar alianzas estratégicas o espacios de equilibrio regional que les permitan conservar su territorio como zona de paz, más aún cuando las armas de destrucción masiva (ADM) continúan ejerciendo un poder real desequilibrante por parte de aquellos Estados que las detentan.

Por ese motivo, si los Estados miembros de la ONU no aplican de manera pertinente la disposición u orden normativa que contiene el derecho internacional público en la Carta de las Naciones Unidas, habrán habilitado jurídicamente y de manera supletoria una razón para la acción.

De hecho, y para el caso concreto, parte de la comunidad internacional ha respondido con sanciones en contra del ataque ruso sobre Ucrania. Y digo «parte de la comunidad internacional», porque no ha sido una sanción impuesta por la ONU sino por determinados Estados que advierten lo que significa un conflicto en Europa teniendo como principal actor beligerante a una potencia nuclear, cuya razón para la acción responde a una razón suficiente.

A mi modo de ver, la razón para la acción responde a la capacidad de ejercicio que posee un Estado para poder actuar unilateralmente en concordancia y defensa de sus intereses vitales constitucionales; ya que, de no hacerlo oportunamente, pone en riesgo su propia seguridad nacional y su área de influencia. Esta situación es el resultado o la consecuencia directa que se presenta ante la ausencia de aplicación de la norma internacional, convirtiéndose el órgano responsable de cumplirla en un centro de imputación de la norma.

Si esto sucede, el derecho internacional público le confiere implícitamente al Estado razones suficientes para actuar bajo un determinado comportamiento y no otro. Ese otro comportamiento forma parte de una razón excluyente que lleva al Estado a no actuar de una manera y sí de otra, aun cuando esa razón para la acción contraría o altere la regla prescrita en la Carta de las Naciones Unidas y los compromisos asumidos convencionalmente como miembros de la ONU.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas (2022). Resolución ES-11/1. <https://digitallibrary.un.org>
- Beaufre, A. (1964). *Disuasión y estrategia*. Colin.
- (1982). *Estrategia de la acción*. Pleamar.
- Bidart Campos, G. (1999). *Lecciones elementales de política*. Ediar.
- Constitución de la Republica de Ucrania. (2001). Ediar.
- Cossio, C. (1956). *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. 2.º ed. Arayú.
- García Ghirelli, L. (2016). *Tratados y documentos internacionales*. 25.º ed. Zavalía.
- Hart, H. (2007). *El concepto de derecho*. Abeledo Perrot.
- Haushofer, K. (2001 [1925]). *Manual de geopolítica del Océano Pacífico*. Tecnos.
- Hobbes, T. (1981). *Leviatán. La materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (1987). *Teoría pura del derecho*. Universitaria de Buenos Aires.
- Kennan, G. (1995 [1946]). *Al final de un siglo: Reflexiones, 1982-1995*. Fondo de Cultura Económica.
- Kjellen, R. (1981 [1918]). *El Estado como forma de vida*. Biblioteca del Oficial del Círculo Militar.
- Molina, I. (1998). *Conceptos fundamentales de ciencia política*. Alianza.
- Moriconi, A. (2021). *Eficacia jurídica del Consejo de Seguridad de la ONU en el marco del DIP: En torno a EE. UU. e Irak 2001/2003*. Autores de Argentina.
- Organización de las Naciones Unidas (1945). Carta de las Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>
- Orgaz, A. (1951 [1933]). *Diccionario elemental de derecho y ciencias sociales*. 2.º ed. Assandri.
- Pastor Ridruejo, J. (2001). *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Tecnos.
- Ratzel, F. (1960 [1895]). *Geografía política*. Centro Editor de Cultura.
- Rousseau, J. (2007). *El contrato social*. Centro Editor de Cultura.
- Taylor, P. (2002 [1994]). *Geografía política. Economía-mundo, Estado-nación y localidad*. Trama.

**Alejandro Alberto Moriconi**

Perfil académico y profesional: Doctor en Ciencias Jurídicas. Especialista en Derecho Internacional. Profesor Universitario en Ciencias Jurídicas. Abogado. Escribano. Licenciado en Estrategia, mediador y analista de escenarios. Profesor Titular de las asignaturas Introducción al Derecho de las carreras de Abogacía, Escribanía y Procuración de la Universidad Nacional de La Rioja.

alejandromoriconi@hotmail.com

ORCID: 0000-0003-2241-5226

## Jurisprudencia y Doctrina





# Extensión de las normas tuitivas del derecho laboral al estadio previo de la formación definitiva del contrato de trabajo<sup>1</sup>

Extension of the Protective Rules of Labor Law to the Previous Stage of the Definitive Formation of the Employment Contract

Diego Javier Tula<sup>2</sup>

## Resumen

La Ley de Contrato de Trabajo y sus normas complementarias se ocupan de equilibrar esa desigualdad negociadora inicial a lo largo de la vida de la relación laboral y, específicamente, al momento de su extinción; pero silencia a la hora de extender su manto tuitivo a la etapa de formación del contrato.

Frente a la ausencia de normas específicas en la legislación laboral, deben construirse soluciones propias. El presente trabajo propone identificar las etapas de gestación del contrato de trabajo, describir con precisión las situaciones problemáticas que a partir de ello se generan y proponer soluciones para evitar que desde determinadas posiciones contractuales prevalentes se puedan afectar los derechos de quien en la relación aparece en situación de mayor debilidad jurídica, económica o social, sin posibilidad de negociar los términos del contrato que debe o desea celebrar.

**Palabras clave:** responsabilidad - precontractual - discriminación - consentimiento - contrato

## Abstract

The Labor Contract Law and its complementary regulations deal with balancing that initial negotiation inequality throughout the life of the employment relationship and, specifically, at the time of its termination; but it is silent when it comes to extending its protective mantle to the contract formation stage.

In the absence of specific rules in the labor legislation, it is necessary to find our own solutions. The present work proposes to identify the gestation stages of the employment contract, to describe with precision the problematic situations that are generated from it, and to propose solutions to prevent certain prevailing contractual positions from affecting the rights of those who appear in a situation of greater legal, economic or social weakness in the relationship, without the possibility of negotiating the terms of the contract that they must or wish to enter into.

