



nº 03 - 2010

II Seminário Internacional
sobre Políticas
Públicas, Proteção
ao Trabalhador
e Direito
Antidiscriminatório

Jónatas Eduardo Mendes Machado
Maria Celina Bodin de Moraes
Miguel Carbonell
Oscar Zas

HS Editora

**II Seminário Internacional
sobre Políticas Públicas,
Proteção ao Trabalhador e
Direito Antidiscriminatório**

Jónatas Eduardo Mendes Machado
Maria Celina Bodin de Moraes
Miguel Carbonell
Oscar Zas

HS Editora

**II Seminário Internacional sobre Políticas Públicas,
Proteção ao Trabalhador e Direito Antidiscriminatório**

Todos os direitos reservados. É expressamente proibida a sua reprodução, mesmo que parcial, sem a expressa autorização dos autores.

Editoração Eletrônica: HS Editora Ltda.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

S471	II Seminário Internacional sobre Políticas Públicas, Proteção ao Trabalhador e Direito Antidiscriminatório / Jónatas Eduardo Mendes Machado et al. – Porto Alegre: HS Editora, 2010. 15,5x22,5 cm. ; 84p. ISSN 2176-400X Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região; nº 3. 1. Direito. 2. Políticas Públicas. 3. Direito Trabalhista – Proteção ao Trabalhador. 4. Direito Antidiscriminatório. I. Machado, Jonatás Eduardo Mendes. II. Moraes, Maria Celina Bodin de. III. Carbonell, Miguel. IV. Zás, Oscar. V. Série. CDU 349.23
------	---

Catálogo na publicação: Leandro Augusto dos Santos Lima – CRB 10/1273

HS Editora Ltda

Rua Almirante Barroso, 735 conj. 302
90220-021 – Porto Alegre – RS
Fone/Fax: (51) 3346.9222
e-mail: hseditora@hseditora.com.br
www.hseditora.com.br

**ESCOLA JUDICIAL
DO TRT DA 4ª REGIÃO**

Av. Praia de Belas, 1432 – Prédio III
90110-904 – Porto Alegre – RS
Fone: (51) 3255.2683 – 3255.2684
e-mail: escola@trt4.jus.br
www.trt4.jus.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	5
Liberdade e Igualdade Religiosa no Local de Trabalho – Breves Apontamentos <i>Jónatas Eduardo Mendes Machado</i>	7
Vulnerabilidades nas Relações de Família: O Problema da Desigualdade de Gênero <i>Maria Celina Bodin de Moraes</i>	20
Los Derechos Sociales: Elementos para una Lectura en Clave Normativa <i>Miguel Carbonell</i>	34
El Despido Represalia contra el Testigo que Declara en un Proceso en el que es Parte el Empleador, con Especial Referencia al Ordenamiento Jurídico Argentino <i>Oscar Zas</i>	58

APRESENTAÇÃO

As relações entre o mundo da Academia e do mundo das Carreiras Jurídicas, ao contrário do que alguns ainda possam pensar, provavelmente mais por desconhecimento e desconfiança, do que em virtude de dados objetivos e atualizados, estão passando por um importante processo de revitalização e expansão, marcado por benefícios recíprocos e por uma dialética da complementação e retroalimentação, tudo a indicar que eventos como os que têm sido promovidos pela Escola Judicial do TRT da 4ª Região, neste caso em parceria com o Programa de Mestrado e Doutorado da PUCRS, tendem a se multiplicar. Nesta perspectiva, na condição tanto de Magistrado (no caso da Justiça Estadual do RS) quanto de Coordenador Acadêmico do Mestrado e Doutorado da PUCRS e do Curso de Especialização em Direitos Humanos e Fundamentais e Relações de Trabalho, igualmente resultado de exitosa promoção conjunta, foi com muita honra e alegria que recebi o convite que me foi formulado pelo ilustre Diretor da Escola Judicial do TRT da 4ª Região, Desembargador FLÁVIO PORTINHO SIRÂNGELO, no sentido de redigir esta breve e singela apresentação do terceiro volume dos excelentes Cadernos da Escola Judicial.

O presente volume constitui também o resultado de mais um evento conjunto (no caso, o II Seminário Internacional sobre Políticas Públicas, Proteção ao Trabalhador e Direito Antidiscriminatório, realizado em 20 de novembro de 2009), dedicado ao atual, relevante e sempre polêmico tema das políticas públicas estatais em matéria de proteção do trabalhador, com destaque para o problema complexo das diversas formas de discriminação existentes no âmbito das relações de trabalho, temática que, por sua vez, não pode mais ser objeto de uma análise descontextualizada, já que inserida na perspectiva mais ampla de um Estado Constitucional Contemporâneo, este, por sua vez, compreendido como um Estado Socioambiental e Democrático de Direito, comprometido com o princípio e dever de sustentabilidade, na sua tríplice dimensão social, econômica e ambiental, todas elas determinante (e em boa parte determinadas!) também do que hoje é o mundo do trabalho. Os palestrantes e seus respectivos temas, que agora estão – ainda que com ajustes e mesmo importantes acréscimos e atualizações – sendo publicados nestes Cadernos da Escola Judicial, apenas evidenciam a seriedade e magnitude do evento e do potencial da presente publicação para o aprofundamento da discussão, seja no plano teórico, seja fornecendo valiosos subsídios para a prática juslaboral, com a vantagem de que os temas e aportes dos autores transcendem as

fronteiras do Direito do Trabalho, revelando igualmente o quanto o Direito do Trabalho tem crescido ao longo da última Década, especialmente em virtude da intensificação do diálogo com o direito constitucional e a teoria dos direitos humanos e fundamentais.

Com efeito, sem que se pretenda tecer qualquer comentário sobre o conteúdo propriamente dito dos textos, não é qualquer obra ou periódico que pode ostentar, no que diz com a sua nominata de autores e seguindo a ordem de apresentação por ocasião do evento acima referido, os nomes de um MIGUEL CARBONEL, professor e investigador da UNAM, México (versando sobre os direitos sociais no marco neoconstitucional), do Magistrado do Trabalho Argentino e Professor OSCAR ZAS (discorrendo sobre a proteção contra a despedida arbitrária), do Professor da Universidade de Coimbra, JÓNATAS MACHADO, abordando a temática dos direitos de personalidade e proteção do trabalhador, bem como, da Professora e Jurista Carioca MARIA CELINA BODIN DE MORAES, versando sobre os danos à pessoa humana no contexto dos direitos de personalidade.

À vista de tais nomes e temas, o que nos move é desejar a todos uma proveitosa leitura e, mais uma vez, parabenizar a Escola Judicial do TRT da 4ª Região e toda a sua valorosa equipe diretiva e executiva pelo incansável e exitoso trabalho desenvolvido em prol de uma formação plural, assegurando aos Magistrados e Servidores da Justiça do Trabalho as ferramentas para uma atuação profissional ainda mais qualificada e útil para a sociedade.

Porto Alegre, abril de 2010.

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Juiz de Direito,

Professor Titular da PUCRS e da Escola da AJURIS,

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS

e do Curso de Especialização em Direitos Humanos e

Fundamentais e Relações do Trabalho.

LIBERDADE E IGUALDADE RELIGIOSA NO LOCAL DE TRABALHO – BREVES APONTAMENTOS

Jónatas Eduardo Mendes Machado

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

SUMÁRIO: Introdução; I. Liberdade religiosa e o mundo do trabalho; A. A religião e as relações laborais; B. Modelos de compreensão; 1. Teoria dos sistemas; 2. Visões do mundo; C. Liberdade religiosa; II. Liberdade religiosa do empregador; A. Pessoas colectivas de natureza religiosa; B. Pessoas colectivas não especificamente religiosas; 1. Modelo de neutralidade; 2. Modelo de tolerância; 3. Modelo multicultural; III. Liberdade religiosa do trabalhador; A. Colisões de direitos potencialmente problemáticas; B. Liberdade de expressão religiosa; C. Proibição de discriminação; D. Obrigação de acomodação; Conclusão; Obras Citadas.

INTRODUÇÃO

Muitos pensaram que a religião não sobreviveria ao processo de modernização. Todavia, a mesma resistiu ao iluminismo, ao positivismo, ao cientismo, ao darwinismo e ao materialismo. Do mesmo modo, ela superou os processos de urbanização, industrialização e proletarianização (WALD 2009, 471 ss). Também conseguiu adaptar-se à universalização da educação, ao desenvolvimento científico e tecnológico, à democratização e à economia de mercado. No século XXI a religião dá mostras de grande vitalidade nalguns dos Estados mais avançados do mundo e nas economias emergentes. Os eventos de 11 de Setembro de 2001 vieram tornar mais nítida a consciência desse fenómeno (ZAHEER 2007, 497). Talvez por perceberem a emergência de uma grave crise moral e financeira do sistema económico global, alguns falam mesmo da procura de uma nova espiritualidade do trabalho no século XXI (GOMEZ 2006, 791 ss).

Naturalmente que isso coloca problemas importantes no tocante à presença da religião no local de trabalho, seja nas relações de emprego público, subordinadas a princípios constitucionais e à prossecução do interesse público, seja nas relações de emprego privado, em que prevalecem a liberdade contratual e a prossecução de interesses particulares. Esses problemas exigem processos de ponderação de direitos e bens juridicamente protegidos dos trabalhadores, dos empregadores, da comunidade e do Estado. A liberdade e a igualdade são hoje pedras de esquina do Estado Constitucional. Tanto as constituições nacionais da generalidade dos Estados ocidentais como o direito internacional dos direitos humanos consagram a liberdade religiosa, o direito ao trabalho e o princípio da igualdade e não discriminação nas relações laborais. A harmonização da liberdade religiosa com os demais direitos relevantes no local de

trabalho constitui cada vez mais um ponto crítico da eficácia externa, ou eficácia em relação a terceiros, dos direitos fundamentais (CANOTILHO 2003, 1285 ss). Neste momento adiantaremos apenas algumas breves notas sobre esta importante temática, dando especial atenção a alguns problemas que se colocam no sector privado.

I. LIBERDADE RELIGIOSA E O MUNDO DO TRABALHO

A. A religião e as relações laborais

São muitos os pontos de contacto entre a religião e o mundo laboral. Desde logo, existem questões laborais que remetem para a discussão em torno dos valores, das quais a religião se tem ocupado ao longo dos séculos. Pense-se, nomeadamente, sobre questões éticas do mundo do trabalho que suscitam interrogações morais indissociáveis das visões religiosas e não religiosas do mundo, como sejam as respeitantes à dignidade do trabalho manual e intelectual, ao estatuto do trabalhador, às condições de trabalho, aos dias de trabalho e de descanso, ao salário, aos salários em atraso, à greve, aos objectivos prosseguidos pelo trabalho, ao apoio no caso de desemprego, doença e invalidez, à tributação, etc. (KHAN 2001, 289 ss). Um outro ponto de contacto entre a religião e o mundo do trabalho pode ver-se na influência que o pensamento judaico-cristão tem tido na conformação positiva do trabalho, em domínios como o descanso semanal, a obrigação de pagamento de salário, a proibição de imposição de condições inumanas e a noção de opressão do trabalhador como injustiça. Na verdade, muita da legislação laboral de protecção dos direitos dos trabalhadores e de combate à discriminação tem um fundo religioso (KOHLENER 2008, 975 ss).

Também deve ser assinalada a complementaridade que o trabalho e a religião podem assumir na identidade e na existência de cada pessoa. O trabalho releva como pressuposto material da existência, ao passo que a religião funciona, em muitos casos, como pressuposto espiritual da existência. Daí a centralidade que, nalguns casos, a relação entre trabalho e religião podem assumir. O trabalho é frequentemente o espaço/tempo onde a pessoa passa boa parte da sua vida. Por sua vez, a religião é para muitas pessoas um importante elemento definidor da identidade pessoal. Daí a importância da temática da religião nas relações laborais, havendo lugar a amplas áreas de sobreposição e de tensão. Por isso é importante, neste domínio, garantir o direito a não “fingir que se é outra pessoa” no local de trabalho, entendido como o direito a não ser obrigado a colocar a religião “no armário”.

Em si mesmo o tema poderá não parecer especialmente difícil e complicado. O mesmo parece colocar questões jurídicas relativamente triviais, a resolver nas águas calmas e tranquilas dos princípios constitucionais da dignidade, da liberdade religiosa e da igualdade, juntamente com os seus corolários da separação entre as confissões e o Estado e da neutralidade religiosa dos poderes públicos. No entanto, essa calma é, neste caso, perigosamente enganadora, na medida em que ela esconde a existência de questões culturais mais profundas, envolvendo a discussão em torno da diversidade cultural e os seus efeitos, da necessidade de um mínimo de homogeneidade cultural por parte das sociedades, da tensão entre a modernidade e da secularização, e da defesa dos fundamentos judaico-cristãos do Estado Constitucional em face dos desafios do secularismo militante e do islamismo político. Em derradeira análise, por detrás da afirmação desses princípios trava-se hoje uma intensa batalha cultural em

torno do seu significado e alcance (SEIFERT 2009, 530). Uma coisa é certa: o local de trabalho é, cada vez mais, um ponto crítico de teste diário da liberdade religiosa (SOSSIN 2009, 486 ss).

B. Modelos de compreensão

1. Teoria dos sistemas

Um modelo que tem sido proposto para compreender a relação entre a religião e o trabalho assenta no aproveitamento da teoria dos sistemas. Com ele pretendeu-se descrever o processo de modernização, secularização e diferenciação funcional dos vários subsistemas sociais (LUHMANN 1995). De acordo com ele, a religião deixou de fornecer uma metanarrativa de toda a vida social, sendo hoje um simples subsistema social coexistindo hoje com outros subsistemas, como a política, a economia, a ciência, a cultura, etc., todos eles dotados de códigos binários próprios e de autonomia. De acordo com este modelo de compreensão, todos subsistemas são tendencialmente estanques, embora troquem informação entre si (LADEUR e AUGSBERG 2007, 143 ss). Este modelo tem-se revelado imprestável, na medida em que subestima o modo como todos os domínios da vida social dependem uns dos outros e pressupõem, para o seu funcionamento, de determinadas visões do mundo.

Com efeito, em várias questões é possível compreender que a religião é inseparável da política (v.g. partidos democratas cristãos; partidos islâmicos), da economia (v.g. ética protestante e espírito do capitalismo; doutrina social cristã), do sistema financeiro (v.g. banca islâmica), da educação (v.g. véu nas escolas, escolas religiosas; evolução v. criação; saída da escola das crianças Amish) e do trabalho (v.g. sábado; uso de símbolos religiosos no local de trabalho). Por esse motivo, constitui uma aspiração irrealista tentar separar a religião do mundo do trabalho e da economia. Considerar a religião como um sistema autopoietico separado dos demais subsistemas sociais é tentar reduzir a realidade a um modelo abstracto pré-concebido (WALD 2009, 481).

2. Visões do mundo

Uma outra forma de compreensão chama a atenção para o facto de que todos os seres humanos, inevitavelmente, aderem a determinadas visões do mundo, ou cosmovisões, sendo isso indispensável para formarem a sua autocompreensão e se relacionarem com o mundo ambiente. Isso significa que a participação individual na religião, na política, na economia, na ciência, na cultura, etc., é indissociável de determinados axiomas ou pressuposições que repousam sempre numa base fideísta. Em muitos casos nem sequer existe a consciência clara da medida em que todos os domínios da vida social dependem de determinadas visões do mundo. Mas a verdade é que a política ou a economia, por exemplo, suscitam questões de valor acerca da vida, da moralidade, do ambiente, cuja resposta não é fornecida por qualquer código binário que lhes seja imanente, antes tem que ser procurada em determinadas visões do mundo.

De acordo com este modelo, todo o indivíduo transporta, consciente ou inconscientemente, uma determinada visão do mundo, procurando agir de acordo com ela. Isso repercute-se, naturalmente, nas relações laborais. Essa visão do mundo

pode ter aspectos religiosos, geralmente vinculados à crença numa realidade sobrenatural imaterial e supra-sensível, mas também pode assumir uma natureza não religiosa, pressupondo a existência apenas do mundo material e sentimentos éticos motivados pela consciência interior. Em qualquer dos casos, ela repousará sempre numa base de tipo fideísta. Não existe uma linha clara de demarcação entre visões do mundo religiosas e não religiosas. Os empregadores e os trabalhadores não deixarão de querer deixar marcas das suas visões do mundo no local de trabalho.

C. Liberdade religiosa

A existência e a actuação humana, pela sua natureza racional e consciente, envolve sempre a procura de um modo de compreensão da realidade. Nalguns casos, ela conduz ao desenvolvimento de uma visão sobrenatural do mundo, frequentemente inspirada na experiência individual ou colectiva registada em textos que, por esse facto, acabam por ser considerados sagrados. É assim que se forma a crença religiosa. Dada a sua centralidade na garantia da dignidade, identidade e autenticidade dos indivíduos, entendeu-se, no contexto da civilização judaico-cristã ocidental, que a mesma deveria integrar um perímetro de liberdade individual (MACHADO 1996, 13 ss).

A liberdade religiosa é um direito fundamental consagrado na generalidade dos instrumentos internacionais de direitos humanos e das constituições estaduais. A mesma é indissociável da autonomia moral e racional do ser humano, da sua liberdade de consciência, de pensamento e de expressão. Ela integra a liberdade de crença, que protege o direito de desenvolver e sustentar uma determinada visão do mundo, incluindo aqui uma visão acerca da origem, do sentido e do destino da vida humana. Daí que a mesma seja indissociável da liberdade de comportamento, incluindo aqui a prática religiosa e a adopção de normas quanto a ritos, hábitos dietéticos, vestuário e outros aspectos da conduta moral. A liberdade religiosa compreende ainda a liberdade de culto, abrangendo aqui a oração e a participação em serviços religiosos. A liberdade religiosa integra ainda a liberdade de expressão religiosa, incluindo naturalmente a liberdade de dar a conhecer as próprias crenças religiosas. A liberdade religiosa procura remover a coerção e a discriminação no domínio religioso.

Esta é geralmente conhecida por proselitismo religioso, mas não é mais do que a liberdade de expressão aplicada à esfera religiosa. A religião, para ser juridicamente relevante, deve envolver uma crença cogente, séria, sincera, coesa e importante, para o sujeito, a partir da qual se nutrem sentimentos éticos e morais tidos como objectivos. A frequência regular de serviços religiosos pode ser um bom indício de que se está perante uma crença desse tipo. Naturalmente que a liberdade religiosa não é um direito absoluto. A mesma deve ser ponderada com outros direitos e bens constitucionais que justificam a sua restrição, como sejam, neste último caso, a segurança pública, ordem pública e saúde pública.

II. LIBERDADE RELIGIOSA DO EMPREGADOR

A. Pessoas colectivas de natureza religiosa

Uma questão que se coloca, neste contexto, diz respeito à liberdade religiosa do empregador. O problema suscita-se, imediatamente, quando o empregador é uma pessoa

colectiva de natureza religiosa. Ou seja, quando é uma entidade de tendência religiosa. Quando assim é, a mesma vai reivindicar para si o direito a estabelecer relações “espirituais” de trabalho (v.g. clérigos; monges e freiras; pastores; missionários), irredutíveis a um contrato de trabalho dependente¹. Do mesmo modo, ela vai reivindicar o direito de estabelecer relações contratuais laborais apenas com pessoas que professam a mesma fé e de exigir uma lealdade qualificada (SEIFERT 2009, 556). Assim sucede, por exemplo, quando se pretende contratar unicamente professores da mesma fé (v.g. seminários; escolas religiosas). Assim, por exemplo, a uma Igreja Evangélica é legítimo exigir que o respectivo Pastor seja evangélico. Do mesmo modo, é legítimo exigir que um professor de seminário católico seja católico, um professor duma escola adventista seja adventista ou um animador da juventude islâmica seja islâmico. Nestes casos, a liberdade religiosa das pessoas colectivas, nas suas dimensões expressivas e associativas consagradas pelo direito constitucional e internacional dos direitos humanos, fundamenta inteiramente estas soluções, na medida em que as mesmas se afiguram essenciais para a salvaguarda da identidade e a prossecução das finalidades da confissão religiosa. Uma solução diferente poria em causa o conteúdo essencial da liberdade religiosa colectiva, que deixaria de ter qualquer conteúdo útil.

B. Pessoas colectivas não especificamente religiosas

Um outro problema prende-se com a questão de saber se a liberdade religiosa pode ser invocada por um empregador que se dedica a actividades não especificamente religiosas para conformar positivamente a vida da empresa, compreendendo o direito de trabalhar com outros da mesma fé na produção e transacção de bens e serviços. Por outras palavras, importa averiguar se existe um direito a criar ambientes religiosamente homogéneos ou um direito a promover uma actividade económica empresarial de acordo com um determinado ethos religioso (v.g. utilização da Sharia para estruturar a actividade de uma instituição financeira de acordo com preceitos islâmicos; promoção da leitura da Bíblia e da oração antes do início da jornada de trabalho).

Aqui responde-se a perguntas como: será legítimo exigir que o canalizador de uma Mesquita seja islâmico, o secretário de uma escola católica seja católico ou que uma professora de uma escola católica não seja mãe solteira ou lésbica? Estas interrogações remetem para outras: deve existir uma maior latitude para a autodefinição e autodeterminação religiosa do local de trabalho? Deve isso ser possível sempre que não existam danos desproporcionais para a igualdade?

¹ Neste sentido, veja-se uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça português, de 16.06.2004, envolvendo um ministro de culto, em que se entendeu não existir um verdadeiro contrato de trabalho, no sentido juslaboral do termo, mas antes um determinado estatuto pessoal confessional. Sustentou-se que “[o]s diversos elementos que, segundo critérios de normalidade, poderiam apontar para a existência de uma relação jurídica de trabalho subordinado, fazendo prevalecer essa qualificação sobre modalidades de contrato afins (retribuição, regime fiscal e de segurança social, vinculação a horário de trabalho e execução da prestação de trabalho em certo local), não tem qualquer valor indicativo quando se constate que as partes não quiseram estabelecer entre si qualquer relação de tipo contratual. Está nesse caso, o ministro do culto de uma associação religiosa que aceitou exercer o seu ministério de acordo com os fins religiosos que lhes são propostos pela respectiva confissão, integrando-se na sua estrutura organizativa, e cujos elementos de vinculação no exercício da actividade derivam de um *regime* estatutário, e não de uma relação contratual.”

Em causa pode estar, neste contexto, o direito a adoptar uma visão religiosa sobre os direitos das mulheres, sobre a orientação sexual ou sobre os costumes dos trabalhadores e dos clientes (v.g. fumo; álcool; vida familiar; comportamento sexual). Neste domínio têm sido apresentados alguns modelos para a tematização das relações entre o empregador e os trabalhadores, com incidência no plano religioso.

1. Modelo de neutralidade

Alguns sustentam que a empresa deve seguir um modelo de neutralidade, à semelhança do que sucede com um Estado não confessional, ou laico, no chamado tipo do Estado Constitucional. De acordo com este modelo, a empresa não deve tomar partido em matérias religiosas, devendo garantir ampla liberdade e a igualdade de todos os trabalhadores, procurando afastar todas as manifestações religiosas do espaço público empresarial. Este modelo repousa num conceito abstracto e formal de liberdade e igualdade religiosa, apontando para a privatização e domesticação das crenças e práticas religiosas. Numa versão mais mitigada, ele pode afirmar um princípio de pluralismo respeitador.

O local de trabalho continua a ser visto como espaço tendencialmente secularizado, dominado pela meritocracia e o profissionalismo, embora positivamente conformado de acordo com os valores da dignidade humana e do igual cuidado e respeito. Daqui resultaria a proibição de desrespeito do trabalhador religioso e não religioso, da coerção religiosa ou anti-religiosa ou do estabelecimento de uma religião no emprego (“a religião do patrão, é a religião da empresa”). Em todo o caso, pode admitir-se a presença discreta de símbolos religiosos e a comunicação religiosa no seio da empresa, desde que em termos não coercivos. O convite, pelo superior, para a participação em estudos bíblicos poderá colocar problemas de neutralidade religiosa da empresa. Já o uso de cartazes ou símbolos religiosos poderá não ser, em princípio, problemático. O contexto concreto é determinante.

Esta visão confere primazia ao interesse especificamente económico da empresa, desvalorizando as perspectivas daqueles que pretendem usar a sua actividade empresarial para promover determinadas visões éticas do mundo, da vida e da própria actividade económica. Ela é insensível à liberdade religiosa do empregador e à relação que a religião pode estabelecer com o mundo do trabalho e da economia. Do mesmo modo, ela desconsidera o facto de que a ética do trabalho moderna foi fortemente influenciada pela ética religiosa. Contudo, ela tem o mérito de não ignorar que os valores da dignidade humana e do respeito igual podem limitar, numa medida razoável, as finalidades lucrativas da empresa.

2. Modelo de tolerância

Outros entendem que a empresa pode adoptar modelo de tolerância, em que a existência de uma mundividência religiosa dominante (v.g. cristianismo, islamismo) na empresa coexiste com soluções jurídicas aptas a evitar que os trabalhadores de outras religiões ou sem religião possam ver violadas dimensões essenciais da sua liberdade religiosa positiva e negativa e prejudicadas no trabalho por causa das suas convicções. De acordo com este entendimento, um empregador pode legitimamente conformar a sua actividade empresarial de acordo com determinados princípios

religiosos, de uma forma assumida e transparente, comunicando essa intenção aos trabalhadores actuais e prospectivos.

Também há lugar aqui para um princípio de respeito pelas minorias e os indivíduos, embora dentro dos limites da tendência dominante na empresa. O uso de vestuário ou símbolos religiosos no emprego poderá obter um razoável nível de tolerância por parte da empresa e dos colegas de trabalho.

Naturalmente que o grau de tolerância poderá variar, consoante os casos. Por exemplo, poderá haver maior facilidade em acomodar práticas de religiões conhecidas e convencionais, nomeadamente admitindo símbolos religiosos discretos, ou a dispensa do trabalho no sábado para judeus e adventistas. No entanto, já será mais difícil acomodar práticas de religiões pouco conhecidas ou inconventionais, nomeadamente quando sejam idiossincráticas ou incomuns (v.g. utilização de véu ou burca; consumo de substancias psicotrópicas).

Esta perspectiva tem o mérito de conceder relevância à liberdade religiosa do empregador e de reconhecer que a actividade económica é indissociável de determinados valores e pode ser um instrumento de promoção de valores pressupostos por diferentes visões do mundo. Além disso, ela permite trazer para o mundo do trabalho e da economia outros valores, não estritamente económicos, o que pode ser benéfico para contrariar a hegemonia dos fins lucrativos e permear a economia de uma ética com fundamento transcendente. No entanto, ela não afasta os riscos de colisão entre o direito a promover um certo ethos religioso e o direito a não ser discriminado por motivos religiosos, nomeadamente quando esteja em causa a interrogação sobre crenças religiosas, a violação desproporcional do direito à liberdade e à igualdade religiosa. Também aqui haverá lugar a harmonização e concordância prática de direitos em colisão.

