

## *Naturaleza jurídica del derecho de la seguridad social\**

### Derecho de la seguridad social, derecho de indemnidad

Por Pablo M. Salpeter

#### 1. Introducción

##### a. Estado de la cuestión y problemática actual

El estado de la cuestión debe dividirse en dos segmentos, el general y el particular. El primero en relación al concepto de naturaleza jurídica y cómo se inserta la seguridad social en el derecho, en este sentido a modo de ejemplo se puede citar como definición de naturaleza jurídica a “calificación que conforma a las relaciones o instituciones jurídicas conforme a los conceptos utilizados por determinado sistema normativo”<sup>1</sup>.

Resulta recurrente, cierto grado de incertidumbre sobre el contenido de la expresión “naturaleza jurídica”, de hecho, resulta más reiterada su utilización que su definición, siendo que algunos autores expresamente manifiestan estas dificultades de análisis “se trata de ir a la búsqueda de la naturaleza jurídica” “de los derechos económicos, sociales y culturales”. Esta enigmática expresión –“naturaleza jurídica”–harto común, como se sabe, en el tráfico verbal de los juristas dogmáticos<sup>2</sup>.

Otros autores dan por sentado el sentido del término y lo consideran como los elementos constitutivos del concepto “y derivan de su calidad de servicio público internacional. Tal es, para nosotros, la naturaleza jurídica del banco”<sup>3</sup>.

En otras palabras “decidir acerca de la naturaleza jurídica de una determinada institución presupone una concreta concepción sobre la misma”<sup>4</sup>.

Resulta frecuente encontrar autores, o docentes que al referirse a la naturaleza jurídica, lo hacen indicando que se trata de una naturaleza jurídica “sui generis” significando que deviene de un género o especie muy singular y/o excepcional<sup>5</sup> lo que lleva a entender que si una naturaleza jurídica tiene carácter singular, implicaría que no compartiría elementos comunes con otros conceptos similares, o que pertenece a un grupo reducido a un elemento, lo que en definitiva implicaría que pertenece al grupo de sí mismo, que delata en consecuencia la inexistencia de un grupo o conjunto de grado superior jurídico.

---

\* [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> Ossorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Bs. As., Heliasta, 1995, p. 633.

<sup>2</sup> Mayorga Lorca, Roberto, *Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*, 2ª ed., Santiago, Jurídica de Chile, 1990, Prólogo de Carlos Peña González, p. 13.

<sup>3</sup> Guijon Klein, Roberto, *Características jurídicas de las operaciones del Banco Interamericano de Desarrollo*, Santiago, Jurídica de Chile, 1969, p. 94.

<sup>4</sup> Cuerda Arnau, María Luisa, *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Valencia, Tirant to Blanch, 1997, p. 68.

<sup>5</sup> Definición de la Real Academia Española, [www.rae.es](http://www.rae.es).

En consecuencia, la expresión de naturaleza jurídica sui géneris implicaría la falta de la verdadera naturaleza jurídica.

En la jurisprudencia resulta trascendente identificar la naturaleza jurídica para entender que trato se dispensa a una circunstancia particular, como es el ejemplo que se deduce de la sentencia de autos<sup>6</sup> “que indica ...resulta indispensable dilucidar la naturaleza del rubro ‘a cuenta de futuros aumentos’ percibido por aquél. Así, debe analizarse si ese monto implica una suma de dinero que se abona por sobre las obligaciones del CCT 18/1975 o no. Si, en el primer caso, el rubro representa un pago extra, se habilitaría analizar si en el acuerdo que le dio origen (ya sea contractual individual o convencional) las partes han previsto un mecanismo de reducción del mismo ante aumentos salariales. Pero, si en el segundo caso, el rubro integra una forma de liquidación dispuesta por la empresa que en definitiva no hace más que expresar el monto salarial del CCT antes mencionado, aquel análisis no tiene sentido porque el salario es intangible. En el caso, la accionada no ha invocado que el rubro liquidado como ‘a cuenta futuros aumentos’ haya tenido el carácter de un plus salarial en exceso al básico de convenio; por lo tanto, el accionante tiene a su favor las diferencias salariales surgidas del aumento dispuesto por el art. 5, CCT 18/1975, el cual nunca le fue pagado”. En este sentido puede entenderse que, dependiendo de la naturaleza jurídica adjudicada, serán las consecuencias del decisorio, en tanto los efectos de absorción de la suma de dinero entregada, o el crédito que genera el trabajador por ausencia de pago del concepto convencional.

En relación con la naturaleza jurídica del derecho de la seguridad social, se puede observar poco abordaje, siendo más común el tratamiento de sus elementos, autonomía o características.

Tomando una definición antigua citada por Etala, puede entenderse la seguridad social, sería un elemento necesario para lograr el “gobierno más perfecto”<sup>7</sup>.

Dentro de las definiciones puede encontrarse “conjunto de garantías económicas, médicas y sociales que contribuyen al bienestar social general y dentro de este concepto es un derecho que el Estado reconoce a los miembros de la sociedad que se concreta por medio de una redistribución”<sup>8</sup>.

También para ubicar al derecho de la seguridad social, como una rama autónoma del derecho, y su diferenciación del derecho público o privado, Podetti ha destacado los elementos distintivos (autonomía legislativa, científica, doctrinaria, jurisdiccional, y didáctica, mencionando en forma independiente la cuestión axiológica)<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> [www.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/fallo/detalle/1126327](http://www.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/fallo/detalle/1126327).

<sup>7</sup> Etala, Carlos, *Derecho de la seguridad social*, Bs. As., Astrea, 2002, p. 8 citando a Simón Bolívar en 1819, relativo a los elementos del gobierno más perfecto, como felicidad, estabilidad política y seguridad social.

<sup>8</sup> Moles, Ricardo, *El nuevo marco conceptual de la seguridad social*, “Rev. Estudios de la Seguridad Social”, n° 89, año 2001, Oficina Regional para las Américas, p. 233.

<sup>9</sup> Podetti, Humberto A., *La seguridad social y el derecho*, en “Un nuevo siglo ¿otro derecho social?” XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1999, S.C. de Bariloche p. 336, citando a Venturi en nota 19 “Acerca de la naturaleza jurídica de los seguros sociales y su encuadre en el derecho público o privado. Derecho de seguro hacia el derecho administrativo”.

Otra caracterización importa concebir al derecho de la seguridad social como parte integrante de los derechos humanos fundamentales, distinguiendo la distancia entre el derecho del trabajo y de seguridad social<sup>10</sup>.

Diferenciando la seguridad social del asistencialismo, en cuanto a la rotación de 180 grados del eje de poder tenemos por definición “La seguridad social no puede ser asistencia pública, tiene que ser un derecho contra alguien y fundado en la naturaleza misma de la persona humana y en su derecho a una existencia digna; y ese alguien contra quien se dé el derecho no puede ser sino la sociedad”<sup>11</sup>.

Y considerando a las normas de la seguridad social Fajardo sostiene “Naturaleza jurídica de las normas de seguridad social. Quiroga y Miranda opinan, con acierto, que la seguridad social constituye una disciplina científica claramente diferenciada, que incluyendo el derecho, la economía, la administración, el actuariado, la medicina, la demografía y otras supera los marcos de cada una de estas esferas particulares, aisladamente consideradas”<sup>12</sup>, definición que amerita un análisis más profundo, dado que solo refleja, la complejidad de la materia, pero no se centra en la cuestión destacada como título.

Otra interesante definición de la naturaleza jurídica del derecho de la seguridad social, puede obtenerse del Diccionario de Ossorio, que si bien admitiría algunas críticas, se aproxima sustancialmente definiendo “En su tratado de política laboral y social, Luis Alcalá-Zamora y G. Cabanellas declaran que seguridad social se encuentra en la zona fronteriza de lo jurídico y lo sociológico. Aglutina un sustantivo y un adjetivo de amplitud conceptual. El primero de los vocablos, seguridad, que encierra las ideas genéricas de exención de peligro, daño o mal y las de confianza y garantía, se utiliza por ese sentido de protección más que en el de indemnidad absoluta que escapa a las posibilidades humanas ante la magnitud y frecuencias de catástrofes, desgracias, accidentes”<sup>13</sup>.

Sustantiva doctrina, jurisprudencia y normativa se limitan a la referencia a la implementación de políticas de seguridad social, Humberto Podetti (política social) define el derecho de la seguridad social, con varias opciones, como distribución de la riqueza, seguridad de la sociedad, derecho a la libertad contra la opresión de la miseria, conjunto de medios técnicos para la cobertura de contingencias sociales, idea fuerza de civilización contemporánea, entre otras, solo se hace referencia a sus efectos, más que a sus causas, así también en “Castillo c/Cerámicas Alberdi”, la CSJN destaca que el sistema previsional no necesariamente debe ser federal pese a lo dispuesto normativamente, y frondosa normativa se vuelca a la orientación de la inclusión social (AFIP-ANSeS-MTEySS) para combatir el desempleo y el empleo informal (entre otros, resolución general AFIP 2927/2010 en su primer considerando indica “Que la ley 26.063 y sus modificaciones, dictada en el marco de los denominados ‘Planes Antievasión’, dotó a este organismo de trascendentes herramientas destinadas a facilitar la lucha contra el flagelo del empleo no registrado”).

<sup>10</sup> Livellara, Carlos A., *Derecho del trabajo y sistemas de la seguridad social: redefinición de sus fronteras y de sus objetivos*, p. 204.

<sup>11</sup> Rodríguez Meza, Rafael, *Estudios sobre seguridad social*, Barranquilla, Uninorte, 2009, p. 34.

<sup>12</sup> Fajardo, Martín, *Derecho de la seguridad social*, Moreno, 1989, p. 108.

<sup>13</sup> Ossorio, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, p. 898.

Otras definiciones que abordan la naturaleza jurídica, pero que se refieren a los modos de obtener recursos para financiar las prestaciones, oscilan entre entender si los aportes y contribuciones sobre los ingresos se tratan de impuestos, tributos, salario indirecto o diferido, o la naturaleza de las prestaciones previsionales, sustitutivas del salario (CSJN, “Tallo Antonio”, 1986, *Fallos*, 308:615 “la naturaleza sustitutiva que deben conservar las prestaciones de pasividad”), ni a los sujetos (no definido tampoco en el art. 14 bis de la Const. nacional).

## **b. Aporte a la comunidad**

Con la elaboración de la presente tesis se pretende lograr el entendimiento de la existencia de un cambio de paradigmas en la identificación de los problemas para aplicar soluciones adecuadas, ya que no nos enfrentamos a los mismos problemas socio económicos del siglo XIX, pero seguimos aplicando las mismas soluciones, y consecuentemente, los problemas no se solucionan, solo se minimizan sus efectos en forma parcial o se postergan sus efectos.

Desde un enfoque jurídico estamos cambiando, y da cuenta de ello las llamadas generaciones de derechos, y resulta difícil en el trayecto identificar el sentido y dirección, pero si se logra se entenderá el porqué de la utilización de determinada herramienta, y su utilización adecuada, maximizando sus beneficios.

En el presente trabajo, se intenta acercarse a un alto grado de certeza sobre la pregunta y el problema que se intenta solucionar, en el sentido “qué es el derecho de la seguridad social” en un sentido jurídico, más allá de sus medios, instrumentos, principios, sujetos y algunas definiciones de corte económico.

En consecuencia si comprendemos el problema tendremos soluciones efectivas, y podremos cambiar de paradigmas para un desarrollo sustentable y equitativo, con un equilibrio sustentable que brinde armonía entre el ámbito jurídico y el económico, ya que si en el clásico esquema jurídico, lo contrario de derecho, es obligación, ¿será que esta dualidad, se haya modificado en el derecho de la seguridad social, que lo contrario de derecho aquí sea necesidad, donde hay una necesidad deberá existir un derecho?

Actualmente se utiliza el concepto de indemnización como reparación del daño, siendo cuestiones diferentes, entonces, si queda de manifiesto que son sistemas diferentes, entonces tendremos la posibilidad de una mejor aplicación de soluciones a diferentes problemas.

## **2. Naturaleza jurídica del derecho de la seguridad social, recursos y prestaciones**

### **a. Preliminar. Naturaleza jurídica de la naturaleza jurídica**

Para llegar a establecer la naturaleza jurídica del derecho de la seguridad social, corresponde en primer lugar entender la naturaleza jurídica de la naturaleza jurídica, esto es, definir, con sus dificultades, el concepto.

Ya el mismo concepto “definir” resulta complejo, ya que encierra o contiene determinados elementos con caracteres comunes, o sea lo que Aristóteles denominaba “uníada”, ya que definir implica “del fin, ir” (al objeto) estableciendo los límites del objeto.

De hecho, definir “definir” es complicado, ya que cada ente es igual a sí mismo, solamente, y cualquier otra similitud, será incompleta o sobreabundante, pero no idéntica, por cuanto toda definición, por definición, es deficiente.

El margen entre el concepto a definir y su definición (siempre parcial) se llama fe, que es la ausencia de certeza sobre determinado asunto, que no invalida su calificación, así existen grados amplios y restringidos de fe, que dependerá del sujeto analista para determinar si esta magnitud resulta suficiente o insuficiente para reflejar el objeto definido.

A modo de ejemplo, se puede definir “perro” con su naturaleza jurídica y manifestación sonora “animal que ladra”, y alcanzará para su definición, a pesar de ser extremadamente escasa, ya que el “perro” tiene una significativa cantidad más de cualidades omitidas, pero con esta definición alcanza para individualizar al elemento “perro” del conjunto “animal”.

Cuando se hace referencia a la dificultad de definir algo, comúnmente utilizado por docentes para destacar la inmensidad de su ámbito de aplicación, casi con arrogancia, denota un margen amplio de soberbia que implicará en el alumno la falta de comprensión lógica del objeto de estudio, acercándose a la incertidumbre necesaria para alcanzar relaciones de acoso.

De esta manera, el alumno solo alcanzará a comprender la materia en análisis desde el criterio de autoridad (ajeno) que derramará sobre su persona los márgenes de estudio. Por ello, resulta necesario definir un concepto para su análisis, de no poderse definir, probablemente no sea un concepto independiente sino, forme parte de otro que reúna las condiciones de tal.

En Código Civil, redactado por Vélez Sársfield<sup>14</sup>, el Título I del Libro II enuncia “De la naturaleza y origen de las obligaciones”, haciendo referencia a origen por la situación en la que se originan y naturaleza, los elementos que la constituyen, asimismo, en el art. 1109 define a la responsabilidad civil como “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio”.

Hace referencia a la “naturaleza jurídica” en relación a que “constituye una discusión bizantina que, por serlo, no conduce a resultado alguno”<sup>15</sup> que si bien se corresponde con una corriente que pretende no establecer límites preconcebidos, deja la posibilidad de asignarle a cualquier objeto de estudio cualquier cualidad, cayendo en el criterio de autoridad antes mencionado.

A modo de ejemplo, si se quiere definir “perro”, se lo podrá hacer describiendo su funcionalidad, elementos constitutivos únicos, u otras cualidades, por lo que si se lo define como “animal, de cuatro patas que ladra”, tendremos, en primer lugar, su

---

<sup>14</sup> Ley 340 no vigente.

<sup>15</sup> Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar J. - López Cabana, Roberto M., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 4ª ed., Bs. As., Abeledo Perrot, p. 19.

naturaleza jurídica que no es otra cosa que “conjunto de nivel superior al que pertenece el objeto de análisis”<sup>16</sup>, o sea “animal”, lo que significa que hay muchos animales, que lo son por características comunes, pero solo uno tendrá las cualidades que se describen luego, que tiene cuatro patas y ladra.

El sistema Aristotélico de uníada, conjuntos, y lógica nos permite identificar lo que percibimos a los efectos de controlar el mundo que nos rodea, es un sistema mental que facilita la supervivencia, ya que al poder entender el espacio tiempo, nos permite, entendiendo el pasado y el presente, predecir el futuro.

Quienes patológicamente denotan conductas acosadoras, generan incertidumbre para que el futuro no sea predecible por otros que no sean ellos y tengan el control de las conductas propias y ajenas.

La conciencia, por ello se pierde (shock) cuando se presenta un evento inesperado, que no guarda relación con las percepciones precedentes, y genera un tiempo de adaptación para reconstruir el devenir del destino, esto guarda relación con la ficción del control y nuestra necesidad de predecir el mundo que nos rodea a efectos de lograr la supervivencia.

Quienes mezquinamente denotan la naturaleza jurídica, implícita o expresamente están atentando contra la autodeterminación individual de quienes lo rodean, implicando un cierto grado de acoso o manipulación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido un criterio concordante con el expuesto, ya que en oportunidad de analizar la estabilidad del empleado público<sup>17</sup> (debería haber mencionado “estatal” que no es lo mismo) en su considerando 5 “En efecto, la doctrina aludida, en lo que interesa, encuentra sustento en dos circunstancias fundamentales: por un lado, la relativa a que la *naturaleza jurídica* de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los *elementos que la constituyen*, con independencia del nombre que el legislador o los contratantes le atribuyan; por el otro, la atinente a que resulta una evidente desviación de poder la contratación de servicios por tiempo determinado con el objeto de encubrir vinculaciones laborales de carácter permanente (‘Ramos’, voto de la mayoría y votos concurrentes)”<sup>18</sup>.

Cabe la crítica a esta definición de naturaleza jurídica, ya que, si bien los elementos descriptos son concordantes, están expuestos de manera inversa.

Los elementos que la constituyen, no es la naturaleza jurídica, sino que la naturaleza jurídica, es el elemento gregario, común, recurrente, exclusivo, que determina la existencia del conjunto o unidad, o sea los elementos comunes son la expresión visible de la existencia de la naturaleza jurídica, ésta existe en la medida de la identificación de los mencionados elementos y viceversa.

Siguiendo el ejemplo citado, “perro” pertenece al conjunto “animales” en la medida que los elementos comunes del conjunto “animales”, sean atributos del “perro”, pero desde “perro” resultaría difícil definir “animales” ya que serían necesarios otros

<sup>16</sup> Salpeter, Pablo M. - Perez, Daniel G., *Piloteando el vuelo de la palabra*, Bs. As., De los Cuatro Vientos, 2012.

<sup>17</sup> CSJN, 19/4/11, “Cerigliano, Carlos F. c/Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs.As. U. Polival. de Inspecciones ex Direc. Gral de Verif. y Control”, *Fallos*, 334:398.

<sup>18</sup> CSJN, “Ramos”, *Fallos*, 333:311.

elementos constitutivos de “animales” como “gato”, o “caballo” para establecer la comunidad (como una unidad) del conjunto.

El procedimiento lógico de la Corte Suprema citado, se denomina inducción, mientras que el referido en el párrafo precedente se denomina deducción, y en términos lógicos, para arribar a un resultado cierto, resulta más sólido el segundo que el primero.

Luego del análisis realizado corresponde entonces definir, con sus limitaciones, que la naturaleza jurídica implicará el “conjunto jurídico de nivel de abstracción superior al que pertenece el objeto de estudios, que comparte características comunes con otros elementos de dicho conjunto”.

## **b. Introducción**

El presente trabajo solo pretende generar una aproximación a algunas características de los recursos de la seguridad social, que, dada la compleja variedad normativa, y jurisdiccional, amerita un análisis que, teniendo en cuenta las cualidades que conforman su naturaleza jurídica, sea posible ubicar a esta materia en la característica más apropiada, ya sea si se trata de una especialidad contenida en el ámbito privado de los sujetos intervinientes, o dentro del derecho público, o si se trata de una cuestión federal, o si su materia es tributaria, y por qué no si es competencia del derecho administrativo.

## **c. Los recursos de la seguridad social**

Para abordar el análisis corresponde definir el objeto analizado, que son los recursos de la seguridad social, todo análisis puede orientarse a las cualidades del objeto, sus elementos, funciones, opuestos, u otras características distintivas que lo identifiquen como una unidad y que solo ese objeto contiene las características descritas, dado que de compartirlas (todas) sería una definición deficiente no diferenciadora sin llegar al concepto de uníada de la lógica aristotélica.

Los recursos de la seguridad social, están conformados por los aportes (por parte de los trabajadores) y las contribuciones (por parte de los empleadores) que se establecen legalmente en función del salario o renta presunta, que financian las prestaciones de la seguridad social, que tiene por objeto la cobertura de las contingencias sociales (eventos que por merma en ingresos o aumento de gastos impliquen un deterioro en el nivel de vida de una persona que pudiera implicar llegar a caer en una situación de necesidad).

En este contexto los recursos de la seguridad social, implican una resignación del ingreso del trabajador (dependiente e independiente) con destino a financiar las coberturas de las prestaciones de sus posibles contingencias actuales o futuras.

Ahora bien, esos recursos resignados, que migran de su esfera de disponibilidad pasan a la titularidad del ente gestor encargado de administrar los recursos y las prestaciones, que según el caso serán la ANSeS, las Obras Sociales, el Instituto

Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, y algunas opiniones hasta podrían incluir a las Aseguradoras de riesgos del trabajo.

En este contexto ya se puede vislumbrar que la remuneración o ingresos de trabajadores independientes más allá del orden público que rige en la LCT, ese precio del trabajo se pacta libremente, por cuanto es posible entender “en principio” y solo a efectos del presente análisis, que se trata de un acuerdo de voluntades, al que se refiere el art. 1197 del Cód. Civil. Que servirá como parámetro de los aportes y contribuciones.

Resulta importante destacar que los aportes implican una “migración” de una porción de la riqueza generada con el trabajo dado que el trabajador no tiene disponibilidad sobre esta, porque los principios que rigen la materia de la seguridad social son entre otros la solidaridad, que implica la colaboración intersectorial, o una transferencia de riqueza entre sectores, o ayuda social, y como contra cara de la solidaridad se encuentra la obligatoriedad, o sea, es obligatorio porque es solidario, es obligatorio, porque esos recursos o riqueza resignada no es para mí libre disponibilidad sino para el colectivo social en el cual se encuentra el trabajador en relación a las contingencias que se financian, que puede ser el beneficiario de esos recursos el mismo trabajador, entendiéndose que “los recursos no son del que los realiza sino del que los necesita”.

Avanzando con el análisis y tras una breve descripción de los recursos de la seguridad social que amerita un análisis mucho más profundo, se puede avanzar en relación al modo de instrumentación de la circulación de estos recursos, desde su origen hasta su destino final, y en este recorrido vislumbrar si se proyectan las luces del derecho público, federal, tributario y administrativo.

El origen de la riqueza es la generación por medio del trabajo o transformación de la realidad con valor para la sociedad, ya sea dependiente (art. 4, LCT) o autónomo (art. 8, ley 24.241) una vez generada la riqueza, una porción se destina a la cobertura de ciertos riesgos sociales, entendidos como los incluidos en el Convenio 102 Organización Internacional del Trabajo.

Esta porción resignada involuntariamente es retenida por el empleador al trabajador, y el trabajador independiente se encuentra obligado a ingresarla al ente recaudador la Administración Federal de Ingresos Públicos. Este a su vez la distribuye entre los diferentes organismos de la seguridad social, conforme las declaraciones juradas nominativas y los importes depositados. Los entes gestores con ese financiamiento otorgarán las prestaciones que por ley corresponden.

Es de destacar que la descripción realizada solo comprende al sistema nacional de la seguridad social, existiendo sistemas independientes provinciales y municipales, profesionales complementarios y compensatorios que conforman una red muy significativa cuantitativamente pero no tan significativa en materia de recursos ni beneficiarios.

Desde un análisis inicial resultaría correcto entender que el trabajo resulta de la voluntad concurrente de las partes que establecen la relación, tanto de una locación de servicios como una relación de trabajo dependiente, y a primeras luces resulta simple pensar que se trata de una relación de derecho privado, o a lo sumo una relación privada pero regulada con mayor incidencia de orden público (derecho laboral).

#### **d. El derecho público, federal, tributario y administrativo de los recursos de la seguridad social**

Desde el enfoque público existen dos notas claves, la desigualdad entre el administrado y el Estado, y la imperatividad de la normativa regulatoria que debe ser cumplida, a diferencia del ámbito privado, donde las notas son opuestas, igualdad y disponibilidad de las normas (salvo las de orden público).

En la seguridad social, las normas son obligatorias (porque son solidarias) cumpliendo la imperatividad; y la desigualdad, entre el Estado y el administrado, se funda en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los entes gestores, que son sufragadas por quienes financian el sistema y no pueden disponer de esos recursos.

En este entendimiento es que la ley penal tributaria 24.769, establece delitos por apropiación indebida de recursos, por ejemplo, frente a la retención de aportes y no ingresarlos ante el organismo recaudador, entre otros delitos.

Vale la aclaración en materia de las denominaciones público y estatal, que suelen utilizarse indistintamente, ya que en el primero se hace referencia a la relación y en el segundo al sujeto, ello así, lo contrario de público, deviene en privado, o sea con alcance restringido, no general, pero con independencia de los sujetos intervinientes, de hecho las obras sociales<sup>19</sup> son entes públicos pero que no conforman parte del sujeto Estado, a diferencia de un profesional médico o un sanatorio, que tiene restringido su ámbito de actuación elegido estatutariamente y puede no tener una función pública.

En cambio estatal, estamos frente al sujeto Estado, que puede actuar en forma pública o no, pero lo contrario de este sujeto, será el particular, o sea un sujeto individual o colectivo (ficción de persona jurídica) que tiene otros derechos y obligaciones.

Resulta importante destacar en materia de derecho público que la principal característica redundante en el sujeto Estado como parte en las relaciones, y dependerá del modo, o materia de relación, para abordar las distintas subcategorías de esta disciplina.

En materia de federal, está asignada desde el art. 10 y 18 de la ley 24.463 como así por el sujeto encargado de la función siendo la Administración Federal de Ingresos Públicos, y los contenidos de la seguridad social, que se le ha dado ese carácter desde el aspecto procedimental<sup>20</sup>.

Resulta interesante que la Cámara Federal de la Seguridad Social, ha sido “federalizada” por ley 24.463, en materia de temas previsionales relacionados con la ley

---

<sup>19</sup> Leyes 23.660 y 23.661.

<sup>20</sup> Ley 24.463. Cambia la designación de los tribunales de alzada, de nacional a federal (Cámara Federal de la Seguridad Social) donde tramitan cuestiones de recaudación, y prestaciones del sistema previsional y de riesgos del trabajo, vale la distinción entre nacional y federal, dado por ejemplo que las normas laborales son nacionales, y entonces el juez natural entenderá en esos asuntos, en cambio siendo federal, migramos a esta jurisdicción, ya sea desde la perspectiva del procedimiento administrativo federal agotado (ley 11.683 para el financiamiento, o la vía de las comisiones médicas para las prestaciones) otra diferencia con el ámbito laboral es que este se trata de una relación bilateral particular, en cambio en la seguridad social, es una relación triangular, entre beneficiario (destinatario, o de legitimación activa), Estado (obligado o de legitimación pasiva para prestaciones y activa para recursos) y cotizante (contribuyente o con legitimación pasiva por los recursos).

24.241 como así los temas de riesgos del trabajo por ley 24.557, trasladándose así del ámbito nacional al federal, con el cuestionamiento que se observa en el fallo de la CSJN en el precedente “Castillo, Ángel c/Cerámicas Alberdi SA” de setiembre de 2004, donde el alto tribunal pone en duda el carácter federal (por su carácter restrictivo, respetando la autonomía provincial de su jurisdicción) no solo de los temas de riesgos del trabajo (en relación con el procedimiento de las Comisiones Médicas) sino también la materia previsional<sup>21</sup>.

Teniendo en cuenta el carácter restrictivo de la cuestión federal que se entiende en relación al sujeto, la materia o jurisdicción, promoviéndose la aplicación de la jurisdicción local o natural, vemos que en la década de 1990 se ha federalizado la seguridad social, con algunas resistencias. Tendencia controvertida en relación a la cuestión federal concatenada con el derecho de integración que tiene aspectos sumamente similares y cuya tendencia global nos incluye. En especial en relación a un derecho de jerarquía superior, pero con aplicación interna, o sea solo el contenido y la prelación normativa aplica al ámbito superior, no así a los sujetos alcanzados, ni la jurisdicción a aplicar.

Para establecer la cualidad tributaria de los recursos de la seguridad, es de destacar que vulgarmente se les suele llamar “impuestos al trabajo”, así denominado cuando se intenta resaltar su implicancia en los costos productivos, empero dista diametralmente del carácter impositivo por su nominalización de cada aporte y cada destinatario, esto es tiene un sujeto cotizante y otro beneficiario o prestacionario con nombre y apellido, y esto debería implicar que no podrían afectarse estos recursos a otros fines que los determinados por las leyes que los regulan.

Se ha diferenciado del aspecto impositivo, pero no alcanza para una definición afirmar lo que no es, resulta tributario, dado que al tratarse de recursos con los que el Estado por sí o por otros entes no estatales, brindan las prestaciones de la seguridad social, su percepción resulta imperativa, y para ello el Estado ha establecido que se aplicará para el cobro no voluntario algunas reglas del procedimiento tributario (LPT) sumado a las leyes especiales que regulan la materia (leyes 18.820, 17.250, 14.236, 22.161, 23.660, 19.032, 26.063, decretos 2284/91, 507/93, 2102/93, 618/97).

Quedando entonces solamente el aspecto administrativo, de la caracterización, resulta interesante que, a los efectos de obtener los recursos de la seguridad social, la Administración Federal de Ingresos Públicos, ha establecido mediante su resolución general 79/98 y 1566 (t.o. 2010), el procedimiento administrativo para perseguir el cobro conforme a sus facultades de cobro, fiscalización, y ejecución de los recursos de la seguridad social, aplicándose subsidiariamente la LPA (ley 19.549).

En este orden de ideas también se observan rasgos fuertes, previos a la vía judicial de un procedimiento administrativo, sumamente abreviado, no letrado, mediante un sistema impugnatorio de la resolución que determinará la deuda para el ejercicio de la defensa del contribuyente o administrado que posteriormente será

---

<sup>21</sup> Fallo “Castillo”: “no por ser órgano de alzada la Cámara Federal de la Seguridad Social, los preceptos que rigen, por ejemplo, una jubilación por invalidez del régimen previsional ordinario, pierdan su carácter común (Fallos, 325:1644, entre muchos otros)”.

revisable vía judicial y con el correspondiente depósito previo en relación a la legitimidad presunta de los actos de la Administración pública<sup>22</sup>.

Resulta claro en estos ejemplos las atribuciones reglamentarias, sancionadoras, imperativas ejecutivas y jurisdiccionales del derecho administrativo<sup>23</sup>, o el objeto del mismo, decisorio, valorativo y de reconocimiento<sup>24</sup>.