**Keywords:** liability - precontractual - discrimination - consent - contract

## Derecho/ jurisprudencia y doctrina

Citar: Tula, D. J. (2022). Extensión de las normas tuitivas del derecho laboral al estadio previo de la formación definitiva del contrato de trabajo. *Omnia. Derecho y sociedad*, 5 (2), pp. 71-86.

<sup>1</sup> El presente trabajo es resultado del proyecto de investigación denominado «Extensión de las normas tuitivas del derecho laboral» desarrollado en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta y aprobado por Resolución Rectoral n.º 103/21. El equipo de investigación estuvo conformado por el doctor Diego Javier Tula (director), el doctor Claudio Alberto Aquino y la abogada Emilce Gullelmotti.

<sup>2</sup> Universidad Católica de Salta.

## INTRODUCCIÓN

No es frecuente que los autores laboralistas dediquen mayores desarrollos al análisis de la etapa previa al perfeccionamiento del contrato de trabajo.

Quienes lo hacen tienden a ubicarlo conceptualmente en capítulos diferentes destinados al desarrollo de la noción del contrato de trabajo, asociándolo con distintos ámbitos de la realidad social (en especial lo vinculan con la discriminación en el acceso al empleo). Y si bien es cierto que la discriminación en la etapa precontractual abarca un campo de estudio importante dentro de este instituto, mal puede resumirse en ella.

La categoría de contratos asimétricos se define por oposición a los vínculos paritarios, categoría que incluye al contrato de consumo pero que no lo agota, pues nuclea además a los contratos entre empresarios en los cuales uno de ellos, por su posición en el mercado — en la sociedad—, se encuentra en inferioridad jurídica. En la doctrina comparada ya se afirma incluso que la categoría de contrato asimétrico es la que ocupa realmente el centro del nuevo derecho contractual y la que vendrá a recomponer el área en su unidad luego de la implosión provocada por el surgimiento del derecho del consumidor.

Esta categoría encuentra fundamento normativo el art. 11 del Código Civil y Comercial de la Nación que específicamente determina que las exigencias que determinan el principio de buena fe (art. 9) y el principio que proscribe el abuso del derecho (art. 10) se aplican también cuando «se abuse de una posición dominante en el mercado». Es destacable que el legislador tome un supuesto particular de abuso del derecho y de violación a la buena fe negocial y lo eleve a la categoría de directiva general que guía el ejercicio de los derechos. Con ello

se identifica y nomina un específico supuesto de relaciones jurídicas *desequilibradas*, donde cabe ubicar al contrato de trabajo.

Precisamente, el abuso de la posición dominante da cuenta de la situación real en el mercado, donde los sujetos —personas físicas o jurídicas— ocupan una posición *ab initio* diferente, dada por factores económicos, organizacionales, informacionales, etcétera.

El Código Civil y Comercial ha incorporado valiosas normas en este sentido, tanto en la parte general del contrato (arts. 984, 985, 986, 987, 1073, 1074 y concordantes), como normas específicas en determinados tipos contractuales. Sin embargo, en el marco de la precontractualidad (tratativas preliminares y pactos previos) no se ha analizado el régimen jurídico que debería asistir a estas asimetrías negociales. En definitiva, el régimen precontractual en los contratos asimétricos no consumeriles (como el contrato de trabajo) navega entre la tutela de la negociación contractual y la protección del débil jurídico.

Tales son los bienes protegidos, y en consecuencia las reglas serán diferenciadas a las que típicamente se propugnan para los contratos paritarios. Sin embargo, tampoco cabe una plena identificación con los deberes precontractuales propios de los contratos de consumo.

En la etapa precontractual, la negociación de contratos asimétricos, o más específicamente de contratos asimétricos que no involucran consumidores tales como el contrato de trabajo, requiere mecanismos jurídicos específicos destinados no solo a proteger la justa y eficiente negociación contractual, sino también la protección del contratante débil.

Las tratativas previas a la concreción del contrato de trabajo suelen ser breves. Pese a ello, en algunos casos pueden llegar a extenderse un poco por la confirmación de los antecedentes laborales invocados por el trabaja-

dor, dándose supuestos en los que exista una mayor deliberación previa.

De esta manera, al igual que en el derecho civil, el período precontractual en el derecho del trabajo es aquel que precede al momento del perfeccionamiento del contrato de trabajo y su existencia —más o menos prolongada, según cada situación particular—, se caracteriza por el hecho de que los actos que tienen lugar dentro de esta adquieren relevancia jurídica.

Se trata de una etapa de formación, en la que predomina la incertidumbre en cuanto a su resultado final, el que podrá consistir en el acuerdo de voluntades o en la culminación de manera más o menos abrupta, en caso de que alguno de los sujetos que desarrolla las tratativas opte por abandonarlas antes de que se alcance la primera instancia.

Entendemos que en el contrato de trabajo la existencia de una etapa precontractual resulta —en ocasiones— de vital importancia. Ello es el corolario natural del carácter personalísimo que asume la prestación a la que se obliga el trabajador y el consecuente interés del empleador por conocer los rasgos personales y aptitudes de quien habrá de contratar (Garmendia Arigón, 2003).

## NATURALEZAJURÍDICADELA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Distintas doctrinas pretenden explicar el fundamento jurídico de la responsabilidad civil originada durante el período de formación del consentimiento. Más precisamente, polemizan sobre el carácter *objetivo* o *subjetivo*

del factor de atribución de la responsabilidad precontractual. Sin embargo, esta problemática también implica determinar cuál es la inserción de la responsabilidad precontractual en los distintos ámbitos u órbitas que posee el sistema legal de la responsabilidad civil; es decir, cuál es el lugar que corresponde dar a los casos de los que emana la obligación de reparar antes de la conclusión del contrato y desde el primer contacto susceptible de ser probado entre las partes.

Las diferentes teorías pueden clasificarse de la siguiente manera:

- a) Contractualistas
- b) Extracontractualistas
- c) *Sui generis*

### Teorías contractualistas

Uno de los principales exponentes de las corrientes contractualistas fue Ihering<sup>3</sup>, quien en sus estudios sobre el tema fundamenta la responsabilidad precontractual en la llamada *culpa in contrahendo*.

Hasta la aparición de la célebre monografía del citado autor, la responsabilidad civil originada durante el período de formación del consentimiento no había sido objeto de estudio sistemático en la doctrina jurídica. Las leyes civiles, desde la época del derecho romano hasta las modernas codificaciones, contemplaban algunos casos de responsabilidad —como ser el de la revocación de la oferta—, pero nadie había advertido la posibilidad de que tales supuestos pudieran escapar a las reglas que regían la materia contractual, dando pie a una responsabilidad de características especiales.

