



DISCRIMINACION EN EL DESPIDO¹

CAPITULO 1

Claudio Eduardo Andino²

Cultura es la capacidad de pensar realmente una vez los pensamientos del otro

Georg W. F. Hegel.

A modo de explicación.

En una época fue sobre el “fuero sindical”, en otras el fraude en el vínculo laboral, luego la responsabilidad solidaria, la reforma Constitucional de 1994 nos hizo expertos en garantismo y derechos humanos, hace dos o tres años nos cansamos con la inconstitucionalidad del artículo 39 de la Ley de Riesgos, ayer nomás el *mobbyng* y hoy suele estar de moda entre los juristas el tema de la discriminación en el despido.

Cuando estas cuestiones llegan a los circuitos de las editoriales especializadas y al público consumidor, pareciera que descubrimos aspectos novedosos -o cuanto menos olvidados- de nuestra milenaria profesión. Sin embargo, como lo prueban los fallos que

¹ Material de apoyo del curso impartido por el autor en Noviembre 2007 para abogados del Colegio de Morón, adaptado a los fines del presente. (Revisión N° 3, Mayo 2019).

² Abogado, especializado en Derecho Laboral 1969-1996. Magister en Sociología, Universidad Católica Argentina. Juez de los Tribunales del Trabajo Nos. 5 (1996-2008) y 2 (2088-2011) de La Matanza. Presidente (1978-1982) del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Morón. Consejero del Consejo Superior (1978-1992) del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Integrante de la Junta de Gobierno de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (1978-1982), en su carácter de Presidente del Colegio de Abogados de Morón. Co-redactor de la Ley 8904 (Buenos Aires) de Aranceles Profesionales de Abogados (1976-1977). Coautor de las obras: "Ruido y Vibraciones, enfoque técnico, médico y jurídico", Ed. Círculo Carpetas", Buenos Aires, 1998 y "Tratado de Medicina Legal", 6 tomos, Ed. Proa Editores, Buenos Aires, 2009, Capítulo: "Salud Laboral, aspectos jurídicos". Publicó alrededor de 80 trabajos jurídicos en revistas especializadas. Dictó alrededor de 70 cursos y conferencias de posgrado para abogados y delegados sindicales, 34 de ellos en el Colegio de Abogados de Morón.

acompañan los diversos capítulos de este curso, la realidad impone de manera continua lo que hoy se nos muestra como efímera y obsesionante inquietud. Porque mañana nomás, aparecerán otros temas “doctrinarios” (más coyunturalmente *fashion*) y la *discriminación* aburrirá como lo hicieron las modas que mencionamos en el primer párrafo.

Recuerdo que en 1997, en autos “Nieva c/ Caraballese”, hube de desarrollar en minoría, siendo novel juez de mi Tribunal de La Matanza, la inconstitucionalidad absoluta del sistema de Riesgos del Trabajo. Como miles de ignotos magistrados ordinarios del Fuero, plebiscitamos por entonces la incompatibilidad del sistema de la Ley 24557 con los derechos más elementales a la integridad de la persona que trabaja. Pese a los fallos involutivos de la Corte Suprema de aquel entonces (“Gorosito”) y sus réplicas -aumentadas- en los superiores tribunales provinciales, los jueces de grado nos adelantamos en miles de casos no recurridos a la protección que la CSJN implementara a partir del fallo “Aquino, Isacio” (2004), protección que todavía la cierta clase política devenida progresista en el discurso, no ha consagrado de manera normativa cuando ejerciera su mandato, mucho menos todavía con la administración que gobierna en el período 2015-2019.

Por imperio de estos espasmos, pareciera que, a casi un cuarto de siglo de su sanción, estamos descubriendo las bondades de la Ley 23592 y nos enzarzamos en discusiones acerca de su alcance. Es bueno que así ocurra, pues ello tiró sobre el tapete del juego jurídico los alcances de otro instituto contradictorio con el derecho al empleo, como es la mera protección *tarifaria* del despido incausado.

Sin embargo, algunos de los fallos que rescatamos sobre el tema de la discriminación -evidente o larvada, de orígenes patronal, organizacional o gremial, de los compañeros de trabajo o el público- se muestran como intemporales, pues discriminar (distinguir al distinto) es tan propio de las culturas humanas como creer en los dioses o la madre naturaleza, pese a la autorizada opinión de Hegel, que encabeza el capítulo.

Suponer que el tema que ponemos a vuestra consideración pueda ser algo más que una moda representa un gran avance. Para el colectivo de abogados y magistrados, considerar la discriminación como un fenómeno que trasciende a lo jurídico, es una rareza. Les propongo un enfoque mucho más amplio, para lo cual hay que adentrarnos

en significados habitualmente no normativos, como el *estereotipo*, el *prejuicio*, la *evitación*.

Habremos de proponerles un abordaje no tradicional, antropológico cultural, sociológico, realista, sin olvidar que la mayoría de nosotros somos abogados y que entonces nuestro cometido debiera ser colaborar para tener un orden normativo más humano, menos diferenciador y por ende, menos discriminador con los sujetos carentes de poder.

El primer capítulo atiende al marco teórico no tradicional; los otros son predominantemente jurídicos. Un anexo, a modo de quinto capítulo, recoge alguna jurisprudencia útil. Para el análisis, se agregan como “material de apoyo” casos reales (con una particularidad: cuando la postura judicial es impresentable, el Tribunal es citado como “W” de la localidad de “Zonceras Argentinas”, por vergüenza ajena y reflejos jauretcheanos...)

Contenido

* A modo de explicación

* Índice

*** Capítulo Uno**

1.1. Despido arbitrario y despido ilícito: su distinción discursiva

1.2. Relatividad de la protección contra el despido arbitrario

1.3. Despido y discriminación. Enfoques alternativos. Modos de abordaje jurídico y sociológico-jurídico del fenómeno.

1.4. Concepto sociológico jurídico de discriminación

1.5. La discriminación como fenómeno cultural

1.6. Intentando una sistematización

* Notas

* Material de apoyo (método de casos reales)

I- El caso del Impotente enamorado (Trib. Trab. Nº 2 San Justo, hoy T.T. Nº 5 Morón, 1978)

II- Mi vida por un orinal (Trib. Trab. Nº 5, La Matanza; “Rahal c/ Carrefour Argentina SA”, 1998)

* **Capítulo Dos**

- 2.1. Tratados internacionales y el problema de su operatividad garantista
- 2.2. Preceptos constitucionales *lato sensu*
- 2.3. Legislación positiva
- 2.4. Ineficacia y eventual peligrosidad del principio de “igualdad ante la ley” en materia antidiscriminatoria
- 2.5. Discriminación “positiva” y “negativa”
- 2.6. Cuestiones que comprende la defensa antidiscriminatoria
- 2.7. Supuestos de discriminación no individualizada o atípicos (derecho individual y derecho colectivo del Trabajo)

* Notas

* Material de apoyo (método de casos reales)

- I- Mejor no meterse con la autoridad (Tribunal “W” de “Zonceras Argentinas” “Hergert c/ OSI SRL”, 2001)
- II- El crucificado de la reestructuración (Trib. Trab. N° 5, La Matanza; “Cruz c/Ematec SRL”, 2007).

* **Capítulo Tres**

- 3.1. Supuestos de defensa judicial contra la discriminación
- 3.2. La demanda por discriminación laboral
- 3.3. Carga de la prueba: distintos supuestos

* Notas

* Material de apoyo (método de casos reales)

- I- Si te defendés, te despido! (Tribunal “W” de “Zonceras Argentinas”, “Alarcón La Cruz c/Schlumberger Industries SA”, 1998)
 - II- ¿Cómo van a pedir derechos estos negritos? (Trib. Trab. N° 2, La Matanza, “Villalba c/The Value Brands Company, 2006)
- * Complemento doctrinario: “Intereses monetarios y discriminación judicial”

* **Capítulo Cuatro**

*Material de apoyo (método de casos reales)

- I- Acoso moral en el trabajo (CNAT, S.IIIª, “Veira c/Editorial Perfil”, 2005)
- II- Discriminación por el patrón y por los intereses. (Trib.Trab. N° 5, La Matanza, “Testa Camillo c/ S.T.Cueros”, 2001)

* **Anexo Jurisprudencial**

- I- CNAT Boletín Temático “El despido discriminatorio” (Julio 2007)
 - II- Tribunal del Trabajo N° 2 San Isidro, Reinstalación por práctica anti Sindical, “Iglesias con Autopistas del Sol” (2006)
 - III- Tribunal del Trabajo N° 3, La Matanza, Discriminación por embarazo, Aplicación Ley 23592, “Correa c/Cari SRL” (2004)
- Más fallos y sumarios sobre despido discriminatorio

CAPITULO 1.

LOS PRESUPUESTOS EXTRANORMATIVOS.(*)

Contenido: **1.1.** *Despido arbitrario y despido ilícito.* **1.2.** *Relatividad de la protección contra el despido arbitrario.* **1.3.** *Despido y discriminación. Enfoques alternativos: modos de abordaje jurídico y sociológico-jurídico del fenómeno.* **1.4.** *Concepto sociológico-jurídico de discriminación.* **1.5.** *La discriminación como fenómeno cultural: como especie del género violencia; la intolerancia como presupuesto de la discriminación; discriminación y estereotipos; cambio social y discriminación; a) aspectos subjetivos de la discriminación: cultura organizacional, acción de los medios, el “otro” como enemigo o competidor; b) aspectos objetivos de la discriminación: estructuras, normas, hechos.* **1.6.** *Intentando una sistematización. Material de apoyo.*

I. Introducción:

Dentro de las múltiples maneras de abordar dos fenómenos tan puntuales como lo son el despido y la discriminación (con el conflicto y la violencia que esta última conlleva implícitos) encontramos los abogados las posibilidades de hacerlo desde una visión endógena y monodisciplinaria (partiendo el Derecho, el marco y las metodologías normativas), con lo cual tendremos un panorama limitado por una estructuración de suyo dogmática o, si deseamos contar con una perspectiva amplia, podemos emplear las herramientas extranormativas, antropológico-culturales y sociológicas. En esta primera parte de nuestro curso, emplearemos la segunda opción y sus significados, aunque haciendo referencia de forma permanente a las escuelas jurídicas ortodoxas, para advertir los contrastes entr ambas.

1.1. Despido arbitrario y despido ilícito. Su distinción discursiva.

Tradicionalmente se entendió al despido como una de las formas de disponer la ruptura del vínculo contractual (decisión unilateral de una de las partes del sinalagma). De manera *indirecta* si lo hacía el trabajador (invocando una injuria del empleador, pues de otro modo se entendía que existía renuncia); o *directa*, si la decisión era adoptada por el principal.

De acuerdo al sistema adoptado por la legislación nacional las escuelas tradicionales, con fundamento en el derecho común, vedaron toda posibilidad de considerar nulo los despidos incausado, injustificado o arbitrario basados en el criterio de “libertad de pactar” y -por ende- de extinguir todo tipo de contrato, los de trabajo incluidos (*el que puede lo más, puede lo menos*). Esto aparece como consecuencia interpretativa “natural” de la libertad de industria y comercio consagrada por preceptos constitucionales (arts. 10 a 14 y 20 C.N.)

La invocación de una “causa” para la ruptura contractual por parte del dador de trabajo ha estado ligada a la posibilidad de eximir a aquél, total o parcialmente, de la obligación indemnizatoria, pues- como veremos en 1.2. la *protección operativa contra el despido arbitrario* establecida por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional es una fórmula para reemplazar los daños causados por el distracto discrecional (basado en la mera voluntad del empleador), mediante el pago de una suma limitada, tarifada o forfataria de dinero, a cargo del principal, con el argumento de eximir a la víctima de la prueba del daño (solución *transaccional*). Así, la garantía contra el despido arbitrario es en principio, sólo una cuestión de costo: quien quiera despedir puede hacerlo pues en nuestro sistema laboral dependiente ningún empleador está obligado a mantener un vínculo laboral por tiempo indeterminado si él no lo desea (salvo algunos casos excepcionales, como el del empleo público).

Hasta los más talentosos y respetados iuslaboralistas locales se ven en figurillas, con las únicas herramientas que brinda el Derecho, para justificar dogmáticamente una “protección” que no se muestra eficaz si la contrastamos con la mera aplicación del también laboralista e indiscutido principio de “primacía de la realidad”.

López, citado por Zas **(1)**, distinguía sobre el punto tres sistemas: I) El de **validez e ilicitud** (modelo argentino: el despido arbitrario es válido, pero ilícito, por lo que se lo sanciona con el pago de una indemnización limitada -forfatada- a la víctima); II) de **ineficacia** (la decisión arbitraria del empleador no disuelve el vínculo laboral); III) de **propuesta de despido** (la voluntad derogatoria del empleador sólo se puede ejecutar tras la previa convalidación de una autoridad judicial, administrativa o interprofesional).

Meik, también traído a colación por Zas, coincide con el concepto de ilicitud del despido arbitrario aunque *“con plena validez extintiva del acto, ya que sólo da lugar a la percepción por el trabajador de una indemnización... El acto injustificado es válido siendo ilícito... No se puede afirmar que existe libertad de despedir pagando la*

indemnización como no se puede decir que existe libertad para atropellar un peatón pagando la indemnización. Afirmar esto presupone ignorar el concepto mismo de antijuridicidad civil. El despido sin justa causa es, por definición, el despido sin causa ni justificación. Sólo requiere causa de justificación lo que es ab initio ilícito", remata el maestro cordobés, mezclando en el ejemplo dos tipos de responsabilidades, la contractual y la extracontractual.

Nos permitimos desde nuestra insignificancia y respeto por los eminentes juristas precitados deslizar otro parecer. Como el abordaje meramente jurídico suele agotarse en el *deber ser* impuesto por la norma coactiva o su *validez*, se despreocupa del problema de su *eficacia* o del resultado de la *experiencia en su aplicación* (materias estas últimas propias de las escuelas realistas o sociológicas). Esta es la principal debilidad del discurso garantista: es exitoso en la identificación y explicación de la proclamada preeminencia de la norma superior (garantía o derecho), pero cuando la realidad demuestra la existencia de normas de inferior jerarquía o hechos sociopolíticos preterizadores de la anterior, debe recurrir a artilugios para justificarla - como en el caso- dicho lo siguiente con todo respeto recurriendo a alguna voltereta dialéctica (la "*validez de lo ilícito*").

Usando el mismo patrón de análisis pero con la perspectiva amplia advertimos que quien atropella un peatón no sólo puede ser obligado a pagar una indemnización, sino puede ser condenado por daños u homicidios culposos o preterintencional, cosa que no sucede con los dadores de trabajo, a quien virtualmente nadie -por costumbres argentinas- suele pedir el procesamiento, por ejemplo, por los miles de daños y homicidios culposos que cometen anualmente por no cumplir con las normas de seguridad e higiene (en las *Pymes* la condena penal de un empleador puede acarrear la caída de la fuente de trabajo y es más importante para las víctimas y sus derechohabientes cobrar algún tipo de indemnización, tarifada o integral). Dicho de otro modo: matar o dañar a alguien desde el marco "contractual" es ilícito pero válido (acorde al sistema de la LRT, todavía no reemplazado), a tenor de la experiencia cotidiana.

Además, ¿cómo compatibilizar un acto ilícito con su validez, en contraste al principio de cumplimiento obligatorio de las leyes (arts. 19 in fine y 31 C.N., entre muchos otros)?

¿O con la vigencia de la Ley 24658, aplicatoria del llamado “Protocolo de San Salvador”, citado por el mismo Zas (ver nota 1), que establece la simultánea estabilidad en sus empleos con la validez de su ruptura arbitraria, verbigracia:

Art.6.1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada...

Art. 7: Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular...d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En el caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”

Vemos que no siempre las normas internacionales sobre Derechos Humanos son mejores o más protectorias que el orden normativo interno. Nos parece insustentable desde la lógica jurídica e inconstitucional -tengamos el coraje intelectual de admitirlo- las loas acríicas al dogmático garantismo contra el despido arbitrario del art. 14 bis C.N. y la simultánea tarificación de tal despido por la LCT (trueque de ausencia de licitud por el pago de una suma limitada).

Como no se puede sostener tal antinomia, Justo López, con su reconocida honestidad concedía **(1 bis)**: *...”El legislador constituyente no eligió el sistema de protección contra el despido arbitrario; dejó la decisión al legislador ordinario. La decisión a favor de un sistema o de otro es cuestión de política legislativa...”* Finalizó con un reconocimiento de raíz antropológica, que desde la ortodoxia jurídica, por su estructura dogmática, jamás se podría admitir: que el alcance de muchos derechos establecidos por el legislador mayor (constituyente) son objeto de limitación contingente por el legislador de menor jerarquía (el netamente político) y por meros motivos de política legislativa (influjo del poder y los intereses dominantes sobre éste). El poder incide y condiciona al Derecho cosa que, salvo los autores enrolados en las llamadas corrientes *críticas*, ningún estudioso de formación clásica osa aceptar. Por eso Ferrajoli habla de la necesidad de un “metaderecho limitador del Poder” **(2)**.

Sin embargo, el cambio sociocultural operado en las últimas décadas, sobre todo en virtud de la explosión de la temática de los llamados *derechos humanos* **(3)** en sus manifestaciones más amplias, ha llevado a limitar cada vez más esta potestad-arbitrio de despedir del empleador, pues la posesión (no ya la posibilidad) del empleo se evidencia como necesidad social, económica y de dignidad personal, más que una cuestión meramente contractual privada o porque las teorías garantistas, muchas veces sostenidas por necesidades o modas políticas, se hubieren instalado para quedarse entre nosotros (*Es la realidad social, estúpido!*, podría decirse parafraseando a Clinton).