Afirmando lo sostenido precedentemente, el derecho administrativo se interrelaciona con otras especialidades<sup>25</sup> (se trata de un único derecho)<sup>26</sup> entendiendo la forma de relacionarse el Estado con los particulares, en relación a la materia que se trate.

Entonces, en qué momento se produce el cambio del derecho privado de la remuneración de la relación de dependencia o el precio por la locación de servicios de un trabajo independiente, y su “accesorio” las cotizaciones a la seguridad social, como derivado de estos, simplemente con la disposición legal de la “obligatoriedad” y “solidaridad” de estas llamadas “cargas sociales” pasan del ámbito del patrimonio del particular, al patrimonio estatal, y su retención indebida o falta de ingreso consecuentemente penalizada.

#### e. Otras características de la seguridad social

La seguridad social tiene muchas disciplinas que intervienen, necesarias para alcanzar su objetivo, que es liberar al hombre de la necesidad, para lograr su plena libertad, como garantía de sustentabilidad del modelo liberal capitalista, donde los principios básicos son la libertad y la propiedad<sup>27</sup>.

Esto es así ya que las previsiones para cubrir las contingencias sociales, son situaciones que pueden generar una merma en los ingresos o un aumento de gastos, y estas situaciones son previsibles, o sea asegurables, que son: el desempleo, el fallecimiento, la invalidez, la vejez, cargas de familia, maternidad, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, enfermedad.

En Europa<sup>28</sup> se está forjando otra contingencia, que es la invalidez en la vejez, ya que, en Argentina, no existe un distingo económico desde la seguridad social salvo

<sup>22</sup> Este requisito de la ley 18.820 ha sido cuestionado, y tiene excepciones jurisprudenciales puntuales como ser la imposibilidad de pago o evidente arbitrariedad o sustitución de garantía.

<sup>23</sup> *Curso de administrador tributario a distancia. Derecho público*, Bs. As., Dirección General Impositiva, Dirección de Capacitación, 1995, p. 62 y siguientes.

<sup>24</sup> Dromi, Roberto, *Manual de derecho administrativo*, Bs. As., Astrea, 1987, p. 107.

<sup>25</sup> Sarmiento García, Jorge H., *Derecho público*, Bs. As., Ciudad Argentina, 1998, p. 509 y siguientes.

<sup>26</sup> Dromi, *Manual de derecho administrativo*, p. 88 y 89.

<sup>27</sup> O podría decirse la libertad de hacer propiedad, ya que las sanciones que prevé el sistema para los incumplimientos son afectación a la propiedad (multas o responsabilidad civil) o a la libertad (para generar propiedad para vivir), ahora bien en que cauce se puede utilizar la libertad sino para generar el propio sustento, de lo contrario solo sería libre quien no tiene la necesidad de trabajar, cuestión que no resuelve la inclusión en el sistema de quienes carecen de propiedad, por no ser eficaces las sanciones. También podría decirse que la libertad es la propiedad de la conducta, y la propiedad es la libertad de disponer de ciertos bienes.

<sup>28</sup> En España se está trabajando este tema desde hace algunos años, sin que se desarrolle plenamente.

en el sistema de riesgos del trabajo, como “Gran Invalidez” para los ex activos, que se trata de personas que no pueden realizar por sí solas las tareas propias del hogar y requieren la asistencia de un acompañante.

Sería interesante y marcaría una evolución en esta materia considerar más asegurable la vida, alejándonos de los efectos negativos de los riesgos sociales, incluyendo nuevas contingencias, como podría ser la universalización subjetiva de la protección contra accidentes de tránsito, que causa tantas muertes en un período de gobierno democrático como las víctimas del último gobierno militar<sup>29</sup>, tornándose por la magnitud del problema, una cuestión de Estado. Que si bien, frente a la muerte o invalidez existe protección de la ley 26.425, y tantos otros sistemas provinciales, municipales, y complementarios, la falta de cotización por parte de muchos individuos en estos sistemas, dejan sin cobertura un universo muy amplio que se encuentra en situación de falta de empleo o sin la debida registración<sup>30</sup>.

Otra posibilidad de ampliar la cobertura contra riesgos sociales, es mejorar alguna situación actual, por ejemplo, con la contingencia del agotamiento<sup>31</sup> que actualmente se encuentra cubierta, por mandato legal por el empleador, quien tiene a su cargo el pago, y otorgamiento de la licencia oportunamente.

Interesante sería que migre al ámbito de la seguridad social, ya que generalmente, esta institución (vacaciones) no es la estrella de los conflictos laborales (como tampoco lo fueron las asignaciones familiares) y liberaría al empleador de muchas obligaciones mejorando el derecho del trabajador, con los principios de la seguridad social, saliendo de un ámbito bilateral para entrar en el entorno de la seguridad social, generando un subsistema de financiamiento de la seguridad social, destinado a la creación de un fondo donde mediante una cotización mensual, el empleador, financia el período inactivo, garantizándose la intangibilidad de esos recursos, y la indisponibilidad del descanso (como actualmente dispone la LCT), sumado a que podría mejorarse la calidad de vida del trabajador, siendo que la cantidad de días no sea en función del trabajo vigente, sino de la antigüedad en el sistema previsional, operando la instrumentación del pago de modo similar a la asignación familiar por maternidad, bajando los costos empresariales, generando mayor empleo registrado y garantizando a los colectivos vulnerables (mayores de 45 años de edad con mucha antigüedad laboral) un descanso adecuado al desgaste acumulado en su vida laboral, con una certidumbre meridiana en materia de implementación registración y pago por intermedio de las herramientas informáticas disponibles.

---

<sup>29</sup> Se estima que existen entre 20 y 30 muertes diarias por accidentes de tránsito, lo que son, tomando el valor mínimo, 600 muertes al mes y 7200 al año, que, en cuatro años son más de 28.000 muertes. Thomas Robert Malthus avalaría este procedimiento de control demográfico cuando la población supera el crecimiento productivo.

<sup>30</sup> En este supuesto, sería de aplicación el asistencialismo, o la seguridad social en un sentido amplio, dado que la cobertura de la seguridad social (contributiva) solo se aplica al sujeto “cotizante” o que participa del financiamiento, a pesar de los aportes impositivos y de rentas generales que actualmente se encuentran participando del financiamiento, generando una suerte de solidaridad inversa, con lo cual sería de una justicia meridiana otorgar prestaciones (tal vez reducidas) a quienes indirectamente participan sosteniendo el sistema.

<sup>31</sup> Esta contingencia implica la imposibilidad de generar riqueza por falta de fuerza de trabajo causada por carecer de energías aplicadas o gastadas recientemente, sin el proceso necesario e indispensable de descanso para mantener el nivel energético, de atención, y actitud para la actividad productiva y creadora del hombre en sí (art. 4, LCT).

## **f. Naturaleza jurídica de las prestaciones de la seguridad social**

Para definir la naturaleza jurídica de las prestaciones, corresponde la atribución de las cualidades que el sistema normativo le endilga, empezando por la Constitución Nacional, que en el artículo posterior al art. 14 conocido por art. 14 bis, refiere en su tercer párrafo, como atributo de las prestaciones, integral e irrenunciable, obligatoriedad del seguro social<sup>32</sup>, movilidad de las jubilaciones y pensiones, protección integral para la familia.

Si bien la norma suprema define como beneficios, se utiliza preferentemente el término prestaciones, ya que el primero implica un acto de generosidad, vinculado a la libertad de quien da, cuando la característica singular de la seguridad social, es el derecho subjetivo, que garantiza el cumplimiento de la prestación por parte del obligado.

En cuanto a integral, implica la tendencia, en la medida de las posibilidades, cobertura completa de la contingencia.

En relación a la irrenunciabilidad, implica la falta de disponibilidad del sujeto con derecho a las prestaciones para negociarla, como sucede con los descansos laborales, no compensables en dinero para sacarlos del comercio (sin precio, a-precio).

Por obligatoriedad, es la contracara de la solidaridad, ya que un sistema voluntario, dependerá de la decisión de los sujetos, y si quienes se encuentran ocasionalmente en situación activa aportante o cotizante, eligen no colaborar, el sector con derechos, carecerá de sus recursos para cubrir las situaciones de necesidad.

Movilidad, que se encuentra a nivel constitucional, con interpretaciones diversas, ya que suele existir un distanciamiento entre la categoría conceptual, cualitativa, y la cuantitativa, siendo que la segunda, muchas veces define la primera, por ejemplo “nadie se baña dos veces en el mismo río” es una afirmación falsa, ya que el río es un curso de agua, confundiéndose el individuo con el colectivo, recurso utilizado para forzar conclusiones falsas. La frase para ser cierta debería rezar “nadie se baña dos veces en la misma agua del río”.

Con la movilidad, sucede lo mismo, dado que las prestaciones de la seguridad social tienen contenido económico, su desactualización, por más de mantenerse su nominalidad en el tiempo, cuando decrece su poder adquisitivo, su proporcionalidad con el haber de actividad al momento de la determinación del haber inicial, sus cualidades se pierden, por cuanto de no aplicarse la movilidad, no se está cumpliendo con la prestación.

En relación a la movilidad previsional, ha sido profusa la jurisprudencia, hasta alcanzar en el año 2016 la ley 27.260 denominada “reparación histórica” para compensar los constantes desajustes.

La protección integral de la familia, implica entender al trabajador que genera ingresos, como colectivo que incluye a sus familiares directos con obligación alimentaria y reconociendo la institución de la familia como cimiento de la sociedad, ya que

---

<sup>32</sup> Dada la fecha de elaboración de la norma, y los antecedentes obrantes (Bismark), ameritaría una reforma constitucional, ya que en la presente tesis quedará demostrado el fracaso del sistema del seguro social obligatorio y su evolución al sistema de seguridad social.

todo sistema productivo que atente contra dicha institución, puede catalogárselo como “esclavista” ya que no garantiza la continuidad de la sociedad, ni protege los vínculos llamados naturales, quedando el individuo sin familia a merced de vínculos sustitutivos, incluso con el Estado que se apodera de esta relación.

Teniendo por aplicación los principios de la seguridad social a las prestaciones de contenido económico que tienen y considerando el objeto que persiguen que es mantener indemne a la persona (humana) de los efectos económicamente negativos de la falta de ingresos o exceso de gastos para mantener un nivel de vida que no implique una situación de necesidad, debe entenderse entonces que se trata de un sistema de “indemnidad social” que sostiene al modelo de producción liberal y capitalista para garantizar su continuidad.

Se hace referencia a “indemnidad social” ya que no se hace presente acreditado el daño, sino solamente con la acreditación de la manifestación del hecho necesario precedente al perjuicio económico, o sea en la seguridad social, no existe el perjuicio económico por la existencia de una contingencia social. No se repara, se indemniza.

## **g. Conclusión**

A modo de conclusión se advierten los caracteres público, federal administrativo y tributario, que otorgan garantías al financiamiento del sistema, que en definitiva, operan entre otras variables como soporte del sistema social, que si bien se desprende del derecho privado y luego laboral, y es importante sostener su vinculación desde la perspectiva que la seguridad social es la garantía de no caer en estado de necesidad (con los recursos generados por los colectivos cubiertos), ya que de no cumplirse esa función debe aplicarse el asistencialismo (con los recursos que se cuenten, de cualquier naturaleza), sistema que interviene donde los otros<sup>33</sup> fallan.

De los últimos párrafos se describen realidades posibles, y lo que hoy conocemos como seguridad social, no necesariamente debe quedar pétreo en el tiempo, sino que lo podemos hacer evolucionar aumentando la cobertura de riesgos sociales, migrando aspectos privados al ámbito público para su mayor protección, pero que dependerá de la voluntad política y la creatividad de nuestros gobernantes.

En relación a los aspectos enunciados en el título lejos de ser opuestos o contrarios, o alternativos, se advierte una clara migración del derecho privado al derecho público en aras de la protección de los intereses privados comunes, y consecuentemente el derecho público resulta ser el género, teniendo como eje al sujeto Estado, y la trinidad de federal, tributario y administrativo las especies que conforman una estructura sólida y sustentable, que garantizan la asegurabilidad de una sociedad de los riesgos sociales, muestra del nivel de la civilización contemporánea (se excluye el derecho constitucional, dado que haciendo un análisis complejo todo conflicto contiene normas constitucionales en pugna).

Haciendo una síntesis del análisis del título, puede entenderse que público implica la participación del Estado como sujeto, en tanto federal, en la relación con otros

---

<sup>33</sup> El libre juego de los mercados, la seguridad social, la caridad, y todo sistema de distribución de ingresos.

Estados (incluyendo materia y territorios) integrantes de la federación, internacional público, en relación con Estados ajenos a la federación, tributario, en cuanto a la materia del financiamiento del Estado, y administrativo, en relación con el contacto con los particulares.

A efectos de concluir respecto a la naturaleza jurídica de los recursos, ha quedado demostrado, que surgen del plano productivo individual pero migran a pasar a ser propiedad del colectivo como sujeto independiente con características diferenciadas del trabajador.

En referencia a “indemnidad social” no se hace presente el daño, sino solamente con la acreditación de la manifestación del hecho necesario precedente al perjuicio económico, o sea en la seguridad social, no existe el perjuicio económico por la existencia de una contingencia social. No se repara, se indemniza.

### **3. El derecho desde los tradicionales enfoques iusnaturalista e iuspositivista**

#### **a. Presentación**

El presente trabajo tiene por objeto analizar las dos corrientes más significativas de la teoría del derecho, prescindiendo de muchas otras que poseen relevancia e interés pero la idea es focalizar el análisis en las escuelas ius-positivista e ius-naturalista, en el entendimiento de identificar si estas corrientes son contrarias, opuestas, diferentes o complementarias en tanto las pretensiones de ser las auténticas o exclusivas maneras de identificar el concepto “derecho” para intentar arribar a una conclusión que pueda entender el modelo de representación de realidad adecuado matizado con reflexiones conexas que no se limitan a repetir los precedentes que abordan el tema sino capitalizarlos para evitar caer en la simplicidad de la compilación, en el entendimiento que el ámbito doctoral implica un avance en la ciencia y aportes novedosos, es por ello que a lo largo del presente trabajo se manifestarán reflexiones que devienen de un análisis exhaustivo.

#### **b. Representación del derecho desde el ius positivismo**

Desde la perspectiva de la escuela del ius positivismo el derecho, se entiende por un conjunto de normas destinadas a regir las conductas humanas en una sociedad determinada emanadas de una autoridad competente para dictarlas, esta definición claramente refleja el entendimiento de un procedimiento forma o protocolo en cuanto a la legalidad, aplicabilidad y consecuente coactividad de esta construcción de la realidad.

Un elemento distintivo de esta corriente es la coactividad que por el contrario del ius naturalismo, no encuentra nexo de causalidad entre la norma o conducta esperada y la sanción, elemento esencial en el ius positivismo.

Las grandes críticas que recibe esta percepción de la realidad, radica fundamentalmente en dos conceptos axiomáticos:

a) La competencia originaria para el dictado de normas no es delegada sino propia de quienes decidieron imponer nuevas reglas (poder constituyente originario o revolución), o sea la fuerza o poder. Como sostiene Maquiavelo “El príncipe que entra en un Estado nuevo para él debe renovarlo allí todo”<sup>34</sup>.

b) Esta escuela no escinde el contenido de la norma en cuanto al valor justicia<sup>35</sup>, ética y moral de la norma, pero no lo considera como elemento de la misma, sino tan solo como precedente. En este sentido su máximo exponente (Kelsen) sostiene “liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños” al referirse el distingo de ciencia jurídica y política jurídica, delimitando su objeto (en referencia a la teoría “pura” del derecho)<sup>36</sup> o desde una perspectiva más amplia que el derecho como sostiene Comte en la filosofía positivista, implica positiva, real, a diferencia de fantasmas o abstractos que intenta representar hechos<sup>37</sup>.

En relación al valor justicia y la moralidad<sup>38</sup>, resulta interesante como parece entenderse a la moral como precedente o antecedente necesario para el derecho, en función de resultar un medio para alcanzar el valor justicia, como sostiene José Ingenieros, entendiendo a la justicia como el equilibrio entre la moral y el derecho, entendiendo a la justicia ligada a la moralidad social, y considerando que la caridad resulta ser un reflejo de la injusticia<sup>39</sup>, a diferencia de la solidaridad consecuencia de la justicia social.

Conforme Kelsen la diferencia entre lo natural y lo positivo radica en el valor simbólico, de hecho “se reúnen hombres en un recinto, pronuncian discursos, algunos levantan las manos, otros no: esto es lo que acontece externamente. Su significación: se ha resuelto dictar una ley, se ha producido derecho”<sup>40</sup>.

### c. Representación del derecho desde el ius naturalismo

La corriente del ius-naturalismo intenta acercarse al derecho, desde una perspectiva distinta del ius-positivismo, esto es desde un aspecto valorativo, pétreo y supremo invariable, inmutable en tiempo y espacio común a todos los hombres, en el entendimiento que por vía de la razón se puede acceder a su conocimiento, y las normas redactadas por los hombres serán derecho en la medida que se ajusten al valor justicia, dado que sin el elemento sustantivo no podría considerarse su legitimidad<sup>41</sup>.

<sup>34</sup> Maquiavelo, Nicolas, *El príncipe*, Madrid, Planeta de Agostini, 1995, tr. Eli Leonetti Jungl, p. 208.

<sup>35</sup> Rosanvallon, Pierre, *La nueva cuestión social*, Bs. As., Manantial, 1995, p. 57 concepto de justicia: “actitud ante desigualdades naturales o sea luchar contra la discriminación”.

<sup>36</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., tr. Roberto J., Vernengo, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, p. 15.

<sup>37</sup> Barylko, Jaime, *La filosofía. Una invitación a pensar*, Bs. As., Planeta, 2009, p. 285.

<sup>38</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 79.

<sup>39</sup> Ingenieros, Jose, *Las fuerzas morales*, Bs. As., Porteñas, 1992, p. 36 y 39.

<sup>40</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 16.

<sup>41</sup> Cáceres Nieto, Enrique, *¿Qué es el derecho?*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2000, p. 56 y siguientes. Muchos seguidores de esta corriente como Sófocles, Tomás Aquino, Hobbes, San Agustín, consideran que el derecho debe ajustarse a la ley natural, de lo contrario no es derecho.

Se fundamenta en que el objetivo o razón de ser de estas reglas es el sentido de justicia, que dependiendo del pensador que aborde el tema podremos derivar si la fuente es divina o divinas, social, o de otra procedencia.

En este sentido el ius naturalismo ha servido de justificación tanto para corrientes conservadoras como para revolucionarias<sup>42</sup>.

Ello así se vislumbra en los postulados de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, donde en su art. 2 se sostiene “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión” y en el art. 17 “Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización”.

La crítica que recibe este pensamiento reside en la dificultad de determinar “quien” es el legitimado para decidir si una norma es o no derecho, dado que, de tratarse exclusivamente el contenido de la norma, no se encuentra la legitimación del sujeto activo que entenderá según su escala de valores la viabilidad de una norma, que cumplió con los protocolos formales de legalidad.

La llamada universalidad de algunos conceptos es muy fácilmente criticable, y a modo de ejemplo, el valor libertad, no tiene la misma acepción, con la vigencia antes y después de la esclavitud, o antes y después de la seguridad social, que intenta liberar al hombre de la necesidad (Carta del Atlántico, 1941, “liberar al hombre del miedo y la necesidad”).

El problema radica en que los términos pueden ser inmutables pero los significados mutan conforme las distancias (tempo-espaciales)<sup>43</sup>.

Hoy podría afirmarse que el Estado moderno (ya posmoderno) garantiza la libertad y la propiedad. Pero podría existir un consenso en que ambos términos tengan una misma definición, podría sostenerse como significado que la libertad sea la propiedad sobre las conductas y la propiedad la libertad de conductas sobre las cosas, o que la libertad sea nada más que la posibilidad de generar propiedad, o que la propiedad sea sagrada e inalterable (conforme los postulados de la Revolución Francesa), o que la propiedad privada solo exista en tanto su función social (Constitución Nacional de 1949).

Ahora bien, ¿podría prescindirse de este modelo conceptual?, ¿acaso no es necesario otorgarle contenido a los significantes abstractos? Si bien es posible que no sean inmutables los significados, ¿pero es posible apartarse de la moral?, ¿no serían vanilocuencias los términos sin significado observable?, si se analiza el artículo a continuación del art. 14 de la Constitución de la Nación Argentina, ¿podemos afirmar que se trata de derecho positivo?, o es una creencia aceptada, o se produjo jurídicamente en el año 1955 un poder autónomo y nuevo, diferente de la Argentina anterior. El procedimiento de reforma no se ajustó a los parámetros de la Constitución anterior, y

<sup>42</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando - Cáceres Nieto, Enrique, *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1987, p. 29.

<sup>43</sup> Ghersi, Carlos A., *La posmodernidad jurídica*, Bs. As., Gowa, 1995, p. 22, “los derechos personalísimos como respuesta al genocidio de la Segunda Guerra Mundial” denota claramente que una circunstancia de hecho implica una representación de los abstractos acorde a las nuevas realidades.

entonces no se trataría de una reforma sino de una nueva constitución, si entendemos que se trata de una reforma, en el ámbito del ius-positivismo, el art. 14 bis no sería derecho.

#### **d. Otras perspectivas**

Existen otras escuelas que intentan corregir los vacíos que arrojan los modelos anteriores de representación del derecho, pero el presente trabajo intenta reflejar el conflicto entre las escuelas mencionadas, pero no por ello se descartan las interesantes cualidades integradoras de las escuelas alternativas.

#### **e. La realidad**

Todas estas perspectivas intentan representar o justificar la realidad, dado que su definición implica una propia restricción a su ámbito, o poner los límites al concepto para considerarlo como una unidad, y en el entendimiento que cada entidad solo es idéntica a sí misma, toda representación es limitada y la única forma de contener todas sus propiedades es solo mediante la misma entidad analizada por cuanto toda definición en definitiva deviene deficiente.

Del análisis de una definición de realidad jocosa que sostiene: “distorsión de la percepción por la ausencia de alcohol” podemos encontrar que los paradigmas aprendidos implicarán entender las cosas desde una perspectiva específica. Es tan fuerte la representación predeterminada de las cosas que tenemos incorporadas, que resulta imposible, por ejemplo, imaginar un color cuya longitud de onda este fuera del rango visual, o sonido más allá de los decibeles audibles para los humanos, lo que significa que nuestros modelos representativos solo podrán acomodar los elementos existentes, y para dar el salto cualitativo del conocimiento que se nos opone en cuanto se expone<sup>44</sup> cuando descubrimos un objeto nuevo en la realidad en concreto no descubrimos el objeto, sino se redescubre el sujeto en relación al objeto<sup>45</sup>.

Otra hermosa definición de realidad conforme un pedagogo docente (Barcaglione) de la Facultad de Derecho de la UBA que sostenía en su curso de formación docente donde la realidad la definía como “dos bolsas de arena sobre las alas de mi avión que le impiden despegar”. En esta definición encontramos claramente a la realidad como la construcción de un modelo mental (nicho) del cual claramente es posible salir (si existe la voluntad) para transformarla, de hecho, el derecho del trabajo constituye una actividad transformadora de la realidad (art. 4, LCT “actividad productiva y creadora del hombre”).

Resulta importante detenerse en este aspecto (la realidad) ya que las corrientes analizadas intentan definir el derecho, en tanto ese sea considerado como parte de la realidad de las personas, consecuentemente, si es algo real debe tener su representación para entenderlo o mejor aún aprehenderlo.

---

<sup>44</sup> Quiroga, Ana P., *Matrices de aprendizaje. Constitución del sujeto en el proceso de conocimiento*, Bs. As., Cinco.

<sup>45</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 16, en cuanto a la autoatribución del significado.

## f. Los modelos de representación de la realidad

Cuando intentamos definir la realidad lo hacemos desde nuestras creencias, de hecho, se podría establecer una diferencia entre argumentación y justificación.

Cuando se intenta convencer a alguien sobre un paradigma se aplican argumentaciones que reflejan la solidez o conveniencia de sostener este nuevo paradigma. En cambio, cuando se intenta sostener una idea o se coloca como prioridad el objetivo o destino al cual se quiere arribar, solo resta ubicar elementos que, concatenados, permitan conjugar las proposiciones que forman el camino para arribar a donde se pretende llegar.

Un claro ejemplo de esta afirmación, es el lenguaje, en castellano, se estila en las oraciones ubicar el sustantivo como precedente de los adjetivos que le aplican propiedades, sin embargo, en el idioma inglés, es a la inversa.

Esto significa que, en el idioma castellano, la conceptualización mental del sustantivo es inicialmente del sujeto receptor del mensaje, mientras que en el idioma inglés el sujeto receptor, primero recibe las cualidades o propiedades, y luego, con esos elementos, podrá construir la conceptualización del sujeto de la oración.

Ahora bien, tratando de definir el “derecho”, como modelo de representación, existen términos que refieren a objetos observables en la naturaleza que podríamos denominar directos como “árbol”, y otros que podríamos llamar indirectos (o abstractos) que requieren de términos auxiliares para que tengan una representación o significado como “bueno”<sup>46</sup>. En este sentido la palabra que pierde su representación puede considerársela falsa<sup>47</sup>.

Los valores de una sociedad son conceptos abstractos o indirectos y si queremos encontrarlos, ¿dónde los buscamos?, ¿dónde moran entonces?, ¿si no tienen residencia entre nosotros? ¿acaso transitan entre los muros del monte del olimpo?, acaso las deidades griegas y romanas eran confinadas a un mundo donde podía hallárselas? Acaso la conducta consuetudinaria del bebedor de vino era muestra de su devoción a Baco, acaso esa mitología lograba otorgarle un lugar a la representación de un valor, como a otros conceptos que consideramos tangibles empero haciendo un análisis resulta que en consecuencia se los puede ubicar en el topos uranos (tierras lejanas).

¿Acaso la paradoja del cretense “esta oración es falsa” no da cuenta de la dificultad de entender lo verdadero y lo falso?

Entendiendo a lo verdadero como aquellos términos que se ajustan (lo más posible) a lo que pretenden describir (ya se ha descrito que la verdad no existe solo hay grados de mentira por la imposibilidad de obtener representaciones idénticas al significado).

Tratando de resolver la paradoja en función del concepto de términos abstractos, y su relación con su representatividad se analizará, entendiendo que el término

<sup>46</sup> Barylko, Jaime, *La filosofía. Una invitación a pensar*, p. 299. En referencia a el significado del significado de Ogden y Richards “En relación a los términos abstractos ‘bueno’ la palabra no representa nada y no tiene ninguna función simbólica”.

<sup>47</sup> Maquiavelo, *El príncipe*, p. 119, “los príncipes que han hecho grandes cosas son los que han dado poca importancia a su palabra y han sabido embaucaer la mente de los hombres con su astucia”.

“oración” refiere a un elemento concreto que es una sucesión de palabras con un sentido coherente (asumiendo que entendemos los términos que se utilizan en la definición), pero “falsa” implica una interpretación del lector, ya que se trata de un término abstracto que no hace referencia a ningún objeto, sino que se trata de la convicción sobre la falta o ausencia de vinculación entre un significante y el significado que intenta representar.

Consecuentemente y entendiendo que cada elemento es idéntico a sí mismo y por lo tanto toda representación es incompleta por no tratarse del mismo elemento, la atribución de “falsedad” sobre un significante que refiere a sí mismo deviene incoherente ya que nada es diferente a sí mismo (asumiendo identidad en objeto tiempo y espacio), y la pretensión de representatividad se desvanece en el entendimiento que resulta imposible aplicar una atribución de identidad o diferencia en relación sin existir el segundo elemento necesario para la comparación, por cuanto esa oración resulta simplemente incoherente. O sea, asignar a un significante la calidad de significado, implica eliminar el valor simbólico y la imposibilidad de atribuirle la calidad de verdadero o falso, dado que no existe la posibilidad de compararlo contra sí mismo, lo que no implica su veracidad, sumado a que conforme la lógica proposicional otorga certidumbre de los términos en tanto se implique que se trata de una falsedad. Pudiendo concluir que “solo lo falso es cierto”.

Actualmente se utiliza periodísticamente para comenzar la frase “lo cierto es que” a modo de afirmación de una aparente noticia o editorial, no es ingenua esta inserción dado que aparece como una muestra de desvelo de otras afirmaciones que podrían no ser ciertas y que en la frase consecuentemente se obtendrá la “verdad”, cuando simplemente se utiliza como muletilla introductoria y dista de un análisis complejo analítico y lógico.

En consecuencia, la simbología debe ser lo más fiel al significado, pero nunca es completa, la certeza no existe solo grados de mentira, o sea que la fe (en sus diversas formas) radica en la convicción sobre algo sin las suficientes certezas, y la certeza absoluta debería ser considerada como ausencia total de simbología, y si la ausencia de simbología implica que el significante es su propio significado, con ausencia de representación, la ausencia de representación, implicaría mirar al sol (conforme el mito de la Caverna de Platón en *La República*) y mirar al sol puede entenderse como una apropiación de la verdad absoluta y general, sin humildad, tener la verdad absoluta implicaría la falta de reconocimiento del prójimo como sujeto por la falta de consideración de su nivel de interpretación, o sea nunca se podría tener la razón en soledad.

### **g. La gramática y la lógica**

La gramática puede entenderse como el arte de combinar las palabras para obtener una comunicación eficaz (transmitir una idea), mediante la semántica, semiótica, sintaxis y la ortografía.

Es importante esta mención porque el derecho, se funda especialmente en proposiciones, que deben estar bien estructuradas para evitar interpretaciones ambiguas.

La lógica es un aceptado condimento para el derecho, ya que una norma no explícita puede “deducirse” de otras y esto es reconocer que la lógica proposicional es parte integrante del derecho (v.gr., relaciones entre normas generales y particulares).

#### **h. La uníada, los conjuntos, y otras argumentaciones**

El concepto de uníada de Aristóteles es nuestra matriz de pensamiento. Todo lo consideramos en relación a otra cosa de nivel superior. Cada elemento para entender su relevancia debe considerarse en relación o como elemento de una unidad superior (incluyendo el concepto de Dios) esto significa que cuando descubrimos un elemento, lo entendemos recién cuando identificamos que es parte de algo de mayor entidad cualitativa (hasta en psicología social Pichón Rivière menciona la espiral dialéctica y sus saltos cualitativos cuando se alcanza el comienzo<sup>48</sup> –el fin de la sabiduría es el retorno, sostiene un adagio– en un nivel superior).

