

# EL PARADIGMA PROTECTORIO

## The protective paradigm

---

**Dr. Ricardo Lorenzetti**

Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)  
rlorenzetti@csjn.gov.ar

### **Resumen**

El paradigma protectorio tutela a los vulnerables y es consistente con el paradigma del acceso. Sin embargo, se refieren a campos distintos: el problema del acceso se concentra exclusivamente en quienes están excluidos y por lo tanto puede ser aplicado a quienes no son débiles, por ejemplo, una empresa que quiere entrar en un mercado cerrado; se concentra en las asignaciones “ex ante” del mercado, es decir, en sus fallas estructurales que provocan exclusión. El protectorio se vuelca en cambio a quienes están en el mercado, pero son débiles. Su fundamento constitucional es la igualdad. Su principio estructurante es la protección de la persona y los bienes colectivos que lo requieren, como el ambiente. En el derecho público se manifiesta en los derechos humanos, que son regulados en tratados y en constituciones. En el derecho privado surge de una evolución de principios de interpretación en favor del deudor, “favor debilis”, en favor del consumidor, y luego en favor del individuo particular. La generalización hace que se pase de una visión bilateral a una estructural, que toma en cuenta la posición del individuo en el mercado. En los bienes colectivos surge el principio “in dubio pro natura”. Su desarrollo ilimitado conduce a una sociedad de protegidos que colisionan entre sí. Por ello se critica a esta visión porque asume al derecho como un escudo defensivo del individuo, despreocupándose de la regulación de la sociedad. Por esta razón se presentan tensiones con el paradigma consecuencialista y el colectivo.

**Palabras claves:** principio protectorio; protección del individuo a través de derechos fundamentales; límites y críticas al paradigma protectorio; centralidad de la persona y bienes colectivos; el principio *favor debilis*; la centralidad de la persona.

## **Abstract**

The protectionist paradigm protects the vulnerable and is consistent with the access paradigm. However, they refer to different fields: the problem of access focuses exclusively on those who are excluded and can therefore be applied to those who are not weak, for example, a company seeking to enter a closed market; it focuses on the market's "ex ante" allocations, that is, on its structural flaws that cause exclusion. The protectionist paradigm, on the other hand, focuses on those who are in the market but are weak. Its constitutional foundation is equality. Its structuring principle is the protection of the individual and the collective goods that require it, such as the environment. In public law, it is manifested in human rights, which are regulated in treaties and constitutions. In private law, it arises from an evolution of principles of interpretation favoring the debtor, "favor debilis", in favor of the consumer, and then in favor of the individual. Generalization leads to a shift from a bilateral view to a structural one, which takes into account the individual's position in the market. In collective goods, the principle "in dubio pro natura" emerges. Its unlimited development leads to a society of protected individuals who collide with each other. This view is criticized for assuming law as a defensive shield for the individual, disregarding the regulation of society. For this reason, there are tensions with the consequentialist and collective paradigms.

**Key words:** Protective principle; protection of the individual through fundamental rights; limits and criticisms of the protective paradigm; centrality of the person and collective goods; the favor debilis principle; the centrality of the person.

## **Sumario**

1. Introducción. 2. Derecho privado. Evolución del principio protectorio. 2.1. El principio *favor debitoris*. 2.2. El principio *favor debilis*. 2.3. El principio en favor del consumidor. 2.4. En favor del individuo particular. 3. La tutela de la persona. 3.1. La centralidad de la persona. 3.2. Impacto en la responsabilidad civil. 3.3. Impacto en el contrato de servicios. A. El contrato de servicios como relación jurídica real: "la locación de servicios". B. El contrato de servicios como relación jurídica familiar: el empleo doméstico. C. El contrato de servicios como relación jurídica dominal: el "recurso de la empresa". D. El contrato de servicios dependiente: el contrato de trabajo. E. El contrato de servicio como contrato entre personas. 4. Derecho público. La protección del individuo a través de derechos fundamentales. 5. Límites y críticas al paradigma protectorio. 5.1. Proliferación de derechos humanos y horizontalización de los conflictos. 5.2. Centralidad de la persona y bienes

colectivos. 5.3. Principio protectorio y efectos distributivos. 5.4. Principio protectorio y niveles de información. 5.5. Protección inmediata y desprotección mediata. 5.6. Adjudicación del costo de la intervención. **Referencias bibliográficas.**

## 1. INTRODUCCIÓN

El paradigma protectorio tutela a los vulnerables y es consistente con el paradigma del acceso. Sin embargo, se refieren a campos distintos: el problema del acceso se concentra exclusivamente en quienes están excluidos y por lo tanto puede ser aplicado a quienes no son débiles, por ejemplo, una empresa que quiere entrar en un mercado cerrado; se concentra en las asignaciones "ex ante" del mercado, es decir, en sus fallas estructurales que provocan exclusión. El protectorio se vuelca en cambio a quienes están en el mercado, pero son débiles. Su fundamento constitucional es la igualdad.

Su principio estructurante es la protección de la persona y, últimamente, en los bienes colectivos que lo requieren, como el ambiente.

El jurista que adopta esta visión está dispuesto a buscar la igualdad y por lo tanto a intervenir en todo tipo de relaciones; prioriza los resultados por sobre las formas; confiere un valor relevante a los criterios de justicia material (invoca con frecuencia fundamentos sociológicos y económicos).

En el derecho público se manifiesta en los derechos humanos, que son regulados en tratados y en constituciones.

En el derecho privado surge de una evolución de principios de interpretación en favor del deudor, "favor debilis", en favor del consumidor, y luego en favor del individuo particular. La generalización hace que se pase de una visión bilateral a una estructural, que toma en cuenta la posición del individuo en el mercado.

En los bienes colectivos surge el principio "in dubio pro natura".

Este paradigma ha sido criticado porque la protección inmediata conduce a la desprotección mediata; porque se tutela sin información suficiente y por ello se basa en intuiciones, se protege a quien no lo necesita, y se destruyen incentivos.