3. Modelo multicultural

Uma terceira hipótese residiria no acolhimento de um modelo multicultural, com garantia de plena igualdade de tratamento individual (v.g. cruces, kippah's, véus, burcas, etc., no local de trabalho). Seria um modelo com um pluralismo religioso empresarial interno mais ou menos limitado, acompanhado de pluralismo externo, com igualdade no tratamento das pessoas colectivas empresariais portadoras de diferentes visões do mundo e no respeito pelo ethos religioso das sub-culturas religiosas. A necessidade de tolerância das minorias dentro da empresa seria tanto mais enfraquecida, quanto maior fosse a possibilidade de criação de empresas subordinadas a diferentes mundividências.

Cada pessoa procuraria emprego naquela com a qual se identificasse em maior medida. Este modelo implicaria o absoluto respeito pela identidade religiosa das instituições, incluindo a admissibilidade de discriminação em função do género, da religião, da orientação sexual e estilo de vida, nestes casos mesmo de pessoal não religioso. Por outro lado, ele implicaria o respeito pelo diferente *ethos* religioso nos negócios, admitindo a subordinação da actividade económica a normas religiosas (v.g. banca islâmica). Ele afirma a possibilidade de criar ambientes de trabalho homogéneos do ponto de vista religioso, num quadro de pluralismo externo.

Esta perspectiva tem o mérito de reconhecer a complexidade multicultural das sociedades globalizadas dos nossos dias. No entanto, ela entra em rota de colisão com aqueles que pretendem usar os valores constitucionais para garantir alguma coerência valorativa e principal ao Estado e à sociedade. Além disso, ele não evita os dilemas da acomodação do multiculturalismo em Estados Constitucionais marcados por uma determinada matriz religiosa e cultural.

III. LIBERDADE RELIGIOSA DO TRABALHADOR

A. Colisões de direitos potencialmente problemáticas

Os princípios fundamentais de dignidade, liberdade, igualdade e solidariedade ínsitos no tipo do Estado Constitucional apontam para a necessidade de garantir aos trabalhadores níveis razoáveis de liberdade religiosa e de não discriminação por motivos religiosos no local de trabalho. O objectivo consiste em não colocar o trabalhador na situação de ter que optar entre a identidade religiosa e o seu posto de trabalho. Do mesmo modo, pretende-se garantir o direito a manifestar a própria religião no local de trabalho, por palavras ou actos. Naturalmente que se trata aqui de um direito que deve ser ponderado com outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, de acordo com uma metódica de ponderação proporcional de bens em colisão. Nesta linha, há muito que o Título VII do Civil Rights Act, de 1964, nos Estados Unidos, veio estabelecer a obrigação que impende sobre os empregadores no sentido de acomodarem as práticas religiosas sinceras dos seus trabalhadores. A obrigação de acomodação cessa se existir um encargo desproporcionado para a empresa (*undue hardship*).

Os riscos de colisão entre os direitos de propriedade, liberdade contratual e iniciativa económica privada do empregador, por um lado, e o direito à liberdade religiosa do trabalhador colocam-se quando este procura acomodação das suas pretensões religiosas em domínios como, os dias e horários de trabalho, pausas para meditação e oração, pausas durante o luto de entes queridos, exigências dietéticas, vestuário e penteados, uso de símbolos religiosos, participação em peregrinações, recusa de determinados exames médicos, expressão religiosa, etc. (ZAHEER 2007, 528 ss). Igualmente sensíveis são as questões envolvendo a proibição de discriminação. Pense-se, nomeadamente, na proibição de discriminação em função da religião actual ou presumida, em função da associação com pessoas (v.g. cônjuge, pais, filhos, amigos, vizinhos) de determinada religião, ou mesmo da de discriminação de pessoas da própria religião.

Em matéria de discriminação podem surgir as seguintes interrogações: é legítimo a uma empresa empregar apenas evangélicos, católicos ou cristãos? É legítimo empregar apenas religiosos? É legítimo empregar apenas ateus? É legítimo a um religioso recusar a contratação de um divorciado, uma mãe solteira, um adúltero ou um homossexual? Como bem se compreende, a solução a dar a muitos destes conflitos dependerá, em larga medida, do modelo adoptado (v.g. neutralidade, tolerância ou multiculturalidade) na definição das relações entre o empregador e o trabalhador².

² Uma norma que proíbe o uso do véu numa escola pública ou particular do ensino básico pode ser justificada com base na protecção das crianças. *Azmi v. Kirklees*, [2007] ICR 1154 (U.K.).

A amplitude da liberdade e da igualdade a reconhecer aos trabalhadores é indissociável da liberdade religiosa do empregador e da possibilidade que lhe é dada de conformar a sua empresa de acordo com a sua visão do mundo, seja religiosa seja não religiosa (SEIFERT 2009, 563 ss).

B. Liberdade de expressão religiosa

Importa tecer algumas considerações sobre a liberdade de expressão religiosa no trabalho. A expressão religiosa como imperativo religioso e prática religiosa. A mesma decorre naturalmente da centralidade que a religião pode ocupar na vida de um trabalhador e da sua tendência natural de partilhar as suas convicções com os colegas de trabalho. Os trabalhadores, passando um longo tempo juntos, tenderão naturalmente a trocar ideias sobre os mais variados assuntos (v.g. política, desporto) (BERG 1999, 959). A expressão religiosa como consequência natural da discussão dos mais variados temas no local de trabalho, nomeadamente nos intervalos previstos. O problema adquire uma relevância particular em contextos de grande imigração em que coexistem, no local de trabalho, pessoas com religiões totalmente diferentes, com entendimentos antagónicos entre si (SEIFERT 2009, 529 ss).

Deve entender-se que o trabalhador tem, *prima facie*, o direito de falar de religião no local de trabalho, não existindo um direito de veto do empregador e dos restantes trabalhadores. Falar de religião não é, por si só, impor uma religião. Do mesmo modo, cabe ao trabalhador o direito de, com base nas suas convicções religiosas, pronunciar-se sobre os mais diversos temas (v.g. aborto, homossexualidade) (JOHNSON 2005, 295 ss).

Existe uma ampla margem para a protecção do discurso religioso respeitador no local de trabalho (RUAN 2008, 1 ss). Isso decorre da liberdade de consciência, de pensamento e de expressão, direito que, recorde-se, protege mesmo o discurso chocante, perturbador e ofensivo. Com efeito, a simples ofensividade do discurso não pode ser motivo para a sua proibição, sob pena de a liberdade de expressão ficar na dependência da pura subjectividade. Do mesmo modo, a simples expressão de opiniões religiosas, mesmo veemente, não constitui uma imposição da religião aos colegas de trabalho. Muito menos se pode aceitar que o simples facto de alguém se dizer cristão, por exemplo, possa ser usado para presumir “homofobia”, “islamofobia” ou qualquer outra fobia *ad hoc* que se queira imaginar.

No entanto, casos pode haver em que a expressão religiosa ou anti-religiosa pode colocar alguns problemas. Pense-se, por exemplo, num trabalhador que é constantemente gozado e humilhado por causa da sua religião, por parte do empregador ou de colegas de trabalho de outra religião ou sem qualquer religião. O mesmo se diga do trabalhador religioso que está sempre a importunar os seus colegas com a propagação da sua religião. O assédio religioso é claramente proibido, desde que não se confunda com a legítima manifestação das convicções religiosas (DUNKUM 1996, 953 ss).

Imagine-se, ainda, um supervisor que decide repreender os trabalhadores sob a sua autoridade com cartas redigidas com uma linguagem religiosa, ou que utiliza os seus poderes como “quid pro quo” para tentar impor a sua religião aos subordinados. Pense-se, ainda, no trabalhador que decide inundar de símbolos religiosos o seu local

de trabalho, onde está em permanente contacto com clientes, fornecedores, etc. Em casos como estes parece-nos que o empregador tem o interesse legítimo em assegurar um clima na empresa favorável à produtividade e harmonia nas relações entre trabalhadores. Do mesmo modo, também os restantes colegas de trabalho têm o direito a trabalhar num clima confortável e não hostil (KAMINER 2000/2001, 81 ss). A solução deve ser aferida em função das circunstâncias de cada caso concreto³.

C. Proibição de discriminação

Quando se fala em discriminação não está em causa unicamente a discriminação directa, ou jurídica, mas também a discriminação indirecta, ou fáctica. Esta ocorre sempre que se demonstra que uma norma laboral aparentemente neutra, do ponto de vista religioso, tem um impacto discriminatório sobre uma crença religiosa (v.g. obrigação de trabalhar aos sábados ou aos domingos), criando uma posição de desvantagem para o trabalhador sem que haja, no caso concreto, uma justificação razoável e proporcional por parte do empregador⁴.

A discriminação indirecta confronta o trabalhador com a necessidade de escolher entre a sua crença ou prática religiosa e as exigências do seu trabalho. A discriminação indirecta, ou fáctica, ocorre mesmo quando não existe discriminação jurídica, isto é, quando uma norma da empresa é aplicada de maneira uniforme a todos os trabalhadores, com um impacto diferenciado sobre trabalhadores com diferentes convicções e práticas religiosas. Podem estar em causa normas, políticas ou procedimentos de uma empresa facialmente neutros, com um impacto discriminatório numa classe de trabalhadores com base na religião. Não tem que haver intenção discriminatória por parte do empregador, bastando do efeito discriminatório (CORRADA 2009, 1412 ss).

Nestes casos, o empregador deve demonstrar que as normas em causa têm uma conexão com a actividade da empresa e são necessárias. Caso contrário, as normas políticas ou procedimentos devem ser alterados. Porém, mesmo que as normas, procedimentos e políticas em causa sejam justificáveis, a proibição de discriminação pode implicar medidas de acção afirmativa (obrigação de acomodação). Se é verdade que a proibição de discriminação impede um tratamento diferenciado (desfavorável ao trabalhador) por causa da religião, também o é que a igualdade material supõe uma obrigação de acomodação que implica um tratamento diferenciado (favorável ao trabalhador) por causa da religião. Refira-se, porém, que um impacto restritivo e discriminatório pode resultar da própria legislação laboral, cabendo ao Estado demonstrar a sua necessidade e proporcionalidade (SOSSIN 2009, 491).

D. Obrigação de acomodação

Do ponto de vista teórico, a acomodação razoável da religião de uns não significa patrocínio ou apoio à religião, mas apenas promoção da igualdade e da liberdade

³ Por exemplo a exposição de um poster anti-gay pode criar um encargo excessivo à empresa e à sua política de diversidade e inclusão. *Peterson v. Hewlett-Packard Co*, 358 F.3d 599 (9th Cir. 2004).

⁴ Assim, uma norma que obrigue todos os empregadores a dispensarem os adventistas ao sábado pode ser inconstitucional por ser desproporcional. Veja-se *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940). Por sua vez, uma norma que tem como efeito obrigar um adventista a trabalhar ao sábado pode ser justificada com base em critérios empresariais. Neste sentido, *James v. MSC Cruises Ltd.*, Case No. 2203173/05 (U.K.), reportado em 157 *Equal Opportunities Rev.* (2006).

individual em sentido material. A mesma não viola o princípio da separação do Estado e das confissões religiosas ou da neutralidade (CLEARY 1998, 102 ss). Todavia, a acomodação da religião de uns pode afectar o sentimento de igualdade e justiça na empresa. Os colegas de trabalho poderão não simpatizar com a ideia de que alguém nunca trabalha ao sábado e ganhe exactamente o mesmo do que aqueles que têm que o fazer. Talvez seja por isso que alguma jurisprudência considera que existe um encargo excessivo para a empresa sempre que o custo da acomodação seja superior a um custo de *minis*, ou seja, a um custo considerado trivial. A acomodação da religião implica uma ponderação dos direitos da empresa e do trabalhador e dos direitos dos vários trabalhadores. A acomodação de um sabatista pode criar desigualdades de tratamento, se obrigar os colegas a trabalhar ao sábado⁵.

A obrigação de acomodação pressupõe a adopção de determinados critérios de ponderação. Prima facie, a empresa tem o dever de acomodar a religião dos trabalhadores e suportar os respectivos custos, desde que estes sejam de *minimis*. Este aspecto é importante, na medida em que a sobrecarga das empresas com exigências de igualdade pode ser problemática, ao menos para algumas, podendo repercutir-se na sua viabilidade e fazer perigar o direito dos demais trabalhadores ao trabalho e ao respectivo sustento. Daí que a ponderação deva atender a critérios como os custos efectivos da eventual substituição do trabalhador sabatista ou da acomodação das suas pretensões (v.f. dieta; indumentária) (ZERANGUE 1986, 1265 ss). Neste domínio parece-nos relevante atender não só aos custos patrimoniais, mas também ao impacto da acomodação na imagem da empresa⁶. Importa igualmente ter em conta a dimensão, custos operacionais e resultados positivos do empregador. Uma acomodação que pode ser muito onerosa para uma empresa pode ser irrelevante para outra. Do mesmo modo, os colegas de trabalho podem ver restringidos os seus direitos para acomodar a religião de um trabalhador, em termos razoáveis (DUVALL 2006, 1485). A acomodação não pode ter custos não exigíveis ou desproporcionais para eles. A acomodação deve procurar as alternativas menos restritivas dos direitos em presença (ZAHEER 2007, 507).

Nestas ponderações, o juiz do trabalho deve evitar a pura especulação acerca de diferentes cenários, não podendo basear as suas decisões em considerações especulativas. Por exemplo, as decisões sobre o mérito ou demérito da acomodação da religião de um trabalhador não podem basear-se em danos hipotéticos. O juiz não deve decidir na falta de elementos probatórios. A invocação de dano excessivo por parte da empresa que recusa a acomodação da liberdade religiosa do trabalhador deve ser empiricamente fundamentada. Os custos da acomodação podem ter que ser repartidos entre a empresa e o trabalhador. Por exemplo, a acomodação da religião de um trabalhador que pretenda não trabalhar nos dias festivos da sua religião pode

⁵ TWA v. Hardison [432 U.S. 63 (1977)].

⁶ Por exemplo, a apresentação no local de trabalho com um *piercing* na cara por parte de um membro da Igreja da Modificação do Corpo, violando o código de vestuário da empresa, foi vista como criando um encargo excessivo à empresa, afectando a sua imagem pública junto dos clientes. Cloutier v. Costco Wholesale Corp, 390 F.3d 126 (1st Cir. 2004).

implicar uma redução da sua remuneração⁷. Por seu lado, a mera infelicidade que a acomodação gera nos colegas de trabalho não deve, por si só, ser um veto à acomodação.

Do mesmo modo, embora o ónus da prova da impossibilidade da acomodação deva caber à empresa, existem limites ao que ela tem que provar. Tendo acomodado a religião do trabalhador de forma razoável, o empregador não tem que provar que todas as alternativas propostas pelo trabalhador seriam desproporcionais. Por esse motivo, deve privilegiar-se, na medida do possível, a via da negociação bilateral e do compromisso voluntário⁸. A acomodação da religião tem alguns custos, como sucede com outras formas de acomodação (v.g. portadores de deficiência; obrigações parentais), mas deve ser realizada em termos razoáveis e equilibrados (SMITH 2001, 1443 ss).

CONCLUSÃO

A religião é indissociável do mundo do trabalho e da economia. E ainda bem que assim é. Esse facto pode contribuir para contrariar uma visão de ambos a partir de uma compreensão reducionista do ser humano, entendido apenas como “centro de lucro” (KOHLENER 2008). Na verdade, o desenvolvimento dos princípios da liberdade, igualdade e justiça nas relações laborais deve muito à reflexão de matriz religiosa.

A presença da religião no local de trabalho obriga a um conjunto amplo de ponderações multidimensionais. A liberdade religiosa pode ser invocada por trabalhadores e empregadores. Estes podem, além disso, invocar os seus direitos de propriedade, liberdade contratual e iniciativa económica privada, juntamente com os seus interesses na promoção de um clima de produtividade. Os colegas de trabalho daquele trabalhador que invoca a sua liberdade e igualdade religiosa também têm o direito ao trabalho, em condições de liberdade, igualdade e ausência de hostilidade. Por seu lado, a comunidade no seu todo tem interesse na produtividade, mas também num nível razoável de integração social de pessoas com diferentes visões do mundo.

O direito do trabalho deve conformar este domínio de acordo com princípios de liberdade, proibição da coerção, inclusão e tolerância da diversidade por parte de empregadores e trabalhadores, prevenindo a criação de um ambiente de trabalho hostil, intimidatório ou ofensivo. No entanto, ele não deve ignorar que a satisfação de exigências de liberdade, diversidade, justiça e inclusão social pode, nalguns casos, tornar-se um fardo demasiado pesado do ponto de vista da produtividade da empresa e, em última análise, dos interesses da generalidade dos trabalhadores na manutenção do seu posto de trabalho. Também não pode esquecer-se, porém, que aqueles valores, na medida em que aumentem a felicidade pessoal de todos os envolvidos, também são susceptíveis de favorecer o aumento da produtividade e da integração social da comunidade.

OBRAS CITADAS

BERG, Thomas C. “Religious Speech In The Workplace: Harassment or Protected Speech?” *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2, 1999: 959.

CANOTILHO, J J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

⁷ Ansonia Bd. of Educ. v. Philbrook, 479 U.S. 60 (1986).

⁸ Ansonia Bd. of Educ. v. Philbrook, 479 U.S. 60 (1986).

- CLEARY, Richard C. "Religion In The Workplace: Reasonable Accommodation In Employment." *Maine Bar Journal*, 13, 1998: 102.
- CORRADA, Roberto L. "Toward An Integrated Disparate Treatment and Accommodation Framework For Title VII Religion Cases." *University of Cincinnati Law Review*, 77, 2009: 1411.
- DUNKUM, Betty L. "Where to Draw the Line: Handling Religious Harassment Issues in the Wake of the Failed EEOC Guidelines." *University of Notre Dame*, 71, 1996: 953.
- DUVALL, Melissa. "Pharmacy Conscience Clause Statutes: Constitutional Religious "Accommodations" or Unconstitutional "Substantial Burdens" on Women?" *American University Law Review*, 55, 2006: 1485.
- GOMEZ, Jose H. "All You Who Labor: Towards a Sirituality of Work for the 21st Century." *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 20, 2006: 791.
- JOHNSON, Laura M. "Whether To Accommodate Religious Expression That Conflicts With Employer Anti-Discrimination and Diversity Policies Designed To Safeguard Homosexual Rights: A Multi-Factor Approach For The Courts." *Connecticut Law Review*, 38, 2005: 295.
- KAMINER, Debbie N. "When Religious Expression Creates A Hostile Work Environment." *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, 4, 2000/2001: 81.
- KHAN, Ali. "The Dignity of Labor." *Columbia Human Rights Law Review*, 32, 2001: 289.
- KOHLER, Thomas C. "Religion In The Workplace: Faith, Action, and the Religious Foundations of American Employment ." *Chicago-Kent Law Review*, 83, 2008: 975.
- LADEUR, Karl-Heinz, e Ino AUGSBERG. "The Myth of the Neutral State: The relationship between state and religion in the face of new challenges." *The German Law Journal*, 8, 2, 2007: 143.
- LUHMANN, Niklas. *Social Systems* (trad. John BEDNATZ, Jr., Dirk BAECKER),. Traduzido por Jr., Dirk BAECKER John BEDNATZ. Stanford, 1995.
- MACHADO, Jónatas. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*. Coimbra, 1996.
- RUAN, Nantiya. "Accommodating Respectful Religious Expression in The Workplace." *Marquette Law Review*, 92, 2008: 1.
- SEIFERT, Achim. "Religious Expression in the Worlplace: The Case of the Federal Republic of Germany." *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 30, 2009: 529.
- SMITH, Peggie R. "Accommodating Routine Parental Obligation In An Era of Work-Family Conflict: Lessons From Religious Accommodations." *Wisconsin Law Review*, 2001: 1443.
- SOSSIN, Lorne. "God at Work: Religion in the Workplace and the Limits of Pluralism in Canada." *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 485, 2009: 30.
- WALD, Kenneth D. "Religion and the Workplace The Workplace: A Social Science Perspective." *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 30, 2009: 471.
- ZAHEER, Bilal. "Accommodating Minority Religions Under Title VII: How Muslims Make The Case For A New Interpretation of Section 701(j)." *University of Illinois Law Review*, 2007: 497.
- ZERANGUE, Clare. "Sabbath Observance and the Workplace: Religion Clause Analisis and Title VII's Reasonable Accommodation Rule." *Louisiana Law Review*, 46, 1986: 1265.

VULNERABILIDADES NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA: O PROBLEMA DA DESIGUALDADE DE GÊNERO*

Maria Celina Bodin de Moraes

Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ

Professora Associada do departamento de Direito da PUC-Rio

Doutora em Direito Civil

“O homem não é racional, é cultural.”

– D. HUME

SUMÁRIO: Introdução; 1. A multimilenar afirmação da superioridade do homem sobre a mulher; 2. Dignidade da pessoa humana e a convivência familiar; 3. A necessidade da lei e de outros mecanismos defensivos; Conclusão.

INTRODUÇÃO

Ao contrário do que normalmente se pensa, só recentemente a violência se tornou um problema central da humanidade. Embora presente em toda a nossa história, e provavelmente indissociável da experiência humana, foi somente a partir da modernidade, com a elaboração e difusão de valores como liberdade e igualdade, que se firmou a noção de cidadania.¹ Dela decorre que nas sociedades democráticas, ao menos teoricamente, todos têm direitos humanos – assim denominados porque inerentes à condição humana – que lhes protegem contra coerções, maus-tratos e demais atos de desumanização.

Embora sejam frequentemente usados como termos sinônimos, há quem distinga os direitos humanos dos direitos fundamentais, considerando estes últimos como “os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de um determinado Estado”. Seriam, pois, “direitos positivos de matriz constitucional”.² A principal consequência desta distinção é que os direitos fundamentais alcançam maior grau de efetivação, especialmente em face da existência

* Agradeço aos Professores Renata Vilela e Carlos Konder pelas valiosas sugestões.

¹ V. J. M. DOMENACH. *La violencia e sus causas*. Paris: UNESCO, 1981. Segundo o autor, a partir desse momento, ações que antes eram percebidas como inevitáveis na ordem do mundo, e mesmo desejáveis, passaram a ser combatidas.

² Em busca de um consenso na definição terminológica, v. Ingo Wolfgang SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 33 e ss. onde expõe criticamente os critérios de Canotilho, Pérez Luño, Villalón, Habermas, dentre outros.

de instâncias dotadas de poder de fazer respeitar tais direitos. Ora, inserindo-se esta definição na perspectiva de um direito civil constitucionalizado, percebe-se imediatamente o seu impacto nas relações interprivadas, uma vez que os destinatários da Constituição são órgãos legislativos, judiciários, executivos bem como os membros todos do corpo social.

Nas questões de gênero, salta aos olhos o problema da violência doméstica e como ele passa a dizer respeito não mais apenas à instância privada da órbita familiar mas, também e especialmente, às instâncias públicas, dotadas de poder para resguardar os direitos fundamentais dos membros da família. Com efeito, estando os direitos fundamentais positivados, a eles necessariamente se contrapõem deveres jurídicos: no direito anterior a permissividade centrava-se no casamento (quando se cunhou o ditado: em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher); já no direito atual, isto é, na ordem constitucional de 1988, o fundamento jurídico da família mudou e passou a ser a solidariedade familiar (CF, arts. 226-230).

Neste aspecto, tratou a Constituição de consignar proteção especial à família fundada no casamento, mas igualmente tutelou a união estável entre homem e mulher como entidade familiar (art. 226), as mulheres, ao afirmar sua insofismável igualdade aos homens (arts. 5º, I, e 226, § 3º, além de outros grupos cuja vulnerabilidade parece notória: as crianças e os adolescentes, os portadores de deficiências (arts. 203, V, e 227, II), os idosos (arts. 203, V, e 230) e os índios (arts. 231 e 232).

O legislador ordinário, em cumprimento ao ditado constitucional (CF, arts. 227 e 230) buscou paulatinamente diminuir a vulnerabilidade intrafamiliar com relação às crianças, aos adolescentes e aos idosos (Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, e Estatuto do Idoso, de 2003). Mais recentemente, voltou-se para a proteção específica da vulnerabilidade de gênero e sancionou – com significativo atraso em relação aos demais ordenamentos da própria América Latina – a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, chamada Lei Maria da Penha, que “cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher”.

Todavia, por se destinar unicamente à proteção de mulheres, a lei gerou imediata controvérsia: a troco de que o legislador brasileiro previra tais direitos apenas para as mulheres? E logo se questionou em alto brado: onde está o princípio constitucional da igualdade? Como fica o princípio da dignidade humana? Em consequência da exclusividade, tanto em doutrina como na jurisprudência houve quem decretasse sua inconstitucionalidade, a ponto de negar-lhe aplicação no caso concreto.³ A propósito, chegou-se a sustentar que “a lei traz regras diabólicas”,⁴ e que teríamos saído

³ O Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu provimento à apelação interposta pelo Ministério Público contra decisão do Juízo de 1º grau de Sete Lagoas que negou a vigência da Lei 11.340/2006. (TJMG. Ap. Criminal n. 1.0672.06.225215-6/001(1), Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, julg. em 10.06.2008).

⁴ Notícia publicada no site Consultor Jurídico relata entrevista concedida pelo juiz Edílson Rumbelsperge Rodrigues, de Sete Lagoas em Minas Gerais, que negou a vigência da lei em sua comarca, que abrange oito municípios da região metropolitana de Belo Horizonte, com cerca de 250 mil habitantes, ao argumento de que

“da ditadura do masculino para a ditadura de um feminino estereotipado. Um feminino que nega tudo o que é feminino”.⁵

1. A MULTIMILENAR AFIRMAÇÃO DA SUPERIORIDADE DO HOMEM SOBRE A MULHER

Os direitos das mulheres sempre estiveram muito atrasados em relação aos direitos conquistados pelos homens. A princípio, negava-se até mesmo que a mulher pudesse ter direitos. Assim, por exemplo, o fator fundamental para a superação da condição de subordinação à ordem patriarcal, o exercício do direito de propriedade foi quase totalmente impossibilitado às mulheres casadas desde tempos imemoriais até 1962.⁶

Com exceção do instituto do morgadio,⁷ destinado unicamente à nobreza, as Ordenações mantiveram a tradição romana de, morto o marido, reservar à mulher a posse de metade dos bens do casal o que possibilitava à viúva assumir a chefia da família, embora sob supervisão. À ela cabia o direito de administrar os bens dos filhos sob duas condições: que fosse nomeada tutora pelo juiz de órfãos e que um fiador se responsabilizasse pelo patrimônio da família.⁸ Da metade que pertencera ao marido, um terço podia livremente ser disposto, por testamento, pelo falecido. O restante era dividido entre os filhos, sem discriminação entre varões e mulheres.⁹ Na ausência de descendentes, ascendentes, ou parentes do marido dispostos em linha de sucessão até o décimo grau, a mulher podia até tornar-se herdeira universal dos bens do marido, pela reunião das duas partes. Significa dizer: a titularidade da propriedade podia lhe pertencer, mas para o exercício de seu direito, do direito de que era titular, era imprescindível a tutela masculina.