Por ello, es aplicable al derecho, los conceptos aristotélicos del todo, alguno, alguno no y ninguno.

#### **i. ¿Es inconciliable la disputa del positivismo y naturalismo?**

Durante el siglo anterior han existido profusas posiciones respecto del derecho como objeto de estudio científico, y su legitimidad, siendo para el ius positivismo, la instrumentación o forma, y para el ius naturalismo, el contenido o fondo.

Consecuentemente, cada enfoque se encuentra en variables diferentes de análisis, por cuanto parece que ambos modelos de representación de la realidad, son parcialmente ciertos, pero no confrontables por abordar valores de legitimación distintos.

#### **j. El ser y el deber ser. Otro enfoque**

Resulta interesante la distinción habitual del ser y el deber ser, en tanto el ius naturalismo, rescata los valores que deben tomarse al momento de identificar si una norma se ajusta a derecho, o ese deber ser del ius positivismo que radica en la conducta no prohibida o permitida.

En reiteradas oportunidades Kelsen menciona la diferencia del “ser” del “deber ser”, en tanto el primero resulta una descripción de un hecho y el segundo la intención de que suceda en el mundo material con implicancia simbólica, pero más allá de esa afirmación resulta interesante que deber, encierra otro aspecto peculiar, que por oposición a “deber” podría ser “acreer”, en cuanto la suposición de la existencia de un débito que implica necesariamente la presunción de una acreencia, con lo cual el deber ser o la forma esperada de actuar implica que un sujeto debe comportarse de esa manera porque “debe su ser” a la existencia o materialización o manifestación de la conducta esperada, su ser se enriquece, forma, conforma, se acrecienta, o hasta

---

<sup>48</sup> Quiroga, *Matrices de aprendizaje. Constitución del sujeto en el proceso de conocimiento.*

existe, en tanto se complementa con el ausente esperado, el deber ser, la deuda del ser necesaria para su construcción. En este entendimiento solo cuando se manifiesta el llamado “deber ser”, existe el ser aceptado o esperado en la sociedad (cualquiera sea), y el ser o las conductas materializadas desplegadas no ajustadas a ese deber ser en realidad deberían denominarse “anti ser” o algún término que implique lo contrario al ser, que no podría ser “no ser” ya que esta forma implicaría la ausencia de conducta o acto, y lo que se pretende referenciar es la cualidad de quien se aleja de la completud del ser alcanzada cumplido el deber ser, que cumplido el deber, deviene en ser.

Al referirse al ser, o lo que es resulta simple entender de que se trata de un fenómeno observable que se presenta ante nosotros, sin valoración alguna “es” parece que no se trata de una opinión, sino de un hecho.

Pero si ahondamos un poco en la construcción del “es” lo será cuando se le integren los atributos que consideremos necesarios para darle esa concepción de un todo, por ejemplo, en la oración “mi piel es negra” claramente “es” refiere a un hecho, observable en la naturaleza que no amerita más análisis que entender los términos utilizados en la oración. Pero si afirmo “mi piel es oscura”, ya no estamos frente a un hecho sino a una valoración u opinión, que pretende soslayarse como hecho, cuando digo como argumento para sostener un capricho “yo soy así” simplemente estoy argumentando que mi conducta se ajusta a un criterio valorativo positivo desde mi entendimiento, sin importar los efectos sobre otras subjetividades.

Por lo tanto “es” o “ser” no debería interpretarse como lo que acontece sin valoración, sino como lo esperado ya que siempre existirá una atribución simbólica a las conductas de las personas en sociedad, de lo contrario estaríamos frente al “no ser”.

Para entender un poco mejor el tema con un ejemplo será más práctico, si mi conducta es buena, y el deber ser implica ser bueno, resulta construido mi ser, ya que no estoy en deuda con la sociedad, ahora si soy malo desde el punto de vista tradicional estoy en deuda con la sociedad para construir mi ser (reconocimiento social) y debo compensarlo de alguna manera (culpa, pecado, etc.) ahora si mi conducta no es ni buena ni mala, para la sociedad mi identidad sería la del “no ser” que se refleja en muchas conductas que se dicen ajustadas al deber ser pero en realidad no es que sean buenas, sino que simplemente no son malas, por la cobardía de transformar la realidad, ya que no es bueno el que no hace el mal (no ser) sino quien despliega una conducta activa en relación al valor “bueno”.

Resumiendo, tendríamos al “ser” como conducta realizada y aceptada, al “deber” ser como conducta aceptada y no realizada, al “anti ser” como conducta realizada y reprochada, y al “no ser” como conducta no realizada y no esperada (sin efectos sociales de reconocimiento). Siguiendo esta línea de pensamiento es que podemos aceptar el concepto de prócer, que significa la conducta desplegada superando las expectativas del ser o perecer, en cuanto a la extinción del ser, o también el parecer, en torno a su apariencia o morfología externa en tanto representación de la esencia (el ser).

## k. Conclusiones

Del punto anterior se desprende que las diferencias para saber qué modelo se ajusta más a la realidad misma (que no existe, solo tenemos tibias representaciones parciales, decoradas con nuestra subjetividad, lo que configuran, meras ficciones).

Al detenernos en la fuente axiomática de ambos modelos de representación, observamos que el ius naturalismo se funda en la moral, o lo “universalmente” aceptado como bueno para la sociedad, mientras que en el ius positivismo, se funda en la formalidad que debe cumplir la norma, en cuanto a su autoridad.

Analizado a Kelsen, el estadio último de la legitimación (que expresamente excluye de su objeto de estudio), es el poder constituyente o en términos comunes, un acuerdo de voluntades con el objeto de normativizar conductas, y este acuerdo, generalmente surge o se renueva cuando el vigente no cumple satisfactoriamente, las expectativas sociales de ese grupo de personas (poder constituyente) que luego ha de ser aceptado por la comunidad, o de lo contrario, surgirá un nuevo poder constituyente, y así continuamente.

Entonces, el positivismo se funda originariamente en un acuerdo de voluntades (aceptado posteriormente por un período determinado –como sostiene José Ingenieros, en *El hombre mediocre*–), esto significa la representación de los valores de esa sociedad fundidos en las normas del poder constituyente, y en el ius naturalismo, la legitimidad se basa en los valores (interpretados por la razón) desde la perspectiva teológica o social, en síntesis, el valor axiomático de ambos modelos es idéntico.

Entonces la única diferencia es que el ius naturalismo realiza un análisis *ex post* para encontrar esos valores, por cuanto investiga dentro de la norma el valor intrínseco, y el ius positivismo, realiza un análisis *ex ante*, por cuanto los valores quedan expresados en poder constituyente, y las normas inferiores deben respetar esas disposiciones.

Desde la perspectiva aristotélica, el ius naturalismo realiza una investigación inductiva por cuanto del caso concreto llega a valores universales, y el ius positivismo una deductiva, por cuanto respeta el modelo de los conjuntos, y de valores generales (todos) irán proliferando normas inferiores (alguno), existirán lagunas del derecho (alguno no) y se podrá realizar toda conducta que no tenga restricción (ninguno).

Asignarle al derecho (en tanto significativo) un contenido, resulta complejo identificarlo en el ámbito de la naturaleza (en tanto realidad ajena a la voluntad del hombre), ya que es necesario referirse al conjunto de normas que rigen una sociedad (por usar la definición más simple y habitual) y reforzando el concepto de que se trata de un abstracto, esta referencia en tanto conjunto a su vez requiere más descripciones cada vez menos simbólicas para detectar “observables” en torno a la vida habitual del interlocutor.

Por ello otorgar contenido a términos abstractos resulta necesario, pero no contradictorio con el procedimiento de generación de normas, en cuanto el derecho natural, intenta otorgar contenido con la autoridad circunstancial de cada momento y lugar, y el derecho positivo enmarca al contenido en relación a la formación válida de la norma.

Consecuentemente existe un enfoque de fondo y otro de forma sobre el mismo objeto, que no implica su contradicción, sino complementación, dado que de nada sirve promulgar libertad, igualdad y fraternidad a los cuatro vientos, si a la libertad la cargamos de seguridad, a la igualdad de parámetros objetivos, y la fraternidad de caridad. Como tampoco resulta justo un sistema legal cargado de ilegitimidades.

Para concluir con una reflexión personal, y tomando la idea de José Ingenieros, en *El hombre mediocre* que pude extraer de ese libro, “hacer lo correcto en la imposibilidad de hacer algo inteligente”, donde lo correcto representa al ius positivismo, por su fundamento en la forma, y lo inteligente refiere al ius naturalismo, buscando respuestas adecuadas frente a la ausencia del derecho positivo, argumentado o justificado con los valores “universales” vigentes temporal, social y territorialmente interpretados.

#### 4. De la reparación del daño al derecho de indemnidad

##### a. Sistema de fuentes

La primera apreciación en la materia es describir el origen del término “protección contra el despido arbitrario”. Para ello resulta importante tomar el valor que el Estado le ha asignado a este tema, colocándolo en el artículo posterior al catorce de nuestra Constitución Nacional, en relación al trabajador dependiente<sup>49</sup>.

También puede observarse esta tutela en acuerdos colectivos de trabajo, convenios internacionales de la Organización del Trabajo, leyes específicas, y normas reglamentarias, pudiendo existir también en acuerdos individuales<sup>50</sup>.

En concreto, puede advertirse ya desde 1934, con la ley 11.729 un sistema de indemnización para el despido, luego abrogado por el art. 7 de la ley 20.744, en 1974, con sus constantes modificaciones, para referirse a ella como LCT (ley de contrato de trabajo) o RCT (régimen de contrato de trabajo).

Dentro de esta normativa se encuentra el art. 245 que establece la indemnización por despido o antigüedad. El nombre lo debe al motivo, el despido, como acto voluntario, unilateral y recepticio<sup>51</sup> emanado del empleador.

<sup>49</sup> Constitución de la Nación Argentina, art. 14 bis “protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público” puede observarse que a pesar de referirse a “el trabajo en sus diversas formas” los criterios que describe el primer párrafo de la norma citada es claramente dirigido al trabajador por cuenta ajena, lo que indica una relación entre dos sujetos, uno ejecutor de una tarea y otro director, con la consecuencia de una desigualdad manifiesta y necesaria, ya que se trata de una relación de mando y obediencia, dentro de los cánones legales y en el ámbito exclusivo de la tarea productiva.

<sup>50</sup> En contratos individuales, es difícil encontrar cláusulas con contenido extintorio, se puede observar para cargos de alta jerarquía, dado que la normativa legal (más allá del precedente “Vizzoti” CSJN) no da adecuada respuesta a este colectivo en materia de despido.

<sup>51</sup> Grisolia, Julio A., *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Bs. As., Depalma, 2001, p. 627, y Ackerman, Mario E. (dir.), *Extinción de la relación laboral*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, p. 325.

Esto significa que se trata de un acto jurídico, por cuanto si bien es un hecho<sup>52</sup>, trae consecuencias jurídicas, al romperse un acuerdo de voluntades (art. 1197, Cód. Civil) que tenía por plazo uno distinto del previsto en el origen del contrato, que finalizará por decisión del empleador con la ruptura anticipada.

En cuanto a voluntario, se trata de una decisión libre que tiene el empleador dentro de sus poderes<sup>53</sup> de organización y dirección de la actividad productiva a su cargo, esto debe entenderse no como un derecho, sino como una facultad, que pueda hacerlo no implica la legalidad del acto.

Se trata de un acto voluntario unilateral, ya que su validez no dependerá del consenso, del acuerdo, sino simplemente de su decisión, sin perjuicio de la potencial anulabilidad consensual en caso de retractación.

Recepticio, en cuanto se perfecciona el acto del despido con la notificación al destinatario (trabajador) de la decisión adoptada, o sea la fecha efectiva del despido no será la fecha del envío de la notificación, sino la de recepción dentro de la órbita personal de conocimiento del trabajador<sup>54</sup>.

Es de destacar que, al tratarse de un sistema de reparación de daño, tabulado, implica un alto grado de certeza en cuanto a la cuantificación del gasto del empleador para su proyecto empresario, y de celeridad en cuanto al trabajador, al evitar tener que demostrar el daño efectivamente recibido, o sea opera como una cláusula penal contractual predeterminada.

No corresponde considerar a la reparación tarifada como la asimilación a una responsabilidad objetiva, dado que, para considerarla dentro de este supuesto, lo que se debería descartar es la causa, uniendo el factor de riesgo y el daño causado<sup>55</sup>, o sea el factor subjetivo atributivo de responsabilidad<sup>56</sup>, siendo en este caso meramente cuantitativo.

En las relaciones laborales la causa (de la relación laboral) debe demostrarse conforme art. 1, LCT a efectos de legitimar la competencia y la aplicación de las fuentes específicas o autónomas.

---

<sup>52</sup> Vazquez Vialard, Antonio, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, t. 1, Bs. As., Astrea, 1989, p. 445 y 446.

<sup>53</sup> Poder distinto de derecho, dado que su aplicabilidad resulta en forma directa sin necesidad de requerir a un tercero su legitimidad, situación que será revisable administrativa y/o judicialmente.

<sup>54</sup> La metodología para perfeccionar el acto del despido debe realizarse por medio fehaciente, lo que significa garantizar fecha cierta, identidad del sujeto y manifestación inequívoca de voluntad, mediante la intervención de un agente público, ya sea correo, escribano, autoridad administrativa o judicial que constate dichos extremos.

<sup>55</sup> La responsabilidad objetiva en el ámbito laboral, se relaciona con los deberes de seguridad e indemnidad, y se corresponde con la falta de conductas libres desplegadas por el trabajador, esto significa, que los poderes de dirección, organización y disciplinario implican que las acciones del trabajador estarán pautadas por el empleador, careciendo el trabajador el elemento subjetivo de atribución de responsabilidad por falta de aplicación de su propia voluntad en la ejecución de actos desplegados por cuenta de un tercero (empleador, principal o mandante) conforme el art. 1113 del Cód. Civil. La simple aplicación de tarifas a las indemnizaciones no se corresponde con la responsabilidad objetiva sino con una cuantificación predeterminada, previsible y la prescindencia de la acreditación del daño causado.

<sup>56</sup> Louis Jossierand en su teoría de la responsabilidad objetiva.

## b. Significados

El principal significado que podemos observar es la funcionalidad que tiene esta tutela frente a la contingencia de la ausencia de un puesto de trabajo que le permita al trabajador participar en la generación de la riqueza, para generar el derecho a participar de la distribución del ingreso, y así hacer efectivo el derecho a la vida<sup>57</sup>, obteniendo el sustento que satisficará las necesidades alimentarias.

Es interesante el significado del término “protección”, ya que el prefijo “pro” implica la referencia a una instancia previa de lo que se describe o tendiente a, o sea no estamos abordando desde la reparación (acción posterior al acontecimiento referido), sino desde la prevención y en el caso de las indemnizaciones laborales, tienen ese doble efecto<sup>58</sup>.

Y en cuanto al segundo componente de “protección”, “tección” o “tecton” del latín “obra” o “construcción”, implica el diseño de un sistema previo al evento que una vez sucedido este, no generará el daño que causaría de no existir este sistema (“contra el despido arbitrario”) tuitivo.

El primer efecto (disuasivo) es advertir al empleador que si despide tendrá un costo adicional, en relación al acto antijurídico, o ilícito contractual<sup>59</sup> de producir una conducta no esperada por su contraparte contractual, haciendo efectiva la cláusula penal de la LCT, que es la indemnización por despido, de esta forma el empleador intentará no aumentar sus costos favoreciendo el principio de continuidad contractual, y estabilidad en el empleo.

El segundo efecto es el reparatorio (sancionatorio), ya que, producido el hecho legalmente no deseado, debe repararse ese daño que se trata del incumplimiento del plazo pactado (hasta que el trabajador esté en condiciones de acceder a las prestaciones jubilatorias), independientemente del caso concreto de la falta recursos para la subsistencia, que de ese tema se encargará la seguridad social en su contingencia por desempleo.

No debe confundirse la contingencia de desempleo de la seguridad social, con el acto antijurídico del despido, ya que esa asimilación implicaría una ausencia de responsabilidad contractual en materia de sustentar la legalidad del plazo pactado del contrato de trabajo. Ello así fue entendido cuando se otorgó a la actividad de la construcción (ley 25.371) el subsidio por desempleo (ley 24.013), cuando anteriormente no se le aplicaba por entenderse erróneamente que la cotización por desempleo (ley 22.250) del IERIC implicaba un sistema de cobertura contra el desempleo a diferencia de su real naturaleza jurídica que implicaba la sustitución del art. 245 de la LCT.

Otro tema en cuanto al significado es “despido arbitrario”, existe bibliografía y en otros países que distinguen el simple acto de despido incausado del arbitrario, lo tomaremos como sinónimo a pesar que el inacusado responde a una potestad del

<sup>57</sup> Ingenieros, *Las fuerzas morales*.

<sup>58</sup> Grisolia, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, p. 617, el sentido reparador, sancionador y disuasivo de la norma, asimilando al criterio de Kelsen en el doble sentido de la norma que inspira el cumplimiento voluntario por el entendimiento del sujeto que es beneficioso para la comunidad ajustarse a ella, y el segundo que es el efecto negativo que caerá sobre la persona en cuanto a la sanción que prevé su incumplimiento.

<sup>59</sup> Ackerman (dir.), *Extinción de la relación laboral*, p. 277.

empleador, en cuanto resulta ser el propietario de los medios de producción, y el arbitrario, podría responder a la falta de consenso, o sea instrumentado de manera unilateral e intempestiva (sin sumario previo, sin preaviso, sin participación del sindicato, etcétera).

Este despido no implica un derecho sino una posibilidad, dado que no existe derecho que sea castigado en su ejercicio, como se mencionara antes se trata de un ilícito contractual, que tiene el poder para hacerlo, como quien maneja un automóvil tiene el poder para atropellar peatones (por dirigir a su voluntad los comandos del vehículo) pero no el derecho.

O sea, la posibilidad del despido se funda en el poder de dirección y organización que la LCT otorga al empleador, que no tiene restricciones reglamentarias, salvo los despidos con incidencia colectiva, como en aquellos que recae sobre cierto número de trabajadores, regulado por el decreto 388/88 y la ley 24.013 ambas reguladoras del procedimiento preventivo de crisis.

### **c. Sujetos alcanzados**

Siguiendo el análisis del primer punto parece claramente tratarse del trabajador dependiente quien se encuentra tutelado, por su ajenidad en relación a los medios productivos, y especialmente en relación al acto ilícito contractual del empleador, pero dentro de esta actividad, existen diferentes categorías de sujetos.

Los sujetos a analizar dentro de la actividad laboral dependiente, puede hacerse una primera gran distinción entre el empleo público<sup>60</sup> y el privado. Expresamente se aborda el dependiente privado, dado que el empleado público tiene un tratamiento especial cuando el art. 14 bis de la Const. nacional refiere a la “estabilidad del empleado público” distinto a la “protección contra el despido arbitrario”, entendiéndose esta última una forma de tutela más morigerada, y en especial por tratarse de dos bienes jurídicos tutelados diferentes, como se explicará en el punto siguiente.

Haciendo un análisis por categorías cubiertas dentro del ámbito del personal de la actividad productiva dependiente, pueden observarse, como sujetos con características y regulaciones diferentes:

a) *El personal dependiente de la actividad privada contratado a plazo indeterminado.* En esta categoría debe dividirse en dos, dado que los primeros tres meses

---

<sup>60</sup> El empleo público suele asimilarse al empleo estatal, pero la real importancia debe centrarse en el sujeto empleador, que no se trata de una persona física o un conjunto de ellas, o un conjunto de conjunto de ellas, sino que se trata del Estado, lo que implica características especiales, como incompatibilidades, obligaciones especiales, disponibilidad, y otras características que hacen al necesario desenvolvimiento de la actividad pública y estatal. Suele confundirse público con estatal, poniéndose como contrario de público a privado, pero existen entidades públicas no estatales a quienes no se aplicarán las características del empleo “estatal”, que por el contrario debería entenderse como “particular”. Es para destacar que cuando se hace referencia al Estado, debe contemplarse, el ámbito nacional, provincial, y el municipal. En este sentido reafirma la postura el fallo CSJN, “Madorrán, Marta C. c/Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación”.

son considerados como un período de prueba<sup>61</sup>, que viene a resultar en una forma de carencia al estilo de los seguros de salud, para adquirir el derecho a la estabilidad.

En segundo lugar, y superado el tiempo de tres meses, se pasa al pleno derecho del art. 245 LCT<sup>62</sup>.

Es de destacar que, si bien la modalidad del contrato a temporada no incluye el período de prueba, se corresponde con los contratos por tiempo indeterminado.

*b) El personal dependiente de la actividad privada contratado a plazo determinado.* Llamado contrato a plazo fijo, pero que implica conjuntamente un objeto determinado que justifique su limitación en el tiempo.

En este caso debe dividirse en plazo menor y superior a un año (siempre menor a 5 años, pues pasaría a plazo indeterminado).

En los casos de plazo inferior a un año, no hay derecho a indemnización por despido sin causa (al vencimiento del plazo)<sup>63</sup>.

En los contratos a plazo determinado por más de un año, corresponde el derecho a media indemnización (al vencimiento del plazo).

En estos casos la restricción en la reparación se debe a que las características de la relación no tienen vocación de perdurabilidad, y sería injusto castigar al empleador con igual sanción que para el contrato a plazo indeterminado.

*c) El personal dependiente de la actividad privada contratado a plazo determinable.* En este supuesto, de contrato “eventual”, donde se tiene certeza de la limitación temporal de la relación, pero sin identificación concreta de la fecha exacta de su finalización, o sea depende de un hecho que va a suceder, pero no se sabe con anticipación la fecha del calendario. En este supuesto no corresponde indemnización, empero dentro de un plazo máximo de seis meses.

*d) El personal dependiente de la actividad privada jerárquico.* Se distingue este tipo de contratos, sin que tenga una distinción legal, dado que cuando existen remuneraciones altas el art. 245, LCT no refleja una justa composición de las partes, lo que ha llevado a la necesidad de la CSJN al fallo “Vizzoti”, reconociendo una relación más

---

<sup>61</sup> Incorrectamente denominado “período de prueba”, en primer lugar por no existir ningún mecanismo o procedimiento de evaluación que permita determinar la idoneidad del trabajador, y en segundo lugar, se mal utilizó el término “prueba”, dado que el art. 92 donde se agrega como art. 92 bis el período de inestabilidad, se refiere a la carga de la acreditación de la modalidad determinada, que estará a cargo del empleador, resultando un significado totalmente diferente, en el art. 92 “prueba” refiere a “acreditación”, y el art. 92 bis, toma “prueba” como “evaluación”, cabe recordar que esta incorporación resulta de la ley 24.465. En todo caso debió agregarse a continuación del art. 91.

<sup>62</sup> Este período de inestabilidad surge del art. 92 bis, insertado en el art. 92, con diversas modificaciones (leyes 24.465, 24.467, 25.250 y 25.877) pero lo destacable es que el artículo modificado no hace referencia a la “prueba” en cuanto significado de evaluación, sino en lo que refiere a la “acreditación” del contrato o sea en materia probatoria, por cuanto debe interpretarse que el art. 92 bis se encuentra entroncado cual cuña (de otra madera) haciendo un uso abusivo del lenguaje, y tergiversando su original significado.

<sup>63</sup> Se incluye en este concepto al contrato de aprendizaje (ley 25.013, art. 1) cuyo objeto se encuentra determinado legalmente, en relación a la extinción, al cumplimiento del plazo, empero si la ruptura se produce antes del plazo pactado, el régimen indemnizatorio aplicable es el del contrato por tiempo indeterminado (no se incluye el análisis del preaviso o su omisión).

intensa que el tope máximo dispuesto por el art. 245, sosteniendo la vigencia del tope mencionado en cuanto no supere el 66% de la MRMNHD.

e) *El personal dependiente del Estado.* Este especial apartado implica la característica de la posibilidad de aplicación de la LCT al trabajador estatal, dejando a un lado lo referente a estabilidad, manteniendo el criterio constitucional de “estabilidad del empleado público”<sup>64</sup>.

En este sentido cabe aclarar que para ser operativa la garantía de estabilidad, debe expresar la administración el acto de incorporación (ley 25.164), por cuanto las relaciones contractuales que carecen de este elemento no podrá asignársele esa categoría, empero despojar de toda tutela para quien preste servicios para un Estado tampoco sería justo, por cuanto la jurisprudencia, en reiterados fallos, frente a relaciones contractuales de locaciones de servicios u obras que no lo son o contratos a plazo fijo reiterados por años, se asimilado a la relación de dependencia de la LCT asignándose la protección de su art. 245. Esta regla se aplicaría al llamado personal contratado o de planta transitoria.

f) *El personal dependiente agrario.* Para este tipo de trabajador, el art. 76 de la ley 22.248, establece un sistema similar a la LCT, solamente cambia el término devengado (LCT) por percibido (ley 22.248), pero que la jurisprudencia ha entendido en el texto anterior de la LCT que contenía idéntico término, que debe entenderse como que “debió haber percibido”, lo asimila a devengado, de hecho un incumplimiento por parte del empleador, de no pagar una remuneración, no puede significar un mejor derecho en el detrimento del monto de la indemnización debida.

g) *El personal dependiente de la construcción.* La ley 22.250 establece los criterios para la finalización de la relación laboral para el personal de la construcción, en esta actividad no solo no existe el efecto disuasivo del mayor costo al momento del despido, sino que, a diferencia de los contratos a plazo determinado, tampoco contiene cláusulas que desalienten el despido a una fecha anterior a la finalización del plazo u obra.

A los efectos de sustituir las prescripciones del art. 245, LCT y cubrir las necesidades posteriores a egreso laboral, es que se financia un fondo con el 12% u 8% de cotización mensual a cargo del empleador, que el trabajador retirará luego de la

---

<sup>64</sup> CSJN, “Madorrán, Marta C. c/Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación”. “Respecto a las consecuencias jurídicas del despido injustificado, señaló que el art. 7 convenio colectivo de trabajo 56/92 ‘E’, que rige al personal de la A.N.A., en cuanto consagra la estabilidad impropia, es inválida, porque contradice abiertamente el art. 14 bis de la Const. nacional, que de modo directo y en forma operativa garantiza a todos los empleados públicos la estabilidad absoluta”. El destacado es propio. “Sostener la estabilidad propia del empleado público en las concretas circunstancias de esta causa, es solución que concuerda con los principios y pautas de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos que, en buena medida implícitos en la Constitución histórica”. El destacado es propio. Como puede observarse para idénticos efectos (reinstalación), se refiere tanto la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI (en la primera referencia) como la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en la segunda referencia) a diferentes clasificaciones. Situación que pone de manifiesto una necesaria adecuación entre significantes y significados, en especial si se define por los efectos de las conductas. Cuando a una clasificación o definición resulta necesaria acompañarla con su descripción de elementos, efectos, caracteres, morfología, etc., entonces no es una buena definición porque cuando se la invoca, no sabemos a qué se refiere hasta su explicitación.

extinción. La naturaleza de la cotización mencionada ha sido develada con la inclusión del trabajador de la construcción en el seguro de desempleo instituido por la ley 24.013.

En esta actividad, el poder disciplinario en su máxima expresión (el despido con causa) no genera efecto alguno, ya que la posibilidad de la extinción está siempre presente, pero en este caso en particular, sin efectos diferentes.

*h) El personal doméstico.* El decreto 326/1956 establece medio sueldo por año de antigüedad, como cálculo de la indemnización por despido, esta diferencia con la actividad productiva, radica en la necesaria cobertura del trabajador doméstico pero la diferencia del sujeto contratante, que no lo hace con fines lucrativos, o sea, con su trabajo personal no generará valor transaccionable en la sociedad, sino que aliviará las tareas cotidianas del hogar.

#### **d. Metodología de protección**

1) *El despido y la indemnización tarifada.* La principal metodología para disuadir y minimizar los efectos del despido arbitrario es la indemnización por despido del art. 245, LCT, del cual se desarrolla el presente trabajo, sin perjuicio de otras alternativas.

Muchos autores sostienen que no es suficientemente eficiente esta norma para dar cumplimiento constitucional, dado que no previene el despido, no anula el despido, no mantiene indemne al trabajador<sup>65</sup>, sino que solamente se trata de una reparación, y no integral, solo tabulada, lo que (en principio) implica una certeza en el monto para el empleador y trabajador, el primero podrá proyectar sus costos, y el segundo no deberá acreditar el daño (como debería suceder en el ámbito civil).

Esta reparación se la conoce como estabilidad relativa impropia o estabilidad impropia. Estabilidad porque es una herramienta que alienta la continuidad, y castiga la ruptura, relativa, dado que no es totalmente efectiva, ya que el hecho no deseado puede acontecer (según Kelsen, la anulación jurídica es el máximo castigo), e impropia ya que no alcanza la integralidad de la reparación sino una parte.

Otra protección llamada estabilidad relativa propia, tiene un mayor grado de tutela, y se la denomina propia, justamente por la integralidad de su reparación, esto significa que el daño causado deberá repararse íntegramente, en los contratos a plazo se repara con los salarios debidos hasta la finalización del contrato, en el período activo de la modalidad por temporada, se debe satisfacer los salarios de esa estación, como en la década de 1970 existían actividades (v.gr., bancarios) que contemplaban esta modalidad, como también los delegados sindicales que su estabilidad está garantizada con el pago de salarios hasta el vencimiento del mandato.

En cuanto a la estabilidad, se ha mencionado propia e impropia, dentro de la relatividad de sus efectos efectivos, pero existe otra estabilidad no relativa, sino absoluta, y se la llama así por tener plenos efectos, esto es el máximo castigo frente a la

---

<sup>65</sup> Si se tratara de una indemnización, la norma intentaría que los efectos del ilícito no se vuelquen sobre la víctima (indemnidad) o al menos volver las cosas a la forma anterior al ilícito (nulidad, sin efectos jurídicos), y en caso de ser imposible, procuraría una reparación integral (reparación), situación que no sucede con una compensación económica tarifada que mantiene indemne a la víctima.

conducta no deseada, la nulidad jurídica del hecho lesivo (sin llegar a la categoría de acto jurídico, sin producir efectos), especialmente por sus efectos que impactan en bienes sociales protegidos que trascienden de la esfera bilateral de la relación laboral, como es el caso del delegado sindical, para proteger la libertad sindical, se considera nulo el despido arbitrario (sin el procedimiento de desafuero), y la consecuencia es la reinstalación en su puesto de trabajo, mediante las herramientas que tienen los jueces para obtener conductas de hacer que no pueden sustituirse en la persona del juez, esto es sanciones conminatorias.