Desde los extremos enfrentados de la teoría de la libertad de mercado hasta sus opuestos los partidarios de la intervención estatal, muchos autores sostienen que una política de pleno empleo o de muy bajo índice de desocupación, es lo deseable en cada sociedad nacional para dinamizar el consumo -o lo que es lo mismo- optimizar las tasas de ganancia o de retorno de capitales, evitar conflictos y disminuir diferencias entre las personas, según el interés que se defienda.

Sin embargo, las debilidades de la economía, la creación de puestos por debajo del crecimiento poblacional y el añoso abandono por parte del Estado vernáculo de inversiones eficaces (“gastos” en la terminología neoliberal) en educación y puesta a punto de los conocimientos de los pobladores de menores recursos para acompañar el cambio tecnológico y calificar en los empleos, han llevado a un “desempleo estructural” y grados de exclusión social cada vez más altos, a pesar de lo que digan los vapuleados índices oficiales. La Encuesta Permanente de Hogares del INDEC (cuando todavía sus datos no se hallaban bajo desconfianza generalizada) mostraba que en 2005 en el Gran Buenos Aires existían alrededor de 300.000 jóvenes de entre 15 y 21 años que no trabajaban ni estudiaban, excluidos cuyo destino final previsible sería la miseria, drogadependencia, delito, exclusión y discriminación.

Cada oficialismo de turno, desde comienzos de siglo, en lugar de revertir la política de abandono por el Estado de la suerte de la educación común y reinserción laboral efectiva, recurrió a la medida que suponía más fácil para solucionar el problema: encarecer los despidos ampliando sus versiones ilícitas de manera temporal o indefinida o crear subsidios clientelísticos. De allí que cada vez se vaya achicando más el ámbito de la libre disponibilidad del contrato por el empleador de pequeños recursos (vgr. “Pymes” que son las mayoritarias proveedoras de empleos de baja

calificación y déficits registrales, como lo demuestran los casos judiciales de los tribunales del fuero).

Por su parte, los legisladores -aunque temiendo establecer un sistema judicial o automático de reinstalación del empleo con la correlativa veda total al despido incausado- recurrieron a diversos mecanismos, artificios o fórmulas normativas que dificultan o agravan el costo de tales rupturas. El concepto tradicional de permisibilidad del despido arbitrario a cambio de dinero está así cada vez más acotado por multiplicidad de fenómenos: el *encarecimiento* de tales posibilidades, la directa *ilicitud* de muchas conductas que antes eran patologías moral y discursivamente vedadas pero normativamente no cuestionadas (vgr. la “ilicitud-válida” de López-Meik), la repulsa social a las altas tasas de desempleo o trabajo precario y la co-responsabilidad del Estado en la causación de este fenómeno por acción y por omisión **(4)**.

En nuestro país, quizás con motivos inicialmente fiscalistas (mejorar la recaudación previsional y de impuestos), se comenzó a encarecer la existencia de vínculos laborales parcial o totalmente no registrados (Ley 24013 “de Empleo” de 1992, arts. 8 a 10), a los que se agregaba la duplicación de las indemnizaciones por despido una vez efectuada la intimación a regularizar (art. 15), más la notificación judicial al ente recaudatorio (art. 17). Es un hecho conocido que este sistema fue ineficaz contra el trabajo “en negro”, el que aumentó de manera exponencial hasta el año 2002 y actualmente se halla situado en alrededor del 40% de la fuerza de trabajo, pues el ejército de desocupados presiona sobre los trabajadores no registrados para que muchos de ellos no intimasen la regularización a sus empleadores ante la posibilidad de perder el puesto (un empleo precario es -en la visión de los necesitados- mucho mejor que un no empleo, cosa que el discurso garantista desde lo normativo suele soslayar por ausencia de un análisis abarcativo).

Coincidentemente con el panorama expuesto, sostiene otro gran maestro laboralista: *“La realidad crítica en que se desenvuelve la vida laboral muestra que frente a un universo protegido y plenamente amparado por la ley y los convenios colectivos existe otro universo desprotegido integrado por los excluidos, los desocupados, los trabajadores clandestinos y por los que se desempeñan en forma ilegal. Por eso hoy el derecho del trabajo no puede desentenderse del derecho del hombre al empleo y normas concretas en distintos países formulan una política laboral que contempla ese tema” ... **“El derecho del trabajo, como todo el sistema jurídico, refleja el poder***

dominante en una sociedad determinada y sirve por voluntad del legislador a quien tiene ese poder y obviamente en el trasfondo manifiesta un enfrentamiento entre el capital y el trabajo” (5).

No obstante el fracaso comentado (acabar con el empleo no registrado, lo que supondría también dar término a la economía informal y fraudes fiscales y previsionales), el fenómeno de aumentar los costes de diversas figuras del despido y del empleo precario continuó sin cesar, sólo desde el aspecto jurídico. Entre Setiembre de 1998 y Marzo de 2004 se agravaron en un 30% las indemnizaciones por antigüedad en los casos de despido discriminatorio (limitados a motivos de raza, sexo o religión). La Ley 25013 que imponía esta figura fue finalmente derogada por la Ley 25877. Otros parches han tenido mayor vigencia temporal y todavía subsisten.

La Ley 25323 (Octubre 2000), en su artículo 1º duplicó la indemnización del art. 245 LCT para los casos de empleo no registrado (aclarando, sin embargo, que tal indemnización no se acumulaba a la de los arts. 8/10 y 15 de la Ley de Empleo). Su artículo 2º aumentó las indemnizaciones por antigüedad, preaviso e integración del mes de despido en un 50%, si el empleador debidamente intimado, no las abonare y obligare al trabajador a iniciar un reclamo judicial.

La Ley 25345 (Noviembre 2000): a) recargó con el equivalente a tres salarios habituales el despido de un trabajador que no recibiere los certificados de trabajo y aportes, en regla, al cabo de dos días de haber intimado a su ex empleador a hacerlo (modificación al art. 80 LCT); b) castigó con salarios continuatorios, luego de la extinción del contrato, a la falta de ingreso de aportes y contribuciones retenidos y no ingresados al organismo pertinente por parte del empleador, salarios que perdurarán hasta el ingreso correcto de esos conceptos (agregado como art. 132 bis a la LCT); c) Condicionó la operatividad de las indemnizaciones de los arts. 8 a 11 de la Ley de Empleo, a haberse notificado a la AFIP de la intimación de regularización del contrato dirigida al empleador dentro de las 24 horas de haberla remitido a este último.

La Ley 25561 (Enero 2002), llamada de “Emergencia pública” duplicó las indemnizaciones que correspondieran a los trabajadores por despido incausado, hasta el 30/06/04. Entre Julio y Diciembre de 2004 se redujo al 80% de ese monto; entre Diciembre 2004 y Diciembre 2005 se redujo el recargo al 80% de las indemnizaciones del art. 245 LCT; entre Diciembre 2005 y Agosto 2006 el recargo fue del 50% del art. 245 LCT y luego se derogó toda sanción extra por despido incausado.

A este panorama hay que agregar las figuras *tradicionales* de despido agravado: por causas de matrimonio (arts. 180/2 LCT), maternidad (arts. 177/9 LCT), del trabajador enfermo (art. 213 LCT); de los representantes gremiales (Ley 23551). Deben destacarse también protecciones específicas como las leyes 23.753 y 25788 sobre personas diabéticas, 23798 para pacientes de H.I.V. y 25404 para epilépticos.

Como síntesis, pareciera que la protección al trabajo en sus diversas formas (art. 14 bis Constitución Nacional) aún estuviere dirigida a sólo una de sus consecuencias: el despido arbitrario o ilícito, dejando de lado la responsabilidad estatal en la creación de empleos dignos y el consecuente fomento del bienestar general (Constitución Nacional, Preámbulo), por bajas de los niveles de exclusión y diferencias de ingresos. También, en lo que al despido discriminatorio se refiere, toda la elaboración doctrinaria jurídica laboralista, *por su visión limitada del problema*, se centra en la figura del empleador, olvidando que -en nuestro caso de estudio- el fenómeno de la discriminación, en tanto producto cultural, puede originarse asimismo otros trabajadores, público en general y organizaciones sindicales. Analizaremos –también- estos aspectos soslayados.

1.2. Relatividad de la protección contra el despido arbitrario.

El sistema mencionado, a contrapelo de la realidad socioeconómica, tiene como resultados el fomento del distracto, la litigiosidad y su consecuencia, la defensa tardía o incompleta de los derechos. El garrote disciplinador del promedio en orden al 40% del trabajo en conducción precaria obra de varias maneras sobre la capacidad defensiva del asalariado:

a) sobre los que están registrados, para que soslayen cualquier arbitrariedad del ambiente de labor que no ponga en peligro el vínculo mismo, pues la conciencia de integrar un grupo “privilegiado”, “blanqueado”, con beneficios sociales y previsionales, impide arriesgar el puesto, salvo extremos intolerables;

b) los precarizados, habitualmente en empleos de baja calificación y requerimientos, porque raramente conseguirán mejoras en el cambio (se evidencia por los reclamos judiciales que la mayoría de este grupo está constituido por oficios manuales,

vigiladores, empleados de pequeños comercios y talleres, domésticos y servicios como remiseros, *deliverys* o cobradores a domicilio);

c) el grupo intermedio, parcialmente documentados ya fuere en su salario, su alta laboral, su horario y categoría reales, porque también el reclamo supone los peligros de la baja, dificultad en la reinserción equivalente y el largo y azaroso litigio judicial.

Un dato significativo que arroja el análisis de los expedientes tribunalicios, por lo menos en el conurbano bonaerense, es que los problemas laborales de las *grandes empresas* tienen más que ver con infortunios de trabajo, cuestiones de cultura organizacional y despidos directos (su infraestructura económico organizativa, las eventuales repercusiones mediáticas o judiciales de sus políticas de personal y la mayor exposición a las posibles inspecciones de las autoridades de contralor, les facilita el cumplimiento genérico -por lo menos- de las normas sobre registración de empleo). Sus defensas se basan habitualmente en diferentes interpretaciones jurídicas de los derechos y conductas (sobre todo, injurias) del trabajador. Muestran elevado cumplimiento de las conciliaciones y condenas.

En cambio, los *pequeños empleadores* son mayoritariamente demandados por situaciones de despidos indirectos cuando el conflicto por la registración incompleta o total del vínculo (problema dominante) o condiciones peligrosas de labor, se hace indetenible. Las defensas típicas suelen ser la negativa total del contrato (lo que les lleva muchas veces a condenas insoportables para su capital de giro). Terminan con cierta frecuencia insolventándose durante el largo transcurso del proceso para no afrontar sus consecuencias económicas. Incumplen en mayor medida que las grandes empresas sus conciliaciones y sentencias adversas, aunque tales patologías son intrascendentes a los medios de comunicación social y a los desarrollos doctrinarios.

Paradojalmente, se ha hecho un lugar común en la prensa y ciertos enclaves económicos y empresarios mencionar el “**costo laboral argentino**” de manera genérica. Ello es –por lo menos- una grosera falacia: fundaremos este último aserto.

* Según estadísticas de las mismas centrales empresarias, el costo laboral promedio en un producto elaborado o servicio originados en el país oscila entre el 10 y 15% del precio final al consumidor. Aproximadamente un 40-55% de dicho precio lo constituyen impuestos federales y provinciales y tasas municipales; el resto es costo de materias primas más ganancias de la cadena de elaboración e intermediación. **Primera**

conclusión: la “parte del león” en esta secuencia no la lleva el trabajador, sino el erario público sobredimensionado y los empresarios/intermediarios.

* Medida en divisas (vgr. dólar U\$S o euro), el precio de la mano de obra argentina está entre las más baratas del mercado internacional (U\$S 750 promedio a Abril 2019), a excepción de ciertos países subdesarrollados o emergentes -africanos y algunos asiáticos y latinoamericanos-. **Segunda conclusión: “el costo laboral argentino” en este caso es el menor de los insumos componentes del precio.**

* Por lo expresado en párrafos anteriores, las mayoría de nuestras “pymes” tienen un “costo laboral propio”, que no suelen padecer las empresas de cierta envergadura -en mayor medida las sucursales de firmas de origen foráneo- que tienen estandarizadas prácticas productivas, impositivas y laborales a nivel internacional que excluyen los nativos “pagos en negro”, riesgos eliminables y accidentes evitables, evasiones de aportes y la picaresca de anomalías que atosigan los estrados judiciales (incluida la demora intencional por los demandados en la tramitación del litigio con recursos y pruebas dilatorias). **Tercera conclusión: existe un “altísimo costo laboral” por condenas judiciales derivadas de ilícitos contractuales sancionadas con recargos indemnizatorios como vimos en el desarrollo antecente.**

Otro aspecto diferencial entre empresas grandes y pequeñas lo da la posibilidad recursiva en el ámbito bonaerense (el mayor y más importante distrito judicial del país). Mientras los empleadores de envergadura raramente consienten los fallos contrarios a sus intereses, depositan el capital para recurrir y esperan el efecto “domesticador” de tres o cuatro años inexorables de demora en La Plata (sede del Tribunal Superior), los empleadores *pymes* rara vez cuentan con capitales para recurrir sentencias, las que quedan consentidas e impagas en buena medida. De tal modo, las víctimas del sistema vigente son discriminadas asimismo por la condena de los grupos sociales victimarios en posesión de diversas modalidades de poder (económico, mediático, estamental).

Reiteramos que, pese al discurso de los principios protectorios, los derechos humanos y la no discriminación, predominante en buena parte de la doctrina y la jurisprudencia (*malgré* las descontadas buenas intenciones de sus autores), la praxis evidencia que la protección de los derechos laborales es entre nosotros todavía precaria, tardía y en gran medida declamativa. **El peligro reside en confundir discurso/relato pseudo doctrinario con eficacia protectoria.** Ello justifica la

importancia que tiene la toma de conciencia, defensa y el cambio de actitud del foro frente a fenómenos como la discriminación, el estereotipo y el prejuicio, que no son reparados por la clásica y limitada indemnización tarifada.

1.3. Despido y discriminación. Enfoques alternativos: modos de abordaje jurídico y sociológico-jurídico del fenómeno.

1.3.1. Las herramientas habituales que dispone el abogado ejerciente y el abogado-juez para el análisis de la discriminación, (análisis exegético de la validez y vigencia de las normas, su aspecto coactivo y de coherencia del orden jurídico), en tanto ésta es un fenómeno social de manifestación múltiple y casuista, resultan insuficientes en múltiples ocasiones.

Sobre todo, cuando es considerada la discriminación como un ilícito que atenta contra el principio de “igualdad ante la ley” (como lo hace el art. 81 de la LCT), ya que el concepto de la igualdad padece de suficiente amplitud y vaguedad como para obstaculizar su conversión en parámetro referencial de todos los casos.

Por ello, los métodos empleados por los análisis jurídico crítico **(5 bis)** y sociológico, aportan para nuestro cometido visiones (y soluciones) mucho más amplias que las que el Derecho emplea. Esta utilidad, sin embargo, no suele ser reconocida debida a razones culturales. Casi desde el inicio de los pasos de un estudiante en su carrera de abogacía, sus profesores-juristas le inoculan el desprecio por el abordaje sociológico del Derecho; como si ello se tratase de una apostasía frente a los indiscutidos pilares de la disciplina (seguridad, previsibilidad, certeza *and so on*). El enfoque sociológico pecaría de relativista, carente de seguridad y lógica jurídica, impediría una cabal comprensión del orden normativo y, en definitiva, sería inviable para los fundamentos que harían a la “*Ciencia*” del Derecho para sus cultores tradicionalistas.

Lo curioso del caso es que este ataque proviene desde trincheras ideológicas opuestas. Para los juristas de “izquierda”, “progresistas”, “democráticos”, “defensores de los derechos humanos”, “garantistas” y de adscripciones equivalentes, el hecho que la sociología jurídica detectara una multiplicidad de órdenes normativos según las sociedades, culturas y épocas estudiadas, con muy distintos alcances de regulación y protección respecto a algunos derechos o garantías tenidos por fundamentales y ecuménicamente indiscutibles vía Tratados y Declaraciones internacionales de derechos, resulta en extremo perturbador. De aceptarse una mengua relativa de estos

“universales” (derechos y garantías) en su extensión y vigencia, por parte de cada realidad social, se podrían abrir como posibilidad –como sucede en la práctica– grandes campos a la arbitrariedad y discrecionalidad de los ocasionales detentadores del poder, pues cada derecho o garantía sería contingente y definido por condicionamientos socioculturales y políticos locales, en lugar de gozar de alcance y contenidos uniformes en todo el orbe.

Otro tanto ocurre con doctrinarios de “derecha” o con influencia religiosa militante en sus análisis jurídicos. El “orden natural” de las cosas o el “orden dado por Dios” que el derecho natural y el pensamiento económico liberal, cada uno por su lado, suelen reconocer y receptor, determinan que a ciertos derechos y garantías se le asignen también el carácter de *universales*: verbigracia, a la vida, la integridad y la dignidad humana, a la educación, a la salud, al trabajo, a la propiedad, a la intimidad, a la seguridad, al secreto fiscal y bancario, a la libertad de comercio y de mercado, derechos políticos, de género, de las minorías, de quienes poseen capacidades especiales... Estas corrientes aceptan por lo habitual que los derechos y garantías, en orden de prioridades y modalidades de ejercicio, varíen según cada sociedad nacional, pero los “fundamentales” que hemos mencionado no se discuten: existen como categorías ontológicas.