As mulheres brasileiras só obtiveram capacidade política em 1934 e capacidade civil plena em 1962. Antes disso, estavam sob a potestade do marido e a força do poder marital era equiparada à do pátrio poder. Com efeito, eram-lhes vedados os direitos de trabalhar, viajar ou contratar sem a necessária autorização de seu marido. Além disso, o Código Civil (1916) previa, dentre outras situações de inferioridade,

“é um conjunto de regras diabólicas” e portanto inconstitucional. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2007-out-21/lei_maria_penha_traz_regras_diabolicas_juiz>. Acesso em 21 out. 2008.

⁵ Rômulo de Andrade MOREIRA. Violência doméstica: A lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades. Disponível em http://www.conjur.com.br/2007-ago-24/lei_maria_penha_inconstitucionalidades.

⁶ O Estatuto da Mulher Casada foi considerado o primeiro passo significativo no Brasil em relação à libertação do direitos fundamentais das mulheres. Hildete Pereira de MELO e Teresa Cristina Novaes MARQUES. A partilha da riqueza na ordem patriarcal. As autoras analisam o acesso das mulheres livres à riqueza por intermédio da herança, tanto no ordenamento jurídico como na vida cotidiana. Disponível em: www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200101222.pdf. Acesso em 20.06.2009.

⁷ O morgadio, criado pelas Ordenações Manuelinas (1521), baseava-se no direito de primogenitura, em virtude do qual cabia ao primeiro filho homem herdar todo o patrimônio paterno. Pôr fim a tal direito, verdadeiro pilar do *Anciën Régime*, foi um dos objetivos centrais do *Code Napoléon*. O morgadio permaneceu em vigor no Brasil até a década de 1820.

⁸ *Código Philipino ou Ordenações do Reino*. Livro IV, Título 107: “porque a Nós pertence prover, que ninguém use mal do que tem, querendo suprir a fraqueza do entender das mulheres viúvas, que depois da morte de seus maridos desbaratam o que têm”.

⁹ Maria Beatriz Nizza da SILVA. Mulheres e patrimônio familiar no Brasil no fim do período colonial. In: *Acervo*, Revista do Arquivo Nacional, v. 9, número 01/02, janeiro/dezembro de 1996.

a possibilidade de anulação do casamento pelo marido por defloração anterior por ele ignorado,¹⁰ a possibilidade de deserção da herança paterna por “desonestidade da filha”¹¹ e até mesmo o ônus de produzir uma inominável prova negativa, qual seja, a de não ter tido possibilidade de manter relações sexuais com qualquer outro parceiro que não aquele que se pretendia investigar, como “condição para a ação” de reconhecimento de paternidade.¹²

Não apenas no âmbito da família ou do Direito, mas na própria cultura e no imaginário social se revela a imensidão dos preconceitos contra a mulher. A reputação da figura feminina mostrou-se a pior possível, ao longo dos séculos, entre filósofos, homens de letras e pensadores, teatrólogos, poetas e escritores, enfim os formadores de opinião, com raras e honrosas exceções.

A começar por um dos maiores filósofos de todos os tempos, Aristóteles, cujas formulações ainda hoje nos parecem atuais, o qual escreveu sobre a mulher na obra *Política*: “O macho é por natureza, superior, a mulher, inferior, um comanda, a outra é comandada porque sendo as virtudes equanimente distribuídas nele há a coragem da deliberação, nela a da subordinação”. Antes de Aristóteles, Demócrito de Abdera afirmara que “ser governado por uma mulher é, para o homem, a suprema violência”.¹³ E ainda Eurípedes, no *Hipólito*, segundo o qual “a mulher é o pior dos males”.

No Brasil, país essencialmente católico, o exemplo de feminilidade veio diretamente da Virgem Maria. Como foi observado, ao longo de toda a narrativa evangélica, “Nossa Senhora”, como a chamamos, nada “faz”: ela *obedece, padece, espera e chora* diante do inevitável. Até hoje são consideradas como virtudes femininas: a paciência, a emotividade, a abstinência e a resignação.¹⁴

Talvez tenha sido o que Freud não podia mesmo entender: sendo dotada apenas de virtudes negativas, de quem nada “faz”, o que poderia querer uma mulher?¹⁵ Ela, naquele momento histórico no início do séc. XX, nada quer: não quer poder, sucesso, a realização profissional, ela não tem interesses próprios além de criar os filhos de ambos porque tem medo de não servir para ser, ao menos, mulher. A teoria da inveja do pênis e da falta constitutiva corporal é uma boa explicação: a mulher pouco ou nada quer, ela está a serviço, este é o seu principal papel social: estar a serviço de um homem.

O fator biológico de que o homem é superior à mulher foi o principal argumento utilizado em toda a história da humanidade para justificar os poderes marital e patriarcal. Hoje ele nos parece medonho em sua ignorância e brutalidade e diversos

¹⁰ CC 1916, art. 178, § 1º c/c art. 219, IV.

¹¹ CC 1916, art. 1744.

¹² CC 1916, art. 363, cujo rol era considerado taxativo. Até 2002 alguns civilistas ainda sustentavam que o art. 233 do Código Civil de 1916 mantinha-se em vigor, atribuindo-se ao marido a “chefia da sociedade conjugal”, não obstante o exposto teor do art. 226 da CF acerca da igualdade dos cônjuges.

¹³ Fragmento 111 dos ditos de Demócrito.

¹⁴ O. de CARVALHO. *Símbolos e mitos no filme “O Silêncio dos Inocentes”*. Rio de Janeiro, Instituto de Artes Liberais/Stella Caymmi Editora, 1992.

¹⁵ “Nunca fui capaz de responder à grande pergunta: o que uma mulher quer?” Carta a Marie Bonaparte, como citado em *Sigmund Freud: Life and Work (1955) por Ernest Jones*, vol. 2, Pt. 2, Pt. 3, Ch. 3, Ch. 16.

são os países que legislam e executam políticas em prol da igualdade total de gênero. No entanto, ainda é assim na maior parte do mundo, em maior ou menor grau. As hipóteses são tantas que bastará lembrar os exemplos mais clamorosos: as burcas afegãs que cada vez mais passeiam por Paris, contra a vontade do presidente francês,¹⁶ a proibição de falar com homens nos países árabes, a cliterectomia em países africanos, a obrigatoriedade de andar sempre alguns passos atrás do marido na Índia e no Japão etc.

Hoje, no Brasil, estamos muito distantes de discriminações como essas. Reconhece-se amplamente a plena capacidade de direitos das mulheres, em paridade com a que é atribuída aos homens. De fato, entre as diversas conquistas operadas pela Constituição de 1988 quanto à proteção existencial de homens e às mulheres, está a de que eles devem viver em absoluta igualdade de condições tanto na vida social como naquela familiar (art. 5º, I e 226 § 3º CF), demonstrando que os direitos fundamentais de ambos, ao menos formalmente, estão muito bem tutelados no direito de família brasileiro.

A resistência à lei, ainda que não tenha justificativa, tem explicação. Na realidade, como vimos, até 1988 – portanto há pouco mais de 20 anos – os direitos concedidos à mulher, e especialmente à mulher casada, expressavam, literalmente, sua condição de inferioridade na sociedade conjugal e o status de ser superior do homem. Como na Grécia antiga, o melhor destino a que podia almejar uma mulher era passar da esfera de poder do pai-patrão para a do marido-dono.

Há muito tempo, portanto, as mulheres denunciam a sua condição de vítima da violência familiar, tendo o fenômeno do espancamento de esposas e de agressões praticadas por companheiros adquirido maior visibilidade ao cenário público a partir da criação e instalação dos conselhos dos direitos da mulher e das delegacias de defesa da mulher.¹⁷ Para muitas delas, é reconhecido que o risco é maior de serem agredidas em sua própria casa – pelo pai de seus filhos ou companheiro – que o de sofrer alguma violência fora do âmbito familiar. Dessa violência, é possível observar que a vivência cultural da família ainda está marcada por uma estrutura hierárquica que se manifesta pela distribuição desigual do poder entre os seus membros.

¹⁶ O presidente francês Nicolas Sarkozy afirmou, em junho de 2009, que as burcas, véus que cobrem todo o corpo da mulher, incluindo o rosto, não têm lugar na França: “A burca não é um símbolo religioso, é um símbolo de subjugação, da submissão da mulher. O assunto da burca não é religioso, é uma questão de liberdade e da dignidade da mulher. Eu quero dizer solenemente que ela não é bem-vinda em nosso território” discursou Sarkozy em sessão conjunta das duas casas do Parlamento. No dia seguinte, o Parlamento francês anunciou a criação de uma comissão para estudar o uso de burca na França. A comissão de 32 membros, dos principais partidos políticos da França, realizará audiências que podem resultar na proibição do uso de burca em público. O trabalho da comissão deve ser concluído em seis meses.” Disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,franca-cria-comissao-para-avaliar-uso-da-burca,391935,0.htm> >. Acesso em 2 jul.2009.

¹⁷ Embora a violência doméstica não seja um ato exclusivo do homem, convém apontar a observação de Marlise Vinagre SILVA: “Embora a violência esteja presente na relação, não sendo um fenômeno de um único vetor, mas sim um fenômeno de mão-dupla, as práticas de violência, sobretudo de violência física, da mulher em relação ao homem não são muito comuns. Quando estas ocorrem, geralmente, a situação de tensão na relação já está num nível insuportável ou ela agride seu companheiro para se defender”. (*Violência contra a mulher: quem mete a colher?* São Paulo: Cortez, 1992, p. 73).

Apesar de a Constituição Federal de 1988 ter introduzido mudanças significativas no modelo de família, impondo normas isonômicas e antidiscriminatórias, nota-se que, culturalmente, o poder físico, econômico, psicológico, social e, sobretudo, emocional continua centrado na figura do homem. Isso denota, mais uma vez, que o avanço legislativo não é suficiente para a transformação da sociedade. Assim sendo, não obstante a promulgação da lei Maria da Penha, a violência familiar praticada contra a mulher continua a representar um dos principais obstáculos para o implemento da igualdade imposta pela Constituição Federal (arts. 5º, I e 226, § 5º) e pelos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.¹⁸

A Convenção de Belém do Pará, em seu art. 1º, define violência contra a mulher como qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico¹⁹ à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada, expressando, dessa forma, que essa violência afeta a mulher em todas as suas esferas de vida: família, escola, trabalho e comunidade. São exemplos comuns dessa violência o abuso sexual, maus-tratos, aborto provocado pelas agressões, lesão corporal, constrangimento ilegal e cárcere privado. Como se pode notar, todas essas condutas constituem atos ilícitos igualmente causadores de dano moral.

Com efeito, a violência praticada contra a mulher no âmbito doméstico é capaz de lesar, simultaneamente, vários bens jurídicos protegidos, como a dignidade da sua pessoa, o respeito à sua vida, integridade física, mental e moral, sua liberdade e segurança pessoal, além de impedir e anular o exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (art. 5º, Convenção de Belém do Pará). Devendo ser compreendida integralmente como ser e sujeito de direito, pela violência a condição de pessoa da mulher fica reduzida a um *minus*, de modo a concluir que “todas as formas de violência contra as mulheres constituem uma violação a seus direitos humanos”.²⁰

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O Direito trata com prioridade, hoje, da tutela da dignidade da pessoa humana. A dignidade humana, todavia, não tem como subsistir sem a observância dos direitos

¹⁸ Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada pelas Nações Unidas em 1979 e ratificada pelo Brasil em 1984; Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher – ONU, de 20 de dezembro de 1993; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (também denominada de Convenção de Belém do Pará), aprovada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 9 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995. Além desses, outros importantes documentos são: A Conferência Internacional de População e Desenvolvimento, realizada no Cairo em 1994 (onde a noção de direitos sexuais e reprodutivos ganhou espaço) e a Declaração de Pequim firmada na IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995).

¹⁹ Sílvia PIMENTEL e Valéria PANDJIARJIAN. *Percepções das mulheres em relação ao direito e à justiça*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1996, p. 30 e ss. As autoras destacam as duas principais formas de violência praticadas contra a mulher: “(...) toda a agressão física é ao mesmo tempo uma agressão psicológica à mulher, pois fere a sua auto-estima, o que lhe acarreta graves conseqüências (...) Já a mais sutil e, portanto, a menos percebida forma de violência talvez seja a psicológica, que pode ser denominada simbólica. Atua na vítima de forma, às vezes, sorrateira, expressando a relação autoritária de poder, implicando com freqüência em frustrações, traumas e inibições, bem como reprodução deste tipo de comportamento por parte daqueles que a ela se submetem.

²⁰ Art. 7º da Declaração dos Direitos Humanos desde uma Perspectiva de Gênero - Documento nº E/CN.4/1998/NGO/3 da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas - Genebra).

humanos, garantidos por tribunais independentes, nem tampouco pode, claramente, prescindir das liberdades básicas. Dentre estas é preciso não esquecer a *liberdade contra o medo*, como recomendou Franklin Roosevelt. Liberdade do medo em relação aos constrangimentos do presente, decorrentes de nossas próprias escolhas de vida, ou seja, da discriminação; liberdade do medo quanto às incertezas diante do futuro, isto é, de uma demissão injustificada. Na realidade, a partir de determinado momento, não há mais sequer medo, deu-se já a anulação da personalidade – a autocensura e o automatismo, geralmente inconscientes, funcionam como os principais mecanismos de defesa, de proteção contra a violência, a opressão, o aniquilamento.²¹

Assim, a assimilação do conceito de homem ao de pessoa – isto é, o ser humano, pelo simples fato de sê-lo, ser por isso dotado de personalidade jurídica – é uma assimilação recente na história das civilizações, sendo este o mais fundamental dos sentidos atribuíveis à consagração jurídica da dignidade da pessoa humana. Um novo fundamento axiológico, que atribua unidade valorativa ao direito civil em harmonia com as novas representações sociais do indivíduo, de sua liberdade e autonomia. Na busca desse novo núcleo unificante do sistema, impõe-se ao civilista o desafio de restabelecer o *locos* e, sobretudo, o *valor* da pessoa humana na ordem civil.²²

O princípio constitucional visa garantir o respeito e a proteção da dignidade humana, não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e tampouco conduz ao mero oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do direito civil, de um direito que não mais encontra nos valores individualistas²³ de outrora o seu fundamento axiológico.

É num tal contexto de transição e incerteza que se torna fundamental ampliar o espaço atribuído ao princípio da dignidade da pessoa humana: seria esse o princípio capaz de atribuir unidade valorativa e sistemática a esse ramo do Direito? Instaurar o primado da pessoa humana é o principal objetivo do direito civil, sob o comando da Constituição de 1988. O respeito à pessoa humana, única em sua dignidade, mas necessariamente solidária da comunidade em que se encontra inserida, resta talvez o único princípio de coerência possível de uma democracia humanista que – se espera – venha um dia a ter alcance universal e, eis a utopia, a ele seja consagrada plena, absoluta, completa efetividade.

Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade da pessoa humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial

²¹ E. GASPARI, *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 232.

²² É o convite feito, já há tempos, por P. PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997: “Para o civilista, apresenta-se um amplo e sugestivo programa de investigação que se proponha à atuação de objetivos qualificados: individuar um sistema de direito civil mais harmonizado aos princípios fundamentais e, em especial, às necessidades existenciais da pessoa (...)”.

²³ Sob este ponto de vista, o legislador de 2002 pouco se afastou da letra do Código de 1916.

proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiências físicas e mentais, os não-proprietários, os consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade, os membros da família, os membros de minorias, dentre outros.

Do ponto de vista jurídico, como mencionado, a solidariedade está contida no princípio geral instituído pela Constituição de 1988 para que, através dele, se alcance o objetivo da “igual dignidade social”. O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.

Este é o projeto solidarista, inscrito nos princípios constitucionais fundamentais, que começa lentamente a ser realizado, seja por meio de normas que, direta e indiretamente, afrontam tais desigualdades, seja agora, também, através da destinação de recursos especificamente para tal fim.

Por outro lado, a incerteza trouxe um grande benefício, benefício este que, em perspectiva histórica, parece ter nascido mesmo no nosso século, o século das incertezas: o benefício se chama solidariedade – pela primeira vez na história da humanidade, o desenvolvimento tecnológico alcançou tal nível que parece possível a completa autodestruição de nossa espécie, de nosso planeta. Por outro lado, nos permitiu sentir que estamos todos no mesmo barco. Este sentimento, o senso de igual dignidade para todas as pessoas, é novo, não existiu no passado. Um sentimento criador de uma nova consciência moral, de uma nova ética.

Somente no nosso século os direitos das crianças, das mulheres, das minorias raciais foram tornados efetivos, o racismo e a intolerância com os nossos semelhantes passaram a ser realmente mal vistos, considerados comportamentos socialmente considerados maus.

É neste movimento que deve ser enfrentado, de modo geral, o problema da violência nas relações familiares, pois ele se constitui em um dos mais graves problemas de saúde pública e de violação de direitos humanos neste país. Neste sentido, a expressão “violência familiar” faz referência aos casos de violência ocorridos de modo geral no contexto vivencial da família. Assim abrange tanto as situações que envolvem os cônjuges (violência conjugal) e os companheiros, bem como as agressões que ocorrem entre os ascendentes e descendentes, com destaque à agressão às crianças e adolescentes que se apresentem na condição de filhos e enteados.

De fato, acusada ao longo de parte do séc. XX de ser uma instituição em crise, decadente e destinada a desaparecer,²⁴ a família, nos últimos decênios, transformou-se, passando a responder a muitas das aspirações individuais presentes no mundo ocidental.²⁵ A ideia de ambiente familiar experimenta, na contemporaneidade, um momento de esplendor, tendo se tornado um anseio comum de vida, com o desejo

²⁴ V., por todos, David COOPER, *A morte da família*. São Paulo: Martins Fontes, 1986 [1974].

²⁵ Com efeito, a afirmativa parece ser verdadeira em relação a todos os países ocidentais.

generalizado de fazer parte de formas agregadas de relacionamento baseadas no afeto recíproco.²⁶ Crise houve, mas não investiu contra a família em si; seu alvo foi o modelo familiar único, absoluto e totalizante, representado pelo casamento indissolúvel, no qual o marido era o chefe da sociedade conjugal e titular principal do pátrio poder.²⁷

Embora a modernidade tenha nascido sob a promessa de uma esfera privada como espaço de satisfação e de cuidados emocionais, esta só começou realmente a ser cumprida recentemente, quando o modelo tradicional foi posto por terra. Assim, por exemplo, na maior parte dos países ocidentais, inclusive no Brasil, o poder marital desapareceu,²⁸ tendo havido, em seguida e em consequência, a supressão da figura do chefe da família. Além disso, do ponto de vista estrutural, diversos fenômenos sócio-demográficos contribuíram para a alteração radical da vida familiar. Quanto ao casamento, por exemplo, numerosos foram os casais que passaram a coabitar, independentemente de qualquer vínculo formal; tantos outros se divorciaram;²⁹ inúmeras as crianças nascidas de pais não casados, e que, até recentemente, seriam consideradas ilegítimas. Concomitantemente, mais mulheres começaram a trabalhar fora e a compartilhar os encargos econômicos da família. Para tanto, adiaram o início da vida conjugal em prol de uma trajetória profissional, passando a ter filhos cada vez mais tarde, quando já dotadas de alguma independência financeira.³⁰

Este processo foi acompanhado de perto pela legislação e pela jurisprudência brasileiras que tiveram nas duas últimas décadas, inegavelmente, um papel promocional na construção do novo modelo familiar. Tal modelo vem sendo chamado, por alguns especialistas em sociologia, de “democrático”³¹, correspondente, em termos históricos, a uma significativa novidade, em decorrência da inserção, no ambiente familiar, de princípios tais como a igualdade e a liberdade.³²

²⁶ Segundo Elizabeth ROUDINESCO. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002, p. 198: “A família é atualmente reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições”.

²⁷ Tal era o modelo de família, concebido pela sociedade burguesa, que se consolidara desde meados do séc. XIX, fundado no casamento indissolúvel, vivido e propagado pela camada social que conduziu a passagem histórica da sociedade agrária à sociedade industrial. A família burguesa, hoje chamada de tradicional, tinha sua estabilidade garantida pela legislação civil e pelo exercício de um rígido controle social. Como se sabe, ambos os fatores alteraram-se profundamente no último quartel do séc. XX.

²⁸ O poder marital no Brasil só acabou em 1988, com a promulgação da Constituição, que estabeleceu no art. 226, § 5º, a igualdade entre os cônjuges, embora alguns autores tenham insistido em mantê-lo vivo sob o argumento de que a Constituição não havia revogado o art. 233 do Código Civil de 1916.

²⁹ Para uma análise da rotinização das separações nas classes médias brasileiras, v. Gilberto VELHO. *Nobres e Anjos*. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

³⁰ Evidentemente, o texto se refere às camadas médias da população, às quais, com efeito, se aplicam, com generalidade, as disposições dos códigos civis.

³¹ V., por todos, Anthony GIDDENS. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2000 e *A transformação da intimidade. Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Unesp, 1992.

³² Segundo Frank PITTMAN, *Man Enough: Fathers, Sons and the Search for Masculinity*, New York: G. P. Putnam's Sons, 1993, p. 6: “*Family life in Western society since the Old Testament has been a struggle to maintain patriarchy, male domination, and double standards in the face of a natural drift towards monogamous bonding.*”

No entanto, não são poucos os desafios que ainda se colocam no âmbito da construção de uma família juridicamente democrática. Um dos principais refere-se à igualdade dos cônjuges e a desigualdade concreta da mulher no âmbito das relações conjugais.

3. A NECESSIDADE DA LEI E DE OUTROS MECANISMOS DEFENSIVOS

A igualdade de gênero é condição essencial da democratização de qualquer instituição, sendo necessário pôr termo à desigualdade fática da mulher nas mais diversas situações. Os números são assustadores e, certamente, a solução do problema perpassa pela sua difusão e pela reflexão intelectual acerca de suas causas atuais. Sabe-se que a violência doméstica representa em nosso país um problema de graves proporções, configurando-se como uma questão de saúde pública já que se apresenta como uma das principais ameaças à saúde das mulheres. Os números variam, mas as pesquisas apontam que o lugar mais perigoso para uma mulher é, justamente, dentro de casa. Recentemente, a Organização Mundial de Saúde divulgou estudo indicando que cerca de 30% das mulheres entrevistadas, provenientes de lugares tão distintos quanto a cidade de São Paulo e a Zona da Mata pernambucana, afirmaram já ter sido vítimas de violência conjugal.³³

A OMS realizou em dez países, inclusive no Brasil, entre 2000 e 2003, uma pesquisa intitulada “A Saúde das Mulheres e a Violência Doméstica”. Os resultados foram divulgados em novembro de 2005 e foram considerados preocupantes. Entre 15% das mulheres ouvidas no Japão e 71% na Etiópia foram vítimas alguma vez na vida de violência física ou sexual por parte de seu parceiro, ou dos dois tipos. O relator especial da ONU sobre a violência contra a mulher, Yakin Ertürk, disse que “o estudo questiona a idéia de que o lar é o local de mais segurança, ao demonstrar que é justamente onde as mulheres são mais expostas à violência”. A OMS enumerou 15 recomendações concretas para mudar uma situação que considera “muito espalhada” e “profundamente enraizada”, apesar de oculta na maioria das vezes. Entre as recomendações estão medidas como a promoção da igualdade sexual, o aumento da segurança nos colégios, a tomada de posição por parte de líderes religiosos e autoridades civis e a inclusão de medidas contra a violência de gênero nos programas existentes de prevenção da Aids.³⁴

Um dos maiores obstáculos ao combate da violência conjugal era a falta de uma lei específica para enfrentar o problema que é também cultural, com a notória e quase ufanista associação entre masculinidade e violência. O enfrentamento do problema da violência doméstica, no Brasil, sofreu em 1995 um grave retrocesso com a submissão da lesão corporal culposa à ação pública condicionada (art. 88 da L. 9.099/95), dependendo, portanto, de representação da ofendida a ação penal relativa aos crimes, tornando-se notória a dificuldade que tal mudança, na prática, ensejou. Assim, ficou evidenciado que o legislador nacional havia relaxado no combate à violência doméstica contra a mulher, considerando-a como situação de menor potencial lesivo não obstante

³³ Disponível em <<http://www.midiaindependente.org/pt/red/2004/11/295417.shtml>>. Acesso em 15 jul. 2008.

³⁴ Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultnot/afp/ult613u181.jhtm>>. Acesso em 25 nov. 2005>. Acesso em 13 jul. 2007.

os fatos da realidade se contrapusessem veementemente a esta conclusão.

Em doutrina, criticou-se contundentemente tal opção legislativa: “com o juizado especial criminal, o Estado sai cada vez mais das relações sociais. No fundo, institucionalizou-se a ‘surra doméstica’ com a transformação do delito de lesões corporais de ação penal pública incondicionada para ação pública condicionada. Mais do que isso, a nova Lei dos Juizados permite agora, o ‘duelo nos limites das lesões’, eis que não interfere na contenda entre as pessoas, desde que os ferimentos não ultrapassem as lesões leves (que, como se sabe, pelas exigências do art. 129 e seus parágrafos, podem não ser tão leves assim). O Estado assiste de camarote e diz: batam-se, que eu não tenho nada com isso. É o neoliberalismo no Direito, agravando a própria crise da denominada ‘teoria do bem jurídico’, própria do modelo liberal individualista de Direito”.³⁵

A concretização do projeto constitucional requer um desenvolvimento que seja marcado pela efetiva tutela da dignidade da pessoa e da realização de seus valores existenciais. Mas, para alguns segmentos da sociedade, à igualdade jurídica corresponde uma desigualdade fática. Um exemplo dessa afirmação pode ser dado pela situação da mulher que, culturalmente, sempre esteve socialmente marginalizada na sociedade, encontrando-se, ainda na atualidade, na base da pirâmide da exclusão social no Brasil. O motivo reside no fato que nem a ditadura nem a democracia viabilizaram um ambiente político que pudesse promover uma efetiva inserção das mulheres na sociedade. Nem houve preocupação em eliminar os efeitos da exclusão social historicamente vivido pelas mulheres. Esse é um problema que, por vários aspectos, independe de classe social ou de educação. Na Itália, por exemplo, país considerado de primeiro mundo, a mulher ainda não pode transmitir o próprio sobrenome aos filhos e, apesar da disciplina sobre relações pessoais no casamento ter mitigado a questão, ainda tem que se apresentar socialmente com o sobrenome do marido.