<sup>3</sup> Rudolf von Ihering, «De la culpa *in contrahendo*, os des dommages-interets dans les conventions nulles ou restees imparfaites», en *Oeuvres Choisies*, I, París, 1983, traducción al francés de O. Meulenaere. No conocemos traducción al castellano de este trabajo, publicado por primera vez en alemán en 1860. Véase al respecto Calandrino, A. A. (2007). La vigencia del pensamiento de Von Ihering en el Derecho del Trabajo. *Derecho del Trabajo* 2007-B: 199-201.

La doctrina de Ihering tuvo una enorme y justificada resonancia, y pese al tiempo transcurrido desde su enunciación, sigue constituyendo hoy en día el punto de partida indispensable para ahondar en el tema de la responsabilidad precontractual.

En el final de su obra, resume los puntos principales de su teoría:

- a) La culpa *in contrahendo* es una culpa de naturaleza contractual que apunta en una dirección especial (la del período de formación del contrato).
- b) El mismo grado de diligencia debe prestarse en el período de formación del contrato que en el período de su ejecución.
- c) Los contratantes son los únicos que pueden incurrir en esta especie de culpa, quedando excluidos los terceros.
- d) Si el acto a cuya formación se tiende no es un contrato, no puede haber culpa *in contrahendo*.
- e) La acción fundada en esta culpa se transmite a los herederos y prescribe de la misma manera que la fundada en la culpa extracontractual.

### Teorías extracontractualistas

Las teorías contractualistas parecieron perder terreno después del auge tenido por las enseñanzas de los primeros expositores del tema de la responsabilidad precontractual. Respecto de esta declinación, Brebbia (1957) señala:

[es] explicable si se considera que las diversas manifestaciones de tal doctrina tienen como

punto común de apoyo una ficción legal: la existencia implícita de un pacto, sobreentendido en la convención que se negocia o en el acuerdo para entablar negociaciones, de cuya violación deriva la obligación de resarcir los daños causados por la ruptura de las negociaciones preliminares o por la anulación del contrato. (Brebbia, 1957)

Para estas nuevas doctrinas, el sustento teórico de la responsabilidad precontractual no proviene de alguna relación preexistente; no es contractual, ni tampoco es una responsabilidad *ex lege*, pues no fue impuesta por virtud solo de la ley como una obligación de garantía de uno de los negociadores a favor del otro. Centran, pues, el factor de atribución en la noción de culpa en sentido amplio.

Pese a ello, las teorías extracontractualistas tienen como único punto de contacto el apartamiento de las normas atinentes al fundamento de la responsabilidad precontractual, pues difieren entre sí sobre el fundamento jurídico que corresponde acordarle (Leiva Fernández, 1998)<sup>4</sup>.

### Teoría *sui generis* (abuso del derecho)

A su turno, hubo quienes echaron mano de la teoría del abuso del derecho para apoyar doctrinariamente la posibilidad de acción legal basada en la responsabilidad precontractual. Su creador fue Louis Josserand<sup>5</sup>, teniendo como principal adherente en nuestro país a A. G. Spota<sup>6</sup>.

Desde esta postura, se enuncia que el fundamento de responsabilidad por retiro de las tratativas o por revocación de la oferta está

<sup>4</sup> Como señala Sozzo (2005), existen teorías extracontractuales generales y particulares, según intenten fundar todos los casos de responsabilidad precontractual o solo alguno de ellos. De allí que el lector pueda encontrar que un mismo autor, a lo largo del estudio de los diferentes supuestos, adhiera a más de un fundamento, sin importar ello contradicción alguna.

<sup>5</sup> Josserand, L. (1930). *Tours de droit civil positif français*, T. II.

<sup>6</sup> Spota, A. G. (1964). *Contratos en el derecho civil* T. II. Abeledo Perrot.

dado por el carácter antifuncional de tales actos cuando son ejercidos más allá de los límites de la facultad de no contratar, configurándose ello con una retracción injustificada, carente de motivo legítimo. El ordenamiento jurídico no tutela la destrucción de un valor personal o patrimonial de un sujeto, cuando esa lesión es consecuencia de una conducta adoptada por otro que no ciñe el funcionalismo social y económico que debe orientar el ejercicio de las facultades inherentes a la esfera de libertad de todo sujeto de derecho.

Se parte de la premisa cierta de que contratar y no hacerlo constituyen derechos subjetivos. Sin embargo, en algún supuesto sería abusivo no contratar.

Recuérdese que, para los partidarios de estas teorías, el «abuso de derecho» en materia de propiedad privada se traduce en la regla del ejercicio regular; es decir, la propiedad privada no puede ser ejercida irregularmente, lo que significa actuar contrariando los fines que tuvo el legislador al otorgarle el derecho.

## EXPLORACIÓN DE LAS NORMAS TUITIVAS DEL DERECHO DEL TRABAJO QUE LEGISLAN SOBRE EL PERÍODO PRECONTRACTUAL. DERECHO COMPARADO

El universo normativo laboral que legisla este período puede resumirse de la siguiente manera:

- **La Constitución Nacional (CN):** arts. 14, 14 bis, 16, 37, 75 inc. 22 y 23.
- **La Ley de Contrato de Trabajo (LCT):** arts. 17, 17 bis, 24, 45, 73, 62, 63, 66, 81, 82, 172, 178, 187, 213.
- **Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT):** 100, 111, 159.
- **Tratados internacionales:** La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Protocolo de San Salvador»; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Sociolaboral del Mercosur.

- **Leyes nacionales:** Ley 23592; Ley 23753; Ley 23798; Ley 25404; 24012, Ley 25674, Ley 25689; Ley 25326; Ley 26378; Ley 26485; Ley 26281, Ley 24766.
- **Derecho comparado:** En lo relativo a la legislación comparada, existe abundante legislación en diferentes Estados con contenido similar al señalado:

**Francia:** el parlamento francés aprobó en 2006 la introducción del *curriculum vitae* anónimo. Desde entonces, todas las empresas de más de 50 empleados/as deben operar con currículums en donde no consta el campo de nombre, edad, sexo, dirección, estado civil, ni foto para dejar espacio solo a la experiencia laboral, formación, idiomas y conocimientos informáticos.