Su desarrollo ilimitado conduce a una sociedad de protegidos que colisionan entre sí.

Por ello se critica a esta visión porque asume al derecho como un escudo defensivo del individuo, despreocupándose de la regulación de la sociedad. Por esta razón se presentan tensiones con el paradigma consecuencialista y el colectivo.

## 2. DERECHO PRIVADO. EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO PROTECTORIO

### 2.1. EL PRINCIPIO *FAVOR DEBITORIS*

En los derechos primitivos, la obligación se confundió con el estado de obligado, con la idea de sometimiento del deudor; el crédito era principalmente un señorío sobre determinados actos de la conducta del obligado de un modo similar al derecho real. Podía el acreedor ejercitar la fuerza sobre el deudor y aun su familia, obligándoles a trabajar para él.

La suavización de estos rigorismos supuso un cambio epistemológico: progresivamente el deudor dejó de ser cosa, o de ser tratado bajo los principios análogos a los del derecho real, para ser persona.

Es conocido este cambio en el Derecho romano a partir de la Ley “*poetelia papiria*” del año 326 a.C., y el criterio de la *benignitas* propio de la ética cristiana posterior. Se fue conformando un núcleo de principios: “*favor libertatis*”, “*favor debitoris*”, “*contra stipulatorem*”.

La regla *favor libertatis* es de inspiración penal. En nuestro Derecho privado ha sido relevante su aparición en la obra de POTHIER. Allí aparece consagrada en la séptima regla: en la duda, una cláusula debe interpretarse contra quien ha estipulado algo y en liberación de quien ha contratado la obligación. En el Código de Luisiana se establece la regla de interpretación contra el estipulante en caso de duda (artículo 1953), en el Código de Prusia se dispone que se interpretará en “*perjuicio del que ha hecho insertar en él términos ambiguos*” (artículo 266).

La regla es admitida en el Derecho hispánico y en las codificaciones latinoamericanas. VÉLEZ SARSFIELD la incluye en el Código de Comercio al indicar que en casos dudosos, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, en el sentido de la liberación (artículo 218, inciso 7, del CC).

La regla de la interpretación “*contra stipulatorem*” surge en el Derecho romano, ya que existía la “*estipulatio*” como forma adhesiva. En el Digesto se encuentra el principio al referirse al caso de duda: “*verba contra stipulatorem interpretanda*”.

sunt”<sup>1</sup> En las Partidas encontramos normas similares, que establecen que se debe interpretar la duda contra a aquel que “dijo la palabra” y en “pro de la otra parte” (Partida VII, Título XXXIII, ley 2). En la codificación decimonónica se reconoce como origen al Código de Luisiana, que establece la regla de interpretación contra el estipulante en caso de duda (artículo 1953) y el Código de Prusia dispone que se interpretará “en perjuicio del que ha hecho insertar en él términos ambiguos” (artículo 266).<sup>2</sup> Esta regla permaneció en el Derecho hispánico, al punto de que en el Código Civil español actual se establece que “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad” (artículo 1288). El Código Civil, argentino, en su redacción originaria no consagró regla alguna en materia de interpretación contractual, remitiéndose en ello a lo que ya se había regulado en el Código de Comercio,<sup>3</sup> que disponía, en el artículo 218, inciso 7, que en casos dudosos, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, en el sentido de la liberación. De este texto, la doctrina argentina dedujo la regla “favor debitoris”. Normas similares regían en la sede civil, como en el contrato de transacción (artículo 854 del CC) en la renuncia (artículo 874), o en el caso de duda, sobre la cantidad que ha sido legada, en que se debe juzgar que ha sido el menor valor (artículo 3765 del CC). Este principio tiene raigambre proteccionista en la época medieval, donde se protegió al deudor de créditos abusivos de origen usurario.

Se entendía que el débil era el deudor.

## 2.2. EL PRINCIPIO *FAVOR DEBILIS*

En el siglo XX se advirtió que muchos deudores son fuertes y otros acreedores débiles. Este fenómeno surgió con los obreros-acreedores-débiles y sus empleadores-deudores-fuertes, en relación con el salario. Lo mismo sucedió con diversas categorías de contratantes: los locatarios, los mutuarios, etcétera.

El principio “favor debitoris” se amplió para ser un “favor debilis”.

---

<sup>1</sup> *Digesto*, Libro 45, Título 1, Ley 38, párrafo 19.

<sup>2</sup> Cfr. GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. III, p. 56.

<sup>3</sup> MASNATTA, “Interpretación de los contratos en la ley y en la jurisprudencia argentina”, *Bol. Inst. Der. civ.*, No. 1, año 1959, p. 17.

La mutación fue relevante por cuanto el mecanismo anterior se basaba en conceptos jurídicos (acreedor o deudor), que atendían a la situación de un sujeto en una relación obligacional. El “favor debilis”, en cambio, trasciende la posición obligacional para trasladarse a la posición contractual, independientemente de que se trate de un crédito o de una deuda. La tutela del trabajador, del locatario, del adquirente de una vivienda, del tomador de un crédito, se basa en el contrato, y esa calidad es obligacionalmente compleja, ya que involucra tanto créditos como deudas, deberes colaterales, garantías.

Este fenómeno se va acentuando hasta que desaparecen las connotaciones relativas a la posición obligacional: “acreedor-deudor”, o a la tipología contractual: “trabajador”, “locatario”, y se comienza a tomar en cuenta un término genérico: consumidor, produciéndose un nuevo cambio.

### 2.3. EL PRINCIPIO EN FAVOR DEL CONSUMIDOR

La noción de consumidor se relaciona con el acto de consumo, y no específicamente con la calidad de acreedor o deudor en una obligación o con un contrato en particular.