La labor del sociólogo del Derecho, en la medida en que estudia, describe y mide tendencias acerca del modo en que tales “universales” resultan aplicados, desconocidos o relativizados según cada sociedad investigada; en la manera en que verifica que no obstante la multiplicidad de Declaraciones Universales y Tratados Internacionales acerca de Derechos de todo tipo, esto resulta en muchos supuestos más materia de discurso y dogma que hechos comprobables; su labor, la investigación del “ser” del Derecho reiteramos, constituye una actividad habitualmente esclarecedora de las contradicciones y falsedades del *statu quo normativo*. Por ello quizás el temor, los reparos y hasta el franco desprecio que su labor genera en los juristas de toda especie e ideologías ubicados en las antípodas de elaboración intelectual.

De tal modo, la Sociología pareciera agredir al Derecho en la medida que desacraliza las pretensiones del segundo de obrar como un orden ajeno a las distorsiones de las manifestaciones de poder social, que con el sólo presupuesto de su validez formal sería aplicado de manera neutral, coactiva y “científica” por actores sociales especializados (los jueces), a quienes sus defensas jurisdiccionales les

pondrían a resguardo de las influencias de las presiones y valores (o disvalores) del entorno. El método descriptivo empleado -principalmente- por la indagación sociológica pone en evidencia la mayor o menor (in) eficacia de cada orden normativo nacional y el internacional, sus relatividades, contradicciones y lagunas, como así también la incidencia de tales opacidades en la labor de los jueces.

El fenómeno se explica mejor identificando las herramientas de abordaje utilizadas por un jurista de las escuelas dogmáticas o positivistas y por un sociólogo, acerca de nuestro objeto de estudio (el Derecho). Haremos un simple ejercicio de taxonomía (clasificación) en el cuadro de la página siguiente (ver).

Las diferencias de abordaje entre las dos disciplinas se hacen muy notorias respecto al tema de los *valores*, término sobre el que necesariamente nos detendremos en unas breves reflexiones, pues ello condicionará la extensión con que consideramos el fenómeno discriminatorio. Podemos significar por *valor*, en una concepción amplia, a todo lo que interesa o tiene importancia para un sujeto humano. En un sentido más restringido hace referencia a aquellas *concepciones sobre lo deseable* que influyen en el comportamiento selectivo.

Acerca de este último significado se advierte que establece una distinción entre lo deseado (impulsivo) y lo deseable (constructo racional), identificando esto último con lo que *se debe* o *es apropiado* desear. Los valores regulan de tal manera la satisfacción de los impulsos de acuerdo con toda la serie de objetivos jerárquicos (ordenados por importancia relativa) y duraderos de la personalidad, con un presupuesto de orden -tanto por parte de de la personalidad individual cuanto del sistema sociocultural- y con la necesidad de interactuar en tolerancia con los demás intereses individuales y grupales. Esta noción de valores así socializada, desecha -por ejemplo- los puramente hedonistas o egoístas.

Las escuelas positivistas o neopositivistas, dogmáticas o autotituladas “puras”, en su mayoría, descartan la existencia de valores en la concepción y aplicación del Derecho. En el sistema del *common law* anglosajón, muchas de sus corrientes, en cambio, por vía de la experiencia histórica, las tradiciones, el realismo, etc., reconocen la acción de los valores de cada época y sociedad en la validez y vigencia del Derecho.

Este último aspecto incide en otra cuestión de suma importancia: *si hemos de sostener la existencia o no de valores o derechos universales que hayan de ser*

garantidos por todos los sistemas normativos, hecho totalmente posible acorde determinadas escuelas jurídicas y relativizado o cuanto menos acotado por la Sociología jurídica.

Entre los muchos datos perturbadores que las investigaciones sociológicas o sociológico-jurídicas evidencian para determinados juristas, cualesquiera fuese la escuela o ideología de pertenencia, encontramos estas afirmaciones:

a) todo juicio de valor contenido en un derecho o garantía (vgr. intangibilidad de la vida humana) está culturalmente condicionado o determinado, y esto limita, salvo excepciones, su validez y eficacia al contexto sociocultural del que proviene;

b) Es imposible establecer un criterio universalmente aceptable de derechos y garantías para todos los sistemas jurídicos (China y Estados Unidos, Argentina y Samoa, entre muchos ejemplos), para no hablar de su eficacia práctica, en que allí las diferencias son notables de un país vecino a otro (recordar la ancestral reivindicación de los pobladores originarios de Bolivia por su sistema normativo étnico por oposición a la “justicia de los españoles”, que Evo Morales -presidente e indígena- trajo otra vez a la consideración pública);

c) por lo tanto, hay que pensar que todos los sistemas de derechos y garantías tendrían, en principio, similar validez o debieran ser susceptibles de similar tolerancia (re-conocimiento) por las otras sociedades (este último aspecto resultará de capital importancia en el tratamiento de la discriminación como la vemos nosotros).

La verificación práctica de la existencia de sistemas jurídicos que establecen derechos y garantías dispares, llevaría a reconocer un *primer valor universal* practicable, que precisamente es la *tolerancia-aceptación* de la coexistencia de tales sistemas morales en el marco de cada sociedad. El *segundo valor universal* derivado del anterior sería el respeto de los valores culturales (que incluye los sistemas normativos de cada sociedad). Así, su dis-valor opuesto, la *intolerancia*, se evidencia como producto de un prejuicio acrítico, etnocéntrico, a favor de la validez absoluta o prioritaria de los valores culturales propios, entre los que se incluyen los sistemas normativos (u orden jurídico, en su versión más limitada-dogmática).

(continúa luego del siguiente cuadro...)

VARIABLE O TEMATICA	SUJETO OBSERVADOR O INVESTIGADOR	
	RESPUESTAS DEL DOGMATICO JURIDICO	RESPUESTAS DEL SOCIOLOGO
* El Derecho como disciplina es...	Normativa, dogmática, ideal	Explicativa, un medio de control social
* La norma jurídica es...	Un dogma "científico" que provee las únicas fuentes normativas aplicables	Un producto social, una más de las fuentes normativas existentes
* Producción normativa	Monopolio estatal	Estado, grupos sociales, cultura
* Modo de abordaje	Desde lo interno a su producción	Desde lo externo a su producción
* Herramientas	Monodisciplinarias	Multidisciplinarias
* Conocimientos aplicados en el análisis	Exclusivamente jurídicos	Jurídicos, sociológicos, antropológicos, políticos, ciencias aplicadas
* Dirección del enfoque	Hacia el pasado (existencia o validez de la norma)	Hacia el futuro (consecuencias de la norma)
* Objeto de estudio	Validez de la norma	Eficacia de la norma
* Mecanismo analítico	Partiendo de la norma, analizar la conducta del sujeto alcanzado	Tomando la conducta, analizar la influencia de norma en ella
* Valores sociales	El Derecho es independiente de ellos	El Derecho es influido por ellos
* Método aplicado	Lógica jurídica	Inductivo, deductivo, descriptivo
* El "ser" del Derecho	Se define por el orden coactivo que impone	Se define por las funciones que cumple
* Estado de Derecho	Condición esencial de existencia del Derecho	Categoría cultural variable, que justifica determinado "statu quo"
* Seguridad jurídica	Condición esencial de un "Estado de Derecho"	Valor contingente, suele reflejar determinadas relaciones de poder
* "Lagunas" del Derecho	No existen, el orden jurídico es coherente y completo	Existen y es función de los jueces salvarlas
* Conducta del juez	Neutral a valores e influencias sociales	Condicionada por cultura e influencias sociales
* Función del juez	Aplicar el orden jurídico existente sin desviaciones	Creador de Derecho en casos particulares

///...

1.3.2. Si entendemos que la *moral* (como concepto de conocimiento, no como contenidos específicos) también sería un *universal cultural* necesario para la existencia de cada sociedad, surgen de manera natural sus otras características:

a) los integrantes de cualquier sociedad dada debieran estar obligados a respetar - salvo arbitrariedad manifiesta- las reglas impuestas por la misma, por el sencillo y utilitario motivo que sin tal obediencia sería imposible la vida en colectividad;

b) Cada sociedad debe, a su vez, admitir la existencia de normatividades distintas en otras sociedades o que se establezcan para la tolerancia de grupos distintos internos, en interés y posibilidad de interrelación, convivencia pacífica y eventual integración (vgr. inmigrantes, refugiados políticos, víctimas de genocidios);

c) Predisposición de obediencia y un grado eficaz de consenso hacia el sistema normativo colectivo debieran ser imperativos culturales, una vez que nos socializamos.

Así, se verifica la existencia de la *moral-concepto* (reiteramos: no confundir con la *moral-contenidos*) como otro absoluto universal cultural, pues todas las culturas y sociedades se basan en un sistema de moral para dar sentido y coherencia a su acción histórica. Cada sistema moral concibe un determinado número de patrones universales-relativos (como *estructura*, hacia el universo de sus agentes sociales y como *pretensión* o modelo de vinculación con otras sociedades): por ejemplo: qué es lo que se entiende por un buen ciudadano, qué es (su concepción de) la verdad, cuáles son los cánones del (su) *Estado de Derecho*... Estos patrones son definidos culturalmente y se verifica que varían de una cultura a otra y de una sociedad a otra, pues como contrasentido, no hay normas o patrones universales absolutos aceptados como válidos por todas las culturas, por el sólo hecho de provenir de una cultura, superestructura internacional o sociedad diferentes.

>>> Lo expresado no impide que algunos de los valores que reflejan los sistemas culturales guarden cierta semejanza en todas partes y sus mayores diferencias consistan en la importancia relativa dada a tales valores y en la extensión de su aplicación. Por ejemplo, en todas las culturas la perpetuación de la sociedad prima sobre la vida de cada individuo; ninguna sociedad deja de reprimir en mayor o menor medida la traición, el asesinato, la violación o el incesto entre sus integrantes. La idea está implícita en el supuesto que existe una especie de armonía preestablecida de las sociedades nacionales que enuncia (aunque no siempre fuere así) que todas deban coexistir en un mundo pluralista y tolerante.<<<

La posibilidad de un etnocentrismo excesivo cede ante la necesidad de vinculación entre diversas sociedades (culturas) y el subsiguiente entendimiento (reconocer al “alter”, al otro; *alterarse* en su etimología original: ser por momentos “el” otro para comprenderlo e interactuar con él). La creencia que nuestros valores, nuestro orden jurídico, sus derechos y garantías son universales por ser mejores, más *científicos* o más *puros* que los de otras sociedades, o porque son mejores tienen alcance universal, mientras las otras están sumidas en el materialismo, en el relativismo, el fanatismo o en el abandono de los grandes principios morales, constituye la falacia habitual del etnocentrismo, el garantismo dogmático y la justificación *a fortiori* de todas las intervenciones e interferencias de una sociedad nacional o supranacional (vgr. las Naciones Unidas) sobre otras más débiles o de culturas exóticas o minoritarias.

Sostener determinada superioridad cultural o normativa podría significar un aval, por ejemplo, a la pretensión colonialista y prepotente de algunos Estados o sociedades de imponer sus valores, sistemas jurídicos, estilos de vida, políticos, religiosos y económicos sobre las naciones de menor poder relativo, como lo evidencian demasiados ejemplos históricos y actuales (guerras de Vietnam, Afganistán, invasiones inglesas al Río de La Plata, para tomar algunos de los miles de ejemplo al respecto conocidos por los lectores).

1.3.3. A esta altura del desarrollo expositivo habremos de efectuar otras precisiones de naturaleza sociológica. Existen grandes diferencias de sistemas jurídicos entre, por ejemplo, los anglosajones (*common law*) por un lado, y los europeos continentales y latinoamericanos por otro.

El *common law* ha sido definido como “el gobierno de los jueces”, en la medida en que la costumbre, el precedente recogido y verificado por cada juez como norma consuetudinaria, es una medida de la coherencia del sistema. Si un magistrado, basándose en la supuesta preexistencia de una regla consuetudinaria resuelve el caso de una forma puntual, y otro colega, con similares contenidos fácticos lo hace de manera diversa, se dice que uno de los dos cayó en equivocación al constatar el precedente aplicable o, para justificar la existencia de diferencias decisorias, se suele decir que los casos eran distintos (aunque ello no fuere así). Sólo cuando se reconoce de forma taxativa la existencia del precedente, se debe resolver en la misma forma que lo hiciera su antecesor.

En el sistema aplicado entre nosotros (llamado también de la *dogmática jurídica*), si bien la costumbre y la jurisprudencia aparecen como fuentes de Derecho, lo son únicamente en defecto o atribuida oscuridad de la norma escrita. El juez está obligado antes que nada por la letra de la ley (gobierno del Legislador) y si se apartara de ella (decisión *contra legem*) podría incluso cometer un delito y ser sancionado (en este sistema jurídico el juez tiene menos –o formalmente nula- libertad formal para apartarse del texto del derecho positivo).

El esquema comparativo efectuado en el cuadro anterior resulta aplicable sobre todo en los países donde el concepto de “ciencia o dogmática jurídica” resulta predominante (América Latina y algunos de Europa continental). En los países de tradición anglosajona y los escandinavos han surgido escuelas jurídicas que tomaron algunos o varios de los caracteres sociológicos que identificamos, por obra de autores pertenecientes tanto a las disciplinas jurídicas (Ihering, J. Bentham, O.W.Holmes, Duguit, Ehrlich, R. Pound, Alf Ross) cuanto a las sociológicas (Weber, Durkheim, E.A.Ross, W.G.Sumner).

Las expresiones más significativas de estas tendencias fueron el *historicismo*, el *instrumentalismo*, el *antiformalismo* y el *pluralismo*.

El *historicismo* puso en primer plano la investigación de las ideas e instituciones jurídicas en su devenir temporal; las pautas de la evolución jurídica se contemplan como productos resultantes de la interacción de las fuerzas sociales. La postura historicista apunta hacia dos objetivos: I) Identificar los anacronismos jurídicos, cuando se trata de argumentar en base a reglas o conceptos transmitidos sin elaboración; II) realizar el análisis de tendencias históricas subyacentes como vehículo apto para la interpretación de acontecimientos contemporáneos.

El *instrumentalismo* propugnó la valoración del Derecho conforme a propósitos o fines sociales definidos (teleología), buscando desentrañar sus significados en la aplicación real. Estimula la incorporación del conocimiento social al Derecho. Ve a las leyes como instrumentos, por lo que deben estar abiertas a la interpretación y a la revisión a la luz del cambio social operado. Considera que el Derecho cumple más de una función: no es únicamente el vehículo para mantener el orden y dirimir conflictos, sino que facilita transacciones y acuerdos voluntarios, confiere legitimidad política, promueve la educación para la convivencia y la participación cívica y contribuye a definir roles sociales.

Para el *antiformalismo* (también llamado “realismo” en Estados Unidos), las normas y conceptos jurídicos tienen una naturaleza no realista, porque ellas son necesariamente abstractas y generales y porque existe una considerable distancia fáctica entre la prescripción normativa y el grado de acatamiento por sus destinatarios. Además, toda visión del orden jurídico como un sistema aislado y autosuficiente, lo distancia en forma injustificada del entorno de aplicación. Así, el olvido de las fuerzas históricas y culturales que inciden sobre el Derecho no sólo deforma la realidad sino que da al orden jurídico una dignidad excesiva, lo aísla de la crítica y proporciona a la sociedad un mecanismo que puede retardar la evolución de sus instituciones y costumbres (recordar sobre este último aspecto en la Argentina la diferente capacidad reconocida por Vélez Sarsfield en la redacción originaria del Código Civil a varones y mujeres o a hijos legítimos e ilegítimos, distinción que perduró por décadas, y que ni la misma Eva Perón pudo o supo alterar totalmente).

El *pluralismo* sostiene la idea que el Derecho se corporiza en la sociedad, más allá de los órganos políticos de gobierno. Para algunos de sus expositores extremos (vgr. Eugen Ehrlich), es falso que el Derecho fuere creación exclusiva e incluso predominante de las autoridades político-formales, pues él está siempre presente en la costumbre y en la organización social: es en las regularidades de la vida colectiva donde puede manifestarse el “derecho vivo”. Los elementos jurídicos que infunden autoridad a la legislación formal han de buscarse en las realidades de los grupos sociales, porque el Estado no es el único receptáculo de la autoridad normativa.

1.3.4. El sociólogo jurídico suele ver al Derecho como una herramienta para obtener determinados cambios sociales, como el reflejo normativo de ideologías y esquemas valorativos dominantes y como objeto de embates de diferentes grupos de presión e interés, y acotado por determinadas circunstancias políticas, económicas y sociales.