**Chile:** las leyes 19739, 19759 y 19799 modificaron el Código del Trabajo, prohibiendo expresamente ofertas de empleo en las cuales se estableciera como requisito para postularse las siguientes condiciones: raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social. De

este modo, se prohibió que las empresas, por sí mismas o a través de terceros, esto es, compañías de selección de personal, publiquen en cualquier medio avisos de oferta de empleo que contengan como exigencias para la postulación alguno de los factores que la ley considera sospechosos de discriminación, a menos que el oferente compruebe que se trata de un requerimiento propio de la idoneidad de las personas para el desempeño de la función. Por otra parte, mediante el Instructivo Presidencial n.º 2, del 15 de junio del año 2006, se instauró el Código de Buenas Prácticas Laborales (CBPL) para toda la Administración Central del Estado. Dicho Código establece, entre otras, las siguientes prácticas: la prohibición de exigir foto en el currículum al momento de contratar a alguien; la prohibición de que los procesos de reclutamiento contengan sesgos de cualquier tipo, empleen lenguaje discriminatorio o requieran antecedentes personales que excedan las exigencias del cargo; la prohibición de que se apliquen exámenes que tengan carácter invasivo o discriminatorio; la obligación de elaborar perfiles de competencias basados exclusivamente en los requisitos exigidos para el desempeño del cargo, sin contener requisitos no asociados a la función; la obligación de solicitar y trabajar con *curriculum vitae* en donde conste exclusivamente el apellido del/ de la postulante, sin nombre, foto, dirección, sexo, estado civil u otra identificación, indicando un número telefónico, casilla electrónica o similar; la obligación de garantizar la igualdad en el proceso de selección en el caso de que se presente un/a postulante cuya discapacidad le impida o dificulte la utilización de los instrumentos de postulación.

**España:** en España, el principio de igualdad y no discriminación está reconocido en el artículo 14 de nuestra Constitución, que se completa con el artículo 23.2, que recoge la

igualdad en el acceso a empleos y cargos públicos. Uno de los principios generales de las políticas de empleo en España es el de igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al empleo, lo que se refleja en las distintas normas e iniciativas. En la actual Ley de Empleo se recoge el principio de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia. En concreto, se consideran discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar (por ejemplo, una oferta de empleo para un/a modelo de ropa interior masculina/femenina), así como las referidas a uno solo de los dos sexos «basadas en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico». Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación son los encargados de vigilar que no se produzca la discriminación en el acceso al empleo. Si aprecian que alguna oferta de colocación tiene carácter discriminatorio, deberá comunicarlo a quien haya formulado la oferta, para que la modifique.

**Unión Europea:** las Directivas del Consejo de la Unión Europea n.º 2000/43/CE y 2000/78/CE establecen el marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Las directivas contienen abundantes disposiciones que regulan las condiciones de acceso al empleo, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción; las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración.

**Estados Unidos:** en EE. UU, un/una empleador/a no puede anunciar un puesto de trabajo dirigido a determinadas personas en particular. Tampoco puede hacer comentarios sexistas ni racistas en la entrevista, ni hacer preguntas sobre discapacidad, ni preguntar a

las mujeres si están casadas, o si tienen o piensan tener hijos/as. Las leyes federales prohíben la discriminación en el lugar de trabajo en una serie de aspectos, incluyendo reclutamiento, contratación, políticas de promoción, compensación, evaluación de empleo, formación, planes de jubilación y los beneficios (Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964; Ley de Igualdad Salarial de 1963 —EPA—; Ley de Discriminación por Edad en el Empleo de 1967 —ADEA—; Título I y el Título V de la *Americans with Disabilities Act* de 1990 —ADA—; Artículos 501 y 505 de la Ley de Rehabilitación de 1973; Ley de Derechos Civiles de 1991; *Sex Discrimination Act* de 1975).

**México:** la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (11 de junio de 2003) prohíbe los actos discriminatorios que afecten la libre elección de empleo o restrinjan las oportunidades de acceso, permanencia y ascenso en el empleo.

**Brasil:** la Ley 9029/1995 prohíbe la exigencia de estado de gravidez y otras prácticas discriminatorias para la admisión o permanencia en el empleo, por motivo de sexo, origen, raza, color, estado civil, situación familiar o edad. La Ley 9799/1999 modificó la Consolidación de las Leyes de los Trabajadores y prohibió hacer referencia al sexo en los anuncios de empleo y realizar exámenes sobre la intimidad de los/as postulantes, entre otras cosas.

**Alemania:** en lo que concierne a la discriminación en la etapa de formación del contrato de trabajo por motivos de sexo, el derecho alemán ha establecido soluciones claras, precisas y concretas para eliminar este tipo de actos. El art. 611 del Código Civil alemán consagra el principio de igualdad de hombres y mujeres en el trabajo, y particularmente prohíbe al empleador toda discriminación arbitraria al momento de la contratación fundada en motivos de sexo, excepto que existan

medidas objetivas para ello. En tal sentido, prohíbe terminantemente que se realicen ofertas de trabajo dirigidas exclusivamente a hombres o a mujeres. Frente a ello, permite al damnificado reclamar una «compensación razonable» en dinero.

**Perú:** Las leyes 26772 y 27270 establecen multas que castigan la discriminación en la oferta de empleo.

### **CASOS QUE ORIGINAN RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO**

Según hemos visto, ciertas contrataciones laborales pueden extenderse en el tiempo, dando lugar a negociaciones arduas y difíciles, las cuales englobarán el denominado «período precontractual».

Al igual que en el derecho civil, las conductas que desplieguen las partes durante esas tratativas preliminares serán pasibles de valoración jurídica, pudiendo generar responsabilidad precontractual, según el caso.

En efecto, la negociación previa a la concertación del negocio tiende a ajustar las condiciones en que las partes han de convenir el trato. Si no se logra el acuerdo, el hecho no impone responsabilidad.

Sin embargo, cuando la no materialización de las negociaciones se ha debido —por ejemplo— a un desistimiento discrecional, abusivo, intempestivo, si bien no hay incumplimiento a un contrato, sí hay una actitud que ha causado un daño que debe repararse.