El Código Civil y Comercial de la Nación incorporó una profunda transformación en el sistema de Derecho privado al desarrollar ampliamente la protección del consumidor (artículos 1092 y cc), al igual que la interpretación de la Corte Suprema: *“La norma contenida en el art. 42 de la Constitución Nacional revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables y este principio protectorio juega un rol fundamental en el marco de los contratos de consumo donde el consumidor se encuentra en una posición de subordinación estructural”*<sup>4</sup>

La relación jurídica de consumo es una definición normativa, y su extensión surge de los términos que el código asigna a los elementos que la componen: sujetos, objeto, fuentes.

En cuanto al sujeto activo, la tutela del consumidor comprende todas las situaciones: el consumidor contratante, el usuario, el expuesto a prácticas comerciales, y tutelas especiales para los consumidores.

---

<sup>4</sup> CSJN, “Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor”, del 14-3-17, en Fallos: 340:172, y en LA LEY 2017-B, 385.

En cuanto a la causa fuente, esta se amplía notablemente, ya que no sólo se abarca a los que contratan a título oneroso, sino también de modo gratuito. La relación de consumo puede abarcar la etapa precontractual, englobando las tratativas, a las ofertas, y estas últimas pueden ser dirigidas a sujetos determinados o indeterminados, como ocurre en el caso de la oferta mediante medios publicitarios. También puede incluir prácticas comerciales, definidas como actos del oferente encaminados a la captación del cliente, aunque no necesariamente signifiquen una oferta o una actividad destinada a contratar con un sujeto determinado.

De manera que la relación de consumo puede referirse a hechos, actos jurídicos unilaterales y contratos onerosos o gratuitos accesorios.

La base de esta protección amplia es la noción de vulnerabilidad, que define el supuesto de hecho de la norma. Vulnerable es un sujeto que es débil frente a otro en una relación jurídica, y pueden distinguirse diferentes supuestos:

**Vulnerabilidad económica:** se refiere a la situación de hecho previa a la decisión que toma el consumidor, definida por una restricción económica que limita considerablemente las decisiones que puede tomar, sea porque existe una situación objetiva que afecta la competencia, o por un elemento subjetivo ocurre en el caso de los subconsumidores.

**Vulnerabilidad cognoscitiva:** existen diferencias en el volumen de información referido al bien o servicio que constituyen el objeto de la prestación, y que dieron lugar a la aparición de la categoría de “proveedores profesionales”, y la imposición de deberes de información, carga probatoria, etcétera.

Estas asimetrías se acentúan en el campo de la economía digital, en las que el consumidor se enfrenta a productos que están constituidos por “información”, lo que instaura una nueva diferencia cualitativa. Se trata de bienes intangibles, y por ello es renuente a la comprobación empírica que el consumidor está acostumbrado a efectuar como prueba de fiabilidad; es hermético, en el sentido de que presenta una ajenidad respecto de la posibilidad de conocerlo sobre la base del grado de conocimiento que ya se tiene respecto a otros productos; es cambiante y flexible, y por lo tanto, de poco sirve la experiencia anterior y está inserto en un sistema de relaciones complejo, puesto que presenta múltiples interacciones con otros sujetos u otras partes.

En el medio virtual, además de lo dicho, surge una diferencia cognoscitiva respecto del medio empleado. En el Derecho comparado existen normas jurídicas

que diseñan un esquema protectorio funcionalmente relacionado con la aparición de nuevas tecnologías de *marketing* invasivo, lo que se acentúa en el caso de Internet, que permite hacer publicidad dentro del hogar del consumidor. La tecnología es cada vez más compleja en su diseño, pero se presenta de modo simplificado frente al usuario, ocultando de este modo una gran cantidad de aspectos que permanecen en la esfera de control del proveedor. Puede afirmarse que la tecnología incrementa la vulnerabilidad de los consumidores, instaurando un trato no familiar.<sup>5</sup>

**Vulnerabilidad técnica:** en este caso, el comprador no posee conocimientos específicos referidos al bien o servicio y por ello puede ser particularmente explotado.<sup>6</sup>

**Vulnerabilidad jurídica:** en este caso hay una falta de conocimientos jurídicos específicos, o porque existe una falta de experiencia en la contratación.

## 2.4. EN FAVOR DEL INDIVIDUO PARTICULAR

Los pasos tendientes a la ampliación del principio protectorio no se han detenido, sino que se han ampliado por dos vías principales.

En primer lugar, en el campo de las fuentes del ordenamiento mediante un "ascenso" de la noción de consumidor. En este aspecto, el Código Civil alemán fue modificado en fecha 29 de junio de 2000, incorporando la noción de consumidor, normas relativas a los contratos a distancia,<sup>7</sup> condiciones generales de los contratos, firma electrónica, y nuevas normas procesales.<sup>8</sup>

El Código Civil y Comercial Argentino introduce al consumidor en el centro del ordenamiento. Regula la noción de consumidor, de relación de consumo, los

---

<sup>5</sup> LIMA MARQUES, Claudia, "Nova Diretiva Europeia sobre contratos a distância com marketing direto e o projeto de diretiva sobre garantias legais harmonizadas", *Revista do Direito do consumidor*, No. 23-24, p. 564; SAMPAIO MULHOLLAND, Caittlin, "Formação e execução dos contratos de consumo a distância no pós-modernismo – o caso da "internet", ponencia 5to congresso brasileiro e 3o congresso mineiro de Direito do consumidor, Belo Horizonte, 2 a 5 de maio de 2000.

<sup>6</sup> LIMA MARQUES, C., "Contratos...", *cit.*, p. 270.

<sup>7</sup> LIMA MARQUES, C., "Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Europeia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896 - Notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor".

<sup>8</sup> BGB, 1 No. 28, 29 Jun 2000, pp. 901-903.

contratos de consumo, las tratativas previas, la publicidad, y fractura el tipo general de contratos ubicándolo en condiciones de igualdad.

En segundo lugar, en el campo de los conflictos, han surgido nuevas situaciones de gran complejidad: la utilización del genoma humano, la clonación, la generación de amplias bases de datos, la intromisión en la privacidad, la degradación ambiental. Todo ha llevado a trabajar sobre la base de un concepto de sujeto más comprensivo.