El caso del empleado público, específicamente goza de la tutela de estabilidad por dos razones significativas:

a) para evitar ser coto de las distintas facciones gobernantes y evitar la destitución con nuevas líneas políticas, que entre otros intereses pueden encontrarse la ubicación de afines dentro de las estructuras gubernamentales.

b) la obligatoriedad del funcionario público de denunciar los ilícitos de los que tenga conocimiento, en el ejercicio de sus funciones. Esto radica en la necesaria institucionalidad que debe regir a los efectos de desarticular posibles casos de corrupción.

Se ha abordado el máximo de protección, dos aspectos relativos (propio e impropio), pero aún queda una variable desde la universalidad de casos posibles, o sea la no protección, y se manifiesta en los siguientes casos particulares<sup>66</sup>:

a) El período de prueba en la modalidad del contrato de trabajo por tiempo indeterminado que, no alcanzando los tres meses de antigüedad, no existe protección contra el despido arbitrario.

b) La actividad de la construcción (ley 22.250) entiende que la actividad empleadora es finita en el tiempo y eso implica la falta de vocación de continuidad por la naturaleza de la actividad, y al entender que la finalización del vínculo es certera, prevé una indemnización que se abona al finalizar la relación, consistente en una cotización mensual a un fondo (IERIC) que percibe el trabajador al finalizar el vínculo, que no será necesariamente al finalizar la obra, ni su participación en la obra, dado que se asimilaría a una modalidad eventual de la LCT, pero esta reparación no cumple el efecto disuasivo.

c) La modalidad de trabajo eventual, tampoco implica ningún tipo protección, entendiéndose que la naturaleza del contrato no tiene vocación de continuidad, y tampoco se tiene certeza del plazo de finalización, se prevé que finalizará, pero no se puede establecer con antelación la fecha exacta.

En el intento de alcanzar la universalidad de casos, no se puede dejar de considerar el supuesto del trabajador dependiente que, alcanzada su condición para acceder a las prestaciones previsionales por la contingencia de vejez, continúa trabajando, y en este sentido la problemática se encuentra dirigida a la categorización conceptual de la modalidad contractual de trabajo en relación al plazo. Si

---

<sup>66</sup> No se incluye el contrato a plazo fijo y objeto determinado menor a un año (que no implica indemnización al cese) dado que la finalización normal, no se corresponde con un despido arbitrario sino con el correspondiente agotamiento del objeto contractual. Tampoco se incluye el despido con causa, ya que este supuesto será abordado posteriormente.

consideramos la clasificación de modalidades laborales, en relación al plazo (analizado ut supra en “sujetos alcanzados”) encontramos, aquellas a plazo determinado<sup>67</sup>, a plazo indeterminado<sup>68</sup> y a plazo determinable<sup>69</sup>, y en relación a estos aspectos, el trabajador que continúa trabajando luego de acceder a la jubilación, no encuadra en ninguna de estas, dado que la finalización normal o esperada de su vínculo contractual no encuentra cabida en la LCT, ya que la única respuesta con alguna certidumbre son aquellas formas anormales o no pactadas previamente estipuladas en la LCT<sup>70</sup>.

En este sentido, asumiendo que el empleador decide el despido (o despido indirecto), el plazo a considerar para determinar la cantidad de años a imputar a la indemnización, ha quedado dilucidado con el art. 253, LCT<sup>71</sup>, donde se considera consumido el período previo a la jubilación a los efectos del cálculo de la indemnización, tomándose únicamente el plazo posterior.

Siguiendo esta problemática desde cuando se considera que comienza a tomarse el plazo, ya que existen varios momentos para esta situación. El primero es desde el momento en que el trabajador adquiere las condiciones (de hecho) para jubilarse, el segundo, desde que inicia el trámite jubilatorio, desde la fecha de la resolución del ente gestor otorgando la prestación, o desde la fecha efectiva de pago (sustitutiva del salario)<sup>72</sup>.

Desde una definición del derecho administrativo, corresponde el estado de jubilado desde el reconocimiento estatal de una situación de hecho que se le otorga alcances jurídicos, por cuanto correspondería desde el momento de la resolución administrativa que otorga la prestación.

2) *Metodología de protección. Clasificación de estabilidad.* La mayoría de los autores establecen la clasificación de los distintos tipos de estabilidad conforme a la intensidad de su tutela<sup>73</sup>.

<sup>67</sup> LCT, art. 93.

<sup>68</sup> LCT, art. 90.

<sup>69</sup> LCT, art. 99.

<sup>70</sup> Despido, renuncia, fallecimiento, etcétera.

<sup>71</sup> Fallo plenario CNAT 321, 5/6/09, “Couto de Capa, Irene M. c/Aryva SA s/Ley 14.546”. “Es aplicable lo dispuesto por el art. 253, último párrafo, LCT al caso de un trabajador que sigue prestando servicios sin interrupción a las órdenes del mismo empleador, luego del goce del beneficio de la jubilación”.

<sup>72</sup> Salpeter, Pablo, *Efectos privados del acto administrativo de un ente público. Determinación temporal del art. 252 LCT ¿en qué momento finaliza el contrato de trabajo a tiempo indeterminado?*, www.elDial.com, 20/10/08.

<sup>73</sup> Grisolia, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, p. 615. Clasificación: en absoluta (no se puede despedir), propia absoluta (con reinstalación), propia relativa (con indemnización hasta finalizar el plazo), relativa impropia (con indemnización).

Ackerman (dir.), *Extinción de la relación laboral*, p. 34 (Las Heras, Horacio Raúl). En la llamada estabilidad relativa propia, se admite la ineficacia del despido y la posibilidad de “mantener vigente el contrato de trabajo” abonando las remuneraciones que faltaran para el vencimiento del plazo del contrato. La crítica a la absoluta citando a la CSJN radica en la propiedad del puesto de trabajo que le pertenece al empleador, y afectaría el art. 17 de la Const. nacional sumado a la similitud con la esclavitud una estabilidad absoluta, pero se analiza solo desde la perspectiva del empleador, sin considerar la posibilidad de la renuncia como diferencia con aquel modo productivo. Se admite la diferencia entre nulidad e ineficacia para distinguir la absoluta de la relativa propia. Se considera a la estabilidad en relación al plazo del contrato, pero no se analiza la situación de las modalidades a plazo fijo. De Diego, Julián A., *Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998, p. 316.

Existen diferentes tipos de clasificaciones, y depende de la definición que se le asigne a cada fórmula, toda definición puede configurarse por diferentes factores comunes, ya sean morfológicos, funcionales, causales, en relación a los elementos que componen el grupo que se pretende erigir, o sus efectos, entre otras opciones. En particular a la estabilidad, los efectos parece ser el criterio de agrupación más adecuado, y es por ello que propongo una clasificación que se distingue de los autores indicados en las notas al pie, dado que, en cuanto a las diferencias entre la estabilidad absoluta y la propia absoluta, ya tenemos un primer problema desde el significante, que ambas definiciones contienen un elemento idéntico, y sumado a este problema, los efectos también lo son, o sea el resultado del hecho del despido implica la reinstalación, como consecuencia del hecho que no tiene efectos jurídicos como máxima sanción definida por el legislador, ya que algunos autores entienden que en ambas categorías se admite la reinstalación, y otros que la propia absoluta o relativa propia admite mantener el contrato vigente sin prestación de servicios por parte del trabajador y otros, que se compensa con una indemnización equivalente a los salarios pendientes de devengamiento. En este sentido la reinstalación no sería admisible, por estar incluida en la estabilidad absoluta, tampoco sería admisible “mantener el contrato de trabajo sin prestación” ya que la obligación del pago del salario se debe a la imposibilidad jurídica del despido y a la contumacia o incumplimiento de la manda legal o judicial del empleador, sin que impliquen el mantenimiento de todas las demás obligaciones emergentes de un contrato de trabajo, por ello me inclino por la categoría conceptual, que entiende la obligación de reparar un daño a la expectativa del cumplimiento del plazo para este género (relativa) y especie (propia).

Continuando el análisis de la estabilidad propia en la actividad bancaria la obligación de reincorporación resultaba optativa del empleador pudiendo optar por una indemnización de los salarios pendientes de devengamiento. De esta manera frente al despido, parecería que la reinstalación operaría dentro de la estabilidad absoluta, y la indemnización como estabilidad propia absoluta, o relativa propia, y la diferencia significativa se encontraría en la legitimación subjetiva de la determinación de la reparación, ya sea por la nulidad del acto o la reparación, en la absoluta la legitimidad es del trabajador<sup>74</sup>, y en la propia, parecería del empleador quien podría admitirse su elección entre nulidad y reparación (falacia referida en el pie de página), al mismo

---

Establece como criterios la absoluta (con reinstalación), la propia absoluta (con reinstalación), la propia relativa (con indemnización hasta el vencimiento del plazo), y la impropia (simple indemnización). De esta clasificación surge un conflicto interpretativo, ya que, en las dos primeras distinciones, el efecto es el mismo, ya que dependería de la voluntad del empleador de reinstalar al trabajador o no, situación inadmisibles en el art. 1083 del Cód. Civil. Vazquez Vialard, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, t. 1, p. 446. Estabilidad relativa para aplicar al art. 245 LCT.

<sup>74</sup> En la tutela sindical (ley 23.551) es potestad del trabajador delegado (damnificado) en tornar ineficaz el acto del despido exigiendo la reinstalación, por tratarse de un derecho del trabajador, ya que debe observarse esa categoría conceptual, el despido no es un derecho del empleador, ni la manera de administrarlo, es un incumplimiento contractual, y por ello de todo daño emerge un derecho (a este caso contractual) a favor del trabajador, si se trata de un derecho del empleador entonces no podemos entender que existe un incumplimiento, quien debe estar legitimado para optar en cuanto al modo de resarcir el daño debe ser el sujeto lesionado en sus derechos, de lo contrario no podría aceptarse la condición del despido como ilícito contractual, situación que podría observarse en cuanto a la retractación o anulabilidad del despido ya recae en una potestad del trabajador a propuesta del empleador, en cualquier supuesto fáctico. Esta referencia debe tenerse en cuenta en el sentido de la naturaleza jurídica de la indemnización como reparación del daño, tendiente a la integralidad, que mal puede quedar a discreción del empleador (sujeto activo en la comisión del ilícito contractual).

modo de la retractación del despido (pero sin la necesidad del consentimiento del trabajador). Por este motivo podría confundirse con una estabilidad de opción, entre nulidad y reparación, que no resultaría absoluta, ya que la nulidad operaría en favor del empleador a efectos de evitar una significativa erogación, pudiendo elegir los efectos de un hecho que se transformaría en acto jurídico a su voluntad, siendo el mismo sujeto quien genera el ilícito que quien determina los alcances del perjuicio. Sintetizando sería un despido con opción de retractación, si se admitiría que quien daña puede elegir la forma de reparar a su víctima.

Por ello aplicando una clasificación por categorías conceptuales, entendiendo a la estabilidad en relación al cumplimiento del plazo legal o convenido y el castigo por su incumplimiento se puede entender como:

a) La estabilidad absoluta, entendiendo por tal aquella en que el acto del despido es nulo<sup>75</sup>, o sea no se le otorga carácter de acto jurídico, no genera efectos legales, y sus efectos son reversibles judicialmente, operando la reinstalación en el puesto de trabajo, escindiendo la voluntad del empleador, ya sea en el período de tutela sindical de la ley 23.551 para el delegado de los trabajadores (extendiéndose jurisprudencialmente a sujetos que despliegan la actividad sindical, más allá de su investidura formal), o el empleado público, por existir valores superiores encerrados en esa relación laboral (libertad sindical y funcionamiento del Estado).

b) La estabilidad relativa propia, donde la reinstalación no es admitida legalmente, ya que de serlo, sería absoluta, o sea el acto del despido tiene efectos jurídicos, produce efectos, pero los alcances del incumplimiento del plazo del contrato son materia reparable<sup>76</sup> (a diferencia de inalterable, por encerrar otros valores superiores dentro de la vigencia de ese contrato), por cuanto el deber indemnizatorio alcanza los períodos en que debió sostenerse por el principio de continuidad, vigente el contrato, ya sea hasta la jubilación (precedentes De Luca y Alzaga<sup>77</sup>, actividad bancaria), en el

<sup>75</sup> Entendiendo por absoluto, conforme su origen latín, algo que no admite solución o cambio, o saturado, que no puede modificarse, por lo tanto, debe considerarse en sí sin alteraciones, o sea, la estabilidad, en esta categoría no admite negociación posible, lo es solamente siendo, sin alternativas posibles de reparación compensación o indemnización alguna.

<sup>76</sup> No siendo otra cosa que la asimilación al derecho común, en donde una rescisión generará los correspondientes daños y perjuicios por incumplimiento contractual del plazo.

<sup>77</sup> CSJN, “De Luca José E. y otro c/Banco Frances del Río de la Plata”, *Fallos*, 273:87; *id.*, 11/11/71, “Alzaga c/Cervecería Córdoba SA”. Estos fallos y actividades han servido para clasificar como “propia absoluta”, o “relativa propia” la estabilidad que implica la indemnización con remuneraciones hasta la jubilación, o la reinstalación, a opción del empleador, cuando haciendo un análisis más profundo, en relación al daño y la responsabilidad emergente, resulta claramente injusto que sea quien produce el daño que elija como repararlo, en todo caso, legítimo sería que a propuesta del empleador, el trabajador (lesionado) elija la forma de reparación, más cuando una relación deteriorada en sus vínculos, deba ser soportada por el trabajador, quedándose con un vínculo insano y sin indemnización, situación que actualmente se manifiesta por aplicabilidad de la ley antidiscriminatoria en el ámbito laboral, tornando ineficaz el despido, pero sin tener en cuenta que la nulidad del acto del despido, ha generado efectos fácticos, que su desconocimiento puede implicar un aumento en el daño ocasionado al trabajador, so pretexto de protegerlo, cuando debería a opción del trabajador, optar por la reinstalación o las indemnizaciones del derecho civil (sumadas a las laborales). El error conceptual de la opción del empleador deviene del art. 1083 del Código Civil que reza “El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero” pero se habrían invertido los roles, o mal interpretado el término “imposible” en relación a la posibilidad de sostener una relación deteriorada a diferencia de reponer un objeto fungible.

período activo del contrato con modalidad a temporada o hasta finalizar el plazo pactado en aquel de plazo fijo y objeto determinado mayor a un año. Esta situación pone de manifiesto la preferencia de la LCT en la celebración de contratos a tiempo indeterminado, y la ventaja para el empleador de un plazo cierto y corto, implicará como contrapartida, mayores riesgos económicos en cuanto a su incumplimiento.

Resulta interesante como la LCT protege al trabajador cuando se identifica con anticipación un período de tiempo fijo para la modalidad contractual, ya sea tanto al inicio como al final, y en estos dos supuestos son en los que únicamente se admite la reparación civil por incumplimiento, en el ámbito laboral, con fuente en la LCT, ya sea tanto en el caso del contrato celebrado no ejecutado, como en la modalidad del plazo fijo (y objeto determinado) no finalizado<sup>78</sup>.

c) La estabilidad relativa impropia con alcances limitados a la cláusula penal contractual (LCT, art. 245, asimilado a la especialidad civil) donde el incumplimiento (ilícito contractual) acarrea una indemnización tarifada, como es en el contrato por tiempo indeterminado.

d) Estabilidad nula, se trata de la vislumbrada tanto en la actividad de la construcción, como en el período de prueba de la modalidad indeterminada y eventual, donde no hay castigo emergente de la disolución del vínculo por voluntad unilateral<sup>79</sup> del empleador. Podría asignarse a estas características como estabilidad nula general o incausada, ya que su aplicación presume una causa legal, la actividad constructora, se asimila a la locación de obra, sin vocación de permanencia, que la prueba no ha sido superada, o que la condición resolutoria de la modalidad eventual se ha cumplido.

Existe otra posibilidad de generarse estos efectos, cuando la LCT en su art. 242 contempla el despido por incumplimiento del trabajador, a lo que podría denominarse estabilidad nula causada, ya que la conducta del trabajador podrá implicar la causa de disolución del vínculo sin indemnizaciones emergentes, o por el contrario, si existe dolo por parte del trabajador, y su conducta causare un daño, la indemnización podría ser en favor del empleador.

e) Estabilidad relativa impropia mejorada. No suele encontrarse esta clasificación en la doctrina o al menos expuesta de esta manera, empero cabe destacar que existen situaciones laborales que tienen efectos en bienes jurídicos tutelados más allá del ámbito laboral, y deben ser especialmente protegidas, pudiéndose clasificar en tres grupos, la seguridad social, la familia y la libertad sindical, cuyos efectos de la falta de cumplimiento del plazo del contrato laboral, los afecta sensiblemente, y por ello, la conducta del despido con efectos sobre estos bienes se castiga más severamente con las llamadas indemnizaciones agravadas<sup>80</sup>.

f) Estabilidad relativa impropia desmejorada referida a la posibilidad de extinción del contrato por causas ajenas a las partes, que implican una consecuente imposibilidad de cumplimiento del objeto del contrato laboral<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> LCT, arts. 24 y 95.

<sup>79</sup> Grisolia, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, p. 625.

<sup>80</sup> Ackerman (dir.), *Extinción de la relación laboral*, cap. V "Indemnizaciones agravadas", p. 625, Pepe y Salpeter.

<sup>81</sup> Entendiéndose por objeto el definido por el art. 4, LCT (actividad productiva y creadora del hombre en sí, en favor de quien tiene la facultad de dirigirla), a diferencia de la modalidad contractual,

3) *Cuadro de resumen.* A los efectos de resumir lo planteado, y a mérito de incluir en la clasificación el universo de posibilidades fácticas que la normativa ampara con sus consecuentes efectos indemnizatorios, deben contemplarse todas las circunstancias que afectan la estabilidad o permanencia del trabajador en el empleo.

<b>Clasificación</b>	<b>Marco legal</b>	<b>Efectos</b>	<b>Ejemplos</b>
Absoluta	art. 14 bis, CN. Ley 23.551, art. 52 (reinstalación o astreintes)	Reinstalación	Empleado público y delegado sindical
Relativa Propia	arts. 95 y 97, LCT. Ley 23.551, art. 52 (indemnización adicional a opción del trabajador)	Pago de salarios hasta el vencimiento del plazo (lucro cesante)	Delegado sindical, ruptura anticipada del contrato a plazo fijo, ruptura en período activo de la modalidad a temporada
Relativa Impropia Mejorada	arts. 80, 132 bis 178, 182, LCT. Ley 23.551, art. 52 (candidatos no electos), ley 24.013 arts. 8 a 15	Indemnización tarifada, con adicional	Despidos por causas que afectan a la familia, la seguridad social o la libertad sindical
Relativa Impropia	art. 245, LCT. Ley 22.248, art. 76	Indemnización tarifada	Modalidad de contrato por tiempo indeterminado (inc. agrario)
Relativa Impropia Desmejorada	art. 247, LCT	Indemnización reducida	Incumplimiento del objeto por causas ajenas a las partes <sup>82</sup>
Nula general (causa implícita)	arts. 92 bis, 99, LCT y ley 22.250, art. 15	Sin protección	Modalidad eventual, act. construcción o período de prueba
Nula Causada (causa explícita)	art. 242, LCT	Sin protección, con responsabilidad civil del trabajador por dolo	Incumplimiento del trabajador que implica la finalización del contrato

que se refiere al modo en que serán ejecutadas las tareas (que podrán cambiar) necesarias para el cumplimiento del objeto.

<sup>82</sup> En la LCT el art. 212 cuarto párrafo no se ajusta a esta clasificación, dado que, con incapacidad total, el empleador está obligado a indemnizar al trabajador con el importe del art. 245, sin perjuicio que no resulta obligatoria la extinción del vínculo, admitiéndose la continuidad laboral, el problema radicaría en que, si la misma continúa, luego la causa de la extinción no resultaría tal, a pesar de mantenerse sus efectos en la salud del trabajador.

### **e. Otras tutelas similares**

Se suelen asimilar a protecciones, pero no lo son, otras medidas como los subsidios o llamados “seguro” por desempleo que atienden una contingencia diferente, que es la falta de recursos para sostener el nivel de la calidad de vida.

Las indemnizaciones agravadas, con diferente naturaleza jurídica que la protección contra el despido arbitrario, tienen por objeto proteger bienes jurídicamente tutelados que trascienden los efectos bilaterales de las partes en el contrato de trabajo, como ser la libertad sindical, la seguridad social y la familia como instituciones sociales superiores a los intereses particulares de una relación bilateral de un contrato de trabajo<sup>83</sup>.

Programas de capacitación y recalificación profesional, créditos para micro emprendimientos, pasantías, seguros de empleo son agregados para facilitar la reinserción laboral, pero en realidad estas políticas activas apuntan a sostener el nivel de empleo, muchas veces confundido con trabajo, ya que el trabajo dependiente es la relación de intercambio bilateral, donde un sujeto aporta su fuerza de trabajo, su disposición de modificar la realidad, su conducta, su libertad, y el otro una compensación económica, o sea bienes o sea participa al trabajador de su propiedad, mientras el empleo o puestos de empleo, se trata de la posibilidad de ocupación o la participación de la generación de la riqueza, respondiendo más a variables económicas, de tipo de cambio, políticas fiscales tributarias, subsidios e incentivos.

Al confundirse trabajo y empleo, se confunde no solo el concepto, sino el problema y consecuentemente la solución, ya que la falta de empleo, o sea la cantidad de puestos disponibles para la población económicamente activa, no depende de las relaciones de intercambio del trabajador y del empleador, sino de otras variables macroeconómicas como el tipo de cambio, las tasas de interés, el acceso al crédito, el dumping, presión fiscal, etc., por ello pretender precarizar las relaciones laborales con el objeto de generar empleo, es la simple falacia de invertir el principio protectorio, ya que a una desigualdad material, se le sumaría otra legal, cuando lo que corresponde es compensarla, en vez de aumentarla, salvo que sea compensada con una amplia protección social estatal, y en ese caso la protección existiría, con la única diferencia de asignación del sujeto tutelar, donde mutaría del empleador al Estado, situación que será analizada en las conclusiones.

### **f. Forma de cálculo de la indemnización**

La pertinencia de este apartado se corresponde con la necesaria relación entre la teoría y la práctica, ya que si bien los argumentos teóricos vertidos en el presente trabajo se esperan sirvan para sostener posiciones que ameriten su justificación, no es menos cierto que resulta de relevancia una forma eficiente de practicar el cálculo lógico que se desprende del art. 245, LCT.

Se detallarán los pasos a seguir, con las aclaraciones pertinentes, los fallos aplicables en cada etapa y someras definiciones de cada cualidad.

---

<sup>83</sup> Ackerman (dir.), *Extinción de la relación laboral*, cap. V “Indemnizaciones agravadas”, p. 625, Pepe y Salpeter.

Paso 1) Tope máximo

Acción: Comparación

Elementos: MRMNHD<sup>84</sup> y 3SPC

Donde:

MRMNHD significa:

M: Mejor: la más alta (Plenario Brandl<sup>85</sup>)

R: Remuneración<sup>86</sup>: retribución con las cualidades del art. 103, LCT (“Pérez c/Disco” CSJN)

M: Mensual: periodicidad no diaria, no semanal, no quincenal, no anual (sin SAC y VAC) (Plenario Tulosai<sup>87</sup>)

N: Normal: dentro de un rango cuantitativo homogéneo, descartando picos altos y bajos<sup>88</sup>.

H: habitual: con periodicidad reiterada, dentro de los últimos doce meses anteriores al despido, al menos seis, con el concepto a analizar.

D: Devengado: con derecho al cobro por parte del trabajador, sin importar si está percibido.

3SPC significa:

3: tres veces

S: salario

P: promedio

C: convenio colectivo de trabajo aplicable

Comparados estos valores, debe tomarse el importe menor.

Paso 2) Cuantificación

Acción: multiplicación

---

<sup>84</sup> Grisolia, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, p. 637.

<sup>85</sup> Fallo plenario CNAT 298, CNAT, 5/10/00, “Brandl, Roberto A. c/Lotería Nacional SE s/Despido”. “Para el cálculo de la indemnización por despido no deben ser promediadas las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales (art. 245, LCT)”, *TySS*, 2000-988.

<sup>86</sup> Ackerman (dir.), *Extinción de la relación laboral*, p. 442.

<sup>87</sup> Fallo plenario CNAT 322, 19/11/09, “Tulosai, Alberto P. c/Banco Central de la República Argentina s/Ley 25.561”. 1) No corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la LCT, la parte proporcional del sueldo anual complementario. 2) Descartada la configuración de un supuesto de fraude a la ley laboral, la bonificación abonada por el empleador sin periodicidad mensual y en base a un sistema de evaluación del desempeño del trabajador, no debe computarse a efectos de determinar la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la LCT”.

<sup>88</sup> Grisolia, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, p. 638. Dificultad de establecer el criterio de normalidad sin parámetros reglamentarios. Ackerman (dir.), *Extinción de la relación laboral*, p. 451 y 452. Un criterio (doctrinal) para hacer operativo este parámetro se define que el importe del período a analizar no supere el 100% del promedio.

Elementos: Resultado del paso 1) y antigüedad<sup>89</sup> del trabajador

Donde:

Se debe multiplicar el resultado del paso 1) por la cantidad de años o fracción mayor de tres meses (Plenario 218)<sup>90</sup> de antigüedad del trabajador

Paso 3) tope mínimo

Acción: Comparación

Elementos: resultado del paso 2) y 1MRMNHD

Donde:

MRMNHD explicado en el paso 1)

La comparación a realizarse debe arrojar como resultado el mayor de los valores obtenidos (aplicación del fallo “Vizzoti” CSJN).

Resumiendo:

- 1) MRMNHD comparado con 3SPC, tomar el menor.
- 2) Resultado del paso 1 multiplicado por antigüedad del trabajador.
- 3) Resultado del paso 2 comparado con MRMNHD, tomar el mayor.

## g. Conclusiones

Sintetizando, la estabilidad absoluta implica la nulidad del despido, la estabilidad relativa propia, el cumplimiento de las expectativas contractuales, la estabilidad relativa impropia, una suma fija determinada por ley, la estabilidad nula, no contiene elementos disuasivos o reparadores del acto jurídico reprochado, sumado la relativa impropia mejorada, cuando se vulneran bienes jurídicos que exceden la relación bilateral, y la relativa impropia desmejorada, cuando el despido se produce por causas ajenas a las partes que implican el incumplimiento del objeto.

Esta secuencia de debilitamiento de la protección, resulta también asimilable a una analogía con la especialidad penal del derecho, ello así cuando el empleador decide despedir sin existir factor alguno de argumentación que lo habilite (causando un daño intencional o preterintencional), corresponderá el cien por ciento de la indemnización del art. 245, LCT, empero si debe despedir por un hecho ajeno a su voluntad, corresponderá una indemnización del 50% al valor anterior (causando un daño pero sin intención de hacerlo –culposo–), y si despide por incumplimiento del trabajador, no corresponderá indemnización alguna, por aplicación del art. 242, LCT (despido con justa causa), asimilable en el ámbito penal a la culpa exclusiva de la víctima. Podría

<sup>89</sup> Ackerman (dir.), *Extinción de la relación laboral*, p. 439.

<sup>90</sup> Plenario 218 CNAT, “Sawady, Manfredo c/SADAIC Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/Cobro de pesos”. “El trabajador con antigüedad no mayor de tres meses, despedido sin causa, no tiene derecho a la indemnización prevista en el art. 266 de la LCT (to)”, LL, 1979-B, DT, 1979-371.

también agregarse las indemnizaciones agravadas como comparación a los agravantes del derecho penal.

Resulta importante entonces la protección contra el despido arbitrario, por el efecto en la continuidad laboral, o sea la estabilidad en el empleo, y su efecto en la vida social, una vez garantizado el acceso a mínimo de bienes que garantizan la subsistencia, la persona puede desarrollarse, proyectarse, perfeccionarse, constituir una familia, ahorrar, solo la libertad se alcanza cuando se libera de la necesidad.

El tiempo, el más precioso tesoro, cuando hay que dedicarlo a satisfacer necesidades básicas, se lo puede aplicar en beneficio propio o en beneficio de un tercero donde se lo utiliza sustituyendo la voluntad del sujeto, pero cuando se puede decidir que hacer con él, recién allí se es verdadero propietario de la libertad.

El párrafo que antecede describe la libertad en términos económicos, ya que quien dedica su tiempo a la producción para satisfacer necesidades no sería libre, en consecuencia nos remontamos a la encíclica papal *Rerum Novarum* (1891) donde sostiene que es digno vivir del trabajo propio, ya que hasta el siglo XIX aproximadamente, resultaba contrario al concepto de libertad el trabajo físico, acercándonos al concepto de esclavitud, donde se tenía por amo un sujeto ajeno al trabajador, pero que con el desarrollo industrial y con posterioridad al absolutismo monárquico el hombre pasó a ser propietario de sus tiempos siendo su propio amo, aunque sin capacidad productiva más que su fuerza de trabajo, queda la duda si se trata de un esclavo sin amo, que no sería lo mismo que un hombre (o mujer) libre.

Por lo expuesto las complejas estructuras, interpretaciones análisis y cálculos necesarios para cubrir situaciones de necesidad (incluidas las de seguridad social), se van tornando cada vez más obsoletas frente a los nuevos paradigmas productivos, relaciones empresarias, de subordinación laboral, modelos familiares y etapas de la vida diferentes, a los existentes hasta el siglo XX, ya que la generación de la riqueza en su agonizante relación con la distribución del ingreso, amerita un enfoque más amplio del sujeto tutelado para los modelos socio económicos de los siglos XXI y XXII.

Actualmente la figura del “pequeño contribuyente” o “monotributista” recepta esta realidad, asumiendo el Estado la tutela de las seguridades mínimas para garantizar algún grado de libertad aproximadamente un millón de trabajadores (2010)<sup>91</sup>.

Poco a poco se avanza en la libertad, transitando un camino sistémico productivo de esclavitud, servidumbre, trabajo dependiente, pequeño contribuyente y así, transformando las relaciones privadas en públicas, y los sujetos particulares en estatales.

El hombre se va liberando del dominio de otro hombre en cada vez más aspectos de su vida, limitando su sumisión al proceso productivo, delegando la satisfacción de necesidades en el Estado, quien asume el rol antes del amo, señor y empleador.

De esta manera el camino a la libertad se transita por el traslado de ámbitos privados a públicos<sup>92</sup>. De materias laborales a sociales, como si en el siglo XX el sujeto

<sup>91</sup> [www.afip.gov.ar](http://www.afip.gov.ar).

