

# LA FUNCIÓN DEL DERECHO: ¿LA REDISTRIBUCIÓN?

## EL ROL DE LA LEY Y DE LA JURISPRUDENCIA EN LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS HUMANAS

**Cristina Mangarelli**

Professora da Universidad de la Republica (Uruguai).

E-mail: mangarel@adinet.com.uy

### RESUMO

O tema proposto de discussão “Redistribuir pelo direito?” é muito sugestivo e possibilita formular múltiplas questões. O presente artigo se propõe a analisar um ponto específico dessa temática: o papel do direito no tocante à modificação das condutas humanas – especialmente o papel da lei e da jurisprudência na mudança dessas condutas -, e a partir disso responder à interrogação da pergunta sobre a “função do direito: a redistribuição?”.

### ABSTRACT

“Redistribute through law?” is a very suggestive topic of discussion as it allows to formulate multiple questions. This article aims to analyze a specific point of this theme: the role of law regarding the modification of human behavior – especially the role of statute and jurisprudence in changing these behaviors –, and from there to answer the problem related to the “law’s function: redistribution?”

## A MODO DE INTRODUCCIÓN

El trabajo de Michel Miaille “Redistribuir par le droit?” es muy sugerente y opera a modo de disparador de variadas e interesantes cuestiones que se pueden plantear a partir de las ideas allí expuestas. Elegí analizar un punto que me sugirió la lectura de dicho texto: el rol del derecho en lo que tiene que ver con la modificación de las conductas humanas -en especial el papel de la ley y de la jurisprudencia en el cambio de dichas conductas-, y a partir de ello intentar contestar la interrogante acerca de “la función del derecho: la redistribución?”.

### Los valores de justicia de una sociedad que aplica el Derecho. La permanencia, los cambios y el avance

1. Una de las funciones del derecho es aplicar los valores de justicia de una sociedad dada en un tiempo y lugar determinados. Desde este enfoque el derecho aparece tan sólo como una técnica a través de la cual se obtiene determinado fin.

En dicho marco, resulta de interés observar que si bien los valores de justicia cambian en función del tiempo y lugar, hay valores universales que se mantienen en el tiempo y en distintas sociedades, recibiendo sólo algunas adaptaciones a través de los años (por ejemplo la noción de buena fe).

En otros casos se trata de nociones similares que existen y se reiteran en variadas sociedades (por ejemplo el cri-

terio de la razonabilidad). Más recientemente puede mencionarse el concepto de “la primacía de la realidad”, que postula la búsqueda de la verdad real y que viene siendo aplicado en el campo de distintas disciplinas jurídicas (comercial, tributario, civil, laboral, administrativo, etc.).

2. También tienen interés los avances en la protección de los derechos que se dan a lo largo de la evolución y desarrollo de las categorías jurídicas en el tiempo.

Luego de que en una determinada sociedad se obtiene el reconocimiento de un derecho (por ejemplo, la aceptación de que el daño moral se repara en dinero) no es probable -ni corresponde- que las sociedades regresen a la situación anterior de menor protección (en el caso, regresar a la postura que negaba la reparación en dinero del perjuicio moral).

Los nuevos conceptos en materia civil que actualmente cuestionan y limitan la “autonomía de la voluntad” en algunas relaciones contractuales (por ejemplo, con relación a los derechos del consumidor) dan cuenta de cambios en algunos conceptos jurídicos que parecían arraigados en el viejo derecho civil. Lo mismo cabe decir respecto de la búsqueda actual de fundamentos que conducen a reparar a la víctima que ha sufrido un daño en un accidente de tránsito. Por ejemplo, la utilización que realizan los civilistas del concepto de “subordinación económica” para hacer

responsable a la empresa principal que contrató -por ejemplo para repartir sus productos- a otra empresa propietaria del camión que ocasionó el accidente de tránsito, a raíz del cual resultó lesionado el particular reclamante.

También en el derecho procesal general se aplican hoy mecanismos jurídicos compensatorios de la desigualdad en la que se encuentran las partes, mecanismos que vienen siendo utilizados desde hace años en el derecho procesal laboral. Ello acontece por ejemplo con “la teoría de las cargas probatorias dinámicas” de moda en Argentina y Uruguay en base a la cual la prueba en el juicio la debe realizar quien está en mejores condiciones de efectuarla.