El consumidor es sustituido por el "individuo particular": se supera la noción de consumo y la sustituye por la calidad de vida.

En cierto sentido se trata de un retorno a las fuentes. El Derecho civil se refería al ciudadano, sin apellidos o particularismos. Ahora se trata de una nueva reducción generalizante: el referimiento a la persona, sea que trabaje o no, que consuma o no, se case o no.

El sujeto es la persona y el Derecho privado se configura como la disciplina de la vida privada. En este sentido, frente a un individuo heterodirigido, la cuestión central es recuperar el espacio necesario para el desempeño de su autonomía, presupuesto ético de la democracia.<sup>9</sup>

Esta visión fue ampliamente desarrollada en el Código Civil y Comercial argentino.

### **3. LA TUTELA DE LA PERSONA**

#### **3.1. LA CENTRALIDAD DE LA PERSONA**

Los derechos fundamentales son la forma contemporánea de la doctrina de los derechos naturales pero, a diferencia de ellos, están reconocidos por el ordenamiento jurídico.

El grupo de derechos fundamentales actúa como un núcleo, alrededor del cual se pretende que gire el Derecho, como un nuevo sistema solar en el que el sol sea la persona. No se trata de una mera comprobación fáctica o de una instalación legal pasiva, sino de un verdadero principio activo y por lo tanto, estructurante del sistema.

---

<sup>9</sup> BOBBIO, *Quali alternativa alla democrazia rappresentativa?, en Quale socialismo?*

Por tal razón se ha señalado que “el principio de la centralidad de los hombres para el derecho en el sistema jurídico romanista (Digesto 1, 5,2) produce una continua revisión de las normas para adecuarlas a las nuevas exigencias del hombre”.<sup>10</sup>

Sin embargo, la idea de la centralidad de la persona en forma absoluta no es un principio ilimitado, ya que no puede ser el único y excluyente punto de referencia de la ley, pues ello podría conducir a un individualismo exacerbado o a una ignorancia perjudicial de otros bienes.

Las doctrinas utilitaristas niegan toda existencia a los derechos humanos llamándolos sinsentidos o verbalizaciones. Es BENTHAM<sup>11</sup> quien articula el principio de la utilidad, concebido como el beneficio del mayor número. El carácter de este principio quita toda base a una teoría que afirme un carácter esencial, inmutable, previo a todo interés y transacción de los derechos fundamentales. Ello no significa que no pueda sostenerse su existencia dentro de una perspectiva utilitarista, pero de un modo muy distinto a la perspectiva existente en el Derecho latinoamericano.<sup>12</sup>

Sin perjuicio de algunos excesos, esta objeción es pertinente para poner de relieve el vicio de las declaraciones abstractas, pero ineficaces.

Examinaremos primero los cambios que produce el principio de centralidad de la persona y luego los aspectos referidos a los derechos fundamentales.

### 3.2. IMPACTO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Un buen ejemplo de la actividad transformadora del principio lo vemos en la responsabilidad civil derivada de daños físicos a la persona.

El cambio de paradigma es notorio: se ha evolucionado desde una concepción productivista, que considera el daño en función de lo que la persona da a la sociedad, hacia otra personalista, que se basa en lo que la sociedad debe a la persona.

---

<sup>10</sup> SCHIPANI, Sandro, “Principios generales del derecho e inequidad en las obligaciones: perfiles jurídicos de la deuda internacional latinoamericana”, en *Derecho económico actual, Homenaje al Prof. Manuel A. Laquis*, p. 815.

<sup>11</sup> BENTHAM, Jeremías, *Tratado de legislación civil y penal*, p. 28.

<sup>12</sup> FARREL, Martin, *Utilitarismo, ética y política*.

La noción “productivista” toma en cuenta lo que la persona puede dar a la sociedad y por ello la indemnización se basa solamente en reparar el “lucro cesante”,<sup>13</sup> que es lo que la víctima deja de producir.

El modelo “personalista” valora el perjuicio a la persona que repercute sobre su relación con su sistema de pertenencias.

El Código Civil y Comercial innova con esta concepción. El daño existe cuando se afecta un derecho o un interés no reprobado que tenga por objeto la persona (artículo 1737) y su contenido son los derechos personalísimos de la víctima, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida (artículo 1738), todo lo cual tiene relación con la indemnización de las consecuencias no patrimoniales (artículo 1741, por lesiones o incapacidad física o síquica (artículo 1746) y las normas sobre derechos personalísimos (artículo 51 y siguientes).

Es un cambio fundamental que va desde la concepción del daño moral hacia el daño a la persona.<sup>14</sup>

### 3.3. IMPACTO EN EL CONTRATO DE SERVICIOS

El contrato de servicios es otro buen ejemplo para evidenciar cómo el principio de centralidad de la persona reestructuró la concepción sobre este tipo de vínculos. Examinaremos brevemente las diferentes etapas:

---

<sup>13</sup> Esta concepción es coherente con un pensamiento económico muy restringido sobre la capacidad de producción del hombre. Un buen ejemplo de ello fue el fordismo, que se vanagloriaba de que un hombre sin piernas podía trabajar igual en una serie de producción, porque sólo utilizaba las manos para apretar tuercas. Hoy ha habido un cambio también sustancial en el área económica, en la que se valoran las capacidades intelectuales y creativas.

<sup>14</sup> Ampliamos en LORENZETTI, “La lesión física a la persona, el cuerpo y la salud, el daño emergente y el lucro cesante”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, No. 1, Sec. Doctrina, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1992, pp. 102-141; “El daño a la persona”, *L. L.*, t. 1994-D, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 7 de septiembre de 1994, pp. 910-918; “El daño a la persona (solución de casos de colisión de derechos fundamentales)”, *L. L.*, t. 1995-D, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 9 de agosto de 1995, pp. 1012-1023; “Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisprudencial”, *J. A.*, Buenos Aires, 3 de septiembre de 1997, 1997-III, pp. 237-249; “Constitucionalización del Derecho Civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema”, *L. L.*, t. 1993-D, Sec. Doctrina, 10 de agosto de 1993, pp. 673-681.