<sup>92</sup> Salpeter Pablo, *El camino a la libertad individual requiere de la promiscua intervención del derecho público. En relación a la ineficacia del seguro obligatorio como protección social*, [www.ElDial.com](http://www.ElDial.com), 12/8/10.

protegido fue el trabajador, por ser el sujeto generador de riqueza, en el siglo XXI tal vez lo sea el consumidor<sup>93</sup> que garantice la continuidad del sistema económico, como método de distribución del ingreso.

La libertad entonces se asimila a la propiedad de las conductas propias. Teniendo por opuesto de la libertad a la necesidad (“Liberar al hombre del miedo y la necesidad” –Carta del Atlántico, 1941–) o de la seguridad como sinónimo de libertad, en cuanto garantía del ejercicio de esta, o por el contrario, como máxima restricción (conforme el Código Penal)<sup>94</sup>.

## **5. Elementos que distinguen la autonomía de una rama del derecho**

Habitualmente se define a la autonomía de una especialidad del derecho mediante cuatro características a describir:

a) Legislativa, ya que se agrupan las normas por códigos, leyes, decretos, resoluciones, específicas del tema.

b) Axiológica, si bien hay principios compartidos, algunos suelen ser exclusivos que hacen la diferencia.

c) Jurisdiccional, por establecerse ámbitos de solución de conflictos, especiales por la materia a tratarse, con juzgados o tribunales especializados en el tema.

d) Pedagógica, por enseñarse de manera segmentada la especialidad, ya sea mediante una materia específica, cátedra, o especialización y posgrados.

Si bien lo descrito precedentemente suele habitualmente presentarse como causa, siguiendo la referencia aristotélica, plasmada en “retórica” o el arte de la persuasión, esta circunstancia encuadra en lo que se denomina, “metonimia” que implica invertir la causa con la consecuencia, o sea, las cuatro características, más que causas son consecuencia.

Queda entonces justificar la verdadera causa de una especialidad, y no es otra cosa que su objeto de estudio, si el objeto del derecho es una de sus definiciones, las reglas de conducta de los seres humanos, dentro de este amplio marco, el derecho del trabajo, serán las reglas de conducta en las relaciones productivas para terceros, o en el derecho comercial, las reglas de conducta en las relaciones de intercambio.

Siendo más específicos, en el ámbito del derecho del trabajo, las reglas de conducta en las relaciones productivas para terceros, si una parte se obliga a poner su conducta (productiva) a disposición de un tercero y este se obliga a darle una suma de dinero, surgen tres teorías fundantes de la especialidad, la primera es la caridad,

<sup>93</sup> La ley 24.240 recepta principios laborales que hacen al consumidor el sujeto tutelado frente a la desigualdad material de las corporaciones y el Estado.

<sup>94</sup> En nuestro derecho, la sanción a la conducta esperada se castiga con reducción del patrimonio (multa) o de libertad (la posibilidad de generar bienes), o sea sin patrimonio ni libertad para generarlo, no solo no hay sanción, sino que también hay necesidad, sin restricción sistémica, o sea que los conceptos de libertad y necesidad se oponen, y si a eso le sumamos que la pérdida de libertad se efectiviza con la cárcel “para seguridad y no para castigo de los reos” (¿seguridad de quién, de la sociedad o del reo?) según el art. 18 de la Const. nacional, y la libertad implica riesgos, a mayor libertad, más riesgos, por el contrario, la mínima expresión de riesgos es la máxima seguridad, pueden entenderse entonces como contrarios, libertad y seguridad.

la doctrina social de la Iglesia, y corresponde a la ayuda al necesitado, y en una disparidad de poder, quien tiene un mayor poder tiene una mayor responsabilidad, la segunda, que entiende al trabajador también en una situación desventajosa, describe a este sujeto como hiposuficiente, por no decirle incapaz, como se le denominaba a los conchabados antes de la ley del mal llamado voto universal (las mujeres no votaban), ya que se consideraba la voluntad del trabajador, viciada por la de su empleador, ya que este se inclinaría por mantener su fuente de trabajo, y perderla le implicaría lo que se llamaba entonces salir a “tomar patrón” para evitar caer preso o ser enviado al ejército por vagancia, y la constancia de tener trabajo se denominaba “papeleta”. La tercer idea es que al tratarse de un intercambio, el trabajador pone en la mesa de negociación su conducta (su libertad) y el empleador el salario (dinero, propiedad), en el intercambio de libertad por propiedad, y su difícil mensura, queda el análisis de preguntarse ¿cuál bien jurídico requiere mayor tutela? La Constitución Nacional los define en los arts. 14 bis y 17, el Código Penal, castiga con mayor severidad las conductas que atenten contra la libertad, por cuanto puede sostenerse que la causa de la especialidad, es el intercambio de libertad por propiedad, o sea el conflicto de categorías conceptuales o bienes jurídicos de distinto grado de tutela, lo que va a definir que si bien es flexible la normativa laboral, siempre estará inclinada la balanza hacia una de las partes, con sus correspondientes límites.

En cuanto al derecho de la seguridad social, con sus diferentes definiciones, seguridad de la sociedad, última frontera antes de la pobreza, redistribución intersectorial de riqueza, cobertura de contingencias sociales, etcétera.

Entonces, más allá de existir juzgados especializados en seguridad social, y la Cámara Federal de la Seguridad Social, materias de derecho de la seguridad social, posgrados en Derecho de la Seguridad Social<sup>95</sup> normas específicas de fondo y forma, y principios exclusivos como especialmente la solidaridad vertical<sup>96</sup> corresponde entender que la justificación de la existencia de esta especialidad que se desprende del derecho del trabajo, tiene por objeto indemnizar al ser humano de los efectos de las contingencias sociales<sup>97</sup>.

Entonces el objeto del derecho de la seguridad social, es brindar la indemnidad necesaria para evitar los efectos económicamente dañosos de las contingencias sociales, es la asegurabilidad de la sociedad, que supera al seguro, por liberar al beneficiario del pago de la póliza.

Por este motivo, superador del seguro obligatorio, el derecho de la seguridad social es un derecho de indemnidad, tiene la particularidad que el derecho se anticipa al hecho. No repara, indemniza.

---

<sup>95</sup> Posgrado de Actualización en Derecho de la Seguridad Social, Facultad de Derecho UBA, dirigido por Mario Ackerman, y luego por Luis Ramírez Bosco, coordinado por Pablo Salpeter 2005 a 2010.

<sup>96</sup> Es aquella que refiere a quien debe ayudar al que necesita, o justicia distributiva, o justicia social, que se refiere al individuo en su necesidad y al colectivo en su responsabilidad.

<sup>97</sup> En la Carta del Atlántico en 1941 en algún lugar del océano Atlántico, Winston Churchill y Franklin D. Roosevelt plasmaron como uno de los objetivos comunes “liberar al hombre del miedo y la necesidad”.

## **6. Propuesta. Definición del derecho de la seguridad social en función de sus caracteres**

### **a. Definición**

En la doctrina y pedagógicamente, ya existen una cantidad significativa de definiciones de seguridad social, ya sea seguridad de la sociedad, redistribución de la riqueza, sistema de cobertura de contingencias sociales, última frontera antes de la pobreza, garantía de continuidad del sistema capitalista, etc., pero la idea del presente análisis es entender que este sistema que cumple todas las cualidades que son contenidas en las definiciones precedentes, tiene adicionalmente un elemento poco o nada percibido por el sistema jurídico vigente.

Esta definición radicaría en la cualidad particular de dar respuesta anticipada a un problema que, de no darse la acción previa, existiría.

Se parece a una reparación, pero no lo es, ya que no es posterior al hecho dañoso.

Tampoco es prevención, ya que debe existir un hecho definido previamente, que ponga en riesgo el nivel de calidad de vida de la persona, pudiendo orientarlo a una situación de pobreza, como antecedente necesario del hecho disvalioso, que es la imposibilidad de generar riqueza o gastos extraordinarios generalmente por razones ajenas a su voluntad (con excepción de las cargas de familia).

No es un sistema de seguro, ya que la cobertura de la póliza no requiere el pago previo al siniestro, y el asegurado es el mismo beneficiario, ya que en los seguros puede diferir.

O sea, se trata de un sistema que, advirtiendo la existencia de hechos que implicarán necesariamente un perjuicio económico con riesgo social, mitigado por la solución económica de la seguridad social.

Dado que el derecho de la seguridad social, se ocupa de mantener indemne al trabajador del estado de necesidad, puede definirse entonces como “indemnidad social” emergiendo en la evolución jurídica con posterioridad a los derechos de tercera generación.

### **b. Elementos**

Los elementos que conforman el derecho de la seguridad social, objeto del presente trabajo, son aquellos que deberán existir para dar existencia al concepto antes referido.

1) *Sujeto*. Si el derecho de la seguridad social, es la respuesta económica a un hecho social, en cuanto al sujeto, corresponde entonces entender que éste deberá encontrarse en condiciones de generar, o devengar contenido económico, por cuanto un menor de edad, cuya manutención y calidad de vida estará condicionado por quienes legalmente tienen obligaciones alimentarias con él, significa que no se encontrará comprendido como sujeto directo de la mencionada cobertura, con la excepción, de la

inexistencia de un sujeto con obligación alimentaria, por cuanto en este caso el Estado a efectos de garantizar la vida de dicho menor, deberá asumir esa responsabilidad.

Con la mayoría de edad, y estando en condiciones productivas, o sea dentro del conjunto de la población económicamente activa, tendremos al sujeto del que se ocupará el derecho de la seguridad social, ya sea el trabajador que trabaja como el trabajador que no trabaja.

El trabajador que trabaja es simple de identificar, este genera riqueza y participa de la distribución del ingreso, ya sea en forma independiente o dependiente.

El trabajador que no trabaja, puede ser por impedimento originario (nunca estuvo en condiciones productivas), lo que implicará algún tipo de ayuda, distinta de la seguridad social, o sea, asistencialismo, caridad, etcétera. En este caso se hace referencia a la inaplicabilidad de la seguridad social, ya que se trata de una persona que no ingresó a la población económicamente activa, por ende, no se puede perder (capacidad productiva<sup>98</sup>) no que no se tiene.

Claramente este paradigma puede mutar, desde una perspectiva social de comprensión de un colectivo más amplio. Por ejemplo, cuando el sistema productivo no tenga espacio para que todos los trabajadores participen del sistema, en este caso corresponde que el mismo sistema dé respuesta a este vacío.

El sistema legal de cobertura por desempleo, de las leyes 24.013 y 25.191, tienen por sujeto cubierto al trabajador que trabaja, siendo que las prestaciones que otorgan son dinerarias, sustitutivas de ingresos, compensación familiar, de salud, y los períodos cubiertos son considerados para acceder a las prestaciones de vejez.

Sin embargo los sistemas citados, no son sinceros, ya que la contingencia es la pérdida de la relación bilateral de trabajo para el trabajador, lo que no significa que el empleo, o sea ese puesto de trabajo se haya perdido, por cuanto más que desempleo es destrabajo, pero la solución no es un trabajo sustitutivo, es un ingreso sustitutivo, con lo que, consecuentemente es un sistema de cobertura de desingreso, que tampoco lo es, ya que el nivel de ingresos y de prestaciones, cuantitativamente, quedan muy alejados, por cuanto pierde su caracterización cualitativa, siendo que el tope máximo de la ley 24.013, estaba establecido a 2016 en \$ 450, mensuales, y recién en ese año es elevado a \$ 3000, siendo elevado el salario mínimo vital y móvil desde enero de 2017 a \$ 8060<sup>99</sup>, era significativamente desproporcionado, con lo que el aspecto cuantitativo afecta el carácter cualitativo.

Por lo antedicho, el sujeto de la seguridad social, a pesar de la omisión taxativa del tercer párrafo del art. 14 bis de la Const. nacional, que refiere claramente al trabajo, en sus diversas formas (trabajador), a la actividad lucrativa habitual y personal.

Por actividad se entiende la conducta, acción, modificación de la realidad, lucrativa, como generación de valor, habitual, reiterada en el tiempo, y personal, desarrollada por persona humana.

---

<sup>98</sup> El art. 2 de la ley 24.241 refiere a los afiliados obligados, activos, que tendrán derecho a las prestaciones, o sea, para acceder a las prestaciones, debe encontrarse el sujeto en la P.E.A.

<sup>99</sup> Resolución 2/2016 del Consejo Nac. del Empleo Productividad y el Salario M.V.Y M.

O sea que el sujeto cubierto por la seguridad social, será “quien se encuentre en condiciones de realizar una actividad, lucrativa, habitual y personal, y las personas que dependan alimentariamente de él/ella”.

2) *Objeto*. Siendo que las personas humanas que se encuentren en condiciones de realizar una actividad, lucrativa, habitual y personal, y las personas que dependan alimentariamente de él/ella, pueden ser afectados por contingencias sociales<sup>100</sup> la idea es evitar que estos caigan por debajo de línea de pobreza, garantizando un nivel mínimo de calidad de vida social. O sea, garantía de continuidad del modelo liberal capitalista de producción.

3) *Causa*. La causa que da origen a esta herramienta del sistema productivo, es la experiencia de las diferentes crisis sociales, que han generado significativos costos sociales para la humanidad, hambrunas, migraciones, explotaciones en condiciones infrahumanas de personas, etcétera.

Habiéndose capitalizado esa experiencia, y en el marco de una evolución social, que implica seguir subiendo los estándares de previsibilidad y asegurabilidad social, si se sabe de la existencia de los fenómenos que afectan el modelo socio económico, y se pueden prevenir, no hacerlo será un juicio colectivo.

4) *Autonomía*. El carácter de autónoma de la especialidad le da el carácter subjetivo o cualitativo distintivo de otras áreas del derecho, del civil, comercial, laboral, etcétera. Atendiendo a los elementos constitutivos, distintivos de otras ramas del derecho, es que puede decirse que tiene una singularidad que la independiza, a lo que se le sumarán las cualidades emergentes de esa diferencia.

a) *Axiológica*. Implican los principios o valores que darán fundamento a las normas, herramientas, acciones, entes, estructuras y relaciones para hacer efectivo el cumplimiento del objetivo, que las contingencias sociales, no causen daño, que miembros de la sociedad, no caigan en situaciones de necesidad, que se sostenga el sistema productivo liberal capitalista, por medio de la redistribución intersectorial de recursos que el mercado no logra distribuir.

*Solidaridad*. La solidaridad es dar, pero no lo que sobra, es la resignación de consumo de los ingresos, con destino a cubrir las contingencias sociales, la solidaridad no es individual, ni horizontal, es colectiva y vertical, lo que significa que, el colectivo que se encuentre en condiciones de financiar, aportará, y el colectivo en situación objetiva<sup>101</sup> de necesidad, recibirá la cobertura.

*Integralidad*. Principio constitucional plasmado en el art. 14 bis, que refiere a que la cobertura de las contingencias debe procurar por completo sus efectos negativos.

---

<sup>100</sup> Contingencia, evento que implica una imposibilidad de generar riqueza, o un aumento en los gastos ordinarios, que afecten la calidad de vida de las personas humanas, pudiendo generar situaciones de necesidad.

<sup>101</sup> La situación objetiva de necesidad, implica la falta del requisito de demostración de la necesidad, porque todavía no llegó, si llegó, la seguridad social, fracasó, y el escenario entonces será de asistencialismo. El eje de poder de la seguridad social radica en el prestacionario, y no en el ente gestor como el asistencialismo, y este aspecto, resulta medular a efectos de garantizar la dignidad de la persona.

*Subsidiariedad.* Implica que la gestión debe estar a cargo de los interesados, como reza la Constitución Nacional en el artículo citado precedentemente, pero el Estado no puede eludir su responsabilidad para garantizar la efectividad de la cobertura.

Suele confundirse con la obligación de quien sufre la contingencia, de procurarse por sí mismo la solución, pero esta definición, excluye al Estado como garante de las prestaciones, y erosionaría al principio de integralidad.

*Irrenunciabilidad.* Las prestaciones de la seguridad social, tienen por objeto cubrir situaciones de necesidad, por cuanto su disponibilidad implicaría un riesgo social elevado, para evitar su comercialización, o intercambio por cualquier beneficio, en general en dinero, se retira del comercio, siendo el aprecio mayor, el valor cero de comercio, o sea sin precio, carecer de precio comercial, eleva el valor social.

*Obligatoriedad.* Es la contracara de la solidaridad, ya que esta es la característica de “tener algo de otro”, por lo tanto, no puedo ser generoso con lo ajeno, no son propiedad del trabajador individual los aportes a la seguridad social, son propiedad del colectivo de trabajadores<sup>102</sup>.

*Inmediatez.* Las prestaciones cubren la posible situación de necesidad, por cuanto si no llega a tiempo, si se demora, no indemniza, sino repara, y como la esencia de esta herramienta social y productiva es la ausencia del daño, si no se anticipa, fracasa.

*Igualdad.* Es la simple circunstancia de no dispensar un trato diferente a personas en condiciones similares, establecerse previamente las circunstancias que implicarán el acceso a los derechos subjetivos que implicarán las prestaciones de la seguridad social.

*Unidad de gestión.* Suele identificarse este principio como “técnico” ya que hace referencia al modo de administrar las prestaciones y los criterios y gastos que implica la dispersión administrativa de la seguridad social, al unificar la gestión, no deberían aplicarse diferentes criterios, condiciones, derechos, y costos de gestión. A modo de ejemplo la ley 27.260 invita a las provincias que no han adherido al sistema de la ley 24.241 a delegar sus sistemas previsionales para el empleado estatal, a efectos de unificar a nivel nacional las prestaciones recomendando la “armonización” de sus sistemas para que sea más fácil la migración.

*Universalidad.* Refiere al objeto de cubrir a la mayor cantidad de sujetos posibles, suele hacerse referencia a la universalidad objetiva y subjetiva, siendo la primera, la tendencia a cubrir la mayor cantidad de contingencias, y la segunda en relación a las personas, pero es criticable la primera, ya que identificada la contingencia, la falta de cobertura resultaría contraria al propio objeto de la seguridad social; a modo de ejemplo en nuestro país, no se ha identificado a la contingencia de invalidez en la vejez, que si tiene cobertura en España, evidentemente debemos esperar que el problema sea significativo para que sea una cuestión de Estado, y se agregue dicha contingencia.

---

<sup>102</sup> Salpeter, Pablo, *El manual de negociación*. Es recurrente la confusión de individuo y colectivo, como se suele decir “nadie se baña dos veces en el mismo río” cuando debería decirse “nadie se baña dos veces en la misma agua del río”.

*Libertad.* Siendo el derecho de la seguridad social, referido a la cobertura de situaciones de necesidad que no deben materializarse, para garantizar la indemnidad del trabajador y su grupo familiar, el nivel de calidad de vida es un marco o radio de libertad que, en función del ingreso del trabajador, será el grado de libertad material, en función del consumo que tenga.

Esta libertad queda en evidencia en la llamada clase media, que siendo parte del segmento trabajador pretende emular a sectores de altos ingresos, generándose la llamada alienación, y distorsión de la autopercepción, que queda en evidencia en la comparación de ingresos y nivel de vida expuesto, circunstancia que obliga a este segmento a ocultar su sueldo para sostener la ficción del colectivo al que pertenece.

b) Doctrinaria. Existe a nivel bibliográfico, autores especializados en la materia, que abordan el tema, con independencia, pero vinculada a otras especialidades, como ser Carlos Etala, Bernabé Chirinos, Pedro Taddei, Alvarez, Graciela Cipolletta, entre otros.

c) Jurisdiccional. En materia procedimental, existen los juzgados de primera instancia en la materia, organizados por ley 24.463, junto a su control jerárquico, la Cámara Federal de la Seguridad Social, antes nacional, federalizada por la ley citada, aspecto cuestionado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ámbito de la ley 24.557 comparado con el sistema previsional “no por ser órgano de alzada la Cámara Federal de la Seguridad Social, los preceptos que rigen, por ejemplo, una jubilación por invalidez del régimen previsional ordinario, pierdan su carácter común (*Fallos*, 325:1644, entre muchos otros)”<sup>103</sup>.

Si bien se encuentra estructurado como especialidad independiente, la federalización de los sistemas se encuentran discutidas<sup>104</sup>.

d) Pedagógica. En materia pedagógica existen materias específicas de grado y cursos de posgrado y diplomaturas, a modo de ejemplo en la carrera de abogacía de la Universidad de Buenos Aires (UBA), en grado se encuentra la materia “Derecho de la Seguridad Social” como obligatoria, en posgrado se encuentra el Curso de Actualización, de 128 horas, en la misma casa de estudios, en la que participé como coordinador desde el 2005 por varios años, en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, en la Carrera de Licenciatura en Recursos Humanos, se encuentra la materia “Derecho de la Seguridad Social” en la cual soy docente adjunto, y dispone de una diplomatura en Derecho de la Seguridad Social, la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA en su carrera Relaciones del Trabajo, también tiene una materia de grado obligatoria y específica en la materia.

e) Legislativa. La profusa normativa en materia de seguridad social, desde los diferentes sistemas de cobertura, financiamiento, prescripción, procedimiento,

---

<sup>103</sup> CSJN, 7/9/04, “Castillo, Ángel S. c/Cerámicas Alberdi SA”, considerando 6°.

<sup>104</sup> Ha habido distintos fallos emblemáticos de la CSJN que han generado cambios sistémicos que a modo de ejemplo se mencionan, “Elliff, Alberto c/Anses s/reajustes varios” del 11/8/09 en materia de ajustes de las prestaciones ha motivado el cambio en el índice decidido en el Poder Judicial por el RIPTE mediante ley 27.260, también con “Badaro, Adolfo V. c/Anses s/reajustes varios” del 26/11/07 que motivara la movilidad establecida en la ley 26.417, el fallo “Itzcovich, Mabel c/Anses s/reajustes varios” del 29/3/05 (*Fallos*, 328:566) ha generado la inmediata sanción de la ley 26.025, que anulara la tercera instancia obligatoria ante la CSJN, por mencionar algunos.

facultades fiscalizadoras, sancionatorias, etc., es significativa, a modo de ejemplo se citan algunas, ley 24.241 (jubilaciones –al 7/11/16 con 1077 complementos y modificaciones–) 23.660 y 23.661 (salud –al 7/11/16 con 356 complementos y modificaciones–) 24.013 y 25.191 (desempleo), 24.714 y 24.716 (cargas de familia) 18.820 y 22.161 (facultades fiscalizadoras), 14.236 (prescripción), etcétera.

f) Filosófica. La autonomía filosófica implica el sentido, y objeto de su existencia como especialidad, y es el estudio del ser humano en situación posible y efectiva de los efectos económicos de la contingencia social, en relación a la garantía de continuidad del modelo socio productivo.

g) Epistemológica. Esta especialidad, cuenta con términos propios que implicarán consecuencias específicas en la materia, a modo de ejemplo se citan: reciprocidad, servicios diferenciados, regímenes especiales, regularidad, autónomo, indicador mínimo de trabajadores (IMT), monotributista, monotributado, monotributista social, etcétera.

h) Ontológica. Si bien la ontología es el estudio del ser, o sea, cuando la norma es el deber ser, la ontología estudia lo posible, y desde el estudio del derecho de la seguridad social, ontológicamente puede sostenerse que no se trata de una abstracción, sino que muy por el contrario, se trata de una herramienta, que corrige la distribución del ingreso que se genera como consecuencia de la participación en la generación de riqueza, y que el mercado por sí mismo no da respuesta, compensando esta circunstancia con una redistribución de ingresos intersectorialmente solidaria, para garantizar la continuidad del modelo productivo liberal capitalista, garantizando, la dignidad del hombre (y mujer), siendo la última frontera antes de la pobreza.

i) Sociológica. Los efectos sociológicos de la seguridad social, soy muy diversos, a modo de ejemplo, cuando se presenta la contingencia de desempleo, la diferencia diametral de solicitar un beneficio en el ámbito asistencial, y exigir una prestación en el ámbito de la seguridad social, afectará significativamente la autoestima, ya que la persona, como proveedora de su hogar, al perder ese rol, se sentirá afectada, por haberse roto el nudo del lazo que lo vincula con su familia, y si se le suma que debe demostrar, exhibir su necesidad, es un puñal social, que no solo se clava sino que escarba en el alma del trabajador. Sin descontar que se afectará su círculo de libertad material, ya que los ingresos no alcanzarán para sostener el estilo de vida que tenía, en materia de alimentación, indumentaria, esparcimiento, amistad, etcétera.

j) Económica. La Constitución Nacional dispone que los sistemas de coberturas de contingencias sean administrados por los interesados con participación estatal, a efectos de evitar confundir presupuestos, y distraer de sus objetos los recursos propios de cada contingencia, circunstancia habitual del Estado con independencia del color político del gobierno de turno. Basta con revisar los Boletines Oficiales, y advertir la reafectación de recursos, que distan de la ley de presupuesto anual.

### **c. Conclusiones**

A modo de conclusión del presente punto, queda demostrada la independencia de la especialidad desde diferentes enfoques, generándose así la causa de la autonomía, con sus efectos que habitualmente se reflejan en la doctrina.

La seguridad social se ocupa del trabajador que no trabaja, o del trabajador que se acerca a objetivamente a la línea de pobreza, a diferencia del derecho del trabajo, que se ocupa de la tensa relación entre trabajador y empleador.

## **7. Evolución. Métodos empíricos de solución al problema. Seguro obligatorio Asistencialismo. Seguridad social**

### **a. El seguro social como origen de la protección social estatal (Bismark)**

Para comenzar el presente trabajo resulta oportuno focalizar en un estilo de protección de las contingencias sociales, comenzando<sup>105</sup> por los utilizados en 1883 y 1884 para minimizar los efectos destructivos de la revolución industrial que pesaban sobre los trabajadores<sup>106</sup>, y para la época en que fueron utilizados fue una evolución en la materia, empero hoy tal vez estemos en condiciones de superar las herramientas útiles hace más de cien años.

Una de las secuelas de la revolución industrial ha sido la gran cantidad de accidentes de trabajo y las mínimas condiciones de seguridad e higiene, junto al deterioramiento prematuro de la salud, por acción del trabajo infantil, de las mujeres y una jornada excesiva de trabajo.

Esta situación, justificada en los florecientes derechos individuales que se vislumbraban desde las revoluciones de los nuevos Estados, llevó a una necesaria protección estatal, en miras a sostener el modelo productivo.

Fue así que, en la actual Alemania, del Conde Von Bismark llamado el “Canciller de Hierro” encargado de diferentes aspectos del Reich, propuso, y pese a la crítica de los empresarios por encarecer sus costos productivos<sup>107</sup>, instalar una protección de la salud, mediante un seguro mutual en 1883 y al año siguiente, un seguro de accidentes de trabajo<sup>108</sup> medida para “oponerse al empuje de las doctrinas socialistas”.

---

<sup>105</sup> Podría hablarse desde antiguo, con la realización de las pirámides egipcias como sistema de solución a la distribución del ingreso, o que el nacionalsocialismo alemán (su llegada se le atribuye a las policías del siglo XIX) terminó con el desempleo, frente al problema de la falta de participación de la generación de la riqueza, pero el aspecto relevante que se destaca en este trabajo es el factor “dignidad” de la persona, intentando que todo sistema aplicable procure una igualdad ascendiente en la calidad de vida.

<sup>106</sup> Ver, Dawsan, William Harbutt, *Social Insurance in Germany 1883-1911*, London, T. Fisher Unwin, 1912.

<sup>107</sup> Taddei, Pedro - Mongiardino, Carlos - Naccarato, Reinaldo, *Manual de la seguridad social*, Bs. As., Ábaco, 2002, p. 37 los aportes altos, implican mayores costos, que incrementan la evasión. Por ello debe atribuirse a estos recursos una protección similar a los impuestos (Salpeter, *Recursos de la seguridad social. Público, federal y tributario*, www.eldial.com, 2009).

<sup>108</sup> Taddei - Mongiardino - Naccarato, *Manual de la seguridad social*, p. 34 y 35. Desde la Organización Internacional del Trabajo, el primer Convenio en 1919 fue sobre accidentes de trabajo, y en nuestro país, la ley 9688 rigió por casi cien años (hasta la ley 24.028).

Estos seguros tienen por objeto atender la salud de los trabajadores<sup>109</sup>, pero también limitar la responsabilidad de los empleadores, dado que era la forma apropiada de tener previsibilidad sobre los costos económicos de la producción, sumado a que en esa época no existía aún el concepto de responsabilidad objetiva<sup>110</sup> que favorecería la identificación de la legitimación subjetiva del responsable sin necesidad de demostrar la causa obligacional y la tarifación de los reclamos. Entonces, mediante la asegurabilidad del riesgo, logró minimizar los reclamos laborales y desviar el riesgo del capital afectado a la producción.

Es importante destacar que la protección del Estado resulta necesaria en el marco de un estilo liberal, dado que para el siglo XIX, con las recientes aboliciones a la esclavitud y servidumbres como sistemas productivos, si bien en la forma los trabajadores eran personas libres, a veces no resulta equiparable, un hombre libre a un esclavo sin amo<sup>111</sup>.

En cuanto a la característica de seguro social, lo relevante es en primer lugar que se trata de un traslado de la responsabilidad de un obligado contractual (empleador), en segundo lugar, que el Estado solo interviene con la regulación, siendo los actores particulares quienes participan del financiamiento y gestión, y por último que se trata de un sistema paliativo, no preventivo del riesgo o siniestro.

## b. Las ventajas del seguro social

Para la época de fin del siglo XIX era muy eficiente este sistema para ambas partes en conflicto (empleador y trabajador) dado que, hasta entonces, la libertad del trabajador significaba una evidente desprotección por falta recursos (propiedad) para resolver los problemas generados por el estilo de trabajo industrial, dado que hasta entonces el trabajo era rural, para pasar luego de la revolución industrial a concentrarse en las urbes<sup>112</sup>.

A esto se le sumaba la indigencia jurídica anterior al siglo XX que implicaba el acceso a las profesiones liberales solo para sectores en condiciones de costearla.

<sup>109</sup> Ver, Italia, Ispettoreto Generale del Credito e Della Previdenza, L'Assicurazione Obbligatoria contro la Malattia in Germania, Roma, 1906.

<sup>110</sup> La doctrina Jossierand, pensada para accidentes de tránsito, se instaló en nuestro país con la ley 9688 que atribuye responsabilidad a quien introduce un riesgo, tomándose como referencia actual el art. 1113 del Cód. Civil, en el ámbito laboral el riesgo introducido no es una máquina o elemento específico, sino que el riesgo es la ausencia de voluntad del trabajador, sustituida por la del empleador, que tiene las facultades de organizar y dirigir la conducta que desarrollará el trabajador, que la despliega en beneficio de un tercero.