De esta manera, al igual que en el derecho civil, en el ámbito del derecho del trabajo resulta perfectamente aplicable la calificación de los casos que dan lugar a la responsabilidad precontractual, remitiendo al lector a todo lo que expusimos anteriormente respecto a sus elementos configurativos.

Nos permitimos aquí simplemente ejemplificar las calificaciones antes propuestas con casos propios del derecho del trabajo:

### **Ruptura intempestiva de las negociaciones**

Cita la doctrina el siguiente ejemplo: un trabajador jerárquico es invitado a negociar su incorporación a una empresa ubicada en un lugar distante del que vive, y con la seria expectativa de obtener importantes mejoras en relación con sus condiciones actuales de trabajo. Esa persona abandona su empleo o no concreta uno cierto, y se traslada para perfeccionar el acuerdo laboral en ciernes, realizando gastos en consecuencia (pasajes, hospedaje en un hotel, comidas, etc.). Luego de un tiempo de tratativas, la empresa presuntamente interesada se aparta bruscamente y sin razón verdadera de dichas conversaciones.

La empresa no esperó a concluir las tratativas —que bien pudieron fracasar por muchas razones, sin ser ello imputable a ninguna de las partes—, y las abandonó arbitrariamente, violando los deberes de lealtad y buena fe que deben imperar en ellas, generando un perjuicio en la contraparte y el consiguiente deber de reparar el daño causado.

En el caso de que la parte precontratante advirtiera los perjuicios que dicha conducta pudiera ocasionarle, y decidiera perfeccionar el contrato de trabajo para luego disolverlo sin consecuencias jurídicas (*v. gr.*: la empresa contrata al trabajador y transcurrido unos días decide prescindir de sus servicios, alegando que dicha facultad se la concede el período de prueba), entenderíamos que se estaría produciendo un abuso del derecho de contratar o no contratar, en contra de lo que prevén los artículos 1078 del Código Civil (t.o. Ley 340), 62 y 63 de la Ley de Contrato de Trabajo.

En efecto, si la parte perjudicada por la extinción del vínculo a los pocos días de haber iniciado la relación demostrara que hubo irrazonabilidad en la decisión del empleador —quien desde el momento de llevarse a cabo las tratativas precontractuales tuvo como objetivo no contratar al postulante, y a fin de evitar las consecuencias disvaliosas de su conducta utilizó una herramienta legal (período de prueba) para buscar eximirse de responsabilidad—, aquella podrá solicitar la reparación de los daños y perjuicios ocasionados.

Sin perjuicio de ello, en la práctica no será tan sencillo recurrir a dicha conducta evasiva, ya que la contratación de un trabajador, además de generar la obligación de pagar salarios, demanda distintas inscripciones iniciales (alta temprana en la Administración Federal de Ingresos Públicos —AFIP—, inscripción en los registros laborales, en la obra social, en la aseguradora de riesgos del trabajo —ART—, en el sindicato, etc.) aun cuando aquel se encuentre dentro del período de prueba.

### **Iniciar o continuar las tratativas contractuales sin seriedad**

Una empresa con el personal en huelga publica avisos solicitando operarios en cantidad igual a la de los huelguistas y con las cualidades de estos, y propone contratos permanentes. Los candidatos o solicitantes se presentan, son examinados e inscriptos, se les indica que regresen al cabo de unos días y así sucesivamente hasta que finaliza el conflicto colectivo. Finalizado dicho conflicto, se reanudan las actividades normales y se rechazan todas las solicitudes.

Del citado ejemplo se advierte que la invitación a contratar no fue seria, a la vez que la motivación de la empresa jamás fue la de concertar nuevos contratos sino la de usar los

avisos como medio de persuasión que indujera a los huelguistas a reintegrarse al trabajo.

### **Contratos preliminares o preparatorios**

En este tipo de contratación laboral (como puede ser, por ejemplo, la contratación de personal de alta dirección) se torna necesaria la existencia de un período previo a la formalización definitiva del contrato, en el cual los precontratantes regulen las futuras condiciones de empleo<sup>7</sup>.

Dichas negociaciones dan lugar a un período precontractual en el cual, como veremos más adelante, impera entre los contrayentes la obligación de actuar de buena fe.

En atención a las particularidades que reviste este empleado «jerárquico», cabe hacer una breve referencia a sus características esenciales.

La configuración conceptual del «alto directivo» se encuentra definida en el artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985 (España). Dicha norma indica:

Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes de alta dirección inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y de administración de la entidad que respectivamente ocupa aquella titularidad.

### **Supuesto de contratos válidos con omisión de los deberes de conducta**

Podrían suscitarse casos en los que el empleador opte por contratar a determinado aspirante —como consecuencia de haber sido inducido a error por parte de este— en relación con las características o el nivel de la formación profesional que posee.

En tal caso podría invocarse la omisión del deber precontractual de información y veracidad, dando lugar a la reparación por los daños causados.

Alguna corriente doctrinaria entiende que este supuesto permitiría al empleador «renegociar» nuevas condiciones de trabajo (sobre la base de la calificación profesional verdadera del trabajador), lo que excluiría una eventual responsabilidad precontractual.

### **Nulidad del contrato por la existencia de vicios del consentimiento**

Si el contrato se hubiera celebrado y *a posteriori* se comprobara que una de las partes omitió poner en conocimiento de la otra un dato sustancial o directamente lo falseó, el contrato se anulará por existir un vicio del consentimiento (error o dolo); es una nulidad relativa que solo puede ser pedida por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes.

En algunos casos, el postulante debe acreditar que reúne las condiciones legales para el ejercicio del cargo, por ejemplo: el título de médico o de enfermera, la licencia para conducir de un chofer, la nacionalidad en el caso de los periodistas profesionales o la residencia con habilitación para trabajar si se trata de un extranjero.

<sup>7</sup> Este tipo de contratación bien podría emplearse para ciertos trabajadores jerarquizados o especializados, para los cuales las previsiones de la Ley de Contrato de Trabajo muchas veces pueden resultar insuficientes, debido a las particularidades que reviste su modalidad.

La falsedad en que se incurra al respecto determinará la nulidad del contrato.

### **Discriminación en el acceso al empleo**

Quien discrimina a un trabajador en oportunidad de acceder a un empleo por razones religiosas, de color de piel, de sexo, etc., comete un acto contrario a derecho.