Dentre todas estas hipóteses, a Lei Maria da Penha, em que pese as imperfeições que a lei possa conter – e que certamente contém – desempenha papel fundamental ao reconhecer expressamente a gravidade da violência doméstica em quaisquer casos em que haja vínculo afetivo entre a vítima e o agressor, independentemente do sexo, e por isso também em um relacionamento homossexual, e prescindindo da coabitação. Foi um passo muito importante para se resgatar a cidadania plena da mulher em uma sociedade, ainda e apesar de tudo, fundamentalmente machista.

Em especial, a nova lei veio restabelecer a situação anterior, não mais considerando a violência doméstica como de “de pequeno potencial ofensivo a lesão corporal leve e a lesão culposa”, sujeitando-a, pois, à ação incondicionada, proposta pelo MP.³⁶ Além de outras novidades, cria Juizados Especiais para os julgamentos de

³⁵ Lenio L. STRECK citado por Leticia MASSULA e Mônica de MELO, “Balanço sobre esforços e atividades dirigidas a erradicar a violência contra as mulheres na América Latina e Caribe”, Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, CLADEM/UNIFEM, 2003. Disponível em <http://www.cladem.org/portugues/regionais/Violenciadegenero/Projeto/brasil.asp>. Acesso em 22 nov. 2005.

³⁶ Aliás, o ordenamento penal brasileiro dera um passo atrás no que se refere à proteção da mulher ao regulamentar a lesão corporal culposa como crime de ação pública condicionada, com base na Lei 9.099/95.

tais casos, os chamados “Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM)”, com competência cível e criminal.

Mas é lógico que somente a lei não basta para resolver esse grave problema social.³⁷ É necessária uma mudança de postura e de mentalidade em relação a isso. Porque, se o princípio democrático impõe uma efetivação total da dignidade humana que as modernas Constituições elegeram como valor máximo do sistema normativo, corolário lógico é a ilegitimidade daquelas formações sociais que não permitem a realização plena da pessoa e que pretendem se subtrair ao controle social. Justo portanto afirmar que um ordenamento fundado no respeito da pessoa humana, não pode admitir a democracia nas ruas e o totalitarismo na vida privada.

Fato é que apesar de aplaudida, a lei está sendo objeto de muitas críticas, principalmente no sentido da sua inconstitucionalidade por violação ao princípio de igualdade. Parece haver um engano de fundo nessas críticas: a lei justamente espelha a concretização de tal princípio através da promoção da igualdade substancial entre os gêneros, ao buscar aquele princípio que de forma mais completa realiza o ditado constitucional da dignidade da pessoa humana.

Esquece-se que a dignidade humana constitui o princípio sobre o qual se baseia o ordenamento brasileiro, representando um valor normativo de relevância primordial. Valor esse que deve ser harmonizado com os princípios de solidariedade e de igualdade, uma vez que são esses princípios que permitem reforçar e garantir os direitos sociais. O respeito pela dignidade não impõe somente a tutela da igualdade, mas exige principalmente que seja concretizada a igualdade substancial, espécie em uma sociedade marcada cada vez mais por interesses econômicos.

Em contrapartida, o Código Penal de 1890 admitia o adultério do homem, somente o penalizando no caso de concubinato teúdo e manteúdo e até 1942 penalizava-se com mais rigor o adultério cometido pela esposa, sendo expressa a lei penal nesse sentido, ante a possibilidade de introduzir prole espúria no casamento. Dignidade penal e necessidade da pena: Função do legislador: a violência doméstica é o berço, o alimento e o incentivo de uma sociedade violenta.

Dos princípios constitucionais decorre que não pode encontrar espaço, no nosso ordenamento (e, tendencialmente, na vida social), a discriminação fundada sob qualquer pretexto, sobretudo se relativa à esfera da sexualidade (atributo da pessoa humana), sexualidade essa considerada como identidade (sexo atribuído no nascimento – homens e mulheres), ou considerada como orientação ou inclinação (propensão sexual dirigida a pessoas pertencentes ao sexo oposto ou ao mesmo sexo).

Assim, não sendo de se admitir, a não ser excepcionalmente, a ingerência do Estado na vida privada do indivíduo, deve-se concluir pela tutela da privacidade de cada um, também no nível da sexualidade, tanto como identidade quanto como orientação, não sendo suficiente a indiferença no que tange a esta esfera.

³⁷ O ministro Gilmar Mendes salientou que, em casos de violência doméstica contra mulheres, a Justiça deve “calçar as sandálias da humildade e consultar pessoas que são vítimas e profissionais de outras áreas. Nossas decisões, muitas vezes, têm eficácia limitada”. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-30/numero-processos-violencia-domestica-passou-150-mil>>. Acesso em 30 maio 2009.

Contudo, com violência não há que se falar em democracia, sendo sua ausência uma condição *sine qua non* para a democratização das relações familiares. Em primeiro lugar, portanto, como aspecto primordial a ser salientado, cumpre envidar todos os esforços para diminuir o quanto possível a violência física e sexual no âmbito familiar.

Ressalte-se a particular odiosidade da violência doméstica: ela é equiparável somente à tortura. A propósito, Antonio Cassese, magistrado e jurista italiano, presidente do comitê do Conselho da Europa para a prevenção da tortura, define a tortura como sendo “qualquer forma de coerção ou violência, seja mental ou física, contra uma pessoa, para extrair confissão, informação ou para humilhar, punir ou intimidar a pessoa”.³⁸ Nos casos de tortura, o tratamento desumano é sempre deliberado: uma pessoa se comporta em relação à outra de um modo tal que maltrata corpo e alma, e que ofende o sentido de dignidade da outra pessoa. Quem tortura tem a intenção de humilhar e degradar um ser humano a ponto de torná-lo “coisa”. É fácil notar, conclui Luciano Maia, que esta concepção serve bem à situação em que o autor é o marido, namorado ou amante da vítima.³⁹

CONCLUSÃO

Nenhum espaço pode ser aberto para a violência física e moral. No fundo, ela é apenas uma liberdade (real ou suposta) que se opõe e pretende submeter outros. O enfrentamento desta violência deve ser comparado à luta pelo abolicionismo. O país pouco mudou em sua mentalidade machista, violenta, oportunista e imediatista.

Daí ser oportuno traçar um breve quadro de comparação com a sociedade escravocrata nacional. Como se sabe, carregamos a vergonhosa mancha de ter sido o último país a acabar com a escravidão. Com efeito, o processo da abolição no Brasil foi “ambíguo e lento” porque, segundo José Murilo de Carvalho “a sociedade estava marcada por valores de hierarquia, de desigualdade; marcada pela ausência dos valores de liberdade e de participação; marcada pela ausência da cidadania.”⁴⁰

Esclarece o historiador: “Era uma sociedade em que a escravidão como prática, senão como valor, era amplamente aceita. Possuíam escravos não só os barões do açúcar e do café. Possuíam-nos também os pequenos fazendeiros de Minas Gerais, os pequenos comerciantes e burocratas das cidades, os padres seculares e as ordens religiosas. Mais ainda: possuíam-nos os libertos. Negros e mulatos que escapavam da escravidão compravam seu próprio escravo se para tal dispusessem de recursos. A penetração do escravismo ia ainda mais fundo: há casos registrados de escravos que possuíam escravos. O escravismo penetrava na própria cabeça escrava. Se é certo que ninguém no Brasil queria ser escravo, é também certo que muitos aceitavam a idéia de possuir escravo”.⁴¹

A comparação com os escravos não é um acaso. Segundo dados recentes, as mulheres do mundo são a maioria da população (51%), trabalham 60% das horas

³⁸ Luciano Mariz Maia. A tortura no Brasil: a banalidade do mal. In: R. Pinto Lyra (Org.). *Direitos humanos. Os desafios do século XXI*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 165 e ss.

³⁹ Idem, ibidem.

⁴⁰ Disponível em <brasiliavirtual.info/tudo.../abolicionismo-no-brasil>. Acesso em 21.03.2009.

⁴¹ Idem, ibidem.

trabalhadas, recebem 10% da renda e são proprietárias de 1% dos bens mundiais.⁴²

Joaquim Nabuco, no Abolicionista, sustenta a tese de que no Brasil cidadania e escravidão enlaçavam-se estreitamente: “a maioria dos cidadãos brasileiros era de mestiços políticos, nos quais se combatem duas naturezas opostas: a do senhor de nascimento e a do escravo domesticado”. Assim, aqui até o ar que se respirava era servil. A mais importante consequência dessa concepção era que a abolição legal constituía apenas o primeiro passo da campanha abolicionista. O senhor e o escravo continuariam a coexistir dentro do cidadão brasileiro e a abolição dessa convivência, isto é, da escravidão interna, era tarefa para anos de esforço no sentido de reformar o caráter, o civismo, a religião, o Estado.⁴³

O mesmo se pode dizer da violência doméstica uma vez que a mulher ocupa justamente o lugar que um dia foi do escravo. E o marido se comporta, também aqui, como uma mistura de protetor e agressor, de Dr. Jekyll e Mr. Hyde, assumindo ora uma, ora outra personalidade. E assim como os “escravos dos engenhos nordestinos não só não se revoltavam contra sua condição como revelavam gratidão ao senhor a quem tudo davam. Eles perdoavam a dívida do senhor, anistiando assim os países que se construíram com base escravidão”⁴⁴ também as mulheres, embora atingidas em cheio em sua dignidade (e, portanto, sua liberdade, sua igualdade, sua integridade física e psíquica e a solidariedade familiar), normalmente sequer pedem reparação por dano moral (talvez seja esse o único caso em que as ações são raras...), sendo a impunidade, ao menos antes da promulgação dessa lei, uma certeza e, consequentemente, um modelo de comportamento.

De fato, com o agravante de sua frequência altíssima, a violência doméstica é um crime que não só atinge a vítima, mas todos ao seu redor, principalmente as crianças, que tem ali um exemplo consolidado de desigualdade, de degradação, de coisificação, fazendo a mulher, o homem, os filhos, e a vizinhança toda reconstatarem, a cada vez que ocorre, a inferioridade de um gênero e a superioridade do outro. Do ponto de vista social é, a um só tempo, o berço e o combustível da violência em que estamos afundando.

A lei Maria da Penha é extremamente bem-vinda e terá, espera-se, um valoroso efeito pedagógico para a sociedade brasileira. No entanto, como se sabe, a criminalização das condutas não é uma solução e a longo prazo normalmente agrava os problemas que pretendia resolver. Deseja-se, assim, que faça como os bons hóspedes: que tenha uma curta estadia.

⁴² Disponível em <www.pacs.org.br/.../20090107072922_printedserisesemeandoc2VtZWFuZG8xMC5wZGY=.pdf>. Acesso em 22 mar. 2009.

⁴³ José Murilo de CARVALHO, *Saudade de escravo*. São Paulo: Folha de São Paulo, 2 de abril de 2000.

⁴⁴ Idem, *ibidem*.

LOS DERECHOS SOCIALES: ELEMENTOS PARA UNA LECTURA EN CLAVE NORMATIVA*

Miguel Carbonell
IIJ-UNAM

SUMÁRIO: 1. Fundamento, justificación y antecedentes históricos de los derechos sociales; el modelo del Estado social; 2. El individuo indefenso; 3. Los nuevos riesgos sociales; 4. El papel del Estado; 5. El Estado social como Estado constitucional; 6. Hacia una visión normativa de los derechos sociales; 6.1. El contenido de los derechos sociales; 6.2. La exigibilidad procesal; 7. Estrategias de exigibilidad de los derechos sociales; 7.1. El tema de las diferencias estructurales entre derechos sociales y derechos civiles; 7.2. Las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales; 7.2.1. Obligaciones generales; 7.2.2. Tomar medidas adecuadas; 7.2.3. Creación de recursos legales para defender los derechos sociales; 7.2.4. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad; 7.2.5. Destinar el máximo de recursos disponibles; 7.2.6. Periodos de crisis y niveles mínimos de los derechos sociales; Conclusión.

Desde hace décadas, la teoría constitucional tiene entre sus problemas más importantes el tema de la eficacia de sus normas. Aunque se trata de una cuestión que afecta, en general, a todas las normas constitucionales, el problema se hace más agudo tratándose de los derechos sociales.

En las páginas que siguen se ofrece una explicación de las dificultades que enfrentamos al intentar hacer eficaces las normas constitucionales a partir de una lectura histórica y conceptual de los derechos sociales y del modelo de Estado que los puede hacer realidad: el Estado social.

1. FUNDAMENTO, JUSTIFICACIÓN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS DERECHOS SOCIALES: EL MODELO DEL ESTADO SOCIAL

Cualquier análisis sobre los derechos sociales debe tomar en cuenta o partir de la base de que, para poder ser realizados en la práctica, tales derechos requieren de un cierto modelo de organización estatal¹, de una serie de precondiciones de carácter

* Este texto fue presentado en el *II Seminário Internacional sobre Políticas Públicas, Protecção ao Trabalhador e Direito Antidiscriminatorio*, Escola Judicial del Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Porto Alegre, 20 de noviembre de 2009. Agradezco la generosa invitación a dicho seminario que me fue formulada por Flavio Portinho Sirangelo y por Ingo W. Sarlet.

¹ Gerardo Pisarello señala, con razón, que “Desde su irrupción como categoría histórica y teórica, la suerte de los derechos sociales ha estado anclada a la del propio Estado”, “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales” en Carbonell, Miguel (compilador), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002, p. 115.

psicológico y de una base axiológica que permita reconocer el deber moral de hacernos cargo de las necesidades de los demás. Ninguna de las tres cuestiones mencionadas se encontraba presente en el primer constitucionalismo, en parte debido a que no lo permitían sus antecedentes históricos más inmediatos. El surgimiento y consolidación de los derechos sociales, con todos los problemas y limitaciones que se quiera, es un aspecto propio de los ordenamientos jurídicos desarrollados, aquellos que han acogido –al menos como ideal- al paradigma del neoconstitucionalismo².

Los presupuestos necesarios para dotar de eficacia práctica a los derechos sociales y a las normas constitucionales que los contienen se pueden agrupar conceptualmente en la noción de “Estado social”, dado que su nacimiento, desarrollo y expansión es una condición esencial para la existencia de los propios derechos sociales³.

Para explicar el surgimiento y la crisis del Estado social hay muchas teorías, cada una de las cuales emplea un diferente método de análisis y encuentra una determinada forma de justificación⁴. Es muy posible que a varias les asista parte de razón, pero que ninguna pueda reclamar para sí el monopolio de la verdad en esta materia; en el estudio de procesos históricos marcados por una gran complejidad, que se desarrollan de forma desigual en cada país y que están sujetos a avances y retrocesos, quizá sea más útil tomar perspectivas de varias aproximaciones teóricas, más que centrarse en algún punto de vista; esto es lo que se hará en las páginas siguientes.

Las principales justificaciones del surgimiento del Estado social pueden dividirse, siguiendo a Contreras Peláez, en pluralistas y marxistas⁵.

Las justificaciones pluralistas pueden ser divididas, a su vez, en funcionalistas y conflictualistas. Para las primeras el Estado social surge como respuesta a necesidades objetivas suscitadas por la modernización socio-económica; es decir, en la medida en que el sistema económico va evolucionando y los trabajadores se especializan y emigran a las ciudades, el sistema político debe responder a través de la generación de los contenidos característicos del Estado social. El punto de vista conflictualista defiende que el Estado social es el producto de la presión política de los sectores más desfavorecidos, que a su vez es generada por la ampliación del sufragio y por el ejercicio del derecho de asociación, que permite una acción más eficaz de la clase obrera a través de los sindicatos.

Por su lado, las justificaciones marxistas también pueden ser divididas en funcionalistas y conflictualistas. Para las primeras el Estado social es la respuesta a

² Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta, 2009; id., *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.

³ Hay que señalar, sin embargo, que la idea de los “derechos sociales” como derechos de rango constitucional es previa al surgimiento del Estado social. Lo que sucede es que dicha idea no puede ser llevada a la práctica de forma completa y coherente justamente por la falta de las estructuras estatales que lo permitan; el surgimiento del Estado social vendrá a significar, entonces, la posibilidad de realizar en la práctica esa idea de los derechos sociales como derechos que deben ser tutelados por el sistema constitucional. Al respecto, Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 72 y ss.

⁴ Además de las obras que se mencionan en las siguientes notas, un buen panorama introductorio puede ver en Esping-Andersen, Gosta, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000.

⁵ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996, p. 12.

ciertas exigencias estructurales del capitalismo maduro⁶; entre esas exigencias se encontraba, por ejemplo, la necesidad de asegurar la reproducción de la fuerza de trabajo, la necesidad de integrar al movimiento obrero dentro del sistema, abortando cualquier intento de acudir a la vía revolucionaria, etcétera. Para las visiones marxistas conflictualistas el Estado social sería el resultado de una serie de conquistas del proletariado y constituiría un episodio intermedio en la lucha de clases.

Como quiera que sea, el surgimiento del Estado social se da en un contexto histórico en el que están presentes las siguientes tres condiciones⁷:

A) El individuo es incapaz de satisfacer por sí sólo, o con la ayuda de su entorno social más inmediato, sus necesidades básicas;

B) Surgen riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por las vías tradicionales, basadas en la responsabilidad individual;

C) Se desarrolla la convicción social de que el Estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar; si el Estado no cumpliera con esa obligación, se pondría en duda su legitimidad.

Al tratarse de condiciones, por decirlo de alguna manera, *estructurales* para el desarrollo del Estado social, conviene detenernos brevemente en cada una de los tres incisos que se acaban de enunciar.

2. EL INDIVIDUO INDEFENSO

En las sociedades primitivas, y aún en las sociedades rurales pre-modernas, los individuos seguramente estaban tanto o más indefensos que los habitantes de nuestras sociedades contemporáneas. En los tiempos recientes esa indefensión ha tomado relevancia debido a: a) el cambio en las condiciones físicas o biológicas de nuestra vida social; b) la modificación de la estructura económica relacionada con las condiciones de trabajo; y c) un replanteamiento de las redes de asistencia social. Vamos por partes.

Respecto a las condiciones biológicas, hay que constatar que las personas hoy en día pueden vivir muchos más años que hace unos siglos; esto constituye un avance en toda regla y es uno de los signos más positivos de la modernidad, logrado en buena medida por el desarrollo de las ciencias médicas. Sin embargo, ocurre que al vivir más tiempo, se multiplican las “situaciones de dependencia” y aumenta el porcentaje de individuos que se encuentran en tales situaciones⁸. La vejez, la invalidez y las enfermedades crónicas son fenómenos de nuestro tiempo, que no existían prácticamente en las sociedades antiguas.

Además de eso, el desarrollo de las formas de trabajo y el propio desarrollo tecnológico han propiciado el surgimiento de situaciones “artificiales” de dependencia, como el desempleo, la jubilación obligatoria o el alargamiento de los periodos de formación antes de acceder al mercado de trabajo⁹.

⁶ Sobre este tema había insistido, desde sus primeros trabajos, Jürgen Habermas; por ejemplo en su libro *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1975.

⁷ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 13.

⁸ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 13.

⁹ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 14.

Conforme avanza el proceso de urbanización de las sociedades, las personas se vuelven más indefensas, ya que son incapaces de proveerse por sí mismas de los bienes básicos. Mientras que en las sociedades rurales abundaban los esquemas de auto-abastecimiento en el seno de las familias o de comunidades un poco más amplias, en la vida urbana es casi imposible que una familia pueda auto-generar su propia comida, su ropa, su vivienda y así por el estilo. Se requiere de la ayuda exterior, ya que el habitante de las ciudades es “un ser del todo desamparado”¹⁰.

Hay una gran diferencia en el sujeto de los derechos sociales propio del siglo XX y la imagen del trabajador del siglo XIX, que tenía una escasa o nula cualificación, que recién había emigrado del campo a la ciudad, que tenía una familia numerosa al no haberse desarrollado los métodos de control de la natalidad y que carecía de la protección de las reglas que luego iban a desarrollarse en materia de ingreso y estabilidad laboral¹¹.

Bajo el nuevo esquema al que me estoy refiriendo, las personas ya no dominan su espacio vital, aunque gozan de una mayor amplitud para realizar sus planes de vida; una amplitud propiciada en primer lugar por el alargamiento de los años de vida, y en segundo término por los desarrollos tecnológicos que han puesto a su disposición una serie de comodidades que hasta hace poco eran impensables. Pero ese nuevo entorno no es un entorno que dominen, sino que está determinado por la concurrencia de otras personas y por la prestación de un sinnúmero de servicios esenciales para la sociedad en su conjunto. Hoy como nunca los unos dependemos de los otros y no solamente de nuestro entorno más inmediato como lo era antes la familia o la gente de nuestra comunidad más inmediata.

Tanto las nuevas condiciones biológicas como las que tienen que ver con la forma de organización laboral desbordan las rutas tradicionales de asistencia social, basadas en la caridad o en el apoyo de la familia, y requieren necesariamente de apoyos exteriores; estos apoyos, a su vez, deben ser institucionalizados para operar eficientemente y gozar de la amplitud necesaria que les permita abarcar a grandes grupos sociales. Es entonces cuando el Estado comienza a hacerse cargo, desplazando de esa forma a las anteriormente conocidas formas de compasión y socorro cristianos, y creando lo que se ha llamado la “burocratización de la compasión”¹².

3. LOS NUEVOS RIESGOS SOCIALES

En las sociedades contemporáneas nos enfrentamos a riesgos que o no estaban presentes en las sociedades pre-modernas o bien no se consideraban relevantes para el ordenamiento jurídico, de forma que se dejaba a las personas libradas a su propia suerte.

Contreras Peláez recuerda al menos cuatro *factores de vulnerabilidad* que han generado respuestas jurídicas más o menos contundentes durante el siglo XX:

¹⁰ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 15-16.

¹¹ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 18.

¹² Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 14.

a) El *desempleo*, que ha producido el surgimiento de políticas económicas de pleno empleo, seguros contra el desempleo, redes de asistencia social e incluso de pensiones desligadas del carácter de trabajador que pueda o no tener el beneficiario, etcétera;

b) La *crisis de la familia*; el modelo actual de familia presenta muchas diferencias con respecto al modelo anterior; su nueva organización requiere de formas de auxilio externo, que permitan que se haga frente a los riesgos sociales colectivamente, sobre todo en el caso de familias monoparentales (un adulto viviendo con menores de edad), familias de ancianos, familias que tienen a su cargo personas con discapacidad, etcétera¹³;

c) el *factor del sexo*, que ha generado procesos de “feminización de la pobreza”, que afecta principalmente a madres solteras, madres con familia numerosa y bajos ingresos y a ancianas que viven solas; y

d) la *inmigración*; en la actualidad, son los inmigrantes uno de los eslabones más débiles de las sociedades desarrolladas, pues en ellos se presentan, acentuadas, varias de las anteriores características: desempleo, desintegración familiar, exceso de cargas para la mujer, escasa preparación para el trabajo, dificultades de integración social, etcétera¹⁴.

Aparte de lo anterior, algunos desarrollos tecnológicos han contribuido también a generar nuevos riesgos sociales; esto se percibe claramente al analizar el aumento de los accidentes de trabajo o las enfermedades derivadas de riesgos laborales. La tecnología incide, a veces negativamente, en el disfrute de los derechos fundamentales¹⁵.

Tradicionalmente, la responsabilidad por los riesgos personales era de carácter individual; es decir, quien causaba el daño era el obligado a repararlo: se trata del clásico esquema de la responsabilidad civil. Con el paso del tiempo y el aumento de los riesgos como consecuencia del desvalimiento del individuo, se consideró que era necesario cambiar este esquema para avanzar hacia una “socialización del riesgo”, es decir, hacia la creación de mecanismos institucionales que fueran capaces de responder frente a los riesgos sociales.

Para tal efecto, el Estado debe actuar en dos frentes: la promoción del bienestar y la atenuación o compensación del sufrimiento¹⁶. Lo anterior conlleva la necesidad de que el Estado actúe frente al infortunio (accidentes de trabajo) y frente a la necesidad (seguro de desempleo, pensiones de viudedad, por jubilación, por incapacidad, etcétera). De esta manera, surgen lo que hoy conocemos como los modernos sistemas de seguridad social, que encuentran sus antecedentes en las “Leyes de Bismarck”,

¹³ Beck-Gernsheim, Elisabeth, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Barcelona, Paidós, 2003.

¹⁴ Ver sobre el tema de la migración y los derechos fundamentales, Carbonell, Miguel, “Libertad de tránsito y fronteras: la gran cuestión del siglo XXI” en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coordinadores), *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, IJ-UNAM, 2007, pp. 103-124. Sobre la migración y las fronteras, puede verse el excelente ensayo de Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales*, Madrid, Trotta, 2006.

¹⁵ Doménech Pascual, Gabriel, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Madrid, CEPC, 2006.

¹⁶ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 22.

dictadas a partir de 1883; entre ellas se encuentran la Ley de seguro de enfermedad y maternidad de 1883, la Ley de accidentes de trabajo de 1884 y la Ley de seguro de enfermedad, jubilación y defunción de 1889¹⁷.

La seguridad social, tanto por medio de la asistencia en caso de siniestro o la cobertura de riesgos (accidentes laborales, acceso a medicinas, etcétera), o bien a través de la cobertura de situaciones de necesidad (vejez, invalidez, etcétera) es una de las claves y de los signos distintivos del Estado social; quizá sea su nota más presente y representativa, pues a pesar de los varios modelos que existen de Estado social y de las diferentes configuraciones que cada uno de ellos puede tener en un contexto histórico o geográfico, lo que es obvio es que no puede hablarse de Estado social si no se cuenta con un sistema de seguridad social. Como lo señala Benda, la “Seguridad social es una expresiva traducción del postulado del Estado social”¹⁸.

4. EL PAPEL DEL ESTADO

Los dos factores que se acaban de analizar (la mayor vulnerabilidad del individuo y la necesidad de hacer frente *socialmente* a los riesgos) exigen que se asuma un nuevo papel por parte del Estado. Esta es una de las transformaciones que en mayor medida van a afectar a la teoría de los derechos fundamentales y a los procesos de legitimación de los poderes públicos en relación con estos derechos.

Hay que recordar que, para el primer constitucionalismo, los derechos tenían que imponerse *frente* al Estado; es decir, los derechos se consideraban como una especie de valladar frente a las intromisiones de una estructura estatal que, antes de los movimientos revolucionarios de Francia y Estados Unidos, se conducía de manera despótica y no estaba sujeto a más límites que la voluntad del emperador, del rey o del caudillo¹⁹.

Sin embargo, en el modelo del Estado social, los poderes públicos dejan de ser percibidos como enemigos de los derechos fundamentales y comienzan a tomar, por el contrario, el papel de promotores de esos derechos, sobre todo de los de carácter social. Se entiende ahora que también la concentración de la riqueza y el avance tecnológico no sujetos a reglas pueden vulnerar los derechos fundamentales²⁰.