<sup>111</sup> Se trata de identificar como se presenta el sujeto en la sociedad, en el aspecto productivo, especialmente a si cuenta con el capital, el conocimiento, las relaciones o la habilidad para tener su propio emprendimiento, de hecho, actualmente la llamada clase media en la Argentina, se trata solamente de una cuestión de actitud más que su relación con los ingresos, dado que estilos de trabajo socialmente denigrados, obtienen mayores ingresos que los identificados con una escala social superior.

<sup>112</sup> Existen tendencias que denominan hoy al ser humano como *homos urbanus*, dado que es altísima la concentración de personas en ciudades y el campo se está despoblando gracias a la tecnología y explotación extensiva que está transformando al campo en verdaderas fábricas de plantas.

Consecuentemente, la salida de la judicialización del conflicto, es en todo sistema, una variable de ajuste para sostenerse a sí mismo<sup>113</sup>.

Hoy en día (1995) el seguro social sigue vigente contemplando nuevas contingencias como ser la dependencia de quienes no pueden valerse por sí mismos, y ello a pesar de no ser estrictamente una contingencia que en forma independiente impida generar ingresos, evidentemente aumenta gastos (como las cargas de familia) y se ha creído oportuno, darle la cobertura social mediante un adicional en el seguro obligatorio por enfermedad pero con independencia en su gestión<sup>114</sup>, esta situación evidencia que el seguro como metodología puede ser eficiente en una sociedad productiva, con sus miembros participando de ella.

### c. Crisis del seguro social (Beveridge)

El modelo de seguro social tuvo su razón de ser, y de hecho, nuestra ley de accidentes de trabajo 9688 de principios de siglo XX era justamente un seguro obligatorio de la responsabilidad objetiva del empleador, donde éste trasladaba el riesgo a un tercero que asumía el alea a cambio de una póliza.

La estructura triangular de asegurador, asegurado y beneficiario es muy importante en este esquema dado que existe obligación reparatoria por parte de la aseguradora, en la medida de la vigencia de la póliza, si esta no se encuentra activa (con el pago de la prima) no operará el traslado de la responsabilidad o el llamado en garantía. Dentro del esquema del seguro es coherente para evitar “asegurar un auto chocado” o la “compra de prestaciones”.

En el Reino Unido se le encomienda a Beveridge en el año 1941 un sistema de protección social, en miras a la finalización de la Segunda Guerra Mundial (europea) y en especial para solucionar los efectos de una sociedad diezmada por todo tipo de contingencias sociales<sup>115</sup>.

Fue así que, en 1944, se termina el llamado “informe Beveridge” donde se propone un plan para solucionar los problemas económicos conforme la definición de contingencia social, pero a diferencia del modelo del seguro social, el giro sustantivo se encuentra en la desconexión entre el financiamiento y la prestación, ya no importa la fuente de recursos para enfrentar los problemas, sino que el foco se centra en la necesidad y no en la obligación<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> Hoy se puede observar que la judicialización masiva explica que el sistema de convivencia tiene fallas que han de ser superadas para la supervivencia de la organización social (el corralito, los reajustes previsionales, y otros reclamos masivos, demuestran que el sistema debe respuestas para su eficacia).

<sup>114</sup> Scheil-Adlung, Xenia, *Seguridad social para las personas dependientes, en Alemania y otros países: Entre la tradición y la innovación*, “Revista Internacional de Seguridad Social”, Ginebra, vol. 48, n° 1, 1995, p. 21 a 39.

<sup>115</sup> Contingencia social: evento que podrá implicar una situación de necesidad, por merma en los ingresos o aumento de gastos, que pone en peligro el nivel de la calidad de vida.

<sup>116</sup> En materia jurídica el opuesto a derecho es obligación, en seguridad social, lo opuesto a derecho es necesidad.

El plan de Beveridge, aceptado para solucionar los problemas sociales posguerra, se perfecciona con el llamado “libro blanco”<sup>117</sup> donde en concreto se plasman las medidas a implementar.

En este libro blanco se destacan como medidas concretas: se identifican las fuentes de los recursos (impositivos y contributivos), se establecen categorías de sujetos protegidos (niños, trabajadores, ancianos, etc.), se individualizan las contingencias y prestaciones que se otorgarán<sup>118</sup>.

Para aclarar, como sostuvo Winston Churchill, “de la cuna a la tumba”, o como dijo Beveridge “todas las personas, todos los riesgos”<sup>119</sup>.

La idea en este sistema se basó en proteger a quien pierde su capacidad productiva, o sus egresos hacen peligrar su nivel de calidad de vida con la posibilidad de caer en la situación de pobreza, en síntesis, liberar al hombre de la necesidad.

#### **d. Nuevas necesidades, nuevas herramientas**

Actualmente el sistema de producción ha cambiado sustancialmente, y especialmente, no se encuentran afectados a la producción de riqueza las personas que necesitan de la distribución del ingreso generado, gracias a la tecnología, que favorece a la producción masiva y el abaratamiento de los costos, hasta pudiéndose afirmar que los desafíos de la economía actual no es la administración de recursos escasos, sino la administración de demandas escasas.

En este contexto, veamos entonces que diferencias existen con los anteriores sistemas de coberturas.

Con el modelo de Bismark, en auge los derechos individuales, y la revolución industrial, el problema era liberar al capital de un riesgo innecesario y difícilmente cuantificable, con el seguro obligatorio se lograba ese cometido, sin desconocer que el sector asalariado también se benefició por atender los problemas concretos que los afectaba, pero el bien jurídico tutelado era el capital<sup>120</sup>.

Con el modelo de Beveridge el problema era la guerra y especialmente, la etapa posguerra, y la protección estaba dirigida a quien perdiera su capacidad de producción

---

<sup>117</sup> En nuestro país para el año 2005 se intentó reformar el sistema provisional por su estructura rígida y se convocó a un Comité de Expertos, para que elaboraran un “libro blanco”, que se publicó, pero sin éxito, la principal medida fue una jubilación proporcional frente a la rígida condición de 30 años de servicios con aportes. Hoy con la ley 24.476, este requisito se ha diluido, donde hasta llaman a una moratoria simbólica “períodos comprados”.

<sup>118</sup> Beveridge, William Henry, *Seguro social en Gran Bretaña*, Bs. As., Losada, 1945.

<sup>119</sup> *El informe Beveridge: sus orígenes y consecuencias*, “Revista Internacional de la Seguridad Social”, Ginebra, vol. 45, n° 1-2, 1992, p. 5 a 19.

<sup>120</sup> En los siglos XIX y XX el factor de producción privilegiado ha sido el capital, y puede afirmarse por las medidas protectoras que se desplegaban, como el seguro, sistemas antisindicales (anticorporativos) hasta la revolución industrial, el factor favorecido era la tierra, dado que la riqueza de la producción se concentraba en sus propietarios, los señores feudales, también se ha intentado retribuir en mejor medida al trabajo, pero el sistema de producción comunista, no ha prosperado en países centrales, ¿qué nos queda? El último factor de producción, la empresa (o tecnología) que parece ser en el siglo XXI, luego de la crisis mundial de 2008, el factor que será mejor retribuido por su valor social, dado que hasta existen empresas sin país ni dueño, compuestas por atomizadas acumulaciones de capital (doctrina Saint-Simoniana).

o asumiera gastos indispensables que implicaran una merma en la calidad de vida que impliquen una potencial situación de necesidad. En este modelo se focaliza en la fuerza de trabajo, y su ausencia se cubre con la seguridad social, ya no depende del financiamiento, se escinden, es por eso que se sostiene que la obligatoriedad de aportación se debe a la solidaridad del sistema, esto significa que es compulsivo, porque esos recursos les pertenecen al sistema, no al cotizante, que eventualmente volverán en prestaciones futuras o actuales para él o alguien del colectivo social cubierto.

#### e. Relación entre medios y fines, el objeto de la seguridad social

Actualmente existe una falta de referencia entre medios y fines.

Qué significa esta máxima, es simple, una clara característica de la posmodernidad que se evidencia a diario es la falta de relación entre medios y fines, o sea que los medios son fines en sí mismos<sup>121</sup>. Una clara crítica de este modelo es entre muchos ejemplos, una administración de justicia lenta (en algunos ámbitos, como seguridad social), seguir el procedimiento (la forma) implicaría llegar al valor justicia, empero muy lejos de ello, no se alcanza, ergo, el medio ¿es el camino para alcanzar el fin?

Otro ejemplo es la apariencia o alienación, el parecer suele ser más importante que el ser, si bien es cierto que más relevante que las intenciones son las acciones (materia juzgada), no es menos cierto, que las “sombras” que Platón referencia en el mito de la caverna (*La República*) nos hace pensar en lo difícil de observar la verdadera luz que enceguece y muchas veces, duele.

El problema se acentúa cuando con todos estos conceptos, tratamos de pensarnos como el centro del universo o egocentrismo, creído abandonado hace cientos de años, falso, está de moda, es la eterna lucha del individuo sociabilizándose, encontrando el límite con los demás, restringiéndose para dar lugar al prójimo, esa es la religión, y actualmente la ley<sup>122</sup>, o podríamos decir que la religión cumple la primera función kelseniana de la norma, y el derecho la segunda, ya que es muy notoria la percepción de abundancia de derechos, donde no se tiene la noción de que por cada derecho existe una obligación<sup>123</sup>.

Me resultó difícil comprender este concepto, en especial con los derechos fundamentales, como la vida, pero en *Las fuerzas morales* encontré una máxima que logré comprender y comparto, “el derecho a la vida está condicionado por el deber del

<sup>121</sup> A pesar de la íntima relación entre fondo y forma que se condicionan entre sí.

<sup>122</sup> A pesar de existir un ateísmo o agnosticismo fuerte, se naturaliza la existencia de la organización llamada Estado, con una fuerte fe en su existencia y funcionamiento como fuente de valores como justicia, igualdad, etc. que no es más que una representación socialmente aceptada más allá de su naturalidad o artificialidad humana, es un producto del hombre social, hasta hoy efectiva, el futuro dirá si existen sistemas mejores, actualmente igual que hace miles de años, tenemos fe en este sistema de protección social, existe un tesoro, un arca, un líder, ritos, templos (hoy bancos), los dioses venerados y los estilos de vida, etcétera.

<sup>123</sup> Ya Abraham ingresando a las tierras de Canaán, sostiene que hay que tener cuidado de los pueblos que no temen a dios, haciéndose pasar por hermano de su esposa para evitar que lo maten para quitársela (Antiguo Testamento).

trabajo”, y no es más que el mítico “ganarás el pan con el sudor de tu frente”, por lo menos cada persona debe procurar su subsistencia.

#### **f. Realidades diferentes y herramientas actuales para nuevos problemas**

Habiendo analizado el problema alemán de fin de siglo XIX y el del Reino Unido de mediados del siglo XX, debemos preguntarnos si las soluciones que aplicamos están relacionadas con los problemas vigentes.

Si bien es cierto que ningún sistema es puro o totalmente independiente y efectivo por sí solo, y para que una política social, que procure sostener el sistema debe abastecerse de diferentes mecanismos en relación a los diferentes problemas. No es menos cierto que los problemas sociales centrales referidos, hoy no lo son.

El capital no se encuentra amenazado por reclamos laborales, no tenemos una guerra que deteriore la capacidad productiva de la población económicamente activa, pero si tenemos un serio problema.

Se está extinguiendo la mendicidad, se ha transformado desde el discurso callejero de “me da una moneda” por “dame una moneda”.

Esto significa mucho más que un cambio de tiempo verbal. Es la manifestación, el portavoz de un reclamo social, que entiende que el dinero faltante para su subsistencia se debe a que no ha tenido la oportunidad de obtener un medio para ganársela, y consecuentemente, quien es privilegiado por tener esa oportunidad resulta responsable de su indigencia, a pesar que el transeúnte se considere “sin culpa” por la necesidad de su compatriota.

¿Cuál es el problema de esta situación?, en primer lugar, que con ese discurso se legitima el robo, medio no lícito para satisfacer necesidades<sup>124</sup>.

¿Cómo se soluciona este problema? La sociedad es responsable, en su conjunto, o sea institucionalmente debe dar respuesta a esta situación, de lo contrario volvemos a viejos distanciamientos sociales, que solo generarán rupturas sociales irreconciliables, revolucionarias, y sangrientas<sup>125</sup>.

El Estado, como ente organizador social, debe atender las necesidades de quienes se encuentran en situación de producción, pero no han encontrado un lugar donde aplicarla o no están capacitados para aplicar alguna habilidad.

Se puede otorgar un ingreso mínimo garantizado, pero se corre el riesgo de romper el paradigma de “ganarás el pan con el sudor de tu frente” y caer en la ficción de creer que el Estado nos debe alimentar por el mero hecho de existir, como si el derecho a la vida no se encontrara condicionado por el deber del trabajo<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> Las necesidades se satisfacen por producción, intercambio o arrebato.

<sup>125</sup> Tal reflexión se ve reflejada en la Carta del Atlántico concertada por Roosevelt y Churchill el 14/8/41 en algún lugar del Océano Atlántico, que en su cláusula quinta versa sobre las mejores condiciones de trabajo, progreso económico y seguridad social, y en la sexta “Después de la destrucción total de la tiranía nazista ellos esperan ver establecida una paz que ofrezca a todas las naciones los medios para vivir seguras dentro de sus fronteras, y que brinde asimismo a sus habitantes la oportunidad de vivir emancipados del temor y de la necesidad”.

<sup>126</sup> Ingenieros, *Las fuerzas morales*.

A inicios del siglo XXI el Poder Ejecutivo Nacional convocó a un comité de expertos para diseñar un sistema previsional adecuado a las necesidades, esto se plasmó en un Libro Blanco<sup>127</sup> cuya mayor aspiración ha sido que frente a la rigidez de los treinta años para acceder a la jubilación, motivada en la alta informalidad, se otorgue una prestación fraccionada en función de los períodos cotizados, esto es, sustituir a la falta de prestación por no registración, con prestaciones parciales cuando existieran cotizaciones registradas insuficientes.

### **g. Conclusiones**

Haciendo un resumen de lo vertido en el presente trabajo se desprende que tenemos un problema, hay gente que no participa en la generación de la riqueza, y por lo tanto no tiene ingresos.

Tenemos un sistema de seguridad social basado en los modelos de Alemania de siglo XIX<sup>128</sup> y del Reino Unido de mediados de siglo XX. El primero protege al capital de la amenaza de los reclamos del sector asalariado, y el segundo tiene por fin proteger a la persona de la incapacidad de producir.

Si bien estos dos problemas se plantean en nuestra sociedad actual, no responde estrictamente al problema sustancial o principal, siendo las protecciones precedentemente indicadas eficientes y necesarias pero no suficientes, dado que por acción de la tecnología, abaratando costos y aumentando la productividad de las empresas de producción primaria y servicios<sup>129</sup>, el problema más serio a resolver hoy es que hacemos con la gente que no amenaza al capital, que se encuentra en condiciones de producir, pero el sistema productivo no los necesita<sup>130</sup>.

Resulta necesario entonces pensar la relación entre medios y fines y procurar un sistema adecuado de protección realmente apuntando al problema a resolver, ¿es el desempleo el problema? o ¿es el desingreso?

Si nos inclinamos por solucionar el resultado del problema, el problema seguirá existiendo, esto es si simplificamos, frente a la falta de trabajo, necesaria para obtener ingreso, lo que hacemos es participar del ingreso, sin trabajo, no estará solucionado el problema, ya que no será un sistema sinalagmático, sino que será un sistema

<sup>127</sup> Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social, Secretaría de Seguridad Social, Libro blanco de la previsión social, mayo 2003, p. 182 haber proporcional.

<sup>128</sup> Seminario Internacional "Aspectos jurídicos de los riesgos del trabajo", Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Centro de Acción Regional Cono Sur, Bs. As., mayo 1997, p. 154 "la ley de riesgos del trabajo desprivatiza el régimen protector, siendo un sistema integrado en la seguridad social". Esta afirmación es falsa ya que se trata de un seguro obligatorio que aspira a considerarse de seguridad social post-Beveridge empero mantiene la estructura triangular vigente, hay cobertura en la medida de la vigencia de la póliza.

<sup>129</sup> La diferencia entre servicios e industria es una ficción dado que siempre el producto final es tiempo, en los servicios se observa claramente, pero en la industria se puede determinar por el tiempo que implica llegar a obtener el material, desde el tiempo aplicado para obtener la materia prima, como el tiempo necesario para la capacitación, y transformación de la realidad, que llamamos "trabajo".

<sup>130</sup> Krotoschin, Ernesto, *Tratado práctico de derecho del trabajo*, vol. I, Bs. As., Depalma, 1968, act.1995, p. 6 "la seguridad social no cumple ni puede cumplir con determinados fines propios del derecho del trabajo, en cuanto estos no tienen solamente carácter económico, sino que se refieren al trabajador como persona y a la relación de trabajo como núcleo de una comunidad de intereses que crea los fundamentos sobre los que se basa la seguridad social".

objetivizador, y quien reciba el dinero sin haberlo “ganado” entenderá que “tiene derecho” por el mero hecho de existir, sin tomar en cuenta que el derecho a la vida se encuentra condicionado por el deber del trabajo, cuasi legitimando el robo, ya que el faltante mío lo obtengo del sobrante de mi prójimo, generando una especie de responsabilidad de quien no surge ningún vínculo contractual o extracontractual, o sea el rol del Estado se diluye en el individuo beneficiado por el sistema.

A esta situación se suma la situación de participar o estar excluido del sistema, ya que al estar afuera, al no tener la libertad de generar propiedad, no existe miedo a la pérdida, y las sanciones del sistema son inocuas para este sujeto, ya sea la pérdida de libertad o propiedad no afectan por carecer de ellas, entonces hay que vestirlo de esas características para procurar su comportamiento aceptado socialmente, de lo contrario, quien no tiene nada que perder, por qué dejaría de caminar por la calle, con el peligro que lo atropelle un auto, con qué autoridad se le exigiría que no desarme las bolsas de basura que desparrama para buscar comida o tantas conductas socialmente inaceptadas que frente a la ausencia de bienes sobre su persona es la única manera de inserción social, llegando a veces esta desde el delito.

Planteado el problema, la solución deberá ser la fórmula opuesta, que será la afectación de los sujetos excluidos del sistema productivo, a proyectos socialmente aceptados, con valor, que impliquen un reconocimiento a su subjetividad, y desaconsejando aquellas medidas asistenciales que objetivizan al beneficiario de las dádivas excedentes del sistema productivo, ya que dar no es entregar lo que nos sobra, sino participar de un valor, compartir el pan.

## **8. El derecho del trabajo. Antecedente necesario**

El derecho de la seguridad social, si bien puede considerárselo autónomo, no puede desconocerse que sus orígenes se ubican en el marco de las actividades productivas, en especial dependiente, ya que los ingresos para vivir, estarán dados por el trabajo, y consecuente necesidad del trabajador de vivir cuando no trabaja. Estos recursos, provenientes originalmente de la colaboración familiar, la prole, la caridad religiosa, y social, seguros obligatorios, asistencialismo, mutualismo, para evolucionar a la seguridad social.

Desde Otto Von Bismark, con motivación del colectivo de trabajadores, en 1883 con la creación del seguro de enfermedad, y a pedido del colectivo de empleadores, el seguro de accidentes de trabajo en 1884, muchas coberturas de riesgos sociales, hoy contingencias, sea han motivado en el marco de los convenios colectivos de trabajo, como resultado de negociaciones, por actividad u oficio, para que, se estaticen, cuando cobran una dimensión significativa, o sea el cambio cualitativo se produce como consecuencia de una variable cuantitativa.

Corresponde el salto cualitativo desde el derecho del trabajo en el momento que el objeto deja de ser la relación de intercambio de libertad por propiedad del derecho laboral, regido por un fuerte eje individual, para tratarse de una redistribución colectiva, intersectorial, de riqueza para garantizar la continuidad del modelo socio económico y evitar que los trabajadores que no trabajan o con exceso de gastos caigan en estado de necesidad.

También corresponde desligarlo del derecho colectivo del trabajo ya que el resultado del acuerdo entre las partes colectivas no va a impactar en los acuerdos bilaterales de la relación de trabajo, es más una vez activada la seguridad social, deja de ser relevante lo acontecido con el contrato que dio origen a las prestaciones.

Resulta interesante destacar que desde la esclavitud y la plena dependencia del trabajador del amo, pasando por la servidumbre y la relación de dependencia cada vez más se despega la dependencia del trabajador del patrón, interviniendo el Estado en las coberturas de las necesidades sociales, para evitar el conflicto entre los particulares, aunque todavía, en nuestro país, la contingencia de enfermedad, una parte es cubierta por la seguridad social (leyes 23.660 y 23.661, entre otras) pero la sustitución de ingreso por imposibilidad productiva (arts. 208 a 213, LCT) es afrontada por el empleador, que en los casos de micro empresas, se vuelve excesivamente oneroso, dado el nivel de ingresos del empleador, circunstancia que ameritaría una migración del derecho individual del trabajo al derecho de la seguridad social. Igual circunstancia podría aplicarse para el descanso anual, que se encuentra legislado a efectos de evitar un agotamiento prematuro, podría comprendérselo como una contingencia más, y las vacaciones estar cubiertas por la seguridad social, sin reiniciarse el período de licencia con cada nuevo trabajo, sino en función de la historia laboral acumulada del trabajador.

#### **a. Comparación con otras especialidades (en cuanto a sujeto objeto y causa)**

Es interesante que si bien el derecho de la seguridad social, contiene elementos de todas las especialidades citadas, pero no se corresponde incluirlo dentro de ninguna de ellas.

En cuanto al aspecto tributario, el financiamiento, le pertenece al colectivo, por cuanto, siendo recaudado y fiscalizado por el Estado o entes de carácter “público” no estatal, tiene las características tributarias, como ser obligatoriedad, ejecutoriedad, fiscalización, etcétera.

En relación al aspecto público, no puede desconocerse que entes gestores estatales deberán atenerse a los procedimientos dedicados a este tipo de sujetos.

Privado implica relación entre particulares, y los sujetos tutelados por el derecho de la seguridad social, deben ser tratados en igualdad de condiciones, por ende, entre los pares implicará la aplicación de esta característica.

Federal, muchas veces cuestionado, en el ámbito previsional, y de riesgos del trabajo especialmente, ya que la atribución de federal, aplica al sujeto, territorio o materia, en primer lugar que el sujeto sea un organismo estatal, no implicará la condición de federal, y la cobertura territorial de todo el país no significa federal, sino nacional como la ley de contrato de trabajo, y la materia, desde la concepción del Estado federativo elegido por las Provincias Unidas del Río de la Plata, implicaba el vínculo entre el gobierno federal, y las autoridades locales, sin desconocer los aspectos de fondo y forma delegados y reservados por la Constitución Nacional.

Administrativo, ya que al existir entes gestores, fiscalizadores, recaudadores, etc., la comunicación entre el súbdito y su soberano, se implementará mediante el procedimiento administrativo, y especialmente el derecho de la seguridad social,

implica el reconocimiento de un hecho para atribuirle sentido jurídico, esencia del derecho administrativo, que a diferencia del derecho contencioso, tiene por objeto diluir el conflicto entre los particulares, esencia de la existencia del Estado, cuando abundan los conflictos entre particulares es porque los sistemas ficticios diseñados por el Estado para conformar la llamada “civilización” no funcionan, y si se trata de una sociedad madura, buscará la respuesta en nuevo sistema, de lo contrario, volvemos a la instancia previa al contrato social de Rousseau.

Constitucional, porque claramente la fuente del derecho de la seguridad social, a partir del año 1949 y 1957 se funda en la carta magna, sin perjuicio de los hechos sociales y normas dispersas, como el sistema previsional del empleado estatal de 1904, fueron forjando la necesidad de incluir en el más alto nivel normativo, para evitar el más bajo riesgo de eliminación del sistema.

Procesal, ya que el derecho de la seguridad social, tiene un significativo número de procedimientos para específicos sistemas de recaudación, fiscalización, aplicación, presunción, y otorgamiento, administrativo y judicial de las prestaciones, a modo de ejemplo se citan ley de procedimientos judicial 24.463, administrativo 18.820, prescripción 14.236, presunciones 26.063, etcétera.

Civil, ya que estamos frente a un vínculo entre la persona y recursos, patrimonio, que deberá tener las garantías de su disponibilidad, y las relaciones jurídicas entre distintos sujetos, individuales y colectivos, con diferentes roles, como ser titulares de prestaciones, derechohabientes, contribuyentes sin derechos a prestaciones, etcétera.

Comercial, por tratarse de un aspecto central, que es el lucro, la generación de riqueza, la actividad, lucrativa, habitual y personal, que importará, aportar valor a la sociedad, y el derecho comercial se ocupa de las relaciones entre las personas que generan valor, el intercambio con valor agregado, siendo la producción y el comercio la esencia del sistema de generación de riqueza, que se pretende tutelar desde el enfoque social.

Penal, si bien el derecho de la seguridad social, no pertenece al ámbito penal, ya que no se trata de castigar conductas reprochables, dentro de la especialidad, existen algunas conductas que ameritan la aplicación de esta especialidad, como ser la ley 24.769 y mod. que castiga penalmente, entre otras conductas tipificadas la retención indebida de aportes de la seguridad social.

Laboral, se ha abordado específicamente, y claramente tienen elementos comunes, pero siendo el derecho del trabajo<sup>131</sup>, el conjunto jurídico que regula la relación de poder bilateral existente entre quien aporta libertad, a cambio de propiedad, en cuanto el derecho de la seguridad social, se encarga no solamente del trabajador dependiente, sino del “trabajo en sus diversas formas”<sup>132</sup> protegiendo a la sociedad,

---

<sup>131</sup> Suele confundirse trabajo con empleo, siendo el primero la relación bilateral de intercambio de libertad por propiedad, y su difícil mensura, en cuanto el empleo es el puesto de trabajo, el lugar al que un trabajador va a participar para generación de riqueza, por cuanto no debe llamarse desempleo a la contingencia, ya que la pérdida de la relación bilateral, es pérdida de trabajo, que no necesariamente implica la pérdida de un puesto de trabajo, cuyas implicancias se reflejan a nivel macroeconómico.

<sup>132</sup> Art. 14 bis, Const. nacional.

como colectivo, de los efectos negativos de la falta de participación en la generación de riqueza, o sea, del trabajador, que no trabaja, y tenga sustento para seguir viviendo.

Familia y sucesiones, es una especialidad, con características propias, que rigen las relaciones personales y patrimoniales de los miembros de un grupo de personas vinculados por aspectos biológicos y sociales, y el derecho de la seguridad social, tiene elementos que toma de esta especialidad, pero con objeto diferente, toma el derecho alimentario de los menores de edad, que solo finaliza con el ingreso a la Población Económicamente Activa (PEA), y la estructuración de los derechohabientes, para el caso de fallecimiento de quien suministra el sustento del grupo familiar, sin requerirse que se inicie una sucesión<sup>133</sup>, ya que solo con la acreditación administrativa del vínculo, se accede a las prestaciones por derecho propio.

## **b. Caracteres de los derechos de primera, segunda y tercera generación**

Luego del absolutismo monárquico, con la llegada de la burguesía al poder político, comienza a imponerse el límite al Estado, resaltándose que el fin de éste es justamente la garantía de los derechos personales e individuales de sus miembros, por cuanto cualquier menoscabo a esa prioridad era vista como una sombra de aquel absolutismo<sup>134</sup>. A modo de ejemplo, la propiedad, libertad, igualdad, etcétera. A estos derechos personales se les llamó derechos de primera generación.

Los derechos de segunda generación, llamados derechos sociales, han sido en la primera mitad del siglo XX aquellos que distintos colectivos han logrado instalar, especialmente al máximo nivel jurídico, para impedir su anulación, referidos a prerrogativas para grupos sociales con determinadas características, a modo de ejemplo se puede citar, los derechos laborales, educación, salud, vivienda digna, etcétera.

Los derechos de tercera generación han sido aquellos llamados ambientales o de difícil legitimación activa, donde el interés individual, no surge claramente, si se lo enfoca desde la óptica de la exclusividad, pero desde la perspectiva de la afectación parcial, la legitimación no encuentra óbice. A modo de ejemplo, un vecino de la ribera de un río, claramente no tiene exclusividad sobre este curso de agua, pero si alguien lo contamina, claramente se verá afectada su calidad de vida, consecuentemente, tendrá legitimación activa para repeler el daño ocasionado, más aún si la legitimación la esgrime una asociación de vecinos de dicho río.

Ahora llega el turno de dar el gran salto, para caer en el umbral de los derechos de cuarta generación, y el derecho de la seguridad social, se puede incluir en esta categoría, por no encontrar los elementos que agrupan los tres anteriores.

El derecho de la seguridad social es un derecho de indemnidad, que a diferencia de los derechos de segunda generación o sociales, no se trata de una reparación a un daño causado, y tampoco es un seguro social u obligatorio, ya que se escinde la

---

<sup>133</sup> Actualmente judicial, sin perjuicio, de poder ser, en el futuro, administrativa, ya que no implica un conflicto entre particulares, sino un reconocimiento por parte del Estado de la legitimidad de los herederos.

<sup>134</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 26/8/1789 (Asamblea Nacional Constituyente Francesa).

obligatoriedad del pago de la póliza para la exigibilidad de la cobertura, y el asegurado, es el prestacionario.

Nos encontramos frente a un derecho que se anticipa al hecho dañoso, generando una verdadera indemnidad social, donde el perjuicio no llega, a diferencia de la reparación, girándose el foco del sujeto responsable del daño (que no existe en esta especialidad) al sujeto víctima del potencial daño, que, conociendo el hecho precedente (indicio), se activa la indemnidad económica, para evitar el hecho consecuente, daño económico.

Siendo esta indemnidad social, una herramienta socio económica significativa, sin compartir elementos comunes con los antecedentes de las tres generaciones anteriores, estamos, consecuentemente, frente a una nueva generación de derechos, derechos de cuarta generación, derechos de indemnidad.

### **c. Conclusiones**

Ha quedado demostrado que, si bien el derecho del trabajo, llamado derecho joven o adolescente en el siglo XX ha incluido protecciones sociales, de las cuales todavía quedan resabios como la sustitución de salario por enfermedad, el derecho de la seguridad social, ha dado el salto cualitativo, y su sujeto y objeto aborda al trabajador que no trabaja, y al contenido macro económico de la producción.