Esta conducta disvaliosa, antijurídica, configura claramente un incumplimiento objetivo, producido con dolo (intención). Demostrado el daño y la relación de causalidad jurídica adecuada entre el acto discriminatorio y el perjuicio, el postulante podrá reclamar al empleador los daños que el ejercicio abusivo del derecho de «contratar o no contratar» le hubieran ocasionado.

De esta manera, cabría afirmar que la discriminación en el acceso al empleo constituye un claro ejemplo de responsabilidad precontractual.

Claramente se ve cómo, en los actos previos a la formalización del contrato de trabajo, la conducta que desarrollen los futuros contratantes podría acarrear responsabilidad precontractual de la parte culpable, según los principios del derecho común que resultan plenamente aplicables al derecho laboral.

Pero, además, el incumplimiento durante este período precontractual puede derivar también del propio postulante.

De esta manera creemos que la construcción doctrinaria consolidada en la doctrina civil sobre la responsabilidad precontractual deviene de rigurosa aplicación al caso de las tratativas previas al contrato de trabajo.

Y ello así ya que no se advierte obstáculo que impida adecuar los principios de la responsabilidad precontractual, generada por la doctrina civilista, a los supuestos en que se frustra la concreción de un contrato de trabajo

por culpa de uno de los precontratantes, generando un daño al otro.

Como bien señala Zuretti,

... aplicar este tipo de responsabilidad dentro de la órbita laboral no implica propiciar un desequilibrio patrimonial entre las partes que negocian un contrato de trabajo sino, por el contrario, restablecerlo ante el perjuicio que la conducta abusiva de una de ellas ocasionó en la otra. (Zuretti, s.f.)

### **PROYECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DEL DERECHO CIVIL AL DERECHO DEL TRABAJO**

Algunos autores opinan que la ausencia de normas laborales específicas que regulen dicho período determina un escenario en el que las partes se manejan con la más absoluta libertad en el momento de establecer su contacto inicial, no siendo posible detectar ninguna norma heterónoma que imponga restricciones o condicionamientos al respecto y, resultando en la actualidad, extremadamente infrecuentes las disposiciones de origen convencional que establezcan procedimientos o formalidades específicas que necesariamente deban respetarse a los efectos de proveer una vacante.

No compartimos dicho pensamiento.

Si bien reconocemos que existe en este período un marco de absoluta libertad de contratación, esto no significa que las partes puedan desenvolverse en un ambiente carente de todo límite.

El empresario cuenta con la más amplia libertad de contratación, que se concreta en la decisión acerca de cómo forma su plantel de trabajadores (posibilidad de contratar o no y la consecuente exclusión de la contratación forzada) y el derecho a elegir libremente

al trabajador con quien habrá de celebrar el contrato de trabajo.

Esta facultad se encuentra expresamente consagrada en la Constitución Nacional (art. 14 —derecho de ejercer toda industria lícita, de navegar y de negociar—) y en la Ley de Contrato de Trabajo, a través de las previsiones establecidas en los artículos 64 y 65.

Posee una amplia discrecionalidad para establecer las características y condiciones de la convocatoria a los interesados para cubrir un puesto de trabajo que, normalmente, constituye el acto que da inicio al proceso de formación del contrato y con ello al período precontractual.

Pese a la más amplia discrecionalidad que el empleador ostenta en esta etapa, es necesario señalar que este estadio se distingue de la mera arbitrariedad, es decir, de un comportamiento caprichoso o compulsivo.

El período precontractual se desenvuelve en una dinámica sujeta a la égida de un principio que ostenta la doble condición de pertenecer a la teoría general del derecho (art. 1198 del Código Civil, t.o. ley 340 y art. 960 y 961 del Código Civil y Comercial de la Nación) y al acervo propio y particular del derecho del trabajo (arts. 11 y 63 de la LTC): la buena fe.

Esta buena fe constituye una normativa o pauta de conducta específica que debe ser respetada por las partes durante el desarrollo de la etapa precontractual y que se expresa como un deber objetivo de comportarse en forma leal.

Pero esta pauta de conducta no se agota exclusivamente en un deber pasivo de no dañar a otro (art. 19 CN), sino que, mucho más allá de eso, incluye la necesidad de ajustar el comportamiento propio a un deber positivo, de colaboración (art. 62 L.C.T.).

Al celebrar el contrato de trabajo, el deber de obrar de buena fe se manifiesta con mayor intensidad, pues este se caracteriza por configurar un vínculo eminentemente personal y,

por consiguiente, desde las primeras tratativas tendientes a concertar el contrato de trabajo las partes deben ceñir su conducta a las pautas acogidas por los artículos 62 y 63 de la LCT.

Desde la perspectiva del contrato de trabajo, se advierte que la lealtad y la buena fe, que constituyen principios fundamentales para la formación y desarrollo de cualquier negocio jurídico, deben darse con mayor fuerza en aquel debido al nivel de colaboración en que se basa el vínculo jurídico existente entre dos partes; y tales principios no solo deben regir el desenvolvimiento del contrato, sino también las tratativas previas a su concreción. (Zuretti, s.f.)

La obligación de actuar de buena fe, lealmente, aun antes de haberse formulado una oferta cierta, exige que cada parte actúe de manera tal que la expectativa razonable que hubiera creado en la otra no se frustre sin una razón admisible.

Señala Fernández Madrid que a partir del momento mismo de la aproximación o durante el proceso de selección, las partes están obligadas a cumplir con un deber de veracidad (manifestación inicial de la buena fe), debiendo expresar sin reticencias los caracteres y alcances de las prestaciones que corresponden a cada una de ellas y en especial deben manifestar toda circunstancias esenciales cuyo desconocimiento pueda modificar o impedir el contrato.

Álvarez de Magliano (1982), por su parte, indica que las normas contenidas en los artículos 11, 17, 63 y 68 de la LCT otorgan sustento suficiente a la responsabilidad precontractual de resarcir los daños que sufra un postulante. Pero si aún necesitáramos apoyo en el derecho común, analógicamente podría invocarse el art. 1071 del Código Civil (t.o. Ley 340).

Por ello ratificamos que a partir del momento en que se produce un acercamiento entre las partes con miras a concertar un contrato laboral, existe el deber de actuar con buena fe. Ello se encuentra normado expresamente en el artículo 63 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Sin perjuicio de ello, resulta de plena aplicación en los artículos 961, 968, 1061 y 1063 del Código Civil y Comercial de la Nación, los cuales también consagran ese deber.