En tanto producto de la realidad social, el Derecho es objeto natural de estudio por parte de antropólogos, economistas, cientistas políticos, además de los sociólogos, como lo son también materia de sus análisis las eventuales transformaciones socioeconómicas que el Derecho en acción cause. En este punto hay una profunda discrepancia con los juristas dogmáticos, que preconizan el aislamiento intelectual de su disciplina, con carácter monista y autosuficiente (“Ciencia del Derecho”). Sin embargo los sociólogos del Derecho no se oponen a la construcción de una o múltiples teorías normativas, en la medida en que éstas no se alejen de la realidad

social y de las variadas influencias que esa realidad ejerce sobre lo jurídico. Es más, *“la afirmación de una postura científica de la ciencia del Derecho (que puede aceptarse o rechazarse de acuerdo con la posición que asuma el jurista) no es más que un dato de la realidad para el sociólogo, pero no es un postulado metodológico. Le servirá, seguramente, para fundar algunas hipótesis sobre la ideología científica de juristas y jueces, pero no para condicionar en un marco de hierro sus propias posibilidades” (6)*

Así concebido, el enfoque sociológico, en tanto multi e interdisciplinario, enriquecería el abordaje del fenómeno jurídico, ampliando sus fronteras de conocimiento, pues sus herramientas y objetos de estudio trascienden la mera existencia del orden jurídico en abstracto, permite identificar e interpretar sus cambios de sentido y alcances con el transcurso del tiempo, y a los distintos intereses temporales que puede representar... Inclusive evaluar en su contexto las “modas” o escuelas intelectuales de interpretación.

El *enfoque sociológico*, parte del presupuesto básico que el Derecho y las instituciones jurídicas influyen y son, al mismo tiempo, influidas por las condiciones sociales que las rodean. Se evidencia el orden jurídico como un fenómeno social (hecho social, acción social, modelo de conducta) que se explica dentro del contexto normativo genérico al que una cultura concreta atribuye significados y determina las funciones que cumple. Desde el punto de vista descriptivo aparece como la expresión normativa de un grupo dominante (por vías institucionales legítimas o de hecho) de un aparato estatal o de factores privados de poder, en una circunstancia histórica determinada.

Las corrientes jurídicas tradicionales han enfrentado el enfoque sociológico como “destructor del Derecho” **(6 bis)**, so pretexto que el análisis por él efectuado lleva a poner en entredicho la pretensión de toda norma positiva de constituirse en mecanismo regulador de conductas o valoraciones. Así, la condena al “sociologismo” efectuada desde la doctrina y los tribunales (en especial las Cortes Supremas de origen político), se basa en el constructo de raíz ideológica y dogmática acerca del carácter técnico-formal del Derecho, creándose una falsa antinomia entre éste y el pensamiento sociológico, condena que a pesar de su inconsistencia fáctica o experimental es divisoria de aguas entre nosotros.

La Sociología del Derecho dirige su preocupación a fenómenos tales como la naturaleza de la autoridad legítima, del poder y del control social (y sus excesos), el

pensamiento dominante y la ideología como generadores e intérpretes del Derecho, las bases sociales del constitucionalismo, la evolución de los derechos humanos y la relación entre competencias públicas y facultades o necesidades privadas. Según la extensión del análisis efectuado, el método sociológico pondrá en evidencia los intereses en juego que operan sobre lo jurídico, de lo que suele resultar su carácter políticamente incorrecto e institucionalmente perturbador para los ocasionales detentadores del poder y los juristas de profesión (doctrinarios, jueces, abogados)...

1.3.5. Los sociólogos jurídicos hacen referencia de continuo al concepto de *poder* **(7)**, empleado con tres significados distintos: a) como *potestad*, en sus dos vertientes y b) como *función*.

El *poder-potestad*, en una *concepción restringida*, podría ser entendido como: *la capacidad reconocida al Estado de adoptar y ejecutar decisiones diferenciadas de todo juicio moral o de valor, que resultan vinculantes para todos los integrantes de ese Estado*. En su *concepción amplia*, el *poder-potestad* puede ser visto como *la probabilidad que un actor implicado en una relación social esté capacitado para conseguir lo que quiere contra toda resistencia que se le oponga, cualquiera que fuere la base sobre la que se funde esa probabilidad*. O en un sentido todavía más amplio, como la posibilidad de obtener la producción de efectos deseados **(8)**. Este último sentido es aplicable a todos quienes detentan esta aptitud (de manera informal o de hecho) respecto de los demás: los grandes grupos económicos y mediáticos, las mafias, terroristas, paramilitares y parapoliciales, las confesiones religiosas y sectas mesiánico-mediáticas, los empleadores sobre sus trabajadores dependientes, etc.

El poder no es algo estático, que se posea de manera virtual. Es una consecuencia de las relaciones humanas, de la interacción social. No es concebible un poder que no esté relacionado con otras personas, otras cosas, otras instituciones.

Sus características definitorias acerca del poder, en esta concepción, serían: a) Es de naturaleza social; b) Implica una relación no igualitaria de dominante a dominado (sujeto activo preeminente al sujeto pasivo); c) El sujeto pasivo del poder debe obediencia al sujeto activo, sea ésta forzada normativa o fácticamente, inducida-tolerada o aceptada; d) Supone la voluntad efectiva de su ejercicio; e) Se distingue por la posibilidad de sanciones positivas (castigos) o negativas (omisión de beneficios, prebendas y otras sinecuras). En muchas ocasiones no se evidencia pero se le reconoce en la posibilidad de su ejercicio, en el “temor reverencial” que genera en los

sujetos pasivos para establecer determinadas conductas esperada o meramente *esperables*.

Desde este punto de abordaje el Derecho aparece, al decir de Kahn-Freund, como una técnica (o mero intento según su eficacia) de regulación del poder social. Se verifica que en su concepción amplia, el *poder* está muy desigualmente distribuido en la sociedad y bajo el discurso o paraguas habitual de protección del individuo del común (aceptado de manera a-crítica por la mayoría de las escuelas jurídicas), es menester que sea objeto de la más *eficaz* regulación normativa posible. El poder es también una relación de fuerza en sí misma, una estructura de sometimiento que se caracteriza por ser lo que reprime (Foucault) por medio de su instrumento más perfeccionado: el Derecho. En este orden de ideas, el Derecho habitualmente legitima o reproduce las relaciones de fuerza, de sometimiento o de dependencia que tienen al poder como antecedente fáctico **(9)**.

La fuente del poder estatal, público o limitado (en principio) es el concepto de *legitimidad*, entendido por Weber como *el fundamento de aceptación (consenso) por una población de una determinada forma política y sistema de gobierno*. La legitimidad así concebida ofrece un pretexto y justificación a la existencia del Estado y, además de lo anterior, convalida tanto la implantación en el Estado de órdenes y jerarquías sociales específicos, cuanto la de los medios de mantenerlos.

La noción de poder-potestad suele ser confundida muchas veces con la de *autoridad*. Como *autoridad* entiende Max Weber a *“la probabilidad que un orden poseedor de un cierto contenido específico obtenga la obediencia de un cierto grupo de personas”*. La autoridad así se distingue del poder. Mientras el poder se halla en relación con la persona, la autoridad está vinculada con el puesto ocupado o al rol desempeñado por la estructura en una organización social.

El mayor disparador estructural de los conflictos sociales se halla en la desigual distribución de la autoridad entre las personas y los grupos. Por consiguiente, entre las personas y entre los grupos, hay siempre relaciones basadas en la oposición *dominación-sujeción*.

A consecuencia de lo anterior, se observa el fenómeno de la distribución dicotómica de la autoridad. Si bien la riqueza, como la autoridad, está desigualmente repartida en la sociedad, pero aunque poco, todos poseen al menos algo. En la autoridad, en

cambio, sólo algunos la detentan y la inmensa mayoría de los agentes sociales carecen de la misma (distribución dicotómica).

Por la distribución dicotómica de la autoridad se producen necesariamente conflictos de intereses entre quienes están sujetos a tal autoridad y quienes la detentan. Los que ocupan puestos con autoridad tienen en común intereses que no pueden compartir quienes son subordinados de ella; e, inversamente, los que están situados en una posición de sujeción comparten determinados intereses por el mismo hecho de su estado de dependencia. De tal modo el conflicto de intereses surge por oposición de los mismos: el principal valor común a todos los que mandan es la preservación del *statu quo*, mientras que el principal interés compartido de quienes soportan la autoridad es su destrucción, morigeración, o al menos compartirla o sustituirla por la propia. En síntesis, por ser la autoridad un elemento esencial de la organización social, cabe admitir que el conflicto estará siempre presente en el devenir social. De acuerdo a esta visión, *la persistencia del conflicto en la vida social se explicaría pues por el origen estructural del mismo (10)*.

1.3.6. La distorsión que el poder (concretamente el poder de dirección reconocido al empleador), ejerce sobre la aplicación del derecho (en el caso bajo investigación: el Laboral) y sus garantías (entre ellas la de no discriminación), lentamente va dejando de ser materia exclusiva de sociólogos y antropólogos y comienza a abrirse paso en la consideración de algunos juristas, sobre todo europeos. En nuestra sociedad nacional, de fuertes desigualdades, exclusiones y predominio de los factores de poder políticos, económicos y culturales sobre las necesidades de los carentes de todo poder o influencia social, la antítesis se plantea entre la prelación fáctica de las soluciones autoritarias de muchos empleadores, presiones mediáticas (también los medios son grandes y medianos empleadores o usufructuarios de la actividad empresarial en virtud de anuncios publicitarios), convalidaciones u “olvidos” de las dirigencias políticas en el manejo circunstancial del Estado e interpretaciones cupulares judiciales en el mismo sentido, por un lado y el abroquelamiento discursivo garantista, de tipo defensivo, de doctrinarios progresistas, abogados laboristas y determinadas corrientes o dirigencias sindicales y políticas cuestionadoras del *statu quo*, por el otro.

Podemos superar la alternativa entre estas dos falsas opciones cuando se principia intentando responder al engañoso interrogante de *¿porqué trabajamos? (11)*, si advertimos que en realidad esa es una pregunta que se formula sólo desde la subjetividad del sujeto que interroga y su respuesta será válida según la posición

social de éste. Si es un trabajador, quizás fuere: “porque necesito alimentarme a mi mismo y a mi familia, porque no tengo otra opción y hago esas tareas aunque no me gusten... es lo que hay”. Si el que responde es el empleador podrá reconocer: “porque tengo capital y no puedo dejarlo ocioso, necesito ganar dinero para no consumir lo que atesoro o invertí”. En cambio si nos cuestionamos desde la finalidad última, el *¿para qué trabajamos?* el dependiente podrá decir: “es mi obligación: para subsistir, es el medio más digno **(12)**... para no tener que depender de otros” y el principal suele argumentar desde un ropaje moralizante que es “para producir bienes y servicios, ...para crear fuentes de trabajo, para cumplir con una finalidad social”.

Las opacidades del discurso garantista se evidencian cuando nuestra *tuitiva* L.C.T. se inclina por el empleador (la finalidad o el *¿para qué?*) al establecer (art. 4) que el contrato de trabajo tiene por principal objeto la *actividad productiva* y creadora del hombre en sí. Lo de *productiva* es clarísimo, lo de *creadora* es una fórmula vacua pues el empleador también se apropia de los frutos del trabajo dependiente, incluyendo su actividad creadora, pues una de las notas esenciales de la relación dependiente es la ajenidad de los beneficios de la producción (**idem 12**).

Otra de las debilidades, en este punto, se advierte en un Tratado Internacional, desde 1994 incorporado como texto constitucional (art. 75 inc. 22), como lo es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966): “*El derecho de trabajar comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido y aceptado*” (sic, art. 6, ap.1). No es el caso de nuestra sociedad nacional, que con un promedio estructural de 40% de trabajo no registrado y dos dígitos de desempleo también estructural, cada quien trabaja en lo que consigue y si es lo que le gusta y está preparado, mejor, pero como todos sabemos ni el Estado ni el mercado ni el sistema judicial aseguran la eficacia de tal “garantía –normativa- al trabajo digno”.

Persistiendo con el análisis de las creaciones meramente discursivas, se dice en doctrina tradicional que desde la desaparición de la esclavitud, el nuevo Derecho Laboral asegura el trabajo “libre”. Contestamos con la molesta postura de abogado del diablo:

* *¿Podemos hablar de los mismos grados de libertad entre quienes deben trabajar o pueden no hacerlo, o hacerlo por cuenta propia eligiendo su clientela, horario y tipo de tareas, o entre quienes llegados a un punto de retiro están obligados a seguir*

laborando porque la prestación previsional le es insuficiente o no llegan al mínimo de aportes porque estuvieron mucho tiempo desempleados?

**¿Es libre de trabajar o no hacerlo, en fin, quien tiene necesidades imperiosas que satisfacer?*

El mismo concepto de ajenidad en el producto del trabajo le impide al dependiente elegir quien será el beneficiario de esa apropiación y el grado de resignación de derechos a que se verá sometido por integrarse a un sistema productivo alieno.

Hasta el mismo significado tradicional de contrato de trabajo ha entrado en crisis, en la medida en que en el mundo globalizado, que ubica a mega empresas frente a individuos aislados, no puede hablarse de un sinalagma equilibrado tal como definía al contrato clásico el derecho de obligaciones de cuño romanista- napoleónico. Hoy la relación de dependencia consagra un expreso vínculo de poder donde hay quien manda, organiza y eventualmente sanciona y hay un dependiente que se obliga a trabajar a cambio de un salario. Su única *libertad* genuina es la de romper el contrato sin condiciones (renuncia) y sin indemnización. Para las otras “*opciones*” debe cumplir determinados requisitos fáctico-jurídicos, impuestos o convalidados por terceros (cosas o personas): el orden jurídico, el empleador o el juez interviniente, en caso de conflicto.

No son idénticas las libertades que el Derecho laboral reconoce al empleador respecto de su dependiente en este punto, quien tiene siempre abierta la posibilidad de precisar el contenido de la prestación laboral de acuerdo a las necesidades organizativas y de producción empresarias, lo cual -como contrapartida- limita las libertades del trabajador (esparcimiento, cultura, tiempo residual con el entorno familiar).

Si consideramos el poder de mando del principal, encontramos que en ningún contrato clásico el acreedor puede dar órdenes al deudor, aunque algún laboralista también clásico podrá retrucar que en el contrato de trabajo ambos sujetos son a la vez acreedores y deudores recíprocos, argumento que un jurista crítico refutará a su vez diciendo que en el derecho de obligaciones (del que el contrato de trabajo deriva), ningún deudor -aunque fuere atípico como el trabajador- debe obediencia a su acreedor ni se encuentra sometido a sus manifestaciones de poder ni a la sumisión reglada que la relación de dependencia supone; en la medida extrema en que el

principal puede llegar a privarle, con expresa consagración de su legitimidad y licitud, de un derecho humano alimentario como es la continuidad del salario, por medio de un distracto injustificado. Como gráficamente expresa Von Gierke, *“el contrato de servicios actual coincide en su contenido con el contrato del más viejo Derecho alemán precisamente en el hecho que fundamenta una relación personal de señorío”* (13)

Esta sumisión y estado de necesidad que lleva al trabajador a constituirse en dependiente limita su autonomía de la voluntad y su consentimiento, porque las más de las veces el llamado “contrato” de trabajo es un nuevo mecanismo de adhesión que prestan los numerosos competidores por un bien escaso (el empleo decente o meramente empleo), a la oferta y selección efectuada por el detentador del poder de dar empleo. Esta estructura de dominación debe ser percibida como esencial al evaluar tanto los “consentimientos” del tomador de trabajo como los abusos de poder (incluidas discriminaciones) del principal.

1.4. Concepto sociológico-jurídico de discriminación.

Pocos temas hay en la actualidad de contornos tan difusos como los vinculados al prejuicio y la discriminación laborales pues, por un lado, estamos asistiendo en nuestro país a permanentes replanteos de los estragos que causara en nuestra disciplina la ideología predominante en la década 1990-2000 y el cuatrienio 2015-9. Desde otra óptica, la labor de análisis crítico del fenómeno descrito en párrafos anteriores no ha permitido todavía estructurar un cuerpo estable de doctrinas -sobre todo judiciales- que constituya un verdadero freno contra las múltiples formas de discriminación que la praxis evidencia.

Una primera valla a salvar cuando nos referimos a un aspecto de la realidad social consiste en precisar lo que el expositor o investigador entiende acerca del fenómeno discriminatorio mismo. En las llamadas ciencias sociales, que no pueden cumplir acabadamente los clásicos aunque controversiales cinco pasos de las denominadas ciencias exactas o naturales (14), esta dificultad es todavía mayor, dificultad que se potencia en un enfoque monodisciplinario cuando, partiendo del Derecho en una cultura normativista como la nuestra, las normas para comprender el fenómeno no son del todo claras, o no establecen una penalidad definida o si esta sanción pudiere aplicarse, las vacilaciones doctrinario jurisprudenciales al respecto neutralizan todavía cualquier solución mayoritariamente consensuada.

A fin de avanzar en nuestro cometido, emplearemos un criterio sociológico (descripción de la discriminación laboral y conceptos conexos en sus aspectos más salientes, sistematizando las interacciones halladas entre estos conceptos y los actores sociales, a través del método taxonómico -clasificación; ordenamiento por géneros, especies o caracteres comunes-), para luego limitar nuestro enfoque a la posibilidad de establecer o proponer conductas jurídicamente relevantes.

El tema genérico de la *discriminación* está íntimamente relacionado con otros, cuyas manifestaciones o significados principales resultan ser el *prejuicio* (15), el *estereotipo* (16) y algunas modalidades de la *violencia* (17). A ellos se suma la *intolerancia*, a la que hemos hecho referencia. Trataremos de aproximarnos brevemente a sus contenidos.