## **A) El contrato de servicios como relación jurídica real: “la locación de servicios”**

La pandectística alemana identificó tres tipos de locaciones en el Derecho romano: la “*locatio rei*”, la “*locatio operarum*” y la “*locatio operis*”, dentro de un único esquema contractual.

El paradigma era la cesión de una cosa en uso. Para que sea aplicable al trabajo humano se necesita comprender que los esclavos romanos eran considerados cosas que se cedían en uso para producir, al igual que los animales se cedían para trabajar en una economía básicamente agraria.

En la “*locatio-conductio operarum*” se ponía a disposición de otro para un determinado periodo de tiempo la propia actividad; en la “*operis*” se refería a la entrega de un resultado del trabajo sobre una cosa que previamente se entregaba.

Cuando las personas libres comenzaron a hacer trabajos en forma remunerada, ya no se trataba de “cosas”, y se los encuadró en el mandato concediéndoseles la “*cognitio extraordinaria*”, para diferenciarlos claramente de los que constituían la fuerza de trabajo principal.

Otra corriente pone en duda esta concepción y señala que había un único contrato en el que se cedía una cosa y del que surgía una obligación de restitución. El locador se obligaba a entregar la cosa y el “conductor” a restituirla. Esa obligación de restitución tenía la particularidad de que se hacía luego de usar la cosa (*locatio rei*), o de manipularla o transformarla (*operis*) o de aprovecharla (*operarum*). Esta idea “unitaria” de la *locatio* tiene la particularidad de señalar que había una obligación de dar una cosa contra una de restituirla y que la de pagar el precio era irrelevante en una economía basada en el trueque.<sup>15</sup>

Los problemas en el intercambio de cosas se referían fundamentalmente a los riesgos de su pérdida o deterioro.

Más adelante, en economías monetaristas, la “*locatio*” mudó en un intercambio que involucraba una obligación de hacer. Estas nociones se reelaboraron

---

<sup>15</sup> CAGNASSO, Oreste, en *Tratatto Di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico Dell Economia*, Vol. 16, p. 655.

en la obra de POTHIER, que divide la locación de cosas y de obra, y dentro de esta última admite subdistinciones. El Código Napoleónico, que admite el distingo, regula la locación de cosas, y la de obra, dentro de la cual engloba a los servicios.<sup>16</sup>

Llegamos así al intercambio de trabajo humano autónomo (consistente en el producto del trabajo o en el trabajo en sí mismo) por un precio.

Lo importante, a nuestros fines, es señalar que el trabajo romano no se pensaba como expresión de una voluntad, sino como el alquiler de una cosa; la finalidad es la "cesión de uso".

### **B) El contrato de servicios como relación jurídica familiar: el empleo doméstico**

En el medioevo, la relación de vasallaje dio origen al contrato de servicio fiel; el servidor se presenta con las manos atadas para crear una relación duradera, con un fuerte deber de fidelidad.

En esta etapa se admitía que el contrato era celebrado con una persona, pero su sujeción era permanente.

De ahí tomamos el empleo doméstico, tal vez la más antigua configuración del contrato de servicios, y en el que es patente la integración familiar, la fiducia y la vocación de perdurabilidad del vínculo, que tienen sus raíces en ese modelo. También es un buen ejemplo el contrato de aprendizaje, entre el maestro y alumno; se ingresaba en la comunidad doméstica del maestro.

Los incumplimientos fundamentales son vinculados con la buena fe-fidelidad.

Conserva la fisonomía de un contrato de familia; familia amplia; el Derecho prusiano lo incluyó como tal.

### **C) El contrato de servicios como relación jurídica dominial: el "recurso de la empresa"**

También en el medioevo encontramos las bases del contrato de trabajo industrial, que ya no se articula sobre el paradigma de la cesión de uso, de la familia, sino del dominio.

---

<sup>16</sup> RIPERT-BOULANGER, *Tratado de Derecho civil según el tratado de Planiol*, t. VIII, p. 189.

La economía aportó lo suyo al señalar que el “elemento personal” es un “recurso” de la empresa. Se sigue que hay un “vínculo dependiente”, aludiéndose fundamentalmente al aspecto económico de esta. La existencia de una comunidad dentro de la empresa, cerrada, fortalecía estos vínculos.

A partir de las luchas obreras, el socialismo, la doctrina social de la iglesia, se introducen otros elementos, y se señala principalmente el aspecto humano. Fue una verdadera conquista que la obligación del trabajador fuera temporalmente limitada, aunque el plazo sea indeterminado, y que la dependencia sea un concepto jurídico antes que económico.

En una reducción conceptual podría decirse que la actividad humana como “recurso” es “comprada”; se paga un “precio” que “cosifica” a la prestación, conformándose un intercambio patrimonial de cosa por un precio.

## **D) El contrato de servicios dependiente: el contrato de trabajo**

Dice IRTI<sup>17</sup> que el Código Civil italiano de 1865, modelado en torno al Código francés de 1804, muestra un diseño interno que responde al modelo del liberalismo agrario: el individuo solitario y absoluto y la propiedad eran sus principales temas. Algunos rasgos similares son verificables en el código de VÉLEZ SANSFIELD a fines del siglo XIX.

Las luchas obreras del siglo XIX cimentaron las ideas y la legislación social de mitad del siglo XX. En Italia fue representado por la legislación corporativa del fascismo, el Código de 1942 y la Constitución de 1949, que introdujeron entre otros aspectos, la función social de la propiedad y la regulación y protección del trabajo. La inmigración europea trajo estas ideas a nuestro país y fueron creciendo, hasta tener una plena consagración en la legislación del justicialismo de mitad de siglo. Asimismo, la proletarización creciente de la sociedad dio la impresión de que esta modalidad contractual absorbería a la “locatio” independiente. También influye aquí la idea de “comunidad empresarial”. Fue tomada del contrato de embarque celebrado con el capitán de un buque, que da lugar a una subordinación estricta como consecuencia del ingreso en la comunidad naval: uno sube al buque y comparte todo. De un modo análogo se reguló al contrato de trabajo industrial.