Asimismo, los artículos 1737, 1741, 1749, 1751 y ccdtes. del Código Civil y Comercial de la Nación también operan en este período, ya que la parte que no esperó a concluir las tratativas y las abandonó arbitrariamente violó los deberes de lealtad y buena fe antes mencionados, configurando una conducta antifuncional, abusiva del derecho de no contratar, y en tanto ha producido un perjuicio a la otra, resulta responsable.

Recuérdese lo dicho en la primera parte del trabajo, al señalar que aquel negociador que incurre en culpa en las tratativas de un contrato, ya sea frustrando su celebración normal o motivando la concertación de un negocio jurídico claudicante por causa de nulidad, debe resarcir el daño causado a la otra parte.

Como ya lo hemos expresado, el abuso de derecho es una figura muy rica en virtualidades jurídicas, a punto tal que puede hacerse valer como un presupuesto de responsabilidad y, por ende, imputarse el daño cuya reparación se exige a la culpa y el dolo, pero también puede invocarse como causa de inhibición o paralización del derecho que se ejerce.

El artículo 68 de la LCT garantiza al empleador el libre ejercicio de las facultades que la Ley de Contrato de Trabajo y la propia Constitución Nacional consagran (ejercer libremente el comercio, organizar las formas y modalidades de la prestación del trabajo, etc.). Sin embargo, en su párrafo final, la citada norma establece

un límite al ejercicio de esas facultades, excluyendo toda forma de abuso del derecho.

Y es justamente por aplicación del mencionado artículo que el empleador puede y debe ejercer libremente su derecho de contratar o no contratar, aunque en forma razonable y no abusiva.

De lo expuesto bien se puede colegir que, pese al escaso desarrollo que le ha dedicado la doctrina laboralista, el período previo al perfeccionamiento del contrato de trabajo se presenta como una etapa poseedora de contornos relevantes, en especial desde la perspectiva de la formación profesional.

Su desenvolvimiento debe ajustarse a determinados parámetros jurídicos, entre los que se destaca la vigencia del deber de obrar con buena fe (que se proyecta sobre otros, tales como el de colaboración, lealtad, etc.), del ejercicio razonable y funcional de los derechos subjetivos, del deber genérico de no dañar a otra persona y de ajustar la conducta a los principios de razonabilidad e igualdad.

En virtud de lo expuesto hasta aquí, insistimos en que resultan plenamente aplicables a la materia laboral los principios del derecho civil sobre la responsabilidad precontractual.

Así, por ejemplo, en lo que hace a la reparación de los daños causados por el comportamiento de la parte culpable en la etapa precontractual, rige el mismo principio que en el derecho civil: el de la reparación integral.

La reparación del daño debe abarcar todos los perjuicios sufridos que se encuentren en relación causal adecuada con la conducta antijurídica o antifuncional.

En efecto, ante la frustración del contrato de trabajo, la parte que hubiera perjudicado a la contraria debe reparar todos los daños ocasionados, siempre y cuando estén fehacientemente comprobados y pueda reprochársele una conducta disvaliosa (Grisolia, 2011).

Recuérdese que la expresión «daño al interés negativo» debe servir para designar los daños precontractuales, pero no implica reducirlo o limitarlo a los supuestos que el mencionado instituto abarca (daño emergente o lucro cesante).

Este razonamiento se corresponde con lo normado por el art. 1738 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) que, con relación a la reparación del daño, establece:

La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida. (CCCN, art. 1738)

En materia de prueba también resulta perfectamente aplicable en nuestra materia lo tratado al estudiar dicho tema en el derecho civil.

Es decir, no creemos que resultaría suficiente para el «inocente» probar que no se perfeccionó el contrato para demostrar la ruptura intempestiva de las negociaciones (prescindiendo de la comprobación de la culpa en la contraparte).

Recuérdese que una visión puramente «objetiva» de la responsabilidad precontractual (con la correspondiente inversión probatoria) anularía el balance equilibrado entre las razones de la competencia y de la buena fe, que el derecho debe evaluar.

Deberá demostrarse, además del daño y el factor de atribución (dolo, culpa, abuso de derecho, omisión de los deberes de conducta derivados del principio de buena fe, etc.), los

demás presupuestos de la responsabilidad precontractual (la conducta antijurídica y la relación de causalidad jurídica adecuada).

El art. 1744 del CCCN indica que «el daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos».

Esto puede cambiar en caso de que el daño se produzca por una discriminación en la etapa precontractual, donde se hallen involucradas algunas de las denominadas «categorías sensibles» (edad, raza, religión, sexo, opinión política, etc.).

Por último, también creemos que puede resultar de útil aplicación la carga dinámica de la prueba, ya que en muchas ocasiones será sumamente dificultoso para la parte perjudicada demostrar la culpa o negligencia en la contraparte, aclarando que dicha carga posee una función residual (por contraposición a la carga «estática» de la prueba).

## CONCLUSIONES

La LCT no trajo previsión alguna referida a esta temática. Toda su regulación acerca de los derechos y deberes de las partes es del tipo contractual y comienza a partir del momento de la relación de trabajo, que hace presumir la existencia de un contrato de trabajo y la consecuente aplicación imperativa de las normas laborales.

A partir de dicha ausencia normativa, es necesario establecer un sistema de obligaciones legales que regule el *iter* contractual, toda vez que los actos jurídicos realizados por los precontratantes durante dicho período resultan plenamente eficaces y jurídicamente relevantes.

Para ello, deben proyectarse las directivas legales del derecho civil a los supuestos en los cuales medien tratativas previas a la celebra-

ción definitiva del contrato de trabajo, y luego se vean frustradas por una voluntad unilateral, irrazonable y arbitraria de alguna de las partes.

No existen obstáculos para aplicar los principios de la responsabilidad precontractual elaborada por la doctrina del derecho civil a los casos en que, en virtud de la actitud de una de las partes que configura un claro abuso de derecho, se produce un daño con motivo de la frustración de la negociación del contrato de trabajo.

El derecho del trabajo nació para dar respuesta a la cuestión social imperante y establecer mecanismos de corrección de la natural desigualdad existente en el poder de negociación de empleadores y trabajadores.