Entendemos como *prejuicio* al juicio o concepto (internalización) y actuación consiguiente (exteriorización o conducta) que ciertos individuos adoptan de manera previa a reunir la información pertinente sobre otras personas o situaciones y basados, por tanto, en nociones insuficientes, imaginarias o fabuladas (*“Trump actúa como lo hace porque en definitiva interpreta el sentir de la inmensa mayoría de los norteamericanos”*).

Esta noción representa el aspecto conceptual o cognoscitivo, es decir, las ideas u opiniones que se tienen sobre aquellos individuos o grupos que constituyen el objeto del prejuicio (aunque se suele aplicar también, y quizás impropriamente, la palabra *estereotipo* al alcance descrito).

Debe decirse que el prejuicio implica también una actitud *a favor* o *en contra* de, la atribución de valores positivos (*vivimos en el mejor país del mundo*) o negativos (*es más fácil que un camello pase por el ojo de una aguja que un rico entre en el Reino de los Cielos*), un componente afectivo o sentimiento. En general, se concreta o se expresan mediante acciones estos juicios o sentimientos, comportándose entonces la persona de forma tal de exteriorizar entusiasmo o repulsa hacia otros: este es el aspecto conativo, conductal del prejuicio.

El término *estereotipo* (creado por Walter Lippmann en 1922), no obstante su vaguedad, está muy difundido en las ciencias sociales y tiene las siguientes

características aceptadas por la mayoría de los autores que de él se han ocupado (Klineberg, Harding, Vinacke, etc.):

- 1) Es un concepto simple más bien que complejo o diferenciado;
- 2) Es más falso que verdadero;
- 3) Ha sido adquirido de segunda mano más que por experiencia directa con la realidad que supuestamente representa y
- 4) Es resistente al cambio a pesar de experiencias encontradas.

También comprende, aunque con sentido peyorativo, a las “ideas y opiniones de un grupo” sobre otros grupos humanos (*la costumbre de hacer chistes argentinos sobre “gallegos” o españoles sobre “argentinos”*).

Las investigaciones sociales han demostrado, en los países donde se concretaron, que la mayor parte de las personas se siente capaz de aportar, por lo menos, alguna opinión sobre las características de casi cualquier grupo social basándose en informaciones que un científico social consideraría total o parcialmente infundadas.

El término *violencia* se muestra como una secuela natural de los conflictos (o por lo menos, de muchos de ellos). Podemos entonces referirnos a él con variados alcances y, sobre todo, desde una concepción amplia (género) o desde múltiples y restringidas (especies). Nosotros entendemos, en una primera aproximación muy burda, por *violencia a cualquier fenómeno que implique el forzamiento del orden natural o habitual de las cosas o del proceder acostumbrado en las personas en el contexto de una cultura determinada*.

En sentidos circunscriptos podemos hablar de conceptos de violencia en lo antropológico, lo sociológico, lo psicológico, lo somático, etc. En la disciplina del Derecho, violencia es lo que por tal cosa entienden, legislan o penan las normas jurídicas de cada sociedad nacional.

Así, a manera de ejemplo, tendremos la definición de violencia contenida en el artículo 936 del Código Civil versión Borda, como la *fuerza irresistible que anula la libertad en los agentes jurídicos* (personas). Es la llamada *vis absoluta* (fuerza) del Derecho Romano. Otra variable de la violencia definida legalmente se hallaba en el artículo 937 del mismo Código bajo el nombre de intimidación, que se configura *cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su*

cónyuge, descendientes o ascendientes.” Así, la intimidación (*vis compulsiva o metus* de los romanos) representaría el aspecto psicológico y moral de la coacción y la violencia su variante de fuerza física. La consecuencia más objetiva de la violencia sobre las personas es modificar o anular su libre voluntad para adoptar determinadas conductas, más allá del daño psicosomático que pudiere causarles.

Finalmente, el significado de *tolerancia*, que tiene múltiples acepciones semánticas, habrá de ser empleado por nosotros como:

I) el *respeto hacia las opiniones, prácticas, costumbres y toda otra manifestación cultural de terceros* y

II) como *el reconocimiento hacia los demás individuos de la capacidad de gozar de derechos y practicar acciones con los mismos límites y extensiones que esperamos para nosotros mismos.* La *intolerancia*, su antítesis, supone una situación de preeminencia de nuestros propios valores, ideas y sentimientos sobre los de los demás seres.

Ha llegado el punto de referirnos al último de los conceptos generales que emplearemos antes de introducirnos al campo específico de lo laboral, y ese concepto es el de *discriminación (18)*.

En su sentido más neutro, semántico y de diccionario, discriminación significa la acción y efecto de separar, distinguir o diferenciar una cosa de otras, por lo cual admite valoraciones positivas (*discriminar en favor del empleo es mejor que padecer el paro forzoso*). Pero también tiene un costado habitual peyorativo o disvalioso que comprende a *toda diferenciación injustificada, injuriosa, desvalorizadora o dañosa sin razón justificable.*

Nos estamos refiriendo a la discriminación no válida (social o jurídicamente hablando); es decir, *la basada en criterios inaceptables, por muchos o la mayoría de los miembros de una sociedad, ya que infringe costumbres y leyes fundamentales de una época determinada de su devenir histórico* (por ejemplo: el término “*cabecitas negras*” empleado por los miembros de la Unión Democrática desde mediados de la década de 1940 para descalificar a los seguidores de origen popular del naciente peronismo, en la actualidad no sólo sería reputado injurioso y discriminatorio, sino que el mismo cambio social lo ha devenido en obsoleto).

Para mencionar uno de los tantos significados que desde lo jurídico se ha ensayado, Zas (ver nota 1), cita el *concepto de discriminación* adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el que hace referencia “*a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo o razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos*”. El problema de todas las definiciones jurídicas es que, en tanto dogmáticas, se vinculan a conceptos generales e imprecisos como -en el caso citado- lo “objetivo” y lo “razonable”, haciendo pretendidamente universal lo que desde sus significados individuales o grupales suele no serlo.

Por ejemplo, a nosotros nos parecería tan subjetivo o irrazonable (y por ende discriminatorio) que nuestros padres nos arreglaran el matrimonio con los padres de la futura pareja con prescindencia de nuestra opinión o elección, mientras que en un país tan progresista y “occidental” como Japón, todavía muchísimos matrimonios son negociados por “casamenteras” seleccionadas por los padres de formación tradicional y tales arreglos acatados por los hijos (algo parecido sucede en China con los millonarios solteros).

Desde nuestra concepción, la discriminación se caracteriza más que nada por infringir principios, costumbres y leyes considerados fundamentales por determinado grupo humano, estableciendo diferencias inaceptables o injustificadas, aunque para otros grupos, tal conducta pudiere ser considerada correcta y hasta practicable (las actitudes del *Klu Klux Klan* respecto de los no anglosajones y de los afroamericanos especialmente, o más en la actualidad, la asimilación reduccionista de todo musulmán practicante al terrorista fanático, efectuada principalmente por muchos occidentales - individuos del común, políticos y medios de difusión-).

Según este desarrollo, desde nuestro enfoque adelantamos el **significado de discriminación**:

* *La persistente aplicación de criterios y acciones que resultan arbitrarios, inconvenientes o injustos según los patrones dominantes, más allá de su posible consagrada ilicitud, con la consecuencia objetivable que algunas personas o grupos reciben ventajas inexplicables o ejercen derechos que creen tener de manera irrestricta y otras personas o grupos son sujetos pasivos de daños psicofísicos y morales también sin razón sustentable, causados por el predominio de intereses particulares o abusos de poder político, económico o social.*

De tal interpretación se infiere que los hechos aislados, para ser reputados discriminatorios, deberán ser objeto de prueba estricta, pues de otro modo todo distingo infundado caería también dentro del concepto de discriminación.

Como tal, la discriminación es un contenido analítico referido a circunstancias concretas, no un término moral. Se constata que en la práctica social mantiene interacciones con los otros conceptos mencionados: muchos actos de discriminación implican situaciones de mayor o menor *violencia* sobre las víctimas y sus autores obran motivados por *prejuicios o visiones estereotípicas o intolerantes* acerca de estas últimas. La intolerancia por la diversidad o contradicción que el “otro” presupone respecto de nuestras pautas culturales subyace en todos los supuestos de discriminación.

El jurista colombiano César Rodríguez, comentando a Duncan Kennedy **(19)** nos aporta otros dos significados ligados a la discriminación: las tensiones dialécticas entre multiculturalismo-unidad nacional y decisiones participativas-autoritarias (análisis de la distribución y limitación del poder):

a) En la evaluación de ciertos grupos sociales y sus prácticas, el tema comprende tanto los casos de discriminación contra grupos marginados como los casos de pluralismo cultural. En los litigios sobre discriminación, los argumentos que entran en disputa son, de un lado, la protección eficaz de un grupo que ha sido tradicionalmente segregado (vgr. las mujeres) y, del otro, el respeto a las prácticas sociales existentes (conservadurismo o dogmatismo secular). En los casos de multiculturalismo, entre tanto, se enfrentan la postura que defiende la diferencia cultural (vgr. de los grupos aborígenes), de una parte, y la que subraya la necesidad de mantener una idealizada unidad nacional (*España: una, grande y libre, slogan del franquismo*);

b) Los procedimientos de toma de decisiones en los ámbitos público y privado, acerca del carácter participativo o autoritario de los mecanismos mediante los cuales se adoptan decisiones en tales universos.

1.5. La discriminación como fenómeno cultural.

Para evitar dispersiones y malos entendidos, conviene precisar aquello que entendemos por *cultura*. En este punto se seguirá el clásico concepto antropológico de Tylor **(20)** que por tal distingue es “ese complejo de conocimientos, creencias, arte,

moral, derecho, costumbres y cualesquiera otras aptitudes y hábitos que los humanos adquieren como miembros de la sociedad” y que condicionan sus modos de sentir y actuar. De tal modo la discriminación y sus colaterales: el estereotipo, la violencia y la intolerancia son en gran medida fenómenos culturales, modificables o evitables, no deterministas ni en todos los casos productos de decisiones espontáneas o emotivas.

Los individuos tienen “*cultura*” en tanto partícipes de un todo social. Cuando actúan en grupos relativamente cerrados o de largos lapsos de interacción (religiones o sectas mesiánicas, sectores de trabajo, clubes, barrios cerrados, colegios y universidades de acceso limitado a clases sociales o niveles de ingreso, etc.), desarrollan modalidades de sentir y actuar vinculadas a su pertenencia a estos grupos. Así puede hablarse de manera genérica de “*culturas organizacionales*”, como las que se generan en los militantes políticos, los empleados públicos en sus diversas variantes, los llamados “*barrabravas*”, los ejecutivos de grandes empresas, los periodistas de medios, etc. Las estructuras y los roles sociales influyen de manera apreciable sobre los comportamientos individuales, dotándoles de características identificatorias por lo semejantes.

Estas nuevas visiones tienen que ver con la pérdida de vigencia de los tres paradigmas unitarios cuanto dominantes en la antropología cultural del siglo XIX: la *unidad psíquica* de la humanidad, la *unidad de la historia humana* y la *unidad de la cultura*. Las investigaciones comparadas entre diferentes grupos humanos han demostrado que principios universales como éstos no podían invocarse como postulados explicativos. En los comienzos del siglo XXI los intereses dominantes en la llamada globalización parecieran replantear la falacia de las tres “*unidades*” con la pretensión de existencia de un ser humano de identidad global, una sociedad de características globales, una cultura global.

La explosión de los llamados “*derechos humanos*” en la segunda mitad del Siglo XX tras las hecatombes producidas por los conflictos armados, dictaduras y totalitarismos de Estado, debilidad de los sistemas democráticos para asegurar derechos básicos de los individuos en buena parte del planeta, genocidios de diverso tipo, terrorismo e intolerancias varias, replanteó el interés de establecer teorías “*universalistas*” (en las disciplinas jurídicas, sobre todo, a través de un garantismo ecuménico vía Tratados y Declaraciones Universales de derechos), cuya eficacia no ha pasado todavía del plano moral o declarativo en demasiadas ocasiones verificables. La creencia que las normas habrán de imponerse por el temor a su poder coactivo, sin posturas activas de sus

sujetos pasivos, no deja de ser parte de la *falacia* normativista, positivista o utopista, según los matices ideológicos que las sustenten.

No obstante estas constataciones, lo destacable es que las iniciativas y propuestas jurídicas en materia de protección del individuo contra excesos de poder público y de otros grupos sociales o individuos, llevan la delantera en la función de establecer marcos ideales de comportamiento y satisfacción de necesidades básicas sociales y personales. En casos puntuales, también hay correspondencia entre proposición normativa y su eficacia.

Por lo expuesto, cada vez es menos frecuente que los sistemas jurídicos contengan reglas discriminatorias o que establezcan diferencias no sustentables entre los individuos por ellos alcanzados. En los casos en que así sucede (vgr. muros para separar poblaciones israelíes y palestinas o para impedir el ingreso de “chicanos” a Estados Unidos), tales se justifican para garantizar otros *derechos humanos* a los que se otorga mayor prioridad a los postergados (en el ejemplo, la vida y la seguridad contra el “terrorismo” o la defensa de los puestos de trabajo del mercado local contra la competencia a la baja de la inmigración clandestina, el libre tránsito y el derecho a un nivel de vida mejor de los pobres de otras nacionalidades), debiendo el discurso jurídico-político encubrir las reales motivaciones bajo la apariencia de protección de *otras* garantías a las que se atribuye superior entidad.

En la sociedad posmoderna, no obstante, la discriminación como *valor negativo* (distingos fundados en cuestiones raciales, de ideas, de situación política, género, posición socioeconómica, etc.), se verifica con existencia fáctica por motivaciones y actitudes político-culturales, aunque generalmente deslegitimada por los paradigmas normativos o constructos teóricos. De tal manera, pareciera mucho más peligroso el discurso garantista que el discurso represivo para asegurar la eficacia de los derechos humanos en cada sociedad nacional, pues en la medida en que el primero centra su análisis en la “vigencia jurídica” de los mismos con carácter universal, no emplea el mismo énfasis para ponderar la realidad fáctica de aquéllos en cada sociedad nacional. Para ello debería admitir la distorsión que el poder en sus diversas formas ejerce sobre el Derecho y la manera en que los “*universales*” (principios garantistas), son condicionados en cada sociedad nacional (*la relatividad de los universales*). En este punto, las herramientas que posee el jurista dogmático a su alcance, parecieran no dar respuestas eficaces respecto de determinadas situaciones locales.

Desde un punto de vista descriptivo encontramos a la discriminación con algunas o varias de estas características:

a) Como una especie del género violencia, tanto activa (ejercida por las estructuras o sujetos discriminadores) como pasiva (sufrida por los discriminados);

b) Como manifestación de intolerancia, de rechazo o de des-conocimiento del otro (sujeto pasivo), de etnocentrismo cultural de quienes ocupan posiciones dominantes o mayoritarias en la sociedad o grupo;

c) Como visión estereotípica, reduccionista y limitada del otro;

d) Y, también, como patrimonio de sociedades o grupos aferrados a sus propios valores, autoevaluados en base a su *destino manifiesto* o de elegidos por la providencia (*“pueblos elegidos de Dios”*?), etnocéntricos, autovictimizados, resistentes o inmunes a los cambios sociales, a la integración y a la interacción.

En cuanto a los aspectos subjetivos de la discriminación, ellos se centran en la imposibilidad de concebir al sujeto pasivo como gozando de similares derechos que los que se atribuyen para la propia persona, pues es distinto, inferior, indigno o incapaz para alcanzar el mismo estatus (ver caso *“Rahal”* en el apartado de *“Material de Apoyo”*). Tienen tales ideas (exteriorizadas obviamente en conductas y posturas) un componente emotivo, no-racional, ilógico, una reificación del sujeto pasivo (*no puede orinar hasta que no le llegue el reemplazo, porque la principal función de una cajera de un supermercado es recaudar para el principal -otra vez el caso “Rahal”-*), ideas que una vez expresadas no suelen resistir el cotejo con los paradigmas éticos en que cada sociedad o sistema jurídico dicen basarse.

A veces se corporiza al otro, al distinto, al extranjero, como enemigo (*“el que no salta es un inglés”*) o un competidor por un bien escaso (*“estos bolitas o paraguas que laburan por menos guita y nos sacan el trabajo y después envían los mangos afuera”*).

Tales componentes subjetivos suelen formarse, paradójicamente, por la *acción objetiva* de las diferentes estructuras en que el discriminador adquiere su cultura y se socializa: familia, escuela, religión, trabajo, los sistemas de comunicación, los lugares de esparcimiento, los sitios de interacción urbana (medios de transporte, vía pública),

concretadas mediante creencias básicas (“imaginario colectivo” o la “conciencia colectiva” de Durkheim) que se adoptan sin mayor elaboración crítica.

Las normas jurídicas establecen, en ocasiones, parámetros objetivos de discriminación: verbigracia, la praxis de las últimas décadas en presupuestos públicos donde las inversiones del Estado en salud, educación, seguridad y bienestar sociales y justicia -cuyos destinatarios habituales son las capas menos favorecidas de la población- demuestran cifras decrecientes en relación al Producto Bruto Interno u otro indicador equivalente (vgr. consumo de los estratos socioeconómicos superiores).

Hechos como la magnitud de los impuestos al consumo (I.V.A.) o que gravan en mayor medida a quienes gastan todos sus ingresos laborales en subsistir (Ganancias), sin capacidad de ahorro o inversiones (que cuentan con menor tasa impositiva) son discriminaciones fácticas estructurales de nuestra sociedad nacional, impuestas por todas las administraciones políticas por la facilidad recaudatoria que proporcionan y que las clases populares no cuestionan de manera orgánica, ratificando con su voto rutinario, periódico, “democrático”, tales políticas de exacción...