---

<sup>17</sup> IRTI, Natalino, *La cultura del Diritto Civile*, p. 4.

## E) El contrato de servicio como contrato entre personas

Dice VON GIERKE<sup>18</sup> que “el contrato de trabajo forma parte del derecho de personas desbordando el derecho de las obligaciones”.

Desde el punto de vista económico, el servicio es todo lo que brinda una función intangible al adquirente, que no incluye un producto. Su objeto es lo más trascendente de la inteligencia humana: la creatividad.

Por esta razón es que el contrato de servicios readquiere su propia sustantividad, distinguiéndose cada vez más nítidamente de las otras formulaciones y dando cabida a un vínculo obligacional y personal.

Esta concepción es la que adopta el Código Civil y Comercial argentino, que dispone:

*“ARTÍCULO 1251.- Definición. Hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución. El contrato es gratuito si las partes así lo pactan o cuando por las circunstancias del caso puede presumirse la intención de beneficiar”.*

*“ARTÍCULO 1252.- Calificación del contrato. Si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega.*

*“Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral.*

*“Las disposiciones de este Capítulo se integran con las reglas específicas que resulten aplicables a servicios u obras especialmente regulados”.*

---

<sup>18</sup> VON GIERKE, Otto, *Las raíces del contrato de servicios*.

## 4. DERECHO PÚBLICO. LA PROTECCIÓN DEL INDIVIDUO A TRAVÉS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El Derecho público se está transformando totalmente con la incorporación de los derechos humanos, que ingresan por medio de su reconocimiento constitucional y en los tratados internacionales, y que incorporan un “paradigma protectorio”. Hemos desarrollado la dogmática de los derechos fundamentales, pero ahora nos detendremos en una descripción breve para señalar aspectos que han influido en el paradigma y sus límites.

Los derechos humanos han nacido en el mundo jurídico con los siguientes caracteres:

- *Son universales*: la declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 disponía que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. El sujeto de los derechos es el “*ser humano*”, y los derechos son “*derechos humanos*”, porque todos los individuos son titulares de ellos, con independencia de las cuestiones de raza, nacionalidad, edad, creencia. También se refiere indistintamente al término “*seres humanos*” (artículo 1), “*persona*” (artículo 2), “*todo individuo*” (artículo 3). También se utilizan fórmulas negativas a fin de afirmar el grado de universalidad de la declaración: “*nadie estará sometido a esclavitud...*” (artículo 4).
- *Son neutrales*: son indiferentes a las ideologías, las creencias, las religiones, o las nacionalidades, ya que se tienen por el sólo hecho de ser sujeto de derecho.
- *Son anteriores al Estado*: los derechos humanos y los fundamentales son victorias que los individuos y grupos tienen contra el Estado.
- *Son transnacionales*: están reconocidos en los tratados internacionales que forman un nuevo orden que supera al estatalismo y que permite que tanto los sujetos activos como pasivos, lo sean en el orden internacional.

## 5. LÍMITES Y CRÍTICAS AL PARADIGMA PROTECTORIO

El paradigma protectorio ha sido criticado en varios frentes que muestran sus fronteras y que presentaremos de modo esquemático para que se pueda observar el problema.

## 5.1. PROLIFERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y HORIZONTALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS

Se ha criticado a los derechos humanos como instrumento efectivo, porque la crisis de su universalidad crea una multiplicidad de derechos que se invocan entre sí, creando conflictos circulares.

La idea de universalidad ha sufrido resquebrajamiento:

Hay derechos del niño, de la mujer, del discapacitado, del anciano, de los disminuidos mentales.

- También se declaran derechos del hombre en situaciones especiales: cuando está detenido (Convención contra la tortura, ratificado por Ley 23338), cuando trabaja (declaraciones de la Organización Internacional del Trabajo).
- Hay derechos de las personas físicas y de las jurídicas.
- Hay derechos del hombre, pero también de la mujer, de los animales, y de la naturaleza.

Es evidente que hay una "inflación" de derechos fundamentales: los que antes eran sólo derechos del hombre, hoy lo son de muchas categorías de individuos y en situaciones diversas. Se podría decir que es bueno que proliferen los derechos porque de esa manera la gente vivirá mejor y habrá más protegidos.

En general, la doctrina participa de la idea contraria: cuanto más se multiplica la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencia.

Toda una corriente doctrinaria critica este aspecto basándose en que su efecto es la ineficacia, porque:

- Esta proliferación crea una enorme cantidad de derechos sectoriales con igualdad de rango que comienzan a colisionar entre sí, neutralizando en gran medida la tutela.
- Situados en este plano de interdependencia, lo que se da a un sector, lo pierde el otro.

- Consecuentemente se produce una suerte de competencia entre grupos diversos a fin de obtener la declaración de “derechos” que conviene a su sector.
- Por este camino se llega a “clímax” del modo declarativo.<sup>19</sup>

Esta lucha por la declaración y la competencia horizontal revela que no se trata de agregar derechos sin tener en cuenta la base institucional a la que son anexados.<sup>20</sup> El vicio inherente a la teoría de los derechos es que presupone un horizonte homogéneo de experiencia, que no existe en la realidad. Se produce así un conflicto entre la diversidad persistente de las relaciones sociales y el poder homogeneizador del Derecho.

De este modo, hay dos efectos adversos. En algunos casos se regula en exceso con el fin de producir esa nivelación, provocando la rebeldía de sectores afectados y contradiciendo reglas económico-sociales que terminan por desbaratar la pretensión protectoria.