Las normas laborales, por medio de la imposición de derechos de mínima, obligan a las partes contratantes a respetar ciertos contenidos y solo se les otorga validez a los pactos que contengan mejores derechos para los trabajadores que los establecidos en las normas imperativas. Se trata del reconocimiento de la dignidad del trabajador, como fruto de un largo proceso histórico que traduce —en definitiva— la lucha por la obtención de la justicia social; de la revalorización de la persona del trabajador y de su tarea como «actividad productiva y creadora» (art. 4 LCT).

Este carácter protectorio lo ha convertido en un derecho unidireccionalmente tuitivo, con una única y exclusiva meta: la tutela de la persona que trabaja. Objetivo que, pese a los cambios operados durante más de un siglo en la forma y en las modalidades en que se presta el trabajo en relación de dependencia, mantiene plena vigencia; y ello se debe a que sigue siendo un requisito ineludible para el mantenimiento de la paz social la atenuación —a través de normas de mínima— del desigual poder de negociación de los sujetos de la relación de trabajo. Finalidad que se observa

en el art. 17 bis, 73 y 81 de la LCT (entre otros) y que persiste como horizonte de protección durante toda la vigencia del contrato de trabajo, pero —especialmente y en lo que hizo al objeto de nuestra investigación— durante la etapa precontractual.

En definitiva, la *razón de ser del derecho del trabajo requiere la necesidad de extender su marco regulatorio y protectorio a las acciones previas a la concertación final del contrato de trabajo, caracterizado en ocasiones por la existencia de negocios de trámites arduos, complejos y difíciles que ponen de manifiesto la existencia de un período inter contractus, susceptible de generar derechos y obligaciones recíprocas entre los precontratantes.*

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ackerman, M. S. (1996). *Si son humanos no son recursos. Pensando en las personas que trabajan*. 2.º ed. Hammurabi.
- Alejandro, S. J. (2003). La selección y contratación del personal: facultad emergente del poder de organización y dirección del empleador. *Derecho del Trabajo*, 2003-B.
- Álvarez de Magliano, M. C. (1982). El principio de no discriminación en la Ley de Contrato de Trabajo. *Derecho del Trabajo* 1982-B, pp. 839-852.
- Barbier, E. (1993). Tratativas preliminares y responsabilidad precontractual. *La Ley* 1993-D, pp. 1081-1096.
- Brebbia, R. H. (1957). Responsabilidad precontractual. Ed. Víctor P. de Zavalía.
- Cuiña Rodríguez, M. (1995). Responsabilidad precontractual: en la doctrina, jurisprudencia y proyectos de reforma. *La Ley* T. 1995-C, Sec. Doctrina, pp. 859864.
- Dobarro, V. M. (2004). La discriminación en el acceso al puesto de trabajo. La libertad de contratación y sus límites. *Doctrina Laboral*

- Errepar n.º 227, Julio/04, T. XVIII, pp. 633645.
- Elffman, M. (1996). La discriminación en el empleo. *Derecho del Trabajo* 1996-B, pp. 2926-2941.
- Faggella, G. (1909). Fundamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali. Trabajo incluido en *Studi giuridici in onore de Carlo Fadda*, T. III, pp. 271-275.
- Favier, D. (2015). La horizontalidad de los derechos humanos. En *Revista de Derecho Laboral*, Actualidad, 2015-I, Rubinzal Culzoni, pp. 241249.
- Ferreiros, E. M. (2003). La discriminación en el acceso al contrato de trabajo. DEL n.º **210**, **T. XVII, febrero 2003**, pp. 113117
- Garmendia Arigón, M. (2003). *Derecho del Trabajo y formación*. Cinterfor.
- Grisolia, J. A. (2011). *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. 14.º edición. Abeledo Perrot.
- Ihering, Von R. (1983). De la culpa «in contrahendo», os des dommagesinterets dans les conventions nulles ou restees imparfaites. En *Oeuvres Choiesies*, I, París. Traducción al francés de O. Meulenaere.
- Hierrezuelo, R. D. y Ahuad, E. (2002). La falta de incorporación al empleo por cuestiones discriminatorias. Análisis del problema y acciones posibles. *Derecho del Trabajo* 2002-A, pp. 931-947
- Leiva Fernández, L. F. P. (1998). Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio. *La Ley* T. 1998-D, Sec. Doctrina, 12341237.
- Lorenzetti, R. (1998). Contratos y deberes secundarios de conducta: la libre elección. *La Ley* T. 1998-B, Sec. Doctrina.
- La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación* (1993). *La Ley* 1993-B, pp. 712-713.
- Llambias, J. J. (1973). *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. T. I, Abeledo.
- Mosset Iturraspe, J. (2006). *Responsabilidad precontractual*. Rubinzal Culzoni.
- Porta, E. (s.f.). Derecho a la intimidad y deber de informar en la etapa precontractual. *Doctrina Laboral Errepar* T. VI. p. 458
- Pose, C. (1998). Responsabilidad precontractual en la disciplina laboral. *Derecho del Trabajo* 1998-A, pp. 35-38.
- Sozzo, G. (2005). *Antes del contrato*. Lexis Nexis.
- Spota, A. G. (1954). Responsabilidad precontractual. *Jurisprudencia Argentina* T. II *Responsabilidad precontractual. Esencia jurídica* (1993). *La Ley* T. 1983A
- Stiglitz, G. A. (1970). La responsabilidad precontractual en las relaciones de consumo. En *La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg*. Ed. Abeledo Perrot.
- Vázquez Vialard, A. (1968). El deber de veracidad en el antecontrato laboral. *Derecho del Trabajo* pp. 613-621.
- Zuretti, M. A. (s.f.). La responsabilidad precontractual. Su aplicación en el ámbito del laboral. *Derecho del Trabajo*, XLVIII, A, pp. 379396.

### **Diego Javier Tula**

Perfil académico y profesional: Abogado (Universidad Católica de Salta). Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Morón). Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (Universidad Nacional de Tres de Febrero). Especialista en Magistratura (Universidad Nacional de San Martín). Juez en el Fuero del Trabajo en la provincia de Buenos Aires. Docente de la cátedra Derecho del Trabajo (Universidad Católica de Salta). Docente de la materia Conflictos del Trabajo, en la carrera de Derecho (Universidad de Buenos Aires). Director de la Maestría en Derecho Laboral de la Universidad Católica de Salta.

die\_ja@hotmail.com

ORCID: 0000-0002-2997-1332