De esta manera, la legitimidad de los poderes públicos no depende ya solamente de que no *entorpezcan* o *limiten* el disfrute de los derechos, sino también de que los *promuevan* eficazmente. Como lo señala Luigi Ferrajoli, en el Estado social se genera un cambio en los factores de legitimidad del Estado, pues

“mientras el estado de derecho liberal debe sólo *no empeorar* las condiciones de vida de los ciudadanos, el estado de derecho social debe también *mejorarlas*; debe no sólo no representar para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja.

¹⁷ Ochendo Claramunt, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, métodos y teorías explicativas*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 28.

¹⁸ Benda, Ernesto, “El Estado social de derecho” en VV.AA., *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 536.

¹⁹ Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2005.

²⁰ En este sentido, Forsthooff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.

Esta diferencia va unida a la diferente naturaleza de los bienes asegurados por los dos tipos de garantías. Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones *naturales* o pre-políticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades frente a los abusos de poder, y hoy hay que añadir, la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente natural; las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender o adquirir condiciones *sociales* de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, etcétera. Las primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora; las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador²¹.

Como ya se ha mencionado, los primeros derechos sociales –que todavía no alcanzan el rango de derechos fundamentales- surgen como formas de protección a los obreros, tanto frente a los infortunios derivados del ejercicio del trabajo, como frente a los patrones para regular las condiciones laborales de forma que no se permita el menoscabo de la dignidad humana.

Las reivindicaciones sociales se trasladan al Estado, que comienza a incorporar entre sus funciones la de asistencia social. Sin embargo, los movimientos obreros insisten en que no se trata de sustituir la caridad privada por una caridad pública, sino de generar un conjunto de *derechos* que protejan a los trabajadores y a sus familias. La responsabilidad del Estado debe ser entendida, en consecuencia, como una responsabilidad *jurídica*, garantizada incluso a nivel constitucional, de forma que la persona *necesitada* deje de ser *objeto* de la relación asistencial y se convierta en un *sujeto* portador de derechos²².

Se puede afirmar, intentando hacer una síntesis de algunas cuestiones que ya se han mencionado, que el Estado social se caracteriza por las siguientes notas²³:

- a) Se constituye como un amplio pacto social, cuyos principales actores son el Estado, los trabajadores, las clases medias urbanas y los empresarios;
- b) Busca atender las necesidades de grandes sectores sociales, principalmente a través de servicios de salud, vivienda y educación;
- c) Cumple un papel estabilizador de la demanda interna mediante el impulso del consumo gubernamental;
- d) Procura la paz social al institucionalizar vías reformistas, que sustituyen a las vías revolucionarias;
- e) Posibilita un marco de crecimiento económico continuo, sostenible y equilibrado;
- f) Crea un régimen fiscal redistributivo; y
- g) Constituye un amplio sector público, dotado de importantes funciones regulativas y, en algunos casos (de forma subsidiaria), directamente productivas.

²¹ *Derecho y razón*, 5ª edición, Madrid, Trotta, 2000, p. 862.

²² Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 41.

²³ Carbonell, José, "Estado de bienestar" en VV.AA., *Diccionario de derecho constitucional*, 2ª edición, México, UNAM, Porrúa, 2005, p. 229.

5. EL ESTADO SOCIAL COMO ESTADO CONSTITUCIONAL

Aunque cronológicamente las primeras disposiciones constitucionales en materia de derechos sociales se encuentran en las Constituciones de Querétaro en 1917 y de Weimar en 1919²⁴, no es sino hasta la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, cuando la fórmula del “Estado social de derecho” adquiere reconocimiento constitucional²⁵.

En las primeras fórmulas de consagración de derechos sociales (así por ejemplo, en el caso de la Constitución mexicana²⁶), más que el reconocimiento constitucional de una nueva forma de Estado, lo que se hacía era dar cobertura en el texto de la Carta Magna a los derechos de grupos sociales tradicionalmente marginados; así por ejemplo, trabajadores y campesinos, que eran grupos que habían alimentado los movimientos revolucionarios de las primeras décadas del siglo XX y que constituían la base social indispensable para la legitimación de los poderes públicos.

En cambio, en los textos de la segunda posguerra, dictados después de 1945, lo que se observa es la consagración constitucional de todo un entramado jurídico, un verdadero cambio de paradigma constitucional. Es entonces cuando podemos decir que el Estado social se consolida y, a partir de ese momento, comienza un importante proceso de expansión, tanto desde el punto de vista de sus contenidos como desde una perspectiva geográfica al incrementarse el número de países que intentan adaptarse a sus principios²⁷.

No se trata solamente de que las Constituciones contengan solemnes manifestaciones de principio (“La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social”, dispuso el conocido artículo 20.1. de la Ley Fundamental de Bonn²⁸; “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, señala el artículo 1.1. de la Constitución española de 1978), sino que a ellas se les acompaña un conjunto de preceptos para hacer posible la intervención del Estado en la sociedad y para asignar a los poderes públicos las responsabilidades concretas que se derivan de la idea general según la cual deben tutelar la “procura existencial”.

¿Qué cuadro del ordenamiento jurídico en general tenemos luego de la constitucionalización del Estado social? Siguiendo a Abramovich y Courtis, podemos sostener lo siguiente²⁹:

²⁴ Para una primera aproximación al surgimiento del constitucionalismo social en la Constitución de Weimar, ver Carmona Cuenca, Encarnación, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, cit., pp. 43 y ss.

²⁵ Carmona Cuenca, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, cit., pp. 57 y ss.

²⁶ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2ª edición, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2006, capítulo cinco.

²⁷ Cfr. Ochando Claramunt, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, cit., pp. 32-33.

²⁸ De la misma Constitución es interesante también ver el artículo 28. La importancia dada a la forma del Estado social recogida en el artículo 20 se refleja en la prohibición de que sea reformada, tal como lo dispone el artículo 79; estamos en presencia de lo que la teoría de la reforma constitucional denominada una “cláusula pétrea”. Para una introducción al estudio de los derechos sociales en Alemania, de entre lo mucho que se ha escrito, puede verse Weber, Albrecht, “Estado social, derechos sociales fundamentales y protección social en la República Federal de Alemania” en Muñoz Machado, Santiago y otros, *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, Escuela Libre Editorial, 2000, pp. 569 y ss.

²⁹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª edición, Madrid, Trotta, 2004, pp. 54-56.

A) Se introducen dimensiones colectivas en el derecho, lo que ocurre a través de la construcción de sujetos de derecho colectivos (sindicatos, grupos de consumidores, etcétera), a través de la articulación de instancias y facultades de negociación colectivas y con la construcción de categorías colectivas o grupales (la noción de medio ambiente, de grupo vulnerable o de salud pública).

B) Se toman en cuenta las desigualdades reales y no simplemente las formales; esto genera a su vez nuevas pautas interpretativas (como las que se expresan en las conocidas fórmulas *favor operatori* o *favor consumatoris*) y nuevas reglas procesales (por ejemplo en materia de carga probatoria, de presunciones en favor de partes procesalmente débiles, etcétera).

C) Se establecen límites a la autonomía de la voluntad; en áreas tradicionalmente dejadas al libre acuerdo de las partes entran en funcionamiento conceptos de orden público y de protección a la dignidad de las personas que pueden generar nulidades contractuales y un importante control estatal de la oferta de bienes públicos y servicios.

D) En relación con el inciso anterior, se limita el ámbito de actuación sujeto a mecanismos contractuales, regulados ahora –con las reglas del Estado social- por medio de leyes; esto produce un efecto de desmercantilización de algunos sectores como resultado del avance del derecho público sobre el derecho privado.

E) Se modifican los criterios de asignación de responsabilidades civiles, como consecuencia del cambio de óptica en materia de generación de riesgos (varios de los cuales se “socializan”, para efecto de proteger a las personas más indefensas) y de distribución de costos.

F) Se amplían las funciones estatales; al asumir el Estado las tareas relacionadas con la realización efectiva de los derechos sociales, los órganos públicos se multiplican y la burocracia crece de forma sensible. El Estado no se limita a ejercer funciones regulatorias, sino que se reserva para sí ciertas áreas que se consideran estratégicas, lo que conlleva una ampliación de funciones y del gasto público.

G) Se incorporan al ordenamiento acciones procesales de carácter colectivo, a través de la ampliación en las posibilidades de acceso a los tribunales (acciones de cumplimiento, acciones de tutela, acciones de clase, etcétera) y por medio de la tutela de bienes colectivos.

En todo caso, importa en este momento subrayar que la constitucionalización del Estado social es una tendencia firme del constitucionalismo contemporáneo, que ha conllevado un cambio de paradigma para el constitucionalismo y para la democracia, quizá el más importante en el desarrollo del Estado constitucional en el siglo XX³⁰, con el objetivo de proteger de mejor manera valores esenciales de las sociedades modernas; tales valores, bajo ese nuevo paradigma, adquieren una protección inédita en otros tiempos al ser reconocidos como derechos fundamentales.

³⁰ Como afirma José Carbonell, “Sin duda, puede afirmarse que el resultado más importante del proceso de modernización de la segunda mitad del siglo XX fue la irrupción del componente social dentro de los principios organizativos y rectores de las democracias contemporáneas”, “Estado de bienestar”, cit., p. 231.

6. HACIA UNA VISIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES.

Los derechos sociales tienen que ser entendidos –dejando atrás las concepciones tradicionales de signo fuertemente conservador- como derechos plenamente exigibles ante todas las autoridades del Estado, en todos sus niveles de gobierno. La plena exigibilidad requiere de la creación de una sólida teoría de los derechos sociales, así como de la puesta en marcha de nuevos mecanismos procesales o del mejoramiento de los ya existentes.

Lo anterior significa que, por poner un ejemplo, el derecho a la vivienda genera obligaciones lo mismo para las administraciones públicas, que para los Congresos o parlamentos, o que el derecho a la salud debe ser también y en primer término resguardado por el legislador, de forma que en la ley se definan concretamente las obligaciones del Estado en la materia, así como las prerrogativas de los particulares frente a los órganos públicos para poder hacer efectivas dichas obligaciones. En idéntica situación se encuentran el resto de derechos sociales, los cuales despliegan posiciones subjetivas en favor de todas las personas, a la vez que generan obligaciones para los poderes públicos, en todos sus niveles.

Para poder desarrollar plenamente la normatividad de los derechos sociales hace falta trabajar -entre otras- en dos cuestiones concretas:

6.1. El contenido de los derechos sociales

La primera es la que consiste en determinar el contenido semántico y los alcances concretos de cada derecho social; así por ejemplo, se debe estar en capacidad de determinar qué significa específicamente que la Constitución mexicana establezca el derecho a una vivienda “digna y decorosa”; ¿en qué consiste y qué alcances tiene la “dignidad” y el “decoro” de la vivienda?, ¿cuándo se viola ese mandato constitucional?, ¿qué debe hacer el Estado para darle cumplimiento?, ¿qué significa que la misma Constitución reconozca el derecho a un medio ambiente “adecuado”?, ¿cuándo el medio ambiente deja de ser adecuado?, ¿qué corresponde hacer a los particulares y qué a las autoridades para preservar el medio ambiente? Y así por el estilo para todos los derechos sociales.

Las dificultades de determinación del contenido de los derechos sociales sin duda que existen y sin duda que son un obstáculo que hay que superar para poder hacer plenamente normativos esos derechos, pero no hay que ver en ello un problema insuperable; puede decirse que lo mismo sucede con los derechos de libertad; ¿cómo entender los alcances del derecho a la intimidad?, ¿qué significa el concreto la libertad de procreación?, ¿cuáles son los límites de la libertad de expresión y cuáles las obligaciones del Estado para protegerla? La apertura semántica no puede significar, por sí sola, una pérdida de los efectos normativos que pueden derivar de los derechos sociales.

La determinación del campo semántico de los derechos sirve, entre otras cuestiones, para poder determinar las obligaciones mínimas de los poderes públicos en relación con cada derecho social³¹. Realizar dicha determinación es una tarea que

³¹ Para Abramovich y Curtis, la determinación de esas obligaciones mínimas es quizá “el principal déficit del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la formulación de las

corresponde desarrollar, en primer término, al legislador, que a través de las leyes debe determinar contenidos concretos para cada derecho³². También es una función de la ciencia jurídica, pues en la medida en que se avance en el plano teórico se podrá avanzar en el plano práctico.

De forma preliminar, hay que mencionar que el surgimiento de los derechos sociales representa un cambio profundo respecto a la concepción que sobre los derechos se tenía en el primer liberalismo y que supone también una modificación sustancial en relación al entendimiento del papel del Estado en materia de derechos fundamentales.

De ser entendidos como *derechos de defensa*, en la actualidad los derechos fundamentales pasan a ser *derechos de participación democrática* y también, como sucede con algunos aspectos de los derechos sociales, *derechos a prestaciones* suministradas por el Estado³³. No es posible plantear, en la materia que nos ocupa, puntos de vista ingenuos: los derechos sociales, para ser realizados, requieren de una cierta organización estatal, necesitan de un apoyo social, de un conjunto de actitudes cívicas y un compromiso democrático serio.

6.2. La exigibilidad procesal

La segunda cuestión en la que se tiene que trabajar en materia de derechos sociales es en la denuncia de la inexistencia, dentro de muchos ordenamientos jurídicos contemporáneos, de vías procesales idóneas para hacerlos exigibles, así como en la necesidad de crear esos medios de defensa, de forma que sus violaciones puedan ser llevadas ante los tribunales o ante otros órganos protectores de los derechos fundamentales.

Que esas vías no existan, como ya se ha dicho, no significa que los derechos sociales no obliguen de forma plena a los órganos públicos; implica simplemente, lo cual no es poco desde luego, que sus violaciones no podrán ser reparadas por medio de juicios llevados ante los tribunales nacionales. En este contexto, a la ciencia

normas que consagran los derechos, cuanto en las elaboraciones de los órganos nacionales e internacionales encargados de la aplicación de cláusulas constitucionales o de tratados, y en los escasos aportes doctrinarios al respecto”, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 38-39.

³² Al respecto Luigi Ferrajoli, en una observación que se dirige también al tema de la exigibilidad procesal de los derechos sociales, señala que “... sería necesario que las leyes en materia de servicios públicos no sólo establecieran contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que identificasen también a los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales; que toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a lo sumo de intereses legítimos sino directamente de derechos subjetivos, diera lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado; que la legitimación activa fuera ampliada, en los derechos sociales de naturaleza colectiva, también a los nuevos sujetos colectivos, no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de los mismos; que, en suma, junto a la *participación política* en las actividades de gobierno sobre las cuestiones reservadas a la mayoría, se desarrollase una no menos importante y generalizada *participación judicial* de los ciudadanos en la tutela y la satisfacción de sus derechos como instrumento tanto de autodefensa cuanto de control en relación con los poderes públicos”, *Derecho y razón*, 5ª edición, Madrid, Trotta, 2000, p. 918.

³³ González Moreno, Beatriz, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 19-20; sobre el concepto de los “derechos a prestaciones”, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEPC, 2000 (3ª reimpresión), pp. 419 y ss.

jurídica le corresponde el deber de sugerir vías alternativas a la de los tribunales para exigir los derechos sociales, así como proponer la creación de procedimientos de carácter judicial para subsanar la laguna que se genera a partir de su inexistencia.

Hay que señalar, sin embargo, que las vías procesales no agotan los medios de exigibilidad de los derechos fundamentales; aunque los expertos indican que el reconocimiento universal de los derechos sociales, económicos y culturales como derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada *justiciabilidad*, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho, no hay que pensar que el poder judicial es la única vía para hacer exigibles esos derechos; hay otros mecanismos que pueden ser tanto o más eficaces³⁴. Es importante considerar lo que se acaba de decir, sobre todo en el caso de México y de otros países de América Latina, puesto que de lo contrario se podría llegar a concluir –erróneamente– que la imposibilidad de plantear la violación de un derecho social ante un juez equivaldría a la imposibilidad de hacerlo exigible, lo que no me parece exacto.

7. ESTRATEGIAS DE EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Dicho lo anterior, corresponde ahora considerar algunas posibles líneas estratégicas para hacer exigibles los derechos sociales; es decir, si se acepta en primer lugar que los derechos sociales no son puras quimeras, y si se acepta también, en segundo término, que del hecho de que algunos de ellos actualmente no se puedan demandar ante un juez por todos sus destinatarios no se desprende la imposibilidad de crear esas vías jurisdiccionales hoy inexistentes, se hace entonces necesario explicitar con cierto grado de detalle todos los argumentos que nos permitan sostener, al contrario de lo que hace la teoría tradicional, una visión normativa plena de los derechos sociales. A ello se dedican las páginas siguientes.

7.1. El tema de las diferencias estructurales entre derechos sociales y derechos civiles

Una de las primeras cuestiones que hay que poner en claro para desarrollar la exigibilidad plena de los derechos sociales, es que no existen diferencias estructurales de tal magnitud que hagan completamente diferentes a estos derechos de los derechos civiles y políticos (también llamados derechos de libertad o sencillamente libertades públicas)³⁵.

De hecho, aunque es evidente que cada uno de los derechos fundamentales tiene un contenido diverso y despliega en consecuencia efectos normativos diferentes (por ejemplo, no es lo mismo el derecho a la información que la libertad de expresión; de igual manera, no tienen contenidos idénticos la libertad de industria y la libertad de tránsito), no puede decirse que exista algo así como una *diferencia genética o estructural* entre los derechos sociales y los derechos de libertad.

³⁴ Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 111 y siguientes.

³⁵ Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías*, cit., pp. 59 y siguientes.

Contrariamente a lo que podría parecer, también los derechos de libertad requieren, para poder tener relevancia práctica y no quedar como buenos deseos contenidos solamente en el texto de las constituciones, de actuaciones positivas del Estado, las cuales conllevan en no pocas ocasiones importantes erogaciones económicas; conjugan por tanto obligaciones de *no hacer* y obligaciones de *hacer* para las autoridades³⁶. Lo mismo sucede con los derechos sociales, que generan para la autoridad tanto obligaciones de abstención como obligaciones de *realización*, que requieren de actividades prestacionales en muchos casos.

Por otro lado, hay sectores de los derechos sociales que entrañan libertades en sentido estricto, como por ejemplo el derecho de huelga o la libertad sindical, que frente a las autoridades generan obligaciones de no hacer, de abstención y de respeto (además de obligaciones de tutela, como en el caso de todos los derechos); en una situación parecida se encuentran aquellos derechos de los trabajadores que no requieren *prima facie* de prestaciones del Estado para poder ser realizados, como el derecho a un día de descanso semanal, la limitación de la jornada laboral o el derecho a las vacaciones.

No hay, por tanto, “derechos gratuitos” y “derechos caros”: todos los derechos tienen un costo y ameritan de una estructura estatal que, al menos, los proteja de las posibles violaciones perpetradas por terceras personas. Podríamos decir, en consecuencia, que un análisis detenido de las categorías “derechos civiles” y “derechos sociales” nos permitiría concluir que no hay elementos suficientes para establecer una división clara entre ellas, y que las diferencias que pueden existir son más de grado de que sustancia; a partir de esa conclusión se puede defender también la tesis de la indivisibilidad y de la inter-dependencia de los derechos. Gerardo Pisarello ejemplifica parte de lo que se acaba de decir con las siguientes palabras³⁷:

...todos los derechos fundamentales pueden caracterizarse como pretensiones híbridas frente al poder: positivas y negativas, en parte costosas y en parte no costosas.

El derecho a la libertad de expresión, en efecto, no sólo supone la ausencia de censura sino también la construcción de centros culturales y plazas públicas, la subvención de publicaciones, la concesión de espacios gratuitos en radios y televisiones o una regulación general que garantice el pluralismo informativo. El derecho de propiedad se garantiza no sólo mediante la ausencia de interferencias estatales arbitrarias sino también mediante la creación de registros inmobiliarios

³⁶ Abramovich y Courtis lo explican con las siguientes palabras: “...el respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho a casarse, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, suponen la creación de las respectivas condiciones institucionales por parte del Estado (existencia y mantenimiento de tribunales, establecimiento de normas y registros que hagan jurídicamente relevante la decisión nupcial o el acto de asociación, convocatoria a elecciones, organización de un sistema de partidos políticos, etcétera)... (los derechos de libertad) conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad y al restablecimiento de la libertad o la reparación del perjuicio una vez producida una intervención indebida, de modo que tal contracara del ejercicio de estos derechos está dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado”, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 23-24.

³⁷ Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003, pp. 29-30.

o a través de la financiación estatal de tribunales, jueces y funcionarios que puedan asegurar el cumplimiento de los contratos. El derecho de voto comporta la puesta en marcha de una compleja infraestructura de personal y de material que en ningún caso carece de repercusiones económicas. Incluso el derecho a no ser torturado exige el mantenimiento de centros de detención adecuados y cuerpos policiales formados en principios garantistas.

Del mismo modo, el derecho a la salud no sólo exige el otorgamiento estatal de medicinas gratuitas o a bajo precio sino también la no contaminación de un río o la no comercialización de productos alimenticios en mal estado. El derecho al trabajo no sólo comporta el acceso a un empleo digno sino también la prohibición de despidos ilegítimos. El derecho a una vivienda adecuada no sólo supone... la provisión de viviendas de protección oficial sino también el cumplimiento de otras obligaciones estatales no necesariamente costosas: desde el reconocimiento de seguridad jurídica en la tenencia o la interdicción de las cláusulas abusivas en los contratos de alquiler, hasta la derogación de preceptos discriminatorios en las leyes urbanísticas o la prohibición de desalojos arbitrarios.

Para fundamentar lo dicho en los párrafos anteriores hay que considerar también que, en el caso de algunos derechos sociales, existen derechos de libertad tendientes a proteger bienes jurídicos prácticamente idénticos a los que tutelan aquellos; así por ejemplo, existe una libertad de trabajo, antecedente del derecho *social* al trabajo; de la misma forma, existe una *libertad de educación*, indisolublemente vinculada con el derecho *social* a la educación.

Una vez que se tiene claro lo anterior, no deben existir reticencias hacia el despliegue de efectos normativos plenos y directos de los derechos sociales; estos efectos deben ser exigibles incluso en sede judicial. La teoría constitucional tiene, en este punto, la tarea de pensar en vías idóneas de exigencia de los derechos sociales, sin dejar de tener presente que conllevan efectos presupuestales importantes y que la realización completa de algunos de ellos (vivienda, educación, salud) quizá no pueda darse de forma completa en un plazo corto de tiempo, como es obvio. Pero lo anterior no obsta para señalar con rotundidad que los derechos sociales *obligan*, que no son *buenos deseos* o *programas políticos*, sino simplemente normas jurídicas y que como tales deben ser vistos, analizados y aplicados.

A partir de relativizar las diferencias entre derechos civiles y derechos sociales, como ya se apuntaba, se puede desarrollar el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos, que fue plenamente reconocido por la Declaración y Programa de Viena, aprobado por la Conferencia Mundial que se llevó a cabo en esa ciudad en 1993; en el punto I.5 de dicho documento se afirma que:

“Todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales

fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

Todo lo anterior no obsta para reconocer que los derechos sociales tienen un indudable componente prestacional, pues suponen la necesidad de que el Estado lleve a cabo un despliegue importante de actuaciones, muchas de ellas de carácter administrativo, para hacer efectivos los mandamientos relacionados con esos derechos.

¿Qué significa que los derechos sociales sean, en parte, *derechos a prestaciones*? Robert Alexy lo explica de la siguiente manera: “Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto”³⁸.

Las prestaciones a las que hace referencia Alexy no son más que actuaciones del Estado (en forma de bienes y servicios) constatables y medibles, como lo pueden ser la construcción de hospitales, la provisión de equipamientos escolares, la creación de un sistema de pensiones para jubilados, un sistema de sanidad público, la construcción de viviendas o el financiamiento para adquirirlas, etcétera.

Se podría decir, en otras palabras, que los derechos sociales se regulan constitucionalmente como *mandatos de optimización*, puesto que postulan la necesidad de alcanzar ciertos fines, pero dejan de alguna manera abiertas las vías para lograrlos. Los mandatos de optimización son normas jurídicas redactadas en forma de principios, los cuales, según Alexy, “están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”; los principios, en opinión de este autor, “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”³⁹.

La obligación de suministrar prestaciones vincula a todos los poderes, no simplemente a las autoridades de carácter administrativo. Desde luego, obligan también al legislador, como lo veremos enseguida.

7.2. Las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales

En virtud de que aspectos sustanciales de los derechos sociales se satisfacen a través de prestaciones a cargo del Estado, es necesario examinar cuáles son en concreto las obligaciones por medio de las cuales se cumple con esas prestaciones y si existen o no parámetros normativos que las enmarquen. Esto es importante porque nos ayuda a definir el alcance semántico de los derechos sociales, lo cual es una condición para poder desarrollar la plena exigibilidad de los mismos.

³⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 482.

³⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 86.

7.2.1. Obligaciones generales

Tradicionalmente se ha considerado que las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales (o incluso, en términos más generales, en relación a todos los derechos fundamentales) tienen tres diversos niveles: respetar, proteger y cumplir o realizar⁴⁰.

La obligación de respetar significa que el Estado –lo que incluye a todos sus organismos y agentes, sea cual sea el nivel de gobierno en el que se encuentren y sea cual sea la forma de organización administrativa que adopten- debe abstenerse de hacer cualquier cosa que viole la integridad de los individuos, de los grupos sociales o ponga en riesgo sus libertades y derechos; lo anterior incluye el respeto del Estado hacia el uso de los recursos disponibles para que los sujetos de los derechos puedan satisfacer estos derechos por los medios que consideren más adecuados.

La obligación de proteger significa que el Estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos sociales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones (como lo podría ser la creación de procesos jurisdiccionales o sistemas de tutela administrativa), sino también esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan hacerse con el control de los recursos necesarios para la realización de un derecho.

La obligación de cumplir o realizar significa que el Estado debe adoptar medidas activas, incluso acciones positivas en favor de grupos vulnerables, para que todos los sujetos de los derechos tengan la oportunidad de disfrutar de ellos cuando no puedan hacerlo por sí mismos.

Las obligaciones de los poderes públicos en materia de derechos sociales que genéricamente se acaban de describir han sido detalladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su Observación General número 3, referida justamente a la índole de las obligaciones de los Estados, dictada en su Quinto Periodo de Sesiones, en el año de 1990⁴¹.

La mencionada Observación toma como punto de partida el texto del artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece lo siguiente: “Cada uno de los Estados Partes en el Presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Aunque en su conjunto es del máximo interés, del artículo transcrito conviene preliminarmente subrayar tres expresiones: a) todo Estado Parte “se compromete a tomar medidas... por todos los medios apropiados”; b) “hasta el máximo de los recursos de que disponga”; y c) “para lograr progresivamente”.