En otros supuestos hay ausencia de regulación, conduciendo a la privatización de lo jurídico, adoptando los criterios de racionalidad práctica extralegal: el Derecho economizado, medicalizado, politizado.<sup>21</sup>

La sola declaración de derechos permanece así en ese estadio de invalidez; a nadie molesta; el Derecho es mediatizado, convertido en medio.

---

<sup>19</sup> En 1901, Jacques Jean Marie MORGAN hace un descubrimiento arqueológico. Luego de una ardua tarea hermenéutica, se llegó a la conclusión de que se trataba de un código de leyes. Se le llamó Código de Hammurabi y mediante su interpretación, llegamos a conocer el comportamiento de la civilización babilónica, que hace tres mil quinientos años vivió en el Asia Menor, bajo la mirada de Marduk, el Dios que puso orden en el caos. Imaginemos ahora que en lugar del mencionado texto se hubiera encontrado un cuerpo de leyes de nuestro país y se pretendiera de él que revele datos indicativos sobre nuestros comportamientos. Tanto derecho concedido, tanta distancia respecto de los resultados verificables despertaría la sospecha de que se trata de un “corpus” falsario.

<sup>20</sup> REICH, Norbert, “Formas de socialización de la economía: reflexiones sobre el post-modernismo en la teoría jurídica”, en *Derecho y Economía en el Estado social*, p. 113.

<sup>21</sup> TEUBNER, G., “After legal instrumentalism? Strategic model of postregulatory law”, en *Dilemmas of Law in the Welfare State*; HABERMAS, J., “Law as Institution and law as medium”, en *Dilemmas of Law...*, cit.; PREUSS, Ulrich, “La crisis del mercado de trabajo y las consecuencias para el Estado Social”, en *Derecho y Economía...*, cit., p. 89.

Por esta razón es necesaria una base institucional que provea las reglas procedimentales mínimas para la aplicación de los derechos fundamentales.

Es necesario desarrollar proposiciones más complejas en relación con los derechos fundamentales. Es obvio que hay una enorme brecha entre los elevados propósitos que nos motivan al declararlos y los bajos análisis que hacemos a la hora de llevarlos a la práctica.

## 5.2. CENTRALIDAD DE LA PERSONA Y BIENES COLECTIVOS

La persona se presenta como un núcleo de irradiación de derechos.

Un desarrollo ilimitado de los derechos de la persona conduce al individualismo, poniendo en crisis bienes colectivos.

La persona y su haz de derechos es un punto de articulación del sistema, tanto en el orden constitucional, como en el privado. Este conflicto se observa sobre todo en relación con la tutela ambiental, y con bienes económicos colectivos.

## 5.3. PRINCIPIO PROTECTORIO Y EFECTOS DISTRIBUTIVOS

La protección ha sido llamada "paternalismo" y criticada por el liberalismo desde el punto de vista de sus fundamentos. En este sentido se postula una protección basada en reglas generales que neutralicen fallas del mercado sin tener efectos distributivos específicos, para los cuales el planificador estatal no tiene ni la información ni los instrumentos eficaces para lograrlos.

## 5.4. PRINCIPIO PROTECTORIO Y NIVELES DE INFORMACIÓN

La aplicación del principio protectorio supone que quien lo implementa, "sabe" que hay una parte débil y una fuerte. Pero ello no siempre es así y ha sido fuertemente cuestionado, porque se decide tutelar con base en intuiciones y sin tener un volumen de información adecuado.

Esta crítica se refiere, fundamentalmente, a la protección casuística:<sup>22</sup> suponemos que un señor "A" compra un automóvil a un comerciante que se dedica a ese ramo, "B". Si el Derecho de los contratos ejecuta las obligaciones sin hacer preguntas, no habrá problemas, pero si se preocupa por el estatus de las partes al contratar, podrán surgir numerosas circunstancias que aumenten o restrinjan

---

<sup>22</sup> BROWNSWORD, Roger, *Contract law - Themes for the twenty-first century*, p. 67.

la libertad y la igualdad: el comprador podría necesitar el vehículo en forma urgente porque le robaron el que tenía y no puede recurrir a oferentes alternativos; o puede ser una persona de edad avanzada y sin información suficiente para decidir, por el contrario, el comprador no necesita el vehículo y lo adquiere por mera distracción, con lo cual tiene tiempo para buscar otras alternativas. El vendedor, por su parte, puede estar frente a una temporada baja y necesita vender, o que hay una gran crisis económica que lo presiona a la venta, o por el contrario, estar en temporada alta de ventas.

Frente a ello habría una gran variación en cuanto a la determinación de la parte débil:

- Si el contrato se celebra en baja temporada, B estará en una posición desventajosa;
- Si el contrato se celebra en alta temporada, B estará en una posición ventajosa;
- Las variables pueden afectarlos individualmente y no repercutir en la relación interpartes, como, por ejemplo, si B tiene mucho patrimonio y solvencia económica, no sentirá mucha presión económica en baja temporada;
- Las variables pueden afectar la relación bilateral, porque son personas con escasos recursos y por lo tanto cualquier variación externa influye en sus decisiones.

La determinación de la parte débil en forma casuística es compleja y por ello hay reglas cada vez más generales y basadas en disposiciones legales, como lo hemos visto en los puntos anteriores.

#### 5.4. PROTECCIÓN INMEDIATA Y DESPROTECCIÓN MEDIATA

Quien decide la tutela tiene una mirada breve, porque se conmueve por lo que sucede en el momento, sin considerar los efectos del mediano plazo.

Veamos un ejemplo: la intervención en los contratos de garantía: si el juez interviene en un contrato de hipoteca y para proteger corrige los intereses, anula cláusulas por abusivas, admite excepciones de inhabilidad de título con un criterio amplio, acepta defensas vinculadas a otros contratos o a otros procesos, tolera el alargamiento de los plazos, y deteriora fuertemente la posición

del acreedor, debe tener claro que beneficiará inmediatamente al deudor, pero afectará los incentivos para dar créditos con garantía hipotecaria. En el futuro, la categoría de deudores tutelados deberá pagar un alto costo por las hipotecas porque los acreedores tratarán de protegerse frente a las intervenciones judiciales.