Este breve panorama de los complejos factores que hacen al fenómeno de la discriminación, ponen de resalto la insuficiencia del enfoque meramente jurídico para afrontarlo.

1.6. Intentando una sistematización.

Tuvimos ocasión de referirnos a la misma en otra investigación anterior (ver Nota 10), de la cual tomamos algunos conceptos fundamentales, adaptados a la índole de la presente y analizados desde la óptica de la discriminación-violencia cuando éstas interactúan.

Como dato inicial debemos dejar mencionado que en virtualmente ninguno de los trabajos doctrinarios cotejados por el autor que fueren de índole jurídica, se mencionó como sujeto “activo” de la responsabilidad antidiscriminatoria a otro que no fuere el empleador, o eventualmente, al Estado, como garante del derecho humano antidiscriminatorio. Ninguna consideración merecieron factores tan protagonistas de índole práctico-sociológica como los compañeros de labor, el público usuario y las entidades sindicales, o de raíz antropológica como el ambiente de labor visto como

una manifestación de la cultura organizacional. Esta es la principal falencia del enfoque meramente normativista, aún el que nace de un garantismo “progresista”.

Sin embargo, es dable constatar desde lo fáctico que muchas situaciones prejuiciosas, violentas, estereotípicas y, en conclusión, discriminatorias, suelen provenir de otros trabajadores (evitación, descalificación, *chauvinismo*), de las entidades sindicales (persecución al “carnero”, al “extranjero” que compite *deslealmente* con el nacional por un puesto de trabajo, al candidato o activista opositor) o de los modos de ser y actuar del sistema organizativo interno estructurado de manera impersonal y sin responsables visibles (sobrecarga de tareas, autoritarismo, cosificación del trabajador pretendiendo identificación absoluta con las políticas empresarias, etc.), además de la preterización por el Estado en su función normativa y -sobre todo- de contralor de la efectividad del pretendido garantismo jurídico.

En cuanto a los detalles particulares del fenómeno discriminatorio en el ámbito laboral, hemos de describir las situaciones que evaluamos como más comunes, evitando conceptos abstractos como “igualdad”, por ejemplo. Cuando empleamos *discriminación*, la acompañamos por alguna de sus manifestaciones objetivas. Así tenemos:

A) Por su origen o causantes:

1. Originada en el empleador; que reconoce a sus vez dos modalidades: a) Por el empleador o alguno de sus representantes jerárquicos a título personal; en este caso es fundamental la estructura de personalidad y el grado de preparación profesional y formación general del empleador o su representante; b) Violencia institucionalizada, proveniente de una cultura organizacional que la prohija, ampara o soslaya.

2. Originada en el mismo trabajador, caracterizada por: a) La estructura de su personalidad (aislamiento o autodiscriminación social, afecciones psicológicas); b) Conflictos inducidos (por otros trabajadores, el empleador, el público o instituciones -sindicato, autoridades públicas- que lo lleva a la misma situación anterior: apartamiento); p.ej. inclinación sexual no tradicional, tanto para el caso a) como el b).

3. Originada directamente por terceros, en sus variantes: a) Otros trabajadores (discriminación, prejuicios, evitación); b) consumidores (maltrato al trabajador desde la posición de usuarios de un servicio público o clientes comerciales, agravada por sobreexposición horaria o de responsabilidades -corresponsabilidad con el principal-); c) institucionales (la organización empresaria o la administración pública como tercero

impersonal: insuficiencia de recursos humanos y materiales, burocratización estructural, rigidez organizativa, estilos jerárquicos autoritarios, ausencia de mecanismos de resolución de conflictos, manipulación prejuiciosa de la opinión pública); d) El Estado, la ausencia o ineficacia de sistemas reguladores normativos y de contralor, burocratismo.

4. Originada por las condiciones medioambientales, las que pueden ser: a) generales (situación económico social, calidad de vida, desigualdad de oportunidades para acceder a un trabajo y remuneración adecuados a las propias necesidades); b) propias del medio laboral (condiciones de trabajo y salarios).

B) Por el medio empleado:

1) Fuerza física (agresión corporal).

2) Intimidación o amenaza (psicoterror laboral: afeción a la conducta o al equilibrio psíquico, “mobbing”, bromas reiteradas o desprecios colectivos).

C) Por los métodos empleados:

1) Abuso de autoridad (en el sentido contractual laboral, excluida la figura penal).

2) Acoso sexual (desde la autoridad, de género, conjunta autoridad-género).

3) Precarización laboral (empleo total o parcialmente no registrado, minusvaloración del trabajo femenino, del extranjero o respecto de individuos de baja extracción socio cultural).

4) Generación de temor (psicoterror laboral: a la sanción disciplinaria, a la postergación, al despido, al descrédito personal a través de informes post ocupacionales negativos).

5) Abuso del derecho (trabajo prohibido, trabajo de menores, despido o exclusión de trabajadores enfermos o disminuídos psicofísicos, de extranjeros, explotación del estado de necesidad o de personas de baja calificación profesional).

6) Prejuicio, discriminación *stricto sensu* y evitación (el distinto, “el raro”, el extranjero, el “carnero”, el “ortiva”, el “zurdo”, el “facho”, el “kilombero”, el “trollo” y similares y sus variantes femeninas equivalentes).

7) Corrupción e ilicitudes varias (compulsión a participar en, o silenciar, ilícitos por temor a recibir represalias).

8) Manipulación de la opinión pública (criminalización de la huelga y demás medidas de acción directa o de cualquier actividad sindical: la defensa de los derechos como limitada a determinadas personas o grupos sociales “legitimados” para ello por la *opinión pública*; por el uso de prejuicios -“la industria del juicio laboral”-)

D) *Por la magnitud del daño causado:*

- 1) Parcial (no impide el desarrollo de la profesión o actividad habitual de la víctima).
- 2) Total (impide o dificulta en grado sumo -p.ej. descrédito- el desarrollo de la profesión o actividad habitual de la víctima).

E) *Por la oportunidad discriminatoria:*

- 1) Al proponer o celebrar el contrato;
- 2) Al ejecutarlo;
- 3) Al extinguirlo.
- 4) Con posterioridad al cese del vínculo (informes falsos acerca del dependiente; violación de secretos empresarios).

En consecuencia, serán materia de tratamiento por nuestra parte todas aquellas formas de discriminación del ámbito laboral vinculadas al empleador o terceros interactuantes con la víctima con motivo y en ocasión del trabajo, excluyendo las derivadas de acciones propias del trabajador o circunstancias ajenas al trabajo (calidad de vida, nivel de ocupación o exclusión sociales, etc.)

Notas:

(*) El núcleo básico de este desarrollo fue el artículo del autor titulado: "Introducción al Estudio de la Discriminación", publicado en dos entregas en la revista "La Causa Laboral", de la Asociación de Abogados Laboralistas, números 27 (Abril 2007) y 28 (Junio 2007).

(1) y (1 bis) Ver el excelente trabajo de Oscar Zas, "*El despido discriminatorio*", en Derecho del Trabajo, 2007-B, págs. 950/970, el que contiene un apropiado desarrollo de las posiciones más garantistas sobre el fenómeno del título.

(2) Ferrajoli, Luigi: 1. "*Derechos y garantías: la ley del más débil*", Ed. Trotta, Madrid, 4ª Ed. 2004. 2. "*Jurisdicción y democracia*", Ed. Del Instituto, Buenos Aires, 2004.

(3) Los "derechos humanos" serían, sin que esta enunciación implique un orden jerárquico ni taxativo:

- a) a la igualdad y la no discriminación;
- b) a la intangibilidad de la vida y la persona;
- c) prohibición de la tortura;

- d) garantías carcelarias;
- e) prohibición de la esclavitud y los servicios personales;
- f) a la libertad personal y el principio de legalidad;
- g) al debido proceso;
- h) a la indemnización por error o daños de fuente judicial;
- i) a la protección de la dignidad, honor y la privacidad;
- j) a la libertad de conciencia, enseñanza y aprendizaje;
- k) libertad de expresión;
- l) libertades de reunión, trabajo y asociación;
- m) libertad de transitar;
- n) a la propiedad privada;
- o) derechos políticos;
- p) a la protección del matrimonio y la familia;
- q) a la salud;
- r) al bienestar general;
- s) al acceso y a la protección por parte del sistema judicial;
- t) a la protección de la identidad cultural diferente (étnica, racial, sexual y de todo tipo de minorías);
- u) a la preservación y utilización racional y sustentable del medio ambiente;
- v) derechos de los consumidores y usuarios (Colautti, Carlos E., "Derechos Humanos", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995).

(4) Pese a estar en plena campaña electoral el gobierno nacional del momento no tuvo más remedio que reconocer oficialmente que el empleo no documentado (en negro) alcanzaba al 40,4% de la fuerza laboral activa (4,54 millones de personas sobre un total de 11,23 millones), y que las Universidades estatales comenzaban a dejar de explotar el trabajo gratuito de sinnúmeros docentes (sólo en la U.B.A. se reconocen 21.981 profesores en este estado y el gobierno prometió regularizar el 9% de este total: 2000 cargos; ambas noticias en "Clarín" de Buenos Aires, 20/09/07, páginas 19 y 32/3. Una de las víctimas era mi propio hijo Diego).

(5) Fernández Madrid, J.C. *"Tratado Práctico de Derecho del Trabajo"*, 3ª, ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, Tº I, pp. 38 y 184. Ver también en el mismo Tomo su apartado "El empleo ilegal o precario", págs. 88/102.

(5 bis) Cuando mencionamos el concepto de "crítico" o "crítica", lo hacemos en el sentido de otra posibilidad de conocimiento o de abordaje de un fenómeno (en el caso

la discriminación laboral). Es lo que Chalmers (2002), siguiendo a Thomas Kuhn y otros epistemólogos, denomina el *paradigma alternativo*. Los, a su vez, críticos al “pensamiento crítico”, dirán que con ello se cae en la centralidad cognoscitiva, en un dogma, jactancia intelectual o autoritarismo más, y les damos en parte la razón, pues en ello consiste precisamente una modalidad del ejercicio dialéctico: tesis, antítesis, síntesis, para comenzar el ciclo indefinidamente. Cada proposición crítica debe admitir también su propia crítica, de lo contrario sería dogma, verdad revelada e indiscutible, artículo de fe ciega, negativa de toda posibilidad de disenso razonado, de reconocimiento en los otros de aptitudes de aprehender y discernir *verdades relativas* que, como las nuestras, están en constante recreación.

(6) y (6 bis) Fucito, Felipe. *“Sociología del Derecho. El orden jurídico y sus condicionantes sociales”*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1993.

(7) Labourdette, Sergio. I. *“El poder: hacia una teoría sistemática”*, Ed. De Belgrano, Buenos Aires, 1984. II. *“Política y poder (problemas de teoría social y política)”*, A-Z Editora, Buenos Aires, sin fecha.

(8) Russell, Bertrand. *“El poder en los hombres y en los pueblos”*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1939.

(9) Gianibelli, Guillermo. Artículo: *“Algunos intentos explicativos sobre el Derecho del Trabajo”*, en *“Materiales para una teoría crítica del Derecho”*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2ª Ed. 2006, pp. 125/46.

(10) Andino, Claudio. *“Violencia económico laboral”*, Revista de Derecho Laboral Lexis Nexis, Nº 22, Diciembre 2005, pp. 1816/23.

(11) Traído por el clásico de Jean Fourastié, *“¿Porqué trabajamos?”*, Eudeba, Buenos Aires, 1960.

(12) Alonso Olea, Manuel. *“Introducción al Derecho del Trabajo”*, Edersa, Madrid, 4ª Ed. 1981, pp. 22 y ss.

(13) Von Gierke, Otto. *“Las raíces del contrato de servicios”*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, pp. 37 y ss.

(14) Tales pasos son: I) Aptitud de hacer descripciones precisas de series de fenómenos; II) Su posterior verificación (confirmación o falsación); III) Capacidad de predecir, de manera completa o estadística, fenómenos futuros, lo cual no se efectúa de modo igual en todas las ciencias, ni tan siquiera en ámbitos diversos de una misma ciencia, ya que depende de los métodos empleados por cada una de ellas; IV) Su aprehensibilidad cognitiva, de tal forma que las teorías científicas resultantes de los pasos anteriores, fueren lo más simples, armónicas y defendibles posibles y V) La posibilidad de una formalización progresiva, la que aumenta con el perfeccionamiento de la propia teoría científica. Este proceso resulta tanto más útil cuanto mayor fuere el cuidado que se ponga en considerarlo inagotable y temporalmente provisional.

De tal modo las ciencias exactas o naturales en la actualidad son concebidas como un conocimiento derivado de los hechos de la experiencia, que tienen a la observación de los fenómenos particulares como intervención práctica, a consecuencia de lo cual se formulan diversos experimentos corroborantes. Por medio de la inducción se infieren teorías explicativas, las que para no convertirse en dogmas habrán de poder falsarse (o confirmarse provisoriamente en el actual nivel de conocimientos alcanzado). Las teorías científicas alcanzan el nivel de estructuras cuando permiten formular programas de investigación y cuando renuncian a encontrar un método universal de conocimiento y a cuestionarse permanentemente porqué el universo habría de obedecer leyes (Vid. *Chalmers, Alan. ¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2002)

(15) Artículo “*Prejuicio*”, autor Otto Klineberg, en la Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales (Enciclopedia), Dir. David L. Sills, Ed. Aguilar, Madrid, 1976, Tº 8, págs. 422 y ss.

(16) Artículo “*Estereotipos*”, autor John Harding, Enciclopedia, Tº 4, 1974, págs. 491 y ss.

(17) “*Violencia económico laboral (Algunas aproximaciones para su comprensión)*”; autor: Claudio Andino, Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 1816 y ss.

(18) Artículo “*Discriminación social*”, autor J. Milton Yinger, en Enciclopedia, 1976, Tº 8, págs. 430 y ss.

(19) Kennedy, Duncan, *“Libertad y restricción en la decisión judicial”*, Estudio preliminar de César Rodríguez, Siglo del Hombre Editores, Santa Fé de Bogotá, 1969, pp. 65/7.

(20) Artículo *“Cultura”*, autor Milton Singer, en Enciclopedia, 1974, Tº 3, págs. 298 y ss.

MATERIAL DE APOYO

Método de casos reales: *Influencia de la “cultura organizacional” sobre el desconocimiento a derechos humanos fundamentales.*

I- El caso del Impotente enamorado. El autor ejerció la profesión de abogado entre marzo de 1970 y diciembre de 1996. No recuerda la carátula del expediente pues el aquí sintetizado fue uno de sus primeros casos de enfermedad laboral, a poco del golpe de Estado de 1976 (el autodenominado “Proceso de Reconstrucción Nacional”).

Un trabajador de una fábrica de motores diesel de una multinacional de origen sueco, con sede en La Matanza, nos consultó un típico caso de despido por cultura organizacional, que por lo insólito tiene ribetes de telenovela. Dada su extrema timidez, era virgen a los 27 años. Tras la consulta con un especialista se le diagnostica “impotencia psicológica”.

Comenta sus aficciones a su mejor amigo en la fábrica y éste le “traiciona” revelando el caso a otros compañeros de trabajo. Pareciera que confundieron “impotencia” con afeminamiento (“gay” le dirían hoy) y lo que comenzaron siendo bromas continuaron con toqueteos en sus partes íntimas a modos de varoniles “cargadas”. En una de esas situaciones el actor se enoja y le pega un trompis al compañero acosador en el lugar de trabajo.

La jefatura de Personal de la empresa, con una estructura muy avanzada para la época, como el actor era persona trabajadora y de muy buenos antecedentes, le remite al gabinete psicológico (!) del establecimiento. Allí, una psicóloga laboral se hace cargo del caso y lentamente comienza un tratamiento que, según nos cuenta luego la víctima, le significa una gran mejoría.

Continuando el relato del actor, éste se enamora de su psicóloga y se lo hace saber. Ante esta evidencia la profesional decide suspender el tratamiento. El paciente inicia un intento de comunicación epistolar con aquélla que, ante el previsible rechazo, termina con amenazas escritas de puño y letra por el desconsolado Romeo hacia su psicoterapeuta. Recién ante esta situación, la empresa decide su despido con causa.

La demanda fue por despido fundado en el art. 245 LCT sin adicionales de especie alguna (p.ej. daños psicológico o moral). El principal reconoció el apoyo terapéutico brindado, pero lo atribuyó a afecciones ajenas al puesto de labor y como mera colaboración hacia su dependiente. Insistió en la comisión de injuria grave por parte del actor.

La pericia psicológica judicial demostró la situación de daños causados por el ambiente adverso de trabajo. En ello se basó la sentencia para hacer lugar a la demanda (antiguo Tribunal del Trabajo N° 2 de San Justo, luego trasladado como N° 5 a Morón). Es un antecedente que la discriminación no obedece únicamente a la acción directa del empleador sino, esta vez, por una suerte de “culpa in vigilando” o defectos en el ejercicio de su poder de dirección con carácter funcional, frente a los hechos de sus dependientes.