Es un hecho que el derecho colectivo ha dado la espalda a protección de los trabajadores que no trabajan, generándose agrupaciones de trabajadores excluidos, desempleados, sin tierra, corriente clasista y combativa, que son la respuesta a una pregunta que ninguna institución se hizo. La oportunidad la tiene la seguridad social.

## **9. El derecho. Fundamento de la reparación del daño. El necesario cambio de paradigmas tradicionales. La indemnidad**

### **a. Preliminar**

El presente trabajo se funda en la idea de la relación entre el sistema federal y la integración regional como puntos de partida y llegada, en nuestro contexto nacional, y a lo largo del mismo se ha matizado la cita bibliográfica, como criterio de autoridad, con más el análisis propio, que deviene de un criterio lógico de reflexión, con lo que se espera no limitarse a repetir los precedentes que abordan el tema sino capitalizarlos para evitar caer en la mera compilación, en el entendimiento que el ámbito doctoral implica un avance en la ciencia y aportes novedosos, es por ello que a lo largo del presente trabajo se manifestarán reflexiones que devienen de un análisis exhaustivo, relacionadas directa e indirectamente con el tema en concreto analizadas, intentando abordar el tema elegido no solo desde el área de la especialidad, sino matizarlo con algunas transversalidades, que no podrán desarrollarse por exceder el marco del enfoque del presente.

## b. Algunas aproximaciones sobre la creación de nuestro Estado en tanto federal

Para dar comienzo a este trabajo, resulta necesario destacar que solo se abordarán algunas cuestiones relativas al proceso de la independencia nacional y la conformación de la Nación Argentina, no siendo exhaustivo el análisis en miras a abordar este aspecto únicamente como elemento comparativo con los actuales procesos integradores, resultando pertinente referenciar a nuestra organización política, en relación a la estructura federal que se le otorgó en 1853, dado que esta característica implicará la forma de relacionarse entre las distintas fuerzas llamadas originarias del Estado, las provincias, que si bien se encontraban anteriormente unidas por distintas denominaciones (art. 35, Const. nacional)<sup>135</sup>, todas ellas hacían referencia a un conjunto de unidades independientes, y el sistema federal, pretende reflejar esa tensión de poder, entre el originario y reservado, y aquellas materias exclusivamente delegadas, similar a la modalidad contractual del mandato, que podrá extenderse hasta los límites de las facultades conferidas, pero no más allá.

En este sentido la Constitución Nacional refleja en su art. 1° “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.

Esto significa que el gobierno nacional de la Argentina, tendrá la forma representativa, en cuanto los gobernantes deben representar los intereses de sus gobernados, republicana, a los efectos de evitar el absolutismo, entendiendo como necesaria la división de poderes (Ejecutivo, Judicial y Legislativo) y federal, en cuanto la nación existe por delegación de facultades de las provincias, y continúa refiriendo a que estas modalidades de gobierno se harán conforme los alcances de la Constitución Nacional.

A pesar de estas circunstancias descritas en nuestra Constitución Nacional, resulta interesante la representatividad aplicada en el Preámbulo dado que “Nos los representantes del Pueblo” refleja un espíritu unitario (o de unidad originaria) más que federal, destacándose que Alberdi pretendía que se aplique “Nos los representantes de las Provincias de la Confederación Argentina”, quedando de esta manera más afín al espíritu federal que se le deseaba imprimir<sup>136</sup>.

Es de destacar que como indica Alberdi en *Las Bases* si bien hoy en día entendemos que el Estado federal resulta de una comunidad de intereses independientes o diferenciados, lo cierto es que la segmentación en unidades políticas en la época de la colonia, solo resulta entendible dentro de la estructura colonial española, o sea no se trata de poderes independientes y especialmente anteriores al dominio colonial.

Si el escenario político previo a la conquista y al modelo del poder colonial hubiera sido el originario que se pretende esgrimir a los efectos de justificar la federalidad del modelo sustitutivo del colonial, guardaría coherencia institucional, en el sentido de

---

<sup>135</sup> Art. 35, Const. nacional. Las denominaciones adoptadas sucesivamente desde 1810 hasta el presente, a saber: Provincias Unidas del Río de la Plata, República Argentina, Confederación Argentina, serán en adelante nombres oficiales indistintamente para la designación del Gobierno y territorio de las provincias, empleándose las palabras “Nación Argentina” en la formación y sanción de las leyes.

<sup>136</sup> Levaggi, Abelardo, *Confederación y federación en la génesis del Estado argentino*, Bs. As., Universidad de Buenos Aires, 2007, p. 155.

recuperar lo que se habría perdido, y conjuntamente con este criterio, debería reivindicarse el poder existente previo al desembarco español.

Siguiendo esta línea de pensamiento una vez caído el poderío español, al recuperar el poder original, debería haberse estado a la propuesta de recuperar poder Incaico, Mapuche, Quilmes, Tehuelche, Ona, o algún otro pueblo originario o la suma de todos ellos en una federación tribal.

En esa línea existieron propuestas de distintos sistemas de gobierno frente a la ausencia del monarca, Mariano Moreno, en su discurso del 6 de diciembre de 1810, publicado en "La Gaceta"<sup>137</sup> mencionaba la dificultad de establecer un gobierno "sustituto" del rey, y dudaba del sistema federativo, nombraba ejemplos como el de Virginia de América del Norte, o de los Cantones Suizos, a imitar, indicando que las provincias, sin su propia constitución, configuraban poderes independientes.

En cuanto al modelo federal, se plantearon opciones:

- a) el "artiguista", caudillesco y confederal;
- b) el de la Constitución de 1853 en su redacción originaria: centrípeto, aunque querido así por los jefes provincianos de la época, domesticados por Urquiza;
- c) el de la Constitución en su texto definitivo de 1860: centrífugo, que paradigmáticamente fue alentado por los porteños y aceptado por los provincianos (no obstante, los rezongos de Alberdi);
- d) el de la denominada Reforma de 1994, que apuntaría a un pro-regionalismo, aunque con limitaciones; pero que a ciencia cierta es un híbrido de resultados de las numerosas contradicciones que contiene en su juego pendular de centralismo y des-centralismo<sup>138</sup>.

Una fuente concreta del pensamiento del poder originario se ve reflejado en las estrofas completas del Himno Nacional Argentino anterior al decreto del 30 de marzo de 1900 donde se ve reflejada la arenga a las huestes patriotas prestas a recuperar el poder perdido.

En la versión del Himno de la Asamblea del año 1813, constaban cuartetos como "Se conmueven del Inca las tumbas, Y en sus huesos revive el ardor, Lo que ve renovando a sus hijos, De la Patria el antiguo esplendor". Circunstancia que devela los orígenes y tendencias del espíritu libertador de principios del siglo XIX.

Transcurrido ese siglo se advierte que los términos del Himno, ya no responde a los mismos fines revolucionarios, sino que debería referirse a un modelo de sociedad basado en la tendencia propia de la llamada generación del 80, y es por ello que calmados los ánimos guerreros se modifica el Himno Nacional, en función de las tendencias modernas asumiendo la reforma introducida en 1860, con vigencia desde 1928<sup>139</sup>.

<sup>137</sup> Goldman, Noemí, *Historia y lenguaje. Los discursos de la Revolución de Mayo*, Bs. As., Centro Editor América Latina, 1992.

<sup>138</sup> Vanossi, Jorge R., *¿Es viable el Estado federal en la Argentina?*, Sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 23/8/00, p. 4.

<sup>139</sup> Ministerio de Educación de la Nación, Subsecretaría de Coordinación Administrativa, [www.me.gov.ar/efeme/diahimno/versiones.html](http://www.me.gov.ar/efeme/diahimno/versiones.html).

Consecuentemente el origen de nuestro Estado en tanto “federal”, podría considerarse que recae no en el poder originario previo a la conquista española, sino todo lo contrario, como una continuidad de la institucionalidad colonial.

Esta versión histórica se sustenta en los hechos posteriores a la independencia de la Nación Argentina, no solo en las singulares distancias temporales de hitos que hacen a la real independencia como ser 1810, 1816, 1853 (por destacar algunas) dónde en la primera etapa se produce la llamada “Revolución de Mayo” donde se rompen vínculos con la Península Ibérica, para luego de seis años, y a la vista de la derrota en las batallas del antiguo continente declarar la independencia, pero recién después de más de treinta años, obtener una carta magna, que define la independencia, desde un enfoque jurídico, consecuencia de las diferencias internas (interprovinciales) sumados a los agentes externos que veían propicia la oportunidad para desembarcar (como por ejemplo, la batalla de Vuelta de Obligado).

Estos cautos pasos en la historia de la independencia, sumado a la continuidad de la institucionalidad existente, como ser la fuente normativa, la continuidad de los procedimientos judiciales y administrativos, como así los comerciales demuestran, que se trató de una evolución con pequeños (pero no por eso menos significativos) pasos, y no de una revolución, con un cambio sustantivo, inmediato y eficaz de paradigmas, de hecho, la administración en “las indias” se adaptaba, y fue un devenir en las realidades propias del momento (tomando por ejemplo, la fuente normativa que hoy llamaríamos comparada).

Esto significa, que el poder criollo resultante del modelo colonial había logrado instalarse y asentarse, siendo que el modelo español no reconocía ya esta situación, y frente a la posible pérdida del poder económico social y político de los criollos, la mejor opción resultó para 1810 en relación al conflicto que España atravesaba con la actual Francia, esperar advertir cómo resultaría el final del conflicto, lo que podría asimilarse a la participación de nuestra nación en la Segunda Guerra Mundial, declarada contra el eje para fines de la misma.

Entendiendo entonces que el proceso por el que atravesaba el sector social influyente criollo de la sociedad de principios del siglo XIX, donde España, no respondía a sus intereses, y resguardando ese poder en los ámbitos territoriales de influencia (caudillos) es que se conforma ese poder llamado originario que dará fuente a la cuestión federal, como estrategia de sostenimiento del poder obtenido en el modelo colonial.

Si nos referimos al poder originario, se contrapone con el modelo de Maquiavelo donde propone que la competencia originaria para el dictado de normas no es delegada sino propia de quienes decidieron imponer nuevas reglas (poder constituyente originario o revolución), o sea la fuerza o poder “El príncipe que entra en un Estado nuevo para él debe renovarlo allí todo”<sup>140</sup>.

El modelo de caudillos ha sido el vigente hasta nuestros días con matices, cambios o no, pero evidentemente ha dado resultado (en el modelo de efectividad política) a pesar de distintos conflictos interprovinciales.

---

<sup>140</sup> Maquiavelo, *El príncipe*, p. 208.

Por estos motivos y dado la paridad de poder entre ellos es que uno de los modelos propuestos para suceder al colonial era el de la monarquía, de plena vigencia para inicios del siglo XIX, y siendo una de las formas de estables una especie de “primus inter pares” asimilando el modelo feudal europeo.

La propuesta de la monarquía no prosperó, siendo que una línea monárquica pretendía reinstalar los poderes previos a la colonia y ese proyecto se oponía a los intereses vigentes en la época, circunstancia que también demuestra que la cuestión originaria del poder tiene su fuente concreta en el modelo colonial, y que sin la existencia de éste, más que un modelo federal, perfectamente se habría adaptado un modelo unitario.

El modelo unitario resultaba claramente del modelo colonial vigente hasta 1810, donde se centralizaba la administración, en la ciudad de Santa María de los Buenos Ayres, que debe su origen institucional a las generosas distancias que separaban este territorio del Alto Perú, siendo la actual Argentina, un mero tránsito hacia ese destino por medio del llamado Río de la Plata, llamado así por tratarse de una vía por la cual se transportaba el material que daba su origen al Río, y posteriormente al país.

Resulta necesario entonces, proyectar a futuro la viabilidad de las estructuras vigentes en relación a su operatividad en las necesidades venideras, como sostiene Vanossi: “Y también estamos emplazados a afrontar el riesgoso emprendimiento de la ‘integración’, tanto en la dimensión regional cuanto en un espacio mayor.

Pero seguimos operando con estructuras ideadas en el siglo XVIII y que nos dividieron hondamente en el transcurso del siglo XIX, para declinar en una constante erosión durante todo el siglo XX”<sup>141</sup>.

### c. El término federal

Conforme la Real Academia Española<sup>142</sup> el término “Estado federal” refiere a “El compuesto por estados particulares, cuyos poderes regionales gozan de autonomía e incluso de soberanía para su vida interior” (del latín *foedus*, pacto o alianza), términos estos muy utilizados en el ámbito político, o en tiempos de guerra, generalmente frente a un adversario externo, que para proteger lo propio, se suman esfuerzos, lo que evidencia la existencia de poderes de similar tenor que se conjugan únicamente con fines específicos.

O sea que puede entenderse como una unidad o un todo desde una perspectiva externa y siendo los Estados provinciales sus elementos, siendo que estos son a su vez un todo desde la perspectiva interna y un elemento desde la federación.

En términos más generales o lógicos “federal” deviene de federación, entendiéndose como tal a la agrupación de entidades que comparten cualidades comunes. En este orden tenemos federaciones de distintos ámbitos, como federaciones de entidades deportivas, sindicales, empresariales, etcétera.

Esta agrupación tiene la cualidad de agrupar entidades colectivas, o sea es una agrupación de agrupaciones, lo que da cuenta que se trata de un nivel superior o de

<sup>141</sup> Vanossi, *¿Es viable el Estado federal en la Argentina?*, p. 3.

<sup>142</sup> Diccionario de la Real Academia Española, <http://buscon.rae.es/drael>.

primer grado, como se utiliza en el ámbito sindical (ley 23.551) reservando para confederación, aquellas llamadas de tercer grado, que agrupan federaciones (de segundo grado) y simples asociaciones, pero siempre en relación a un sujeto colectivo.

Tratándose la federación de una agrupación de distintos colectivos con similares cualidades y un objetivo (objeto) común transforma a estas individualidades en una entidad única (en un grado superior), lo que le otorgará las capacidades limitadas en su conformación (a diferencia de los sujetos individuales cuya premisa en la capacidad es la libertad, los sujetos colectivos tienen limitada su capacidad a los términos de la delegación por mandato).

Consecuentemente entendiendo a la federación como sujeto colectivo (de colectivos) tendrá únicamente las capacidades delegadas por los términos constitutivos.

Llevando al ámbito político la federación entonces responderá necesariamente a los intereses de sus representados (los entes colectivos) que puede verse reflejado por el poder organizador del Congreso Nacional, en su Honorable Cámara de Senadores, que junto a la Cámara de Diputados (en representación del pueblo, o del interés del pueblo –res pública–) determinarán los destinos de la Nación.

El término federal, que es el que nos ocupa, tiene un alcance extenso, y se advierte a lo largo de la Constitución Nacional, con efectos en diversas áreas, pero el presente trabajo abordará lo concerniente a las características relacionadas con el derecho de integración.

En primer término, debemos definir el alcance del término “federal”, ¿cuándo algo es federal?, para ello será necesario como primera medida abocarse al art. 1 donde refiere al gobierno de la Nación, consecuentemente, los aspectos relacionados con el gobierno de la nación deberán entenderse como federal.

Federal en el ámbito de la especialidad: en este sentido habrá de entenderse que la materia o tema que se aborde no sea de los reservados a los poderes originarios, o sea de los expresamente delegados al gobierno federal. En este sentido podemos observar cómo los temas laborales resultan ser una materia del gobierno federal por delegación expresa del art. 75, inc. 12 en relación al dictado de un código de trabajo y seguridad social, teniendo en cuenta para la aplicación de la jurisdicción (federal o provincial) que las personas o las cosas “cayeren” en las respectivas jurisdicciones, aplicándose en este sentido para la asignación de la federalidad, el aspecto territorial.

En materia laboral es interesante ya que la instancia revisora judicial en el ámbito territorial del gobierno federal (ahora ciudad autónoma de Buenos Aires) resulta ser la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, entendiendo que no se trata de una materia federal, que deberá abordarse conforme “cayeren” las cosas o personas jurisdiccionalmente, esto significa, que en el ámbito provincial, será atendida la controversia por los jueces naturales de su ámbito territorial.

Esto nos lleva a un tema complejo en relación a si “nacional” y “federal” son sinónimos en el ámbito de aplicación de jurisdiccional, como suele observarse comúnmente.

Así encontramos que la Cámara Federal de la Seguridad Social, ha sido “federalizada” por ley 24.463, en materia de temas previsionales relacionados con la ley 24.241 como así los temas de riesgos del trabajo por ley 24.557, trasladándose así

del ámbito nacional al federal, con el cuestionamiento que se observa en el fallo de la CSJN en el precedente “Castillo, Ángel c/Cerámicas Alberdi SA” de setiembre de 2004, donde el alto tribunal pone en duda el carácter federal (por su carácter restrictivo, respetando la autonomía provincial de su jurisdicción) no solo de los temas de riesgos del trabajo (en relación con el procedimiento de las comisiones médicas) sino también la materia previsional<sup>143</sup>.

Este cuestionamiento de la federalidad de una materia tiene un amplio impacto en el devenir de su administración, dado que los gestores del sistema de cobertura de riesgos del trabajo, tanto como lo era el sistema previsional con las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, requerían de la unificación de criterio en relación al principio de unidad de gestión en materia de seguridad social, a los efectos de reducir costos inherentes a la administración de estas contingencias.

En este sentido son amplias las tendencias en relación no solo a la unidad de gestión, celeridad inmediatez, unidad de criterio, sino también en relación a lo que se conoce como “agencia única” donde la tendencia es a que el administrado tenga un único contacto con la estructura administradora del Estado y sus entes descentralizados y gestores, públicos (estatales o particulares).

La falta de entendimiento de las características nacional y federal suelen advertirse a diario, empero cabe analizar su diferencia, en principio si tenemos dos términos diferentes tenemos que suponer que deberán existir dos significados diferentes, de lo contrario no sería necesario uno de los términos (como sucediera con la aplicación del decr. 1278/00, con su entrada en vigencia al mes “subsiguiente” al de su publicación, siendo que la versión última de la Real Academia lo asimila a siguiente al término diciendo “Que sigue inmediatamente a aquello que se expresa o sobreentiende”<sup>144</sup>, pues entonces qué sentido tiene el prefijo “sub”, estas distorsiones complican la razón lógica, publicándose en enero de 2001 quedaba la duda si entraba en vigencia en febrero o marzo).

Entonces para hacer un distingo mediante un ejemplo, que en detrimento de la actividad académica, pero en favor de un entendimiento simple, será más claro.

La ley de contrato de trabajo es de aplicación nacional, esto significa que tendrá vigencia en todo el territorio para el ámbito de aplicación subjetivo que ella establece empero, existiendo el poder de policía reservado a las provincias, la aplicabilidad, fiscalización, judicialización y sanción, quedará reservada a las provincias.

En tanto el sistema previsional o de seguridad social se le aplica la federalidad, por cuanto su aplicación quedará restringido también al ámbito personal que se establezca, pero las provincias no aplicarán su jurisdicción en esta materia, que se mantiene en la órbita delegada de la Nación.

Esta distinción sin adentrarnos en la diferencia sustantiva en materia, territorio y sujeto que hace la doctrina y jurisprudencia para considerar, en forma restrictiva a una cuestión como federal.

<sup>143</sup> “No por ser órgano de alzada la Cámara Federal de la Seguridad Social, los preceptos que rigen, por ejemplo, una jubilación por invalidez del régimen previsional ordinario, pierdan su carácter común” (*Fallos*, 325:1644, entre muchos otros).

<sup>144</sup> Diccionario de la Real Academia Española, [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=subsiguiente](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=subsiguiente).

Ergo entender indistintamente nacional y federal implicaría un desconocimiento de las facultades reservadas de las provincias, o por el contrario las materias delegadas a la jurisdicción reservada, remitida, restringida y residual de los conflictos federativos.

En relación a la cuestión federal y los trabajadores, la libre circulación (llave maestra de la integración) de bienes, será seguida por trabajadores, y luego consumidores, para concluir con derechos y obligaciones, llegando al Estado federal<sup>145</sup>.

#### d. El derecho de integración como causa o efecto

Resulta interesante como el fenómeno de la integración (regional) resulta ser fuente y consecuencia al mismo tiempo, dado que desde la definición del término “integración” resulta ser un devenir, un proceso, un tránsito, desde una realidad a otra, siendo en consecuencia, un medio, no un fin en sí mismo.

Una de las definiciones que podemos observar es “proceso aglutinante de entidades políticas soberanas en organizaciones internacionales que cubren amplias zonas geográficas y que se concretan especialmente en procesos de constitución de áreas económicas unificadas”, excediendo luego la mera faceta económica<sup>146</sup>.

Otra definición que puede obtenerse de integración es la conformación de las partes que constituyen un todo, en una vinculación racional y voluntaria (excluyendo las que se producen por el uso de la fuerza para anexar o incluir territorios)<sup>147</sup>.

Los procesos forzosos de integración, o sea aquellos logrados por medios coactivos, ya se la guerra o posibilidad de esta, se comparte la opinión de la cita precedente en cuanto no deben entenderse como procesos de integración, no solo por cuanto no ha existido voluntad concurrente de las partes que componen un nuevo todo, sino ya que se trata de un poder central no independiente a una de las partes, sino que justamente una de las partes asume el control del resto.

Los procesos forzosos de integración, resultan en consecuencia más inestables, no solo económica sino social y políticamente (por ejemplo, Yugoslavia) y salvo el asesinato masivo (para evitar utilizar aniquilamiento u otros eufemismos) en algún momento el sector oprimido volverá a intentar recuperar el poder originario.

Del párrafo anterior tenemos muestra en nuestra Nación pos colonial, dado que quienes reclamaban el poder “originario” ya no eran los pueblos conquistados, sino el establishment local resultante del modelo socio económico colonial.

Entendiendo a la integración como consecuencia, resulta desde la perspectiva de la necesidad de un cambio en las relaciones comerciales regionales, en el entendimiento de intentar ventajas comparativas en conjunto con el resto del bloque económico, con beneficios recíprocos entre los integrantes del conjunto o unidad de grado superior.

<sup>145</sup> Ciuro Caldani, Miguel Á., *Del Mercosur*, Bs. As., Ciudad Argentina, 1996, p. 354 y 357.

<sup>146</sup> Arbuet-Vignali, Heber, *Claves jurídicas de la integración*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 40, citando a Manuel Medina.

<sup>147</sup> Granillo Ocampo, Raúl E., *Derecho público de la integración*, Bs. As., Ábaco, 2007, p. 49.

Esta forma de negociar se la suele llamar “ganar-ganar” que es el modo cooperativo más fructífero en relación a los resultados a obtener (tomando en cuenta también los riesgos y las relaciones –sumado a resultado– las tres “R” relevantes en toda negociación).

Lo interesante del concepto ganar-ganar, es que cuando las partes se asocian para resolver un problema externo pueden obtener resultados mucho más favorables que la pugna entre ellos por adquirir el resultado deseado. Podría asilarse al antiguo concepto que refiere “el enemigo de mi enemigo es mi amigo” entendiendo al enemigo como al problema a resolver, común con otro sujeto en similares condiciones a las nuestras.

Esta integración como consecuencia puede instrumentarse desde diferentes opciones en relación a las fuerzas e intenciones de los centros de poder intervinientes, ya sea por vía de la negociación, la cooperación, libre tránsito, armonización tributaria, la conquista, el imperialismo, el colonialismo, la anexión, u otros formatos que respetarán en más o en menos al vecino.

La fuerza como mecanismo de integración regional, a lo largo de la historia ha sido la herramienta más utilizada (o la amenaza de su utilización) pero las consecuencias a corto y largo plazo han vislumbrado que los costos pueden resultar más altos que los esperados para el centro de poder absorbente, dado que, mientras éste invierta recursos en sostener la fuerza de tensión que sostiene la dominación, podrá obtener ventajas, pero cuando ese equilibrio dinámico cede, la caída suele ser significativa<sup>148</sup>.

Una de las variables que entendemos desde los Estados modernos es justamente la renuncia de la utilización de la fuerza para lograr convivir en comunidad, y para hacer sustentable la sociedad, resulta interesante que este paradigma se traslade al ámbito internacional para obtener una armonía en el nuevo concierto de las naciones, como se ha intentado desde la Paz de Westfalia 1648 hasta 1919 que se ha intentado un equilibrio de poder. Lo que demuestra que la política resulta “la ciencia de lo posible” (desde el enfoque de Maquiavelo) ya que deviene en consecuencia del giro de los ejes de poder entre diferentes comunidades. Este equilibrio trasladado al idealismo del siglo XX sin violencia, sin tratados secretos, instituciones multilaterales pretende un mundo sostenible sin guerras globales<sup>149</sup>.

En relación a la integración como fuente, resulta interesante que de la definición se desprende que integración, es el resultado de la acción de agregar las partes faltantes de una unidad, o sea, los elementos o partes, que constituyen la integración lo hacen en el entendimiento que forman parte de un todo de grado superior<sup>150</sup>, lo que resulta ni más ni menos que la base de la psicología social difundida por Pichón Rivièrè, en su espiral dialéctica (el salto cualitativo que se produce agotado el aspecto cuantitativo) o la teoría de los conjuntos de Ven (general y particular), o para ser más preciso, la base de la lógica aristotélica (todos, ninguno, alguno y alguno no), con lo cual, cada elemento, que ya constituía un todo en sí mismo se asume como elemento integrante y necesario para conformar una unidad mayor, y esa unidad se constituye

<sup>148</sup> Arbuét-Vignali, *Claves jurídicas de la integración*, p. 37, nota al pie 37.

<sup>149</sup> Granillo Ocampo, *Derecho público de la integración*, p. 123 y 124 y 131.

<sup>150</sup> Arbuét-Vignali, *Claves jurídicas de la integración*, p. 37.

con el fin de obtener un mejor nivel de vida de los integrantes o la seguridad de mantenimiento del modelo de subsistencia<sup>151</sup>.

En relación a los aspectos de la integración cuantitativa<sup>152</sup> cabe destacar que se advierte un modelo de cooperación entre Estados, para luego con un nivel superior de integración el cualitativo le dará la característica de integración, cuando esa cooperación económica implique otros elementos característicos del modelo completo de integración.

En relación al análisis referido en el párrafo precedente cabe una aclaración, que si bien es cierto que el salto cualitativo se dará cuando se agreguen elementos adicionales como ser una autoridad supranacional, normativa supranacional, y procedimientos especiales, entre otras características, resulta interesante un análisis que a diferencia de la distinción de lo cuantitativo y lo cualitativo, refiere únicamente a la primera característica.

Desde una perspectiva objetiva, solo existen diferencias cuantitativas, ya que la cualitativa, resulta meramente subjetiva.

Esto es así por cuanto asumimos que existen diferencias cuantitativas, con la suma de elementos, pero pasamos a la cualitativa, con la suma de más elementos, por lo tanto, cada elemento adicionado a las características propias de un elemento, lo van recalificando, y la decisión de la cantidad de elementos necesarios para un cambio de categoría, la define el observador, de hecho, el descubrimiento de un objeto no existe, siempre el que se descubre es el sujeto (en relación con el nuevo objeto encontrado).

En este sentido (con el fin de lograr una unidad de grado superior) resulta necesario armonizar o poner en común determinados aspectos relacionados con el objeto de la integración, que serán los económicos, pero también aspectos relacionados directa e indirectamente como ser temas aduaneros, tasas, tributos, criterios de los gravámenes (tributación en país de origen o de consumo, tributación sobre la producción o el consumo, etc.) laborales, de seguridad social, sociales y culturales.

En este sentido cabe diferenciar los tipos de relación entre Estados, ya que los procesos bilaterales o multilaterales en relación a los procesos involucrados importa la "cantidad" y se le suele denominar "cooperación", sin embargo cuando a esas cantidades de procesos sometidos se le suma cualidades distintivas, estaremos frente a un proceso de integración, que podrá comenzar como un regionalismo abierto (permitiendo el acceso de otros Estados), con los diferentes niveles de integración (área de preferencia, libre comercio, unión aduanera, mercado común, unión económica, integración total)<sup>153</sup>.

Lo interesante de una integración total es que, a diferencia de las distintas formas de relaciones entre Estados, esta tiene como sujetos activos no solo al Estado, sino que el habitante pasa a ser sujeto de derechos y obligaciones.

---

<sup>151</sup> Quiroga, Ana, *Matrices de aprendizaje*, y Aristóteles, *Metafísica*.

<sup>152</sup> Granillo Ocampo, *Derecho público de la integración*, p. 50.

<sup>153</sup> Granillo Ocampo, *Derecho público de la integración*, p. 50 a 63.

Ahora bien, por qué resulta necesario desarrollar un proceso de integración regional entre Estados soberanos<sup>154</sup>, la respuesta más simple suele ser la correcta, se debe a que existen fuerzas de mayor poder que la que despliega el Estado, ya sea de otro Estado, grupo de Estados, o capitales transnacionales (que en definitiva representan los intereses de otros Estados), entonces, cuando se intenta atraer capitales extranjeros, para desarrollar la economía del país, y evitar que estos sean de tipo “buitres” (inversiones a corto plazo, altas tasas, y poco riesgo) se deben reforzar las medidas proteccionistas para evitar un deterioro en el equilibrio internacional.

No debe soslayarse la perspectiva empresaria motora del movimiento integrador, previa a todo proceso comercial (industrial), que el ahorro de costos incluye como factor de producción a la mano de obra por cuanto esta tendencia en un proceso de integración resulta significativa para no caer en fisuras en el sistema de integración regional comercial, donde la integración o al menos armonización laboral debe revestir un aspecto de importancia dentro de la estructura integradora<sup>155</sup>.

Se puede observar que la integración como medida protectora ante poderes superiores al Estado, se manifiesta en el ámbito internacional, pero con contenido práctico en el derecho y la economía interna de los países, y su correlato en el ámbito interno lo tenemos en el ámbito del derecho del consumidor, una especialidad relativamente nueva, con procedimientos normas y principios propios, lo que indica que se está transformando en una especialidad autónoma del derecho, ya que por ahora tiene aspectos del derecho administrativo, privado y público, pero en cualquier momento, adquiere fuero propio, tratamiento académico especial, y reunirá las condiciones para formarse en una especialidad autónoma.

Estas aristas revelan la profundidad que una integración puede implicar (el derecho comunitario) por sus características propias que revelan una forma o interrelación compleja<sup>156</sup>.