⁴⁰ Eide, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, número 43, Ginebra, diciembre de 1989, p. 48.

⁴¹ Consultable en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, 2ª edición, México, CNDH, Porrúa, 2003, tomo I, pp. 497 y ss.

A partir del texto del artículo 2.1. el Comité afirma que el Pacto genera para los Estados Partes tanto obligaciones de *comportamiento* como obligaciones de *resultado*; es decir, no se trata de que los Estados deban solamente conducirse de cierta manera, sino también de que logren ciertos objetivos, que se propongan metas y las realicen⁴².

7.2.2. Tomar medidas adecuadas

En primer lugar, los Estados deben garantizar el goce de los derechos establecidos en el Pacto sin discriminación alguna, como lo reitera el mismo artículo 2 del Pacto, en su apartado 2. Esta obligación es inmediata y no puede estar sujeta a ningún tipo de limitación u obstáculo (párrafo 1 de la Observación General número 3).

En segundo término, los Estados deben “adoptar medidas apropiadas”; esta obligación debe ser cumplida dentro de un plazo razonablemente corto tras la suscripción del Pacto, con independencia de que la plena realización de todos los derechos pueda llevar un tiempo más prolongado (párrafo 2). Sobre esta obligación Courtis y Abramovich señalan que no es declamativa: “significa que el Estado tiene marcado un claro rumbo y debe comenzar a ‘dar pasos’, que sus pasos deben apuntar hacia la meta establecida y debe marchar hacia esa meta tan rápido como le sea posible. En todo caso le corresponderá justificar por qué no ha marchado, por qué ha ido hacia otro lado o retrocedido, o por qué no ha marchado más rápido”⁴³.

Entre las primeras medidas a tomar se encuentran las de carácter legislativo, lo cual supone fundamentalmente dos cuestiones: la primera consiste en recoger en el ordenamiento jurídico interno todos los derechos que establece el Pacto, de forma que no quede duda sobre su vigencia dentro del territorio del Estado Parte; la segunda consiste en adecuar el ordenamiento interno para el efecto de eliminar cualquier norma que sea contraria a esos derechos o que pueda suponer un obstáculo para su completa realización.

Hay que enfatizar el hecho de que la legislación nacional no solo debe ser *no contradictoria* con los instrumentos jurídicos internacionales, sino que debe contener las disposiciones necesarias para hacer de ellos normas completamente aplicables por las autoridades locales.

El Comité subraya el hecho de que, en el caso de varios derechos, la existencia de legislación interna es indispensable (párrafo 3). En otra de sus Observaciones Generales, el Comité señala que “los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Parte”⁴⁴.

Otra medida que los Estados parte pueden acometer de inmediato es la realizar un “diagnóstico” de la situación que guardan cada uno de los derechos protegidos por el Pacto. A partir de ese diagnóstico, los Estados deben elaborar una estrategia

⁴² Eide, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, p. 48.

⁴³ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 79-80.

⁴⁴ Se trata de la Observación General número 9, relativa a la aplicación interna del Pacto, dictada durante el 19º periodo de sesiones, en el año de 1998; la cita está en el párrafo 3; esta Observación General es importante porque viene a complementar y, en ciertos aspectos, incluso a detallar el contenido de la Observación General número 3. La número 9 es consultable en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, tomo I, cit., pp. 550 y ss.

nacional para el desarrollo, promoción y protección de los derechos. Entre los objetivos del diagnóstico deben estar el de determinar la proporción de ciudadanos que no disfrutaban de un derecho específico y la identificación de los sectores de la población que podrían ser vulnerables o desaventajados para su disfrute⁴⁵.

El diagnóstico debe poder ofrecer una serie de instrumentos de medición que sirvan tanto al Estado como al Comité para medir concretamente si se ha avanzado o no en la consecución de un derecho determinado. Los instrumentos de medición son determinados sobre una base y unos criterios nacionales, lo cual sirve para poner a salvo la gran variedad de contextos económicos y sociales existentes, objetivo que no se lograría bajo un sólo nivel de medición determinado internacionalmente. En contra de esta consideración se ha dicho que con ella se podrían vaciar el significado de muchos contenidos sustantivos del Pacto⁴⁶. En realidad quizá lo mejor sería que la determinación nacional se mueva dentro de ciertos parámetros, de manera que no se deje una completa discrecionalidad a los Estados. Como quiera que sea, el Comité ha sostenido que “los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte”⁴⁷.

Junto a las medidas legislativas y de diagnóstico deben adoptarse también, en virtud del mandato de utilizar “todos los medios apropiados”, previsiones de carácter administrativo, judicial, económico, social y educativo. En este sentido, hay que decir que en algunas disposiciones del Pacto pueden encontrarse medidas concretas que los Estados deben tomar para implementarlo. Por ejemplo, en el artículo 13.2. se establece que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y gratuita para todos como medida para realizar el derecho a la educación. El Comité ha recalcado que aunque en el texto del Pacto se utilicen supuestos ejemplificativos o ilustrativos (como en los artículos 6.2, 11.2, 12.2, 13.2 o 15.2), no por ello dejan de ser obligatorios⁴⁸.

En principio, cada Estado Parte debe determinar por sí mismo cuáles son las medidas más apropiadas que debe tomar para cumplir con las obligaciones del Pacto, considerando sus propias circunstancias y la relación de todos los derechos protegidos. Sin embargo, la “propiedad” de las medidas puede no resultar evidente a primera vista, por lo cual los Estados deben informar claramente al Comité, en términos del artículo 16 del propio Pacto, porqué consideran que las medidas adoptadas son las más pertinentes en vista de las circunstancias (párrafo 4).

7.2.3. Creación de recursos legales para defender los derechos sociales

Aparte de las medidas que ya se han comentado, el Comité considera concretamente que una medida apropiada consiste en el ofrecimiento de recursos judiciales para proteger los derechos, de forma que todos ellos puedan considerarse justiciables (párrafo 5). En la Observación General número 9 el Comité ha explorado

⁴⁵ En este sentido, Craven, Matthew, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 117.

⁴⁶ Craven, Matthew, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, cit., p. 119.

⁴⁷ Observación General número 9, párrafo 5.

⁴⁸ Craven, Matthew, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, cit., p. 116.

con mayor detenimiento esta obligación de los Estados Parte.

En esta Observación el Comité reconoce que no se trata solamente de crear recursos judiciales, sino de implementar un concepto más amplio al que denomina “recursos legales”. Dentro de esos recursos se encuentran también los judiciales, pero no son los únicos ya que el Comité reconoce que los recursos administrativos “en muchos casos son adecuados”, ya que “quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto”. Los recursos administrativos, no obstante, deben reunir ciertas características, como por ejemplo ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces; en cualquier caso, debe existir la posibilidad de plantear una apelación judicial contra todo proceso administrativo (OG número 9, párrafo 9).

El Comité distingue entre el concepto de justiciabilidad de los derechos sociales y el concepto de “aplicabilidad inmediata”. El primero se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales; a lo anterior hay que agregar que la justiciabilidad también significa que los individuos y los grupos tengan la posibilidad de acudir ante esos mismos tribunales, lo cual es una pre-condición para luego estar en aptitud de determinar el ámbito en el que la decisión judicial es pertinente. Para el Comité la aplicabilidad inmediata de un derecho significa que ese derecho permite la aplicación por los tribunales sin mayor disquisición. El Comité señala que todos los derechos reconocidos en el Pacto tienen, al menos en algún aspecto, dimensiones significativas que puedan ser llevadas ante los tribunales, es decir, dimensiones de justiciabilidad (OG número 9, párrafo 10).

Respecto de la aplicabilidad inmediata el Comité realiza una consideración importante en los siguientes términos:

A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad (OG número 9, párrafo 10).

Sobre el tema de la existencia de recursos judiciales que permitan llevar ante los tribunales las violaciones de los derechos sociales reconocidos en el Pacto, Abramovich y Courtis señalan que los Estados deben brindar recursos judiciales idóneos; es decir, “no basta con los recursos previstos para reparar la violación de otros derechos, cuando por sus características impidan el planteo adecuado del caso”⁴⁹.

⁴⁹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 87.

Es muy relevante enfatizar la idoneidad de los recursos judiciales existentes, ya que no puede considerarse como cumplida por los Estados Parte la obligación de brindar esos recursos por el simple hecho de que se aduzca que existen las vías judiciales tradicionales en caso de violación de derechos; hay que considerar que en la enorme mayoría de países los recursos judiciales existentes fueron diseñados para proteger derechos civiles y políticos, por lo que tienen enormes problemas al momento en que se les pide que sirvan para proteger derechos sociales.

El Comité señala que para la mejor aplicación del Pacto a nivel interno es importante informar a los jueces y a los tribunales competentes de la naturaleza y las consecuencias del propio Pacto, así como explicarles la importante función que desempeñan los recursos judiciales en su aplicación (OG número 9, párrafo 11). Esto es muy importante, sobre todo porque en muchos países los tribunales en términos generales desconocen los contenidos del Pacto (lo mismo sucede, por otro lado, con los abogados), lo que genera que en la práctica se aplique escasamente. Reconociendo esa situación el Comité afirma que “En la mayoría de países, los tribunales todavía están lejos de recurrir suficientemente a las disposiciones del Pacto” (OG número 9, párrafo 13).

El texto del Pacto, reconoce el Comité, puede aplicarse dentro de una amplia variedad de sistemas políticos y económicos, de forma que no está condicionada la protección de los derechos a la adopción de uno de ellos, siempre que queden adecuadamente reconocidos y estén reflejados en el sistema de que se trate (OG 3, párrafo 8).

Para cumplir con la obligación de crear recursos legales que permitan defender los derechos sociales se tendrían que ampliar los cauces para promover acciones ante los tribunales, para lo cual también sería necesario dotar de sustantividad procesal a los denominados “derechos difusos” o “intereses colectivos”⁵⁰. A partir del reconocimiento de dicha sustantividad procesal (pues es obvio que derechos como el medio ambiente o en ciertos aspectos el derecho a la educación y a la salud son materialmente difusos y protegen intereses colectivos), habría que ir modelando las estrategias de defensa procesal necesarias para cumplir con los señalamientos del Comité en materia de defensa de los derechos sociales. Este aspecto es especialmente importante en México, ya que el principal instrumento de defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales, que es el juicio de amparo, se ha mostrado insuficiente para proteger derechos sociales justamente en virtud de la estrecha legitimación activa que tanto la Constitución como la ley y la jurisprudencia reconocen para promoverlo⁵¹.

7.2.4. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad

La obligación de “lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos” implica el reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de

⁵⁰ Para una introducción al tema ver Gidi, Antonio y Ferrer MacGregor, Eduardo (coordinadores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2003.

⁵¹ Ver las reflexiones en el mismo sentido de Ferrer MacGregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003.

todos los derechos económicos, sociales y culturales no podrá lograrse en un periodo breve de tiempo (OG número 3, párrafo 9).

Pero lo anterior no significa que se prive a la obligación contenida en el artículo 2.1. de todo contenido significativo. Por el contrario, la obligación de progresividad significa antes que nada que los esfuerzos en la materia deben darse de forma continuada, con la mayor rapidez y eficacia que sea posible alcanzar, de manera que se logre una “mejora continúa de las condiciones de existencia”, como lo ordena el artículo 11 del Pacto.

De la obligación de progresividad se desprende también la prohibición de regresividad, es decir, la prohibición de que los Estados Parte den marcha atrás en los niveles alcanzados de satisfacción de los derechos; por eso se puede afirmar que la obligación de los Estados Parte en relación con los derechos establecidos en el Pacto es de carácter ampliatorio, “de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido”⁵².

Sobre este punto el Comité señala que “todas las medidas de carácter deliberadamente restrictivo en este aspecto deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (OG número 3, párrafo 9).

Abramovich y Courtis han señalado que la obligación de progresividad constituye un parámetro para enjuiciar las medidas adoptadas por los poderes legislativo y ejecutivo en relación con los derechos sociales, es decir, se trata de una forma de carácter sustantivo a través de la cual los tribunales pueden llegar a determinar la inconstitucionalidad de ciertas medidas (o al menos su ilegitimidad a la luz del Pacto)⁵³.

Toda medida regresiva se presume violatoria del Pacto y al Estado corresponde la carga de la prueba para demostrar que no lo es o que, siendo regresiva, está justificada⁵⁴. Para poder justificar una medida regresiva el Estado tendrá que demostrar⁵⁵: a) la existencia de un interés estatal permisible que la medida regresiva tutela; b) el carácter imperioso de la medida; y c) la inexistencia de cursos de acción alternativos que pudieran ser menos restrictivos del derecho que se haya visto afectado de forma regresiva.

Desde luego, si la medida regresiva está dirigida a excluir de los niveles mínimo de protección a ciertas personas, entonces se considera que viola el Pacto, sin que el Estado pueda justificar en forma alguna esa medida⁵⁶.

7.2.5. Destinar el máximo de recursos disponibles

La obligación establecida en el artículo 2.1. del Pacto, consistente en destinar “el máximo de los recursos de que disponga” a la realización de los derechos establecidos en el propio Pacto, significa que los recursos del Estado, así sean insuficientes para la satisfacción completa de un derecho, deben ser empleados para dar cumplimiento al contenido del Pacto.

⁵² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 94. Ver también Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías*, cit., pp. 64-66.

⁵³ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 95.

⁵⁴ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 105.

⁵⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 109.

⁵⁶ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 110.

La misma obligación genera para los Estados Parte la carga de la prueba a fin de demostrar que en efecto se han empleado “todos los recursos disponibles” para cumplir con los objetivos del Pacto en el plazo más breve posible. Es decir, la falta o insuficiencia de recursos no debe tomarse como una verdad *prima facie*, sino que debe de ser acreditada por el Estado.

La obligación de informar y de transparentar la gestión pública es muy importante para el caso de todos los derechos sociales, especialmente en derechos como la salud o la vivienda que involucran un monto considerable de recursos y que suponen grandes zonas de opacidad en el funcionamiento de la administración pública.

7.2.6. Periodos de crisis y niveles mínimos de los derechos sociales

Para efecto de cumplir con la obligación de destinar el máximo de los recursos disponibles no obsta el hecho de que un país se encuentre en periodo de “ajuste estructural” o pasando por una crisis económica, pues aparte de que los derechos fundamentales están vigentes en todo tiempo, el Comité se ha encargado de enfatizar que es justamente en tiempos de contracción económica cuando mayor relieve toman las obligaciones estatales para satisfacer los derechos y cuando más atención se debe poner a la correcta utilización de los recursos disponibles.

En periodos de crisis los Estados, cuando menos, deben asegurar las mejores condiciones posibles para los grupos más desaventajados⁵⁷: “aun en tiempos de limitaciones graves de recursos –afirma el Comité– causadas por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo” (OG número 3, párrafo 12).

Junto a lo anterior, los Estados Parte deben también estar en condiciones de ofrecer unos *niveles mínimos* de satisfacción de los derechos. El Comité ha señalado que “Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser” (OG número 3, párrafo 10).

Si en un Estado Parte no se pudieran satisfacer esos niveles mínimos se estaría frente a una “presunción de culpabilidad” del Estado en el incumplimiento de las disposiciones del Pacto; esta presunción puede ser derrotada si el Estado en cuestión demuestra que la situación de crisis ha sido de tal magnitud que ha estado fuera de su control y de sus posibilidades la satisfacción de los niveles mínimos en materia de derechos sociales.

En palabras del Comité, “Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas” (párrafo 10).

Craven señala, sin embargo, que dichos niveles mínimos no han sido determinados por el Comité, por lo cual no se tienen los instrumentos que permitan medir con

⁵⁷ CRAVEN, Matthew, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, cit., p. 139.

precisión pero con flexibilidad los eventuales incumplimientos de los Estados parte⁵⁸. Al respecto, Abramovich y Courtis señalan que:

Si bien la tarea del Comité puede fijar los contenidos esenciales que identifiquen a ciertos derechos, resulta claro que tal propósito no puede alcanzarse sólo con volcar conceptos jurídicos en un texto. Numerosas opiniones han propuesto la adopción de algún sistema de indicadores que pudiera servir como parámetro. La utilización de indicadores resulta especialmente relevante cuando se exige al Estado el cumplimiento de ciertos objetivos que resultan mesurables, como la erradicación del analfabetismo, el tratamiento de las enfermedades endémico-epidémicas, la reducción de la morti-natalidad infantil o la siniestralidad laboral. En los últimos años, además, se ha comenzado a trabajar en la correlación entre la noción de contenido mínimo esencial de un derecho y los parámetros de desarrollo social y otros estándares técnicos establecidos a partir de indicadores estandarizados a nivel mundial. El principal propósito de todo sistema de indicadores es dar cuenta de dos factores claves, la voluntad y la capacidad del Estado de promover y proteger los derechos humanos. La diferencia entre estos dos factores, particularmente en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, es crucial para examinar el comportamiento del Estado⁵⁹.

En relación al contenido mínimo, es importante señalar que se trata de un concepto aplicable no solamente a los derechos sino también a sectores de la población; concretamente, se puede aplicar para identificar al mínimo de personas a las que el Estado debe proteger en caso de crisis económica. Es decir, el contenido mínimo en relación a grupos obliga al Estado a identificar a las personas en situación de vulnerabilidad para asegurarles el disfrute de sus derechos sociales; por ejemplo en materia de derecho a la vivienda se considera como grupo vulnerable a los ancianos sin recursos y a las personas con discapacidad; en relación a ellos el Estado debe suministrar una protección especial⁶⁰.

Como señala Eide, “El umbral mínimo para enfocar el problema sostiene que el establecimiento de un nivel mínimo de satisfacción de necesidades es un requisito previo esencial de esta consecución progresiva de la realización de los derechos. La justicia distributiva de largo curso para realizar las normas completas de los derechos humanos requiere la justicia inmediata para aquellos grupos de personas más desfavorecidos”⁶¹.

CONCLUSIÓN

Si quisiéramos intentar resumir las principales ideas que tendría que incorporar una teoría constitucional comprometida con la eficacia de los derechos sociales, quizá tendríamos que subrayar las siguientes obligaciones a cargo de los poderes públicos (las cuales, por otro lado, sintetizan lo que se ha dicho en los apartados anteriores):

⁵⁸ Craven, Matthew, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, cit., p. 143.

⁵⁹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 91-92.

⁶⁰ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 92.

⁶¹ Eide, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, p. 54.

- a) Tutelar los derechos sin discriminación.
- b) Tomar todas las medidas apropiadas para hacer efectivos los derechos dentro de su territorio.
- c) Demostrar que las medidas tomadas son las más apropiadas para alcanzar los objetivos del Pacto.
- d) Establecer vías judiciales para llevar ante los tribunales las posibles violaciones a los derechos señalados.
- e) Lograr progresivamente la satisfacción de los derechos establecidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales, entendiendo por progresividad la obligación de hacerlo de manera inmediata y continúa.
- f) No dar marcha atrás en los niveles de realización alcanzados, puesto que está prohibida o severamente restringida la regresividad.
- g) Destinar el máximo de recursos disponibles a cumplir con los derechos sociales fundamentales.
- h) Acreditar que en efecto se ha destinado el máximo de recursos disponibles.
- i) En periodos de crisis, priorizar la protección de los miembros más vulnerables de la sociedad; y
- j) Asegurar niveles mínimos de satisfacción de los derechos, los cuales deben ser mantenidos incluso en periodos de crisis o de ajustes estructurales.

EL DESPIDO REPRESALIA CONTRA EL TESTIGO QUE DECLARA EN UN PROCESO EN EL QUE ES PARTE EL EMPLEADOR, CON ESPECIAL REFERENCIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

Oscar Zas

Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, República Argentina
Miembro del Consejo Consultivo y Fiscal de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo
Profesor Titular de Cátedra de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, República Argentina

SUMARIO: I. El derecho del trabajador a no ser discriminado; II. El despido represalia contra el testigo que declara en un proceso en el que es parte el empleador; III. La protección contra el despido arbitrario y el derecho al trabajo; IV. Las consecuencias jurídicas del despido discriminatorio; V. El despido discriminatorio frente a decisiones empresariales discrecionales o no causales; VI. La carga de la prueba en el despido discriminatorio.

I. EL DERECHO DEL TRABAJADOR A NO SER DISCRIMINADO

Hoy en día, el derecho de los derechos humanos, punto de convergencia del derecho internacional y del derecho constitucional, admite la existencia de normas supranacionales que se imponen a la soberanía de los Estados en aquellas materias que son de orden público internacional, por constituir principios básicos de la convivencia internacional. Estos, que constituyen el denominado “*jus cogens*”, incluyen el respeto de los derechos fundamentales por encima de intereses y voluntad de los Estados.

Esta ampliación de contenidos, sujetos y fronteras, se corresponde perfectamente con la globalización, produciéndose una racionalización de la soberanía nacional al incorporar normas supraestatales inherentes al ser humano y -sobre todo- constatando la *universalidad* de los derechos humanos, en vez de su mera internacionalidad o constitucionalidad.

La noción de *jus cogens* está consagrada en el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en tanto “*norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*”.

Las normas del *jus cogens* obligan a todos los Estados y a los nacionales de dichos países, tienen carácter *erga omnes* y pueden ser reclamadas por cualquier persona o

Estado, aún al margen de cualquier vínculo convencional o ratificación.¹

Todas las categorías de instrumentos que tratan de derechos humanos -entre los que se cuentan los laborales-, son un tipo muy especial de instrumentos internacionales que no pertenecen solamente a la esfera de los pactos entre los Estados, sino que han alcanzado la dimensión de *jus cogens*.²

Oportunamente, sostuve que en materia de derechos sociales uno de los principios fundamentales es el de no discriminación.³

La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección general de los derechos humanos.

El término discriminación hace referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.

El hecho de estar regulado el principio de igualdad y no discriminación en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas definió a la discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.⁴

¹ Ermida Uriarte, Oscar, "La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica", en "Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur", Trabajos de la Reunión Técnica celebrada en Buenos Aires los días 10 y 11 de diciembre de 2001, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Oficina Internacional del Trabajo, Buenos Aires, 2002, p. 19/20.

² Barbagelata, Héctor-Hugo, "Algunas reflexiones sobre los derechos humanos laborales y sus garantías", en revista *Judicatura*, Montevideo, República Oriental del Uruguay, 2000, N° 41, p. 134.

³ Arts. 14 bis, 16, 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Argentina -C.N.-; 2.1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5 y concs. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 1, 11, 12, 13 y concs. de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 2, 26 y concs. de la Convención sobre los Derechos del Niño. Gianibelli, Guillermo y Zas, Oscar, "Estado Social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales", pub. en *Contextos*, Revista Crítica de Derecho Social, N° 1, p. 181, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1997.

Cabe añadir a las normas internacionales mencionadas, los arts. 3.1 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", 1, 2 y 3 del Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento.

⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18, No discriminación, 10.11.1989.

Los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.

El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.

El principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.

El principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-empleado). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.⁵

En el mismo sentido, caracterizada doctrina, con apoyo en jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirma que la prohibición de la discriminación en sus diferentes modalidades se encuentra recogida en una norma imperativa del derecho internacional general.

Así, la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral constituye en la etapa actual del derecho internacional un derecho humano laboral recogido en normas imperativas o de *jus cogens*. En otras palabras, es una prohibición que constituye el *jus cogens* laboral.⁶

II. EL DESPIDO REPRESALIA CONTRA EL TESTIGO QUE DECLARA EN UN PROCESO EN EL QUE ES PARTE EL EMPLEADOR

Este tipo de despido constituye un acto discriminatorio tutelado, precisamente, por la normativa antidiscriminatoria, toda vez que encuadra en la noción de discriminación prohibida por el ordenamiento jurídico formulada precedentemente.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

⁶ Canessa Montejó, Miguel F., "Los derechos humanos laborales, el núcleo duro de derechos (*core rights*) y el *jus cogens* laboral", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España, n° 72, p. 144.

En efecto, la prohibición de la discriminación tiene un origen reciente (de hecho, su desenvolvimiento, hasta alcanzar su dimensión actual, comienza a partir de la Segunda Guerra Mundial), y sus presupuestos son muy diversos, pese a que conceptualmente guarde una estrecha relación con la igualdad.

Su presupuesto teórico reside en las transformaciones operadas en la concepción de lo que debe ser la igualdad en un Estado Social de Derecho, que necesariamente apuntan hacia la sociedad, y al reequilibrio de las desigualdades en ella existentes, que niegan justamente la premisa del enunciado del principio de igualdad: todos los ciudadanos, formalmente iguales, no lo son realmente, por concurrir en ellos factores, muchas veces ajenos a su voluntad, que les impiden el igual de derechos. El avance, lleno de dudas, hacia un sentido sustantivo de igualdad como objetivo, por lo mucho que tiene de crítica a esta situación social, prejurídica, es el presupuesto último en el que hunde sus raíces la prohibición de discriminación, aunque no necesariamente se confunda con ella. Junto al anterior, se encuentran otros valores constitucionales que, al cruzarse con él, dan razón del sentido de la prohibición, y de su morfología y alcance: fundamentalmente, los valores inherentes a la dignidad de la persona humana.

La positivización de la prohibición de discriminación parte de la constatación de la existencia en la sociedad de grupos o colectivos de personas sistemáticamente marginados, ciudadanos con una posición secundaria respecto de aquellos que gozan o pueden gozar de plenitud de posiciones de ventaja, pese al formal reconocimiento de su condición de «iguales» a éstos.

Además, esta marginación tiene su origen en la pertenencia de los marginados a grupos delimitados por la concurrencia en sus miembros de condiciones personales, innatas al hombre, o resultado de opciones elementales, ejercitadas en uso de sus libertades esenciales. De ahí la vinculación con la idea de dignidad humana, que, integrada en la variable anterior -la necesidad de otorgar un contenido real a la igualdad- arroja el área potencial de acción de la prohibición de discriminación. En otras palabras: la prohibición de discriminación no es tanto, o no es sólo, un precepto de igualdad. Lo que tipifica a la discriminación es esta doble matriz teórica, que se pone de manifiesto con sólo repasar sumariamente el desarrollo del concepto, particularmente en la normativa internacional, y que le vincula también y de forma necesaria con la defensa de los valores inherentes a la dignidad humana, cuya prevalencia requiere que se erradiquen estas manifestaciones de menosprecio hacia los mismos, y se subsanen los efectos por ellas provocados.