Asimismo en varios países se han aprobado leyes que en forma expresa indican que en determinada temática el reclamante sólo debe fundamentar por qué entiende que se ha vulnerado su derecho y es el demandado quien tiene la carga de probar la razón objetiva en la que basó su conducta. Es el caso de la ley uruguaya N° 17.940 de enero de 2006 de protección de la libertad sindical que dispone que el trabajador sólo debe fundamentar por qué entiende que fue despedido o discriminado por razones sindicales y es el empleador quien tiene la carga de probar la razón objetiva ajena a la sindical que motivó su acto. Se trata de facilidades en materia de prueba en general respecto de una mayor y mejor tutela de derechos fundamentales.

La importancia actual de la noción de derechos humanos y sus tutelas (Constitución, Pactos Internacionales de Derechos Humanos, leyes específicas) quizás esté señalando un nuevo camino para el estudio del derecho en sus diversas disciplinas (penal, constitucional, civil, laboral). Y han puesto en práctica especiales protecciones de los derechos de las personas (procedimientos de tutela de derechos fundamentales muy comunes en las Constituciones de los países de América del Sur, procedimiento específico de tutela de derechos fundamentales de los trabajadores en Chile).

3. Se observa entonces que las sociedades a través del Derecho implantan determinados valores que entienden deben prevalecer, y que si bien en un sentido amplio tienen que ver con la idea de “justicia”, también refieren a valores que se considera deben regir.

Daños que antes quedaban sin reparar y que ahora se reparan, sistemas de tutelas que resultan más efectivas en la práctica teniendo en cuenta de que se trata de derechos humanos fundamentales, la vieja idea de la necesidad de proteger al “contratante débil” que ahora reaparece en varias disciplinas jurídicas, entre muchos otros, señalan transformaciones en el derecho, en algunos casos a través de nuevas herramientas jurídicas y en otros a través de la adaptación de los existentes.

Seguramente en este sentido sea también correcta la idea que plantea en

el texto de Michel Miaille relativa a la función “redistributiva” del derecho.

4. En un enfoque del derecho en su función de redistribución merece consideración aparte la noción de “Protección social” que aparece en estos últimos años con mucha fuerza, no para dejar atrás a la Seguridad Social sino para reafirmarla y ampliarla. Protección social que tiene que ver con “asegurar mínimos” en necesidades básicas de los individuos, pero no como una mera asistencia a los más necesitados, sino como un “derecho” de la persona o como un derecho humano fundamental (derecho humano a la protección social).

### Los instrumentos ¿en el campo del derecho?

1. Para llevar a cabo la función de “redistribución” en el campo del derecho se utilizan diversos instrumentos. El Derecho en la actualidad no es sólo un “sistema de normas” caracterizadas por su coercibilidad, sino que puede sostenerse que está integrado por varios tipos de instrumentos.

2. Resulta interesante observar que podemos estar en presencia de instrumentos -aún en el campo del derecho- que no tienen la característica tradicional de las normas jurídicas: la coercibilidad. El distingo entre “hard law” y “soft law” resulta acertado, teniendo en cuenta que la denominación de “derecho blando” mantiene a estos

instrumentos en el ámbito del derecho, aunque no tengan el rasgo que siempre distinguió a la “norma jurídica”.

3. El principio de no discriminación mencionado en el texto de Michel Miaille viene siendo incorporado en distintos instrumentos distintos a la ley (Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT de 1998; Declaración Sociolaboral del MERCOSUR; códigos de conducta unilaterales elaborados por las empresas y dirigidos a sus trabajadores; códigos de conducta dirigidos a proveedores de las empresas; acuerdos marco suscritos entre centrales sindicales europeas y empresas multinacionales; convenios colectivos, etc.).

4. Otro ejemplo de los diversos instrumentos en el ámbito del derecho es el Acuerdo Marco Europeo sobre Violencia y Acoso en el Trabajo de 2007.

### El derecho y la modificación de los comportamientos humanos

1. Es cierto que el derecho a través de la posibilidad de aplicar una sanción se “induce” al individuo a comportarse de determinada manera<sup>1</sup>.

2. Pero me interesa especialmente detenerme en la cuestión de cómo opera la amenaza de la sanción o la sanción

<sup>1</sup>Ver Hans Kelsen, Teoría pura del derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 4ª edición, 7ª Reimpresión 2008, p. 58.

misma en la modificación de las conductas de los individuos de una determinada sociedad, y en ese sentido en la prevención de las conductas negativas que la ley quiso evitar.

### **El rol de la ley y de la jurisprudencia en la prevención del acoso laboral. El caso de la ley de acoso sexual en Uruguay**

1. En 2009 se aprobó en Uruguay la ley N° 18.561 (11.9.2009) de prevención y sanción del acoso sexual en el trabajo. Esta ley prevé deberes a cargo del empleador, de la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social, de los sindicatos.