Resulta también interesante hasta donde se pretende llevar el grado de integración, dado que tomando como fuente este proceso, puede llevar a un mero acuerdo de cooperación bilateral, o multilateral, con reglas externas al ordenamiento interno, siendo los sujetos destinatarios de esas reglas los Estados partes, o puede penetrar la membrana de la soberanía jurídica y afectar directamente a los individuos que conforman los Estados partes, aplicándose directamente por las instituciones propias de los Estados, sin necesidad de ocurrir a instituciones internacionales que diriman los conflictos por aplicación de estas normas, en este caso, frente a un proceso de integración más complejo, que evidentemente al resignarse (delegarse para ser más precisos) poderes propios, conferidos por las autoridades constitutivas del Estado parte, lo que se está generando en los hechos, es la constitución de un nuevo Estado, con similares características a las ocurridas en el siglo XIX en nuestro continente, con el fin del modelo colonial, desarticulando el centro de poder ibérico por causales varias (que por complejas y variadas son ajenas al presente trabajo), y consecuentemente

<sup>154</sup> Arbuet-Vignali, *Claves jurídicas de la integración*, p. 186.

<sup>155</sup> *Nafta y Mercosur*, Bs. As., Clacso, 2003, p. 158.

<sup>156</sup> Granillo Ocampo, *Derecho público de la integración*. Sus características son la aplicación inmediata, sin necesidad de ratificación, directa ya que no requiere de la intervención de otros órganos, jurisdicción local, aprovecha las estructuras jurisdiccionales locales, jerarquía comunitaria por prevalecer ante el derecho interno, penetración en el derecho administrativo, ya que unifica los diversos procedimientos dispersos a nivel nacional, provincial o municipal.

el virreinato perdió su esencia para que cada provincia reasignara su poder y a los efectos de la seguridad y la economía, constituyeran la Nación Argentina, desechando todas sus anteriores denominaciones, generando literalmente una nueva identidad.

La identidad, o el llamado ser nacional, al cual se le atribuyen distintos elementos constitutivos como ser idioma, costumbres... resultan complejos y ajenos al desarrollo del presente trabajo, pero si es relevante a los efectos de entender si el proceso de integración que se realiza con los otros Estados, suele ser similar (Estados homogéneos) dado que si así resulta será mucho más práctica la integración y menos áspera.

En relación con la identidad nacional, y en el aspecto cultural, relacionado con la nacionalidad, y a los efectos de sostener esas cualidades como elementos distintivos, en los procesos de integración, que podrían disolver esas características, es que la nacionalidad tiene el efecto igualador interno y distintivo externo, entendiendo a la identidad nacional, como idéntico o igual, que deviene de "idem"<sup>157</sup> que podría definirse como aquello que no muta en distintas situaciones, la identidad o el quién soy<sup>158</sup> (en el plano nacional), resultan una de las preguntas más difíciles de responder. Una definición personal que me gusta para responder a la pregunta quién soy es "No soy lo que hago, sino lo que no puedo dejar de hacer" como definitoria de esa cualidad que no será alterada a pesar de las circunstancias cambiantes.

Reforzando el tema de la identidad, resulta interesante la interacción del habitante o individuo con su soberano, y las distancias elásticas entre los ámbitos públicos y privados<sup>159</sup> siendo un cambio de paradigmas evolutivo el traslado de situaciones tradicionalmente privadas al escenario público.

Esta circunstancia no es menor, de hecho, el gran avance del derecho administrativo en la actualidad tiene por objeto establecer la comunicación o vínculo entre el soberano y el súbdito (podríamos llamar al derecho administrativo como el idioma sagrado por medio del cual la persona se comunica con el soberano), elevando del ámbito de los hechos, a un estadio jurídico situaciones tuteladas o castigadas por el Estado, y la cantidad de situaciones que cambian de espacios, como la igualdad de género, la participación del Estado en la cobertura de los riesgos sociales ("liberar al hombre del miedo y la necesidad" fue la frase destacada de la Carta del Atlántico celebrada entre Churchill y Roosevelt en 1941), y el llamado Estado de bienestar, que tiene por objeto garantizar la supervivencia del individuo, está volviéndose cada vez más absolutista empero a diferencia del siglo XVIII que tenía por objeto su propia existencia, en pos de los administrados.

Esta evolución del Estado, con el derecho público<sup>160</sup> (con sus diferentes ramas, federal, constitucional, tributario, administrativo, contencioso, etc.) ampliando sus

<sup>157</sup> Granillo Ocampo, *Derecho público de la integración*, p. 136.

<sup>158</sup> Ciuro Caldani, *Del Mercosur*, p. 84, y Granillo Ocampo, *Derecho público de la integración*, p. 136.

<sup>159</sup> Granillo Ocampo, *Derecho público de la integración*, p. 137.

<sup>160</sup> A los efectos de identificar cuando se trata de derecho público, existen dos notas claves, la desigualdad entre el administrado y el Estado, y la imperatividad de la normativa regulatoria que debe ser cumplida, a diferencia del ámbito privado, donde las notas son opuestas, igualdad y disponibilidad de las normas (salvo las de orden público).

fronteras, nos muestra como el hombre en el camino a la libertad y a la seguridad va mutando su estilo de vida.

En cuanto a la libertad y la seguridad, resultan opuestos, por cuanto la libertad implica riesgos, y la forma de minimizar los riesgos es aplicar la seguridad (como la cárcel, con destino de seguridad y no de castigo de los reos).

Por lo cual la máxima seguridad implica la anulación de la libertad y viceversa.

Acaso la libertad hasta dónde llega, si debemos aplicar el tiempo disponible a generar los recursos para sustentar nuestras vidas, no sería más que la libertad de generar propiedad, para ser la propiedad la libertad de disponer de nuestras cosas.

Siguiendo esta línea de pensamiento, si la libertad y la propiedad se encuentran entrelazadas, como el tributo y el Estado, puede entenderse solo entonces libre aquel que no necesita producir para sobrevivir, ¿o por el contrario que la libertad es el derecho a generar la sustentabilidad?

¿Podrá ser entonces que tener derecho a producir sea solo el medio para acceder al derecho a consumir?

Entonces, resultaría necesario entender que los atributos de la persona en tanto su relación a la pertenencia a un Estado que le garantice su supervivencia, estará dada por su relación con la producción y el consumo. En consecuencia, solo se adquieren los derechos civiles individuales estatales en la medida de la garantía de la continuidad del modelo productivo y distributivo.

Es entonces que nos encontraríamos frente al modelo neozelandés que entiende en función de los riesgos sociales, que estos son resarcibles empero en la medida que garanticen la continuidad del modelo productivo.

Esto significa, seguridad social generosa, en detrimento de responsabilidad civil ilimitada.

En el ámbito productivo, obsérvese que, en el afán de conquistar la ansiada libertad, vamos en busca de la seguridad, pero con un matiz diferente. Desde antiguo el modo de producción ha sido la esclavitud, donde una persona era plenamente dependiente de otra, en todos sus aspectos, hasta su vida, luego se presentó la forma de producción feudal, con la servidumbre, donde algunos aspectos eran los que generaban el vínculo entre el señor feudal y el ciervo, en especial el valor seguridad, luego existió el sistema comunista, donde los trabajadores eran los propietarios de los modos de producción, empero este sistema sucumbió. Para mediados del siglo XIX la fórmula fue la libertad absoluta, que también sucumbió, por la ausencia de seguridad de los riesgos sociales, luego se conformó la llamada relación de dependencia donde el vínculo entre el trabajador y el empresario se diluye cada vez en relación a los anteriores sistemas, y en esta línea hoy se advierte como el trabajador independiente empobrecido (denominado monotributista) sigue sumando libertad en la generación de la riqueza, empero quien va asumiendo el rol de la asegurabilidad de la sociedad, ya ha dejado de ser el empresario, para pasar a ser el Estado, en un futuro probablemente los trabajadores sean totalmente libres en la producción pero absolutamente cubiertos por el Estado en los riesgos sociales.

A diferencia de otros modelos de generación de la riqueza, como la esclavitud, feudalismo, comunismo, que retribuyeron a cada factor de producción de manera

preferencial, hasta el siglo XVIII a la tierra, en la edad moderna al capital, con el comunismo se intentó al trabajo, y podría decirse que en el siglo XXI se estaría retribuyendo al cuarto factor, la empresa (desde un enfoque saintsimoniano, como el gobierno de los empresarios).

El modelo posmoderno implicaría que la riqueza sea generada por los empresarios requiriendo mano de obra al Estado que suministrará para que las personas tengan una mejor calidad de vida, dado que, a partir del siglo actual, se produce el fenómeno del desempleo pero a diferencia del siglo anterior, no es por causa (o efecto) de la baja productividad, sino por la aplicación de tecnologías que requieren menos mano de obra para producir.

El desafío de combatir el desempleo, se traduce entonces en combatir el de-singreso, y la mejor forma de eliminar el desempleo y el trabajo no registrado sería sustituir la distribución del ingreso en base a la generación de riqueza, sino garantizar el rol social de “consumidor” si es con empleo, mejor, pero no necesariamente.

A los efectos de evitar confundir el derecho a ser consumidor con el derecho a robar (me debes parte de tu riqueza porque yo no tengo la posibilidad de producir) debe generarse la contraprestación social, para elevar la sociedad en aspectos culturales, sociales, etc., generar los valores necesarios para sostener ese modelo social, en especial en conjunto con los países vecinos, a efectos de evitar el llamado dumping social o migraciones masivas y conflictos sociales entre nacionalidades distintas en un mismo territorio por la distribución de la riqueza.

Como el antiguo imperio Incaico, basado en la producción excedente y los colcas (depósitos de excedentes) se podrá conquistar sin guerra el corazón de los pueblos.

Si el Estado parte entiende que debe conservar su identidad como nación independiente y soberana pues entonces será necesario establecer un grado restringido de integración, lo que implicará no renunciar a su derecho de denuncia del acuerdo de integración, no delegar facultades e instituciones soberanas, dado que, de lo contrario, se estaría convirtiendo en un nuevo Estado de grado superior, de características similares al federal o a la confederación<sup>161</sup>.

Cuando se construye una definición, como es el caso de la integración regional, y vemos algunas ideas sobre esto, se puede realizar desde los elementos que componen el objeto de estudio, desde su morfología como sistema, desde sus cualidades, desde lo opuesto para sostener las diferencias, desde su mecánica de funcionamiento, desde su causa o desde su objeto, en relación al objeto existen dos variables constantes en toda sociedad que pretenda perdurar en el tiempo y así lograr su continuidad, alejando al ser humano del estilo de vida animal, o primitivo, que implica la supervivencia del más fuerte, estas variables en relación al orden social y su continuidad en el tiempo (y con motivo de la integración en el espacio) son el bienestar y la seguridad de los individuos que la componen<sup>162</sup>, que si bien el primer factor común suele ser el económico<sup>163</sup> para hacerlo realmente operativo será necesario desplegar complementos de tipo jurídico, privado, laboral, tributario, social y cultural entre otros.

<sup>161</sup> Arbuét-Vignali, *Claves jurídicas de la integración*, p. 39.

<sup>162</sup> Arbuét-Vignali, *Claves jurídicas de la integración*, p. 39.

<sup>163</sup> Arbuét-Vignali, *Claves jurídicas de la integración*, p. 40.

Teniendo en cuenta la etimología del término integración “integrare” del latín refiere a formar las partes de un todo o completar un todo con las partes faltantes<sup>164</sup>.

Resulta interesante que en los procesos de integración de Estados soberanos al estar en pie de una relativa igualdad entre las partes puede asimilarse a un estilo de integración horizontal donde no deberían existir partes dominantes, pero si el estilo de integración es vertical, o sea, con relación de mando y obediencia, estamos frente a una integración interna, que bien puede darse dentro de un Estado nacional o provincial, o dentro de una integración regional, pero que dará cuenta de un proceso transformador hacia la formación de un nuevo Estado, en especial si para esta dinámica de poder se crean nuevas instituciones, organismos y procedimientos.

### e. El Estado y la cuestión fiscal

Esta parte del trabajo pretende aproximarse a la relación existente entre el aspecto económico, político y jurídico del país.

En este sentido cita Vanossi: “Por su parte, Orlandi, en *Principios de ciencia política y teoría del Estado*, Plus Ultra, 1985, p. 643, afirma: ‘Dorrego fue el primero que sostuvo la tesis de región por proximidad geográfica. Nuestro regionalismo y la regionalización es un problema socio-económico, aunque de solución política federal’<sup>165</sup>.

Ya se ha mencionado que el componente fiscal resulta imprescindible para sostener el Estado, pero la pregunta más importante es si el factor económico determina el político o viceversa.

En este sentido todo jurista comprende perfectamente el concepto del “pago” que legalmente se configura como “medio” de extinción de las obligaciones.

Sin embargo, resulta muy común replicar la frase “porque pago tengo derecho”, a modo de fuente de las obligaciones, y esta concepción encierra el axioma de entender al derecho subordinado a la economía.

Podría aceptarse esa subordinación siempre que también se acepte al pago como fuente de obligaciones, empero no podrá entenderse entonces que exista la figura del pago por error, y sus efectos jurídicos (v.gr., en la prescripción).

Esta cuestión de la economía y el derecho es planteada porque tanto en los albores de la patria, como necesidad de crecimiento de un país (federal como Argentina), la economía, y su sustentabilidad, es el necesario motor de la integración, y para ello, se dará el andamiaje jurídico a los efectos de establecer los términos del intercambio.

En consecuencia, puede observarse que la economía resulta el elemento esencial o subyacente en un proceso integrador, que tendrá su manifestación jurídica, en función de las fuerzas políticas que lo lleven adelante.

Tal vez hoy nos parezca natural, desenvolvemos en un Estado federal, y un poco ficticio que exista un Estado de grado superior, empero, si se llegara a conformar

<sup>164</sup> Arbuet-Vignali, *Claves jurídicas de la integración*, p. 180.

<sup>165</sup> Vanossi, *¿Es viable el Estado federal en la Argentina?*, p. 7.

luego de un proceso integrador en América del Sur, y luego de varias décadas de instalación resultará natural y hasta difícil de creer la posibilidad de sostener una economía sin esa asociación.

Este fenómeno psicológico es estudiado por el marketing que sostiene que no se advierte la necesidad (superadas las básicas de la pirámide de Maslow) hasta que se identifica el elemento de satisfacción, creando necesidades (ayudando a identificarlas) para colocar un producto nuevo en el mercado, o generando un mercado nuevo.

El presente análisis no comprende las cuestiones relativas al sistema tributario nacional, en relación a la coparticipación, que puede generar diversas opiniones, en especial en materia de solidaridad interprovincial, incentivos o desalientos a la producción, ya que el tema no implica únicamente la distribución provincial de la recaudación de los tributos coparticipables, sino los condicionamientos del Estado nacional en relación a otras variables que encierran métodos de ajuste de esta distribución<sup>166</sup>.

En relación al abordaje fiscal, cabe una reflexión en relación a la proliferación de zonas francas, en vistas a concretar un proceso integrador a futuro: “Conviene entonces analizar si existe compatibilidad entre los objetivos que persigue la creación de un mercado común con el objeto que tiene el establecimiento de las zonas francas. En este sentido, considero que un proceso de integración, como modelo, debe ir más allá de las políticas de expansión, agilización o facilitación del comercio, objetivo de la instalación de las zonas francas tanto en Europa como en América. Debería por el contrario ser un proceso que tenga en miras alcanzar el establecimiento de un espacio común económico, político y social. En este orden de ideas, el Tratado de Asunción considera a la integración como un elemento fundamental para “acelerar sus procesos de desarrollo con justicia social”, proponiendo un “eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, etcétera”.

“No es menos cierto que en el marco del Mercosur, con excepción de las áreas aduaneras especiales de Manaus en Brasil y Tierra del Fuego en Argentina, las zonas francas no han servido como medio o instrumento para la industrialización de las regiones o localidades donde fueron emplazadas, y no han resultado atractivos para la instalación de emprendimientos productivos ni para la diversificación de la producción o el fomento del empleo. Muy por el contrario, en general se tratan sólo de áreas de comercialización, de servicios logísticos, de almacenaje y de distribución principalmente de mercancías de extrazona, es decir, originarias de Estados no miembros del Mercosur y que tienen como destino final la importación definitiva para consumo”<sup>167</sup>.

El objetivo de traer a la presente tesis el tema del federalismo, la constitución del Estado y la integración regional, radica en que previa a la organización jurídica Argentina, el criterio no era canónico, sino más bien de tipo fundado en el precedente, ya que cada juzgador mantenía un criterio particular, y dependiendo del juzgador sería el resultado previsible.

---

<sup>166</sup> Vanossi, *¿Es viable el Estado federal en la Argentina?*, p. 8 “Nos preguntamos: ¿cuántas provincias cuentan con autofinanciamiento? ¿cuáles de ellas podemos afirmar que son auto-sostenibles? Respuesta: la minoría, acaso no más que la Capital Federal, Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe, Mendoza, y, tal vez, ¿Entre Ríos?”.

<sup>167</sup> Amendolara, Matías, *Estudio comparativo de las zonas francas en España y Argentina*, AFIP, 2009, p. 81.

Como un factor de poder significativo, se organizó el derecho de manera centralizada (nacional y federal) manteniendo cada región original su ámbito de jurisdicción particular, y así nacieron los códigos enunciados en la Constitución Nacional, a efectos de establecer el criterio del nuevo orden nacional, conforme los valores y parámetros de sus fundadores.

No es casualidad, el auge del derecho de integración, las elecciones para parlamentarios del Parlasur, a pesar de la ilegitimidad de origen de dicha institución, a las que el soberano no ha sido consultado, y la cantidad de normas relativas al tema que afloran.

Tampoco es casualidad, que el sistema centralizado, unificado, codificado, ya sea ineficiente para dar respuestas a las necesidades de la sociedad, en todas las áreas, sin el criterio jurisprudencial, la fría norma resulta difícil de aplicar, a modo de ejemplo, la reparación por despido injustificado laboral, redactada en el art. 245 de la ley 20.744 y mod. no puede aplicarse sin los precedentes Vizotti, Pérez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Sawady, Brandi, Tulosai de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

A esto se le suma la incipiente reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, que cambia el paradigma del derecho.

La esencia del derecho era “quien produce un daño debe repararlo”<sup>168</sup>, actualmente, con el nuevo sistema legal, el art. 52 dispone que es exigible la “prevención y la reparación del daño”<sup>169</sup> lo que significa que el paradigma actual sería “quien no prevenga o cause un daño debe repararlo”.

Este paradigma implica un paso previo cronológico, en la conducta subjetiva, refiere a anticipar eventos y evitar sus efectos dañosos predecibles.

Si bien este tema resultaría materia de una tesis independiente, resulta eficiente a los efectos que se exponen, que es la naturaleza jurídica de la seguridad social, como derecho de cuarta generación o derecho de indemnidad, ya que la acción de prevención, implica un nivel de aseguramiento social, que implique la previsión de situaciones dañosas y evitar su producción, o sea, mantener indemne al sujeto del potencial daño que deviniera sin la acción preventiva.

En distintas materias se advierten sentencias que invocan derecho internacional (Pellicori, CSJN), principios generales, valores de la Constitución Nacional sin reglamentar, medidas cautelares que afectan jurisdicciones que no son las naturales del juzgador, legitimaciones activas de difícil acreditación, todas circunstancias que hacen poco previsible el resultado de un litigio, y esta falta de previsibilidad, como se ha mencionado antes, la incertidumbre es un claro factor de poder por quien pretende acosar a alguien. Y sumado a ello esta imprevisión implica costos no medibles que

---

<sup>168</sup> Ley 340 (Código Civil no vigente) art. 1109 define a la responsabilidad civil como “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio”.

<sup>169</sup> Ley 26.994, art. 52. Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

hacen en resultados económicos, poco alentadores para una economía débil (poco industrializada) como la Argentina.

Consecuentemente, el criterio de unicidad o codificado, ya sea deliberadamente o por el devenir de los hechos, se encuentra en crisis el sistema jurídico continental de nuestra nación.

Como no se puede implantar una solución sin la existencia del problema, ya que sería rechazada por el colectivo social, estamos frente al problema necesario, o sea la incertidumbre, a pesar de tener normas de sobra<sup>170</sup> para que sea bien recibida la unificación regional a nivel jurídico dentro de algunos años posteriores al fenómeno contemporáneo al año 2016.

## **f. Conclusión**

En el presente trabajo se reflejaron algunos aspectos a la formación consideración del Estado como federal, en especial como resultado de factores diversos, pero en esencia que se trata de órbitas de poder similares, agrupadas sin un fin específico o concreto, finito o limitado, y analizando las definiciones, características, modelos y tipos de relaciones internacionales o de integración, es posible afirmar que si bien el Estado federal no es la causa necesaria de la integración, si se requiere de centros de poder constituidos o soberanos para adentrarse en procesos integradores, cuya máxima expresión puede entenderse como un nuevo centro único de poder, y la constitución de un nuevo Estado (similar al federal en cuanto al respeto de las soberanías fundantes).

Si nuestra historia nos demuestra que la conformación de Confederación Argentina, o sus distintos nombres a través del siglo XIX implicaron exactamente un proceso de desarticulación de un gobernante externo y supremo para quedar parcialidades dispersas con autonomía (las provincias) que necesariamente, y tras muchos y largos conflictos para sostener esa unidad de poder debieron asociarse en un proceso integrador que terminó denominándose Estado federal, que se encuentra vigente hoy en día, hasta que se advierta la necesidad de conformar una unión de grado superior con otros Estados soberanos, circunstancia que no debe sorprender, ya prevista en los discursos de los albores del nacimiento de la patria.

La cuestión tributaria (neutralidad fiscal), resulta ser un paradigma central, en la cuestión de la integración, dado que la existencia del tributo, determina la supervivencia del Estado, ya entendido así en los postulados de la Revolución Francesa (Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano) y la renuncia al tributo, puede entenderse como una disminución de soberanía, que si se delega o se establece un marco más amplio de aplicabilidad del tributo, lo que se está haciendo es establecer nuevas fronteras del Estado, que en definitiva las fronteras del Estado, resultan marcadas por los alcances del tributo.

Sin alejarnos del tema que nos ocupa, puede advertirse con relación al tributo y al Estado en su intrínseca relación, que el tributo, resulta del sacrificio de los súbditos, resignando riqueza particular, para el bienestar general, administrada por el

---

<sup>170</sup> A pesar de diseñarse digestos nacionales y provinciales para reducir la sobreabundancia y superposición de normas.

Tesoro de la Nación, representada en la moneda del Estado, sustentada (hoy) en la confianza (fe).

Consecuentemente, nada nos aleja de los antiguos preceptos de sociedades antiguas, solamente hemos cambiado algunos nombres, y si un Estado delega la administración de la riqueza (moneda), renuncia a imponer tributo (sacrificio) se desvanece su soberanía en otra entidad que lo sustituye o supera.

Tal como puede advertirse del presente texto y sus citas cuando se logra la neutralidad fiscal, como característica de la integración, si se le suma unificación de moneda y un poder político independiente, llegamos a nuevo Estado similar al federal<sup>171</sup>.

Siendo de alta complejidad el arribo a un nivel de integración aseverado por la doctrina “No se consigue con sólo armar una buena etiqueta. Dicen los maritimistas que ‘el pabellón cubre a la mercadería’. Acá no es así. Que nadie se confunda con las siglas, por más seductoras que éstas sean: una cosa es una asociación de libre comercio; otra distinta es llegar a formar una unión aduanera; y mucho más complejo es alcanzar la meta de un embrionario ‘mercado común’, por más buenas que sean las inspiraciones y nobles las intenciones”<sup>172</sup>. “Cuando la integración, a través del regionalismo, provoque la nivelación de las situaciones y las igualdades sean más visibles y reales, se va a producir un efecto pacificador integrador”<sup>173</sup>.

Pudiéndose diferenciar entonces al derecho de integración o comunitario con otras especialidades como el derecho internacional público, el derecho internacional privado y el derecho constitucional federal<sup>174</sup>.

Entendiéndose como la cooperación al derecho internacional público, pero la integración con autoridades supranacionales, un nuevo sistema jurídico más la renuncia a la denuncia o al derecho de secesión, resulta un derecho constitucional común o federal<sup>175</sup>, donde los efectos no son solo cuantitativos en las relaciones internas, sino cualitativos<sup>176</sup>, en un estilo de negociación ganar-ganar.

Y en relación al aspecto de causa o efecto de la integración en la consolidación del Estado, resulta interesante las apreciaciones de Pellegrino Rossi en relación a la reforma de la Constitución Suiza de 1832, donde refiere que toda confederación resulta un estado intermedio entre la independencia absoluta de varias individualidades y la completa fusión en una sola y misma soberanía<sup>177</sup>, en especial el efecto coactivo de la normativa no solo sobre los Estados sino sobre los particulares<sup>178</sup>.

<sup>171</sup> Ciuro Caldani, *Del Mercosur*, p. 90 y 351.

<sup>172</sup> Vanossi, *¿Es viable el Estado federal en la Argentina?*, p. 28.

<sup>173</sup> Vanossi, *¿Es viable el Estado federal en la Argentina?*, p. 46.

<sup>174</sup> Arbuet-Vignali, *Claves jurídicas de la integración*, p. 94, nota 3.

<sup>175</sup> Arbuet-Vignali, *Claves jurídicas de la integración*, p. 184.

<sup>176</sup> Granillo Ocampo, *Derecho público de la integración*, p. 50 y siguientes.

<sup>177</sup> Levaggi, Abelardo, *Confederación y federación en la génesis del Estado argentino*, Bs. As., Universidad de Buenos Aires, 2007, p. 27.

<sup>178</sup> Granillo Ocampo, *Derecho público de la integración*, p. 62.

## **10. Hacia una teoría general del derecho de la seguridad social**

En primer lugar corresponde hacer una breve referencia a la atribución de la cualidad que se pretende endilgar al objeto de estudio, el derecho de la seguridad social, o sea su naturaleza jurídica, lo que obliga al análisis, o búsqueda de la naturaleza jurídica de la naturaleza jurídica, que luego de haber indagado en diferentes lugares, surgió su utilización a modo clasificativo empero no se encontró su definición fácilmente, extrayéndose de reflexiones de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la negativa desde la doctrina, asimilable a lo que sucede con el término “presunción”, utilizado recurrentemente, en especial desde la clasificación, pero no desde su definición, advirtiéndose su definición, como “atributo jurídico predeterminado de un hecho”.

Habiéndose indagado, desde diferentes enfoques, y hasta la negativa del atributo de naturaleza jurídica puede entenderse tal como “conjunto de nivel superior al que pertenece el objeto de análisis” y, teniendo el derecho de la seguridad social, dos subgrupos que lo componen, los recursos y las prestaciones, corresponde en consecuencia, entender la naturaleza jurídica de cada uno de los tres conjuntos.

En relación a los recursos de la seguridad social, y luego de los análisis efectuados, se entiende que su naturaleza jurídica, es “salario diferido” o “sueldo indirecto”, o sea son los ingresos del colectivo cubierto, resignados al consumo actual, para destinarlos a las coberturas de las contingencias sociales, que si bien se originan en sus ingresos, salen del ámbito de su plena propiedad, para integrarse en el patrimonio colectivo, no le pertenece al individuo la propiedad de esos bienes<sup>179</sup>, pero le pertenece al colectivo del cual el trabajador es parte, y potencialmente será titular de un derecho prestacionario. Esto significa que ni siquiera tiene una propiedad o titularidad restringida, ya que la acción para el cumplimiento de las obligaciones que surgen de dichos recursos (aportes y contribuciones) le corresponde al administrador o recaudador de dichos recursos<sup>180</sup>.

En relación a las prestaciones de la seguridad social, su naturaleza jurídica, es un “derecho de indemnidad”, que implica aplicar el derecho preventivo, que se anticipa al hecho dañoso para evitar que el trabajador, por no trabajar o tener exceso de gastos en su nivel de calidad de vida, caiga en un estado de necesidad, para los cual se establecen situaciones objetivas y predeterminadas que operan como frontera de la pobreza y cuando se producen estos eventos (contingencias) se activa la seguridad social, otorgando las prestaciones para garantizar que el trabajador sostenga su vida y la de su grupo familiar, y evitar que caiga en estado de necesidad, y tener que rescatar al sujeto y grupo familiar de una crisis, que puede originalmente ser económica, pero se proyecta sobre aspectos psicológicos, sociológicos, familiares, etcétera.

En relación al derecho de la seguridad social, como conjunto que contiene a los recursos y las prestaciones de la seguridad social, implican, la continuidad del sistema productivo capitalista liberal, económico y social, proyectando cada indemnidad

---

<sup>179</sup> Película “Il Postino”, donde Pablo Neruda le reprocha al cartero pretender lograr una conquista con sus poemas, y el cartero le contesta que “los poemas no son del que los escribe, son de quien los necesita”, reflejando el sentido social que envuelve al protagonista, y siendo una clara metáfora de la naturaleza jurídica de los recursos de la seguridad social.

<sup>180</sup> Decrs. 507/93 y 618/97.

personal en una manta de indemnidad a la sociedad, garantía del sistema de evitar caer en estados de necesidad, la última frontera antes de la pobreza, garantía de continuidad del modelo productivo, donde la distribución del ingreso sigue atada a la participación en la generación de riqueza, cuando se requiere cada vez menos participantes en esta actividad, y el sistema está generando exclusiones en este sentido que la seguridad social, no está encontrando respuesta, y los Estados buscan respuestas en el asistencialismo, que es la solución conocida para problemas antiguos, cuando frente a un nuevo problema debe buscarse una nueva solución, esto es, generar nuevos empleos o actividades humanas con valor social, distintos de los conocidos hasta el siglo XX, ya que la tecnología sustituye mano de obra, aplicar la mano de obra a actividades que eleven la sociedad a un nivel cualitativo superior, en lugar de dejarlos excluidos y subsidiados con dádivas parecidas a una sustitución de ingreso como son los planes asistenciales que denigran al sujeto beneficiario.

Consecuentemente, atendiendo que los niveles sociales de derechos catalogados como generaciones, el derecho de indemnidad, no encuentra cualidades comunes en los tres anteriores, es que debe atribuirse a la cuarta generación, el derecho preventivo, de indemnidad, o anticipado al hecho dañoso, donde el objeto de la disciplina rota desde la producción del daño, y la búsqueda de su responsable, focalizarse en la eventualidad de la producción de un daño, su prevención, y la indemnidad de quien pudiera sufrirlo, o sea del objeto, daño, al objeto prevención, y del sujeto responsable, al sujeto víctima. Estamos frente a un giro diametralmente opuesto con sistemas jurídicos vigentes, pero sin la debida percepción de las herramientas disponibles.

El derecho de la seguridad social es un derecho de cuarta generación, por tratarse de un derecho preventivo, derecho de indemnidad, desarticulándose el nexo causal del financiamiento del sujeto pasible de la prestación correspondiente.

© Editorial Astrea, 2020. Todos los derechos reservados.