Desde este punto de vista, la idea de igualdad viene entendida en un sentido más amplio, como desequilibrio peyorativo en el tratamiento que reciben los colectivos marginados por alguna de esas circunstancias que se acaban de mencionar, y es una fórmula que opera de una forma sumamente flexible; en todo caso, muy distinta de la propia del principio de igualdad formal. De ahí que la comparación, la casuística concreta, ineludible en el juicio de igualdad, sin que pueda excluirse -porque muchas veces la discriminación se manifiesta en desigualdades puntuales-, tenga aquí escasa trascendencia, pues lo que realmente importa es el resultado de perjuicio a una persona o grupos de personas cuya dignidad queda en entredicho por

la misma naturaleza causal del origen del perjuicio. Y ello aun cuando en cada caso concreto no exista un término de comparación, constituido por un sujeto o grupo de sujetos que se han visto beneficiados por los actos u omisiones que perjudican a los discriminados. La cualificación por el resultado, porque es manifestación de una posición social de desventaja, es lo que realmente tipifica a la discriminación. Por eso es posible detectarla en cualquiera de sus manifestaciones; aquellas en las que el resultado prohibido de diferenciación fundada en motivos inadmisibles se produce de forma directa -ya sea voluntaria o no, abierta u oculta-, tanto como en aquellas en las que el resultado se produce por la proyección de medidas de apariencia y significado neutrales, por alejados externamente de los criterios prohibidos, con efecto irrazonablemente perjudicial sobre los sujetos marginados (discriminaciones indirectas). Todo ello permite captar el sentido sustancialmente unilateral, protector, de la prohibición de discriminación, sin que tenga lógica alguna entender que las circunstancias eliminadas como factores legítimos de diferenciación son armas neutras, susceptibles de ser usadas para amparar tanto a los sujetos marginados como a los que no lo son. Si así fuera -y así sucederá si se insiste en proyectar sobre la discriminación la lógica del principio de igualdad, cuya entidad es bilateral, por lo mismo que descansa por naturaleza en la comparación y en la valoración de la razonabilidad de sus resultados- se provocaría un vaciamiento del concepto, una sustancial pérdida de su sentido, y se crearía un obstáculo para apreciar la legitimidad de las medidas adoptadas para suprimir la discriminación.⁷

En esta inteligencia, en el plano individual, toda discriminación adquiere un carácter humillante, inconciliable con el respeto debido a la dignidad humana; y en el plano social, la discriminación coloca a los individuos y grupos sociales víctimas de la discriminación en una situación de exclusión y marginación, cuyas consecuencias desventajosas se manifiestan en la negación o en la especial dificultad de disfrutar los bienes y derechos. La lucha contra las discriminaciones sintetiza así y de manera ejemplar los valores de la idea misma de derecho fundamental: el respeto a la dignidad de las personas, a su consideración como seres humanos, y la instauración de un orden social justo.⁸

La dignidad humana es una realidad difícil de definir y puede ser considerada desde diversos puntos de vista. En relación con la discriminación, interesa adoptar una perspectiva social, que considere la sociedad en su conjunto y contemple la dignidad personal en su dimensión intersubjetiva, esto es, a partir de la situación básica de la persona en su relación con los demás. Desde este punto de vista, la dignidad expresaría el reconocimiento de la igualdad y la libertad (en igualdad) que a todos los seres humanos corresponde por el hecho de serlo, suponiendo una exigencia de paridad en la estimación social y en la posición jurídica básica de todas las personas, mandato incompatible con la discriminación.⁹

⁷ Fernández López, M^a Fernanda, "La discriminación en la jurisprudencia constitucional", Relaciones Laborales, Editorial La Ley, España, 1993, tomo 1, p. 151.

⁸ Valdés Dal-Re, Fernando, "Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación", en "Igualdad de género y relaciones laborales", Valdés Dal-Re, Fernando y Quintanilla Navarro, Beatriz (directores), Ministerio de Trabajo e Inmigración - Fundación Francisco Largo Caballero, España, 2008, p. 29.

⁹ Álvarez Alonso, Diego y Álvarez del Cuvillo, Antonio, "Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación

En los instrumentos internacionales sobre derechos humanos la dignidad aparece siempre conectada con la igualdad en un binomio inescindible, del que nace la prohibición de discriminación, en tanto que los motivos discriminatorios prohibidos colocan a ciertas personas y grupos en una situación adversa o de inferioridad que supone una negación de esa igualdad básica de todos, y por ende, una afrenta a la dignidad humana.¹⁰

Desde la perspectiva delineada precedentemente, la ausencia de tutela de la normativa antidiscriminatoria no puede estar basada en la sola circunstancia de que la declaración testimonial no sea uno de los motivos de discriminación enunciados en las normas jurídicas pertinentes, pues esa enumeración no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación, ni una interpretación restrictiva del alcance de cada uno de ellos.

En efecto, las causas expresamente indicadas en esas normas son las más extendidas socialmente y las que determinaron la aparición de la tutela antidiscriminatoria. Tal reconocimiento positivo se explica por el carácter odioso e históricamente arraigado de ciertas formas de discriminación, y tiene la virtualidad de despejar toda duda del intérprete acerca del tratamiento que merecen tales conductas. Sin embargo, la prohibición de discriminación se extiende a todas las conductas que participen de la misma lógica vejatoria de la diferenciación a partir de la pertenencia del sujeto a un grupo, de modo que resulta adaptable a los cambios sociales y permite hacer frente a todo tipo de discriminaciones, aun cuando no estuvieran previstas inicialmente.

El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en “otra condición social” a la que alude el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresamente reconocidos en la norma precitada. Los motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad.¹¹

y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria”, Revista Española de Derecho del Trabajo, Thomson - Civitas, Madrid, España, octubre-diciembre 2006 (132), p. 1028/9; Pérez Luño, A. E., “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, 5ª ed., Tecnos, Madrid, España, 1995, p. 318.

¹⁰ Preámbulo y arts. 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Preámbulo y art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Preámbulo y art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), Observación General N° 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, 2/07/2009.

Sin ánimo de exhaustividad, el CDESC enuncia entre los motivos de discriminación que podrían ser prohibidos en determinados contextos, la discapacidad, la edad, la nacionalidad, el estado civil, la situación familiar, la orientación sexual, la identidad de género, el estado de salud, el lugar de residencia, la capacidad jurídica de una persona por el hecho de estar encarcelada o detenida, o por hallarse internada en una situación psiquiátrica de forma involuntaria y la situación económica y social.

El art. XXXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, norma de jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22, C.N.) dispone:

“Toda persona tiene el deber de obedecer a la ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquel en que se encuentre”.

Por tanto, prestar declaración veraz como testigo en un proceso constituye un deber impuesto por una norma de jerarquía constitucional reglamentado por diversas normas legales.¹²

Mediante su declaración veraz el testigo contribuye a la consolidación de valores y principios constitucionales, como el de afianzar la justicia, dada su inmediata vinculación con el adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el ámbito de las funciones atribuidas a éstos por el art. 116, C.N.

Dentro de las garantías del debido proceso establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se encuentra “...el derecho...de obtener la comparecencia, como testigos..., de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos...” (art. 8.2.f).

El elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la CADH se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes, incluido el laboral.¹³

Es más, cuando la CADH se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para “la determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.

¹² El art. 426 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (C.P.C.C.N.) dispone:

“Toda persona mayor de catorce años podrá ser propuesta como testigo y tendrá el deber de comparecer y declarar, salvo las excepciones establecidas por ley”.

El art. 89, párr. 2º de la Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo establece en lo pertinente que:

“...Los testigos que no comparecieren sin justa causa serán conducidos por medio de la fuerza pública, salvo que la parte que los propuso se comprometiere a hacerlos comparecer o a desistirlos en caso de inasistencia...”.

El art. 440, C.P.C.C.N. prescribe:

“Antes de declarar, los testigos prestarán juramento o formularán promesa de decir verdad, a su elección, y serán informados de las consecuencias penales a que pueden dar lugar las declaraciones falsas o reticentes”.

El art. 275 del Código Penal Argentino dispone en lo pertinente:

“Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente...En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.”

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31.01.2001, Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, párr. 70; 2.02.2001, Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá, párr. 125 y 6.02.2001, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, párr. 103.

Por esta razón, cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8 de la CADH.¹⁴

En este contexto, la protección frente a medidas de represalia adoptadas por el empleador contra el trabajador que testifica verazmente en un proceso en el que son partes aquél y otro trabajador, también garantiza indirectamente el derecho de este último a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa en ese proceso, máxime que los trabajadores son sujetos de preferente tutela constitucional.¹⁵

Por las razones expuestas, de la comunicación de información veraz al órgano jurisdiccional en cumplimiento de un deber constitucional y legal, no pueden seguirse consecuencias perjudiciales para el testigo en el ámbito de las relaciones públicas y privadas.

Dicho en otras palabras: un orden jurídico justo fundado en los principios y valores constitucionales no debe permanecer indiferente frente al despido represalia sufrido por el trabajador propuesto como testigo por otro trabajador en un proceso en el que es parte el empleador de ambos, que cumple el deber constitucional y legal de comparecer y declarar la verdad ante el juez o tribunal que lo cita.

Si bien la condición de testigo o el concreto cumplimiento del deber impuesto por la citación a declarar en un proceso no es una razón discriminatoria expresamente consagrada en el ordenamiento jurídico, cabe ser incluida en la cláusula abierta de “condición social”¹⁶, y en la mucho más amplia de “cualquier otra condición”.¹⁷

En materia de derechos sociales uno de los principios fundamentales es el de interpretación y aplicación de la norma más favorable a la persona humana, en el caso al trabajador¹⁸.

En este contexto, “cualquier otra condición” es el motivo de discriminación más amplio y favorable para la tutela del trabajador a la luz del cual, y siguiendo los criterios expuestos precedentemente, el despido represalia contra el testigo que declara en un proceso en el que es parte el empleador resulta discriminatorio.

Lo verdaderamente relevante es que el tratamiento desigual basado en la condición de testigo del trabajador y en su adscripción a un determinado grupo o categoría social (los trabajadores que testifican verazmente en procesos en los cuales

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional, párr. 71; Caso Ivcher Bronstein, párr. 104, ambos citados en la nota 13.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, 14.09.2004, “Vizzoti, Carlos Alberto c/Amsa S.A.”, Fallos: 327:3677.

¹⁶ Arts. 1º de la ley 23.592, 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁷ Art. 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹⁸ Arts. 75, inc. 22, C.N.; 29, inc. b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 23 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Gianibelli, Guillermo y Zas, Oscar, obra citada en la nota 3, p. 180. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva citada en la nota 5.

son parte los empleadores) revela o presupone la existencia de una regla social implícita de discriminación por la pertenencia a ese grupo de la que participa objetivamente el empresario. La lesión a la dignidad reside en esa asociación entre la pertenencia al género o categoría y la posición sistemática de desigualdad, pauta de conducta que debe ser eliminada, bien para erradicar las desigualdades que colectivamente vienen sufriendo los grupos históricamente discriminados, bien para evitar que la generalización de esa asociación se traduzca en el surgimiento de nuevos grupos marginados.

Desde esta perspectiva, la regla antidiscriminatoria pretende hacer frente, no sólo al perjuicio directamente sufrido por la víctima directa del tratamiento discriminatorio, sino también a la peligrosidad social y a la ilicitud de los comportamientos discriminatorios, en tanto que copartícipes de una pauta de conducta perjudicial, tanto actual como potencialmente, para un determinado conjunto de personas (los trabajadores que testifiquen verazmente en procesos en los que sea parte el empleador), e incompatibles con principios, valores y derechos constitucionales vinculados al adecuado funcionamiento del Poder Judicial y a la defensa en juicio de los trabajadores.

El despido del trabajador en represalia por haber declarado verazmente como testigo en un proceso en el que es parte el empleador se revela como manifestación de una pauta de comportamiento social de tratar en forma distinta a los integrantes de dicho grupo o categoría al que se vincula aquél, contribuyendo -aún de modo potencial- a la situación de las personas pertenecientes a ese colectivo en un estatuto jurídico-social de inferioridad.

En síntesis: este tipo de despido es discriminatorio en la medida en que reproduce un patrón cuya extensión o reproducción conduciría a todo el grupo a una posición de desventaja en su situación laboral.

En el mismo sentido, en el derecho español, el ya derogado art. 32.c) del Real Decreto-Ley 17/1977 incluía entre los despidos discriminatorios el que constituyera una represalia por la presentación de una queja o por la intervención en procedimientos seguidos frente al empresario por el incumplimiento por éste de normas laborales o de Seguridad Social, quedando amparada por dicha redacción la declaración testifical.

Similar redacción tiene el art. 5.c) del Convenio 158 de la O.I.T., según el cual:

“Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes:...”

“...c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes...”

El Convenio N° 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo (1982) establece la legalidad del despido en su artículo 4 e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente.¹⁹

¹⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 18, “El derecho al trabajo”, 24.11.2005.

La reforma de la Constitución Argentina producida en 1994 dio jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos “*en las condiciones de su vigencia*” (art. 75, inc. 22). Cada uno de los tratados nacidos en el seno de las Naciones Unidas ha previsto la creación de un Comité, apellidado comúnmente con referencia al instrumento respectivo. Una de las competencias atribuidas por estos tratados a dichos Comités es la de dictar observaciones generales o recomendaciones generales (OGs.).

El conjunto de las OGs. resulta un corpus vasto, de inocultable riqueza y en permanentes vías de expansión y actualización, y se constituye en una fuente de la única “interpretación autorizada” de los textos internacionales, en un medio por el cual les ha sido permitido a los Comités establecer una suerte de “interpretación auténtica” de aquéllos. Las OGs. del Comité de Derechos Humanos son adoptadas por consenso entre todos sus miembros y, por ende, con la participación de variadas escuelas del pensamiento y del Derecho, lo cual “subraya el carácter autorizado de estas interpretaciones”. Esta interpretación es extensible a los restantes Comités.

Los caracteres reseñados en los dos párrafos anteriores llevan a sostener que las OGs. resultan, lisa y llanamente, fuente del derecho constitucional argentino.²⁰

En este contexto, por reenvío expreso de la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, resulta aplicable al despido represalia contra el testigo que declara en un proceso en el que es parte el empleador el art. 5.c) del Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo, aunque no haya sido ratificado por la República Argentina.

Sin perjuicio de que la declaración testifical del trabajador constituya el ejercicio de un deber de jerarquía constitucional y legal, esa comunicación de información veraz al órgano jurisdiccional implica al mismo tiempo el ejercicio de un derecho humano fundamental del empleado represaliado.

El derecho de “*todos los habitantes de la Nación*”, entre ellos naturalmente los trabajadores, a la comunicación de información veraz a los jueces o tribunales, en calidad de testigos, salvo las razonables exclusiones consagradas en las normas procesales, está incluido dentro de la categoría de los derechos constitucionales no enumerados a los que alude el art. 33 de la Constitución Argentina.²¹

El trabajador que declara como testigo también resulta tutelado por la aplicación de la CADH, pues en el marco de su art. 13 está comprendido el derecho de toda persona “*a la libertad de...difundir informaciones...de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...*”.

²⁰ Gialdino, Rolando E., “El derecho al trabajo en la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 23 (diciembre 2006), Lexis Nexis, p. 2085/6 y 2090. Este criterio es seguido por el máximo tribunal argentino (ver sentencia mencionada en la nota 64).

²¹ El art. 33 de la Constitución Argentina dispone:

“*Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*”.

Esta norma debe ser interpretada de manera amplia de modo que dicha hermenéutica se apoye, no sólo en su texto literal, sino también en su espíritu, teniendo en cuenta especialmente que el art. 29.c) de la CADH dispone que “*Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ...Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa del gobierno...*”

La libertad de expresión -en cuyo marco encuadra el derecho a difundir informaciones, según el art. 13 de la CADH- es uno de los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia²² y no cabe restringirla a los periodistas o al ejercicio de la profesión periodística, pues tal derecho lo tienen todas las personas y no sólo los periodistas a través de los medios masivos de comunicación.²³

El bien jurídico tutelado por la libertad de difundir información veraz no desaparece por el mero hecho de que la comunicación se produzca ante el juez o tribunal y en el contexto de un proceso o actuación judicial.²⁴

En síntesis, el despido del trabajador como represalia ante su declaración testimonial también es discriminatorio al constituir un castigo por el ejercicio de otro derecho humano fundamental.

III. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO Y EL DERECHO AL TRABAJO

Con la lucidez que los distingue, Baylos Grau y Pérez Rey advierten que en el contexto de la funcionalización al mercado de la economía laboral, sobre la base de su aptitud para estimular los procesos de generación o destrucción de empleo, se coloca en un lugar central el coste del despido como elemento orientador de los procesos económicos que favorecen o distorsionan el mercado de trabajo y la creación de empleo.

En esta determinación predominantemente economicista, el despido se mide en función de sus repercusiones sobre el mercado de trabajo y sobre la voluntad preformativa del empresario como sujeto general al que se confía la creación de riqueza.

²² Art. 4 de la Carta Democrática Interamericana.

Según la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

“...La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática...”

“...Toda persona tiene el derecho a...difundir información...libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para...impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...”.

Este derecho también está amparado por otros pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional, tales como el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2.05.2008, Caso Kimel vs. Argentina, voto concurrente razonado del juez Diego García-Sayán, párr. 5.

²⁴ Tribunal Constitucional de España, STC 197/1998 de 13.10.1998.

El despido resulta sumergido literalmente en los mecanismos económicos de regulación del mercado con mayúsculas, el de bienes y servicios, donde encuentra su lugar el mercado de trabajo con minúsculas, preorientado en su dinámica por la lógica general que se desprende de aquél que le contiene. El despido resulta “incrustado” en las elucubraciones sobre la libertad (de empresa, de mercado) y sobre la liberalización (de empresas, de servicios, de mercados) que funcionan como fórmulas rituales que explican la gestión de los procesos económicos, de las crisis de los mismos y de las pautas de la producción y del consumo en un espacio económicamente determinado.

Como es característico del sistema de economía de mercado, la situación personal del trabajador despedido no tiene ninguna relevancia frente a una “realidad brutal” que resulta indiferente a cualquier proyecto político, y deviene un simple elemento del “ambiente” en el que se producen las interacciones automáticas del mercado definido en términos de costes dinerarios.²⁵

Si bien constituida principalmente desde la experiencia española, la visión aportada por Baylos Grau y Pérez Rey resulta útil para la comprensión del “contexto” argentino. En especial, si se tiene en cuenta el énfasis puesto por la doctrina tradicional para descartar toda posibilidad de nulificar el despido incausado, injustificado o arbitrario con el latiguillo de la inexpugnable ciudadela de la libertad empresaria de contratar, y su pretendido correlato de la libertad de “descontratar”.

Es clásica e inexplicablemente olvidada la enunciación y conceptualización de Justo López de los distintos sistemas de protección contra el despido arbitrario: 1) de validez e ilicitud, 2) de ineficacia y 3) de propuesta de despido.

En virtud del primer modelo, adoptado como sistema general por la Ley de Contrato de Trabajo, el ordenamiento jurídico reconoce la validez del despido arbitrario, pero lo considera un acto ilícito y lo sanciona, por ejemplo, con el pago de una indemnización al trabajador despedido.

En el sistema de ineficacia la voluntad arbitraria del empleador de despedir al trabajador no podría nunca lograr su propósito pues nunca se traduciría en un acto disolutorio de la relación de trabajo.

Por último, en el sistema de propuesta de despido, la derogación de la norma individual que originó la relación de trabajo y la consiguiente extinción de ésta son resultado de un acto complejo en el cual el empleador participa con su “iniciativa”, pero no puede ponerlo por sí mismo, sino que queda subordinado a una instancia superior, sea ésta judicial, administrativa o interprofesional.²⁶

Más allá de la utilidad y pertinencia de la clasificación, lo relevante del aporte de Justo López es que el despido sin causa siempre es un acto ilícito, conclusión que comparto y que es rechazada por cierto sector de la doctrina y de la jurisprudencia, que alude a un supuesto derecho del empleador a despedir, incluso sin expresión de causa.

²⁵ Baylos, Antonio y Pérez Rey, Joaquín, “El despido o la violencia del poder privado”, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 30/1.

²⁶ López, Justo, “Despido arbitrario y estabilidad”, L.T. XXI, p. 289 y ss.

Según el primero de esos modelos el despido es ilícito pero de eficacia extintiva. El acto injustificado es válido siendo ilícito; obliga a reparar sólo económicamente las consecuencias emergentes de su incumplimiento. La indemnización, tasada o no, presupone la antijuridicidad del acto. El despido sin justa causa es, por definición, el despido sin causa de justificación. Sólo requiere causa de justificación lo que es ab initio ilícito.²⁷

En la nueva concepción que incorpora a la dogmática constitucional los “*derechos sociales*”, el despido desnudo o inmotivado merece una valoración negativa, sellada con la palabra “*arbitrario*”, a tal punto que entró en los propósitos del legislador constituyente la protección del trabajador contra él. Eso importa, necesariamente, una descalificación de las libertades del empleador de ejercer toda industria lícita, de comerciar, de contratar y “*descontratar*”, no en sentido absoluto, pero sí en cuanto conduzcan al despido arbitrario. La supresión del poder jurídico de despedir arbitrariamente no ataca la libertad de “*descontratar*”, lo único que ataca es el poder de derogar por acto unilateral inmotivado (arbitrario) lo que fue acordado bilateralmente.²⁸

Las consistentes reflexiones de Justo López resultan corroboradas y profundizadas luego de la reforma constitucional de 1994.

Sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el derecho internacional de los derechos humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994. Al respecto, exhibe singular relevancia el art. 6 del PIDESC pues, en seguimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), enuncia el “*derecho a trabajar*” (art. 6.1), comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera que sea la clase de éste. Derecho al trabajo que, además de estar también contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5.e.i), debe ser considerado “*inalienable de todo ser humano*” en palabras expresas de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11.1.a).²⁹

Resulta relevante al respecto el art. 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también denominado Protocolo de San Salvador, norma de jerarquía suprallegal, cuyo texto dispone en lo pertinente:

“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:...”

²⁷ Meik, Moisés, “Estudio de doctorado en Economía Industrial y Relaciones Laborales. La protección contra el despido injustificado en España como derecho al trabajo con estabilidad”, Universidad de Castilla-La Mancha, Campus Albacete, año 2003, inédito.

²⁸ López, Justo, obra citada en la nota 26, p. 297/9.

²⁹ Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, sentencia citada en la nota 15.

“...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 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...”

El derecho al trabajo, derecho fundamental reconocido en diversos instrumentos de derecho internacional, es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente a la dignidad humana. El art. 6 del PIDESC trata este derecho más extensamente que cualquier otro instrumento.

El derecho al trabajo afirma la obligación de los Estados Partes de garantizar a las personas su derecho al trabajo libremente elegido o aceptado, en particular el derecho a no ser privado de su trabajo de forma injusta.

La prohibición de no discriminación (art. 2.2 del PIDESC) es de aplicación inmediata y no está sujeta a una aplicación progresiva ni se supedita a los recursos disponibles. Se aplica directamente a todos los aspectos del derecho al trabajo.

Toda persona o grupo que sea víctima de una vulneración del derecho al trabajo debe tener acceso a adecuados recursos judiciales o de otra naturaleza en el plano nacional. Todas las víctimas de esas violaciones tienen derecho a una reparación adecuada, que puede adoptar la forma de una restitución, una indemnización, una compensación o garantías de no repetición.³⁰

Como señala Gialdino, la tutela contra el despido injustificado puede asumir, dentro del PIDESC, la forma de la reinstalación, tal como lo precisa nuestra OG. 18 (párr. 48), así como los arts. 10 convenio OIT 158 y 7.d Protocolo de San Salvador.³¹

El cuadro descripto lleva a formular las siguientes conclusiones:

1) El despido *ad nutum*, incausado, inmotivado, injustificado o arbitrario es un acto ilícito, que viola los derechos de jerarquía constitucional a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo.

2) Es constitucional la consagración de un sistema de estabilidad que frente al acto ilícito descripto en el párrafo anterior, otorgue al trabajador el derecho a reclamar la nulidad del despido y la readmisión en el empleo.

3) El contenido esencial de los derechos constitucionales de trabajar y ejercer toda industria lícita, de comerciar, de usar y disponer de la propiedad y de contratación, conferidos al empleador, no comprende la potestad de despedir a los trabajadores *ad nutum*, en forma incausada, injustificada, inmotivada o arbitraria.

Las consideraciones vertidas precedentemente revelan que un sistema indemnizatorio tarifado como el consagrado en la Ley de Contrato de Trabajo de la República Argentina no es el único modo posible de reglamentación de los derechos al trabajo y de protección contra el despido arbitrario, ambos de jerarquía constitucional.³²

³⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 18 citada en la nota 19.

³¹ Gialdino, Rolando E., obra citada en la nota 20.

³² Dados los objetivos de esta monografía, no corresponde pronunciarse acerca de la constitucionalidad de sistemas de protección contra el despido arbitrario o injustificado, que limitan la respuesta jurídica al pago

IV. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DESPIDO DISCRIMINATORIO

El despido represalia contra el testigo que declara en un proceso en el que es parte el empleador no sólo vulnera el derecho a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo de aquél al constituir un acto incausado y, por tanto, ilícito, sino también transgrede el derecho fundamental del trabajador a no ser discriminado por motivos prohibidos consagrado en normas constitucionales e internacionales de jerarquía constitucional y supralegal e integrantes del *jus cogens*, configurándose de ese modo otra ilicitud escindible de aquélla cuya sanción no puede ser subsumida en las normas legales (en el caso argentino: la Ley de Contrato de Trabajo) que sólo condenan al empleador que despide al pago de una indemnización tarifada.

Esta clara distinción de ilicitudes y de imputación de sanciones jurídicas resulta especialmente corroborada por la circunstancia de que el derecho a no ser discriminado arbitrariamente ha ingresado en el dominio del *jus cogens*, por lo que su vulneración concretada través del despido de un trabajador habilita a este último a reclamar la nulidad del acto rescisorio y la readmisión en el empleo.

Desde esta perspectiva, la sola invocación de las normas de la Ley de Contrato de Trabajo que reglamentan el derecho a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo para desestimar la pretensión de nulidad y readmisión del trabajador no sólo sería insostenible en el orden jurídico nacional, sino que comprometería gravemente la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

La nulidad del despido y la readmisión al empleo es el modo más idóneo para garantizar in natura el contenido esencial del derecho fundamental vulnerado.

En esta línea se inscribe el art. 1º de la ley 23.592, cuyo texto reza:

“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”.

de una indemnización tarifada o integral, y vedan al trabajador la posibilidad de demandar la nulidad de la ruptura contractual incausada dispuesta por el empleador y la reincorporación al puesto de trabajo. No obstante, cabe destacar que, según Baylos Grau y Pérez Rey, la opción que abre el art. 35 de la Constitución Española en el sentido de permitir que el legislador decida como estructurar la protección frente al despido sin imponer la estabilidad real como una solución constitucionalmente posible, no impide que en el ámbito de la prohibición del poder ejercido arbitrariamente y que se especifica en la protección de los derechos fundamentales frente al acto del despido, la readmisión sea la solución indicada, descartándose que un sistema de mera estabilidad obligatoria otorgue adecuada reparación a la lesión del derecho consumada a través del despido. Son despidos prohibidos, vetados y la estabilidad real es la única solución coherente con esa prohibición del ordenamiento. En consecuencia, añaden los mencionados juristas, un sistema jurídico como el español que compatibiliza ambas técnicas de estabilidad con mayor extensión para el despido injusto indemnizado, está otorgando una protección inferior y contradictoria con la vigencia del derecho al trabajo reconocido constitucionalmente cuya eficacia se garantiza mucho mejor mediante la generalización de la readmisión forzosa como garantía frente al despido irregular (Baylos Grau, Antonio y Pérez Rey, Joaquín, obra citada en la nota 21, p. 63). Por su parte, Oscar Ermida Uriarte, con fundamento en el art. 6.1 del PIDESC también postula que la readmisión forzosa es el modo más adecuado para garantizar el contenido esencial del derecho al trabajo.