La ley N° 18.561 ordena al empleador: a adoptar las medidas que prevengan y sancionen las conductas de acoso sexual; comunicar a los trabajadores la existencia de una política contra el acoso sexual; proteger a la víctima desde la denuncia; realizar una investigación una vez recibida la denuncia; tomar acciones concluida la investigación acordes con el resultado de la misma.

Asimismo dicha ley dispone que la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social deberá realizar una investigación si así lo solicita la víctima o el empleador (o el sindicato). La investigación puede culminar con una intimación a la empresa a efectos de que: adopte determinadas medidas de prevención, difunda políticas institucionales contra el acoso sexual, capacite al personal a través de cursos acerca del respeto de los derechos, tome medidas de protecció-

ón a la víctima o testigos. Si no se cumple la intimación, la Inspección impone sanciones. Todos estos cometidos están establecidos en la ley, pero además en la realidad la Inspección General del Trabajo y la Seguridad Social aplica la ley.

2. Varios reclamos se han planteado por los trabajadores ante los jueces laborales en base a la ley N° 18.561. Los jueces han condenado a los empleadores en reiteradas ocasiones a pagar una indemnización especial por incumplir las obligaciones de protección al trabajador y de sanción al responsable que prevé dicha ley.

En un caso se condenó al empleador a pagar una indemnización del daño moral porque no protegió a la víctima durante la investigación (la mantuvo a cargo del supervisor a quien ella había denunciado). En la sentencia se indicó que no había cumplido con su obligación de “proteger” a la víctima luego de la denuncia. En otra sentencia se condenó al empleador porque “no sancionó” al acosador como ordena la ley<sup>2</sup>.

3. Con la ley N° 18.561 de prevención y sanción del acoso sexual en el trabajo el ordenamiento jurídico uruguayo está señalando -a los empleadores y trabajadores y a toda la sociedad- que se rechaza estos comportamientos. La ley como vimos, contiene una variada espe-

<sup>2</sup>En el caso se impuso una sanción de varios días de suspensión sin goce de sueldo, pero no se aplicó la sanción en los hechos.

cificación de obligaciones a cargo de los actores del sistema, pero además se viene aplicando en la práctica (por la Inspección del Trabajo y la Seguridad Social, por los sindicatos, por los jueces).

A mi modo de ver, la ley opera a modo de freno en la aparición de algunas conductas, que antes incluso pudieron ser toleradas.

4. Asimismo la jurisprudencia al condenar a los empleadores por incumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley promueve el cumplimiento de la misma, facilitando la prevención de estas conductas (papel de la sanción también en la prevención de estos comportamientos negativos).

5. Con este tipo de leyes y su aplicación en la práctica por los actores del sistema y operadores jurídicos (en especial sindicatos, inspectores del trabajo, abogados, jueces) trabajadores y empleadores toman conocimiento de que estas conductas no son admitidas por el ordenamiento jurídico, y pueden funcionar -por lo menos en algunos casos- como mecanismos de prevención, e incluso conducir a la modificación de comportamientos en el trabajo (cambios en las pautas culturales de una determinada sociedad). Ello parece claro también en materia de acoso moral. En los países en los que existe ley sobre acoso moral en el trabajo, la ley está promoviendo un clima de respeto y tolerancia en los lugares de trabajo.

6. A la misma conclusión se llega en el caso de que exista una herramienta procesal que presente una adecuada protección del derecho vulnerado, que sea aplicada por los jueces. Es el caso del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el trabajo en Chile por el cual el juez no sólo puede ordenar al empleador que cese la vulneración del derecho, sino también disponer -por ejemplo- el traslado de la víctima (o del supervisor acosador), y que se dicten clases de formación sobre respeto a las diferencias, lo que constituye una verdadera limitación al poder de dirección del empleador.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

A través de la aplicación de determinados conceptos o principios puede considerarse que el Derecho “redistribuye”. Utiliza para ello diversos instrumentos.

Es verdad como dice el texto de Michel Miaille que el principio de no discriminación tiene mucha fuerza y aplicabilidad en materia de redistribución. Sin embargo, pueden existir otros principios o nociones que cada vez tienen más arraigo universal como el derecho a trabajar en un ambiente libre de violencia y en ese sentido también podría enfocarse la función “redistributiva” del derecho (redistribución en lo que tiene que ver con el respeto de la persona en el lugar de trabajo).

**Cristina Mangarelli**

Professora da Universidad de la República (Uruguay).