Este tipo de intervención afecta la previsibilidad de las conductas.<sup>23</sup>

## 5.6. ADJUDICACIÓN DEL COSTO DE LA INTERVENCIÓN

En general, se protege trasladando los costos de una parte a la otra, porque se tiene en cuenta un conflicto bilateral, pero ello puede no ser justo.

Tomemos como ejemplo un contrato de locación para vivienda; la protección puede consistir en prorrogar los plazos o en fijar precios máximos. En este caso se ve afectado el propietario del inmueble, quien podría quejarse diciendo que está de acuerdo con proteger a la parte débil, pero es injusto que sólo él pague; la protección debe ser una carga social y no debe ser impuesta casuísticamente a los individuos que tienen relaciones contractuales con personas pobres. En este caso, sería más justo que los pobres reciban una ayuda pagada por todos los contribuyentes y no por los contratantes, lo cual tendría menos efectos distorsivos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENTHAM, Jeremías, *Tratado de legislación civil y penal*, trad. de R. Salas, Madrid, 1981.

BOBBIO, *Quali alternativa alla democrazia rappresentativa?, en Quale socialismo?*, Einaudi, Turín, 1976.

BROWNSWORD, Roger, *Contract law - Themes for the twenty-first century*, Butterworths, London, 2000.

---

<sup>23</sup> La tradicional resistencia inglesa a admitir la buena fe estuvo relacionada con la protección del comercio y la imagen de Londres como centro financiero y de negocios. La Cámara de los Lores llegó a decir: "Puede ser que el derecho sea muy estricto, pero los extranjeros que deben presentar acciones en Londres [...] al menos sabrán qué esperar. Nos preocupa que si nuestros tribunales se preparan para modificar las transacciones comerciales, entonces las personas de negocios no sepan cómo planificar sus actividades comerciales [...] Lo último que queremos hacer es alejar los negocios con conceptos vagos acerca de lo que es justo; esto haría que los fallos judiciales sean poco predecibles. Ello significa que el resultado de las acciones es en ocasiones estricto con las partes respecto del precio aceptable a pagar, pero el resultado es beneficioso para la mayoría de los litigantes en el área comercial". GOODE, Roy, *The Concept of 'Good Faith' in English Law*.

- CAGNASSO, Oreste, en *Tratatto Di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico Dell Economia*, Diretto da Francesco Galgagno, Cedam, Padova, 1991, Vol. 16.
- FARREL, Martin, *Utilitarismo, ética y política*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. III.
- GOODE, Roy, *The Concept of 'Good Faith' in English Law*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e staniero, diretto da M. J. Bonell, Saggi Conferenze e Seminari 2), Roma, 1992.
- HABERMAS, J., "Law as Institution and law as medium", en *Dilemmas of Law in the Welfare State*, N. York, Teubner ed., 1986.
- IRTI, Natalino, *La cultura del Diritto Civile*, UTET.
- LIMA MARQUES, Claudia, "Nova Diretiva Europeia sobre contratos a distância com marketing direto e o projeto de diretiva sobre garantias legais harmonizadas", *Revista do Direito do consumidor*, No. 23-24, p. 564.
- LIMA MARQUES, Claudia, "Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Europeia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896 - Notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor".
- LORENZETTI, Ricardo, "La lesión física a la persona, el cuerpo y la salud, el daño emergente y el lucro cesante", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, No. 1, Sec. Doctrina, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1992, pp. 102-141.
- LORENZETTI, Ricardo, "El daño a la persona", *L. L.*, t. 1994-D, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 7 de septiembre de 1994, pp. 910-918.
- LORENZETTI, Ricardo, "El daño a la persona (solución de casos de colisión de derechos fundamentales)", *L. L.*, t. 1995-D, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 9 de agosto de 1995, pp. 1012-1023.
- LORENZETTI, Ricardo, "Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisprudencial", *J. A.*, Buenos Aires, 3 de septiembre de 1997, 1997-III, pp. 237-249.
- LORENZETTI, Ricardo, "Constitucionalización del Derecho Civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema", *L. L.*, t. 1993-D, Sec. Doctrina, 10 de agosto de 1993, pp. 673-681.
- MASNATTA, "Interpretación de los contratos en la ley y en la jurisprudencia argentina", *Bol. Inst. Der. civ.*, No. 1, año 1959, p. 17, Santa Fe.
- PREUSS, Ulrich, "La crisis del mercado de trabajo y las consecuencias para el Estado Social", en *Derecho y Economía en el Estado social*, Tecnos, 1988.

- REICH, Norbert, "Formas de socialización de la economía: reflexiones sobre el post-modernismo en la teoría jurídica", en *Derecho y Economía en el Estado social*, Tecnos, 1988.
- RIPERT-BOULANGER, *Tratado de Derecho civil según el tratado de Planiol*, t. VIII, La Ley, Buenos Aires, 1979.
- SAMPAIO MULHOLLAND, Caittlin, "Formação e execução dos contratos de consumo a distância no pós-modernismo – o caso da 'internet'", ponencia 5to congreso brasileiro e 3o congreso mineiro de Direito do consumidor, Belo Horizonte, 2 a 5 de maio de 2000.
- SCHIPANI, Sandro, "Principios generales del derecho e inequidad en las obligaciones: perfiles jurídicos de la deuda internacional latinoamericana", en *Derecho económico actual, Homenaje al Prof. Manuel A. Laquis*, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- TEUBNER, G., "After legal instrumentalism? Strategic model of postregulatory law".
- VON GIERKE, Otto, *Las raíces del contrato de servicios*, Civitas, Madrid, 1989.

---

**Recibido:** 13/3/2025  
**Aceptado:** 18/4/2025