“A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

Desde esta perspectiva, concretado un despido discriminatorio, el trabajador afectado tiene derecho a demandar judicialmente que se “*deje sin efecto el acto discriminatorio*”, lo que implica la nulidad de la decisión rescisoria y la readmisión en el empleo.

El rechazo de la invocación de la ley 23.592 por parte de un trabajador afectado por un despido discriminatorio, implicaría una discriminación jurídica inadmisibles.

En la medida que todos los habitantes tienen el derecho fundamental a no ser discriminados arbitrariamente, es irrefutable que también los trabajadores asalariados, categoría singular de personas integrantes del ámbito subjetivo general abierto por el pronombre “todos”, son titulares del referido derecho en cualesquiera circunstancias, y también por ello, en el ejercicio de su actividad profesional debida en virtud del contrato de trabajo que les une a su empleador.

Ese derecho fundamental, pensado constitucionalmente para el ejercicio de su titularidad por todos los ciudadanos, y desde su incorporación al *jus cogens* por todos los habitantes del mundo, cualquiera sea su condición, puede ser ejercitado por los trabajadores en el ámbito de las relaciones de trabajo, por lo que en tal caso adquiere un contenido o dimensión laboral sobrevenidos.

En síntesis, estamos en presencia de un derecho fundamental atribuido con carácter general a todos los habitantes, que es ejercitado en el seno de una relación jurídica laboral por personas que, al propio tiempo son trabajadores y, por lo tanto, se convierte en un verdadero derecho laboral por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hace valer, en un derecho laboral fundamental inespecífico.³³

Ahora bien, el art. 14 bis de nuestra Carta Magna viene a reforzar la aludida protección constitucional laboral inespecífica, prescribiendo expresamente que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador, entre otros derechos, condiciones dignas y equitativas de labor.

Por otra parte, en materia de derechos sociales existe una tutela antidiscriminatoria específica.³⁴

Es decir, que el trabajador tiene el derecho a no ser discriminado arbitrariamente desde una doble dimensión: una tutela constitucional similar a los restantes habitantes de la Nación y una tutela constitucional laboral específica.

³³ Palomeque-López, Manuel Carlos, “El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo”, conferencia inaugural del Encuentro Iberoamericano Riesgo y Trabajo, Universidad de Salamanca-Fundación MAPFRE, pronunciada el 11.11.91 en el Paraninfo de dicha universidad, pub. en Actualidad Laboral N° 4 -semana 27 de enero-2 de febrero 1992-, ps. 37/44.

³⁴ Arts. 2.2 de “Protocolo de San Salvador”, 1, 2 y 3 del Convenio N° 111 de la O.I.T. sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento.

El art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional dispone en lo pertinente:

“Corresponde al Congreso...”

“...Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social...”

La mención expresa de la justicia social en el texto constitucional sólo constituye una novedad lingüística, porque este principio ya estaba reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los siguientes términos:

“...Se trata de la justicia en su más alta expresión...”, cuyo contenido “...consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización; es la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad”.³⁵

Además, nuestro más Alto Tribunal había señalado con anterioridad que la justicia social es elemento integrante de la Constitución desde sus orígenes: “*el objetivo preeminente de la Constitución, según expresa su Preámbulo, es lograr el bienestar general, lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social*”.³⁶

Asimismo, según la Corte Suprema, “*las desigualdades no pueden resolverse sino tendiendo a alcanzar mayores niveles de bienestar*”³⁷, conjugándose con los valores de “*cooperación*” y “*solidaridad*”.³⁸

El trabajo humano tiene características propias que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el mero mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, también normativamente comprendidos en la Constitución Nacional, lo que sustenta la obligación de los que utilizan los servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan³⁹ (Fallos: 258:315 y 321; 304:415; 306:337).

Según el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, el Congreso, entre otras medidas, deberá:

“...Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...”

³⁵ C.S.J.N., 13/9/74, “Bercaitz, Miguel Angel”, Fallos 289:430.

³⁶ C.S.J.N., Fallos: 278:313.

³⁷ C.S.J.N., Fallos: 293:551 y 556.

³⁸ C.S.J.N., 3/5/84, “Gutiérrez c/Y.P.F.”

³⁹ C.S.J.N., Fallos: 258:315 y 321; 304:415; 306:337.

Las medidas de acción positiva en general tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, desbrozando los impedimentos que condicionan y limitan la igualdad en los hechos.

Entre los destinatarios de las normas que, como medidas de acción positiva debe promover el legislador, obviamente se incluyen los trabajadores.

El carácter compensatorio del Derecho del Trabajo, exigido -entre otras normas- por el art. 75, inc. 23, C.N. resulta claramente definido en una sentencia del Tribunal Constitucional de España, en términos que resultan aplicables al ordenamiento jurídico argentino.

La disparidad normativa se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro, y que posee una tradición que es innecesario concretar, en todo el amplio conjunto de consecuencias derivadas de dicha relación. De todo ello deriva el específico carácter del derecho laboral, en virtud del cual, mediante la transformación de reglas indeterminadas que aparecen indudablemente ligadas a los principios de libertad e igualdad de las partes sobre los que se basa el derecho de contratos, se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales. Estas ideas encuentran expresa consagración en el artículo 9.2 de la Constitución española cuando impone a los poderes públicos la obligación de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas”, pues con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del artículo 1, que constituye a España como un Estado democrático y social de Derecho, por lo que, en definitiva, se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora del derecho laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, ya que el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador.⁴⁰

La exclusión del trabajador de la tutela consagrada en forma general por la ley 23.592 implicaría una violación del plexo normativo y principista descripto precedentemente, llegando a la paradoja de que una norma pensada para prevenir y sancionar actos discriminatorios sería aplicable con un sentido arbitrariamente discriminatorio contra un grupo numeroso de personas -los trabajadores asalariados- que gozan de una tutela jurídica más intensa.

Por otra parte, la ley 23.592 es de naturaleza federal y reglamenta directamente un principio constitucional de tal magnitud que excede el concreto interés de la parte

⁴⁰ STC 3/1983 de 25/1, citada por Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, “Estado Social y Derecho del Trabajo”, en “Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)”, coordinado por Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1992, p. 23.

e involucra y afecta a toda la comunidad⁴¹. Si el despido discriminatorio como una especie de los actos discriminatorios afecta el interés de la comunidad, no resulta consistente limitar la protección al pago de una indemnización tarifada o integral, porque la cuestión no se agota con la satisfacción patrimonial del trabajador directamente afectado. De ahí que la sanción jurídica frente a la vulneración de aquel principio sea el restablecimiento de la situación anterior a la ilicitud constitucional, lo que implica la nulidad del despido y la readmisión del trabajador a su puesto de trabajo.

Es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere de la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior y en la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados.⁴²

La misión judicial no se agota con la remisión a la letra de los textos legales, sino que requiere del intérprete la búsqueda de la significación jurídica o de los preceptos aplicables que consagre la versión técnicamente elaborada y adecuada a su espíritu, debiendo desecharse las soluciones notoriamente injustas que no se avienen con el fin propio de la investigación judicial de determinar los principios acertados para el reconocimiento de los derechos de los litigantes.⁴³

El razonamiento judicial debe partir de la ponderación de los valores constitucionales, que constituyen una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas o de interpretación de la ley.⁴⁴

El control de constitucionalidad de las leyes que compete a todos los jueces y, de manera especial, a la Corte Suprema, en los casos concretos sometidos a su conocimiento en causa judicial, no se limita a la función en cierta forma negativa, de descalificar una norma por lesionar principios de la Ley Fundamental, sino que se extiende positivamente a la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional en tanto la letra o el espíritu de aquéllas lo permite.⁴⁵

Esta línea hermenéutica debe ser aplicada al denominado “*control de convencionalidad*” al que alude nuestro más Alto Tribunal en el caso “*Mazzeo*”⁴⁶, por reenvío a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada el 26 de septiembre de 2006 en el caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”.⁴⁷

⁴¹ C.S.J.N., Fallos: 322:3578, 324:392 y sent. del 11.07.2006, “*Triaca, Alberto Jorge c/Southern Winds Líneas Aéreas S.A.*”, pub. en E.D. del 25/10/2006, p. 6.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena citado en la nota 13, párr. 201 y 202.

⁴³ C.S.J.N., Fallos: 253:267, entre otros.

⁴⁴ C.S.J.N., F. 1116.XXXIX, 21/3/2006, “*Ferreya, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/V.I.C.O.V. S.A.*”, considerando 4º, párr. 1º del voto del juez Lorenzetti.

⁴⁵ C.S.J.N., Fallos: 308:647, cons. 8º y sus citas; cons. 20 del voto del juez. Fayt, 22/12/94, “*Manauta, Juan J. y otros c/Embajada de la Federación Rusa*”, D.T. LV, ps. 643/55.

⁴⁶ C.S.J.N., 13.07.2007, M. 2333.XLII, “*Mazzeo, Julio Lilo y otros*”.

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26.09.2006, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 124.

Lo sustancial de este precedente es que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “*control de convencionalidad*” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Es más, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la CADH, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la CADH no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “*de convencionalidad*” *ex officio* entre las normas internas y la CADH, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.⁴⁸

Las normas de la CADH deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la CADH, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.⁴⁹

En el contexto hermenéutico delineado precedentemente, la nulidad del despido discriminatorio y la consiguiente reinstalación del trabajador es la única solución que repara totalmente el daño causado.

Desde esta perspectiva, la pretensión del empleado igualmente procedería por la operatividad y autoaplicación de las normas de jerarquía constitucional e integrantes del *jus cogens* y su interpretación por los tribunales y organismos pertinentes, aun cuando no existieran normas como la ley 23.592, criterio sustentado por la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo en los siguientes términos:

“...La operatividad y autoaplicación de las normas internacionales de derechos humanos habilitan al trabajador discriminado a demandar la nulidad del despido discriminatorio y a la reparación de los daños y perjuicios sufridos, aun cuando no existan normas legales nacionales que regulen específicamente esta situación...”⁵⁰

Resulta relevante destacar que la nulidad del despido discriminatorio y el consecuente derecho del trabajador a la readmisión en su puesto de trabajo reconoce

⁴⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24.11.2006, Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, párr. 128.

⁴⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31.08.2004, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, párr. 178.

⁵⁰ Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo, “Frente a los despidos de trabajadores en la crisis global”, Declaración emitida en abril de 2009, pub. en Revista de Derecho Social Latinoamérica, N° 4/5, Editorial Bomarzo Latinoamérica, Buenos Aires, 2009, ps. 437/9.

destacados precedentes en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal.⁵¹

En el derecho comparado también encontramos ejemplos de decisiones jurisdiccionales que han declarado la nulidad de despidos discriminatorios. Resulta pertinente destacar los casos de España⁵² y Costa Rica.⁵³

V. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO FRENTE A DECISIONES EMPRESARIALES DISCRECIONALES O NO CAUSALES

Las decisiones empresariales discrecionales o no causales, como la ruptura contractual durante el período de prueba o el despido en un régimen jurídico donde ni siquiera rige la indemnización tarifada de la Ley de Contrato de Trabajo, como es el caso de los trabajadores de la industria de la construcción incluidos en el ámbito de aplicación de la ley 22.250, si bien son lícitas desde una perspectiva legal, ello no

⁵¹ C.N.A.T., Sala II, sent. def. n° 95.075, 25.06.2007, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A.”; Sala III, sent. def. n° 91.189, 29.07.2009, “Camusso, Marcelo Alberto c/Banco de la Nación Argentina”; Sala IV, sent. def. n° 94.267, 31.08.2009, “Lescano, Víctor César c/Ingeplam S.A.”; Sala V, sent. def. n° 68.536, 14/06/2006, “Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A.”, sent. def. n° 69.131, 21.12.2006, “Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina S.A.”, sent. def. n° 70.349, 20.12.2007, “Quispe Quispe, Néctor c/Compañía Argentina de la Indumentaria S.A.” y “Belen, Rodrigo Hernán c/Jumbo Retail Argentina S.A.”, sent. def. n° 70.913, 20.08.2008; Sala VI, sent. def. n° 56.971, 10.03.2004, “Balaguer, Catalina Teresa c/Pepsico de Argentina S.R.L.”; Sala VIII, sent. def. n° 34.673, 30.11.2007, “Cáceres, Orlando Nicolás c/Hipódromo Argentino de Palermo S.A.”; Sala IX, sent. def. n° 12.488, 31.05.2005, “Greppi, Laura Karina c/Telefónica de Argentina S.A.”; Sala X, sent. def. n° 9.679, 20.06.2001, “Stafforini, Marcelo Raúl c/Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social Administración Nacional de la Seguridad Social ANSES”.

⁵² El Tribunal Constitucional de España en la sentencia 38/1981, de 23 de noviembre partió de una noción amplia y extensiva de acto o conducta empresarial discriminatoria, en particular el despido contrario a la libertad sindical. En ese caso, el tribunal declaró que para restablecer a los trabajadores en la integridad del derecho vulnerado el despido debía ser declarado nulo, con una nulidad “radical” que “*comporta necesariamente la readmisión, excluyéndose toda facultad de opción ejercitable por el empresario, pues los efectos que se anudan a tal nulidad reclaman la reintegración de los trabajadores en su puesto con el pago de los salarios y el mantenimiento de sus derechos adquiridos*”. A pesar de que la Ley de Procedimiento Laboral Española de 1980 unificara los efectos del despido nulo y del improcedente, en tanto que la no readmisión del trabajador por el empresario resultante de la declaración de nulidad del despido podía ser sustituida por el juez laboral, en el seno del llamado incidente de readmisión, por una indemnización, el Tribunal Constitucional mantuvo su doctrina. Así, dijera lo que dijera la ley laboral, el despido discriminatorio y lesivo de los derechos fundamentales del trabajador sería nulo obligando al empresario a la readmisión sin posibilidad de sustitución por una indemnización (Santos Fernández, María Dolores, “El despido discriminatorio en España”, pub. en Revista de Derecho Social Latinoamérica, N° 1-2006, Editorial Bomarzo Latinoamericana, Buenos Aires, p. 161).

⁵³ La primera sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica que declaró la nulidad de un despido discriminatorio es anterior a la existencia de una norma legal concreta en tal sentido (sentencia N° 5000-93 del 8.10.1993), decisión que provocó la modificación del Código de Trabajo, cuyo art. 363, sancionado mediante la ley 7.360 de 4.11.1993 reza:

“Prohíbense las acciones u omisiones que tiendan a evitar, limitar, constreñir o impedir el libre ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores, sus sindicatos o las coaliciones de trabajadores”.

“Cualquier acto que de ellas se origine es absolutamente nulo e ineficaz y se sancionará, en la forma y en las condiciones señaladas en el Código de Trabajo, sus Leyes supletorias o conexas para la infracción de disposiciones prohibitivas”.

En fecha más reciente, y aunque no se encontraba expresamente previsto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema del país centroamericano anuló un despido discriminatorio por motivo de enfermedad (Sentencia N° 2005-13205, del 27.09.2005).

descarta que constituyan una ilicitud constitucional, ilicitud muy grave pues compromete el derecho fundamental del trabajador a la no discriminación, no sólo de fuente constitucional, sino integrante del *jus cogens*.

No parece jurídicamente consistente dejar impune una conducta empresarial violatoria de un derecho del trabajador amparado por el *jus cogens* con la sola invocación de una norma legal consagratoria del derecho empresarial a despedir lícita y válidamente, porque ello comprometería gravemente la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

La cualidad de trabajador por cuenta ajena no resulta incompatible con la figura del ciudadano en plenitud de sus derechos, de forma que también en los lugares de trabajo se deben garantizar los derechos fundamentales reconocidos por las normas de jerarquía constitucional a todos los ciudadanos, y no sólo aquéllos específicamente concebidos para su utilización en el contexto productivo, o aquellos que están directamente ligados a la situación socio-profesional del trabajador.⁵⁴

El Tribunal Constitucional de España, hace más de veinte años, en una conocida decisión afirmó de manera tajante que “...la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano...”, que “...Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa...legítima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional...” y que “...Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza...”⁵⁵

El prestigioso tribunal español, con anterioridad al citado precedente, había fijado doctrina respecto a la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador en caso de resolución del contrato dispuesta por el empleador durante el período de prueba, en los siguientes términos:

“...Así planteado el debate, se suscita el problema, relativo a la posibilidad de valorar la resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba desde la perspectiva del principio de igualdad y la prohibición de discriminación que contiene el art. 14 de la Constitución Española...el problema no se plantea aquí como una cuestión de legalidad, sino en confrontación con un precepto constitucional que prohíbe toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, y cuyo predominio debe quedar garantizado. Y atendiendo al mandato constitucional habrá de completarse aquella proposición en el sentido de que la motivación de la resolución del contrato de trabajo durante el período de

⁵⁴ Baylos Grau, Antonio, “Por una (re) politización de la figura del despido”, Revista de Derecho Social nº 12 (octubre-diciembre 2000), Editorial Bomarzo, Albacete, España, p. 11.

⁵⁵ STC 88/1985, de 19 de julio.

prueba carecerá de trascendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal, que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales”.

“Que dicha resolución no consista en un despido causal fundado en una serie de motivos tasados, sino en una decisión no motivada, no excluye que desde la perspectiva constitucional sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria. En otros términos, la facultad de resolución de la relación laboral concedida por el art. 14.2 del Estatuto de los Trabajadores, y de la que en el presente caso ha hecho uso la Empresa, está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental, como en el presente caso el de igualdad, recogido en el art. 14 de la C.E...”⁵⁶

Con posterioridad el Tribunal Constitucional de España extendió esta doctrina a casos análogos.

El hecho de que las decisiones discrecionales o no causales del empleador -incluidas las extintivas de la relación laboral- no precisen ser motivadas no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión discrecional o no causal contraria a los derechos fundamentales del trabajador.

En el ámbito de relaciones de los empleados públicos y la Administración, en los casos de puestos de libre designación en los que la facultad de cese juega como consecuencia de la de libre nombramiento, igualmente procede el examen de si aquélla se ejercita con el fin de limitar, impedir o coaccionar los derechos fundamentales. Para los puestos de trabajo de libre designación, la correlativa libertad de cese es una libre facultad que, en el plano de la constitucionalidad, también queda limitada por el respeto a los derechos fundamentales.⁵⁷

En el caso de los trabajadores regidos por la ley 22.250, la cuestión a dilucidar no es si aquéllos están excluidos del régimen indemnizatorio de la Ley de Contrato de Trabajo, y si esa exclusión basta para desestimar la pretensión de nulidad del despido discriminatorio, pues ese análisis se limita a la dimensión legal e ignora la relevancia constitucional del derecho a la no discriminación del trabajador y su integración en el *jus cogens*.

Desde esta perspectiva, ni siquiera es necesario expedirse acerca de la constitucionalidad de la ley 22.250, pues para resolver esa cuestión constitucional debe determinarse el alcance de los derechos a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo, mientras que el derecho vulnerado por el despido represalia contra el testigo es el de no discriminación.

En consecuencia, en los casos en que el empleador tiene la facultad legal de extinguir lícita y válidamente el contrato de trabajo sin necesidad de expresar causa alguna, ello no obsta a que la decisión rescisoria vulnere el derecho del trabajador a la no discriminación de jerarquía constitucional e integrante del *jus cogens*.

⁵⁶ STC 94/1984, de 16 de octubre; doctrina reiterada en STC 166/1988, de 26 de septiembre.

⁵⁷ STC 29/2000, de 31 de enero.

VI. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DESPIDO DISCRIMINATORIO

Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que el derecho a la no discriminación arbitraria, no sólo está tutelado por normas de jerarquía constitucional y supralegal, sino que ha ingresado en el dominio del *jus cogens*, cuando el trabajador se considera injustamente discriminado, debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, al referirse al Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958, ratificado por la República Argentina, señala en lo pertinente:

Uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido. Lo más frecuente es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar, sobre todo en los casos de discriminación indirecta o sistemática, y tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación. La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo. De todas estas consideraciones se desprende que existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta.⁵⁸

El art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagra el derecho al debido proceso legal derivado de la “*dignidad inherente a la persona humana*”, concierne efectivamente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Para que exista “*debido proceso legal*” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. El proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales.

Los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho y son condiciones

⁵⁸ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y la ocupación.

que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales (cfr. arts. II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2 y 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 2, 5 y 7 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 1, 8 y 24 de la Convención Americana sobre derechos humanos) y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.⁵⁹

Al poco tiempo de entrar en vigencia la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, refiriéndose expresamente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señaló que la jerarquía constitucional ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente “*en las condiciones de su vigencia*” (conf. art. 75, inc. 22, párr. 2, C.N.), esto es, tal como la mencionada convención rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cfr. arts. 75, C.N., 62 y 64 de la Convención Americana y 2º de la ley 23.054).⁶⁰

El referido criterio fue reiterado por la Corte Suprema en su actual composición⁶¹ y profundizado en el caso “Mazzeo”.⁶²

El máximo tribunal argentino ha extendido este criterio a la labor de interpretación y aplicación de normas internacionales realizada por otros organismos internacionales, tales como el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones Internacionales, ambos de la

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1º de octubre de 1999.

⁶⁰ C.S.J.N., 7.04.1995, “Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación”, L.L. 1995-D, p. 463.

⁶¹ C.S.J.N., 3.05.2005, V.856.XXXVIII, Recurso de Hecho “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”; 14.06.2005, “Simón, Julio Héctor y otros”, L.L. 2005-D, p. 845.

⁶² Corte Suprema de Justicia de la Nación, Caso Mazzeo citado en la nota 46.

Organización Internacional del Trabajo⁶³, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en especial a través de las Observaciones Generales.⁶⁴

En base a las pautas precitadas, considero razonable que en materia de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales el *onus probandi* quede articulado de la siguiente manera.

El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad.

Desde esta perspectiva, son admisibles diversos resultados de intensidad en el ofrecimiento de la prueba por el trabajador y que, aun pudiendo aportarse datos que no revelen una sospecha patente de vulneración del derecho fundamental, en todo caso habrán de superar un umbral mínimo, pues, de otro modo, si se funda el reclamo en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del *onus probandi* al demandado.

En la materia que nos ocupa aparecen elementos de origen muy diverso: unos, tomados del juego de la prueba de presunciones, que como tal prueba debiera en principio conducir a la certeza, aunque fuera por deducción; otros, directamente vinculados con la noción de principio de prueba, mucho más flexible, en que cuenta más la apariencia que la seguridad, la sospecha fundada o la credibilidad que la certidumbre simplemente porque si se sobrepasa este nivel estaremos en presencia de prueba plena y no de principio de prueba. De ahí que la sospecha de discriminación -el principio de prueba de la misma, técnicamente- es el nivel al que debe tender la actividad probatoria del demandante, de otro modo, se corre un serio peligro de imponer a la parte protegida por estas reglas la prueba plena de la discriminación, desnaturalizándolas.⁶⁵

Una vez configurado el cuadro indiciario precitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe

⁶³ C.S.J.N., A. 201. XL., 11.11.2008, “Asociación de Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo”, A. 1792. XLII, 24.02.2009, “Aerolíneas Argentinas S.A. c/Ministerio de Trabajo”, P. 1911. XLII, 1.09.2009, “Pérez, Aníbal Raúl c/Disco S.A.”

⁶⁴ C.S.J.N., 31.03.2009, T. 205. XLIV., “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/Gulf Oil Argentina S.A. y otro”.

⁶⁵ Fernández López, M^a Fernanda, “La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género”, La Ley, Temás, 1^a edición, 2008, Madrid, España, p. 133 y 150.

llevar a la convicción del tribunal que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión patronal, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito violatorio de derechos fundamentales. En definitiva, el empleador debe probar que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador.

Los criterios mencionados en materia de *onus probandi* en caso de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales también son seguidos por el Tribunal Constitucional de España⁶⁶, por la doctrina más prestigiosa de ese país⁶⁷ y por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.⁶⁸

Si bien en casos de decisiones discrecionales o no causales, el empleador no está obligado a expresar ni a acreditar causa alguna para despedir lícita y válidamente al trabajador, esa ausencia de exigencia causal opera en el marco de la legalidad, mientras que las reglas de distribución de la carga probatoria en los despidos discriminatorios y vulneratorios de derechos fundamentales se inscriben en la dimensión constitucional.

La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de facultades legales, pasa por considerar la especial dificultad que ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad del acto empresarial.

En consecuencia, aunque se trate de un acto discrecional o no causal, el empleador está obligado a hacer transparentes las razones de la medida adoptada cuando se sospeche que, cobijada tras la ausencia de motivación, existe una violación de los derechos fundamentales del trabajador, pues el ejercicio de facultades legales, aun discrecionales o no causales, no puede conducir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de aquellos derechos fundamentales, máxime si vulneran el *jus cogens*. Es más, la exigencia de acreditación de la razonabilidad de la decisión opera con más intensidad en los casos en que el empresario no está sujeto por las normas a causas o procedimientos en su actuación, por cuanto en ellos puede, virtualmente, ocultar con más facilidad las razones de su decisión.

Los criterios expuestos también son seguidos por el Tribunal Constitucional de España⁶⁹, y por la doctrina más prestigiosa de ese país.⁷⁰

⁶⁶ STC 38/1981, de 23.11.1981, STC 111/2003, de 16.06.2003 y STC 79/2004, de 5.05.2004, entre otras.

⁶⁷ Monereo Pérez, José Luis, "La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales", Tirant Lo Blanch, "Colección Laboral", Valencia, España, 1996 y Baylos Grau, Antonio, "Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos", en "La prueba en el proceso laboral", Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, España, 1997.

⁶⁸ Sentencia n° 2004-11437, del 15.10.2004, 2004-11984, del 29.10.2004 y 2005-13205, del 27.09.2005.

⁶⁹ STC 90/1997, de 6.05.1997, STC 87/1998, de 21.04.1998, STC 87/2004, de 10.05.2004 y STC 38/2005, de 28.02.2005, entre otras.

⁷⁰ Baylos Grau, Antonio, obra citada en la nota 64, p. 36 y García-Perrote Escartín, Ignacio, "La prueba en el proceso de trabajo", Civitas, Madrid, España, 1994, p. 200 y ss.