II- Mi vida por un orinal: En este ejemplo, una situación que ningún jurista ni tratado teórico *serios* se atreverían a abordar por razones de “buen gusto”: el derecho humano del trabajador a evacuar periódicamente sus vejigas (*o sea orinar según necesidades*). Una cajera de un supermercado propiedad de capitales provenientes del Primer Mundo tenía vedado por reglamentos internos abandonar su puesto de trabajo hasta que no se le provea una reemplazante; por ausencias del reemplazo, le es denegada a la actora la concurrencia al baño. Su continencia forzada y excesiva le lleva a que se le escapen sus orines, contrae sistitis y al solicitar médico al día siguiente le es denegada la licencia, obligándole a sentirse injuriada. El caso demuestra la insuficiencia del principio de *igualdad de trato* para calificar la discriminación: aquí se trata a todos igualmente mal (la Jefa de Cajeras reconoce gozar de sólo dos francos por mes). Esto no ocurrió en Myanmar sino en Argentina bajo el imperio del “Estado de Derecho” y la democracia representativa (1996), lo que demuestra que la violación de los derechos humanos no es patrimonio exclusivo de los regímenes dictatoriales. El

letrado de la actora planteó el caso como un mero despido injustificado sin denunciar reparación de discriminación alguna.

Acto seguido, reunido en Acuerdo ordinario el Excmo. Tribunal de Trabajo Nº 5 de La Matanza, a efectos de dictar el VEREDICTO en estos autos caratulados "RAHAL, Laura A. c. CARREFOUR ARGENTINA S.A. S/ Despido" (Expte. Nº 1829), habiéndose practicado el sorteo previsto en los arts. 165 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 44 inc. c) de la Ley 11653 del que resultó que los Señores jueces debjan observar el siguiente orden de votación: Doctor Ramiro J. Vázquez, Doctora Silvia M. Magherini y Doctor Claudio E. Andino, resolvieron plantear y votar por separado la siguiente

CUESTION

¿Qué hechos se encuentran probados y cuáles no?

VOTACION

A LA UNICA CUESTION PLANTEADA: *El Sr. Juez Dr. Ramiro J. Vázquez dijo:*

Reconocidas por la demandada fecha de ingreso; motivos y fecha del egreso; lugar de trabajo, y categoría laboral, el examen de la prueba producida se circunscribirá sólo a la de los hechos controvertidos.

a. JORNADA DE TRABAJO. Dijo Rahal que cumplja horario de lunes a viernes de 9 a 16. 30 hs. Dos sábados al mes por la mañana de 8.45 hs. a 17.15 hs. Dos sábados al mes por la tarde de 15.30 hs a 24 hs. y dos domingos en el mes de 8.45 hs. a 24 hs. teniendo un franco semanal. Es decir que trabajaba todos los sábados entre seis y ocho horas después de las 13 y los djas domingo (2 en el mes en forma habitual) quince horas. Siempre que no hubiese algún acontecimiento y/o evento especial en el mes como sucedió en los siguientes meses donde la actora trabajó sin francos, todo los sábados y domingos: los primeros quince días del mes de marzo de 1995, mes de la apertura de Carrefour; quince días del mes de abril por Semana Santa; en agosto, quince días sin franco, por el Dja del Niño; los últimos quince días del mes de noviembre por el Cumpleaños de Carrefour; en el mes de diciembre por las Fiestas de Navidad y Año Nuevo. Es decir, durante todo ese tiempo la actora trabajó de lunes a lunes haciendo horas nocturnas sin tener un solo día franco.

Por su parte CARREFOUR ARGENTINA S.A. contestó que:

NIEGA que trabajara el horario que indica. Señala que cumplía horario rotativo de treinta y seis horas semanales.

Destaca que la accionada ha organizado los horarios de todo su personal en forma rotativa, a efectos de que durante todo el tiempo que el establecimiento se encuentre abierto al público en general, los distintos sectores se están cubiertos. Esta modalidad de turnos rotativos hace que el personal que cumple funciones en un horario determinado no tenga necesidad de permanecer en su puesto de trabajo un plazo mayor al de su jornada. Esta circunstancia hace que, generalmente, no se trabajen horas extra, y en las pocas oportunidades que se efectuaron las abonó en tiempo y legal forma.

Por otra parte, continúa, el trabajo prestado por la actora en sábados a la tarde no reviste por esa sola circunstancia carácter de extraordinario, si no media exceso de la jornada legal o convencional.

La prueba testimonial ratifica las manifestaciones de la actora.

Randolfi, quien fue compañera de trabajo, dijo que el horario en que trabajaban era de lunes a viernes de 8.45 hs. a 15.30 hs, pero nunca salían en horario; que un sábado trabajaban por la mañana y un domingo doce horas corridas, de 10 a 22 hs. que "supuestamente" tenían franco porque si surgía algún evento por ej. fiesta del Día de la Madre le suspendían el franco; que la docente y la actora hacían la misma jornada, pero no coincidían en los francos; que sabe que la actora tenía cistitis porque no la dejaban ir al baño; que el horario de los sábados era de 8.45 a 15.30 hs. pero se iban a las 17 hs.; que la mayoría de las veces se iban a las 17 hs. porque cerraban las cajas, hacían devoluciones, esto es acomodar la mercadería que los clientes dejaban en su lugar; que nunca vió que se reemplazara a una cajera para ir al baño; que en algún momento pidió permiso para ir al baño y la supervisora les decía que no; que debjan tener franco pero entre fiestas y Día de la Madre se suspendían y no daban francos compensatorios ni abonaban horas extra; que los domingos le pagaba adicional que figura en los recibos.

Silva declaró que ingresó a trabajar en la apertura del Hipermercado de San Justo en marzo de 1995, igual que la actora y con el mismo horario; que el horario de trabajo era de 9 menos cuarto hasta 17 o 17.30 hs. de lunes a viernes; sábados de 10 a 22 hs. y domingos de 10 menos cuarto hasta 1.30 hs. más o menos; que les dijeron que iban a tener francos compensatorios pero no se los daban por el Día de la Madre o el Día del Niño, etc., que sólo tenían uno al mes, más o menos; que también se suspendían los francos porque había mucha gente de vacaciones; que cada vez que trabajaban un domingo le pagaban ese adicional que figura en el recibo (que se le exhibe y reconoce); que tenían quince minutos para comer; que se les negaba el permiso para ir al baño; que a Mirta y Verónica les negaron permismo para ir al baño; que cerraban las cajas y tenían que reponer la mercadería que la gente dejaba y también tenían que limpiar las cajas.

Los testigos propuestos por la demandada:

Mirta Juskoski, es jefa de cajas de la demandada; que conoce a la actora desde el año 1996; sabe que la actora era cajera; que su horario era de 9 a 15.30 hs., que cuando venía el reemplazo se quedaba un poco más para hacer el conteo, pero que se retiraba entre las 15.30 y las 16 hs., también los sábados; que las cajeras tenían seis francos mensuales; que a veces trabajaban los francos y después se tomaban dos francos juntos; que la misma cajera reponía en su lugar los artículos que dejaban los clientes; que le daba permiso a las cajeras para ir al baño; que éstas llamaban a la supervisora y ésta autorizaba el cierre o las hacía reemplazar por otra; que la dicente es personal jerárquico y trabaja de acuerdo a las necesidades, habitualmente de 8.30 a 19 hs. y tiene dos francos por mes; que las cajeras ingresaban un grupo a las 15.30 hs. otro a las 16 hs. otro a las 17 hs. y otro a las 18 hs.; que no recuerda fecha en que ingresó ni en que se fue la actora.

Marja de los Angeles Castillo, quien dijo haber trabajado como cajera durante cinco meses y actualmente desempeñarse como supervisora en línea de cajas, que conoce a la actora; que ésta laboraba de 9 a 15:30 hs. de lunes a viernes y los sábados de 9 a 15.30 hs. y sábado por medio de 15.30 hs. a 22 hs. y domingos de 10 a 20 hs.; que tenían un franco semanal y domingo por medio franco; que siempre había chicas reemplazando en las cajas, si no se cerraba la caja para que pueda ir al baño.

Vázquez Conti, declaró que trabajó un año junto con la actora; que ésta era cajera en el mismo turno de 9 a 15 hs. de lunes a viernes; que trabajaban un sábado por la

mañana y otro por la tarde y un domingo todo el día; que tenjan un franco semanal y dos francos mensuales; que la testigo no recuerda bien si ingresó antes o después de la apertura del hipermercado; que cuando ella ingresó cree que Rahal ya estaba trabajando.

Marcela **Donizzetti**, trabaja para Carrefour desde marzo de 1995, igual que la accionante; que no recuerda que hacía Rahal, (pero acto seguido memoró que era cajera), que actora ingresaba a las 9 hs. y se retiraba un poco más tarde de las 15.30 hs., pero nunca más tarde de las 16 hs.; que trabajan un sábado a la mañana y uno a la tarde; que las que querían trabajar en domingo por medio iban de voluntarias, (dijo que había un listado de quienes se anotaban para trabajar voluntariamente en domingo, después dijo que no había listado de voluntarias) que no sabe si había lista de voluntarias; que los domingos se pagaba doble aparte; que no sabe por qué se fue Rahal.

Los dos testimonios propuestos por la demandante me impresionaron sinceros, espontáneos, concordantes entre sí y con el relato inicial.

En cambio los propuestos por la empleadora absolutamente descalificables, en primer lugar por la actitud reticente, evasiva y complaciente de las personas que declararon, evidenciada no solo en su lenguaje verbal sino también gestual; en segundo término por las contradicciones entre ellas mismas y por la incoherencia con la exposición del responde, (que se supone deberían abonar) amén de destacar que Juskoski (cuya declaración me impresionó específicamente mendaz) y Castillo son empleadas jerárquicas y por esa misma razón están moralmente obligadas a mantener lealtad a su empleador, circunstancia que condiciona sus dichos.

Obsérvese que la demandada explicó que los turnos de trabajo eran rotativos y las testigos trajeron otra versión: "que las cajeras ingresaban por grupo, uno a las 15.30 hs.; otro a las 16 hs.; otro a las 17 hs. y otro a las 18 hs. y a mayor abundamiento la versión más "aggiornada" (por no decir disparatada) de Donnizetti: quienes querjan trabajar en domingo iban voluntariamente!!, y más, se les pagaba doble!! (ni siquiera la demandada insinuó un doble pago).

Estos testimonios caen, sin esfuerzo, por sí mismos.

Pero hay más, controvertida la extensión de la jornada, rigen las normas procesales que imponen a quien afirma la carga de la prueba (SCBA L 42413, 29,8,89 "Sampayo Pedro A. c. COGASCO S.A. s. Dif. Haberes"; AyS 1989-III p.175, entre varios más), por ello corresponde a la actora probar la existencia y extensión de las jornadas de trabajo cuyo pago extra pretende sin que opere a tales efectos el juramento del art. 39 Ley 11.653 (SCBA L 55504, 21.3.95, "Franco María L y otros c. Semillas Basso SA s.Despido" JUBA/ISIS vers. 7.0a, sum B 43569), y aunque no se me escapa que reiteradamente la SCBA ha fallado que la falta de presentación en juicio de planillas horarias, ni de las tarjetas reloj por parte del principal no determinan la aplicación del juramento del art. 39 de la Ley 11653, ya que no habiendo obligación de conservar tales constancias ni tampoco de exhibirlas aquella circunstancia no crea presunción alguna en contra del empleador, los principios señalados no son absolutos ya que también pesa dicha carga de probar sus afirmaciones sobre quien pretende innovar en la posición de su adversario, o en caso contrario, soportar las consecuencias de omitir ese imperativo en el propio interés y, como dije, la prueba testimonial producida por la demandada resultó inepta para abonar la posición asumida en el conteste.

En síntesis, tengo por acreditada la jornada de labor denunciada por Rahal en su escrito inicial, y consecuentemente la cantidad de horas trabajadas en exceso del máximo legal que allí se expresa. ASI LO VOTO.

b. REMUNERACION. La actora practicó su liquidación en base a una remuneración de \$ 667. La demandada solo se limitó a negarla.

De la prueba pericial contable agregada a fs. 162/163, no impugnada, y a la que cabe conferirle eficacia probatoria por resultar conforme a derecho (arts. 472/474 CPCC; 63 Ley 11653), resulta que la mejor remuneración mensual normal y habitual alcanzó la suma de \$ 730,64 (sin considerar las horas extra), correspondiente al mes de junio de 1995, importe que deberá tenerse en cuenta si del análisis de las pruebas reunidas, a la luz del derecho aplicable surgieran créditos a favor de la demandante.

c. RUBROS SALARIALES RECLAMADOS. Demandó Rahal el pago de 1) haberes del mes de marzo de 1996; 2) de las vacaciones de 1995, 3) de las horas extraordinarias y 4) salarios caídos entre 22.4.96 y 5.5.96.

La demandada contestó que niega que se encuentren impagos los haberes del mes de marzo de 1996, como así también las vacaciones de 1995 ya que ellos fueron abonados en tiempo y forma oportunos.

Negó también que adeudara suma alguna en concepto de horas extraordinarias.

Obvio es recordar que la prueba del pago recae sobre el deudor. Del art. 138 LCT se desprende que cuando de pago de salarios se trata existe un medio válido de prueba que lo instrumenta: el recibo firmado por el trabajador o bien otorgado en las condiciones del art. 59 LCT.

Carrefour S.A. no acompañó los recibos de pago de los rubros en cuestión firmados por la demandante. El efecto cancelatorio del recibo suscripto por el dependiente -no agregado en autos, reitero, no puede suplirse por los asientos contables del empleador.

Conclusión, dichos conceptos se adeudan a la actora, a la fecha.

Esta conclusión es corroborada por la pericia contable. En efecto, a la pregunta de la demanda "para que informe el perito si existen constancias de pago a la actora de las vacaciones y mes de marzo de 1996" contestó "Conforme a las verificaciones efectuadas no existen constancias del pago a la actora de las vacaciones 95 ni marzo 96 pues no me fue exhibido el recibo por el pago de tales conceptos". Esta respuesta no fue observada por la empleadora.

Por los mismos fundamentos tengo también por cierto que no se abonó a la trabajadora las horas trabajadas en exceso de la jornada legal. ASI LO VOTO.

d. CERTIFICADO DE TRABAJO. No hay constancia en autos que la accionada hubiera entregado el certificado de trabajo a la actora (arts. 375 CPCC y 80 LCT). Pero tampoco probó ésta la frustración de una nueva contratación ni la imposibilidad de recibir los beneficios sociales y previsionales por la omisión incurrida por la demandada. No observo tampoco reclamo de las certificaciones en cuestión durante el diálogo telegráfico extrajudicial. ASI LO VOTO.

A LA MISMA CUESTION: La Sra. Juez Dra. Silvia M. Magherini dijo que por compartir los fundamentos expuestos por el primer votante, votaba en el mismo sentido.

A LA MISMA CUESTION: El Sr. Juez Dr. Claudio E. Andino dijo:

Coincido con las soluciones a que arriba el Sr. Juez del Primer Voto, discrepando únicamente en cuanto a los fundamentos del tema jornada en exceso al máximo legal de la actora (no así tampoco en la solución, en la que coincido).

Con referencia a las horas en exceso al máximo legal reclamadas por la parte actora, la prueba de la realización -o no- de las mismas estaba a cargo de la parte demandada a tenor del juramento del Rito prestado por la contraria (fs. 14 vta.) y lo expresamente dispuesto por el art. 6 inc. c) de la ley 11.544 que, debemos recordar, pese a su antigüedad, todavía está vigente (cfr. arts. 196 y 202 LCT).

El mencionado precepto establece: "Art. 6º: Para facilitar la aplicación de esta ley cada patrón deberá: ...c) Inscribir en un registro todas las horas suplementarias de trabajo hechas efectivas a mérito de lo dispuesto en los arts. 3, 4 y 5 de esta ley."

Son válidos todos los medios de prueba, que tendrán distinto valor de acuerdo a las circunstancias del caso. No existe razón alguna para apreciar la prueba relativa a las horas extras con mayor rigor que la relativa a cualquier otro hecho (CNAT, S.IV, setiembre 14-1987, DT 1988-A-89). En el caso rigen las reglas del art. 386 CPCCN (384 CPCCBA), pues se trata, simplemente de la prueba de un hecho con relevancia jurídica, como cualquier otro de los que se discuten en un proceso (CNAT, S. VIª, 30-05-86 en F.MADRID, "Tratado Práctico", TºII, p. 1419, nota 21).

Por otra parte, el art. 52 de la LCT t.o. ordena que en el libro especial se inscriban "los demás datos que permitan una exacta evaluación de las obligaciones" a cargo del empleador, con lo cual se señala el deber de asentar tanto el horario como la realización de horas suplementarias, reiterando lo establecido en el art. 6 de la ley 11.544 (CNAT, S.VIª, 29-06-88, DT 1988-B-1537).

La doctrina del fallo de la Casación, L. 42413 del 29-08-89, citado en el primer voto, además de no compadecerse con el plexo jurídico de aplicación, transforma al magistrado en legislador, derogando expresas normas vigentes y altera el equilibrio de poderes, por lo que no impone doctrina a mi entender, ya que es anterior a la reforma constitucional de 1994, que obliga a los magistrados en materia laboral a fallar aplicando los principios de irrenunciabilidad, justicia social, primacía de la realidad,

indemnidad, progresividad y, en caso de duda, interpretación a favor del trabajador (Const. Prov. de Buenos Aires, art. 39 inc. 3º).

La posición restrictiva no tiene justificación teórica ni práctica. Más aún, en la actualidad, en que es un hecho notorio que la mayor parte de los trabajadores (aquellos que no están desempleados), laboran jornadas más allá del límite legalmente autorizado, el examen restrictivo de la prueba de estos excesos adolece, además, de desconexión con la realidad, en perjuicio del principio de la primacía de ésta.

Al margen de ello siguen en pie los demás argumentos: a) el excesivo rigor en la valorización de extremos que, por sus propias características, son de muy difícil demostración, conduce a denegar el derecho al pago y en definitiva a incentivar, en vez de contrariar, el quebrantamiento de las reglas sobre horario por parte del empleador; b) por el contrario, en atención a las dificultades probatorias del trabajador -que se dan con carácter general y muy especialmente en materia de horas extras- corresponde adoptar una adecuada amplitud de criterio para su valoración, a cuyos efectos procede aplicar la regla in dubio pro operario; c) no hay diferencias de esencia entre el reclamo de horas extras y cualquier otro reclamo laboral por lo cual las normas sobre carga y valoración de la prueba deben ser las mismas (F. MADRID, op. cit. Tº II-1421).

Con las salvedades apuntadas, suscribo la solución propuesta en el primer voto. ASI LO VOTO.

Con lo que finalizó el Acuerdo, firmando los Señores Jueces, ante m; doy fe.

SENTENCIA:

*En San Justo, en 29 de diciembre de 1998 reunido en Acuerdo Ordinario el Excmo. Tribunal de Trabajo Nº 5 de La Matanza, a efectos de dictar SENTENCIA en estos autos caratulados "**RAHAL Laura A. c. CARREFOUR ARGENTINA S.A.**" S/ **Despido**" (Expte Nº 1829), habiendo los Señores Jueces decidido que observarían el mismo orden de votación que en el Veredicto, resolvieron plantear y votar por separado la siguiente*

CUESTION

¿Es procedente la demanda? ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

En base a los siguientes

ANTECEDENTES

1. A fs. 10/16 se presenta el Dr. Jorge ... en nombre y representación de LAURA ANDREA RAHAL promoviendo demanda contra CARREFOUR ARGENTINA S.A. por cobro de haberes adeudados e indemnizaciones por despido.

Relata que la Srta. Rahal ingresó a trabajar en relación de dependencia de la demandada en marzo de 1995, desempeñándose como cajera, y realizando como el resto de las empleadas tareas de limpieza de la caja registradora, del cajón de la misma, previo desarmado, sus puertas y gavetas, y también de los armarios de la caja central.

Cumplía horario de lunes a viernes de 9 a 16. 30 hs. Dos sábados al mes por la mañana de 8.45 hs. a 17.15 hs. Dos sábados al mes por la tarde de 15.30 hs a 24 hs. y dos domingos en el mes de 8.45 hs. a 24 hs. teniendo un franco semanal. Es decir que trabajaba todos los sábados entre seis y ocho horas después de las 13 y los días domingo (2 en el mes en forma habitual) quince horas. Siempre que no hubiese algún acontecimiento y/o evento especial en el mes como sucedió en los siguientes meses donde la actora trabajó sin francos, todo los sábados y domingos: los primeros quince días del mes de marzo de 1995, mes de la apertura de Carrefour; quince días del mes de abril por Semana Santa; en agosto, quince días sin franco, por el Día del Niño; los últimos quince días del mes de noviembre por el Cumpleaños de Carrefour; en el mes de diciembre por las Fiestas de Navidad y Año Nuevo. Es decir, durante todo ese tiempo la actora trabajó de lunes a lunes haciendo horas nocturnas sin tener un solo día franco.

Así se desarrolló la relación laboral llegando a situaciones tales como las de no poder ir al baño, ni siquiera por cinco minutos porque la encargada no le otorgaba permiso.

El 5 de mayo de 1996, encontrándose enferma concurrió al médico de planta, quien no le justificó la ausencia, sin embargo le prescribió medicación (Urote).

Resultándole imposible concurrir a trabajar por los fuertes dolores que sentía y la constante necesidad de orinar, concurrió a la Clínica Privada XX donde el médico que la atendió le indicó tratamiento médico y reposo por cuarenta y ocho horas. Por tanto, el día 6 concurrió a su lugar de trabajo a entregar el certificado y las indicaciones de su médico y se le anotició que se encontraba suspendida por tres días. Debido a esta situación remitió CD Nº 04.003.177 4 AR rechazando por falsa la causa de la suspensión y reclamando el pago del mes de marzo de 1996 y las vacaciones. Esta CD fue recibida por el empleador el día 7 de mayo (según aviso de entrega) y contestada, extemporáneamente, el 11 de mayo en los siguientes términos "Rechazamos su CD 04 003 177 recibida el 8.5.96 por falsa y maliciosa. Negamos que Ud. se encuentre enferma, así como que la receta extendida por nuestro médico justifica sus inasistencias. El 5.5.96 nuestro médico constató que Ud. se encontraba en perfectas condiciones para trabajar. Ante lo manifestado por Ud. trasladamos fecha de la suspensión aplicada oportunamente y que ratificamos a cumplirse desde el día 6.5.96 hasta el día 18.5.96 inclusive. Negamos supuesta actitud persecutoria alegada por Ud. Lo único que pretende nuestra empresa es que trabaje, y que no busque falsas excusas para sustraerse a su principal obligación. Sueldo marzo y vacaciones fueron percibidos oportunamente y el reclamo exteriorizado indebidamente demuestra su mala fe ...".

Atento la respuesta de la demandada: mantener la injustificada suspensión y negar la deuda salarial, la actora se consideró injuriada y despedida mediante CD 03.997.208 que reza "Rechazo por falsos y extemporáneos términos vuestra carta enviada por Uds. el día 11.5.96. Persistiendo su actuar injurioso y de mala fe al negarme el pago de los haberes debidos y reclamados, manteniendo indebidamente la suspensión por mí impugnada, considérome gravemente injuriada y despedida por vuestra exclusiva culpa".

Por lo expuesto, procura el cobro de la siguiente liquidación: haberes adeudados (marzo 96 y vacaciones 95) \$ 1.164,84; salarios caídos \$ 240; integración del mes de despido \$ 667; preaviso \$ 667; indemnización por despido \$1.334; aguinaldo proporcional \$ 222,33; vacaciones proporcionales \$ 200; horas extra al 50% \$ 3.545,76; horas extra al 100% \$ 1.900,80 y aguinaldo sobre rubros anteriores \$ 828,41. En total \$ 10.769,34, con más sus intereses.

Promueve además acción común por omisión de entrega de certificado de trabajo previsto por el art. 80 LCT, en tanto dicho incumplimiento de la patronal la afecta en sus posibilidades de conseguir nuevos empleos y gozar de los beneficios de la seguridad social y previsión.

Por esa razón solicita se condene a la accionada al pago de una suma resarcitoria de esos perjuicios sufridos hasta tanto cumpla con su obligación dentro del plazo que VE establezca, bajo apercibimiento de astreintes. Ofrece prueba, y solicita se haga lugar a la demanda, con costas.

2. A fs. 44/51 comparece por intermedio de letrado apoderado CARREFOUR ARGENTINA S.A.

RECONOCE fecha de ingreso de la actora; lugar de trabajo; categoría laboral - cajera-, y que el distracto se produjo por despido indirecto el 15 de mayo de 1996.

NIEGA: que cumpliera tareas de limpieza. En el caso de las tareas que cumpla la actora, siendo las cajas atendidas por sólo una cajera, al culminar su jornada por haber llegado el reemplazo o haber terminado el horario de atención al público, no existía razón alguna para que permaneciera en el establecimiento o en su puesto de trabajo.

NIEGA que trabajara el horario que indica. Señala que cumpla horario rotativo de treinta y seis horas semanales.

Destaca que la accionada ha organizado los horarios de todo su personal en forma rotativa, a efectos de que durante todo el tiempo que el establecimiento se encuentre abierto al público en general, los distintos sectores se están cubiertos. Esta modalidad de turnos rotativos hace que el personal que cumple funciones en un horario determinado no tenga necesidad de permanecer en su puesto de trabajo un plazo mayor al de su jornada. Esta circunstancia hace que, generalmente, no se trabajen horas extras, y en las pocas oportunidades que se efectuaron las abonó en tiempo y legal forma.

Por otra parte, continúa, el trabajo prestado por la actora en sábados a la tarde no reviste por esa sólo circunstancia carácter de extraordinario, si no media exceso de la

jornada legal o convencional, caso en el que únicamente es exigible el recargo por hora extraordinaria.

Por tanto NIEGA que se le adeude suma alguna en concepto de horas extra y que hubiere trabajado la cantidad de horario extraordinario que indica en la demanda.

Manifiesta que el día 5 de mayo de 1996 Rahal se presentó en el consultorio de Carrefour Argentina S.A. siendo atendida por el médico de la planta, quien ante el cuadro que presentaba le recetó la medicación indicada por la actora; sin embargo no constató sintomatología que permitiera concluir que la accionante no se encontrara en condiciones de continuar con sus tareas.

Al no presentarse ni dar aviso a sus superiores cometió una grave falta y dado sus antecedentes se resolvió imponerle una suspensión, situación por la que la demandante se consideró injuriada. Hace notar que del certificado expedido por el médico de la actora no surge las dolencias que dice padecer, lo que impide analizar su razonabilidad y el ejercicio de un control adecuado por parte de la empresa. Por ello no puede considerarse justificada la inasistencia de la trabajadora y por otro lado resulta incausada la ruptura del contrato unilateralmente decidida.

NIEGA también que la actora percibiera la remuneración que indica. Solicita se rechace la demanda, con costas.

V O T A C I O N

A LA UNICA CUESTION PLANTEADA: El Sr. Juez Dr. Ramiro José Vázquez dijo:

I. No hay controversia en cuanto a la fecha y la causa de egreso de la actora, esto es que se dió por despedida el 14 de mayo de 1996 por considerar injuriosa la conducta de su empleadora que mantuvo una suspensión incausada y negó la deuda del salario del mes de marzo de 1996 y las vacaciones del año anterior.

Corresponde entonces establecer la legitimidad de las conductas obradas por los contratantes contemporáneas al despido. Para ello es válido recordar que la relación de trabajo no es un negocio circunstancial, ni una fugaz transacción mercantil, sino que entraña vínculos sociológicos personales y permanentes. Aun originada por un hecho económico, no puede condensarse en derechos y deberes patrimoniales;

existen con ellos vínculos de orden moral y espiritual que no debemos desconocer (Perez Botija, "Curso de Derecho del Trabajo", Madrid, 1948, p. 176).

Tampoco puede soslayarse que el contrato de trabajo tiene por objeto la actividad productiva y creadora del hombre. No hay duda de que el trabajo a que se refiere la Ley tiene un valor ético, el cual está vinculado completa y directamente al hecho de que quien lo lleva a cabo es una persona, un sujeto consciente y libre. Como persona el hombre es pues sujeto del trabajo. Es decir, el primer fundamento del trabajo es el hombre mismo, su sujeto (S.S. Juan Pablo II "Laborem Exercens"). Este sentido es el que cobra el art. 62 LCT al disponer que las partes están obligadas activa y pasivamente no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad.

Los hechos sometidos a juicio: a raíz de las condiciones de trabajo impuestas por la empleadora (Veredicto) la trabajadora concurrió al consultorio médico de la empresa y el profesional que la atendió no encontró mérito para justificar su inasistencia, no obstante la medicó. Sintiendo imposibilitada de trabajar concurrió a la Clínica XXX donde se le prescribió tratamiento y reposo por 48 hs. Presentada a comunicar tal circunstancia a su principal, éste le notifica de una suspensión por tres días que la actora rechazó por CD N° 03.997.208 6AR.

Sobre el punto contestó la demandada que el día 05/05/1996 Rahal se presentó en el consultorio de Carrefour Argentina S.A. siendo atendida por el médico de la planta, quien ante el cuadro que presentaba le recetó la medicación indicada por la actora; sin embargo no constató sintomatología que permitiera concluir que la accionante no se encontrara en condiciones de continuar con sus tareas. Al no presentarse ni dar aviso a sus superiores cometió una grave falta y dado sus antecedentes se resolvió imponerle una suspensión.

Dentro del marco ético en que se inscribe el contrato laboral, ya descrito, esta actitud merece por lo menos dos reflexiones: Una, resulta contrario a la buena fe que debe presidir las relaciones entre las partes y a los deberes de colaboración y solidaridad disponer de modo inmediato la sanción decidida sin previamente intimar a la trabajadora a justificar su inasistencia, y esta conclusión resulta corroborada por la conducta asumida en el juicio desde que ninguna prueba produjo relativa al estado de salud de Rahal, pues lo menos que pudo haber aportado es el legajo médico que por

disposición del Dec. 351/79 debe llevar, y la declaración testimonial del médico de planta que la asistió, quien ni siquiera fue propuesto.

Olvidó la demandada que está obligada a adoptar las medidas que según el tipo de trabajo ... sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores.

Por otra parte, el ejercicio del poder disciplinario debe ser ejercitado con carácter funcional, esto es que la sanción debe ser razonable y proporcionada a la falta cometida, pero en el caso, se estara nuevamente sancionando faltas anteriores ya sancionadas, en violación al principio "non bis in idem". Obsérvese que dice "teniendo en cuenta sus antecedentes inmediatos se decidió suspenderla" (responde, fs. 46 vta., párr. 4).

Sin perjuicio de ello, al presentarse la actora con una constancia de su médico particular quien le indicó tratamiento y reposo, la demandada reconoció la imposibilidad de trabajar, no obstante ratificó la suspensión trasladando la fecha de cumplimiento. Otra evidencia de mala fe: pues el principal no puede considerar injustificadas las inasistencias del trabajador sobre la única base de la opinión de su propio servicio médico, contraria a la del médico de aquél (CNAT Sala II, 29.12.67, "Lugo, Victoriano c. Molinos Rjo de la Plata S.A.", LTT Tº 16 p. 1035). Por tanto, la suspensión dispuesta deviene incausada y arbitraria.

De lo detallado hasta aquí cabe concluir que el incumplimiento de los deberes de buena fe, colaboración y solidaridad, y el desconocimiento de la deuda salarial reclamada, constituyen injuria suficiente a la luz del art. 242 LCT que legitiman la decisión de la actora. ASI LO VOTO.

En consecuencia, de compartirse los argumentos expuestos precedentemente, la demanda progresará por la suma de PESOS CATORCE MIL NOVENTA Y SEIS CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS (\$ 14.096,87) por los siguientes conceptos e importes con fundamento en las normas legales que en cada caso se indica:

1) Indemnización por despido: \$ 1.888,64 (incluye promedio remuneración horas extras, SCBA, 3-06-86, Carpetas DT 2585 res. 2) + SAC x 2= \$ 4.092,06 (art. 245 LCT t.o. Ley 24013);

2) *Indemnización sustitutiva de preaviso omitido: \$1825 + SAC = \$ 1977,08 (arts. 231/232 LCT);*

3) *Diferencia d'jas trabajados en mayo '96: \$ 669,17 - \$ 125,42 (pagado a fs. 30) = \$ 543,75 (arts. 260, 103 y sgtes. LCT);*

4) *D'jas de integración del mes de despido: \$ 1.252,15 (incluye SAC) (art. 233 LCT);*

5) *SAC proporcional: (\$ 1.825 : 2 : 6 x 4,367 meses) = \$ 664,15 - \$ 192,96 = \$ 471,19 (arts. 121/123 LCT; Ley 23.041 y dto. 1078/84);*

6) *Indemnización sustitutiva de vacaciones no gozadas: \$ 1.888,64 + SAC : 25 x 5,09 d'jas = \$ 416,5656 - \$ 102,48 (pagado) = \$ 314,08 (arts. 260, 150/156 LCT);*

7) *Horas extra al 50%: \$ 3.545,76 (art. 201 LCT);*

8) *Horas extra al 100%: \$ 1.900,80 (art. 201 LCT);*

con más los intereses (art. 622 Código Civil) que se calcularán desde que cada rubro fue exigible a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de descuento a treinta d'jas, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y por aquellos d'jas que no alcancen a cubrir el lapso señalado el cálculo será diario y con igual tasa (art. 8 Ley 23.928; SCBA L 49809, 7.7.92; jd. L 48.431, 25.2.92; jd. L 49569, 7.4.92, entre varios más).

II. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 23.928 (Omitido).

III. ACCION COMUN POR ENTREGA DE CERTIFICADO DE TRABAJO (Omitido).

IV. Propongo asimismo imponer las costas a la demandada vencida (art. 19 Ley 11.653) y se regulen los honorarios...

V. Igualmente propongo condenar a la demandada a pagar la suma resultante de la liquidación a practicarse y las costas dentro del plazo de diez d'jas, mediante depósito judicial en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, Sucursal San Justo, a la orden del Tribunal y como perteneciente a estos autos (art. 277 LCT), bajo apercibimiento de ejecución (arts 48 y 63 Ley 11.653 y 497 CPCC). ASI LO VOTO.

A LA MISMA CUESTION: La Sra. Juez Dra. Silvia M. Magherini dijo que por compartir sus fundamentos votaba en el mismo sentido que el Señor Juez preopinante.

A LA MISMA CUESTION: El Sr. Juez Dr. Claudio E. Andino dijo:

Coincido, por sus fundamentos, con el primer voto con la salvedad de la tasa de intereses a aplicar, sobre la cual propongo la siguiente decisión (Vota por la tasa activa, en habitual minoría. Texto omitido)
